

Venti da Karlsruhe. Il principio di essenzialità nell'Unione monetaria: il *BVerfG* e la difesa degli equilibri costituzionali euro-unitari*

GIULIANO VOSA**

Sommario

1. Introduzione. – 2. Il cammino costituzionale dell'Unione. – 3. Ascesa e declino del “modello Maastricht”. – 4. Lineamenti di un principio di essenzialità. – 5. Da OMT a PSPP: una linea di continuità. – 6. Il *BVerfG* e le condizioni dell'*alleanza* fra corti costituzionali. – 7. Conclusioni.

Data della pubblicazione sul sito: 5 novembre 2020

Suggerimento di citazione

G. VOSA, *Venti da Karlsruhe. Il principio di essenzialità nell'Unione monetaria: il BVerfG e la difesa degli equilibri costituzionali euro-unitari*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 4, 2020. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it

* Questo lavoro prende spunto dalla *Relazione* tenuta presso il *Seminario* “Venti di Karlsruhe: quale rotta per l'Unione europea?”, *online*, 14 maggio 2020. I più sinceri e affettuosi ringraziamenti vanno ai co-organizzatori del Seminario – Marco Cecili e Andrea Chiappetta – a coloro che hanno accettato di intervenire – Pietro Faraguna, Renato Ibrido, Francesco Saitto, Giovanni Zaccaroni, Fabio Masci, Andrea Antonuzzo, Claudia Cinnirella, Giacomo Delledonne, Chiara Feliziani, Annalisa Signorelli, Antonia Albanese, Alberto Cinque, Paolo Fernandes e Manfredi Marciante – e da ultimo, non certo per importanza, ai prof. Gino Scaccia e Mario Esposito, le cui riflessioni hanno aperto e chiuso il *Seminario*.

** Investigador posdoctoral “García Pelayo” nel Centro de estudios políticos y constitucionales di Madrid. Indirizzo mail: giuliano.vosa@gmail.com.

1. Introduzione

L'attesa sentenza del Tribunale costituzionale tedesco sul *PSPP*¹, una delle linee del *Quantitative Easing* su cui si era pronunciata nel dicembre 2018 la Corte di Giustizia², ha scatenato, com'era inevitabile, reazioni veementi e di segno opposto, tanto in dottrina, quanto fra le istituzioni e fra i loro esponenti. Una pronuncia senz'altro divisiva se letta con gli occhiali del dibattito attuale, spaccato in *cleavages* tanto marcati – Nord-Sud; egoismo-solidarismo; *frugality-profligacy*; europeisti-sovranisti – quanto, a guardarli più da vicino, affetti da uno strisciante, insidioso manierismo.

Eppure, passata la tempesta, a legger fra le righe degli argomenti addotti, da Karlsruhe pare infine alzarsi un *vento* di *pace*; un vento che rispolvera, pur assai leggero, strumenti idonei a rimettere a sistema Stati e Unione³, indicando i rudimenti di un “linguaggio comune”⁴ che non perda di vista, ma anzi valorizzi, l'eredità preziosa delle tradizioni costituzionali comuni⁵ forgiatesi nello spazio giuridico europeo⁶.

Vale la pena, allora, cimentarsi in una rotta inedita, onde l'analisi non cada sul ragionamento *tranchant* dei giudici costituzionali tedeschi come su di un oggetto isolato, ma ne tenga conto nel più ampio contesto degli equilibri costituzionali *euro-unitari*⁷ – dei quali il Tribunale di Karlsruhe è, non meno della Corte di Giustizia e degli altri giudici statali, interprete e custode⁸.

¹ *BVerfG*, 2 BvR 859/15, 5 maggio 2020, “PSPP”.

² CGUE, C-493/17, 11 dicembre 2018, *Weiss et al.*, ECLI:EU:C:2018:1000.

³ N. WALKER, *Multilevel Constitutionalism: Looking Beyond the German Debate*, in *LSE – Europe in Question Discussion Papers*, 1° giugno 2009, 1-30, 4s.

⁴ Per la difficoltà di rinvenirne uno, in dottrina e nella casistica giurisprudenziale, A. JAKAB, *European Constitutional Language*, Cambridge University Press, 2016, 85s.

⁵ M. FICHERA, O. POLLICINO, *The Dialectics Between Constitutional Identity and Common Constitutional Traditions: Which Language for Cooperative Constitutionalism in Europe?*, in *German Law Journal*, 20:5, 2019, 1097-1118.

⁶ A. VON BOGDANDY, *European Law Beyond ‘Ever Closer Union’ Repositioning the Concept, its Thrust and the ECJ’s Comparative Methodology*, in *European Law Journal*, 22:4, 2016, 519-538, spec. 527s.

⁷ Cfr. A. RUGGERI, *CEDU, diritto “eurounitario” e diritto interno: alla ricerca del “sistema dei sistemi”*, Relazione al II convegno “V. Aymone” su *Sistema penale e fonti sovranazionali: la giurisprudenza delle Corti europee ed il ruolo dell’interprete*, Lecce, 19-20 aprile 2013, anche in *Diritticomparati.it*, 1-69, 26s.

⁸ D. PARIS, *Constitutional courts as European Union courts: The current and potential use of EU law as a yardstick for constitutional review*, in *Maastricht Journal of Eur. & Comp. Law*, 24:6, 2017, 792-821.

Dal periplo che questa rotta percorre affiora dunque un principio forse sottovalutato nella lettura dell'integrazione, eppure non privo di risvolti salienti. Prendendo spunto dal lessico del *BVerfG*, nonché da quello – come altrove si ricostruisce⁹ – della Corte di Giustizia, vorrebbe proporsi per questo principio il nome di *principio di essenzialità*. Tale principio, in termini generici, vuole che, data una base giuridica, gli effetti obbligatori degli atti su di essa fondati cessino là dove troppo *invasivi*, per i rispettivi destinatari, rispetto alla lettura del mandato che se ne propone. In breve: una norma che rechi effetti imprevisti e imprevedibili rispetto alla sua base giuridica, e al contempo lesivi di diritti e interessi in proporzione *troppo* rilevanti, smette di essere obbligatoria e può essere disapplicata. Si tratta dunque di un principio di *diritto costituzionale europeo*, che a pieno titolo può dirsi frutto di un “moto”¹⁰ convergente delle costituzioni statali dispiegatosi a partire da un nucleo di valori comuni¹¹. Un moto, tuttavia, non certo esaurito in placida bonaccia ma ribollente, in perenne conflitto, di cui occorre scandagliare i limiti¹².

Di qui, allora, la necessaria rilettura, pur certamente breve e sommaria, della costituzionalizzazione dell'Unione.

2. Il cammino costituzionale dell'Unione

L'equilibrio costituzionale sancito a Maastricht – dell'Unione Monetaria (UEM) così come dell'intera UE – si basa su due pilastri: tutela dei diritti per *standard equivalenti* (*Solange II*)¹³ per cui i giudici costituzionali statali accettano di applicare il diritto comunitario con priorità sulle norme interne anche costituzionali, e formula di Hirschman-Weiler¹⁴ (*Exit, Voice, Loyalty*) ove *Exit* è concetto-limite, *Grenzbegriff* in senso kantiano, all'ombra del quale albergano

⁹ Sia consentito il rinvio a G. VOSA, *Il principio di essenzialità. Genesi e applicazione di vincoli sostanziali al conferimento di poteri tra diritto comunitario e diritto costituzionale europeo*, FrancoAngeli, Milano, 2020, 163s., 204s.

¹⁰ M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle Costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in *Riv. AIC*, 1/2013, 1-18, 9s.

¹¹ P. RIDOLA, *Diritti fondamentali e integrazione costituzionale in Europa*, in ID., *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Giappichelli, Torino, 2010, 199-271.

¹² M. DANI, *Il diritto pubblico europeo nella prospettiva dei conflitti*, Cedam, Padova, 2013, 32s.

¹³ *BVerfG* 73, 339, 2 BvR 197/83, 22 ottobre 1986, *Wünsche Handelsgesellschaft* (*Solange II*).

¹⁴ J.H.H. WEILER, *The Transformation of Europe*, in *Yale Law Journal*, 100:8, 1991, 2403-2483, spec. 2411s.

concreti diritti di *Voice* riconosciuti dal consenso comune in cambio di obbedienza (*Loyalty*)¹⁵ verso il diritto che ne promana¹⁶.

