



*Costituzionalismo.it*

Fascicolo 3 | 2016

CRISI E CONFLITTI NELL'UNIONE EUROPEA: UNA PROSPETTIVA COSTITUZIONALE

## **Il Bundesverfassungsgericht e l'Europa: istanze "controdemocratiche", principio di responsabilità e difesa della democrazia rappresentativa alla luce del caso OMT**

di FRANCESCO SAIITO

IL *BUNDESVERFASSUNGSGERICHT* E L'EUROPA:  
ISTANZE "CONTRODEMOCRATICHE", PRINCIPIO DI RESPON-  
SABILITÀ E DIFESA DELLA DEMOCRAZIA RAPPRESENTATIVA  
ALLA LUCE DEL CASO *OMT*

di *Francesco Saitto*

*Assegnista di ricerca in Istituzioni di Diritto pubblico*  
*«Sapienza» – Università di Roma*

ABSTRACT

ITA

Il lavoro, prendendo spunto dalla recente decisione *OMT II*, analizza la giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale tedesco con riferimento al processo di integrazione europea, rilevandone la complessità e l'alto rilievo dogmatico. In particolare, dopo aver ricostruito il ruolo che il Tribunale ha svolto nel c.d. *Verfassungsgerichtsverbund* europeo, viene messo in rilievo come da questa giurisprudenza emerga una articolata difesa della democrazia rappresentativa, considerata nella sua dimensione statale. A tal fine il *BVerfG* presuppone un'idea sostanziale di democrazia che non considera il momento elettorale sufficiente e che pertanto difende il diritto fondamentale alla democrazia (*Grundrecht auf Demokratie*) dei cittadini e la capacità decisionale del *Bundestag*, specie in materia di bilancio. Coerentemente con questa impostazione, attraverso importanti strumenti processuali (*Organstreit* e *Verfassungsbeschwerde*), vengono così valorizzate e razionalizzate istanze che sembrano espressione, pur con la necessaria cautela, di quell'idea di "Controdemocrazia" che dovrebbe rappresentare un «contrafforte» della democrazia rappresentativa stessa.

In questa luce, ricostruendo un articolato percorso storico in cui si evidenziano continuità, rotture e innovazioni, il presente contributo esamina poi alcune delle problematiche che emergono nella giurisprudenza sul processo di integrazione europea del *BVerfG* come per

esempio limiti e condizioni per l'accesso al Tribunale costituzionale; differenze e analogie tra controllo *ultra vires* e controllo di identità; la rilevanza della teoria delle *Schutzpflichten* così come applicata alla *Integrationsverantwortung*; e, a tal proposito, il rilievo dell'*Integrationsprogramm*.

Infine, il contributo si sofferma sull'idea di democrazia che il BVerfG fa emergere sia a livello europeo sia a livello nazionale, mettendo in luce da ultimo una significativa valorizzazione del principio di responsabilità che viene operata dai giudici di Karlsruhe.

EN

The essay analyses the FCC's case law about the European integration process, focusing on the OMT II judgment and highlighting its dogmatic relevance and its complexity. Examining in a historical perspective the FCC's role in the so-called European *Verfassungsgerichtsverbund*, the article will emphasize the strong commitment of the Tribunal in defending the institutions of a representative democracy at national level.

The FCC's understanding of the representative democracy is not merely formal and it aims to protect the voters' right to democracy (*Grundrecht auf Demokratie*) as well as the *Bundestag's* right to decide on the budget. Therefore, through meaningful procedural provisions (*Organstreit and Verfassungsbeschwerde*), the FCC seems to promote peculiar forms of "Counter-democracy", with the final purpose to strengthen the German Bundestag.

The essay examines some of the dogmatic categories used and developed by the FCC in its case law: conditions and limits to make a claim before the FCC, differences and analogies between *ultra vires* control and identity control, the relevance of the *Schutzpflichten* theory in this field, the meaning of the *Integrationsverantwortung* and the importance of the *Integrationsprogramm*.

Finally, the implications of the principle of responsibility will be analysed through an overview of the FCC's idea of democracy at European level and its differences with the features of a national representative democracy.

**IL BUNDESVERFASSUNGSGERICHT E L'EUROPA:  
ISTANZE "CONTRODEMOCRATICHE", PRINCIPIO DI RESPON-  
SABILITÀ E DIFESA DELLA DEMOCRAZIA RAPPRESENTATIVA  
ALLA LUCE DEL CASO OMT**

di *Francesco Saitto*

**SOMMARIO:** 1. *Democrazia e statualità: il BVerfG nel processo di integrazione sovranazionale*; 2. *Difesa della democrazia rappresentativa, istanze "controdemocratiche" e ruolo del Bundesverfassungsgericht*; 3. *La sentenza OMT II: temi e problemi*; 4. *Condizioni di ammissibilità della c.d. "Integrationsverfassungsbeschwerde" tra art. 38 GG, democrazia rappresentativa e tutela della dignità dell'uomo*; 5. *Il ricorso in Organstreit e la tutela delle prerogative del Bundestag da parte delle minoranze*; 6. *Ultra-vires-Kontrolle e Identitätskontrolle nel confronto tra limiti formali e materiali all'integrazione europea*; 7. *La responsabilità per l'integrazione come obbligo di protezione e i doveri di vigilanza sull'Integrationsprogramm*; 8. *Considerazioni conclusive: la difesa della democrazia rappresentativa in Europa e in Germania come espressione del principio di responsabilità.*

*«Essere solidali vuol dire essere  
responsabili gli uni per gli altri»\*.*

## **1. Democrazia e statualità: il BVerfG nel processo di integrazione sovranazionale**

Lo scenario "postdemocratico" descritto – quasi malinconicamente – da Colin Crouch sembra, non senza resistenze e qualche preoccupazione, stagliarsi piuttosto vividamente negli ultimi anni davanti agli occhi di un ipotetico passante che si fermi a osservare lo stato dell'Unione<sup>1</sup>. Il progressivo inaridirsi dei canali che avevano sostenu-

---

\* *Doctrine de la solidarité*, in *La solidarité*, 25 ottobre 1849; citato da P. ROSANVALLON, *La società dell'uguaglianza* (2011), Roma, 2013, p. 195.

<sup>1</sup> C. CROUCH, *Postdemocrazia*, Roma-Bari, 2003. Ma naturalmente cfr. anche, sulle trasformazioni della democrazia rappresentativa, B. MANIN, *Principi del governo rappresentativo* (1997), Bologna, 2010 e, sulla postdemocrazia come superamento del conflitto, tecnicizzazione della politica e «democrazia consensuale», J. RANCIÈRE, *Il disaccordo. Politica e*

to e reso vigorosa la democrazia rappresentativa sembra del resto essersi accelerato con la recente crisi economica, indebolendo ulteriormente i partiti politici che perdono sempre più considerazione e legittimazione nell'opinione pubblica<sup>2</sup>.

Per contro, la crisi economica, lungi dall'esserne la causa, ha solo svelato la ben nota e strutturale debolezza dell'architettura istituzionale progettata nel Trattato di Maastricht. D'altronde, l'ideale distinguo, così chiaro sulla carta, tra politica economica e politica monetaria ha subito mostrato, non appena ce ne è stata occasione, un nervo scoperto che ha, da un punto di vista giuridico prima ancora che economico, le sue radici proprio in un doppio vuoto democratico che paralizza, o perlomeno rende più difficoltosa, la capacità di (re)azione a livello europeo: da un lato, infatti, la politica monetaria, intesa restrittivamente come garanzia della stabilità dei prezzi e controllo dell'inflazione, è di competenza esclusiva della BCE; dall'altro, il coordinamento delle politiche economiche, lo spazio democraticamente legittimato di intervento delle istituzioni dell'UE, non consente al momento una reale politica economica unitaria in quanto le politiche di bilancio, la leva delle entrate tributarie e il ricorso al debito pubblico sono ancora rimessi, sia pur entro certi limiti, ai singoli Stati<sup>3</sup>.

---

*filosofia* (1995), Roma, 2007, spec. pp. 109 ss.

<sup>2</sup> P. IGNAZI, *Forza senza legittimità: il vicolo cieco dei partiti*, Roma-Bari, 2012; ma anche M. REVELLI, *Finale di partito*, Torino, 2013. Di converso, viene sempre più in evidenza il progressivo affermarsi di nuovi canali di partecipazione democratica come messo in luce da N. URBINATI, *Democrazia in diretta. Le nuove sfide della rappresentanza*, Milano, 2013. Sulla crisi della rappresentanza oggi e la necessità di «democratizzare la democrazia» cfr. anche E. BALIBAR, *Cittadinanza*, Torino, 2012, spec. pp. 150 ss. e pp. 155 ss.

<sup>3</sup> Cfr. almeno G. RIVISECCHI, *L'indirizzo politico finanziario tra costituzione italiana e vincoli europei*, Padova, 2007 e, più di recente, M. BENVENUTI, *Libertà senza liberazione. Per una critica della ragione costituzionale dell'Unione europea*, Napoli, 2016, spec. pp. 36 ss., pp. 40 ss. e pp. 110 ss.; C. BUZZACCHI, *Bilancio e stabilità. Oltre l'equilibrio finanziario*, Milano, 2015; A. GUAZZAROTTI, *Crisi dell'euro e conflitto sociale. L'illusione della giustizia attraverso il mercato*, Milano, 2016 e G. L. TOSATO, *L'integrazione europea ai tempi della crisi dell'euro*, in *Rivista di diritto internazionale*, n. 3/2012, pp. 681 ss. Sulle sfide future e le difficoltà storiche del progetto di integrazione europea, con particolare riferimento alla crisi economica, agli strumenti predisposti per contrastarla e alla struttura dell'Unione economica e monetaria, cfr. da ultimo D. CHALMERS, M. JACHTENFUCHS, C. JOERGES (a cura di), *The End of the Eurocrats's Dream. Adjusting to European Diversity*, Cambridge, 2016 e *ivi*, con particolare attenzione al problema della contraddittoria configurazione della struttura dell'UE e le sue implicazioni, C. JOERGES, *Integration Through Law and the Crisis of Law in Europe's Emergency* (pp. 299 ss.).

Non stupisce, in questo senso, constatare che il Presidente della BCE abbia espresso per primo l'auspicio che venga presto istituito un Ministero delle finanze europeo che possa farsi forza di una legittimazione democratica piena per agire finalmente in modo congiunto a sostegno della politica economica dei Paesi dell'UE<sup>4</sup> e che, più o meno allo stesso tempo, si sia aperta una discussione sulla possibilità di creare un vero e proprio bilancio europeo<sup>5</sup>.

In Germania, il lavoro, sul piano dogmatico e concettuale, è stato davvero notevole e, per molti versi, meritorio. È ben noto, del resto, come il tema del *deficit* democratico stia particolarmente a cuore alla dottrina tedesca che, facendosi forza dall'idea per cui sarebbe impossibile financo immaginare un *démos* europeo, e dunque una Costituzione europea<sup>6</sup>, ha lentamente elaborato, in un dialogo costante con il Tribunale costituzionale federale, una serie di strumenti volti a difendere le prerogative dello stato costituzionale tedesco, inteso come unico luogo in cui può realmente inverarsi il principio democratico così come ha trovato realizzazione nel contesto dello stato-nazione, pur senza escludere che a livello europeo debba e possa trovare espressione un assetto di democrazia di diversa natura (cfr. *infra*).

Tutto ciò ha avuto evidenti ripercussioni sul piano delle relazioni con l'Unione europea, aprendo un dibattito sulla sua natura istituzio-

---

<sup>4</sup> Lo sottolineano A. MANZELLA, C. PINELLI, L. GIANNITI, *Politica monetaria e politica economica nell'Unione europea*, in *astrid.it*, rassegna n. 19/2015. Riflettono anche sulla necessità di riforme strutturali sul piano della *governance* economica e della legittimazione democratica a livello europeo F. MASINI, *Towards a Federal Structure of Economic Governance in the Eurozone*, in *STALS Research Papers*, n. 1/2016 e, in un lavoro in cui si sostiene che le sentenze *Pringle* e *Gauweiler* abbiano innescato trasformazioni di natura costituzionale, M. IOANNIDIS, *Europe's New Transformations: How the EU Economic Constitution Changed During the Eurozone Crisis*, in *CML Rev.*, n. 5/2016, pp. 1237 ss., spec. pp. 1274 ss. Per un'analisi critica però di quei documenti che delineano possibili prospettive future di sviluppo M. BENVENUTI, *Libertà senza liberazione. Per una critica della ragione costituzionale dell'Unione europea*, cit., pp. 149 ss.

<sup>5</sup> Cfr. M. KÖLLING, *The Eu Budget – From a Bargaining Tool to a Federal Budget?*, in *STALS Research Papers*, n. 2/2016.

<sup>6</sup> Sul dibattito circa la possibilità di redigere una Costituzione europea e su possibili sviluppi in senso "federalista" cfr. D. GRIMM, *Una costituzione per l'Europa*, in G. ZAGREBELSKY, P. P. PORTINARO, J. LUTHER (a cura di), *Il futuro della costituzione*, Torino, 1996, pp. 339 ss. cui seguono alcune osservazioni critiche di J. HABERMAS, *Una costituzione per l'Europa? Osservazioni su Dieter Grimm*, *ivi*, pp. 369 ss. Di recente, si è soffermato sul dibattito tedesco, inquadrato in una più ampia prospettiva e in un ricco affresco in cui si mettono in luce vari filoni di pensiero, R. ESPOSITO, *Da fuori*, Torino, 2016, spec. pp. 206 ss.

nale e sui possibili scenari di sviluppo. E, come noto, per quanto alcuni fattori nel tempo, come per esempio l'introduzione e la proceduralizzazione della sussidiarietà, precludessero a uno sviluppo del ruolo dei parlamenti nazionali e del Parlamento europeo e sia ormai molto intenso e ricco il confronto sul peso dei parlamenti negli assetti istituzionali europei<sup>7</sup>, una posizione di spicco si è presto delineata per gli attori giurisdizionali. In merito, già all'inizio degli anni Novanta, Peter Huber, oggi giudice a Karlsruhe, ragionando sulla dottrina emersa con *Solange II*, aveva rivendicato un ruolo alla pari per il *Bundesverfassungsgericht* con la Corte di Giustizia in un articolo che anticipava anche il *Maastricht Urteil* e le modifiche all'art. 23 GG<sup>8</sup>. È, tuttavia, dalla fondamentale decisione del 1993<sup>9</sup> che il Tribunale tedesco ha espressamente negato che, a proposito dell'UE, si potesse parlare di un vero *Bundesstaat*, preferendosi l'immagine di una Unione di Stati (*Statenverbund*) costruita sul paradigma pluralista e sulla *Mittelbarkeitslehre*<sup>10</sup>. Da ultimo, sul punto, si è proposta l'immagine, ben più articolata, accolta dal *BVerfG*, dell'UE come un «Staaten-, Verfassungs-, Verwaltungs- und Rechtsprechungsverbund»<sup>11</sup>.

<sup>7</sup> Per una valorizzazione della cooperazione interparlamentare, le sue implicazioni e i suoi riflessi istituzionali cfr. di recente N. LUPO, C. FASONE (a cura di), *Interparliamentary Cooperation in the Composite European Constitution*, Oxford, Portland, 2016. Ma cfr. anche N. LUPO, *Parlamento europeo e parlamenti nazionali nella costituzione "composita" nell'UE: le diverse letture possibili*, in *Rivista AIC*, n. 3/2014 che, ragionando sulla cooperazione interparlamentare e sul problema di rendere effettiva in Europa l'*accountability* di un esecutivo multiforme e soprattutto «frammentato» (p. 4), espone quattro diverse teorie volte a descrivere le modalità di funzionamento della democrazia rappresentativa a livello europeo, propendendo, da ultimo, per quella che viene definita del "sistema parlamentare euro-nazionale" (spec. pp. 16 ss.). Più criticamente, A. GUZZAROTTI, *Crisi dell'euro e conflitto sociale. L'illusione della giustizia attraverso il mercato*, cit., spec. pp. 58 ss.

Sulle difficoltà e le modalità di inveramento dell'*accountability* a livello europeo, prestando attenzione anche al piano nazionale e alla cooperazione interparlamentare, e alcune forme di "dialogo" (in particolare economico e monetario) configurate per coinvolgere il Parlamento europeo, specie con riferimento al Consiglio europeo, alla Commissione e alla BCE, cfr. di recente M. BOVENS, D. CURTIN, *An Unholy Trinity of EU Presidents?: Political Accountability of EU Executive Power*, in D. CHALMERS, M. JACHTENFUCHS, C. JOERGES (a cura di), *The End of the Eurocrats's Dream. Adjusting to European Diversity*, cit., pp. 190 ss.

<sup>8</sup> P. M. HUBER, *Bundesverfassungsgericht und Europäischer Gerichtshof als Hüter der Gemeinschaftsrechtlichen Kompetenzordnung*, in *AöR*, n. 2/1991, pp. 210 ss.

<sup>9</sup> BVerfGE 89, 155 del 12 ottobre 1993 (2 BvR 2134, 2159/92).

<sup>10</sup> P. RIDOLA, *Il principio democratico tra stati nazionali e Unione europea*, in ID., *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino, 2010, pp. 305 ss.

<sup>11</sup> P. M. HUBER, *Bewahrung und Veränderung rechtsstaatlicher und demokratischer Verfassungsstrukturen in den internationalen Gemeinschaften – 50 Jahre nach*, in *AöR*, n.

Le critiche a quella impostazione emersa in Maastricht, che sia pur aperta verso una sempre maggiore integrazione tradiva però uno spirito di fondo di taglio sovranista e toni che preludevano a forme di *reciproco assedio*, non sono mancate sia da parte di chi, inizialmente, piuttosto che di uno *Statenverbund* preferiva parlare di un *Verfassungsvverbund*<sup>12</sup>, sia in quella dottrina che, preso atto del contesto, cercava di dare rilievo teorico al rischio di un assoluto disordine costruendo la ormai articolata, e al suo interno piuttosto variegata<sup>13</sup>, teoria del *constitutional pluralism*<sup>14</sup>. Queste letture, nella loro apertura verso il pro-

---

1/2016, pp. 123-124; di recente, Editorial, *Sandwiched between Strasbourg and Karlsruhe: EU Fundamental Rights Protection*, in *European Constitutional Law Review*, n. 2/2016, pp. 213 ss. L'espressione è utilizzata sia nella decisione del 15 dicembre 2015 sul mandato d'arresto europeo sia nella recente *OMT II* del 21 giugno 2016 (cfr. *infra*). Riflette anche sul ruolo del *BVerfG* di fronte al processo di integrazione europea e sulle possibili implicazioni della sua giurisprudenza G. DI PLINIO, *Sigfrido e il drago. Declinazioni (neo)germaniche dell'amicizia (tra i popoli): il punto di vista del Bundesverfassungsgericht*, in *DPCE*, n. 1/2016, pp. 275 ss.

Da ultimo, sul ruolo centrale rivestito dal *BVerfG*, in special modo negli ultimi anni, in una ricerca volta a individuare i limiti cui potrà spingersi il Tribunale nella sua giurisprudenza in materia europea, riflette S. SIMON, *Grenzen des Bundesverfassungsgerichts im europäischen Integrationsprozess*, Tübingen, 2016.

<sup>12</sup> Ovviamente il riferimento è a I. PERNICE, *Bestandssicherung der Verfassungen: Verfassungsrechtliche Mechanismen zur Wahrung der Verfassungsordnung*, in R. BIEBER, P. WIDMER (a cura di), *L'espace constitutionnel européen*, Zürich, 1995, pp. 225 ss.; I. PERNICE, *Der Europäische Verfassungsverbund auf dem Wege der Konsolidierung*, in *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, 2000, pp. 205 ss. Sulle implicazioni e i problemi di questa teoria, letta alla luce delle potenzialità e delle criticità che comporta un'integrazione costruita in gran parte sulla base del principio di sussidiarietà, cfr. A. DI MARTINO, *Il territorio: dallo stato-nazione alla globalizzazione. Sfide e prospettive dello stato costituzionale aperto*, Milano, 2010, spec. pp. 449 ss.

<sup>13</sup> La letteratura sul punto è vastissima. Si v. almeno di recente K. JAKLIC, *Constitutional Pluralism in the EU*, Oxford, 2014, che definisce non a caso «the branch of thought known as constitutional pluralism» come «a labyrinth» (p. 11), e per un lavoro che raccoglie contributi di critica e di ripensamento della teoria del *constitutional pluralism* M. AVBELJ, J. KOMÁREK (a cura di), *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*, Oxford, Portland, 2012 e *ivi*, in particolare, l'introduzione dei due curatori; da ultimo, ricostruisce le più recenti tendenze e il dibattito sul rapporto tra costituzionalismo multilivello e *constitutional pluralism* R. IBRIDO, *Oltre le "forme di governo". Appunti in tema di "assetti di organizzazione costituzionale" dell'Unione europea*, in *Rivista AIC*, n. 1/2015, pp. 30 ss. Si sofferma sulla natura del diritto pubblico europeo e sull'ordine da esso instaurato nel dialogo tra dimensione statale e piano sovranazionale anche M. DANI, *Il diritto pubblico nella prospettiva dei conflitti*, Padova, 2013, *passim* che analizza le diverse concezioni (o «paradigmi cognitivi») dell'UE, spec. pp. 38 ss. e, in particolare, il pluralismo costituzionale, pp. 45 ss., proponendo la «prospettiva dei conflitti» come chiave «per risolvere la complessità» (pp. 63 ss.).

<sup>14</sup> Sviluppata tra i primi da parte di Neil McCormick in una serie di articoli e altri lavo-



cesso di integrazione, tentavano un approccio che finiva per dare rilievo ad una componente dinamica dell'integrazione che assegnava un ruolo decisivo ai giudici e alle corti. E non è un caso, dunque, se ben presto si è parlato anche di un *Verfassungsgerichtsverbund*, nell'ambito del quale il *BVerfG* ha da subito acquisito un ruolo di *leadership*<sup>15</sup>, rafforzando l'immagine di una Germania suo malgrado egemonica<sup>16</sup>.

Del resto, negli ultimi anni, la paura di una "Costituzione economica" o "finanziaria" avulsa dal controllo politico nazionale, e dunque democratico, e preda di un governo del contingente e dell'emergenza, che riapre la vecchia ferita della distinzione tra legalità e legittimità, è diventata quasi un "tabù" del costituzionalismo tedesco cui fa da contraltare, per converso, una pari ostilità nei confronti di un possibile coinvolgimento diretto della cittadinanza, in particolar modo in materia tributaria e finanziaria<sup>17</sup>. E, da questo punto di vista, la necessità di rafforzare i canali di partecipazione democratica, in coerenza con le forme e le procedure della democrazia rappresentativa proprie dello stato-nazione, appare stagliarsi come una costante dell'azione della Corte di Karlsruhe, che ambisce ad ergersi in difesa della certezza del diritto. Letto in questa prospettiva l'attivismo del Tribunale costituzionale assume contorni di grande interesse che consentono di problematizzare quella impostazione che dipinge un *BVerfG* impegnato

---

ri, tra cui di particolare rilievo *The Maastricht Urteil: Sovereignty Now*, in *European Law Journal*, n. 3/1995, pp. 259 ss. e *Questioning Sovereignty. Law, State and Nation in the European Commonwealth*, Oxford, 1999.

