

GERMANIA: Il *Mangold-Urteil* del *BVerfG*.
Controllo *ultra-vires* sì, ma da maneggiare *europarechtsfreundlich*.

di Pietro Faraguna

Il 6 luglio 2010 il *Bundesverfassungsgericht* ha dichiarato infondato un ricorso diretto di costituzionalità, ultima puntata della complessa vicenda *Mangold*, che aveva negli anni scorsi impegnato diversi giudici nazionali tedeschi ed era giunta quindi alla Corte di Giustizia, la quale si era pronunciata con una discussa sentenza (causa C-144/04, 22 novembre 2005). La *Verfassungsbeschwerde* decisa dalla sentenza oggetto di queste brevi note era stata instaurata dal ricorso di un'impresa tedesca attiva nel settore automobilistico, che aveva concluso diversi contratti di lavoro a tempo determinato nel febbraio 2003, giovandosi della formulazione del § 14, Abs. 3, Satz 4 della legge tedesca sul lavoro a tempo parziale e a tempo determinato. Tale norma consentiva – seppur solo transitoriamente, e in deroga rispetto al generale divieto vigente nell'ordinamento tedesco – di concludere contratti a tempo determinato, senza una specifica ragione obiettiva che giustificasse il termine, laddove il lavoratore avesse compiuto il 52esimo anno di età.

L'apposizione del termine era stata successivamente dichiarata inefficace dal giudice del lavoro tedesco, avendo accertato che la base legale della deroga al generale divieto di contratti a termine senza ragione obbiettiva – il § 14 Abs. 3, Satz 4 – non poteva ritenersi applicabile, essendo nel frattempo intervenuta la sentenza *Mangold* della Corte di Giustizia, che dichiarava detta normativa incompatibile con il principio di non discriminazione dei lavoratori in ragione dell'età, disposto dalla direttiva 2000/78/CE e comunque collocabile, sulla base «di vari strumenti internazionali e delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri», tra i principi generali dell'ordinamento comunitario.

Il soccombente nel giudizio di fronte al Tribunale del lavoro, ritenendo che attraverso la pronuncia fossero stati lesi i suoi diritti costituzionali (in particolare la libertà contrattuale e il diritto al giudice naturale), ricorreva in via diretta al Tribunale costituzionale federale.

Il ricorso in questione interveniva peraltro in un quadro giuridico già piuttosto complesso: la sentenza *Mangold* della Corte di Giustizia era stata accolta tutt'altro che pacificamente dai commentatori, tedeschi e non (*ex plurimis*, BAUER/ARNOLD, *NJW*, 2006, 6; DASHWOOD, *CYELS*, 2007, N. 9, 81). La grande attenzione prestata alla pronuncia si doveva ad almeno due aspetti di essa: da una parte perché in un *obiter dictum* affermava che la direttiva 2000/78/CE poteva dispiegare effetti orizzontali, sebbene non fosse ancora stata recepita dallo Stato membro in questione. Dall'altro lato perché la Corte di Giustizia riconosceva l'esistenza di un principio generale di diritto comunitario che vietava la discriminazione in ragione dell'età: il riferimento al principio generale rendeva dunque superfluo il riconoscimento degli effetti diretti orizzontali della direttiva inattuata, ma si poggiava su basi decisamente instabili, non essendo così facilmente desumibile, come invece pretendeva la Corte di Giustizia, da «vari strumenti internazionali e dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri» (cfr. REICH, *EuZW*, 2006, 20).

Non si vuole però certo entrare nel merito della sentenza *Mangold* della Corte di Giustizia: queste brevi premesse possono essere utili ad inquadrare la questione nel contesto entro il quale la pronuncia del *BVerfG* si è inserita.

Tra le domande rivolte al Tribunale costituzionale federale, interessa qui concentrarsi su quella che riguardava l'eventuale lesione dei diritti costituzionali garantiti dal *Grundgesetz*, nella parte in cui la decisione del tribunale del lavoro era imprescindibilmente fondata sulla decisione resa dalla Corte di Giustizia nel caso *Mangold*, decisione che il ricorrente riteneva fosse stata resa *ultra vires*. È interessante infatti confrontare alcuni passaggi del *Mangold Urteil* con il *Lissabon Urteil* (sent. 2 BvE 2/2008 del 30 giugno 2009), attraverso il

quale il *BVerfG* aveva accertato la compatibilità del Trattato di Lisbona con il *Grundgesetz*, dedicandosi ad un'approfondita analisi dello stato dei rapporti tra diritto europeo e diritto costituzionale tedesco (per un'analisi quasi parallela dei passaggi più significativi delle due sentenze, si veda R. CAPPONI, *Karlsruhe europeista (appunti a prima lettura del Mangold-Beschluss della Corte costituzionale tedesca*, in www.astrid-online.it).