Quest'equilibrio si fonda su un assunto *irenico* – riprendendo la celebre espressione di Massimo Luciani¹⁷ – per cui il conflitto politico, svolgendosi attorno a un nucleo di valori comuni, con l'incedere dell'integrazione verrebbe *spoliticizzato* e ridotto a mera disputa giuridica nel quadro della tutela multilivello dei diritti. In virtù di tale assunto, i limiti all'integrazione europea coincidono con i limiti alla revisione costituzionale degli Stati¹⁸: gli uni e gli altri imperniati su quel nucleo di valori comuni che regge a un tempo il moto delle costituzioni statali e quello della costituzione europea *in fieri*¹⁹ – *Wandel-verfassung* questa, *Verfassungen im Wandel* quelle, confluenti in un unico bacino per l'influsso di una *Verfassungswandlung* comune²⁰. Stella polare del cammino dell'Europa è dunque il *pluralismo costituzionale*²¹: l'assioma per cui, se una misura di diritto dell'Unione genera un conflitto troppo acuto per essere assorbito dal solo “dialogo fra Corti”, essa non produce effetti obbligatori ma lascia al negoziato politico, improntato alla sincera cooperazione fra Stati vincolati all'eguaglianza malgrado le ovvie differenze di peso economico e diplomatico, il compito di trovare soluzione a quel conflitto senza che ne risultino pregiudicati interessi sensibili anche di uno solo fra di essi²².

¹⁵ Sulla “*Loyalty*” come “*Fidelity*” di stampo federale cfr. M. KLAMERT, *The Principle of Loyalty in the EU*, Oxford University Press, 2014, 31s.

¹⁶ A. ARENA, *Sul carattere assoluto del primato del diritto dell'Unione europea*, in *Studi sull'integrazione europea*, II/2018, 317-340.

¹⁷ M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 51:2, 2006, 1644-1669.

¹⁸ Cfr. A. MORRONE, *I mutamenti costituzionali derivanti dall'integrazione europea*, in *Federalismi.it*, 20, 24 ottobre 2018, 1-27, spec. 5s., 9s., 18s.

¹⁹ H.P. IPSEN, *Die Verfassungsrolle des Europäischen Gerichtshofs für die Integration*, in J. SCHWARTZE (hrsg.) *Der Europäische Gerichtshof als Verfassungsgericht und Rechtsschutzinstanz*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 1983, 29-62, spec. 50.

²⁰ F.J. GARCÍA ROCA, *De la revisión de las Constituciones: Constituciones nuevas y viejas*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, 40/2017, 181-222, spec. 183 nota 8; il concetto di *Verfassungswandlung* è già in HSÜ DAU-LIN, *Die Verfassungswandlung*, de Gruyter, Berlin-Leipzig, 1932.

²¹ N. WALKER, *The Idea of Constitutional Pluralism*, in *Modern Law Review*, 65:3, 2002, 317-359; da ultimo, cfr. A. BOBIĆ, *Constitutional Pluralism Is Not Dead: An Analysis of Interactions Between Constitutional Courts of Member States and the European Court of Justice*, in *German Law Journal*, 18:6, 2017, 1395-1428.

²² Sulle origini di questo principio nel c.d. compromesso di Lussemburgo, cfr. C.R. CARCHIDI, *Il Consiglio europeo: evoluzione, competenze e prassi*, Giuffrè, Milano, 2007, 19s. e D. GRIMM, *The Significance of National Constitutions for a United Europe*, in ID., *The Constitution of European Democracy*, Oxford University Press, 2017, 131-166, 144.

Un tale equilibrio permea i formanti²³ di quel che ormai è comunemente definito *ordinamento* dell'Unione²⁴ e dà corpo alla pretesa di *applicazione prioritaria*²⁵ del diritto prodotto anche sulle norme costituzionali statali²⁶ – una pretesa che la giurisprudenza delle Corti apicali nazionali, fino a *Solange II* e alla sentenza n. 170/1984, aveva combattuto con toni anche aspri²⁷. In virtù di esso, le opposte letture dell'integrazione – Pernice e Grimm, i pilastri del dibattito sulla “costituzione dell'Europa” negli anni '90²⁸ – inaugurano un terreno comune e riverberano nel Trattato di Maastricht, il cui articolo F disegna i limiti costituzionali all'integrazione europea.

A mente di tale articolo, la neonata Unione Europea rispetta:

²³ R. SACCO, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law*, in *The American Journal of Comparative Law*, 39:1, 1991, 1-34.

²⁴ La nozione di ordinamento tende a rivendicare l'autonomia del diritto comunitario: R. BARENTS, *The Autonomy of Community Law*, Kluwer, L'Aja, 2004, 44s. Tuttavia, non manca chi sostiene che questo termine sia adoperato in maniera impropria: G. ITZCOVICH, *Integrazione giuridica. Un'analisi concettuale*, in *Diritto pubblico*, 3/2005, 749-786.

²⁵ Sulla differenza fra *Anwendungsvorrang* e *Geltungsvorrang*, S.-P. HWANG, *Anwendungsvorrang statt Geltungsvorrang? Normlogische und institutionelle Überlegungen zum Vorrang des Unionsrechts*, in *Europarecht*, 51:4, 2016, 355-372.

²⁶ Cfr. S.P. PANUNZIO, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, in ID., *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Jovene, Napoli, 2005, 3-104, 12s., e G.C. RODRÍGUEZ IGLESIAS, J.A. DEL VALLE GÁLVEZ, *El Derecho comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales nacionales*, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 1:2, 1997, 239-376.

²⁷ A. RUGGERI, *L'integrazione europea, attraverso i diritti, e il “valore” della Costituzione*, in A. CIANCIO (cur.) *Nuove strategie per lo sviluppo democratico e l'integrazione politica in Europa*, Roma, Aracne, 2014, 473-496, 480s.; cfr. R. BIN, *Perché Granital serve ancora*, Intervento nel Seminario “*Granital revisited: l'integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*” – Bologna, 7 febbraio 2019, 1-5, 1.

²⁸ In merito a I. PERNICE, cfr. *Bestandsicherung der Verfassungen: Verfassungsrechtliche Mechanismen zur Wahrung der Verfassungsordnung*, in R. BIEBER, P. WIDMER (eds.) *L'espace constitutionnel européen – Der europäische Verfassungsraum – The European constitutional area*, Institut Suisse de Droit Comparé, Zürich, 1995, 261s.; si veda la versione in inglese: ID., *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making revisited?*, in *Common Market Law Review*, 36:4, 1999, 703-750. Quanto a D. GRIMM, cfr. *Braucht Europa eine Verfassung?*, in *JuristenZeitung* 50:12 (16 giugno 1995) 581-591; la versione in inglese è ID., *Does Europe need a Constitution?*, in *European Law Journal*, 1:3, 1995, 282-302; *amplius*, in lingua italiana, D. GRIMM, *Il significato della stesura di un catalogo europeo dei diritti fondamentali nell'ottica della critica dell'ipotesi di una Costituzione europea*, in G. ZAGREBELSKY (cur.) *Diritti e Costituzione nell'Unione europea*, Laterza, Roma-Bari, 2003, 5-21.

1. L'identità nazionale degli Stati che si governano in base a principi democratici;
2. I diritti fondamentali quali garantiti dalla CEDU e dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati, in quanto principi generali del diritto comunitario.

Alla luce di quest'equilibrio, allora, si spiega il ragionamento del Tribunale tedesco nel valutare la compatibilità del Trattato di Maastricht²⁹ – segnatamente, dell'UEM – col diritto costituzionale nazionale. I parametri che lo fondano sono due:

1. Il Parlamento non ha perso la sua qualità di organo sovrano, perché la Germania entra da Stato sovrano nell'UE;
2. Il modello ordoliberal della politica monetaria tedesca di cui all'art. 88 *Grundgesetz* (GG) è lo stesso cui si vincola la politica monetaria europea: cioè l'indipendenza della Banca centrale, che persegue la stabilità dei prezzi in un contesto antinflazionistico puro.

In tal modo, per i giudici di Karlsruhe, l'art. 88 GG tutela la proprietà monetaria in applicazione dell'art. 14 GG e risulta protetto dalla clausola di eternità (art. 79(3) GG) che lo rende intangibile a tutto tondo, dall'Europa come dal legislatore costituzionale tedesco.

È agevole notare come tra i parametri impiegati dal giudice tedesco e quelli sanciti al Trattato di Maastricht si dia simmetrica corrispondenza. Il primo equivale al punto 1 – infatti, il rispetto della sovranità degli Stati governati secondo principi democratici implica il riconoscimento della sovranità al Parlamento tedesco, in uno a tutti gli altri Parlamenti, su di un piano paritario – così come il secondo al 2, poiché la tutela dei diritti (di proprietà) segue *standard* equivalenti. Ne deriva la sovrapposizione perfetta fra sovranità popolare, tutela dei diritti e modello ordoliberal, a livello nazionale ed europeo a un tempo.