<sup>15</sup> A. VOBKUHLE, *Multilevel Cooperation of the European Constitutional Courts: Der Europäische Verfassungsgerichtsverbund*, in *EuConst*, n. 2/2010, pp. 175 ss., spec. pp. 183-184 tradotto in inglese dall'A. stesso con «multilevel cooperation of the European constitutional courts» e facendo in particolare riferimento alla Corte di Giustizia, alla Corte EDU e al *BVerfG*.

<sup>16</sup> In questo senso G. E. RUSCONI, *Egemonia vulnerabile. La Germania e la sindrome di Bismarck*, Bologna, 2016; ma anche W. STREECK, *L'egemonia tedesca che la Germania non vuole*, in *Il Mulino*, n. 4/2015, pp. 601 ss. Ricostruisce di recente l'itinerario storico e concettuale della non sempre pacifica apertura verso l'Europa del *BVerfG* P. FARAGUNA, *Il Bundesverfassungsgericht e l'Unione europea, tra principio di apertura e controlimiti*, in *DPCE*, n. 2/2016, pp. 431 ss.

<sup>17</sup> Sia consentito rinviare a F. SAITTO, *Economia e Stato costituzionale. Contributo allo studio della "Costituzione economica" in Germania*, Milano, 2015. Sugli strumenti di partecipazione diretta del corpo elettorale in Germania cfr. A. DE PETRIS, *Gli istituti di democrazia diretta nell'esperienza costituzionale tedesca*, Padova, 2012.

esclusivamente in una lotta per la supremazia in Europa per garantirsi la *Kompetenz Kompetenz*<sup>18</sup>.

In realtà, ai giudici tedeschi è ben noto che il sistema di relazioni in Europa si struttura necessariamente in termini non gerarchici. Ed è lo stesso concetto di *Staatenverbund*, cui fa da premessa il principio per cui l'Unione è competente solo in quelle materie tassativamente previste dal Trattato<sup>19</sup>, a presupporlo<sup>20</sup>. Diverso, invece, è il modo in cui questi rapporti si possono sviluppare al di fuori degli ambiti in cui è riconosciuto il primato del diritto dell'UE e come ciò inevitabilmente riporti al tema del *deficit* democratico, riattivando la necessità di avere nella propria "cassetta degli attrezzi" strumenti difensivi adeguati, anche più efficaci, come si dirà, rispetto a quelli che si erano andati in un primo tempo delineando e poi progressivamente ammorbidendo con le sentenze *Solange* (cfr. *infra* § 6).

In questo quadro, in un sistema che presuppone un equilibrio tra collaborazione e conflitto, il *BVerfG* si erge dunque a presidio non tanto o solo del principio democratico, ma più nello specifico della democrazia rappresentativa e del suo corretto funzionamento, richiamando la necessità, perché si possa procedere nell'integrazione europea, degli opportuni passaggi istituzionali che siano, da un lato, la riforma del *Grundgesetz*, ove sufficiente, o una nuova Costituzione, se indispensabile, e, dall'altro, la riforma dei Trattati<sup>21</sup>.

È proprio alla luce del fatto che la democrazia rappresentativa nasce e si sviluppa nell'esperienza dello stato-nazione che si coglie, da ultimo, la possibile situazione di stallo che emerge da un apparato ricostruttivo che collega il principio democratico all'autodeterminazione del corpo elettorale tramite il parlamento nazionale e, in tal modo,

---

<sup>18</sup> In questo senso valorizza la giurisprudenza tedesca anche M. DANI, *Il diritto pubblico nella prospettiva dei conflitti*, cit., pp. 5-6 che ha affermato come la posizione del *BVerfG* rappresenti «un'intuizione di particolare interesse perché, se adeguatamente sviluppata, può indurre a rimuovere la discussione sull'autorità del diritto sovranazionale dalle secche in cui talvolta pare arenarsi indugiando su questioni attinenti alla collocazione della sovranità», pur non superando del tutto il dibattito sulla *Kompetenz Kompetenz*.

<sup>19</sup> Art. 5 TUE, sintetizzato come il *Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung*.

<sup>20</sup> Editorial, *Sandwiched between Strasbourg and Karlsruhe: EU Fundamental Rights Protection*, cit., pp. 213 ss.

<sup>21</sup> Riflette anche in questa prospettiva un recente lavoro in materia di revisione costituzionale di D. GRIMM, *Constituent Power and Limits of Constitutional Amendments in a German Perspective*, in *Nomos*, n. 2/2016, spec. pp. 7-8. In merito anche K.-P. SOMMERMANN, *Integrationsgrenzen des Grundgesetzes und Europäischer Verfassungsverbund: Brauchen wir eine neue Verfassung?*, in *DÖV*, n. 18/2013, pp. 708 ss.

alla sovranità: per quanto non ostile al processo di integrazione in Europa – anzi il *Grundgesetz* legittima una forte spinta in tal senso<sup>22</sup> –, una sempre più stretta unione, come emerge in particolare dai lavori di Badura, non può implicare una rinuncia alla sovranità degli Stati membri, intesa come preconditione del parlamentarismo<sup>23</sup>. La sovranità è, infatti, per questa ricostruzione, irrinunciabile presupposto della statualità, in quanto e nella misura in cui quest’ultima è indissolubile dalla democrazia (rappresentativa). Si chiarisce così perché democrazia-statualità-sovranità costituiscano l’asse dei futuri conflitti, rappresentando la principale linea di tensione del processo di integrazione in Europa<sup>24</sup>.

## 2. Difesa della democrazia rappresentativa, istanze “controdemocratiche” e ruolo del *Bundesverfassungsgericht*

Si è detto che il *BVerfG* si è nel tempo arrogato una funzione di difesa e, per certi versi, di rilancio della democrazia rappresentativa, sovente impegnandosi a rafforzare la sua stessa legittimazione, ponendo

---

<sup>22</sup> Cfr. almeno A. DI MARTINO, *The “Open Constitutional State”: Germany’s Response to International and European Legal Pluralism*, in L. MEZZETTI (a cura di), *International Constitutional Law*, Torino, 2014, pp. 109 ss. e, più volte, ci si sofferma anche A. VOBKUHLE, *Multilevel Cooperation of the European Constitutional Courts: Der Europäische Verfassungsgerichtsverbund*, cit., *passim*. Da ultimo diffusamente anche S. SIMON, *Grenzen des Bundesverfassungsgerichts im europäischen Integrationsprozess*, cit., spec. pp. 41 ss.

<sup>23</sup> Tra i molti lavori cfr. almeno P. BADURA, *Die parlamentarische Demokratie*, in J. ISENSEE, P. KIRCHHOF (a cura di), *Handbuch des Staatsrechts, Band I, Grundlagen von Staat und Verfassung*, Heidelberg, 1995, pp. 953 ss.; sui termini della sovranità popolare spec. pp. 968 ss. e, sul funzionamento della democrazia rappresentativa, pp. 972 ss. Sul rischio che dal combinato delle decisioni Maastricht e Lisbona «l’argomento statualistico rischi di assorbire quello democratico» cfr. A. DI MARTINO, *Il territorio: dallo stato-nazione alla globalizzazione. Sfide e prospettive dello stato costituzionale aperto*, cit., p. 466. Su questa tensione e sulle sfide future dell’integrazione europea alla luce della giurisprudenza del *BVerfG* sulla crisi riflette anche P. RIDOLA, “*Karlsruhe locuta causa finita?*” *Il Bundesverfassungsgericht, il fondo salva-stati e gli incerti destini della democrazia federalista in Europa*, in *federalismi.it*, n. 18/2012.

<sup>24</sup> Ma ciò può stupire solo fino ad un certo punto se si pensa che proprio intorno al tema della sovranità e della statualità si è a lungo declinato anche il dibattito sulla natura del federalismo e dello stato federale: cfr. G. LUCATELLO, *Stato federale*, in *Novissimo Digesto italiano*, Utet, Torino, 1971, pp. 333 ss.; sottolinea come siano rilevabili alcune analogie nel dibattito sul processo di integrazione europea e in quello sulla costruzione dello stato unitario in Germania C. MÖLLERS, *Der vermisste Leviathan. Staatstheorie in der Bundesrepublik*, Berlin, 2008, pp. 19 ss., spec. p. 21.

come condizioni irrinunciabili, da un lato, la sovranità popolare e, dall'altro, la dimensione statale e nazionale. E, agevolato da alcuni strumenti di diritto processuale costituzionale che hanno consentito un controllo costante e progressivo dell'attività di contrasto alla crisi (*Organstreit, Verfassungsbeschwerde*, pronunce in sede cautelare), è poi divenuto evidente come il *BVerfG* abbia favorito dei processi che, per la loro strutturale alternatività ai caratteri della postdemocrazia, ne hanno rappresentato un *contromovimento*, volto a difendere primariamente la trasparenza e la correttezza dei processi decisionali nello spazio pubblico (la c.d. *Öffentlichkeit*; cfr. *infra* §§ 4 e 5). È peraltro da tempo ambizione diffusa, che affonda le sue radici anche nella teoria discorsiva di Habermas, valorizzare lo spazio pubblico, tramite una sua reale politicizzazione, e la partecipazione ai processi decisionali dei cittadini ben oltre una dimensione meramente elettorale della democrazia, supplendo così alle sue eventuali carenze in punto di legittimazione<sup>25</sup>. Del resto, come è stato sostenuto, «la concezione habermasiana della democrazia si regge [...] su uno stato di tensione che nelle procedure del discorso pubblico deve trovare strutturazione»<sup>26</sup>.

Negli anni, come accennato, sembra essere stato tuttavia proprio un attore giurisdizionale a essersi dimostrato il principale veicolo performativo di questa pulsione volta a porre la democrazia rappresentativa in un circuito altamente dinamico e a contrastare una visione del processo politico che si esaurisse nel momento elettorale<sup>27</sup>. Ciò è avvenu-

---

<sup>25</sup> Si fa riferimento, in particolare, a J. HABERMAS, *Fatti e norme* (1992), Roma-Bari, 2013, da inquadrarsi in un ricchissimo itinerario intellettuale partito con il fondamentale studio J. HABERMAS, *Storia e critica dell'opinione pubblica* (1962), Roma-Bari, 2005; ma cfr. già J. HABERMAS, *Riflessioni sul concetto di partecipazione politica* (1958), in ID., *Cultura e critica*, Torino, 1980, spec. pp. 40 ss. Più di recente, proponendo una nuova interpretazione della filosofia hegeliana come base della convivenza e della libertà, A. HONNETH, *Il diritto della libertà. Lineamenti per un'eticità democratica* (2011), Torino, 2015, spec. 358 ss. sviluppa il concetto di «libertà sociale», partendo dalla premessa per cui «non è affatto sufficiente la garanzia statale dei diritti individuali di libertà di espressione delle opinioni» affinché un processo possa ritenersi realmente democratico (p. 413). Da ultimo, la sua riflessione è stata sviluppata in A. Honneth, *L'idea di socialismo* (2015), Milano, 2016.

<sup>26</sup> Così, riflettendo su Habermas e i suoi critici, P. RIDOLA, *Stato e Costituzione in Germania*, Torino, 2016, spec. pp. 123 ss., p. 136.

<sup>27</sup> Secondo una suggestione che è in linea con quanto sostenuto da N. URBINATI, *Lo scettro senza re. Partecipazione e rappresentanza nelle democrazie moderne* (2006), Roma, 2009, spec. pp. 43 ss., ma che, per il coinvolgimento delle corti costituzionali, è almeno in parte coerente anche con le tesi di J. H. ELY, *Democracy and Distrust*, Cambridge&London, 1980, spec. pp. 105 ss. e 135 ss. che vede la giustizia costituzionale come uno strumento utile al fine di *clear the channels* del processo politico rappresentativo e dei per-

to tramite l'apertura di concreti canali di azione per quelle forme di «impegno civile dei cittadini», ispirate al principio di solidarietà e volte al perseguimento del bene comune, di recente invocate anche da Honneth come una delle condizioni per un reale esercizio delle libertà «attraverso il contrasto deliberativo» nello spazio pubblico con l'obiettivo di «ottenere un'adesione generale» a dei presupposti di azione cui «deve in seguito attenersi la legislazione parlamentare»<sup>28</sup>. Da questo punto di vista, tuttavia, per il loro concreto inverarsi e per il carattere intrinsecamente conflittuale, queste istanze societarie paiono almeno in parte assimilabili a quelle spinte “controdemocratiche” che descrive Pierre Rosanvallon in un suo celebre lavoro.

Rosanvallon notava, infatti, come fossero in particolare due le dimensioni che era necessario prendere in considerazione per studiare come le diverse «esperienze democratiche» si sono sviluppate: da un lato, occorre valutare «il funzionamento e i problemi delle istituzioni elettorali-rappresentative», ma, dall'altro, va sempre tenuta presente quella che viene definita «la composizione dell'universo della sfiducia» al fine di stabilire come le sue diverse «manifestazioni» facciano «*politicamente sistema*»<sup>29</sup>, completando il funzionamento delle istitu-

---

corsi decisionali delle maggioranze per individuare le responsabilità di fronte agli elettori e garantire una reale partecipazione delle minoranze: «if we can just get our legislators to legislate we'll be able to understand their goals well enough. I'm not saying we may not still end up with a fair number of clowns as representatives, but at least then it will be because clowns are what we deserve» (p. 134). Criticamente però, con riferimento all'esperienza tedesca, C. MÖLLERS, *The Three Branches. A Comparative Model of Separation of Powers*, Oxford, 2013, spec. 130.

Si interroga, non senza sollevare ombre e problemi, sul ruolo delle corti costituzionali nelle moderne democrazie pluraliste F. RIMOLI, *Pluralismo e valori costituzionali. I paradossi dell'integrazione democratica*, Torino, 1999, spec. pp. 264 ss. e, rilevato come il ricorso diretto consente «alla Corte di scegliere l'intervento da operare praticamente su ogni tema politicamente rilevante» (p. 273), nel soffermarsi sulla teoria discorsiva habermasiana conclude sostenendo che «Habermas finisce [...] con il recepire, almeno in parte, la lezione, vicina a quella del mondo statunitense, di un giudice costituzionale inteso infine come garante dell'eguaglianza, ossia tutore degli esclusi, delle minoranze di ogni tipo, e dunque come contrappeso ai potenziali (ma probabili) abusi delle maggioranze e del circuito maggioranza-Governo» (p. 323). Sui collegamenti, le continuità e le differenze tra Habermas, Honneth e Ely cfr. anche A. BURATTI, *Dal diritto di resistenza al metodo democratico. Per una genealogia del principio di opposizione nello stato costituzionale*, Milano, 2006, spec. pp. 215 ss.

<sup>28</sup> A. HONNETH, *Il diritto della libertà. Lineamenti per un'eticità democratica* (2011), cit., per le citazioni rispettivamente p. 418 e p. 359.

<sup>29</sup> P. ROSANVALLON, *Controdemocrazia. La politica nell'era della sfiducia* (2006), Roma 2012, p. 12. Sul rilievo delle tesi di Rosanvallon e Urbinati per la riflessione sulla democra-

zioni della democrazia rappresentativa e anzi consentendone un pieno funzionamento. La “controdemocrazia” non è dunque da intendersi – ovviamente – come una negazione della democrazia, ma anzi come «la forma di democrazia che contrasta l'altra, la democrazia dei poteri indiretti disseminati nel corpo sociale, la democrazia della sfiducia organizzata di fronte alla democrazia della legittimità elettorale» e integra una dimensione che «fa sistema con le istituzioni democratiche [...]» e che «mira a prolungarne e a estenderne gli effetti», costituendone un «contrafforte»<sup>30</sup>. Non si nega, dunque, il processo di c.d. «entropia rappresentativa», né si sottovalutano le possibili controindicazioni di una progressiva «giurisdizionalizzazione del politico»<sup>31</sup>, ma nella prospettiva di Rosanvallon gli strumenti della “controdemocrazia” si atteggiano a rinforzo delle claudicanti istituzioni democratiche, e anche dei partiti, come ben noto al centro delle pessimistiche analisi di Crouch.

Queste riflessioni appaiono davvero stimolanti come chiavi di lettura per interpretare il crescente attivismo del *Bundesverfassungsgericht* in materia europea. Il Tribunale costituzionale, infatti, sia pur privo di legittimazione democratica diretta, si fa tuttavia efficace canale di trasmissione di un'opposizione più o meno saldamente strutturata non solo al livello societario, che accede al più alto livello giurisdizionale tedesco tramite la *Verfassungsbeschwerde*, ma anche nel *Bundestag* stesso, valorizzando tramite il ricorso per *Organstreit* i gruppi di opposizione che contestano la lesione delle loro prerogative o dei diritti del *Bundestag*. Anche in ragione dell'attuale contesto politico, in cui a sostegno del Governo vi è una Grande coalizione che raccoglie circa i quattro quinti dell'emicycle, infatti, per quanto gli spazi di azione politica delle minoranze parlamentari appaiano a rischio di depotenzia-

---

zia rappresentativa, di recente, cfr. D. CASAMASSIMA, *L'opposizione in parlamento. Le esperienze britannica e italiana a confronto*, Torino, 2013, p. 29 e, sul principio di opposizione come «principio generale dello stato costituzionale», A. BURATTI, *Dal diritto di resistenza al metodo democratico. Per una genealogia del principio di opposizione nello stato costituzionale*, cit., spec. pp. 174 ss.

<sup>30</sup> Tre sono le modalità che individua Rosanvallon attraverso cui opera la “sfiducia” che costituiscono i canali attraverso cui si realizza la “controdemocrazia”: i poteri di sorveglianza, le forme di interdizione e l'espressione di un giudizio; P. ROSANVALLON, *Controdemocrazia. La politica nell'era della sfiducia* (2006), cit., pp. 13-14.

<sup>31</sup> P. ROSANVALLON, *Controdemocrazia. La politica nell'era della sfiducia* (2006), cit., pp. 16 ss.

mento<sup>32</sup>, tramite l'*Organstreit* le frazioni, specie quelle che non sostengono il Governo, possono, se ricorrono le condizioni di ammissibilità, ri-espandere la propria capacità di esercitare le loro prerogative grazie ad una verifica in via giurisdizionale<sup>33</sup>. Questi due livelli rivendicano un potere di controllo "contropolitico" più efficace e il Tribunale opera sinergicamente in questo senso, riuscendo a dare piena espressione a quello «stato di moto perpetuo» che deve continuamente caratterizzare la «politica rappresentativa in una democrazia»<sup>34</sup>, opponendosi a quel rischio di «sospensione delle procedure democratiche»

---

<sup>32</sup> Ne è dimostrazione il ricorso davanti al *BVerfG* sollevato tramite *Organstreit*, così di nuovo molto valorizzato, dalla frazione *Die Linke*, che non sostiene il Governo di Grande coalizione, al fine di contestare il mancato riconoscimento di specifici diritti dell'opposizione in Costituzione, considerando insufficiente l'accordo, valido solo per la legislatura in corso, con cui si è di fatto intervenuti su alcuni *quorum* previsti per azionare determinate prerogative per le minoranze (cfr. il nuovo § 126 GO-BT sulla cui costituzionalità il *BVerfG* non si è pronunciato). La sentenza *BVerfG 2 BvE 4/14* del 3 maggio 2016, in proposito, è molto significativa in quanto, pur riconoscendosi una garanzia funzionale all'opposizione e la necessità di una sua esistenza al fine di un corretto funzionamento del parlamentarismo, si nega che vi sia un obbligo di introdurre norme che garantiscano specifici diritti dell'opposizione (non c'è in definitiva una garanzia di istituto in merito) e il Tribunale si spinge anche a dire che un'eventuale introduzione di specifici differenziazioni in tal senso sarebbero in contrasto con il principio di uguaglianza dei deputati (art. 38 *Abs.* 1 S. 2). In merito cfr. A. ZEL, *Il Tribunale costituzionale federale si pronuncia sulla legittimità dell'opposizione parlamentare nei conflitti tra poteri dello Stato*, in *Nomos*, n. 1/2016; sulla vicenda anche M. LEHRMAN, *Vom Recht der Opposition auf Oppositionsrechte*, in *verfassungsblog.de*, 2016; sulla sentenza P. CANCEK, *Der Grundsatz (in) effektiver Opposition zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts in Sachen Oppositionsfraktionsrechte*, in *verfassungsblog.de*, 2016.

Sul rilievo che i Governi di coalizione hanno storicamente in Germania, cfr. di recente A. DI MARTINO, *La dottrina tedesca in tema di forma di governo*, in *DPCE*, n. 3/2014, pp. 1319 ss., spec. pp. 1325 ss. sui diritti dell'opposizione a seguito delle elezioni del 2013. Per un recente lavoro sull'opposizione in prospettiva comparata, con riferimenti anche al caso tedesco sia a livello federale sia regionale cfr. S. CURRERI, *Lo stato dell'opposizione nelle principali democrazie europee*, in *Rivista AIC*, n. 3/2016.

<sup>33</sup> E ciò anche senza raggiungere le soglie previste dal *Grundgesetz* per sollevare questione di costituzionalità (controllo astratto) previste all'art. 93 *Abs.* 1 n. 2 *GG* su cui si sofferma, di recente, valutandone anche le implicazioni politiche, G. RIZZONI, *Opposizione parlamentare e democrazia deliberativa. Ordinamenti europei a confronto*, Bologna, 2012, 100 ss. Criticamente, circa la funzione dell'*Organstreit* come possibile succedaneo rispetto al controllo astratto (strutturalmente diverso nei presupposti di attivazione) alla luce della sentenza *BVerfG 2 BvE 4/14* del 2 maggio 2016, P. CANCEK, *Der Grundsatz (in) effektiver Opposition zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts in Sachen Oppositionsfraktionsrechte*, cit.

<sup>34</sup> Così N. URBINATI, *Democrazia rappresentativa. Sovranità e controllo dei poteri* (2006), Roma, 2010, p. 237.

che minaccia da tempo lo stato costituzionale<sup>35</sup>. Si conferma così l'idea, sviluppata da Rosanvallon in un suo lavoro successivo, per cui il «potenziale democratico» delle corti costituzionali, per quanto ancora in via di definizione, può anche «essere considerato come uno strumento di riduzione del margine di manovra dei governanti, e dunque come una forma di aumento del controllo sociale sui rappresentanti»<sup>36</sup>. E il Tribunale si fa così efficace strumento affinché i singoli, ma anche «i movimenti sociali e le associazioni civili» riescano, come auspicato da Honneth, a «esercitare una pressione coordinata e massiccia sul legislatore parlamentare»<sup>37</sup>. Anche nel modello di Rosanvallon, del resto, si guarda con favore al progressivo sviluppo di «forme di coinvolgimento dei cittadini in decisioni che li riguardano»<sup>38</sup>. Certo, i canali tramite cui ciò si realizza si avvantaggiano in gran parte delle istituzioni e dei percorsi di inveramento della c.d. democrazia partecipativa e da questo punto di vista si potrebbe obiettare che in Germania ciò accada solo in parte. È ben nota, d'altronde, la sfiducia che a livello federale sovrasta la partecipazione del corpo elettorale alla decisione politica tramite consultazioni referendarie e che, almeno con riferimento al celebre “Finanztabu”, che qui torna al centro del

---

<sup>35</sup> A. HONNETH, *Il diritto della libertà. Lineamenti per un'eticità democratica* (2011), cit., pp. 467-468. Valorizza questo ruolo svolto dal Tribunale costituzionale federale tedesco W. STRECK, *Tempo guadagnato. La crisi rinviata del capitalismo democratico*, Milano, 2013, p. 137 che vede in questa giurisprudenza l'ultimo presidio della decisione democratica di fronte alla crisi della democrazia nei confronti del capitalismo e all'affermarsi del «progetto delineato da Hayek di un'economia capitalistica di mercato finalmente liberalizzata e resa immune alla pressione politica» (p. 134), a tal fine arrivando a proporre tuttavia di uscire dalla moneta unica, considerata come un «progetto di modernizzazione tecnologica socialmente spericolato, che espropria politicamente e divide economicamente i popoli dello stato che compongono il vero popolo europeo».