Non va infatti trascurato che parte delle questioni sottoposte alla Corte non potevano prescindere dalle medesime problematiche trattate nel *Lissabon Urteil*: in particolare, laddove il ricorrente chiedeva al *BVerfG* di verificare se la sentenza pronunciata dalla Corte di Giustizia nel caso *Mangold* non fosse stata resa *ultra vires*, si chiedeva in sostanza di esercitare uno dei tre tipi di "sindacato comunitario" di cui il *BVerfG* aveva rivendicato la competenza nel *Lissabon Urteil*: il controllo sul rispetto dei diritti fondamentali, sospeso, ma soltanto finché [*solange*] la tutela venga parimenti garantita a livello sovranazionale, il controllo sugli atti *ultra vires* (la cui prima epifania risale già al *Maastricht Urteil*) e l'inedito *Identitätskontrolle* (rispetto del nucleo intangibile del *Grundgesetz*).

Il caso *Mangold* si manifesta certamente come esercizio della seconda competenza, e l'ammissibilità stessa del ricorso va considerato dunque come un segno di continuità rispetto alla giurisprudenza *Maastricht-Lissabon*: allora il *BVerfG* aveva affermato di poter sindacare gli atti *ultra vires*, oggi esercita effettivamente tale controllo.

Ed in effetti, tutto l'arsenale teorico-generale che sostiene l'esercizio di tale competenza ricompare immutato nel *Mangold Urteil*: il controllo sugli atti *ultra vires* può essere esercitato in quanto «l'Unione è una *Rechtsgemeinschaft*, vincolata al rispetto del principio delle competenze attribuite e al rispetto dei diritti fondamentali» (59). Gli Stati membri sono ancora descritti come «*domini* dei Trattati [*Herren der Verträge*]» (57). E oggi, come ieri, «l'estensione delle competenze di istituzioni, organi ed organismi dell'Unione europea rimane vincolata alla revisione dei Trattati, che viene adottata con il consenso e sotto la responsabilità degli Stati membri, conformemente alle disposizioni costituzionali vigenti all'interno dei rispettivi ordinamenti. Il *BVerfG* ha quindi la competenza di, ed è tenuto a, sindacare gli atti di istituzioni, organi ed organismi europei, per verificare se questi eccedano evidentemente le competenze attribuite o se esercitino le loro competenze in modo da ledere l'ambito intrasferibile dell'identità costituzionale»(55).

Niente di nuovo, dunque, sul fronte della possibilità del controllo degli atti *ultra vires* né sul fondamento teorico di tale sindacato. E invece sul *come* del suo esercizio che il *BVerfG* sfodera i passaggi più innovativi.

Il Tribunale di Karlsruhe dapprima ricostruisce i termini di un fisiologico conflitto che sta alla base del suo ragionamento: infatti da un parte il *BVerfG* concede che «se ogni Stato membro si arrogasse il diritto di pronunciarsi, attraverso le sue istanze giurisdizionali, sulla validità degli atti dell'Unione, il primato del diritto dell'Unione potrebbe venire praticamente vanificato, e l'uniforme applicazione di esso sarebbe posta in pericolo» (57); ma dall'altra parte osserva che «se gli Stati membri rinunciassero totalmente al sindacato sugli atti *ultra vires*, il presidio sul fondamento convenzionale del diritto dell'Unione sarebbe rimesso soltanto agli organi dell'Unione stessa, e ciò anche laddove la loro interpretazione conducesse in sostanza ad una modificazione dei Trattati o ad un'estensione delle competenze» (57).

Da ciò deriva la necessità di mantenere in capo al *BVerfG* una competenza ad esercitare il sindacato sugli atti *ultra vires* dell'Unione: ma tale sindacato, si chiarisce per la prima volta nel *Mangold Urteil*, può essere esercitato soltanto conformemente ai canoni dell' (intraducibile) *Europarechtsfreundlichkeit* (una sorta di *favor* per il diritto dell'Unione europea, derivato dal preambolo e dall'art. 23 GG): ancor più precisamente, «siccome l'ordinamento tedesco riconosce e garantisce il primato del diritto comunitario, l'esercizio del sindacato che secondo le attribuzioni costituzionali permane in capo al *BVerfG*, dev'essere deferente ed *Europarechtsfreundlich*» (59).

