

Il caso *Gauweiler* sulle OMT alla Corte di Giustizia: l'Avvocato generale porge l'altra guancia al *BVerfG**

di Pietro Faraguna **
(16 gennaio 2015)

Il 14 gennaio l'Avvocato generale Cruz Villalón ha reso il parere sul caso *Gauweiler* (causa C-62/14). Si tratta della domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG) della Repubblica federale di Germania (RFG) nel caso OMT (*Outright Monetary Transaction*). Vista l'importanza della posta in gioco, il parere dell'Avvocato generale era molto atteso, e ha avuto risonanza anche sugli organi di stampa, dai quali è stato riportato non sempre con dovuta precisione («via libera dalla Corte UE, spiana la strada al *quantitative easing*», *sic!*). In questo breve commento ci si soffermerà su uno solo dei tanti aspetti per cui il parere merita di essere approfondito, ovvero l'invito che l'Avvocato generale rivolge alla Corte di Giustizia dell'UE (CGUE) affinché questa entri nel merito della decisione, e non intraprenda scorciatoie – nel caso di specie facilmente accessibili – per disfarsi della questione.

La questione pendente davanti alla CGUE si inserisce infatti in un lungo e travagliato tracciato giurisprudenziale che vede il *BVerfG* e la CGUE impegnati in quel dialogo tra Corti divenuto ormai un *topos* della recente letteratura costituzionalistica e di diritto dell'UE. Le puntate più antiche di questo dialogo sono assai note (*Solange I e II* e *Maastricht-Urteilen*, *Bananen-Entscheidung*...), e tuttavia è nelle puntate più recenti che si trovano le premesse necessarie a inquadrare correttamente questo nuovo caso. Nel 2009, all'indomani dell'approvazione del Trattato di Lisbona, il *BVerfG* aveva infatti tracciato una teorizzazione compiuta degli strumenti di “difesa” disponibili nell'ordinamento costituzionale della RFG nel caso in cui norme di diritto dell'UE fossero adottate eccedendone i limiti di competenza (*Ultra-Vires-Kontrolle*) o violando il limite dell'identità costituzionale della RFG (*Identitätskontrolle*). Il cd. *Lissabonurteil* veniva prevalentemente accolto con preoccupazione sul fronte europeo, dove veniva letto come una nuova minaccia sovranista statalista. Poco dopo il *BVerfG* adottava un'apparente correzione di rotta, pronunciando il cd. *Mangold-Urteil*. La teorizzazione dei “controlimiti” di cui al *Lissabon-Urteil* non viene abbandonata, ma tono e registro della pronuncia sono stavolta assai più aperti a quel principio di *Europarechtsfreundlichkeit* che, nella nuova impostazione adottata dal *BVerfG*, vuole che nel caso in cui si prospetti l'esercizio di uno dei controlli sopra citati, preliminarmente vada fornita occasione alla CGUE di pronunciarsi sulla questione. Il *Mangold-Urteil* veniva letto, diversamente dalla sentenza sul Trattato di Lisbona, come un segnale di distensione, nella misura in cui si costruiva nell'ordinamento costituzionale tedesco gli strumenti per offrire alla CGUE la possibilità di disinnescare essa stessa eventuali conflitti con l'identità costituzionale di uno Stato membro. Dietro a questa lettura irenica del dialogo tra Corti si presupponeva infatti che l'identità costituzionale di cui parlava (non solo) il *BVerfG*, potesse essere parte dell'identità nazionale degli Stati membri che gli stessi Trattati europei proteggono (art. 4(2) TUE).

Sulla base di queste premesse non vi è dunque motivo di stupirsi se il *BVerfG*, non appena si è trovato nella prospettiva di dover nuovamente maneggiare l'*Ultra-Vires* e *Identitätskontrolle*, abbia promosso per la prima volta nella storia della sua “giurisprudenza europea” il rinvio pregiudiziale alla CGUE.

* Scritto sottoposto a *referee*.

Ciò è avvenuto in relazione a due casi sottoposti all'attenzione del *BVerfG* per vie diverse, aventi a oggetto la medesima materia: il programma di acquisto illimitato di titoli di Stato annunciato dalla BCE in una conferenza stampa il 6 settembre 2012. La notevole flessibilità del sistema di giustizia costituzionale tedesco ha consentito di introdurre due questioni di legittimità costituzionale, l'una tramite l'accesso individuale in via diretta, l'altra mediante un conflitto tra poteri, entrambe fondate sull'assunto che l'annunciato programma eccedesse le competenze della Banca Centrale Europea (BCE) e ledesse il nucleo di identità costituzionale della RFG. Il *BVerfG*, sulla scorta della giurisprudenza *Mangold*, ha promosso un rinvio pregiudiziale che, per la sua eccezionalità, sembra quasi essere qualcosa di diverso da un rinvio pregiudiziale. E su questo aspetto che il parere dell'Avvocato generale si sofferma attentamente. Si dedicano infatti ben 39 punti della decisione a fornire possibili vie per superare la «difficoltà funzionale» del rinvio pregiudiziale in questione. L'Avvocato generale la inserisce infatti nella giurisprudenza «europea» del *BVerfG* a cui si è sopra accennato, e in questo quadro ne sottolinea l'eccezionalità. Il punto più critico è che da quella giurisprudenza si trae che, qualunque sia la decisione della CGUE sul rinvio pregiudiziale in questione, è possibile che il *BVerfG* prescindendo da tale esito, poiché il suo sindacato sarebbe esercitato sulla base di parametri diversi (l'identità costituzionale e il principio di attribuzione di cui agli artt. 79(3) e 23(1) GG). In buona sostanza, la difficoltà con cui si confronta estensivamente il parere dell'Avvocato generale, è sintetizzata nella considerazione per cui «a una Corte nazionale non dovrebbe essere data la possibilità di proporre un rinvio pregiudiziale quando lo stesso atto introduttivo contempla, intrinsecamente o concettualmente, la possibilità che tale Corte disattenda la risposta ricevuta» (§ 36).