In altre parole: il *BVerfG*, in forza dell'assunto irenico che fonda il Trattato di Maastricht, può e deve presumere che la Germania e gli altri Stati abbiano formulato, mediante libera espressione della sovranità popolare in ossequio al principio democratico, la seguente valutazione: affinché il diritto di proprietà (monetaria) sia tutelato a livello tanto europeo quanto statale secondo standard equivalenti, il miglior meccanismo possibile gira attorno ai parametri dell'ordoliberalismo. Sicché, deduce, tali parametri dalla Germania si estendono *pacificamente* all'intera UEM: e lo conferma in un'ordinanza del 1998, ove dice che 1) l'art. 88 GG esprime il vincolo del legislatore tedesco all'UEM come *Stabilitätsgemeinschaft*, “comunità fondata sulla stabilità dei prezzi” e 2) tale

²⁹ *BVerfG*, 2 BvR 2134/92 - 2159/9, 12 ottobre 1993, ‘*Maastricht*’; cfr. § 50s. (punto 1) e 85-86 (punto 2).

vincolo dalla Germania si amplia all'Unione, estendendosi agli Stati membri "in virtù di accordi politici"³⁰.

Coerentemente con tale assunto, il crinale fra politica economica e monetaria ricalca il confine delle competenze fra Stati e Unione: *politica* la prima, affidata agli Stati, e *impolitica* la seconda, deferita a una Banca centrale indipendente in sistema con quelle statali³¹. È allora agevole notare che la spolticizzazione del campo della politica monetaria, devoluto per intero all'Unione europea, è *la stessa* che l'assunto irenico garantisce per tutto il diritto dell'Unione, e che ne regge la pretesa di applicazione prioritaria sul diritto interno anche costituzionale.

3. Ascesa e declino del "modello Maastricht"

Quest'assetto, che può chiamarsi *modello Maastricht*, fonda la propria efficacia sull'equilibrio costituzionale retto dall'assunto irenico: deve cioè la sua tenuta alla sincera cooperazione politica, in cambio della quale la tutela dei diritti per standard equivalenti sostiene il primato del diritto comunitario riducendo il conflitto politico fra gli Stati a disputa giuridica nel quadro *multilevel*³².

Con il Trattato di Lisbona, alcune modifiche non marginali interessano le clausole costituzionali che regolano i rapporti Stati-Unione³³. Le crescenti tensioni reciproche inducono a esplicitare il vincolo all'eguaglianza quale condizione per il valore obbligatorio del suo diritto: donde l'art. 4(2) TUE – a voce del quale l'Unione rispetta gli Stati eguali davanti ai Trattati, nonché la loro struttura fondamentale politica e costituzionale – e l'art. 9 TUE, per cui i cittadini dell'Unione sono destinatari di eguali attenzioni da parte delle istituzioni europee.

Così puntellato, il modello Maastricht resta in auge fino alla crisi del 2008, ove inizia a farsi largo un criterio che ambisce a costituirne la naturale prosecuzione e che rapidamente assurge a nuovo paradigma della UEM. Tale criterio però, che può definirsi *salvataggio condizionato* (*rescue under conditionality*)³⁴ in realtà mette

³⁰ BVerfG, 2 BvR 1877/97, 31 marzo 1998, § 89.

³¹ L. BUFFONI, *La politica della moneta e il soggetto della sovranità: il caso 'decisivo'*, in Riv. AIC, 2/2016, 1-33, 5s.; cfr. O. CHESSA, *La Costituzione della moneta. Concorrenza, indipendenza della banca centrale, pareggio di bilancio*, Jovene, Napoli, 2016, 253s., e R. IBRIDO, *L'Unione bancaria europea. Profili costituzionali*, Giappichelli, Torino, 2016, 52s.

³² M. ESPOSITO, *Le regole «discrete» della sovranità economica*, in Pol. dir., 3/1998, 467-502.

³³ L. BESSELINK, *National and constitutional identity before and after Lisbon*, in *Utrecht Law Review*, 6:3, 2010, 36-49; G. DI FEDERICO, *L'identità nazionale degli Stati membri nel diritto dell'Unione europea. Natura e portata dell'art. 4, par. 2, TUE*, Napoli, ESI, 2017, 20s., 42s.

³⁴ A. VITERBO, F. COSTAMAGNA, *Multiregionalism in the Context of the EU Sovereign Debt Crisis: Current Legal Challenges and the Way Forward*, in C. HERMANN, M.

alla frusta gli equilibri costituzionali dell'UEM e dell'intera Unione, sottoponendone le giunture a pressioni molteplici³⁵ – schematicamente riferibili come segue.

In senso orizzontale, relativo ai rapporti fra istituzioni dell'Unione, i Trattati vengono interpretati in modo “orientato”, per non dire forzato, onde se ne derivi la possibilità di concedere aiuti finanziari agli Stati e di lasciar operare la BCE in guisa di un prestatore di ultima istanza.

In senso verticale, guardando ai rapporti fra Unione e Stati, si delineano due fronti, fra loro speculari.

Dal lato degli Stati *creditori*, il contribuente è costretto a finanziare gli strumenti di salvataggio (EFSF/MES) per consentire agli Stati debitori (non di estinguere il debito, ma) di pagare gli interessi maturati sul pregresso, sì da veder diminuiti i tassi di interesse e poter assumere altro debito, in un circolo vizioso di cui non s'intravede la fine³⁶; l'effetto, nella pratica, è l'istituzione di forme di *pseudo-mutualizzazione* del debito pubblico condizionate all'acquiescenza del debitore verso le decisioni assunte dagli organi della *governance* economica (la famigerata *Troika*) ma prive delle garanzie che deriverebbero dall'unità politica – *in primis*, il collegamento con una sovranità di bilancio democraticamente strutturata ed orientata al principio “*no taxation without representation*”. In tal modo, i cittadini degli Stati creditori devono accettare la compressione della sovranità di bilancio e una parallela, inevitabile riduzione dei diritti di prestazione che tali Stati possono garantire³⁷.

Dal lato degli Stati *debitori*, le condizionalità ufficiali sancite da Protocolli di intesa e quelle ufficiose imposte mediante lettere più o meno segrete della BCE realizzano un effetto analogo, speculare³⁸: stringendo la catena del debito perpetuo

KRAJEWSKI, J.P. TERHECHTE (eds.) *European Yearbook of International Economic Law* – 2014, Springer, Berlin, 2015, 17-32, 24s.

³⁵ Cfr. L.S. ROSSI, “*Fiscal Compact*” e *Trattato sul Meccanismo europeo di stabilità: aspetti istituzionali e conseguenze sull'integrazione differenziata nell'UE*, ne *Il Diritto dell'UE*, 3/2012, 293-307; G. PITRUZZELLA, *Chi governa la finanza pubblica in Europa?*, in *Quaderni Costituzionali*, I-2012, 9-49; P. CRAIG, *Economic Governance and the Euro Crisis: Constitutional Architecture and Constitutional Implications*, in M. ADAMS, F. FABBRINI, P. LAROCHE (eds.) *The Constitutionalization of European Budgetary Constraints*, Hart, Oxford, 2014, 19-40.

³⁶ M. BENVENUTI, *Libertà senza liberazione. Per una critica della ragione costituzionale dell'Unione europea*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, spec. 36s.

³⁷ P. HÄBERLE, W. MARTENS, *Grundrechte im Leistungsstaat. Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung*, in *VVDStRL*, 30, De Gruyter, Berlin, 1972, 46s.

³⁸ A.J. MENÉNDEZ, *¿Qué clase de Unión es ésta? A vueltas con la saga Gauweiler*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 116/2019, 269-299

attorno allo Stato debitore, a poco a poco svuotano di senso la sovranità nazionale e impongono tagli sempre più severi alla spesa sociale, comprimendo anche sensibilmente i diritti dei cittadini³⁹.

L'equilibrio di Maastricht è quindi violato sui due lati⁴⁰. Dal lato nazionale, alla debordante pretesa di *Loyalty* da parte dell'Unione non rispondono adeguati diritti di *Voice*. Dal lato europeo, la BCE, la cui azione inerisce alla politica monetaria *per definizione* – quindi, si è detto, per definizione *impolitica* – lede interessi statali anche sensibili penetrando nel terreno della politica economica⁴¹. Il confine delle competenze, che coincide con gli equilibri costituzionali euro-unitari, cade; e in uno ad esso viene meno la presunzione di *impoliticità* della politica monetaria.

È così ripudiato l'assunto irenico su ambo i lati: le pretese di *Loyalty* da parte dell'Unione restano prive di commisurati diritti di *Voice*. Frana così l'intero costruito che ha consentito, nei rapporti Stati-Unione, di *mettere in parentesi* la questione della sovranità – la quale, inevitabilmente, ritorna *in discussione*⁴².

4. Lineamenti di un principio di essenzialità

Tuttavia, che il *nuovo* paradigma *rescue under conditionality* costituisca naturale prosecuzione del modello Maastricht è stato più volte avallato dai Governi, sebbene in condizioni che concordemente si definiscono quantomeno eccezionali⁴³.