<sup>36</sup> È nel secondo volume della sua trilogia, apertasi con *Controdemocrazia* e conclusasi con *La società dell'uguaglianza* che Rosanvallon tratta i termini della legittimità democratica e sviluppa anche la questione della natura della giustizia costituzionale e della sua legittimazione: cfr. P. ROSANVALLON, *La legittimità democratica* (2008), Torino, 2015, p. 29, spec. pp. 185 ss. dove la giustizia costituzionale, che in particolare nella forma che risponde alla «concezione democratico-riflessiva» «assegna [...] al controllo il compito supplementare di aumentare indirettamente il potere civico sulle istituzioni» (pp. 186-187), è considerata esempio delle istituzioni della riflessività. In questo contesto, «le corti costituzionali consentono, dunque, sia di correggere le derive del sistema rappresentativo [...] sia di svilupparne la funzionalità democratica» (p. 194).

<sup>37</sup> Così ancora A. HONNETH, *Il diritto della libertà. Lineamenti per un'eticità democratica* (2011), cit., p. 473.

<sup>38</sup> P. ROSANVALLON, *Controdemocrazia. La politica nell'era della sfiducia* (2006), cit., p. 210.



conflitto, era già propria dell'esperienza weimariana<sup>39</sup>. Tuttavia, oggi, tale insieme di considerazioni sembra non venire direttamente in rilievo, essendo in realtà la partecipazione dei cittadini proprio lo strumento attraverso cui si riesce a ri-espandere il funzionamento delle istituzioni della democrazia rappresentativa e la decisione parlamentare. Il Tribunale, infatti, opera, tramite la *Verfassungsbeschwerde* e l'*Organstreit* delle frazioni, nella fattispecie di minoranza, un innesto virtuoso che, senza abbattere la complessità del dibattito parlamentare, e avviando così alla sintesi – potenzialmente foriera di esiti altamente divisivi – che un quesito referendario impone, apre però ad un controllo “popolare” continuo il circuito decisionale della maggioranza e l'indirizzo politico. Viene, allora, in tal modo canalizzata la “sfiducia” impolitica e si razionalizza al contempo quella istanza societaria secondo i crismi dei principi di diritto, ma senza rinunciare aprioristicamente a quella funzione di unificazione per lo spazio pubblico che, per quanto preso a maggioranza, un provvedimento, se correttamente legittimato, ha all'esito del processo decisionale parlamentare. È in questo senso che si può affermare che, in Germania, la “controdemocrazia”, nella misura in cui è possibile far uso di questo termine, soffre meno di quella «instabilità strutturale»<sup>40</sup> che viene denunciata come il

---

<sup>39</sup> Sul c.d. “*Finanztabu*” in epoca weimariana riflette anche H. H. VON ARNIM, *Vom schönen Schein der Demokratie. Politik ohne Verantwortung – am Volk vorbei* (2000), München, 2002, spec. pp. 198 ss. Si sofferma però da ultimo sul rapporto che intercorre tra gli strumenti di partecipazione diretta alle decisioni e la democrazia rappresentativa M. LUCIANI, *Articolo 75 - Il referendum abrogativo*, G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna - Roma, 2005, spec. pp. 31 ss. e M. LUCIANI, *Il referendum. Questioni teoriche e dell'esperienza italiana*, in *Revista catalana de dret públic*, n. 37/2008, pp. 157 ss., negando che il referendum sia strumento di democrazia diretta. Ri-conduce il referendum nella «categoria delle controforze» C. MORTATI, *Note introduttive ad uno studio sui partiti politici nell'ordinamento italiano*, in AA. VV., *Scritti in memoria di V.E. Orlando*, vol. II, Padova, 1957, pp. 136-138. Approfondisce le combinazioni possibili di elementi rappresentativi e plebiscitari nello stato costituzionale anche W. STEFFANI, *Gewaltenteilung und Parteien im Wandel*, Opladen, 1997, spec. pp. 244 ss.

<sup>40</sup> P. ROSANVALLON, *Controdemocrazia. La politica nell'era della sfiducia* (2006), cit., p. 213. Mette in luce alcuni possibili rischi propri della “controdemocrazia”, che minaccia di trasformarsi in antipolitica se non ben distinta, N. URBINATI, *Democrazia in diretta. Le nuove sfide della rappresentanza*, cit., spec. pp. 107 ss., notando che «la contro-politica non si traduce necessariamente in richiesta di maggiore partecipazione», potendo voler solo svelare «ciò che il potere costituito tende naturalmente a celare, ma senza contestare le forme indirette della democrazia rappresentativa e senza sfidare la democrazia indiretta in nome di quella diretta» (p. 107). Di questo rischio appare comunque consapevole anche Rosanvallon specie in P. ROSANVALLON, *La legittimità democratica* (2008), cit., pp. 292 ss.

punto debole di queste emergenti forme di controllo e ciò sembra poter continuare a spiegare, al contempo, il minor successo che hanno riscontrato i c.d. “partiti antipartito” in quel Paese<sup>41</sup>. Certo, l’ergersi del Tribunale a strumento performativo delle istanze “controdemocratiche” potrebbe far perdere quei connotati di spontaneità che sono tipici di questi movimenti, ma, per converso, non esaurendole, riesce a porsi, sul piano teleologico, come uno dei più efficaci catalizzatori di un itinerario di rafforzamento degli assetti istituzionali propri di una democrazia rappresentativa.

Dopo una sentenza del Tribunale, del resto, molto spesso la decisione sul punto discusso viene reimpressa nel circuito democratico rappresentativo, confermando così come il potere di controllo non si sostituisca alla decisione nel merito, ma, sia pur indirizzandola e ponendo delle condizioni di operatività, lasci aperta una molteplicità di decisioni possibili a salvaguardia della complessità e della trasparenza. Ciò, peraltro, almeno in parte disinnescava la critica, pure attuale e corretta, di un’eccessiva politicizzazione del potere giurisdizionale, che, ad ogni modo, è stato sostenuto, nel contesto tedesco sarebbe del tutto coerente con una lunga storia di attivismo giurisprudenziale<sup>42</sup>, che affonderebbe le sue radici nella dottrina del *Verfassungspatriotismus*<sup>43</sup> e che, in fondo, differenzerebbe l’esperienza di giustizia costituzionale tedesca da una visione meramente *countermajoritarian*<sup>44</sup>.

<sup>41</sup> Cfr. di recente A. DE PETRIS, J. WOELK, *La «bisbetica domata», ovvero il successo limitato dei partiti anti-partito in Germania*, in *DPCE*, n. 3/2015, pp. 833 ss.

<sup>42</sup> P. M. HUBER, *Verfassungsstaat und Finanzkrise*, Baden Baden, 2014, p. 35 definisce come un «deutsches Spezifikum» il controllo giurisdizionale della politica. Riflette più problematicamente sulla distinzione tra diritto e politica, da ultimo, anche S. SIMON, *Grenzen des Bundesverfassungsgerichts im europäischen Integrationsprozess*, cit., spec. pp. 28 ss. Si sofferma poi sul significato politico di questa giurisprudenza P. RIDOLA, “*Karlsruhe locuta causa finita?*” *Il Bundesverfassungsgericht, il fondo salva-stati e gli incerti destini della democrazia federalista in Europa*, cit., spec. pp. 3-4. Più critico, in generale, sul ruolo del *BVerfG* con l’obiettivo di ripensare la teoria della divisione dei poteri C. MÖLLERS, *The Three Branches. A Comparative Model of Separation of Powers*, cit., *passim*.

<sup>43</sup> D. STERNBERGER, *Verfassungspatriotismus*, in ID., *Schriften X*, Insel, Frankfurt am Main, 1990, pp. 13 ss. sulle cui implicazioni ed eredità di recente riflette anche M. HAILBRONNER, *Traditions and Transformations. The Rise of German Constitutionalism*, Oxford, 2015, pp. 170 ss. Ne valorizza il rilievo per l’esperienza tedesca come strumento di costruzione della comune appartenenza politica, «il “Noi” della sfera pubblica democratica», mettendone in luce le criticità e le tensioni, A. HONNETH, *Il diritto della libertà. Lineamenti per un’eticità democratica* (2011), cit., spec. pp. 378-379 e pp. 410-411 e pp. 418-419, p. 472.

<sup>44</sup> In un lavoro recente mette in luce la portata trasformativa, non meramente intesa in

### 3. La sentenza *OMT II*: temi e problemi

La sentenza del 21 giugno 2016<sup>45</sup>, con cui i giudici di Karlsruhe si sono pronunciati sul programma *OMT* della BCE, rappresenta l'ultimo atto di una vicenda che trova la sua origine nel primo rinvio pregiudiziale del *BVerfG*<sup>46</sup>. Essa è, però, anche un capitolo di una più lunga serie di decisioni che hanno progressivamente delineato l'impianto delle relazioni tra Germania e Unione europea, specie con riferimento agli strumenti di contrasto alla crisi. La sentenza ha, dunque, un rilievo politico evidente non solo sul piano della tenuta delle istituzioni europee, ma anche per il c.d. *Verfassungsgerichtsverbund* e le relazioni tra livelli ordinamentali. Tutto ciò è confermato dal fatto che essa è stata pubblicata, dopo circa un anno dalla decisione della Corte di Giustizia<sup>47</sup>, solo pochi giorni prima che il Regno Unito votasse sul *referendum* per l'uscita dall'UE.

Come noto, con la pronuncia *OMT II*, il Tribunale, dopo aver considerato solo in parte ammissibili i ricorsi, li ha comunque ritenuti in-

---

una prospettiva difensiva delle libertà individuali, della giurisprudenza costituzionale tedesca M. HAILBRONNER, *Traditions and Transformations. The Rise of German Constitutionalism*, cit., *passim* e, con particolare riferimento alle decisioni in materia di crisi finanziaria, spec. pp. 135 ss. dove si legge che la giurisprudenza del *BVerfG* «exhibits the by now familiar tendency towards an expansive interpretation of the Basic Law coupled with pragmatic deference».

<sup>45</sup> *BVerfG 2 BvR 2728/13* del 21 giugno 2016.

<sup>46</sup> *BVerfG 2 BvR 2728/13* del 14 gennaio 2014. Ricostruiscono in modo molto dettagliato percorso giurisprudenziale, contesto e questioni problematiche affrontate da ultimo V. BORGER, *Outright Monetary Transactions and the Stability Mandate of the ECB: Gauweiler*, in *CML Rev.*, n. 1/2016, pp. 139 ss. e M. BONINI, *Giudice delle leggi o "signore dei trattati"? Riflessioni critiche sul sindacato a tutela dell'"identità costituzionale"*, in *Osservatorio AIC*, n. 3/2016.

<sup>47</sup> C 62/14 del 16 giugno 2015 (*Peter Gauweiler e altri c. Deutscher Bundestag*) su cui cfr. almeno 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*, n. 3/2015, pp. 563 ss. e il numero monografico del *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, n. 1/2016, e in particolare i saggi di T. TRIDIMAS, N. XANTHOULIS, *A legal Analysis of the Gauweiler Case. Between Monetary Policy and Constitutional Conflict*, *ivi*, pp. 17 ss., che vedono la sentenza come «a judgment of institutional empowerment» e nella BCE «the big winner» (p. 38) e di J.-V. LOUIS, *The Emu after the Gauweiler Judgment and the Juncker Report*, *ivi*, pp. 55 ss., spec. pp. 59 ss. che si concentra in particolare sul dialogo instaurato dalla CGUE e che definisce ancora incompleta (p. 68) l'Unione economica e monetaria.

fondati sia con riferimento alla presunta violazione delle competenze della BCE (artt. 119 e 127 I-II TFUE e artt. 17 ss. del Protocollo sullo statuto del Sistema europeo di banche centrali e della Banca centrale europea) sia in merito all'aggiramento del divieto di finanziamento monetario degli Stati membri tramite l'acquisto diretto dei loro titoli di debito (art. 123 TFUE). Accogliendo positivamente, sia pur con qualche significativa riserva, la lettura che la Corte di Giustizia aveva offerto nella sentenza *Gauweiler* del 15 giugno 2015, il *Bundesverfassungsgericht* non ha pertanto rinvenuto le condizioni per esercitare il controllo *ultra vires* né il controllo di identità, considerando che il programma *OMT*, nel rispetto delle condizioni precisate all'esito dell'itinerario giurisprudenziale avviato con il suo primo rinvio pregiudiziale, non andasse a ledere i ricorrenti nel loro diritto fondamentale alla democrazia (artt. 38 *Abs.* 1 S. 1, 20 *Abs.* 1-2 e 79 *Abs.* 3 *GG*) né pregiudicasse la responsabilità generale del *Bundestag* in materia di bilancio («haushaltspolitische Gesamtverantwortung»). Con lo stabilire una legittimità condizionata del programma *OMT*, il Tribunale è così riuscito a rafforzare la sua posizione in Europa e a dare un decisivo supporto alle istanze della democrazia in Germania, sia pur confermando in tal modo la sclerotizzazione di pericolose e problematiche asimmetrie tra Paesi<sup>48</sup>.

È ben noto, del resto, che sin dai primi interventi, le misure apprese sono state più volte considerate controverse, spesso carenti in punto di legittimazione sulla base del principio di competenza, tanto che la Corte di Giustizia si è dovuta pronunciare tra l'altro, con la sentenza *Pringle*, sulla natura della riforma dell'art. 136 III TFUE<sup>49</sup>, considerata come necessaria per l'istituzione del MES anche da parte del *BVerfG*<sup>50</sup>. E il Tribunale costituzionale tedesco ha avuto modo, negli

<sup>48</sup> C. PINELLI, *La giurisprudenza costituzionale tedesca e le nuove asimmetrie fra i poteri dei parlamenti nazionali dell'eurozona*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2014. Si sofferma su come il quadro dei rapporti tra Corti che va definendosi rischi di indebolire ulteriormente la dimensione di tutela dei diritti e in particolare dei diritti sociali R. CALVANO, *Corte di Giustizia, stabilità e tutela dei diritti sociali. Tra tecnica e legalità nell'Ue della crisi*, in P. BONETTI, A. CARDONE, A. CASSATELLA, F. CORTESE, A. DEFFENU, A. GUAZZAROTTI (a cura di), *Spazio della tecnica e spazio del potere nella tutela dei diritti sociali*, Roma, 2014, pp. 1035 ss.

<sup>49</sup> C 370/12 del 27 novembre 2012. Più in generale, criticamente, sul caso *Pringle* si veda R. CALVANO, *Il meccanismo di stabilità e la perdita sensibilità costituzionale della Corte di Giustizia dell'Unione europea alla luce del caso Pringle*, in *Giur. cost.*, n. 3/2013, pp. 2426 ss.

<sup>50</sup> *BVerfG* 2 BvR 1390/12 del 12 settembre 2012.

stessi anni, di intervenire su una vasta e diversificata serie di provvedimenti, spesso avvalendosi del suo potere di decidere in sede cautelare, valorizzando alcuni ricorsi in *Organstreit*, anche se privi di particolari conseguenze, come emblematicamente fu il caso del giugno 2012<sup>51</sup>, e ampliando, non senza polemiche, gli spazi di ammissibilità del ricorso attraverso *Verfassungsbeschwerde* in difesa di quello che è stato definito un vero e proprio diritto fondamentale alla democrazia (“*Grundrecht auf Demokratie*”) per violazione dell’art. 38 GG in combinato con gli artt. 1, 20 e 79 GG<sup>52</sup>.

Come noto, il controllo si è esteso, più o meno direttamente, sia a quanto realizzato sulla base della competenza dell’UE di coordinamento delle politiche economiche sia a quanto posto in essere con il ricorso al diritto internazionale sia alle molto discusse politiche non convenzionali decise dalla BCE<sup>53</sup>. Proprio in questo contesto, il punto di massima frizione si è infine prodotto, senza dubbio, sulla vicenda del piano *Outright Monetary Transactions*, mai attuato, sfociato in un controverso e minaccioso rinvio pregiudiziale che ha spaccato lo stesso collegio giudicante che, a maggioranza, ha ritenuto, alle condizioni

<sup>51</sup> BVerfG 2 BvE 4/11 del 19 giugno 2012.

<sup>52</sup> Cfr. in merito R. LEHNER, *Die „Integrationsverfassungsbeschwerde“ nach Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG: prozessuale und materiell-rechtliche Folgefragen zu einer objektiven Verfassungswahrungsbeschwerde*, in *Der Staat*, n. 4/2013, pp. 535 ss. e, brevemente, A DI MARTINO, *La sentenza del Bundesverfassungsgericht sul Meccanismo Europeo di Stabilità e sul Fiscal Compact. Una lettura alla luce della giurisprudenza precedente*, in *federalismi.it*, n. 18/2012, pp. 2-3.

<sup>53</sup> In merito, da ultimo, cfr. M. BENVENUTI, *Libertà senza liberazione. Per una critica della ragione costituzionale dell’Unione europea*, cit., spec., sulle politiche poste in essere a livello europeo, pp. 54 ss., pp. 123 ss. e, sulla vicenda giurisprudenziale con riferimento al rinvio pregiudiziale circa la legittimità delle *Outright Monetary Transaction*, pp. 134 ss.; L. BUFFONI, *La politica della moneta e il soggetto della sovranità: il caso “decisivo”*, in *Rivista AIC*, n. 2/2016; ma anche C. NITZE, *Finanzhilfen für Euro-Staaten in der Krise. Eine EU-rechtliche Bewertung der als Reaktion auf die sog. Euro-Krise gewährten und vorgeschlagenen finanziellen Hilfen*, Berlin, 2015; A. HINAREJOS, *The Euro Area Crisis in Constitutional Perspective*, Oxford, 2015, spec. pp. 17 ss.; M. IOANNIDIS, *Europe’s New Transformations: How the EU Economic Constitution Changed During the Eurozone Crisis*, cit., spec. pp. 1249 ss.; G. L. TOSATO, *L’integrazione europea ai tempi della crisi dell’euro*, cit., pp. 681 ss.; K. TUORI, K. TUORI, *The Eurozone Crisis. A Constitutional Analysis*, New York, 2014.

Di recente, appare di particolare interesse, da questo punto di vista, D. MURSWIEK, *Die Eurokrise vor dem Bundesverfassungsgericht*, Baden Baden, 2016 in cui sono raccolti gli atti prodotti dall’A. come rappresentante di un ricorrente, nella specifico Peter Gauweiler cui è anche dedicato il lavoro, nei tre principali procedimenti instauratisi nel tempo davanti al Tribunale, sia con riferimento all’EFSF, sia al MES, sia nel caso OMT.

date, quelle politiche non convenzionali *ultra vires* e potenzialmente in contrasto con l'identità costituzionale tedesca<sup>54</sup>.

Si rischierebbe, però, di leggere in modo superficiale la recente sentenza del Tribunale costituzionale federale tedesco *OMT II* se ci si limitasse a considerarla come una “resa” alla Corte di Giustizia dopo la sentenza *Gauweiler*. Fermendosi a tale chiave di lettura, infatti, si sottovaluterebbe l'impulso decisivo che il *BVerfG* in questa pronuncia apporta ad alcune questioni cruciali del governo del conflitto in Europa, ridando slancio al principio democratico, ma al contempo salvaguardando, per certi versi da se stessa, la democrazia rappresentativa e confermando così, pur nella sua non univocità sul piano teorico, la sopravvivenza del *constitutional pluralism* come *ordo ordinans* delle relazioni ordinamentali in Europa<sup>55</sup>.

Non è immediato arrivare a queste conclusioni. È forse più agevole arrendersi all'evidenza secondo la quale, in fondo, il Tribunale tedesco nulla ha fatto seguire al severo e muscolare rinvio pregiudiziale del gennaio 2014, se non un articolato *vademecum* di condizioni dedotte dalla stessa sentenza *Gauweiler* su cui il *continuum* Governo-Parlamento dovrà limitarsi a vigilare per consentire in modo continuativo la partecipazione della Germania e della *Bundesbank* ad una futura ed eventuale attivazione del programma *OMT* da parte della BCE<sup>56</sup>.

---

<sup>54</sup> Sul rinvio pregiudiziale e la sua critica letto unitamente alla decisione *Gauweiler* cfr. di recente E. DENNINGER, *L'identità costituzionale tedesca e l'Unione europea: riflessioni a partire dalla pronuncia sulle OMT*, in *DPCE*, n. 1/2016, pp. 261 ss. ma cfr. anche F. C. MAYER, *Rebels without a Cause: A Critical Analysis of the German Constitutional Court's OMT Reference*, in *German L.J.*, n. 2/2014, pp. 111 ss.; W. HEUN, *Eine verfassungswidrige Verfassungsgerichtsentscheidung*, in *JZ*, n. 7/2014, pp. 331 ss. e A. DI MARTINO, *Le Outright Monetary Transactions tra Francoforte, Karlsruhe e Lussemburgo. Il primo rinvio pregiudiziale del BVerfG*, in *federalismi.it*, n. 4/2014.

<sup>55</sup> Sul *constitutional pluralism* cfr. *supra* nt. 13-14. Di recente, proprio l'altro tasso di conflittualità che ha caratterizzato i toni della decisione *OMT I* del 14 gennaio 2014 (2 BvR 2728/13) ha portato alcuni commentatori a ritenere che ormai tale paradigma fosse da considerarsi superato e che uno Stato, piuttosto che disapplicare il diritto europeo, dovrebbe uscire definitivamente dall'Unione perché altrimenti violerebbe di certo gli accordi che lo legano alla UE: in questo senso di recente R. D. KELEMEN, *On the Unsustainability of Constitutional Pluralism. European Supremacy and the Survival of the Eurozone*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, n. 1/2016, pp. 136 ss. Ne propone, invece, un nuovo aggiornamento M. GOLDMANN, *Constitutional Pluralism as Mutually Assured Discretion. The Court of Justice, the German Federal Constitutional Court and the ECB*, *ivi*, pp. 119 ss.

<sup>56</sup> Che pure appare di un certo rilievo tanto che il *BVerfG* riepiloga questi punti in due diversi momenti: prima per sintetizzare la sentenza della CGUE, poi per dettare i termini e

Questo livello di lettura, tuttavia, non può considerarsi del tutto soddisfacente in quanto trascura l'altissimo sforzo, in primo luogo dogmatico e di rilievo istituzionale, che il Tribunale costituzionale offre al lettore su alcune questioni centrali che aspettavano da tempo una maggiore precisazione e che si innestano su un quadro giurisprudenziale molto articolato<sup>57</sup>.

Inoltre, pur convergendo sulla prospettiva della Corte di Giustizia, il *BVerfG* rimarca criticamente i punti rimasti senza risposta o sviluppati in maniera non pienamente adeguata da parte della CGUE in *Gauweiler*. Si possono individuare così future possibili linee di tensione sia con riferimento alla misura della verifica giurisdizionale dei poteri della BCE, che riapre il dilemma della distinzione tra politica monetaria e politica economica come presidio del principio democratico<sup>58</sup>, sia in merito all'acquisto dei titoli sul mercato secondario, gravato da molti paletti, di cui viene anche ritenuta espressione, a differenza di quanto sostenuto dalla CGUE, la possibilità di prevedere una possibile riduzione del debito per un Paese (il c.d. *Schuldenschnitt*)<sup>59</sup>.