Queste affermazioni, peraltro, non rimangono sul piano della retorica. Vi sono infatti almeno due precisazioni procedurali, che per la prima volta il *BVerfG* traccia così chiaramente, e alle quali merita dedicare qualche attenzione. Innanzitutto, ai fini dell'esercizio del sindacato sugli atti *ultra vires*, il Tribunale di Karlsruhe specifica che «le decisioni della Corte di Giustizia devono essere considerate come interpretazione vincolante del diritto dell'Unione» (60), e soprattutto che «finché non vi sia stata occasione per la Corte di Giustizia di pronunciarsi attraverso il sistema del rinvio pregiudiziale, sulla interpretazione o sulla validità dell'atto in questione, il *BVerfG* non potrà accertare l'inapplicabilità di quel determinato diritto dell'Unione per la Germania» (60).

La seconda precisazione segue immediatamente queste parole: il tribunale costituzionale chiarisce infatti che «il controllo *ultra vires* esercitato dal *BVerfG* viene in considerazione soltanto quando sia *evidente* che gli atti di istituzioni, organi ed organismi europei abbiano ecceduto le competenze loro attribuite» (61). La precisazione non aggiungerebbe molto alla generica (auto)imposizione di un *self-restraint* nel sindacato degli atti *ultra vires*, se non fosse che è lo stesso *BVerfG* a fornire un metro per valutare quando gli atti eccedano *evidentemente* le competenze attribuite: «la lesione del principio delle competenze attribuite è evidente soltanto quando istituzioni, organi ed organismi europei abbiano esorbitato i limiti delle loro competenze in un modo specificamente lesivo del principio delle competenze attribuite, o in altre parole, quando l'infrazione delle competenze è sufficientemente qualificata» (61).

Posto quindi il metro, il *BVerfG* misura la sentenza *Mangold* della Corte di Giustizia: nel caso di specie, ad avviso della maggioranza dei giudici di Karlsruhe, non è possibile riconoscere una «lesione sufficientemente qualificata del principio delle competenze attribuite da parte della Corte di Giustizia» (71): e ciò perché «né l'ampliamento dell'ambito di applicazione della direttiva 2000/78/CE a casi che dovrebbero tendere al riassorbimento di disoccupati di lungo periodo; né l'anticipazione degli effetti della direttiva 2000/78/CE, ancora non recepita in Germania, che la Corte di Giustizia ha inteso riconoscere; né la derivazione di un principio generale di divieto di discriminazione in base all'età, hanno condotto ad uno spostamento significativo e strutturale delle competenze a danno degli Stati membri» (71).

Al di là della definizione del caso di specie, si può osservare, per concludere, che il passo compiuto dal *BVerfG* non è affatto insignificante, anche se non muove nel senso di affermare nuove competenze, quanto in quello di proceduralizzare competenze già da tempo affermate. Il Tribunale costituzionale ribadisce la sua competenza ad esercitare il sindacato sugli atti *ultra vires* dell'Unione: ma non prima che la Corte di Giustizia abbia avuto occasione di pronunciarsi sull'interpretazione o la validità di tali atti in sede di rinvio pregiudiziale. In caso di conflitto sulla competenza, dunque, la prima parola spetta alla Corte di Giustizia, alla quale il Tribunale tedesco pare ormai riconoscere la cortesia della pregiudizialità. Ma altrimenti si può dire: l'ultima parola spetta al *BVerfG*.

Restano certamente aperti alcuni quesiti, e di non scarso rilievo: non è chiaro, ad esempio, se la medesima "pregiudizialità" debba ritenersi applicabile anche alle altre due forme di sindacato di costituzionalità su norme di diritto europeo rivendicate dal *BVerfG* nel *Lissabon Urteil* (il rispetto dei diritti fondamentali e dell'identità costituzionale). Resta poi aperto un altro quesito fondamentale: l'aver sottoposto il controllo *ultra vires* (e forse ogni forma di sindacato costituzionale delle norme comunitarie) alla previa pronuncia della Corte di Giustizia resa in sede di rinvio pregiudiziale, come si concilia con la posizione della Corte tedesca (quasi perfettamente congruente con quella adottata dalla Corte costituzionale italiana), che nega l'idoneità del tribunale costituzionale ad operare tale rinvio? L'affermata pregiudizialità della pronuncia della Corte di Giustizia, rispetto all'esercizio del sindacato *ultra vires* del *BVerfG* suggerirebbe infatti la logica premessa per cui lo stesso *BVerfG* dovrebbe poter sollecitare la Corte di Giustizia a pronunciarsi, a maggior ragione in un sistema, quale quello tedesco, nel quale l'accesso in via diretta alla

Corte costituzionale non necessariamente contempla l'esistenza di un giudice *a quo* che possa essere sollecitato a operare il rinvio su sollecitazione del giudice delle leggi. Premessa però smentita dalla giurisprudenza del *BVerfG*, che nega la sua idoneità a operare il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia.

Forum di Quaderni Costituzionali

stituzionali