³⁹ F. COSTAMAGNA, *The Court of Justice and the Demise of the Rule of Law in the EU Economic Governance: The Case of Social Rights*, in Carlo Alberto Notebooks, 487, 12/2016, 1-23, spec. 8s.; A. POGGI, *Crisi economica e crisi dei diritti sociali nell'Unione europea*, in Riv. AIC, 1/2017, 1-16, 9s.

⁴⁰ G. GUARINO, *L'Europa imperfetta. UE: problemi, analisi, prospettive*, in ID., *Diritto ed economia. L'Italia, l'Europa, il mondo – Quaderni di Economia Italiana*, 2011, 225s., anche in *Costituzionalismo.it*, 21 novembre 2011, 1-30, 17s., indica come ineludibili due postulati: il “divieto per l'Unione di indebitarsi senza una modifica del Trattato e [la] impossibilità di conferire un potere di indebitamento ad un'autorità che non sia democraticamente eletta”. È appena il caso di notare che entrambi questi postulati sono stati infranti nel transito dal modello Maastricht al *rescue under conditionality*.

⁴¹ L. BUFFONI, *La politica della moneta*, cit., 9s.

⁴² Come dal titolo del volume di N. MACCORMICK, *Questioning Sovereignty. Law, State and Nation in the European Commonwealth*, Oxford University Press, 1999, 123s., 137s.

⁴³ Cfr. E. CHITI, A.J. MENÉNDEZ, P.G. TEIXEIRA, *The European Rescue of the European Union*, in *The European Rescue of The European Union? The Existential Crisis Of The European Political Project – ARENA Report 19*, 3/2012 – *Reconstituting Democracy in Europe*, spec. 395s.; M. DAWSON, F. DE WITTE, *Self-determination in the Constitutional Future of the EU*, in *European Law Journal*, 21-3, 2015, 371-383; C. KILPATRICK, *Abnormal Sources and Institutional Actions in the EU Sovereign Debt Crisis – ECB Crisis Management and the Sovereign Debt Loans*, in M. CREMONA, C. KILPATRICK (eds.) *EU Legal Acts:*

È in questo contesto, di costituzionalità dubbia ma ragionevolmente ancora presumibile, che il *BVerfG* si trova a vagliare la costituzionalità del MES.⁴⁴ Rispetto a Maastricht, spiccano due passaggi “nuovi”. Primo: è esplicitato il nesso fra art. 88 e art. 14 GG (cioè fra ortodossia ordoliberal e tutela dei diritti). Secondo: è questo nesso, e non direttamente l’assunto ordoliberal, a legarsi alla clausola di eternità di cui all’art. 79 (3) in quanto “elemento essenziale” (*wesentliches Element*), indispensabile perché la Germania possa continuare a prender parte all’integrazione⁴⁵.

Deve arguirsi che la sovrapposizione perfetta fra 1) rispetto della sovranità e tutela dei diritti sul piano europeo, e 2) rispetto della sovranità e tutela dei diritti a livello statale, quale risaltava nel connubio fra l’art. 20 (sovranità popolare) e gli articoli 23 (integrazione europea), 88, 14 e 79(3) GG, s’avvia verso il tramonto. In modo alquanto esplicito, infatti, il *BVerfG* dice che “non tutte le manifestazioni [*Ausprägungen*] della *Stabilitätsgemeinschaft* sono coperte dall’art. 79(3) GG”⁴⁶; ben potrebbero darsene di nuove, disponibili al “legislatore” (*Gesetzgeber*) là dove quest’ultimo individui “debolezze” (*Schwächen*) dell’UEM e si risolva a contrastarle con una “modifica al diritto dell’Unione” (*Änderung des Unionsrechts*). Ciò conferma che il disegno ordoliberal – l’UEM come *Stabilitätsgemeinschaft*, “comunità legata alla stabilità dei prezzi” – non è un valore assoluto, in sé intangibile per il Tribunale di Karlsruhe; è invece strumentale alla tutela dei diritti, quindi vale finché la sovranità popolare, quale si esprime nelle articolazioni della divisione dei poteri, ritiene che tale strumentalità persista⁴⁷.

Due considerazioni, a questo punto, s’impongono.

La prima è che traspare in questa lettura lo sforzo da parte del *BVerfG* di considerare la questione della clausola di eternità e del suo contenuto in termini *relazionali*, dinamici. Il Tribunale di Karlsruhe si studia di superare una strettoia che, forse, il diritto costituzionale tedesco eredita dalla tradizione della *Allgemeine Staatslehre* e che, su di un piano più generale, lega l’unitarietà del potere a una concezione monolitica dei diritti, allocati lungo una scala di valori (*Wertordnung*) predefinita⁴⁸. Tale caratteristica sembra stagliarsi più nitida al crocevia tra i due

Challenges and Transformations, Oxford University Press, 2018, 70-104, 72s. Vedasi, per un confronto, G. DEL NEGRO, *The Validity of Treaties concluded under Coercion of the State: Sketching a TWAIL Critique*, in *European Journal of Legal Studies*, 10:1, 2017, 39-60.

⁴⁴ *BVerfG*, 2 BvR 1390/12, 12 settembre 2012, “MES”.

⁴⁵ *Ibid.*, § 115-116.

⁴⁶ *Ibid.*, § 116.

⁴⁷ C. MÖLLERS, *The Three Branches: A Comparative Model of Separation of Powers*, Oxford University Press, 2013, 51s., 106s.; cfr. E. CAROLAN, *The New Separation of Powers: A Theory for the Modern State*, Oxford University Press, 2009, 76s.

⁴⁸ Cfr. C. AMIRANTE, *La Costituzione come “sistema di valori” e la trasformazione dei diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte costituzionale federale*, in *Pol. dir.*,

rami dell'ordinamento costituzionale: da un canto riflette l'evoluzione della riserva di legge, che esita a staccarsi da una *Totalvorbehalt*, o concezione *totale*, per leggere i rapporti tra atti legislativi e regolamentari alla luce della reciproca densità regolativa (*Regelungsdichte*)⁴⁹; d'altro canto si rispecchia nella traiettoria della dignità della persona quale vertice della *Wertordnung*, valore in sé ed insuscettibile di bilanciamento⁵⁰, fino ad attirare al Tribunale stesso l'accusa di perpetuare una "tirannia dei valori"⁵¹.

I giudici tedeschi, dunque, sembrano mettersi all'opera per superare, in un quadro contrassegnato da ineliminabile pluralismo, quell'impianto forse antiquato.

1/1981, 9-59. Cfr. H. GÖRLICH, *Wertordnung und Grundgesetz: Kritik einer Argumentationsfigur des Bundesverfassungsgerichts*, Nomos, Baden-Baden, 1973, spec. 46s., 216s.

⁴⁹ Si vedano ad es. M. KLOEPFER, *Der Vorbehalt des Gesetzes im Wandel*, in *Juristen Zeitung*, 39:15/16, 1984, 685-695; H.H. VON ARNIM, *Zur »Wesentlichkeitstheorie« des Bundesverfassungsgerichts*, in *Deutsches Verwaltungsblatt*, 102:24, 1987, 1241-1249, e U.R. HALTERN, F.C. MAYER, C.R. MÖLLERS, *Wesentlichkeitstheorie und Gerichtsbarkeit*, in *Die Verwaltung*, 30/1997, 51-74. Da conto di quest'evoluzione G. SCACCIA, *La riserva di legge. L'esperienza tedesca*, ed. provv., Al.Sa., Roma, 2002, 156s. Il legame fra la graduale illiceità di una *Globale Ermächtigungsgesetz* a base giuridica dell'attività normativa dell'esecutivo e l'affermarsi, con la Legge fondamentale di Bonn, di una forma di governo di democrazia pluralista è evidenziato in S. FOIS, *La "riserva di legge". Lineamenti storici e problemi attuali* (1963) in ID., *La crisi della legalità. Raccolta di scritti*, Giuffrè, Milano, 2010, 3-335, 68s.

⁵⁰ G. DÜRIG, *Art. 1 Abs. 1*, in T. MAUNZ, G. DÜRIG (hrsg.) *Grundgesetzes Kommentar*, Nomos-Beck, München, 2009, 1-114; dello stesso A., cfr. *Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde: Entwurf eines praktikablen Wertsystems der Grundrechte aus Art. 1 Abs. I in Verbindung mit Art. 19 Abs. II des Grundgesetzes*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 81-42, 2, 1956, 117-157. Nel dibattito recente, J. VON BERNSTORFF, *The Dispute About Human Dignity and Ethical Absolutism in the Field of Fundamental and Human Rights Protection: Defending a Deontic Understanding of Rights*, in D. GRIMM, A. KEMMERER, C. MÖLLERS (eds.) *Human Dignity: Explorations of a Contested Concept*, Nomos/Hart, Baden-Baden/Oxford, 2018, 267-297; *amplius*, N. TEIFKE, *Das Prinzip Menschenwürde: Zur Abwägungsfähigkeit des Höchststrangigen*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2011, spec. 153s. e P. RIDOLA, *La dignità dell'uomo e il "principio libertà" nella cultura costituzionale europea*, in ID., *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, cit., 77-137, spec. 102s.