Come acutamente rilevato, peraltro, la Corte di Karlsruhe spinge gli effetti della decisione *Gauweiler* ben al di là dei normali margini di operatività delle sentenze emanate all'esito di un rinvio pregiudiziale<sup>60</sup>. Infatti, il Tribunale, da un lato, valorizza l'efficacia di una norma

---

le condizioni di partecipazione della *Bundesbank* il cui controllo sul rispetto incombe sulle istituzioni democratiche nazionali: cfr. *BVerfG* 2 BvR 2728/13 del 21 giugno 2016, Rn. 199 e Rn. 206.

<sup>57</sup> Che negli ultimi anni ha riguardato anche temi più laterali che tra loro si sono però più volte intrecciati come la tutela dei diritti delle opposizioni, la legge elettorale europea e, più in generale, la tutela di un certo *standard* di diritti in Europa.

<sup>58</sup> Qui affondano le loro radici le ragioni del principio di attribuzione (declinato come *Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung*; cfr. *supra* nt. 19): *BVerfG* 2 BvR 2728/13 del 21 giugno 2016, Rn. 181 ss., continuando il Tribunale tedesco a considerare per esempio la selettività delle *OMT* un tratto caratterizzante una politica economica e non monetaria.

<sup>59</sup> *BVerfG* 2 BvR 2728/13 del 21 giugno 2016, Rn. 204 con riferimento al tema della riduzione del debito che viene letta dal *BVerfG* come una violazione dell'art. 123 TFUE.

<sup>60</sup> Cfr. M. STARITA, *Openness Towards European Law and Cooperation with the Court of Justice Revisited: The Bundesverfassungsgericht Judgment of 21 June 2016 on the OMT Programme*, in *European Papers*, n. 2/2016, pp. 395 ss., spec. pp. 400 ss. che mette anche in rilievo come, per quanto ritenuta «accettabile», il Tribunale costituzionale tedesco critichi duramente l'andatura argomentativa della Corte (p. 396). Di «compromesso responsabile parla» A. DE PETRIS, *Un compromesso responsabile: la risposta del Tribunale costituzionale federale tedesco alla sentenza della Corte di giustizia sul rinvio pregiudiziale di Karlsruhe*, in *federalismi.it*, n. 13/2016.

interna su un'istituzione europea<sup>61</sup>, considerando il principio di attribuzione come espressione non solo del diritto europeo, ma anche del diritto costituzionale interno<sup>62</sup>, dall'altro, alla luce delle considerazioni della CGUE, preannuncia di fatto che, qualsiasi divergenza dalle condizioni indicate dalla BCE in merito al programma *OMT* dovesse essere individuata in futuro, l'atto contestato sarà automaticamente considerato *ultra vires* senza, verosimilmente, necessità di nuovi ricorsi pregiudiziali e senza lesione del principio di leale collaborazione<sup>63</sup>.

Interessante sottolineare come, da questo punto di vista, il *BVerfG* appaia molto consapevole della necessità di non apparire isolato e, a tal proposito, pare davvero significativo l'ampio ricorso al diritto comparato quasi a giustificare il suo potere di dichiarare inefficaci sul territorio tedesco atti delle istituzioni europee in ragione dell'estesa diffusione che analoghi tipi di sindacato vengono operati da tutte le corti costituzionali<sup>64</sup>.

In definitiva, la decisione *OMT II* non deve essere sottovalutata. Il Tribunale costituzionale esce, infatti, rafforzato in quanto non solo ha dimostrato di essere del tutto pronto, quando ve ne sia necessità, a sollevare un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, come promesso nella sentenza *Mangold/Honeywell* del 2010<sup>65</sup> e ribadito da ultimo nel

<sup>61</sup> Come già affermato nella sentenza *Maastricht* citata proprio nel passo richiamato BVerfG 2 BvR 2728/13 del 21 giugno 2016, Rn. 189.

<sup>62</sup> Viene, infatti, ribadito che la delega dei poteri alle banche centrali rappresenta un'eccezione al principio democratico giustificabile solo nei limiti e alle condizioni previste dall'art. 88 GG, con ciò richiedendo un rigido controllo giurisdizionale e un'interpretazione restrittiva dei poteri conferiti: BVerfG 2 BvR 2728/13 del 21 giugno 2016, Rn. 185. A ciò fa da contraltare il dovere del *Bundestag* di garantire le funzioni della *Bundesbank* che proprio dall'art. 88 GG è protetta da una garanzia di istituto che non si limita a imporne la mera esistenza, ma che piuttosto si erge a presidio delle sue prerogative sostanziali (Rn. 217).

<sup>63</sup> BVerfG 2 BvR 2728/13 del 21 giugno 2016, Rn. 192 e Rn. 205.

<sup>64</sup> Nell'ultima pronuncia, BVerfG 2 BvR 2728/13 del 21 giugno 2016, Rn.142. ValORIZZA molto questi richiami anche P. M. HUBER, *Verfassungsstaat und Finanzkrise*, cit., pp. 22 ss.; criticamente invece, verso un uso dai tratti strumentali, M. CLAES, *The Validity and Primacy of EU Law and the "Cooperative Relationship" Between National Constitutional Courts and the Court of Justice of the European Union*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, n. 1/2016, pp. 151 ss. Peraltro, anche in altre precedenti decisioni si era sul punto fatto un ampio ricorso alla comparazione; lo mette in luce, per esempio, D. POLI, *Mir gehört die Letztentscheidungskompetenz! L'ennesimo dialogo-scontro tra Bundesverfassungsgericht e corte di giustizia dell'Unione europea*, *Rivista AIC*, n. 3/2016, spec. pp. 6 ss. con riferimento alla sentenza sul mandato d'arresto europeo di dicembre 2015.

<sup>65</sup> *Beschluss* BVerfG 2 BvR 2661/06 del 6 luglio 2010.



giugno 2016<sup>66</sup>, ma è riuscito a impostare una dialettica con la Corte di Giustizia che ne conferma una posizione di evidente forza nel contesto europeo. Inoltre, lavorando sul piano della sua legittimazione, ha ricostruito, in un quadro dogmatico più preciso, sia pur sempre in via di definizione, il rapporto tra controllo *ultra vires* e controllo di identità, ha chiarito il ruolo di *Bundestag* e Governo, ha sottolineato le ragioni alla base e i margini di intervento dell'istanza giurisdizionale in decisioni eminentemente politiche o ad alto contenuto tecnico, ha ridefinito il rapporto tra Unione europea e Germania, ma ha anche valorizzato il principio democratico nel suo complesso inquadrandolo in uno sfaccettato dialogo con il principio di responsabilità e di autodeterminazione, dando un forte rilievo al ruolo delle minoranze<sup>67</sup>. In questo scenario, come accennato, il Tribunale ha dato conferma di un rinnovato ruolo per la società civile, chiamata, attraverso il *BVerfG*, a intervenire attivamente in difesa delle sue prerogative e, specificamente, dell'identità costituzionale tedesca. Appare così chiaro lo sforzo di ridefinire non tanto e solo i rapporti con l'Unione europea, ma anche i meccanismi di difesa e funzionamento dell'ordinamento liberal-democratico tedesco.

In questo filone giurisprudenziale, i giudici di Karlsruhe hanno dunque progressivamente affinato il loro potere di controllo e i loro margini di manovra, definendo gli strumenti che si erano nel tempo accumulati e che necessitavano di una sistemazione teorica e dogmatica. Molti sono i punti che, in questa prospettiva, meritano di essere analizzati: è ben noto del resto che il ricorso diretto in materia europea sia stato utilizzato sin dal *Maastricht Urteil*, ma anche che negli ultimi anni se ne sono precisate la funzione e la filosofia, nonché estesi i margini di operatività<sup>68</sup>; rileva da questo punto di vista, per le virtuose sinergie che ne derivano, anche il ricorso in *Organstreit* che sottolinea il ruolo determinante delle minoranze di contrasto al *continuum* maggioranza-Governo<sup>69</sup>; di grande importanza è poi l'uso del concetto di responsabilità per l'integrazione (*Integrationsverantwortung*), che ha

<sup>66</sup> BVerfG 2 BvR 2728/13 del 21 giugno 2016, Rn. 156.

<sup>67</sup> Sia pur, come detto, dopo aver ridimensionato a livello istituzionale il concetto di "opposizione" in occasione della citata sentenza BVerfG 2 BvE 4/14 del 3 maggio 2016 (cfr. *supra* nt. 32)

<sup>68</sup> In merito cfr. *infra* § 4. Cfr. anche BVerfG 2 BvR 1099/10 del 7 settembre 2011, Rn. 95 ss.

<sup>69</sup> Cfr. *supra* nt. 32, nt. 67 e *infra* nt. 108-111 e testo.

suscitato un ampio confronto circa la sua natura<sup>70</sup> e che, da ultimo, si è associato alla controversa categoria degli obblighi di protezione (*Schutzpflichten*)<sup>71</sup>; quest'ultimo punto si lega direttamente con il tentativo, dogmaticamente molto raffinato, per quanto forse non del tutto riuscito, di coordinare e distinguere tra loro il controllo sugli atti *ultra vires* e il controllo di identità, riaprendo in tal modo il dibattito sulla necessità di effettuare un previo rinvio pregiudiziale, sul concetto di *Europarechtsfreundlichkeit* (o apertura nei confronti del diritto europeo)<sup>72</sup> e sull'effetto di vincolo delle decisioni della CGUE; rilevano, infine, i margini di rottura e sinergia tra il parametro dell'art. 4 II TUE e la centralità della difesa dell'identità costituzionale tedesca, concetto altamente controverso e potenzialmente ad alto contenuto polemico<sup>73</sup>. Proprio la teorizzazione della difesa dell'identità costituzionale, del resto, già precisata con il *Lissabon Urteil* nel punto in cui il *BVerfG* affermava che il controllo andava “mano nella mano” con il diritto dell'UE<sup>74</sup>, si è complicata con la decisione del gennaio 2014, quando

<sup>70</sup> In merito cfr. almeno P. RIDOLA, *Diritti fondamentali e “integrazione” costituzionale in Europa. Tra passato e futuro: questioni di metodo comparativo nella costruzione di un diritto costituzionale europeo*, in ID., *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, cit., pp. 199 ss.

<sup>71</sup> Cfr. *infra* § 7.

<sup>72</sup> Entrambi punti già tematizzati nella celebre decisione *Mangold/Honeywell* del 2010.

<sup>73</sup> Ne propone una lettura che cerca di definire i modi in cui si utilizza il concetto e le sue criticità, anche al fine di una sua più immediata compatibilità con il diritto europeo, A. INGOLD, *Die verfassungsrechtliche Identität der Bundesrepublik Deutschland. Karriere – Konzept – Kritik*, in *AöR*, n. 1/2015, pp. 1 ss. Ci si sofferma però anche E. DENNINGER, *L'identità costituzionale tedesca e l'Unione europea: riflessioni a partire dalla pronuncia sulle OMT*, cit., spec. p. 270 che ritiene inevitabile la rottura del parallelismo dei parametri operata dal *BVerfG* in ragione del fatto che il rispetto delle identità nazionali sarebbe, a partire dalla giurisprudenza della CGUE, «mero interesse suscettibile di bilanciamento» che pertanto «non può in alcun caso avere un peso paragonabile al limite assoluto di cui all'art. 79, par. 3, GG».

<sup>74</sup> Si fa riferimento a *BVerfG 2 BvE 2/08* del 30 giugno 2009, Rn. 240 al punto in cui si legge, quando il Tribunale giustifica il suo potere di controllo per gli atti *ultra vires* o per il controllo di identità, che, nel rispetto del principio di leale collaborazione, «the guarantee of national constitutional identity under constitutional and under Union law go hand in hand in the European legal area. The identity review makes it possible to examine whether due to the action of European institutions, the principles under Article 1 and Article 20 of the Basic Law, declared inviolable in Article 79.3 of the Basic Law, have been violated. This ensures that the primacy of application of Union law only applies by virtue and in the context of the constitutional empowerment that continues in effect» (traduzione ufficiale). Sul complesso rapporto tra art. 4 II e identità costituzionale tedesca di recente cfr. anche T. WISCHMEYER, *Nationale Identität und Verfassungsidentität. Schutzgehalte, Instrumente, Perspektiven*, in *AöR*, n. 3/2015, pp. 415 ss. che definisce l'identità come una

il parallelismo dei parametri si è rotto<sup>75</sup>, per poi venire solo in parte ricondotto a una maggiore armonia con una sentenza del dicembre 2015 in materia di mandato di arresto europeo<sup>76</sup>.

Nei prossimi paragrafi si chiariranno i collegamenti tra questi diversi livelli di lettura, inserendo infine le riflessioni proposte in un quadro più generale che consenta di riconsiderare il rilievo della decisione *OMT II*, in particolare alla luce dello sforzo del Tribunale di difendere la democrazia rappresentativa a livello nazionale.

#### **4. Condizioni di ammissibilità della c.d. “*Integrationsverfassungsbeschwerde*” tra art. 38 GG, democrazia rappresentativa e tutela della dignità dell’uomo**

Il tema dell’ammissibilità *ex art. 38 Abs. 1 GG* delle *Verfassungsbeschwerden* che contestano la legittimità di accordi sovranazionali è dibattuto da tempo. Con il *Maastricht Urteil* si consentì per la prima volta questa particolare forma di accesso ai ricorsi individuali a presidio del principio democratico, delineando un vero e proprio “*Grundrecht auf Demokratie*” del cittadino elettore, la cui difesa era azionabile direttamente dai singoli a presidio degli artt. 20 *Abs. 1-2* e 79 *Abs. 3 GG*. Dopo l’*Euro-Beschluss*<sup>77</sup> e poi, più di recente, il *Lissabon Urteil*, negli ultimi anni i margini di utilizzo di questo strumento sembrano essersi molto dilatati tanto che, in dottrina, vi è chi ha ritenuto di tratteggiare quella che è stata definita una vera e propria “*Integrationsverfassungsbeschwerde*”<sup>78</sup> in materia europea. Le condizioni del ricorso hanno un carattere di eccezione, si legge nella sentenza del 7

---

«buzzword». Riflette anche sul punto L. CORRIAS, *National Identity and European Integration: The Unbearable Lightness of Legal Tradition*, in *European Papers*, n. 2/2016, pp. 383 ss.

<sup>75</sup> A. DI MARTINO, *Le Outright Monetary Transactions tra Francoforte, Karlsruhe e Lussemburgo. Il primo rinvio pregiudiziale del BVerfG*, cit., p. 6.

<sup>76</sup> Cfr. *infra* nt. 127. Mette in luce questo andamento altalenante P. FARAGUNA, *Solange III? Il BVerfG colpisce ancora*, in *Quad. cost.*, n. 1/2016, pp. 123 ss., spec. p. 124. Sulla decisione cfr. anche D. POLI, *Mir gehört die Letztentscheidungskompetenz! L’ennesimo dialogo-scontro tra Bundesverfassungsgericht e corte di giustizia dell’Unione europea*, cit., spec. pp. 4 ss.

<sup>77</sup> BVerfG 2 BvR 1877/97 del 31 marzo 1998.

<sup>78</sup> R. LEHNER, *Die „Integrationsverfassungsbeschwerde“ nach Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG: prozessuale und materiell-rechtliche Folgefragen zu einer objektiven Verfassungswahrungsbeschwerde*, cit., pp. 535 ss.

settembre 2011<sup>79</sup>, in quanto questa modalità di azione non può essere utilizzata come strumento per attivare un controllo continuo nel merito delle decisioni di una maggioranza, ma solo in tutti quei casi in cui vi sia il rischio di uno svuotamento (*Entleerung*) del principio democratico. Per l'esattezza, nei casi verificatisi fino ad ora, il Tribunale ricorda che il diritto dei singoli origina dalla necessità di garantire una reale autodeterminazione politica dei cittadini («politische Selbstbestimmung der Bürger»)<sup>80</sup> qualora gli organi costituzionali non adempiano in modo compiuto alla loro responsabilità per l'integrazione<sup>81</sup>. E infatti, secondo una giurisprudenza ormai consolidata del *BVerfG*, il diritto al voto non è da considerarsi solo in senso formale, ma protegge anche una pretesa a prendere effettivamente e attivamente parte alla decisione politica<sup>82</sup>. Come affermava Grimm, e in definitiva in modo coerente con l'idea di una democrazia che si protegge anche da un punto di vista valoriale emblematicamente accolta all'art. 21 *GG*, è così espressa la visione per cui «identificare la democrazia con il parlamentarismo è inammissibile» in quanto «la semplice attività parlamentare non garantisce di per sé alcuna struttura democratica»<sup>83</sup>.

È nello specifico l'art. 23 *GG* che oggi detta le modalità in cui i cittadini, sia pur per il tramite dei loro rappresentanti, esercitano le loro prerogative nei confronti dell'UE, in quanto i diritti di sovranità possono essere delegati solo attraverso le procedure stabilite in Costituzione e solo alle condizioni *ivi* previste. Deve così ritenersi violato il diritto dei singoli in tutti quei casi in cui gli organi dell'UE esercitino delle prerogative che non sono state loro attribuite<sup>84</sup>. È in questo senso che l'art. 38 *GG* protegge da qualificate violazioni del principio di attribuzione da parte degli attori istituzionali europei. Se gli organi costituzionali nazionali, infatti, omettono, nell'esercizio della loro responsabilità per l'integrazione (*Integrationsverantwortung*), di esercitare la loro *Reaktionspflicht* (obbligo di reazione)<sup>85</sup>, si verifica un potenziale *vulnus* che l'azione *ex art. 38 GG* colma. È in questo senso che il dovere di agire viene qualificato come «non dissimile da un ob-

<sup>79</sup> BVerfG 2 BvR 1099/10 del 7 settembre 2011, Rn. 99 ss.

<sup>80</sup> BVerfG 2 BvR 2728/13 del 21 giugno 2016, Rn. 81.

<sup>81</sup> BVerfG 2 BvR 2728/13 del 21 giugno 2016, Rn. 80.

<sup>82</sup> BVerfG 2 BvR 2728/13 del 21 giugno 2016, Rn. 81.

<sup>83</sup> D. GRIMM, *Una costituzione per l'Europa*, cit., p. 357.

<sup>84</sup> BVerfG 2 BvR 2728/13 del 21 giugno 2016, Rn. 81-82.

<sup>85</sup> BVerfG 2 BvR 2728/13 del 21 giugno 2016, Rn. 83.

bligo di protezione»<sup>86</sup> (cfr. *infra* § 7). Naturalmente l'inattività, specificamente contestata a *Bundestag* e Governo, nella vicenda *OMT* si aggrava se si considera, con il *BVerfG*, che l'azione della BCE, i cui poteri già rappresentano un'eccezione al principio democratico essendo istituzione che esercita un mandato tecnico vincolato, è legittimata solo al fine di garantire la stabilità dei prezzi, su cui peraltro incombe lo specifico divieto *ex art.* 123 TFUE. Nella misura in cui esorbiti i confini del suo mandato, essa finisce per decidere su competenze del *Bundestag* non delegabili o comunque non delegate, facendo così emergere un doppio *deficit* di democrazia<sup>87</sup>.

Al problema dell'ammissibilità si collega la dimensione teorica del diritto<sup>88</sup>. Il Tribunale, infatti, dopo aver ribadito che gli atti dell'UE non possono essere sindacati direttamente sulla base del *Grundgesetz*, precisa però che deve permanere in capo agli organi nazionali un potere di controllo sul rispetto del principio democratico e, in particolare, dell'art. 20 *Abs.* 1 e 2 *GG*, che sono baluardo sostanziale della sovranità popolare, anche nei confronti dell'UE<sup>89</sup>. Il principio di apertura del *Grundgesetz* trova, infatti, la sua legittimazione, ma anche i suoi limiti, oltre che nel preambolo, soprattutto nell'art. 23 *GG* che richiama espressamente la clausola di eternità e stabilisce le procedure attraverso cui il parlamento partecipa allo sviluppo dell'integrazione europea e può delegare diritti di sovranità<sup>90</sup>. Solo nell'ambito delle competenze correttamente delegate e fondatamente esercitate, il Tribunale riconosce il primato del diritto europeo<sup>91</sup>, precisando tuttavia che questo riconoscimento opera comunque nei limiti consentiti dalla Legge fondamentale ai sensi dell'art. 79 *Abs.* 3 *GG*.

È nel processo di integrazione sovranazionale che il principio democratico, protetto dall'art. 23 *GG* attraverso il richiamo dell'art. 79

<sup>86</sup> Sul punto si tornerà in seguito, cfr. *infra* § 7; *BVerfG* 2 BvR 2728/13 del 21 giugno 2016, Rn. 88.

<sup>87</sup> *BVerfG* 2 BvR 2728/13 del 21 giugno 2016, Rn. 94.

<sup>88</sup> *BVerfG* 2 BvR 2728/13 del 21 giugno 2016, Rn. 115 ss.

<sup>89</sup> *BVerfG* 2 BvR 2728/13 del 21 giugno 2016, Rn. 115.

<sup>90</sup> *BVerfG* 2 BvR 2728/13 del 21 giugno 2016, Rn. 117-118. Sottolinea la centralità che ha il tema dei diritti di partecipazione del *Bundestag* per indicare come questa giurisprudenza continui comunque a proiettare in una dimensione sovranazionale di integrazione la difesa della democrazia rappresentativa a livello nazionale. P. RIDOLA, "Karlsruhe locuta causa finita?" *Il Bundesverfassungsgericht, il fondo salva-stati e gli incerti destini della democrazia federalista in Europa*, cit., spec. p. 3.

<sup>91</sup> *BVerfG* 2 BvR 2728/13 del 21 giugno 2016, Rn. 118-119.

GG, si ricollega con l'art. 38 GG<sup>92</sup>, rappresentando lo strumento attraverso cui difendere l'identità costituzionale tedesca, ma anche il fondamento di un controllo permanente sul corretto esercizio dei diritti di sovranità<sup>93</sup>. Viene così sottolineata la centralità del principio di autodeterminazione del popolo che, per quanto l'art. 20 GG parli di *Wahlen und Abstimmungen*, si pone in essere esclusivamente attraverso le elezioni<sup>94</sup>. L'art. 38 GG, del resto, proprio per la valorizzazione del principio di libertà e di uguaglianza ad esso sotteso, tutela e sancisce quello che viene definito il nucleo connesso con la dignità umana («menschenrechtliche Kern») del principio democratico, che in questo modo viene collegato con l'art. 1 GG<sup>95</sup>, con tutto ciò che ne consegue in termini di centralità per l'ordinamento costituzionale<sup>96</sup>. Il diritto di partecipare attivamente al voto da parte del cittadino, che può così correttamente considerare responsabile delle scelte politico-sociali il *Bundestag* ed eventualmente sanzionarlo, è, infatti, ciò che lo distingue dal suddito<sup>97</sup>.