Con riguardo al controllo *ultra vires*, l'avvocato generale osserva che la CGUE e il *BVerfG* hanno a che fare con parametri formalmente diversi, ma sostanzialmente identici, e che in breve si risolvono nell'interpretazione di ciò che è il concetto della stabilità dei prezzi, vuoi in riferimento ai trattati (art. 127(1) TFUE), vuoi con riferimento al *Grundgesetz* (art. 88 GG). Il fatto che la questione si possa ridurre – se così si può dire – all'interpretazione del medesimo concetto, rende perciò utile e sensato che la CGUE si pronunci nel merito della questione.

Quanto, invece, all'*Identitätskontrolle*, il rischio di parlare linguaggi differenti è affrontato dall'Avvocato generale in termini più problematici. Si tratta infatti del punto di discordia più radicale, nella misura in cui il *BVerfG* “concede” alla CGUE la competenza a interpretare le misure di diritto dell'UE, ma rivendica a sé l'esclusiva competenza a interpretare il nucleo inviolabile dell'identità costituzionale dell'ordinamento tedesco e sindacare le misure che ne siano in contrasto.

A fronte di questa posizione, chiaramente espressa nel rinvio pregiudiziale promosso dal *BVerfG*, l'Avvocato generale rileva che sarebbe assai arduo «conservare questa Unione, così come la conosciamo oggi, se la si rendesse soggetta a un potere di opporre riserve assolute, non ben definite, e virtualmente poste alla mercé di ogni singolo Stato membro, e che prendono la forma di quella categoria che viene descritta come “identità costituzionale”» (§ 59). Ciò, ad avviso dell'Avvocato generale, porterebbe probabilmente a configurare l'ordinamento dell'UE in una «posizione di subordinazione, almeno in termini qualitativi» (§60).

L'Avvocato generale, a fronte di questo scenario, osserva invece come la CGUE abbia a lungo lavorato alla categoria delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, quando si è trattato di costruire i principi alla base dell'ordinamento giuridico dell'UE. Una cultura costituzionale comune non solo può essere vista come parte dell'identità comune dell'UE,

ma comporta anche «l'importante conseguenza che l'identità costituzionale di ogni Stato membro, che è ovviamente specifica nella misura necessaria, non può essere considerata, per essere prudenti, lontana anni luce da quella cultura costituzionale comune. Piuttosto, un atteggiamento correttamente inteso e aperto nei confronti del diritto dell'UE dovrebbe in principio far sorgere, nel medio e lungo periodo, una convergenza di base tra l'identità costituzionale dell'Unione e quella di ogni Stato membro» (§ 61).

Sulla base di queste considerazioni, nel parere in commento il rischio di una seguente manipolazione di quella che potrà essere la decisione della CGUE sul rinvio pregiudiziale è considerato serio, nel quadro di un sindacato nazionale condotto mediante una combinazione del controllo *ultra vires* e dell'*Identitätskontrolle*. Per questo motivo l'Avvocato generale suggerisce un'altra lettura della funzione di *questo* rinvio pregiudiziale, ispirata al principio di leale cooperazione tra istituzioni, di cui all'art. 4(3) TUE. Sulla base di questo principio, che vincola tutte le istituzioni dell'UE e dei suoi Stati membri, il rinvio pregiudiziale va considerato come una sincera intenzione del *BVerfG* di ottenere dalla CGUE gli elementi necessari a risolvere le questioni sollevate davanti a esso. E perciò il medesimo principio conduce tutte le istituzioni, *BVerfG* compreso, ad assumere conclusioni che «non siano in aperta contraddizione con la risposta data dalla Corte di Giustizia» (§ 64).

Sulla base di questa lettura, il principio di leale cooperazione creerebbe un duplice obbligo anche in capo all'CGUE. Da una parte l'Avvocato generale sembra porgere l'altra guancia al *BVerfG*: il registro del tribunale costituzionale tedesco, nella motivazione della sua decisione di promuovere il rinvio pregiudiziale, sembrava infatti recapitare alla CGUE più un *ultimatum* che non un atto di leale collaborazione. Cionostante Cruz Villalón osserva, e qui risiederebbe il primo obbligo per la CGUE, che «il principio richiede che la CGUE risponda nel più grande spirito di cooperazione possibile a una questione che le è stata sottoposta nello stesso spirito» (§ 65). Dall'altra parte, ecco il secondo obbligo, il principio di leale cooperazione «richiede un particolare sforzo da parte della CGUE di fornire una pronuncia sul merito della questione sottoposta, nonostante tutte le difficoltà a cui si è fatto riferimento» (§ 66).

Il parere invita dunque a non imboccare alcuna scorciatoia, e a prendere una decisione sulla base della più totale fiducia che la Corte nazionale accetti la pronuncia della CGUE come decisiva nel procedimento davanti a sé (§ 66). Ciò avverrà? Molti indizi, fino a oggi, avrebbero condotto a pensare al contrario. Ma chissà che, anche a partire da questo parere che sembra porgere decisamente l'altra guancia, fino a qualificare il duro rinvio pregiudiziale del *BVerfG* come una questione posta con «il più grande spirito di leale collaborazione», le cose non cambino e le parti in causa di quello che ad oggi sembra essere una sorta di *chicken game*, non comincino a frenare la loro corsa per scansare l'altrimenti inevitabile scontro frontale.

** Emile Noël Fellow, Jean Monnet Center - NYU School of Law