⁵¹ Cfr. J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats* (1992) ed. inglese (a cura di W. REHG) ID., *Between Facts and Norms. Contribution to a Discourse Theory of Law and Democracy*, Cambridge, MIT-Press, 1996, 209s.; *amplius*, J.J. GOMES CANOTILHO, *Jurisdição constitucional y nuevas inquietudes discursivas. Del mejor método a la mejor teoría*, in *Fundamentos*, 4/2006, "La Rebelión de las Leyes" (coord. J.L. REQUEJO PAGÉS) 425-439. Sulla definizione "tirannia dei valori" il riferimento è C. SCHMITT, *Die Tyrannei der Werte. Überlegungen eines Juristen zur Wert-Philosophie* (1959) ora in ID., *Die Tyrannei der Werte*, Duncker & Humblot, Berlin, 2011, 36-56.

Infatti, seguendo il filo del loro ragionamento, risulta che il contenuto della clausola di eternità non risiede nella difesa dei pilastri della *Stabilitätsgemeinschaft* ma protegge in realtà una *relazione*, quella che tiene assieme poteri e diritti in un ordinamento costituzionale. Tale relazione può così dispiegarsi: spetta alla volontà popolare dar contenuto ai diritti, che sono quindi *riconosciuti* dai cittadini a sé stessi mediante auto-determinazione che da individuale si fa collettiva (per le molteplici vie che l'ordinamento costituzionale appresta all'uopo) e non già *elargiti* da un'autorità esterna per essi irraggiungibile.

Seguendo il Tribunale stesso, potrebbe definirsi il prodotto di questa relazione "criterio democratico sostanziale", ossia portato sostanziale del principio democratico.

Sicché, nella giurisprudenza costituzionale tedesca, il superamento del modello Maastricht – la corrispondenza fra equilibrio costituzionale europeo e ordoliberalismo tedesco – è già pronto nel 2012. Il *BVerfG* sostiene infatti che il legislatore, se vuol scegliere una nuova *sfumatura* di *ordoliberalismo*, può farlo senz'altro; a condizione però che tratti, a livello europeo e nazionale, un'appropriata modifica del diritto dell'Unione, assumendosene la *responsabilità politica*.

Di qui la seconda considerazione: dall'*an* al *quomodo*. Non dice, il giudice tedesco, che per superare l'ortodossia ordoliberale devono forzatamente modificarsi i Trattati e/o la costituzione: lascia intendere che valuterà volta per volta se il rango formale dell'atto è adeguato alla sostanza della modifica, indicando per sommi capi il parametro di valutazione. Da tale indicazione, pur inevitabilmente vaga, si scorgono i tratti di un principio che guida l'attività della Germania – e, con essa, quella degli altri Stati, vincolando tutti al rispetto dell'equilibrio euro-unitario. Dice infatti il *BVerfG* che il suo giudizio sarà tanto più severo quanto più la modifica sottopostagli concretizzerà un vincolo irretrattabile; poiché la reversibilità dell'impegno è connaturata alla sovranità popolare e ne tutela il portato sostanziale⁵². Insomma: quanto più gravoso l'impegno assunto, tanto più robusto, nella lettera e nel rango, il mandato che tale impegno sancisce.

Può allora riassumersi l'insegnamento del *BVerfG* in una duplice statuizione. In primo luogo, se il mandato ricevuto nel '92 dalle istituzioni dell'Unione prevede l'attuazione del modello Maastricht, un'eventuale deviazione da tale modello dev'essere sorretta da un consenso politico espresso, tale da concretizzare una modifica al mandato precedente. In secondo luogo, vi è una relazione tra la portata e il rango di tale modifica, da un lato, e dall'altro la sensibilità degli effetti giuridici che attraverso di essa ci si accinge a immettere nell'"ordinamento" euro-unitario;

⁵² *BVerfG*, MES, *cit.*, § 117.

e questa relazione funge da parametro normativo per valutare in concreto l'obbligatorietà giuridica di tali effetti.

Non sfugga la coerenza fra tale statuizione e il cardine degli equilibri costituzionali europei: a ogni pretesa di *Loyalty* devono rispondere diritti di *Voice*, e tali diritti devono essere commisurati alla pretesa in questione.

5. Da OMT a PSPP: una linea di continuità

La frattura tra il modello Maastricht e il *rescue under conditionality* si consuma in *Gauweiler*, ove la Corte di Giustizia di fatto avalla il ruolo della BCE come "prestatore di ultima istanza" rifiutando di sindacare nel merito la proporzionalità delle sue condotte. Sostiene la Corte che, a causa della difficoltà tecnica delle scelte di competenza della BCE e del Sistema di cui è vertice, è legittimo riconoscerle un ampio potere discrezionale⁵³. In tal modo, la Corte libera il conferimento dal sindacato di proporzionalità, che dal presidio di tale meccanismo scivola verso un mero vaglio dell'esercizio delle competenze conferite⁵⁴.

Pur traslato sul merito, l'indebolimento dello scrutinio di proporzionalità non può negarsi⁵⁵; come pure il distacco dalla "*culture of justification*"⁵⁶ che della proporzionalità costituisce la ragione operativa. Così la politica monetaria si fa *politica*, e non più *impolitica* come Maastricht assumeva; di qui, a catena, si rovescia l'assunto irenico e con esso l'ordine delle presunzioni che regge l'equilibrio costituzionale dell'Unione. Stringendosi il nodo della sovranità, dunque, la pretesa di applicazione prioritaria del diritto dell'Unione vacilla dinanzi alla tutela degli interessi più delicati dei singoli Stati.

Si comprende allora perché la risposta del *BVerfG* in *OMT*⁵⁷ rovescia senza esitare il rapporto fra ortodossia ordoliberal e criterio democratico sostanziale: per proteggere questo dalla torsione di quella, collocando al riparo della clausola

⁵³ M. GOLDMANN, *Constitutional Pluralism as Mutually Assured Discretion. The Court of Justice, the German Federal Constitutional Court, and the ECB*, in *Maastricht Journal of Comp. & Eur. Law*, 23-1, 2016, 119-135.

⁵⁴ P. CRAIG, M. MARKAKIS, *Gauweiler and the Legality of Outright Monetary Transactions*, in *European Law Review*, 41:1, 2015, 4-24, e A. HINAREJOS, *Gauweiler and the Outright Monetary Transactions Programme: The Mandate of the European Central Bank and the Changing Nature of Economic and Monetary Union*, in *European Constitutional Law Review*, 11:3, 2015, 563-576

⁵⁵ Si permetta il rinvio a G. VOSA, *'Loose' Proportionality Review in the European Monetary Union's 'Law of the Crisis': a Sign of Decline of the 'Culture of Justification'?*, Paper presentato a *Constitutional works-in-progress Workshop*, UCD, Dublino, 21 giugno 2019, 1-22, *forthcoming in European Public Law*, 3/2020.

⁵⁶ M. COHEN-ELIYA, I. PORAT, *Proportionality and the Culture of Justification*, in *The American Journal of Comparative Law*, 59, 2011, 463-490, 469s.

⁵⁷ *BVerfG*, 2 BvR 2728/13, 16 giugno 2016, "OMT II".

di eternità il criterio per cui il contenuto dei diritti si stabilisce in base alla sovranità popolare. I giudici tedeschi operano in continuità con la linea tracciata, cui aggiungono un duplice passaggio: svincolano l'art. 88 dagli articoli 14 e 79(3) GG⁵⁸ e rafforzano la portata universale del diritto di voto, che ancorano alla dignità della persona capace di auto-determinarsi in forza di un robusto, magniloquente rimando all'art. 1 GG e dunque, per il suo tramite, all'intangibilità della *Menschenwürde*⁵⁹.

L'art. 88 GG si legge allora nel senso di sottoporre gli atti della BCE a un controllo democratico commisurato alla loro incisività sulla sfera sovrana e su quella individuale: l'art. 130 TFUE, fondamento dell'indipendenza della BCE, è citato espressamente fra le basi giuridiche che generano atti fondati su "altri percorsi di legittimazione"⁶⁰. Per "altri", letteralmente "*andere*", deve intendersi sottratti a controllo parlamentare (si noti: non del *Bundestag* ma "parlamentare"⁶¹ come a rimarcare l'*universalizzabilità* euro-unitaria del ragionamento condotto)⁶²; dunque, da monitorare con maggior attenzione nel quadro della "responsabilità per l'integrazione"⁶³.