In definitiva, alla luce di queste affermazioni, i limiti di questo canale di accesso al *BVerfG*, potenzialmente dirompente, vengono allo stesso tempo ampliati e limitati. Se il Tribunale si preoccupa, collegando il diritto di autodeterminazione democratica dei cittadini con la dignità dell'uomo, di escludere tutte quelle violazioni che non si spingono sino a questo limite estremo, per converso sembra concedere qualche spazio in più, come accennato, al caso in cui la violazione si possa verificare sul piano interno. Non sembra escluso che nel futuro possano essere considerate ammissibili anche azioni contro leggi o provvedimenti venuti alla luce in altro contesto, per esempio la legge di bilancio e la corretta misura dell'indebitamento, purché si lamenti un vero e proprio svuotamento del diritto in esame<sup>98</sup>. È stato peraltro lo stesso Huber a sottolineare come le potenzialità di questo ricorso potrebbero espandersi anche ad altri ambiti, finendo così per rappre-

<sup>92</sup> BVerfG 2 BvR 2728/13 del 21 giugno 2016, Rn. 121.

<sup>93</sup> BVerfG 2 BvR 2728/13 del 21 giugno 2016, Rn. 121 ss.

<sup>94</sup> BVerfG 2 BvR 2728/13 del 21 giugno 2016, Rn. 124.

<sup>95</sup> BVerfG 2 BvR 2728/13 del 21 giugno 2016, Rn. 124.

<sup>96</sup> Sul rilievo della dignità nella cultura europea e per l'esperienza giuridica tedesca, cfr. P. RIDOLA, *La dignità dell'uomo e il "principio libertà" nella cultura costituzionale europea*, in ID., *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, cit., pp. 77 ss.

<sup>97</sup> BVerfG 2 BvR 2728/13 del 21 giugno 2016, Rn. 124-125.

<sup>98</sup> Per maggiori indicazioni in questo senso, se si vuole, F. SAITTO, *Economia e Stato costituzionale*, cit., spec. pp. 188 ss.

sentare, come è già per i ricorsi in *Organstreit*, anche uno strumento di controllo sulle dinamiche maggioritarie<sup>99</sup> e sulla difesa degli spazi di decisione dei prossimi *Bundestag* che potrebbero venir compromessi da scelte irreversibili compiute oggi<sup>100</sup> capaci di dimezzare la capacità di autodeterminarsi in modo democratico del popolo nel futuro («demokratische Selbstherrschaft des Volkes»)<sup>101</sup>. Le potenzialità dello strumento non si esauriscono pertanto al piano dei rapporti con l'UE<sup>102</sup>.

L'ampio uso del ricorso diretto non è passato inosservato e, di fronte all'allargarsi progressivo dei criteri di ammissibilità delle *Verfassungsbeschwerden*, si è avanzata la critica che questo strumento, anche in ragione dell'elevato numero di ricorrenti, abbia finito per supplire alla tradizionale resistenza dell'ordinamento tedesco agli strumenti di democrazia diretta. Questa modalità di accesso alla giustizia costituzionale si caratterizzerebbe, infatti, per essere una sorta di azione popolare o financo un vero e proprio plebiscito<sup>103</sup>. Anche su questo punto, invero controverso, si è registrata una netta presa di posizione di Huber che ha fortemente negato che a proposito del ricorso diretto individuale a tutela del proprio diritto di voto si possa parlare di un'azione popolare (*Popularklage*)<sup>104</sup>.

In realtà questo dibattito, nella prospettiva accolta, per quanto centrale, pare dover essere ridimensionato. Si è detto, infatti, che una po-

<sup>99</sup> P. M. HUBER, *Bewahrung und Veränderung rechtsstaatlicher und demokratischer Verfassungsstrukturen in den internationalen Gemeinschaften – 50 Jahre nach*, cit., p. 128.

<sup>100</sup> P. M. HUBER, *Bewahrung und Veränderung rechtsstaatlicher und demokratischer Verfassungsstrukturen in den internationalen Gemeinschaften – 50 Jahre nach*, cit., p. 128 che fa riferimento per esempio a possibili privatizzazioni di compiti statali o al riordino di competenze tra *Bund* e *Länder*. Un altro possibile riferimento potrebbe essere per l'appunto alla legge di bilancio e alle norme in materia di indebitamento che potrebbero finire per svuotare il potere decisionale dei *Bundestag* futuri incidendo sul diritto di voto.

<sup>101</sup> BVerfG 2 BvR 2728/13 del 21 giugno 2016, Rn. 126.

<sup>102</sup> BVerfG 2 BvR 2728/13 del 21 giugno 2016, Rn. 129 ss.

<sup>103</sup> Cfr. in merito W. KAHL, *Bewältigung der Staatsschuldenkrise unter Kontrolle des Bundesverfassungsgerichts*, in *DVBl*, n. 4/2013, pp. 197 ss.

<sup>104</sup> Sulle molte obiezioni si sofferma, respingendo la lettura di chi vede nella soggettivizzazione del principio democratico tramite l'art. 38 GG una «faktische Popularklage», P. M. HUBER, *Verfassungsstaat und Finanzkrise*, cit., pp. 45 ss. e P. M. HUBER, *Bewahrung und Veränderung rechtsstaatlicher und demokratischer Verfassungsstrukturen in den internationalen Gemeinschaften – 50 Jahre nach*, cit., pp. 128-129. Criticamente, per esempio, in questo senso si era invece espresso C. SCHÖNBERGER, *Die Europäische Union zwischen "Demokratiedefizit" und Bundesstaatsverbot. Anmerkung zum Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts*, in *Der Staat*, n. 4/2009, pp. 535 ss., spec. pp. 539 ss.

tenziale violazione della prerogativa di autodeterminazione del cittadino e di imputabilità delle decisioni viola l'art. 1 GG nel suo collegamento con l'art. 20 GG. È in questo senso che si arriva a ledere l'identità costituzionale tedesca<sup>105</sup>. E, tuttavia, l'innesto, effettivamente di carattere para-plebiscitario, di questo ricorso diretto finisce per incidere sul circuito decisionale maggioranza-Governo e si dimostra un efficace mezzo di controllo del corretto funzionamento degli istituti della democrazia rappresentativa, di fatto così non ponendosi in alternativa con essa, ma costituendone un nuovo baluardo.

### 5. Il ricorso in *Organstreit* e la tutela delle prerogative del *Bundestag* da parte delle minoranze

L'altro canale di accesso privilegiato attraverso cui il *BVerfG* è stato chiamato a pronunciarsi in questi anni in materia europea è il ricorso per *Organstreit*. Anche questa modalità di accesso alla giustizia costituzionale è stata molto utilizzata sia unitamente al ricorso diretto, come nel caso del *MES*, sia autonomamente, come nel procedimento con cui si è poi dichiarata l'incostituzionalità di una commissione speciale (*Sondergremium*) nel febbraio 2012<sup>106</sup> e in quello per sanzionare la violazione degli obblighi di informazione del Governo al *Bundestag* ex art. 23 GG, poi sfociata nella sentenza del giugno 2012<sup>107</sup>. Il ricorso per *Organstreit*, sollevato dalla singola frazione del *Bundestag*, considerata come frazione di organo costituzionale ai fini della legittimazione attiva, rappresenta dunque uno strumento complementare di grande utilità che, peraltro, aiuta a precisare più compiutamente la componente "controdemocratica" di questa giurisprudenza<sup>108</sup> (cfr. *supra* § 2).

Ciò è particolarmente evidente in un periodo come la fase attuale in cui, come accennato, la maggioranza che sostiene il Governo è frutto

<sup>105</sup> BVerfG 2 BvR 2728/13 del 21 giugno 2016, Rn. 136.

<sup>106</sup> BVerfG 2 BvE 8/11 del 28 febbraio 2012.

<sup>107</sup> BVerfG 2 BvE 4/11 del 19 giugno 2012.

<sup>108</sup> Il rapporto tra l'opposizione nel *Bundestag* e il ruolo del Tribunale costituzionale in Germania è stato studiato per esempio da parte di K. STÜWE, *Die Opposition im Bundestag und das Bundesverfassungsgericht. Das Verfassungsgerichtliche Verfahren als Kontrollinstrument der parlamentarischen Minderheit*, Baden Baden, 1997, spec. pp. 159 ss. con riferimento ai procedimenti in *Organstreit*.



di una Grande coalizione tanto vasta che per le minoranze parlamentari non è possibile neanche raggiungere i *quorum* posti in Costituzione in favore delle opposizioni. Il Tribunale costituzionale, sul punto, pur considerando vitale per il pluralismo l'esistenza di un'opposizione parlamentare, ha sempre negato che si potesse parlare di diritti dell'opposizione, preferendo piuttosto garantirne la funzione tramite il riconoscimento di un diritto a fare opposizione. Pertanto, l'opposizione, come messo in luce sin dalla fondamentale monografia di Peter Schneider degli anni Settanta<sup>109</sup>, non è un attore che ha un riconoscimento e una protezione in sé di tipo istituzionale da parte del *Grundgesetz*<sup>110</sup>. Diverso, invece, è il ragionamento seguito con riferimento ai gruppi che, per giurisprudenza costante, sono considerati frazioni di organo e dunque possono agire in difesa delle prerogative costituzionalmente attribuite al singolo gruppo o all'organo nel suo complesso. In questo modo, il Tribunale, che indulge sovente ad una rappresentazione piuttosto ideale del parlamentarismo inteso secondo la tradizionale concezione liberale di contrapposizione tra Parlamento e Governo, consente comunque alle "minoranze" di farsi promotrici di azioni di contrasto nei confronti nel *continuum* maggioranza-Governo. Valorizzando il ruolo costituzionale delle minoranze, secondo i giudici, da ultimo, si eviterebbe peraltro di violare il principio di uguaglianza tra i parlamentari (art. 38 *Abs.* 1 S. 2) che verrebbe messo in discussione dal riconoscimento di diritti specifici per l'opposizione<sup>111</sup>.

Se l'azione dei singoli è, dunque, volta a garantire che i cittadini non vengano pregiudicati nel diritto ad esercitare le loro prerogative elettorali, dovendo esser sempre possibile individuare i responsabili

---

<sup>109</sup> H. P. SCHNEIDER, *Die parlamentarische Opposition im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Frankfurt am Main, 1974.

<sup>110</sup> Se l'argomento è stato a lungo legato al problema dei limiti consentiti al diritto di fare opposizione alla luce della norma sui partiti antisistema, di recente il tema è stato nuovamente oggetto di alcuni studi in ragione dei vari periodi che negli ultimi anni hanno visto succedersi delle Grandi coalizioni a sostegno dei governi e che sono poi anche sfociati nella citata polemica arrivata sino al *BVerfG* che ha ribadito che, pur considerando costituzionalmente necessaria una opposizione effettiva, non si può parlare di "diritti dell'opposizione" nella sentenza 2 BvE 4/14 (cfr. *supra* nt. 32). Nella ampia bibliografia cfr. S. HABERLAND, *Die verfassungsrechtliche Bedeutung der Opposition nach dem Grundgesetz*, Berlin, 1995; D. MUNDIL, *Die Opposition. Eine Funktion des Verfassungsrechts*, Berlin, 2014, che riflette anche sulla crescita del ruolo dell'opposizione interna con riferimento al processo di integrazione europea (pp. 185 ss.); e da ultimo, più problematicamente, A. INGOLD, *Das Recht der Oppositionen*, Tübingen, 2015.

<sup>111</sup> Cfr. 2 BvE 4/14 del 3 maggio 2016, Rn. 95 ss.

delle decisioni assunte, perché in tal modo si garantisce la loro libertà di autodeterminazione e dunque persino la loro dignità, l'azione per *Organstreit* è anch'essa in definitiva uno strumento per garantire che il *Bundestag* resti sempre imputabile delle decisioni che gli competono e non si liberi, in modi non consoni e addirittura vietati, delle sue prerogative. Entrambe le azioni, pertanto, proteggono in fondo il medesimo bene giuridico: le prerogative del *Bundestag* come luogo che è espressione della sovranità popolare e in cui si deve svolgere in maniera trasparente il processo decisionale.

Anche nel caso *OMT* questo duplice obiettivo, conseguito tramite il ricorso di singoli organi costituzionali, è considerato in parte ammissibile, seppur non vi sia un atto direttamente impugnabile, ma si agisca contro l'inazione del *continuum* maggioranza-Governo di fronte alle politiche della BCE<sup>112</sup>. E, infatti, il *BVerfG* considera ammissibili, per quanto poi infondati, i ricorsi nella misura in cui essi mirano a verificare la sussistenza di un obbligo di Governo e *Bundestag* ad opporsi all'ordinanza del 6 settembre 2012 della BCE<sup>113</sup>.

La frazione ricorrente, del resto, agisce in difesa dei poteri e degli obblighi del Parlamento nel suo complesso. È il *BVerfG* che sottolinea come questa funzione sia proprio alla base dello strumento che consente ad una minoranza parlamentare, anche se non ha i numeri per sollevare l'azione di costituzionalità, di agire al fine di scardinare l'indirizzo di maggioranza se questo finisce per ledere le prerogative dell'organo nel suo insieme o più semplicemente per dimidiare i diritti della frazione ricorrente<sup>114</sup>. E, infatti, citando l'art. 64 della legge che regola il processo davanti al Tribunale (*BVerfGG*), il *BVerfG* ribadisce che in generale lo *status* di parte nei giudizi per *Organstreit* è inteso sia come strumento di controllo del Parlamento sia come mezzo di difesa delle minoranze, collegandosi in questo senso all'art. 38 *Abs.* 1 S. 2. La frazione, dunque, specie se estranea al circuito fiduciario, rappresenta l'attore più immediato tramite il quale il Tribunale può intervenire a difesa del corretto funzionamento delle istituzioni della democrazia rappresentativa<sup>115</sup>.

---

<sup>112</sup> BVerfG 2 BvR 2728/13 del 21 giugno 2016, Rn. 105 ss.

<sup>113</sup> BVerfG 2 BvR 2728/13 del 21 giugno 2016, Rn. 113.

<sup>114</sup> BVerfG 2 BvR 2728/13 del 21 giugno 2016, Rn. 106.

<sup>115</sup> BVerfG 2 BvR 2728/13 del 21 giugno 2016, Rn. 106.

Anche qui, come accennato, si impongono però alcuni limiti, come già nella sentenza del marzo 2014<sup>116</sup>. Nello specifico, l'azione è ammissibile solo nella misura in cui si ritengono lese le prerogative del *Bundestag* ex art. 23 GG e si contesta, in questo senso, che l'inazione porti a uno svuotamento o ad una erosione dei suoi poteri e in particolare della sua responsabilità generale in materia di bilancio («haushaltspolitische Gesamtverantwortung»)<sup>117</sup>.

## 6. *Ultra-vires-Kontrolle e Identitätskontrolle nel confronto tra limiti formali e materiali all'integrazione europea*

Come accennato, la Legge fondamentale si caratterizza, storicamente, per un'apertura piuttosto convinta nei confronti del processo di integrazione sovranazionale e la giurisprudenza costituzionale in materia europea, per quanto sia rimasta sempre saldamente ancorata ad una dimensione nazionale che affonda le sue radici nei principi e nelle strutture che innervano lo stato costituzionale, ha comunque confermato tale impostazione, sia pur nel quadro teorico di una concezione ispirata ad una idea fondamentalmente dualista delle relazioni tra ordinamenti<sup>118</sup>. Si rinvengono certo fasi di maggiore sintonia ed empatia, per esempio quella avviata con la sentenza *Solange II*, e periodi di maggiore diffidenza, come quella apertasi, dopo la riunificazione, con *Maastricht*. Ma anche in questi frangenti la prospettiva di uno sviluppo progressivo del processo di integrazione europea non si è mai del tutto arrestata<sup>119</sup>.

Negli anni, tuttavia, l'armamentario del *Bundesverfassungsgericht* è andato arricchendosi di molti strumenti volti a vigilare sul processo di integrazione. Spesso vi erano associate «istruzioni per l'uso», non sempre del tutto perspicue, che indicavano i modi in cui avrebbe dovuto essere in pratica maneggiato quanto teorizzato in punto di diritto: ne sono un esempio i limiti di ammissibilità del ricorso diretto ex art.

<sup>116</sup> BVerfG 2 BvE 6/12 del 18 marzo 2014, Rn. 157.

<sup>117</sup> BVerfG 2 BvR 2728/13 del 21 giugno 2016, Rn. 110 ss.

<sup>118</sup> Ancora A. DI MARTINO, *The "Open Constitutional State": Germany's Response to International and European Legal Pluralism*, cit., pp. 109 ss.

<sup>119</sup> Da ultimo mette in guardia il BVerfG circa la necessità di rivedere il suo più recente modo di operare P. FARAGUNA, *Il Bundesverfassungsgericht e l'Unione europea, tra principio di apertura e controlimiti*, cit., spec. 463.

38 Abs. 1 GG, il concetto di *Europarechtsfreundlichkeit*, i margini di utilizzabilità del rinvio pregiudiziale. Pare dunque nel tempo essersi continuato a spostare pericolosamente “un po’ più a Ovest” il «confine istituzionale» che in questo ambito il *BVerfG* ha potuto toccare senza con ciò compromettere la sua stessa legittimazione<sup>120</sup>.

Si può però osservare un mutamento di tipo qualitativo occorso nel tempo. La giurisprudenza *Solange*, infatti, poggiava, in definitiva, su un’idea materiale di integrazione, avendo ad oggetto il livello di tutela garantito per i singoli *Grundrechte* nell’UE rispetto al *Grundgesetz*, per quanto avesse anche un’incidenza sul tema dei limiti ai poteri conferibili sulla base del parametro dell’art. 24 GG<sup>121</sup>. È però nello specifico a partire dal *Maastricht Urteil* che si sono cominciate ad affrontare tutta una serie di questioni di rilievo marcatamente istituzionale con maggiore precisione, collegando più direttamente l’integrazione alla clausola di eternità dell’art. 79 Abs. 3 GG attraverso il nuovo art. 23 GG<sup>122</sup>. Ciò è avvenuto sia verso l’esterno, con riferimento al rispetto del principio di attribuzione (controllo *ultra vires*), sia verso l’interno, con riferimento al controllo dell’identità costituzionale (*Identitätskontrolle*). Questi due strumenti di monitoraggio si sono andati progressivamente definendo nella giurisprudenza successiva, specie a partire dal *Lissabon Urteil* e, infine, nel più recente filone che ha ad oggetto i provvedimenti di contrasto alla crisi economica in Europa. Nel nuovo contesto, la dottrina *Solange* con riferimento ai *Grundrechte*, in quei

<sup>120</sup> In tal senso viene sostenuto, per esempio, come il *Lissabon Urteil* abbia rappresentato il «confine istituzionale» del *BVerfG* oltre il quale sarebbero state politicamente insostenibili sul piano della legittimazione le conseguenze di una sentenza che non avesse consentito l’entrata in vigore del Trattato: cfr. in merito C. MÖLLERS, *Legalität, Legitimität und Legitimation des Bundesverfassungsgerichts*, in M. JESTAEDT, O. LEPSIUS, C. MÖLLERS, C. SCHÖNBERGER (a cura di), *Das entgrenzte Gericht: eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht*, Berlin, 2011, p. 405. Si sofferma su come, nella giurisprudenza in materia europea e in particolare nelle modalità di utilizzo del controllo *ultra vires* e di identità, il *BVerfG* non sempre sia riuscito a rispettare i propri limiti S. SIMON, *Grenzen des Bundesverfassungsgerichts im europäischen Integrationsprozess*, cit., *passim*.

<sup>121</sup> Cfr. *amplius* nt. 134 e testo.

<sup>122</sup> Mette in luce come progressivamente, da *Maastricht* in poi, sovranità e statualità siano divenuti temi tra loro indissolubili e come dal problema dei limiti sostanziali all’integrazione sulla base dei diritti si è passati al tema dei confini dell’integrazione letti attraverso l’art. 79 Abs. 3 C. MÖLLERS, *Der vermisste Leviathan. Staatstheorie in der Bundesrepublik*, cit., pp. 72 ss. Sul passaggio dalla tutela dei diritti alla difesa del principio democratico cfr. anche S. SIMON, *Grenzen des Bundesverfassungsgerichts im europäischen Integrationsprozess*, cit., spec. pp. 62 ss.

termini, sembra quindi aver assunto una funzione residuale<sup>123</sup>. Piuttosto «si è, da un lato, soggettivizzata la verifica del rispetto del principio democratico e, dall'altro, si è oggettivata la tutela dei diritti fondamentali»<sup>124</sup>. Da questo punto di vista, posto che il controllo *ultra vires* è strumento di tutela del principio democratico soggettivizzato, in materia di diritti si può osservare come il controllo di identità (l'*Identitätskontrolle*) si erga a baluardo dei *Grundrechte* intesi, singolarmente, come ambiti oggettivi che definiscono l'identità costituzionale tedesca. Tutto ciò solleva qualche dubbio sulla persistenza di quell'armonia instauratasi con *Solange II*<sup>125</sup>. E non è un caso, allora, se è stata avanzata la suggestione, anche alla luce di una sentenza molto significativa in materia di mandato di arresto europeo<sup>126</sup>, che si sia ormai avviata una nuova fase denominata *Solange III*<sup>127</sup>. In merito, in-

<sup>123</sup> Così P. M. HUBER, *Bewahrung und Veränderung rechtsstaatlicher und demokratischer Verfassungsstrukturen in den internationalen Gemeinschaften – 50 Jahre nach*, cit., pp. 132-133 che parla di una «residuelle Kompetenz in Rahmen der Solange Doktrin» del *BVerfG* che deve coordinarsi con la Carta di Nizza e con gli ambiti di competenza dell'UE e, a tal proposito, fa riferimento alla decisione sull'*Anti-Terror-Datenschutzgesetz* *BVerfG* 1 BvR 1215/07 del 24 aprile 2013 (Rn. 88-91) dove la competenza a controllare il rispetto dei diritti fondamentali a livello statale si riepande. In questa decisione, secondo il Tribunale, la dichiarazione di incostituzionalità non va letta come un controllo *ultra vires* o di identità in quanto l'ambito interessato dalla legge oggetto del procedimento non era da considerarsi come diretta applicazione di diritto europeo. Vi si legge infatti: «As part of a cooperative relationship between the Federal Constitutional Court and the European Court of Justice (cf. *BVerfGE* 126, 286 <307>), this decision must not be read in a way that would view it as an apparent *ultra vires* act or as if it endangered the protection and enforcement of the fundamental rights in the Member States (Art. 23 sec. 1 sentence 1 GG) in a way that questioned the identity of the Basic Law's constitutional order (cfr. *BVerfGE* 89, 155 <188>; 123, 267 <353 and 354>; 125, 260 <324>; 126, 286 <302 et seq.>; 129, 78 <100>)» (Rn. 91). La questione è in realtà piuttosto controversa e questa decisione del *BVerfG* ha aperto un vivace dibattito; sul punto cfr. almeno F. FONTANELLI, *Hic Sunt Nationes: The Elusive Limits of the EU Charter and the German Constitutional Watchdog: Court of Justice of the European Union: Judgment of 26 February 2013, Case C-617/10 Åklagaren v. Hans Åkerberg Fransson*, in *European Constitutional Law Review*, n. 2/2013, pp. 315 ss.

<sup>124</sup> C. MÖLLERS, *Legalität, Legitimität und Legitimation des Bundesverfassungsgerichts*, cit., p. 404.

<sup>125</sup> S. HOBE, *Abkehr von Solange? – Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zur Vorratsdatenspeicherung und zu Honeywell*, in M. SACHS, H. SIEKMANN (a cura di), *Der grundrechtsgeprägte Verfassungsstaat*, Berlin, 2012, pp. 745 ss.

<sup>126</sup> *BVerfG* 2 BvR 2735/14 del 15 dicembre 2015.

<sup>127</sup> Emblematica sarebbe proprio la recente sentenza sul mandato di arresto europeo del dicembre 2015, su cui tra i molti commenti cfr. A. ZEI, *Solange III? L'Identitätskontrolle del Tribunale costituzionale federale sulle norme di diritto europeo – Cronache costituzionali dall'estero*, in *Nomos*, n. 1/2016, pp. 11-14; P. FARAGUNA, *Solange III? Il BVerfG colpisce ancora*, cit., pp. 123 ss.; ma anche M. HONG, *Human Dignity and Constitutional Identity:*

fine, vi è stato anche chi ha denunciato una progressiva «standardizzazione» dei tre diversi canali di controllo, sollevando dubbi, di fatto, sulla reale possibilità di distinguere concretamente la qualità dei diversi procedimenti<sup>128</sup>.

I termini del dibattito sono dunque più volte mutati<sup>129</sup> e, come era accaduto per la “Costituzione economica” e la “Costituzione finanziaria”, anche in ambito europeo si è infine posto in essere un “ponte” volto a ridimensionare la dimensione materiale dell’integrazione tramite un confronto tra *standard* di tutela tra cataloghi di *Grundrechte*, preferendo piuttosto la difesa di un assetto istituzionale, di stampo ovviamente di per sé oggettivo, a presidio del principio democratico e dell’identità costituzionale tedesca. La nuova interpretazione dell’art. 38 *Abs. 1 GG*, che apriva al ricorso diretto, era lo strumento ideale per agevolare questo passaggio<sup>130</sup>.

Se il controllo in materia di *Grundrechte* appare residuale, o comunque in buona parte ottenibile in forme equivalenti attraverso il controllo di identità, oggi sembra allora sempre più pressante stabilire in concreto il rapporto tra controllo *ultra vires* e controllo di identità per individuare i limiti del processo di integrazione europea. La questione si intreccia, naturalmente, con il problema del riconoscimento del primato del diritto europeo. Il *BVerfG*, sollecitato dalla Corte di Giustizia che nella sentenza *Gauweiler* aveva ribadito l’obbligo della Corte rimettente di attenersi al principio di diritto enunciato all’esito del processo di rinvio pregiudiziale, introduce in merito alcuni ele-

---

*The Solange-III-Decision of the German Constitutional Court*, in *verfassungsblog.de*, 2016 e E. U. GAVILÁN, *Solange III? The German Federal Constitutional Court Strikes Again*, in *European Papers*, n. 1/2016, pp. 367-368. Più critico verso il ricorso a questa locuzione J. NOWAG, *EU Law, Constitutional Identity, and Human Dignity: A Toxic Mix?*, in *CML Rev.*, n. 5/2016, pp. 1441 ss., afferma: «If one were to formulate a *Solange* message from this judgment, it would be rather as follows: as long as this German constitution exists, the *BVerfG* will perform this kind of constitutional identity and thereby human dignity review» (p. 1448).

<sup>128</sup> H.-G. DEDERER, *Die Grenzen des Vorrangs des Unionsrechts – Zur Vereinheitlichung von Grundrechts-, Ultra-vires- und Identitätskontrolle*, in *JZ*, n. 7/2014, pp. 313 ss.

<sup>129</sup> Lo mette in luce P. M. HUBER, *Bewahrung und Veränderung rechtsstaatlicher und demokratischer Verfassungsstrukturen in den internationalen Gemeinschaften – 50 Jahre nach*, cit., pp. 124 ss., suddividendo la storia di questa giurisprudenza in tre fasi (da *Solange I* a *Maastricht*, da *Maastricht* fino al 2010, dal 2010 ad oggi). Ma in merito cfr. anche P. M. HUBER, *Verfassungsstaat und Finanzkrise*, cit., pp. 10 ss.

<sup>130</sup> P. M. HUBER, *Bewahrung und Veränderung rechtsstaatlicher und demokratischer Verfassungsstrukturen in den internationalen Gemeinschaften – 50 Jahre nach*, cit., p. 126.

menti di problematizzazione. Del resto, nel rinvio pregiudiziale del gennaio 2014 (*OMT I*), il Tribunale costituzionale aveva più volte lasciato intendere che, se non si fossero precisati nella direzione indicata i margini di utilizzabilità delle *OMT* e, nonostante ciò, la Corte di Giustizia avesse avallato la competenza della BCE, vi sarebbero potute essere conseguenze sul piano giuridico, in quanto le *OMT*, così come delineate, erano da considerarsi non solo *ultra vires*, ma anche un potenziale pericolo per l'identità costituzionale tedesca. Nella sentenza del 21 giugno 2016 il Tribunale è dunque tornato sul punto: in primo luogo precisando i margini in cui si sente vincolato a una decisione della CGUE, per poi distinguere, alla luce delle molte critiche ricevute, controllo *ultra vires* e controllo di identità, la loro natura, i margini di ammissibilità dei ricorsi, le condizioni di utilizzabilità degli strumenti e la loro funzione.

In proposito, si è affermato come il controllo *ultra vires* e il controllo di identità svolgano funzioni complementari. Il controllo *ultra vires*, infatti, va letto alla luce di un ben definito programma di integrazione (*Integrationsprogramm*) che è al contempo limite e legittimazione delle politiche dell'UE, rappresentando il confine oltre il quale il processo di integrazione e di attribuzione di competenze a livello sovranazionale è precluso ai sensi dell'art. 23 GG. La vigilanza su questo profilo è compito del *BVerfG* a presidio del principio democratico e in difesa dello stato di diritto, pur ammettendosi una certa tolleranza in caso di errore<sup>131</sup>. Ciò vale anche, concetto già espresso in altre sentenze e ribadito da ultimo nella sentenza *OMT II*, nel caso in cui a legittimare una politica dell'UE sia una sentenza della CGUE, che non può arrivare sino ad avallare comportamenti arbitrari<sup>132</sup>. Se una sentenza della CGUE si spinge a dare un'interpretazione tale da conferire diritti di sovranità mai delegati, gli Stati non devono considerarsi

<sup>131</sup> P. M. HUBER, *Verfassungsstaat und Finanzkrise*, cit., pp. 14 ss. in particolare con riferimento al caso *Mangold/Honeywell*. Sui due controlli cfr. ora anche S. SIMON, *Grenzen des Bundesverfassungsgerichts im europäischen Integrationsprozess*, cit., pp. 89 ss. e, più in particolare per una riflessione sui loro limiti, pp. 96 ss. e pp. 213 ss.

<sup>132</sup> P. M. HUBER, *Verfassungsstaat und Finanzkrise*, cit., p. 16. *BVerfG* 2 BvR 2728/13 del 21 giugno 2016, Rn. 158 ss., spec. 162 ss. Da ultimo, sui limiti dell'interpretazione da parte della Corte di Giustizia come strumento di espansione dei poteri dell'UE, cfr. anche D. GRIMM, *Europe's Legitimacy Problem and the Courts*, in D. CHALMERS, M. JACHTENFUCHS, C. JOERGES (a cura di), *The End of the Eurocrats's Dream. Adjusting to European Diversity*, cit., spec. pp. 248 ss. che conferma come l'atteggiamento del Tribunale tedesco «basically [...] is a resistance against the erosion of democracy» (p. 255).

ad essa vincolati. Ciò investe con forza i termini del primato del diritto dell'Unione europea, introducendo degli elementi di potenziale incertezza che non a caso hanno portato alcuni a sostenere che l'epoca del *constitutional pluralism* sarebbe da considerarsi finita e che chi pone in essere un comportamento di questo tipo, essendo in aperta violazione dei Trattati, dovrebbe piuttosto lasciare l'Unione europea<sup>133</sup>.

Diversa, invece, la funzione dell'*Identitätskontrolle*. Se il controllo *ultra vires* si costruisce sulla base dell'art. 23 *Abs.* 1 *S.* 2, il controllo di identità rinvia all'art. 23 *Abs.* 1 *S.* 3 in combinato disposto direttamente con la clausola di eternità dell'art. 79 *Abs.* 3 cui sono sottesi i principi di cui agli artt. 1 e 20 *GG*. La difesa dell'identità costituzionale si collega così a quel filone giurisprudenziale che, a partire da *Solange I*, cercava di delinearne i limiti dell'integrazione, poi riemerso in *Solange II* in modo «noch kategorischer» e solo in seguito codificato all'art. 23 *Abs.* 1 con il richiamo alla clausola di eternità<sup>134</sup>. La sentenza *OMT II* sviluppa, in tal modo, un lungo ragionamento che culmina nei paragrafi 153 e seguenti. I due controlli sono qui descritti come strumenti che, strutturalmente diversi, coesistono in modo autonomo e simultaneo. Tuttavia, individuare il nucleo ultimo della distinzione non è affatto banale in quanto l'esercizio di competenze (*rectius* dei diritti di sovranità) non attribuite in modo sufficientemente qualificato da parte delle istituzioni dell'UE va a ledere anche l'identità costituzionale.

In questo senso, si deduce che i due controlli hanno entrambi come funzione teleologica quella di garantire il rispetto pieno dell'art. 79 *Abs.* 3 *GG*, vigilando sui modi in cui l'UE esercita i suoi poteri. Il controllo *ultra vires*, però, consiste in un vaglio di tipo procedurale o tecnico, ovvero di tipo non sostanziale. Ciò posto, esso verte primariamente sul modo in cui vengono esercitati i diritti di sovranità da

<sup>133</sup> Così R. D. KELEMEN, *On the Unsustainability of Constitutional Pluralism. European Supremacy and the Survival of the Eurozone*, cit., pp. 136 ss.

<sup>134</sup> Così P. M. HUBER, *Verfassungsstaat und Finanzkrise*, cit., pp. 17-18. In merito cfr. poi S. SIMON, *Grenzen des Bundesverfassungsgerichts im europäischen Integrationsprozess*, cit., spec. pp. 46 ss., dove l'A. si sofferma sul rilievo dell'art. 23 *GG*, la sua portata innovativa rispetto all'art. 24 *GG* e il rapporto tra queste due norme, sostenendo come la nuova disciplina, per quanto codificasse la giurisprudenza *Solange*, andasse anche oltre il precedente quadro, in particolare tramite l'espressa introduzione di uno *Staatsziel* alla partecipazione al processo di integrazione europea, non essendo più a quel punto in discussione il "se" ma il "come" di questo processo; e pp. 54 ss. dove viene approfondita la giurisprudenza del *BVerfG* nel suo sviluppo storico (in particolare su *Solange II* pp. 60 ss.).



parte degli organi, istituzioni e altri uffici («Organen, Einrichtungen und sonstigen Stellen») dell'UE, focalizzandosi sulla misura in cui questo esercizio sia stato correttamente autorizzato ai sensi del *Grundgesetz* secondo le procedure e nei limiti previsti dall'art. 23 *GG*. E tuttavia, in ragione del fatto che solo le competenze che sono nei limiti della clausola di eternità possono essere attribuite all'UE e che solo i poteri effettivamente delegati possono essere esercitati, tutto ciò che va a premere su poteri non delegabili o non delegati lede il principio democratico e va di fatto potenzialmente a confluire in una lesione dell'identità. Il controllo di identità in sé, però, a differenza dell'*Ultra-vires-Kontrolle*, si atteggia come un esame «in senso materiale» in cui si valuta il rispetto, nell'esercizio di qualsiasi potere, dei limiti insuperabili tratteggiati agli artt. 1 e 20 *GG* e che di fatto riespande anche la dimensione soggettiva della tutela, in quanto l'eventuale lesione del singolo diritto individuale può spingersi sino a incidere su un parametro oggettivo come la identità costituzionale.

Nel maneggiare i controlli con una certa tolleranza nell'errore e con un atteggiamento di sostanziale apertura (*europarechtfreundlich*), una loro eventuale applicazione porterebbe all'inutilizzabilità sul territorio tedesco dell'atto o del provvedimento oggetto della decisione, non all'uscita dall'UE della Germania<sup>135</sup>. Ciò consente al *BVerfG*, sul piano interno, di conservare un monopolio nell'utilizzabilità di questi due controlli<sup>136</sup> e gli permette di accreditarsi sul piano europeo come un interlocutore privilegiato. Il Tribunale tratteggia, infatti, un potere tutt'altro che pacifico, conquistando però un campo di manovra da cui poter controllare, come da un altipiano, tutte le azioni poste in essere a valle dagli altri attori<sup>137</sup>. L'equilibrio, invero instabile, che ne deriva sembra, almeno in parte, rispondere ai canoni concettuali, legati al conflitto sulla sovranità nel contesto federale, della controversa teoria della *nullification* che divise gli Stati Uniti nell'Ottocento prima della Guerra di Secessione e su cui si è recentemente focalizzata di nuovo l'attenzione della dottrina<sup>138</sup>.

<sup>135</sup> *BVerfG* 2 BvR 2728/13 del 21 giugno 2016, Rn. 155.

<sup>136</sup> Cfr. in merito A. VOBKUHLE, *Multilevel Cooperation of the European Constitutional Courts: Der Europäische Verfassungsgerichtsverbund*, cit., p. 196.

<sup>137</sup> Sulle ragioni teoriche per cui si ricorre alla tecnica della disapplicazione cfr. A. DI MARTINO, *Il territorio: dallo stato-nazione alla globalizzazione. Sfide e prospettive dello stato costituzionale aperto*, cit., pp. 460 ss.

<sup>138</sup> Come noto, la teoria della *nullification*, di cui uno dei principali teorici fu Calhoun,

Alla luce di quanto riferito, non stupisce che preoccupazione specifica dei giudici di Karlsruhe sia dimostrare che la natura di questo strumento, sia pur intrinsecamente conflittuale, venga percepita come compatibile, oltre che con il preambolo e l'art. 23 GG, anche con il principio di leale cooperazione sancito nei trattati<sup>139</sup>. Tale aspirazione viene in definitiva fatta poggiare sulla circostanza per cui i provvedimenti dei vari attori istituzionali dell'UE che esorbitano dal c.d. *Integrationsprogramm* e che sono qualificabili come atti *ultra vires* non godono come tali dello *status* e del primato (l'«Anwendungsvorrang») del diritto dell'UE<sup>140</sup>. Anzi, è proprio in ragione di ciò che emerge la responsabilità per l'integrazione degli organi costituzionali tedeschi che non devono in alcun modo rendere effettivi quei provvedimenti.

---

consiste nel fatto che «a state may legally and constitutionally judge that any federal act – law, regulation, judicial decision, executive action, or treaty – is unconstitutional, and moreover that this state may act on that judgment by forcibly blocking the implementation of that federal measure within the state's boundaries», considerando che «for a state to declare that it considers an act unconstitutional is not by itself nullification; nullification begins when the federal act is blocked in practice»: così J. H. READ, N. ALLEN, *Living, Dead, and Undead: Nullification Past and Present*, in S. LEVINSON (a cura di), *Nullification and Secession in Modern Constitutional Thought*, Lawrence, 2016, p. 101. Nel libro citato curato da Levinson, oltre al lavoro di Read e Allen, cfr. anche, in particolare, i saggi di Gienapp, per una prospettiva storica e intellettuale, Hirschl, per una comparazione in cui, tra altri esempi, si fa riferimento anche al contesto europeo e proprio alla giurisprudenza del Tribunale costituzionale tedesco (pp. 264 ss.) a proposito della quale si dice che la Corte di Karlsruhe avrebbe elaborato una «German-style nullification *in potentia*» (p. 268), e Young, per un caso di studio in cui, pur in modo non del tutto omogeneo, pare essere stata applicata la teoria negli Stati Uniti.

Sulla crisi della *nullification* culminata all'inizio degli anni Trenta dell'Ottocento nel Sud Carolina, cfr. di recente A. BURATTI, *Andrew Jackson e le trasformazioni della Costituzione americana*, in *Dir. pubbl.*, n. 3/2013, pp. 1051 ss., spec. pp. 1071 ss. In una prospettiva volta a valorizzare e riaffermare i diritti degli Stati al fine di arrestare e invertire il processo di espansione dei poteri esercitati dalla Federazione ben al di là di quelli delegati originariamente con la Costituzione, sulla *nullification* e la teoria di Calhoun, cfr. poi J. J. KILPATRICK, *The Sovereign States. Notes of a Citizen of Virginia*, Chicago, 1957, spec. pp. 174 ss. e pp. 186 ss.

<sup>139</sup> Il riferimento è all'art. 4 III TUE; BVerfG 2 BvR 2728/13 del 21 giugno 2016, spec. Rn. 140 ss.; ma già sul punto in BVerfG 2 BvR 2735/14 del 15 dicembre 2015, Rn. 44.

<sup>140</sup> BVerfG 2 BvR 2728/13 del 21 giugno 2016, Rn. 162.

## 7. La responsabilità per l'integrazione come obbligo di protezione e i doveri di vigilanza sull'*Integrationsprogramm*

Il Tribunale, chiarite, sia pur con le ambiguità rilevate, le diversità, le sovrapposizioni e le sinergie tra il controllo *ultra vires* e il controllo di identità, torna su un tema decisivo che, egualmente, necessitava di un più chiaro inquadramento dogmatico. Dopo aver specificato, infatti, le condizioni di ammissibilità e gli spazi di azione rimessi alla società civile, e una volta messa in luce la dirimente centralità dell'art. 38 *Abs.* 1 *GG* che si erge, indirettamente, a tutela della dignità umana e a garanzia della democrazia rappresentativa, il richiamo alla responsabilità per l'integrazione rappresenta senza dubbio un passaggio necessario per specificare qual è il ruolo cui sono consacrati gli organi costituzionali tedeschi nel vigilare sul corretto esercizio dei diritti di sovranità da parte degli attori istituzionali europei.

Nel merito, alla base dei casi che sono stati esaminati dal *BVerfG* in questi ultimi anni, vi è, come detto, l'idea che la difesa del principio democratico e delle prerogative del cittadino elettore sia assoluta precondizione per l'esercizio dei poteri degli organi costituzionali tedeschi. In proposito, la competenza in materia di bilancio ha rappresentato il principale campo di emersione pratica del problema, collegandosi direttamente con la necessità di garantire un principio che da qualche anno ormai, dopo una lunga incubazione da parte di filosofi e da parte della dottrina, appare essersi imposto come un vero e proprio strumento giuridico capace di orientare il sindacato giurisdizionale: la responsabilità<sup>141</sup> (cfr. *infra* § 8). *Bundestag* e Governo, infatti, in materia di bilancio devono essere sempre imputabili (o responsabili) delle scelte poste in essere e a tal fine i poteri devono essere esercitati in modo trasparente.

Sul punto rileva l'*Integrationsverantwortung* che obbliga gli organi costituzionali tedeschi a opporsi sia all'esercizio di atti *ultra vires* sia nei casi in cui un atto dell'UE leda l'identità costituzionale tedesca<sup>142</sup>. E ciò emergeva già in modo piuttosto chiaro dalle ragioni che hanno portato il Tribunale, in questi anni, a considerare ammissibili le tante azioni che si sono succedute. Nella vicenda *OMT*, in cui ad essere oggetto dei ricorsi è un'omissione, tuttavia, il rilievo teorico e la dimen-

<sup>141</sup> P. M. HUBER, *Verfassungsstaat und Finanzkrise*, cit., pp. 20 ss.

<sup>142</sup> *BVerfG* 2 *BvR* 2728/13 del 21 giugno 2016, Rn. 163.

sione giuridica del dovere si definisce in modo ancora più netto<sup>143</sup>. L'obbligo, una vera e propria *Pflicht*<sup>144</sup>, implica il riconoscimento contestuale di una certa discrezionalità politica da parte degli organi costituzionali. E da esso scaturiscono non solo il compito di vigilare al momento del trasferimento dei diritti di sovranità, ma anche di cooperare attivamente e in modo continuativo (*Mitwirkung*), come l'art. 23 *GG* più volte ribadisce, al fine di garantire una piena realizzazione del programma per l'integrazione nel rispetto dei suoi limiti.

È qui che si rinviene nuovamente un alto contenuto dogmatico della decisione. L'*Integrationsverantwortung*, infatti, come già emergeva dalla sentenza *Lissabon*, esprime una chiara contraddizione che rende il concetto complesso, ma che non consente di affrettare conclusioni circa la sua natura. La responsabilità per l'integrazione, del resto, implica certo una serie di obblighi per l'osservanza dell'*Integrationsprogramm*, tra cui il riconoscimento del primato al diritto eurounitario. Tale condizione è realizzabile però solo se gli organi costituzionali non abdicano ai loro doveri di vigilanza (*Beobachtungspflichten*)<sup>145</sup>. È in questo senso che, la responsabilità per l'integrazione, che senza dubbio è impulso di una Europa sempre più unita, rappresentando peraltro l'art. 23 *GG* uno *Staatsziel* (obiettivo dello stato)<sup>146</sup>, ne costituisce anche il limite, in quanto gli organi costituzionali sono chiamati a proteggere quelle posizioni giuridiche (*Rechtspositionen*) che sono poste come precondizioni per operare delle limitazioni di sovranità<sup>147</sup>.

L'*Integrationsverantwortung* genera dunque in capo agli organi costituzionali una situazione giuridica non dissimile da un obbligo di protezione (*Schutzpflicht*), afferma il *BVerfG*. La teoria delle *Schutzpflichten* è piuttosto controversa e mette in collegamento tra loro alcuni dei dibattiti più fecondi che hanno interessato la natura dei diritti

<sup>143</sup> Sul tema delle omissioni e sull'ammissibilità dei ricorsi contro di esse si sofferma brevemente di recente, proprio con riferimento al caso *OMT*, E. DENNINGER, *L'identità costituzionale tedesca e l'Unione europea: riflessioni a partire dalla pronuncia sulle OMT*, cit., spec. p. 265.

<sup>144</sup> *BVerfG* 2 *BvR* 2728/13 del 21 giugno 2016, Rn. 163.

<sup>145</sup> *BVerfG* 2 *BvR* 2728/13 del 21 giugno 2016, Rn. 165.

<sup>146</sup> Rifletteva su identità e integrazione come «Grenzbegriffe» e sull'integrazione come «Aufgabe und Funktion der Verfassung» S. KORIOTH, *Europäische und nationale Identität: Integration durch Verfassungsrecht?*, in *VVDStRL*, 2003, pp. 117 ss.

<sup>147</sup> Cfr. per tutti A. VOBKUHLE, *Multilevel cooperation of the European Constitutional Courts: Der Europäische Verfassungsgerichtsverbund*, cit., pp. 188-189.

fondamentali come la teoria della multidimensionalità, la *Wertordnung*, la *Drittwirkung*, la tecnica e il ruolo dello Stato di fronte ai diritti di libertà e le differenze con i diritti di prestazione<sup>148</sup>. Una prima tematizzazione si rinviene in un celebre lavoro di Isensee che qualificava il diritto alla sicurezza come la principale chiave di legittimazione di un'attività dello Stato che avrebbe anche potuto finire per incidere, limitandola, sulla dimensione soggettiva dei singoli diritti, ma che al contempo era preconditione di una loro reale effettività<sup>149</sup>. Si sarebbe così progressivamente, e non sempre pacificamente, isolata e delineata una componente oggettiva dei *Grundrechte*, rimessa all'azione del legislatore, come preconditione per un pieno godimento della dimensione difensiva dei diritti, cui non necessariamente, peraltro, fa da *pendant* una piena azionabilità davanti ai giudici<sup>150</sup>.