Con queste premesse, si capisce perché la sentenza *PSPP* del *BVerfG*, che pure apre le porte all'ipotesi di una rottura degli equilibri euro-unitari, ambisce in realtà alla loro restaurazione. A tale scopo, il *BVerfG* non esita a proseguire nella linea interpretativa precedentemente accennata. L'art. 88 GG, ora, paradossalmente, è interpretato *a rovescio*; ossia è letto nel senso che "non osta"⁶⁴ ad una richiesta di chiarimenti da parte della Germania alla BCE – la quale, a norma del diritto sia tedesco sia europeo, non può ricevere istruzioni dai governi. A contraltare, la proclamazione della valenza universale del "portato sostanziale del diritto di voto" *ex art. 38 GG* tocca vette sublimi, che non possono che ribadire la natura euro-unitaria del principio volto a tutelarlo – quello per cui dal mandato conferito a Maastricht non possono derivarsi norme in discontinuità tanto marcata rispetto al complessivo equilibrio costituzionale su cui poggiava quel mandato.⁶⁵

⁵⁸ *Ibid.*, § 189.

⁵⁹ *Ibid.*, § 124.

⁶⁰ *Ibid.*, § 131.

⁶¹ *Ibid.*: "*Soweit nicht das Volk selbst zur Entscheidung berufen ist, ist demokratisch legitimiert nur, was parlamentarisch verantwortet werden kann*".

⁶² Sul concetto di universalizzabilità M. POIARES MADURO, *Contrapunctual Law: Europe's Constitutional Pluralism in Action*, in N. WALKER (ed.) *Sovereignty in Transition*, Hart, Oxford, 2003, 501-538, in part. 502.

⁶³ *Ibid.*, § 163s., 210s.

⁶⁴ *BVerfG*, *PSPP*, *cit.*, § 232.

⁶⁵ *Ibid.*, § 98s., 114s.

6. Il *BVerfG* e le condizioni dell'*alleanza* fra corti costituzionali

Con la sentenza *PSPP*, dunque, il *BVerfG* delinea un principio non solo tedesco ma *euro-unitario*, ponendolo a difesa degli equilibri costituzionali stabiliti a Maastricht e stravolti dalla crisi. Tale principio ruota attorno alla difesa di un diritto fondamentale – il diritto ad autodeterminarsi democraticamente – che non si lega a contenuti concreti di sorta, ma si volge piuttosto a tutela dei processi democratici in quanto tali. Lo dice, nel modo più chiaro possibile, la stessa sentenza:

“Art. 38(1) first sentence GG does not, however, confer a right upon citizens to subject democratic majority decisions to a review of lawfulness that goes beyond what is necessary to safeguard the right to democratic self-determination enshrined in Art. 20(1) and (2) in conjunction with Art. 79(3) in conjunction with Art. 1(1) GG. The purpose of this fundamental right is not to subject the contents of democratic decision-making to substantive review but to facilitate democratic decision-making processes as such”⁶⁶.

È chiaro che, osservando la vicenda dall'ottica tedesca, il *BVerfG* non può che focalizzarsi sul versante degli Stati creditori, per i quali la continuità fra modello Maastricht e *rescue under conditionality* sarebbe assicurata là dove le erogazioni di cui ai vari fondi *salva-Stati* non costituissero mera regalia né consentissero alla BCE di agire come un prestatore di ultima istanza. In tal caso, difatti, salvaguardandosi il “criterio democratico sostanziale” con riferimento alla sola Germania, l'onere dell'asimmetria si scaricherebbe solo sugli Stati debitori. Nondimeno, i giudici di Karlsruhe hanno cura di erigere un edificio argomentativo poderoso a presidio del diritto di voto in sé, le cui fondamenta, attingendo al più profondo sostrato della persona umana, certamente non restano confinate alla sola Germania⁶⁷.

⁶⁶ *Ibid.*, § 100. Nell'originale tedesco, il diritto all'autodeterminazione democratica (*Anspruch auf demokratische Selbstbestimmung*) che si collega al diritto di voto (*Wahlrecht*) „dient nicht der inhaltlichen Kontrolle demokratischer Prozesse, sondern ist auf deren Ermöglichung gerichtet“.

⁶⁷ Il robustissimo legame che la difesa della sovranità popolare intesse, nell'ottica dei giudici di Karlsruhe, con la dignità della persona impedisce per sempre di considerare “solo tedesca” la posizione da essi assunta. Difatti, se così fosse, i cittadini tedeschi godrebbero di uno *status* più elevato rispetto ai cittadini degli altri Stati, in violazione degli articoli 4(2) e 9 TUE; e fonderebbero tale *status* su una presunta “maggior dignità” *uti personae* rispetto agli altri cittadini dell'Unione. Questa linea, a percorrerla con coerenza, condurrebbe dritto alla restaurazione del concetto di *Herrenvolk*, “popolo dominatore”, che si assume la responsabilità di aree geografiche definite (R. HÖHN, *Großraumordnung und völkisches Rechtsdenken*, Wittich, Darmstadt, 1941, 6s.) in virtù di un'asserita superiorità etno-antropologica su altri *Sklavenvölke* (C. SCHMITT, *Völkerrechtliche Großraumordnung, mit Intentionverbot für raumfremde Mächte. Ein Betrag zum Reichsbegriff im Völkerrecht* (1939)

Se si legge quindi l'intervento del *BVerfG* in un'ottica che, pur dal ristretto angolo visuale cui il suo ruolo di giudice costituzionale *tedesco* lo astringe, è di fatto *europea*, si coglie fino in fondo il valore universalizzabile della clausola di eternità quale ancoraggio ultimo dei valori supremi, tedeschi e non solo, attorno ai quali il mutamento costituzionale *euro-unitario* viene a ruotare. Tale clausola, infatti, giunge a supportare l'intero equilibrio costituzionale sancito a Maastricht e messo a repentaglio dal nuovo modello. Opponendosi alla deriva incontrollata dell'Unione innescatasi in seguito alla crisi del 2008, i giudici di Karlsruhe censurano l'intero operato della Corte di Giustizia con riguardo al diritto della crisi⁶⁸; attivando così fisiologici meccanismi di reazione contro un mutamento percepito come illegale e illegittimo⁶⁹, e facendosi guardiani di quei "limiti sostanziali"⁷⁰ alla costituzione stessa che ne ancorano la legittimazione alla sovranità politica-democratica⁷¹.

Del resto, tale censura, lungi dal ripiegare in un'avversione *antieuropea*, è perfettamente coerente con la linea dell'integrazione. L'Europa ha difatti forgiato un ceto di giuristi, ispirati da una *cultura democratica*, istruendoli a proteggere i diritti in un quadro *post-statale*⁷². La posizione dei giudici tedeschi va allora riletta alla luce dell'"alleanza di corti costituzionali"⁷³ di cui il presidente uscente del *BVerfG* si è fatto promotore anche sul piano scientifico⁷⁴. "Alleanza", per non coincidere con "resa", esige condizioni; le stesse alle quali il cammino della

ora in *Staat, Großraum, Nomos. Arbeiten aus den Jahren 1916-1969*, Duncker & Humblot, Berlin, 1995, 269-320). Un approdo del quale, pare superfluo aggiungerlo, non può accettarsi alcuna implicazione.

⁶⁸ *BVerfG*, PSPP, *cit.*, ad es. § 121s., ove richiama le sentenze *Pringle* e *Gauweiler* in uno alla sentenza *Weiss* della Corte di Giustizia.

⁶⁹ M. DOGLIANI, *Potere costituente e revisione costituzionale*, Relazione al Convegno AIC *Forma dello Stato e revisione costituzionale*, Genova, 8-10 dicembre, 1994, in G. ZAGREBELSKY, P.P. PORTINARO, J. LUTHER (cur.) *Il futuro della Costituzione*, Einaudi, Torino, 1996, 253-289.

⁷⁰ A. PACE, *L'instaurazione di una nuova Costituzione. Profili di teoria costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, XVII:1, 1997, 7-50.

⁷¹ R. BIN, *Mutamenti costituzionali: un'analisi concettuale*, in *Diritto costituzionale*, 1/2020, 23-45.

⁷² Cfr. P. HÄBERLE, „Kultur und Europa“, in ID., *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, II ed., Duncker & Humblot, Berlin, 1998, 1066-1105, spec. 1082s.

⁷³ Traduce con "alleanza di costituzioni" il termine "pernicioso" *Verfassungsverbund* J. HABERMAS, *The Crisis of the European Union in the Light of a Constitutionalization of International Law*, in *European Journal of International Law*, 23:2, 2012, 335-348, 344.