<sup>148</sup> In merito, cfr. almeno J. DIETLEIN, *Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten*, Berlin, 2005, pp. 15 ss.; H. D. JARASS, *Die Grundrechte: Abwehrrechte und objektive Grundsatznormen. Objektive Grundrechtsgehalte, inbes. Schutzpflichten und privatrechtsgestaltende Wirkung*, in P. BADURA, H. DREIER (a cura di), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Band II*, Tübingen, 2001, pp. 35 ss. Più di recente, G. HORNUNG, *Grundrechtsinnovationen*, Tübingen, 2015, *passim* e, in collegamento con il tema della *Drittwirkung*, M. HAILBRONNER, *Traditions and Transformations. The Rise of German Constitutionalism*, cit., pp. 105 ss. Cfr. anche A. VOBKUHLE, *Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung*, in *VVDStRL*, 2003, pp. 266 ss. e, per una sistematizzazione, R. ALEXU, *Teoria dei diritti fondamentali* (1985-1994), Bologna, 2012, pp. 481 ss.

<sup>149</sup> J. ISENSEE, *Das Grundrecht auf Sicherheit. Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates*, Berlin-New York, 1983, spec. pp. 21 ss.; sul diritto di agire in giudizio, pp. 49-50. Dello stesso autore cfr. *Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht*, in J. ISENSEE, P. KIRCHHOF (a cura di), *Handbuch des Staatsrechts, Band V, Allgemeine Grundrechtslehre*, Heidelberg, 1992, pp. 143 ss.

<sup>150</sup> J. DIETLEIN, *Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten*, cit., pp. 51 ss. e pp. 133 ss.; A. DI MARTINO, *La doppia dimensione dei diritti fondamentali. Relazione per il Congresso dell'Associazione Gruppo di Pisa Cassino, 10-11 giugno 2016 (versione provvisoria)*, disponibile al sito [www.gruppodipisa.it](http://www.gruppodipisa.it), 2016, spec. pp. 10 ss.; sulla controversa possibilità per le corti di pronunciarsi sulle *Schutzpflichten* e sulla loro natura, ovvero se all'obbligo di natura oggettiva che incombe sul legislatore corrisponda una pretesa azionabile soggettivamente, cfr. J. ISENSEE, *Das Grundrecht auf Sicherheit. Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates*, cit., pp. 49 ss. e R. ALEXU, *Teoria dei diritti fondamentali* (1985-1994), cit., pp. 482 ss. Di recente, sulla configurazione di un diritto all'*Existenzminimum*, la dimensione soggettiva e l'obbligo di garanzia che deriva da questo *Grundrecht* (definito appunto un "*Gewährleistungsrecht*") e i suoi collegamenti tra la teoria delle *Schutzpflichten* e la dogmatica dei diritti di prestazione cfr. T. MAYEN, *Das Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums*, in M. SACHS, H. SIEKMANN (a cura di), *Der Grundrechtsgeprägte Verfassungsstaat*, Berlin, 2012, pp. 1451 ss.; ma anche G. HORNUNG, *Grundrechtsinnovationen*, cit., pp. 288 ss., spec. pp. 290 ss. e, con riferimento alla giurisprudenza successiva, A. SANDERS, D. PREISNER, *Begründungspflicht des Gesetzgebers und*

Il *BVerfG*, dopo aver stabilito le condizioni di ammissibilità dei ricorsi, precisa però che in questo caso l'omissione di *Bundestag* e Governo è sanzionabile perché al dovere di agire da parte degli attori istituzionali, nella sua dimensione soggettiva, corrisponde un "*Grundrecht auf Demokratie*". Si prospetta così un obbligo di protezione che, come dimensione istituzionale di un "*Recht auf Demokratie*"<sup>151</sup>, finisce per dare forma, nella sua dimensione soggettiva, ad un vero e proprio *Anspruch* (una pretesa)<sup>152</sup> anche dei singoli elettori in difesa delle competenze di *Bundestag* e Governo. Nella decisione *OMT II*, del resto, il Tribunale si sofferma sul punto, delineando, da un lato, i termini dell'obbligo di reazione (*Reaktionspflicht*) che incombe sugli attori istituzionali e, dall'altro, la pretesa soggettiva in capo ai titolari del *Grundrecht* potenzialmente violato. Da ciò si deduce che, quasi come nel diritto penale, non impedire un fatto che si ha l'obbligo giuridico di evitare equivale a cagionarlo<sup>153</sup>.

La complessa natura del diritto in questione, e la sua doppia dimensione soggettiva-oggettiva, si riverbera sulle difficoltà dogmatiche che il *BVerfG* incontra e che infatti porta il Tribunale ad esplicitare che solitamente («in der Regel») non è possibile dedurre «konkreten Handlungsanweisungen» (concrete istruzioni) per gli organi costituzionali<sup>154</sup>. Ma il *BVerfG*, in questo senso, chiarisce che sono gli stessi organi costituzionali competenti che stabiliscono, assumendosene la responsabilità, come agire e come adempiere i loro obblighi di protezione che derivano dal riconoscimento costituzionale di un certo diritto e dalla necessità che questo sia effettivamente esercitabile dai cittadini.

Del resto, gli obblighi di protezione, specifica il Tribunale, sorgono non solo quando i poteri pubblici sono chiamati a risolvere un conflitto tra due o più pretese individuali in contrasto, ma anche nel campo della politica estera e nella politica di difesa dove la verifica da compiere concerne l'idoneità delle azioni poste in essere nel garantire che i

*Sachverhaltsaufklärung im Verfassungsprozess*, in *DÖV*, n. 18/2015, pp. 761 ss.

<sup>151</sup> *BVerfG* 2 BvR 2728/13 del 21 giugno 2016, Rn. 166.

<sup>152</sup> *BVerfG* 2 BvR 2728/13 del 21 giugno 2016, Rn. 167.

<sup>153</sup> Apparentemente secondo il corollario, proprio della fattispecie penalistica del reato omissivo, per cui «la doverosità converte l'inerzia in omissione» e pertanto, eccezionalmente, non solo l'azione ma anche una particolare forma di inazione, ovvero il «non compiere l'azione possibile, che il soggetto ha il dovere giuridico di compiere», implica una responsabilità penale: così F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2001, pp. 135 ss., per le citazioni p. 137.

<sup>154</sup> *BVerfG* 2 BvR 2728/13 del 21 giugno 2016, Rn. 168 ss.

diritti dei cittadini siano effettivamente tutelati in maniera adeguata. Una lesione di questo specifico obbligo, afferma il *BVerfG*, si verifica per esempio se non viene apprestata alcuna misura preventiva di protezione (*Schutzvorkehrung*) oppure se le misure apprestate sono in maniera considerevole e sproporzionata inadeguate a garantire il raggiungimento dell'obiettivo per cui sono poste in essere<sup>155</sup>. Tutto ciò vale anche per la dimensione istituzionale del diritto alla democrazia in difesa della sovranità popolare<sup>156</sup>.

È solo a questo punto che si definisce ancor più nitidamente la natura del diritto al ricorso individuale dei singoli, nella sua combinazione con i procedimenti per *Organstreit*. In un articolato paragrafo, il *BVerfG* mette, infatti, in luce come spetti in primo luogo al Governo sollevare una rimostranza davanti alla CGUE (art. 263 TFUE), contestare nei luoghi opportuni i provvedimenti controversi o esercitare diritti di veto, tanto che viene richiamato financo il compromesso di Lussemburgo, *amarcord* di un'Europa molto meno integrata di quella attuale ed elettivamente plasmata sul paradigma funzionalista<sup>157</sup>. Altri spazi di resistenza incombono anche sul *Bundestag*, naturalmente, che deve esercitare i suoi specifici poteri di controllo, per esempio ponendo in essere un'azione politica che incida sul rapporto fiduciario del Governo, che può spingersi sino al voto di sfiducia costruttiva; oppure azionando il procedimento per il rispetto del principio di sussidiarietà (art. 23 *Abs.* 1a *GG*); o infine, provvedendo all'istituzione di specifiche commissioni di inchiesta (art. 44 *GG*).

I ricorsi individuali, pertanto, operando congiuntamente a quelle minoranze che non sono in grado di azionare quei rimedi per i quali sono necessari specifici *quorum*, si pongono come rimedio sussidiario

<sup>155</sup> *BVerfG* 2 BvR 2728/13 del 21 giugno 2016, Rn. 169.

<sup>156</sup> *BVerfG* 2 BvR 2728/13 del 21 giugno 2016, Rn. 170. L'*Integrationsverantwortung* è il concetto giuridico che racchiude i termini di questa obbligazione. In merito, il Tribunale chiarisce che, se si resta nei limiti dei poteri delegabili ai sensi dell'art. 79 *Abs.* 3, gli organi costituzionali preposti possono ben legittimare un nuovo trasferimento di diritti di sovranità al livello europeo tramite una riforma del diritto primario, ma, se ciò non è voluto o non è possibile, su di essi incombe un obbligo costituzionale di vigilare e di opporsi fino al punto di non prendere parte alla politica posta in essere a livello europeo che contrasti con questa obbligazione: solo in questo modo sono da considerarsi assolti gli obblighi di garanzia che discendono dall'*Integrationsprogramm*.

<sup>157</sup> Sui paradigmi volti a definire la natura dell'UE, cfr. per tutti P. RIDOLA, *Il principio democratico tra stati nazionali e Unione europea*, cit., pp. 314 ss.; *BVerfG* 2 BvR 2728/13 del 21 giugno 2016, Rn. 171.

all'inazione o all'azione inadeguata degli organi costituzionali preposti in via prioritaria alla difesa delle prerogative nazionali e al contempo alla promozione delle politiche di integrazione. L'intreccio tra concezione della democrazia rappresentativa, responsabilità per l'integrazione e “*Integrationsverfassungsbeschwerde*”, il cui obiettivo è proteggere la capacità decisionale del Parlamento nel suo insieme, si fa ormai chiaro<sup>158</sup>. Del resto, secondo i giudici di Karlsruhe, la responsabilità per l'integrazione deve essere fatta valere preferibilmente attraverso il *Plenum*, perché è in quel consesso che è rappresentato l'intero popolo tedesco immerso nella *Öffentlichkeit*<sup>159</sup>.

## 8. Considerazioni conclusive: la difesa della democrazia rappresentativa in Europa e in Germania come espressione del principio di responsabilità

La riflessione che suscita l'arsenale dogmatico che, sia pur in continua evoluzione, è stato elaborato in questi anni dal *Bundesverfassungsgericht* porta ad interrogarsi sulle difficoltà di funzionamento della democrazia rappresentativa in Europa a tutti i livelli. Da un lato, infatti, ci si può domandare come le istituzioni rappresentative funzionino a livello nazionale, ma dall'altro si può avanzare qualche perplessità sulla convinzione, o forse sul pregiudizio, verso i modi in cui queste sono e saranno in grado di operare a livello sovranazionale. È del resto tipico della teoria della *Mittelbarkeitslehre*, ad un tempo, iperresponsabilizzare il funzionamento dei canali della rappresentanza sul piano nazionale e, congiuntamente, sopravvalutare il *deficit* democratico europeo non solo sul piano delle mancanze di tipo strutturale, come la presunta incolmabile assenza di un popolo europeo, ma anche su quello del funzionamento degli assetti istituzionali<sup>160</sup>.

<sup>158</sup> BVerfG 2 BvR 2728/13 del 21 giugno 2016, Rn. 171.

<sup>159</sup> BVerfG 2 BvR 2728/13 del 21 giugno 2016, Rn. 173.

<sup>160</sup> Sul doppio *deficit* (istituzionale e strutturale) dell'UE cfr. A. MAURER, *Parlamentarische Demokratie in der Europäischen Union. Der Beitrag des Europäischen Parlaments und der nationalen Parlamente*, Baden Baden, 2002, spec. pp. 34 ss.; criticamente e sulle possibili risposte al tema del *deficit* democratico P. RIDOLA, *Il principio democratico tra stati nazionali e Unione europea*, cit., pp. 319 ss. e W. STEFFANI, *Das Demokratie-Dilemma der Europäischen Union. Die Rolle der Parlamente nach dem Urteil des Bundesverfassungsgericht vom 12. Oktober 1993*, in *Zparl, Sonderband* n. 1/1995, pp. 33 ss. Sviluppava in questa chiave la critica alla ricostruzione del *BVerfG* dei modi in cui opera la democrazia a livello sta-



Da questo punto di vista, il Tribunale costituzionale tedesco non ha mai dimostrato una particolare apertura di credito nei confronti dell'Unione europea. È noto, peraltro, che il Trattato di Lisbona abbia tentato di valorizzare sul piano normativo proprio gli strumenti della democrazia rappresentativa, specie all'art. 10 TUE<sup>161</sup>, e che, a tal fine, siano anche stati fortemente presi in considerazione i partiti politici come strumento per renderne effettivo il funzionamento (art. 10 IV TUE). In questo senso, lo sforzo di dare un più completo riconoscimento ai partiti politici in Europa è stato confermato dal regolamento n. 1141 del 2014, che ha l'ambizione di superare, rispetto alla precedente disciplina, quella dimensione prevalentemente finanziaria che caratterizzava i partiti politici a livello europeo<sup>162</sup>. Ma la sfiducia tedesca verso il modo in cui gli strumenti della democrazia rappresentativa operano in Europa ha trovato nuovo spazio, da ultimo, nelle sferzanti motivazioni con cui il *BVerfG* ha, di fatto, dichiarando incostituzionale per due volte il superamento di una soglia di sbarramento come condizione per l'ingresso di partiti nel Parlamento europeo, svalutato la funzione di indirizzo che questa istituzione è chiamata a svolgere negli assetti istituzionali sovranazionali<sup>163</sup>. Facendo ampi riferimenti

---

tale e in Europa anche C. SCHÖNBERGER, *Die Europäische Union zwischen "Demokratiedefizit" und Bundesstaatsverbot. Anmerkung zum Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts*, cit., spec. pp. 548 ss.

<sup>161</sup> Che fonda la legittimazione dell'azione dell'UE su un operare congiunto del circuito rappresentativo nazionale e di quello europeo. E pertanto, in questo senso, come messo in luce da N. LUPO, *Parlamento europeo e parlamenti nazionali nella costituzione "composita" nell'UE: le diverse letture possibili*, cit., p. 4, di entrambi vi è «bisogno» per un funzionamento reale del sistema nel suo complesso la cui natura, essenzialmente rappresentativa, non cambia neanche in ragione dell'innesto di alcuni strumenti di democrazia partecipativa (di cui, però, una certa valorizzazione si rinviene in A. BURATTI, *Diritti fondamentali e vita democratica nella sfera pubblica europea*, in R. NANIA (a cura di), *L'evoluzione costituzionale delle libertà e dei diritti fondamentali. Saggi e casi di studio*, Torino, 2012, pp. 145 ss.).

<sup>162</sup> Cfr. sullo stato attuale dei partiti in Europa da ultimo T. SCHWEITZER, *Die europäischen Parteien und ihre Finanzierung durch die Europäische Union*, Berlin, 2016, ma anche G. GRASSO, *Democrazia interna e partiti politici a livello europeo: qualche termine di raffronto per l'Italia?*, in *Politica del diritto*, n. 4/2010, pp. 609 ss. e G. LÓPEZ DE LA FUENTE, *Pluralismo político y partidos políticos europeos*, Granada, 2014; sulla recente riforma I. INGRAVALLO, *L'incerto statuto dei partiti politici europei*, in G. NESI, P. GARGIULO (a cura di), *Luigi Ferrari Bravo. Il diritto internazionale come professione*, Napoli, 2015, pp. 211 ss.

<sup>163</sup> Le due recenti sentenze che hanno dichiarato rispettivamente incostituzionali la soglia del 5% e poi del 3%, previste per consentire l'accesso al Parlamento europeo in Germania, sono *BVerfG 2 BvC 4/10* del 9 novembre 2011 e *BVerfG 2 BvE 2/13* del 26 febbraio 2014. Cfr. in merito G. DELLEDONNE, *Il Bundesverfassungsgericht, il Parlamento europeo e*

ai modi in cui operano i gruppi in quel consesso e valorizzando l'inutilità di ottenere maggioranze stabili, non essendovi alcun rapporto fiduciario da rafforzare né un'opposizione da regolare, il *BVerfG* ha messo in dubbio la reale capacità del Parlamento europeo di essere politicamente determinante, così, paradossalmente, indebolendo anche tutte le altre istituzioni e lasciando ancora una volta vuoto il trono<sup>164</sup>. Non vi è dubbio che tutto ciò complicherà la faticosa emersione di un sistema europeo di partiti più solido e integrato rispetto a quello attuale. Tuttavia ciò non toglie che questi, in un prossimo futuro, possano effettivamente svolgere un ruolo decisivo per contribuire a creare se non un *démos* europeo, almeno una società civile più consapevole e partecipe, accorciando le distanze con le istituzioni europee<sup>165</sup>.

Anche la crisi ha, ovviamente, contribuito a rallentare il faticoso processo di parlamentarizzazione e di rafforzamento delle istituzioni rappresentative in Europa, per quanto questo avesse già in sé gli elementi di strutturale debolezza richiamati<sup>166</sup>. Ne è forse la dimostrazione più evidente il ruolo centrale che hanno svolto direttamente gli Stati, in questi anni, nel predisporre gli strumenti per fronteggiare l'attuale fase economica, prevalentemente utilizzando le istituzioni europee, ma ricorrendo in gran parte, sia pur non necessariamente con finalità elusive dei canali tradizionali<sup>167</sup>, ai mezzi propri del diritto in-

---

la soglia sbarramento del 5%: un (altro) ritorno del Sonderweg?, in *Rivista AIC*, n. 1/2012 e G. DELLEDONNE, *Corti costituzionali e legislazione elettorale. Una comparazione italo-tedesca*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, n. 4/2014, pp. 1031 ss., spec. pp. 1049 ss.

<sup>164</sup> Riprendendo il celebre titolo del libro di P. VIOLA, *Il trono vuoto. La transizione della sovranità nella rivoluzione francese*, Torino, 1989.

<sup>165</sup> È stato del resto autorevolmente sostenuto, con riferimento alla necessità di resistere ai processi di de-democratizzazione, che «il *démos* non preesiste, come sua condizione, alla democrazia: ne deriva come suo effetto costante»: così E. BALIBAR, *Crisi e fine dell'Europa?*, Torino, 2016, p. 201, per la citazione, e poi pp. 204 ss., per l'idea che la costruzione del *démos* passa attraverso la partecipazione e la «costruzione di una comunità di cittadini» (p. 208).

<sup>166</sup> P. RIDOLA, *La parlamentarizzazione degli assetti istituzionali dell'Unione europea fra democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa*, in ID., *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, cit., pp. 325 ss. Sui profili di debolezza, cfr. C. PINELLI, *The Discourses on Post-National Governance and the Democratic Deficit Absent an EU Government*, in *European Constitutional Law Review*, n. 2/2013, pp. 177 ss. che, in un ragionamento più ampio, mette anche in luce come l'idea di una legittimazione che si costruisce sui risultati positivi (*output legitimacy*) sia stata depotenziata proprio in occasione della crisi (pp. 185 ss.).

<sup>167</sup> Problematizza sul punto B. DE WITTE, *Using International Law in the Euro Crisis: Causes and Consequences*, in *ARENA Working Paper*, n. 4/2013.

ternazionale o comunque rafforzando il paradigma intergovernativo<sup>168</sup>. Le politiche anticrisi, prevalentemente predisposte dagli esecutivi e da altri attori internazionali e sovranazionali tendenzialmente privi di una legittimazione democratica diretta, hanno provocato così una sclerotizzazione dei rapporti di forza a livello nazionale in quanto i parlamenti si sono spesso trovati nella condizione di ratificare decisioni, politicamente molto delicate, già prese in altra sede. Emblematico del rischio di un progressivo ulteriore indebolimento dei parlamenti nazionali, su cui si ripercuote lo scotto di decisioni cui sostanzialmente non prendono parte, appare il ricorso al *referendum* in Grecia in occasione degli ultimi accordi di rifinanziamento del debito<sup>169</sup>. Ciò è del resto conseguenza del fatto che, come detto in apertura, al fine di controbilanciare il grande potere della BCE, in definitiva, la cui indipendenza deve, per il *BVerfG*, venir limitata da una sindacabilità stretta dei suoi provvedimenti davanti alla CGUE<sup>170</sup>, non si è riusciti a dare vita, almeno sino ad ora, come contrappeso democraticamente legitti-

<sup>168</sup> La letteratura in merito è molto ampia, cfr. almeno A. HINAREJOS, *The Euro Area Crisis in Constitutional Perspective*, cit., spec. pp. 16 ss., pp. 86 ss. e, sul ruolo delle corti, pp. 122 ss. Per un quadro dettagliato che ricostruisce il grande attivismo istituzionale a livello europeo per contrastare la crisi, di recente B. H. GRIMM, *Zur Reform der Wirtschafts- und Währungsunion nach der Krise. Eine rechtliche Analyse von ESM, Sixpack und Fiskalvertrag*, Baden Baden, 2016, spec. pp. 59 ss. e sulle problematiche implicazioni in punto di diritto della scelta di sottrarre al diritto UE le misure di salvataggio in particolare cfr. le riflessioni di C. KILPATRICK, *Are the Bailouts Immune to EU Social Challenge Because They Are Not EU Law?*, in *European Constitutional Law Review*, n. 3/2014, pp. 393 ss.

Riflette sul ruolo dei Parlamenti nell'attività di contrasto alla crisi, da ultimo, D. CHALMERS, *Crisis Reconfiguration of the European Constitutional State*, in D. CHALMERS, M. JACHTENFUCHS, C. JOERGES (a cura di), *The End of the Eurocrats's Dream. Adjusting to European Diversity*, cit., pp. 266 ss., spec. pp. 290 ss.

<sup>169</sup> Cfr. B. CARAVITA DI TORITTO, "Parlamentarizzare" la crisi greca, in *federalismi.it*, n. 14/2015; ma cfr. anche A. GUAZZAROTTI, *Crisi dell'euro e conflitto sociale. L'illusione della giustizia attraverso il mercato*, cit., p. 49 che parla con riferimento alla vicenda greca di un «commissariamento di un ordinamento democratico-nazionale» e M. BENVENUTI, *Libertà senza liberazione. Per una critica della ragione costituzionale dell'Unione europea*, cit., pp. 126 ss.

<sup>170</sup> Cfr. G. REPETTO, *Responsabilità politica e governo della moneta: il caso BCE*, in G. AZZARITI (a cura di), *La responsabilità politica nell'era del maggioritario e nella crisi della statualità*, Torino, 2005, pp. 283 ss. Più di recente, sui poteri della BCE alla luce della sentenza *Gauweiler* della CGUE, cfr. S. BARONCELLI, *The Gauweiler Judgment in View of the Case Law of the European Court of Justice on European Central Bank Independence*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, n. 1/2016, pp. 79 ss. e C. ZILIOLO, *The ECB'S Powers and Institutional Role in the Financial Crisis. A Confirmation from the Court of Justice of the European Union*, *ivi*, pp. 171 ss.

mato, ad un Ministro delle finanze dell'Eurozona che potesse davvero coadiuvare le politiche non convenzionali di sostegno all'economia (cfr. *supra* § 1).

Tutto ciò ha indebolito ulteriormente la struttura dell'Unione europea che, da questo punto di vista, negli angusti margini di una *Stabilitätsgemeinschaft* (comunità di stabilità), al più può, specie dopo le modifiche che hanno introdotto il nuovo art. 136 III TFUE, sulla base di una rigorosa condizionalità e grazie all'intervento diretto degli Stati membri che restano sovrani sulla decisione di bilancio, coordinare delle politiche per arginare la crisi che vincolino gli Stati beneficiari a notevoli sacrifici e riforme e che non sfocino in strumenti solidaristici di condivisione della responsabilità propri solo di una *Solidargemeinschaft*<sup>171</sup>. In questo contesto, finché non si risolverà questa ambiguità che ha caratterizzato tutte le misure anticrisi, molte sono le questioni ancora aperte che possono ulteriormente divenire oggetto di articolate pronunce del *BVerfG* con il rischio di compromettere o rallentare ulteriormente la ripresa economica e la stabilizzazione dell'area euro<sup>172</sup>.

Quanto detto si collega naturalmente con il già richiamato dibattito sul doppio *deficit*, strutturale e istituzionale, che caratterizzerebbe l'Unione europea. Ma, d'altro canto, non può essere sottovalutato come lo sforzo del Tribunale costituzionale tedesco di rafforzare la democrazia rappresentativa a livello nazionale, in realtà, non è solo una reazione alla sfiducia verso i modi in cui operano a livello europeo gli assetti istituzionali. È qui, infatti, che si fonde la responsabilità intesa come autodeterminazione (*Selbstbestimmung*) – che dal *Maastricht Urteil* passando per il *Lissabon Urteil* fino alle decisioni più recenti è il tema ricorrente della difesa della sovranità popolare<sup>173</sup> – con le difficoltà di funzionamento interne che da tempo minacciano di indebolire gli assetti istituzionali tedeschi. In questa luce, la giurisprudenza richiamata rappresenta una reazione anche alla forte delegittimazione che il circuito decisionale della politica ha subito a partire dagli anni

<sup>171</sup> Sul fatto che condizionalità e solidarietà siano tra loro irrelate e sulla contrapposizione tra *Stabilitätsgemeinschaft* e *Solidargemeinschaft* sia consentito il rinvio a F. SAITTO, *Economia e Stato costituzionale*, cit., spec. pp. 322 ss. e pp. 336 ss.

<sup>172</sup> A titolo di esempio si possono indicare la possibilità di ammettere un eventuale taglio del debito per i paesi che hanno beneficiato di aiuti, gli sviluppi dei diversi pilastri dell'Unione bancaria, la prosecuzione del piano di *Quantitative easing* da parte della BCE.

<sup>173</sup> P. M. HUBER, *Bewahrung und Veränderung rechtsstaatlicher und demokratischer Verfassungsstrukturen in den internationalen Gemeinschaften – 50 Jahre nach*, cit., p. 127.

Settanta e Ottanta in Germania e ne costituisce occasione per un suo rafforzamento. Sin dal dibattito sulla *Verflechtung* (intreccio) delle competenze con riferimento al contesto federale<sup>174</sup>, che diede vita alla polemica sulla necessità di una *Entflechtung* (disintreccio) che consentisse di individuare esattamente i responsabili delle politiche poste in essere, si è infatti cominciato a mettere in discussione la capacità della democrazia rappresentativa di essere effettivamente trasparente con riferimento all'imputabilità delle decisioni assunte<sup>175</sup>. Ne sono un esempio quegli studi che, anche con riferimento alla stigmatizzazione di un eccessivo indebitamento accumulatosi nel corso degli anni Ottanta e in reazione a quella che fu definita negli anni Novanta la *Politikverdrossenheit* (disaffezione per la politica)<sup>176</sup>, hanno invocato una maggiore partecipazione popolare diretta nelle scelte e hanno auspicato una sostanziale estromissione dei partiti dal circuito decisionale. Denunciando l'esistenza di una soltanto «fiktive Demokratie» (democrazia fittizia)<sup>177</sup> o financo di una «Demokratie ohne Volk» (democrazia senza popolo)<sup>178</sup> e infine l'utilità per le istituzioni di una «organisierte Unverantwortlichkeit» (irresponsabilità organizzata)<sup>179</sup>, nonché invocando un ampliamento delle forme di partecipazione del corpo elettorale di fronte ad una politica inimputabile e ad un sistema di partiti inadeguato, si è così progressivamente e polemicamente messa in luce la necessità di lavorare a un possibile ripensamento dei termini e

<sup>174</sup> Cfr. F. W. SCHARPF, B. REISSERT, F. SCHNABEL, *Politikverflechtung. Theorie und Empirie des kooperativen Föderalismus in der Bundesrepublik*, Regensburg, 1976.

<sup>175</sup> In merito P. M. HUBER, *Klarere Verantwortungsteilung von Bund, Ländern und Kommunen?*, in *Gutachten D zum 65. DJT, Verhandlungen des 65. Deutschen Juristentages Bonn 2004*, München, 2004.

<sup>176</sup> Cfr. H. H. VON ARNIM, *Staat ohne Diener*, cit., 15. In merito anche H.-J. VOGEL, *Politikverdrossenheit. Enttäuschung und falsche Erwartung. Ein Beitrag zu einem aktuellen Thema*, in S. BRINK, H. A. WOLFF (a cura di), *Gemeinwohl und Verantwortung: Festschrift für Hans Herbert von Arnim zum 65. Geburtstag*, Berlin, 2004, pp. 505 ss. Ricollega alla richiamata disaffezione, vista come conseguenza della crisi dello stato sociale e del modo in cui si atteggia la «tensione tra l'ordine economico capitalistico e lo stato democratico di diritto» (p. 467), importanti considerazioni di sistema sul ruolo odierno che possono svolgere associazioni e movimenti A. HONNETH, *Il diritto della libertà. Lineamenti per un'eticità democratica* (2011), cit., pp. 468-469 (cfr. *supra* § 2).

<sup>177</sup> H. H. VON ARNIM, *Vom schönen Schein der Demokratie. Politik ohne Verantwortung – am Volk vorbei* (2000), cit., pp. 32 ss.

<sup>178</sup> H. H. VON ARNIM, *Demokratie ohne Volk*, München, 1993.

<sup>179</sup> H. H. VON ARNIM, *Die deutsche Krankheit: Organisierte Unverantwortlichkeit?*, Berlin, 2005.

delle condizioni di funzionamento della democrazia rappresentativa prima che altrove a livello nazionale.

Si può dunque sostenere che l'obiettivo di rafforzare i meccanismi di funzionamento della democrazia rappresentativa a livello nazionale possa paradossalmente beneficiare oggi delle debolezze degli assetti istituzionali dell'Unione europea e che proprio la risposta alla crisi della dimensione sovranazionale e al *deficit* democratico da essa generato, che avrebbe potuto ripercuotersi a livello nazionale aggravandone i tratti di malfunzionamento già presenti, appare invece l'occasione per risolvere vecchi nodi in gran parte ancora insoluti. È del resto a livello del *Bund* che, in un primo tempo, si afferma e poi si impone il tema di come risolvere un possibile *deficit* democratico in un contesto in cui la democrazia rischiava di finire per esautorare il popolo e il corpo elettorale dalla decisione<sup>180</sup>. Risalendo più indietro nel tempo, ne sono testimonianza quegli studi di chi, così come il *BVerfG* ha di recente accusato i gruppi europei di non garantire alcuna alternanza e di non necessitare pertanto di alcuna norma a favore della stabilità degli esecutivi, aveva sottolineato come in Germania, anche in ragione della crescita dell'intervento pubblico e delle strutture del c.d. stato del benessere, fosse venuta meno qualsiasi reale alternativa politica<sup>181</sup> in favore di un ampio consensualismo<sup>182</sup>.

Qui si inserisce il continuo richiamo al principio di imputabilità delle decisioni assunte. I concetti di trasparenza e responsabilità sono da tempo, infatti, strettamente connessi con una critica della democrazia rappresentativa in Germania e oggi, anche grazie alla crisi in Europa e al processo di integrazione sovranazionale, il *BVerfG* sembra aver trovato una chiave per risponderci, traslando la polemica su un

<sup>180</sup> H. H. VON ARNIM, *Staat ohne Diener*, cit., p. 22

<sup>181</sup> Cfr., già negli anni Sessanta, M. FRIEDRICH, *Opposition ohne Alternative?*, Köln, 1962; ma anche O. KIRCHHEIMER, *The Vanishing Opposition*, in R. A. DAHL (a cura di), *Political oppositions in Western democracies*, New Heaven, London, 1966-1968, pp. 237 ss., spec. pp. 241 ss. di fatto sottolineava il rilievo della progressiva convergenza tra i programmi dei vari partiti, specie SPD e CDU, dell'arco costituzionale, in particolar modo in materia economica, in ragione dell'affermarsi dei principi del *welfare state* come contrappeso di una libera economia di mercato, e in politica estera (pp. 245-247).

<sup>182</sup> Più di recente sulla classificazione della forma di governo tedesca e i suoi problemi cfr. F. DECKER, *Konstitutionelles versus parteiendemokratisches Parlamentarismusverständnis? Bemerkungen zu einer überholten Dichotomie*, in S. BRINK, H. A. WOLFF (a cura di), *Gemeinwohl und Verantwortung: Festschrift für Hans Herbert von Arnim zum 65. Geburtstag*, cit., pp. 533 ss., spec. pp. 547 ss.

piano più alto. Svolgendo, come si diceva in apertura, un ruolo di catalizzatore, ma anche in parte di neutralizzazione, di istanze “contro-democratiche”, il Tribunale, del resto, lungi dall’accogliere quelle tesi che volevano un superamento del sistema dei partiti o che predicavano un’espansione degli strumenti di democrazia diretta, riesce a ridare spazio a gruppi di opposizione, altrimenti schiacciati dal rapporto maggioranza-Governo, e ai singoli cittadini elettori, altrimenti attivi solo al momento di consultazioni elettorali o, su un piano teorico, costretti ad un’alternativa netta nell’ambito di procedimenti referendari, preservando la complessità del dibattito e della discussione parlamentare senza rinunciare ad un controllo permanente sugli organi costituzionali. Si riesce così anche ad ottenere un altro risultato che è rappresentato da una piena istituzionalizzazione del ruolo di controllo che la società civile può svolgere direttamente o per il tramite dei partiti politici<sup>183</sup>. Il decisivo rilievo politico di questi sviluppi non scuote il Tribunale costituzionale nemmeno di fronte ai costi alti per il processo di integrazione. Come accennato, nella dottrina tedesca, per quanto si siano levate alcune voci critiche in merito, è del resto piuttosto condivisa l’idea che l’alto tasso di politicizzazione delle decisioni del *BVerfG* sia un tratto caratterizzante la storia della giustizia costituzionale tedesca<sup>184</sup>.

Merita in questa prospettiva un cenno, in chiusura, il rilievo che va assumendo il variegato principio di responsabilità, le cui applicazioni spaziano in molti ambiti, superando un livello etico-morale, spingendosi su un piano politico per ripercuotersi, in alcuni casi, a livello giuridico e prescrittivo. Il richiamo alla responsabilità, del resto, torna ormai con grande frequenza nelle pronunce del *BVerfG* e pare potenzialmente preludere a ulteriori sviluppi. È stata messa in luce, in proposito, la peculiare natura del principio di responsabilità, fondata su un generico dovere verso il futuro, che presuppone un “da farsi”, e che

---

<sup>183</sup> Non è certo necessario qui richiamare il rilievo decisivo dei partiti nell’ordinamento costituzionale tedesco che, specie nelle prime fasi, molto ha risentito delle teorie di Leibholz, per quanto di recente qualche segnale sembri ulteriormente problematizzare il loro rilievo specie nei procedimenti per *Organstreit* (cfr. *BVerfG* 2 BvE 4/12 del 15 luglio 2015, Rn. 56 ss.). Cfr. almeno M. MORLOK, *Artikel 21 [Parteien]*, in H. DREIER (a cura di), *Grundgesetz Kommentar, Band II*, Tübingen, 1998, pp. 248 ss. e P. RIDOLA, *Democrazia rappresentativa e parlamentarismo*, Torino, 2011, *passim*.

<sup>184</sup> Cfr. *supra* nt. 42-44 e testo.

va oltre l'idea di situazioni giuridiche fondate sulla reciprocità<sup>185</sup>. Ma contestualmente, specie con riferimento ai progressi della tecnica, si è da tempo cercato di evidenziarne le implicazioni giuridiche, in gran parte declinandole proprio come obblighi di protezione in capo allo Stato<sup>186</sup>. La responsabilità come principio dello stato (*Staatsprinzip*)<sup>187</sup>, in particolare, capace di generare obblighi di protezione e di creare specularmente, sia pur in misura variabile e non sempre pienamente definita, delle pretese in capo ai singoli, è pertanto alla base della fortuna che questo concetto sta riscuotendo, apparentemente in grado anche di superare la potenziale dimensione programmatica di alcune norme, come per esempio quella dell'art. 20a GG che, focalizzata sulla difesa della vita e degli animali, lega il concetto di responsabilità alla protezione delle generazioni future. Se, infatti, la qualificazione della responsabilità come *Staatsprinzip* consente di determinare una dimensione oggettiva e istituzionale che non necessariamente permette di delineare un diritto soggettivo direttamente esigibile a un fare specifico, si possono comunque individuare degli spazi che fondino la necessaria legittimazione del Tribunale ad intervenire per garantire l'effettività del principio per cui sia sempre possibile controllare il processo decisionale<sup>188</sup>. Questo passaggio, infatti, consente di vigilare sul soggetto imputabile della decisione intrapresa senza sostituirsi ad esso. Si riesce così a dare un rilievo giuridico evidente alla responsabilità anche in quel contesto che storicamente si è sempre ritenuto di rilievo eminentemente politico, ovvero il legame fiduciario tra Governo e Parlamento, indicando pratiche implicazioni e soluzioni giuridiche al fatto che, se il Governo è responsabile di fronte al Parlamento, le frazioni e i deputati sono a loro volta direttamente responsabili di fronte al corpo elettorale<sup>189</sup>. Superando, così, una dimensione

<sup>185</sup> H. JONAS, *Il principio responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica* (1979), Torino, 2009, pp. 49 ss. e pp. 115 ss.

<sup>186</sup> Cfr. D. MURSWIEK, *Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik*, Berlin, 1985, spec. pp. 39 ss. e pp. 90 ss.

<sup>187</sup> P. SALADIN, *Verantwortung als Staatsprinzip*, Bern und Stuttgart, 1984, spec. pp. 26 ss. e pp. 40 ss.

<sup>188</sup> Sul progressivo tendere, da parte del Tribunale, verso un controllo sulla correttezza delle procedure seguite, cfr. di recente anche M. HAILBRONNER, *Traditions and Transformations. The Rise of German Constitutionalism*, cit., pp. 145 ss., con specifica attenzione al caso *Hartz IV*.

<sup>189</sup> Rifletteva su questi temi D. MURSWIEK, *Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik*, cit., pp. 55 ss.



meramente speculativa o più specificatamente politica, il concetto di responsabilità finisce per racchiudere in sé una forte carica prescrittiva rappresentando uno strumento di difesa anche per le prerogative dei *Bundestag* futuri, la cui capacità decisionale, presupposto dell'imputabilità delle scelte intraprese, deve rimanere integra. È in questo senso emblematico il collegamento tra principio di responsabilità, tutela delle generazioni future e auto-vincolo della decisione parlamentare con riferimento alla possibilità di creare nuovo debito per finanziare la spesa pubblica a garanzia del corretto funzionamento della democrazia parlamentare<sup>190</sup>.

In sintesi, la responsabilità, sempre sospesa tra obbligo e libertà<sup>191</sup>, è pertanto un concetto che in sé somma spazi di discrezionalità e comportamenti doverosi, inglobando non solo la libertà nel predisporre l'azione, ma anche il corollario del "render conto" del proprio operato<sup>192</sup>. Del resto, la responsabilità, atteggiandosi a cartina di tornasole del funzionamento della democrazia rappresentativa, si può apprezzare solo su competenze concrete e per compiti specifici<sup>193</sup> e, da questo punto di vista, in quanto «Kommunikationsbegriff» (concetto relazionale), è in grado di collegare tra loro posizioni giuridiche disomogenee che possono comunque far sorgere delle pretese tutelabili in sede giurisdizionale. È in questo senso che il ricorso alla responsabilità è perfettamente compatibile con la teoria per cui l'*Integrationsverantwortung* darebbe vita a uno specifico obbligo di protezione che, sia pur collegato, non coincide con il diritto di voto inteso in senso soggettivo, ma che piuttosto incombe, indeterminato nel *quomodo* doveroso nell'*an*, sul soggetto che ha la responsabilità di dare seguito agli specifici contenuti del programma per l'integrazione. Del resto, in po-

<sup>190</sup> Sul punto cfr. BVerfG 2 BvR 1390/12 del 12 settembre 2012, Rn. 120. In merito, sia anche consentito il rinvio a F. SAITTO, *Economia e Stato costituzionale*, cit., p. 190 e pp. 205 ss.

<sup>191</sup> Cfr. J. H. KLEMENT, *Verantwortung*, Tübingen, 2006, pp. 261-262; pp. 409 ss.; in merito, anche K. STEIN, *Die Verantwortlichkeit politischer Akteure*, Tübingen, 2009.

<sup>192</sup> Sui profili teorico-filosofici G. PICHT, *Der Begriff Verantwortung*, in ID., *Wahrheit, Vernunft, Verantwortung: philosophische Studien*, Stuttgart, 1969, pp. 318 ss.; per il concetto di *Verantwortung* come principio dello stato di diritto P. SALADIN, *Verantwortung als Staatsprinzip*, cit., pp. 34 ss.

<sup>193</sup> P. SALADIN, *Verantwortung als Staatsprinzip*, cit., p. 31. Di recente riflettono sui risvolti della responsabilità M. VERGANI, *Responsabilità. Rispondere di sé, rispondere dell'altro*, Milano, 2015 e V. FRANCO, *Responsabilità. Figure e metamorfosi di un concetto*, Roma, 2015.

litica, responsabilità e controllo sono due concetti che operano congiuntamente<sup>194</sup>. E, nella giurisprudenza in materia europea, la responsabilità propria (*Eigenverantwortung*) dei cittadini si salda a questo binomio, divenendone strumento di garanzia tramite la partecipazione attiva del corpo elettorale ai processi decisionali<sup>195</sup>. Il Tribunale, così, valorizza il ruolo delle opposizioni sino in fondo, facendo operare sinergicamente sia il livello parlamentare sia i moti che si sollevano nello spazio pubblico<sup>196</sup>, dando vigore alle loro potenzialità “controdemocratiche” e ponendosi, saldamente ancorato alla primazia della rappresentanza e alla dimensione nazionale della decisione politica, in modo affatto alternativo alle dinamiche della postdemocrazia<sup>197</sup>.

Lo scenario descritto, tuttavia, non è certo privo di implicazioni di grande criticità se, come è stato sostenuto, «posta di fronte al dilemma tra la rinuncia a un'integrazione politica che vada oltre lo statonazione [...] e puntare sulla creazione di relazioni solidali in Europa [...], finora la maggioranza degli Stati europei ha scelto la prima delle due alternative», lasciando così «aperta solo la strada per un'integrazione negativa della comunità europea, atta esclusivamente a consentire liberi scambi economici» e, però, potenzialmente in grado di pregiudicare qualunque possibilità di «una reintegrazione del mercato nello stato sociale»<sup>198</sup>. E allora, in questa prospettiva, quanto

---

<sup>194</sup> Lo mette in rilievo U. SCHEUNER, *Verantwortung und Kontrolle in der demokratischen Verfassungsordnung*, in T. RITTERSPRACH, W. GEIGER (a cura di), *Festschrift für Gebhard Müller*, Tübingen, 1970, pp. 379 ss., spec. p. 390.

<sup>195</sup> Ciò ha rappresentato uno degli obiettivi del lavoro di von Arnim come riporta, collegando il tema con quello dei doveri costituzionali, J. ZIEKOW, *Eigenverantwortung als Verfassungsprinzip*, in S. BRINK, H. A. WOLFF (a cura di), *Gemeinwohl und Verantwortung: Festschrift für Hans Herbert von Arnim zum 65. Geburtstag*, cit., pp. 189 ss. e negli ultimi anni la *Bürgerverantwortung* è stata anche al centro della *Tagung* degli *Staatsrechtslehrer* del 1995 dal titolo *Bürgerverantwortung im demokratischen Verfassungsstaat* (ora in *VVDStRL*, 1996).

<sup>196</sup> In parte rispondendo alla preoccupata domanda che poneva O. KIRCHHEIMER, *The Vanishing Opposition*, cit., p. 257 quando si chiedeva, in un sistema che favoriva una opposizione istituzionale da svolgersi nell'ambito di ben definiti canali partitici e parlamentari e sottoposta a specifici vincoli valoriali, «to what extent does the German political system allow for legal opposition outside parliamentary and party channels?» (p. 257). Riflettevano sulle trasformazioni della democrazia rappresentativa anche H.-D. KLINGEMANN, D. FUCHS (a cura di), *Citizens and the State*, Oxford, 1995.

<sup>197</sup> P. ROSANVALLON, *Controdemocrazia. La politica nell'era della sfiducia* (2006), cit., p. 187.

<sup>198</sup> A. HONNETH, *Il diritto della libertà. Lineamenti per un'eticità democratica* (2011), cit., pp. 471-472.

l'equilibrio descritto sia non solo compatibile con un futuro processo di integrazione europea sempre più stretto ma anche realmente funzionale a rispondere alle antiche ed irrisolte contraddizioni dello stato sociale nazionale sembra imporsi davvero come la domanda cruciale.



# *Costituzionalismo.it*

Fondatore e Direttore dal 2003 al 2014 Gianni **FERRARA**

## Direzione

*Direttore* Gaetano **AZZARITI**

*Vicedirettore* Francesco **BILANCIA**

Giuditta **BRUNELLI**

Paolo **CARETTI**

Lorenza **CARLASSARE**

Elisabetta **CATELANI**

Pietro **CIARLO**

Claudio **DE FIORES**

Alfonso **DI GIOVINE**

Mario **DOGLIANI**

Marco **RUOTOLO**

Aldo **SANDULLI**

Dian **SCHEFOLD**

Massimo **VILLONE**

Mauro **VOLPI**

## Comitato scientifico di Redazione

Alessandra **ALGOSTINO**, Gianluca

**BASCHERINI**, Marco **BETZU**,

Gaetano **BUCCI**, Roberto

**CHERCHI**, Giovanni **COINU**,

Andrea **DEFFENU**, Carlo

**FERRAJOLI**, Luca **GENINATTI**,

Marco **GIAMPIERETTI**, Antonio

**IANNUZZI**, Valeria **MARCENO'**,

Paola **MARSOCCI**, Ilenia **MASSA**

**PINTO**, Elisa **OLIVITO**, Luciano

**PATRUNO**, Laura **RONCHETTI**,

Ilenia **RUGGIU**, Sara

**SPUNTARELLI**, Chiara

**TRIPODINA**

## Redazione

Andrea

**DEFFENU**, Elisa **OLIVITO**, Giuliano **SERGES**

Email: [info@costituzionalismo.it](mailto:info@costituzionalismo.it)

Registrazione presso il Tribunale di Roma

ISSN: 2036-6744 | [Costituzionalismo.it](http://Costituzionalismo.it) (Roma)