⁷⁴ A. VORKUHLE, *Der europäische Verfassungsgerichtsverbund*, in *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 1/2010, anche in inglese: ID., *Multilevel cooperation of the European Constitutional Courts: Der Europäische Verfassungsgerichtsverbund*, in *European Constitutional Law Review*, 6:2, 2010, 175-198.

costituzionalizzazione ha conferito al diritto comunitario la priorità nell'applicazione sulle norme costituzionali interne⁷⁵. Venute meno tali condizioni, segnalare il pericolo cui quella "alleanza" si espone non è *rebelión desleal*⁷⁶; e nemmeno velleità di conformare i fatti alle proprie opinioni⁷⁷ o di imporre standard di astratta "comprensibilità" irrispettosi di un corretto dialogo fra Corti⁷⁸. È strenua, rigida certo⁷⁹, ma inevitabile difesa di un crinale sacro, quello che separa *essere* da *dover essere* – sicché quest'ultimo non coincida col *voler essere* di una minoranza, pur compatta ed organizzata⁸⁰.

Il Tribunale di Karlsruhe – peraltro seguendo una linea già tracciata⁸¹– ricorre allora al principio di essenzialità in qualità di ponte fra la legittimità costituzionale nazionale e quella europea, riponendo in esso quell'elemento essenziale, "*wesentliches Element*" che tiene insieme gli Stati nell'Unione. Tale elemento, infine, può così riassumersi: i diritti si *riconoscono* e non si *elargiscono*, sicché il loro contenuto ha da ricondursi alla volontà dei destinatari e non all'elaborazione di organi *altri* – sottratti cioè all'autodeterminazione democratica, individuale e collettiva, dei destinatari medesimi.

7. Conclusioni

Non sfugge che, in un dibattito dominato dai *cleavages* descritti in apertura, la posizione del *BVerfG* appare provocatoria, improntata ad una difesa della sovranità nazionale addirittura muscolare, "a senso unico"⁸²; "*an anomaly of*

⁷⁵ M. AVBELJ, *The Right Question about the FCC Ultra Vires Decision*, in *Verfassungsblog.de*, 6 maggio 2020.

⁷⁶ D. UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO, *La rebelión desleal de Karlsruhe*, in *El País*, 5 maggio 2020.

⁷⁷ F. SAIITTO, «*Tanto peggio per i fatti*». *Sipario sulla Presidenza Voßkuhle: il caso Quantitative Easing di fronte al Bundesverfassungsgericht*, in *DirittiComparati.it*, 7 maggio 2020.

⁷⁸ T. MARZAL, *Is the BVerfG PSPP decision "simply not comprehensible"? A critique of the judgment's reasoning on proportionality*, in *Verfassungsblog.de*, 9 maggio 2020.

⁷⁹ F.C. MAYER, *Auf dem Weg zum Richterfaustrecht? Zum PSPP-Urteil des BVerfG*, in *Verfassungsblog.de*, 7 maggio 2020; *ibid.*, cfr. M.A. WILKINSON, *Fight, flight or fudge? First reflections on the PSPP judgement of the German Constitutional Court*, 6 maggio 2020.

⁸⁰ Riprendendo la fulminante battuta di R. TREVES, *Introduzione generale*, in ID. (cur.) *Diritto delle Comunità europee e diritto degli Stati membri*, Roma, Cavallo di Ferro, 1969, 15.

⁸¹ A. STEINBACH, *The Lisbon Judgment of the German Federal Constitutional Court – New Guidance on the Limits of European Integration?*, in *German Law Journal*, 11:4, 2010, 367-390, 381s.

⁸² A. SOMMA, *Democrazia e mercato ai tempi del coronavirus. La Corte di Karlsruhe e la difesa a senso unico dell'ortodossia neoliberale*, in *DPCE – Online*, 2/2020, 1-11.

questionable democratic character” realizzata da “*few independent judges*”⁸³. Da un lato, però, la sentenza si colloca in un solco già scavato: il *BVerfG* è di recente venuto rileggendo i rapporti fra diritto interno e diritto dell’Unione sotto molteplici aspetti – sia sul sistema dei diritti costituzionali “europei” e “nazionali”⁸⁴, sia sul confine che divide gli uni dagli altri⁸⁵– e si è sforzato di tracciare limiti all’attività nomopoietica dei giudici di merito⁸⁶. D’altro lato, va detto, una lettura tanto monocorde risulta limitativa dinanzi al valore universale degli argomenti addotti, che ne esalta la fecondità. La proclamazione di un *Anspruch auf Demokratie* legato alla dignità della persona nel suo auto-determinarsi imprime al discorso dei diritti e dei poteri nello spazio europeo un robusto salto di qualità⁸⁷. Di conseguenza, il rispetto degli equilibri euro-unitari – sincera collaborazione su di un piano paritario in vista di condizioni uguali per tutti, o almeno non intollerabilmente umilianti per alcuno – potrà essere rivendicato da tutti gli Stati, sia nei rapporti reciproci, sia dagli organi e organismi europei. Un punto fondamentale soprattutto per l’avvenire, ossia in vista di imminenti negoziati politici, oggi quanto mai opportuni e necessari⁸⁸. Sulla base degli argomenti prodotti dalla sentenza, tutti gli Stati potranno dunque reclamare il diritto che l’art. 20(4) GG riconosce ai cittadini tedeschi: il *Recht zum Widerstand*. Un diritto di resistenza⁸⁹ – o, in altri termini, di *giustificata*

⁸³ F. BIGNAMI, *Law or Politics?*, in *Verfassungsblog.de*, 21 maggio 2020.

⁸⁴ G. REPETTO, *Il Bundesverfassungsgericht e l’Europa: nuovi equilibri? La violazione congiunta dei diritti nazionali e della Carta UE*, in *Quaderni costituzionali*, XL:2, 2020, 329-352.

⁸⁵ G. DELLEDONNE, *Il controllo formale sul trasferimento di diritti sovrani: un ulteriore arricchimento dello strumentario del Bundesverfassungsgericht*, in *Quaderni costituzionali*, XL:2, 2020, 442-446.

⁸⁶ S. HABERL, *Il giudice come legislatore? Lessons (to be) learned from the Bundesverfassungsgericht*, in *DPCE – Online*, 4/2019, 2439-2453.

⁸⁷ Cfr. M. LUCIANI, *La “Costituzione dei diritti” e la “Costituzione dei poteri”. Note sulle brevi su un modello interpretativo ricorrente*, in *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, II, Cedam, Padova, 1985, 497-508.

⁸⁸ Cfr. M. DANI, J. MENDES, A.J. MENÉNDEZ, M.A. WILKINSON, H. SCHEPEL, E. CHITI, *At the End of the Law. A Moment of Truth for the Eurozone and the EU*, in *Verfassungsblog.de*, 15 maggio 2020.

⁸⁹ Cfr. J.I. UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, *El derecho de resistencia y su “constitucionalización”*, in *Revista de Estudios Políticos*, 103/1999, 213-245, 227s. e A. BURATTI, *Dal diritto di resistenza al metodo democratico. Per una genealogia del principio di opposizione nello Stato costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2006, 155s.

*disobbedienza*⁹⁰ – in virtù del quale la *vigilanza democratica*⁹¹ si conferma strumento atto a dimostrare che, malgrado le poderose pressioni verso mutamenti *in peius*, non si è spenta ma perdura la *lotta* per la costituzione precedente⁹².

Due notazioni conclusive.

La prima: l'art. 20(4) GG è coperto dalla clausola di eternità ex art. 79(3) GG, quindi fa parte del nucleo di valori fondamentali da cui emana il moto evolutivo della costituzione tedesca. Ora, in base alla *Wandel-verfassung*, il diritto di resistenza ivi sancito è esteso all'Unione nel suo complesso in quanto diretto discendente dei valori comuni da cui si dispiega, in base alla *Wandel-verfassung*, la costituzionalizzazione dell'Europa. Di qui la sua natura di *diritto costituzionale europeo* a difesa degli equilibri euro-unitari e del pluralismo costituzionale che vi presiede si mostra, forse, in una luce che la rende non più equivocabile.

La seconda: il moto cui è perennemente assoggettato lo spazio pubblico europeo è giunto a una curva di necessaria riflessione. In breve, si tratta di un'alternativa fra il vecchio e il nuovo. La costituzione *vecchia* è quella sancita a Maastricht e si fonda sull'eguaglianza fra Stati sovrani e cittadini-persone⁹³. Quella *nuova*, che da tempo spinge per subentrarvi, cagiona diseguaglianze crescenti, senza tema di causare la disgregazione dell'edificio comune⁹⁴. Tale disgregazione, a dire il vero, è già in atto: ne sono prova l'ascesa delle c.d. "democrazie illiberali"⁹⁵

⁹⁰ Di "*justified disobedience*" parla D. CHALMERS, *The European Union Recovery of Democratic Authority*, Relazione al Seminario García Pelayo "Global Constitutionalism and Regional Integration", *Centro de Estudios Políticos y Constitucionales* (CEPC) Madrid, 15 giugno 2020, 1-29, 18s., 24s.

⁹¹ M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Riv. AIC*, 2/2020, 109-141, 141.

⁹² M. DOGLIANI, *Diritto costituzionale e scrittura* (1997) in ID., *La ricerca dell'ordine perduto. Scritti scelti*, Il Mulino, Bologna, 2016, 105-132, 108.

⁹³ Cfr. S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della costituzione repubblicana*, Il Mulino, Bologna, 2004, spec. 424s.

⁹⁴ Può ripetersi allora per l'Europa quel che L. CARLASSARE, *Diritti e garanzie nel riaffiorare dei modelli autoritari*, in *Costituzionalismo.it*, 29 marzo 2010, 1-14, pose come *incipit* del suo lavoro sulla Costituzione italiana: "Il fascino dei modelli autoritari del '900 è oggi evidente, benché non dichiarato; a parole, anzi, li si sconfessa e se ne prendono le distanze nel momento stesso in cui si propongono soluzioni che li richiamano presentandole come 'nuove', attuali, necessarie a svecchiare il modello disegnato dalla Costituzione repubblicana. Nuove non sono, ma soltanto presentate diversamente, in modo più consono agli umori dei tempi: nulla ritorna identico, ma la storia spesso si ripete". Sul rapporto tra fascismo e *austerità*, lo studio di C.E. MATTEI, *The Guardians of Capitalism: International Consensus and the Technocratic Implementation of Austerity*, in *Journal of Law & Society*, 44:1, 2017, 10-31.

⁹⁵ Un concetto introdotto oltre due decenni fa: F. ZAKARIA, *The Rise of Illiberal Democracy*, in *Foreign Affairs*, 76:6, 1997, 22-43. Cfr., oggi, A. VON BOGDANDY, P.

e il ripiegamento del diritto della crisi verso un'insidiosa forma di *authoritarian liberalism*⁹⁶, quale Herman Heller, a suo tempo, non aveva mancato di segnalare⁹⁷. Ora, al netto di ogni retorica, resta il dato di fatto: il Tribunale di Karlsruhe ha offerto a chi sostiene questa battaglia – quella per cui il contenuto dei diritti dev'essere fissato in base alla volontà dei destinatari, articolata lungo le vie di una divisione dei poteri; e non invece allontanarsi da tale volontà al punto da dirsi *elargito* da un'autorità *altra*, l'accesso alla quale è precluso all'auto-determinazione di questi – un poderoso armamentario argomentativo. Per cui, chi ne critica, non senza ragioni peraltro, la sottile arroganza⁹⁸, la debordante politicità⁹⁹, la contraddittorietà¹⁰⁰, o ancora l'inopportunità in questo frangente¹⁰¹, il

BOGDANOWICZ, I. CANOR, M. TABOROWSKI, M. SCHMIDT, *Guest Editorial: A potential constitutional moment for the European rule of law – The importance of red lines*, in *Common Market Law Review*, 55:4, 2018, 963-996, e T. CHOPIN, « *Démocratie illibérale* » ou « *autoritarisme majoritaire* » ? *Contribution à l'analyse des populismes en Europe*, in *Notre Europe – Policy Paper* n°235, 19 février 2019, 1-14.

⁹⁶ M.A. WILKINSON, *Authoritarian Liberalism: The Conjuncture Behind the Crisis*, LSE – *Law, Society and Economy Working Papers* 5/2018, 1-21.

⁹⁷ H. HELLER, *Authoritarian Liberalism?* (1933) in *European Law Journal*, 21:3, 2015, 295-301. Cfr. l'Editoriale di quel numero della stessa *Rivista*, A.J. MENÉNDEZ, *Hermann Heller NOW*, *ibid.*, 285-294.

⁹⁸ P. FARAGUNA, *Il Bundesverfassungsgericht dichiara ultra vires il Quantitative Easing (con uno sguardo al Pandemic Emergency Purchase Programme?)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali – Rassegna*, 12 maggio 2020; O. CHESSA, *Il principio di attribuzione e le corti costituzionali nazionali. Sulla pronuncia del Bundesverfassungsgericht del 5 maggio 2020*, in *DPCE – Online*, 2-2020, 1-11.

⁹⁹ G. SCACCIA, *Nazionalismo giudiziario e diritto dell'Unione europea: prime note alla sentenza del Bundesverfassungsgericht sui programmi di acquisto del debito della BCE*, in *DPCE – Online*, 2/2020, 1-7; J. ZILLER, *The unbearable heaviness of the German constitutional judge. On the judgment of the Second Chamber of the German Federal Constitutional Court of 5 May 2020 concerning the European Central Bank's PSPP programme*, in *Ceridap*, 2/2020, 7 maggio 2020.

¹⁰⁰ A. FERRARI ZUMBINI, *La sentenza del Bundesverfassungsgericht del 5 maggio 2020 sulla BCE: una decisione contraddittoria*, in *DPCE – Online*, 2/2020, 1-11.

¹⁰¹ B. CARAVITA DI TORITTO, M. CONDINANZI, A. MORRONE, A. POGGI, *Da Karlsruhe una decisione poco meditata in una fase politica che avrebbe meritato maggiore ponderazione*, in *Federalismi.it – Editoriale*, 14/2020, IV-XIV.

dogmatismo¹⁰², la carica eversiva¹⁰³ e così via, difficilmente, forse, può disconoscergli questo merito: di avere svolto, malgrado le pressioni non trascurabili, il ruolo che compete a un giudice supremo europeo¹⁰⁴. Tale dovere può così, infatti, riassumersi: frenare la deriva degli equilibri costituzionali finché i decisori politici non si facciano forti di una legittimazione democratica adeguata, capace di sostenerne le scelte¹⁰⁵.

Toccherà insomma alla *politica*, ai governi, ai Parlamenti e alle istituzioni sovranazionali, singolarmente e nel loro complesso, fare un passo avanti; non certo, benché da più parti lo si invochi, ai giudici costituzionali euro-unitari farne uno indietro, accettando un compromesso che nell'insieme si è già mostrato smaccatamente lesivo di quei diritti cui l'Unione stessa, all'alba del cammino comune, si impegnò a tributare rispetto su un piano egualitario.

In tal senso, il dibattito sulle proposte della Commissione del 27 maggio¹⁰⁶ esprime, almeno a parole, una consapevolezza più profonda in ordine alla necessità di ristrutturare quell'entità politica cui si dà il nome di Unione, e di irrobustirla per far fronte alle sfide che l'attendono. Ci si chiede allora se i notevoli sforzi profusi e che ulteriormente dovranno approfondirsi, oggi che negoziati febbrili scandiscono l'emergenza sanitaria e le sue rinnovate, minacciose urgenze, possano condurre verso una maggiore eguaglianza fra cittadini e Stati nel Paese d'Europa¹⁰⁷; e se questi sforzi non siano in qualche modo, almeno in parte, una risposta alla sentenza tedesca, diventata ineludibile a causa di questa¹⁰⁸. Se così fosse, per avventura, la

¹⁰² D.U. GALETTA, *Karlsruhe über alles? Il ragionamento sul principio di proporzionalità nella pronuncia del 5 maggio 2020 del BVerfG tedesco e le sue conseguenze*, in *Federalismi.it*, 14/ 2020, 163-178; T. MARZAL, *Is the BVerfG PSPP decision "simply not comprehensible"? A critique of the judgment's reasoning on proportionality*, in *Verfassungsblog.de*, 9 maggio 2020.

¹⁰³ F. FABBRINI, *Suing the BVerfG*, in *Verfassungsblog.de*, 13 maggio 2020.

¹⁰⁴ Una tesi più spiccatamente "monistica", fautrice di un primato incondizionato della Corte di Giustizia sulle Corti nazionali, è in R.D. KELEMEN, P. EECKHOUT, F. FABBRINI, L. PECH, R. UITZ, *National Courts Cannot Override CJEU Judgments*, in *Verfassungsblog.de*, 26 maggio 2020.

¹⁰⁵ D. CURTIN, *The Challenge of Executive Democracy in Europe*, in *Modern Law Review*, 77:1, 2014, 1-32.

¹⁰⁶ È la proposta della Commissione sul bilancio europeo pluriennale 2021/2027, https://ec.europa.eu/info/strategy/eu-budget/eu-long-term-budget/2021-2027_it; il comunicato stampa, *Europe's moment: Repair and prepare for the next generation*, 27 maggio 2020, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_940.

¹⁰⁷ M. PATRONO, *Il diritto nel Paese d'Europa*, Cedam, Padova, 2011, 177.

¹⁰⁸ Cfr. M. POIARES MADURO, *Some Preliminary Remarks on the PSPP Decision of the German Constitutional Court*, 5 maggio 2020.

portata autentica del ragionamento del *BVerfG* rifulgerebbe, forse, di più nitida luce: un segno che, anche per i detrattori più caparbi dei giudici di Karlsruhe, sarebbe difficile vendere – eppure si è tentato – come indizio di populismo giudiziario, velleità di *germanizzazione*, delirio solitario di onnipotenza, o altri appellativi di tal sorta.