



CHRISTIAN STARCK

## I criteri di competenza nell'armonizzazione degli ordinamenti giuridici\*

SOMMARIO: I. Diritto sub-nazionale- II. Diritto internazionale- III. Diritto sovranazionale-IV. La gerarchia nel diritto sopranazionale.

*Santi Romano* (1875 – 1947) nel suo libro “l’ordinamento giuridico”, pubblicato nel 1918<sup>1</sup> si occupa del concetto di ordinamento giuridico (Parte I) e della pluralità degli ordinamenti giuridici e delle loro relazioni (Parte II). Il centenario dall’apparizione di quest’opera deve essere un’occasione per la comprensione e l’applicazione del diritto nella società attuale. Per quanto mi concerne, sono stato incaricato di affrontare il tema dei criteri di riparto delle competenze nell’armonizzazione degli ordinamenti giuridici. Per *Santi Romano* esistono gli ordinamenti giuridici dei diversi Stati, il diritto canonico il diritto internazionale. All’interno del diritto dello Stato vi è una molteplicità di corporazioni personali, comunità territoriali e altre istituzioni autonome che sono ordinate giuridicamente.

Limiterò l’attenzione alla relazione tra l’ordinamento giuridico statale e gli ordinamenti infrastatali (subnazionali) presenti tanto negli Stati federali come in altri Stati composti, articolati in circoscrizioni territoriali<sup>2</sup>, nonché al diritto internazionale e a quel diritto intermedio tra il diritto internazionale e gli ordinamenti giuridici statali che è il diritto sovranazionale delle unioni di Stati, come è il diritto dell’Unione europea. Con quest’ultimo completerò le proposizioni di *Santi Romano* che non includevano il diritto subnazionale integrato nel diritto dello Stato, né potevano comprendere la sovranazionalità nelle sue considerazioni.

### I. Diritto subnazionale

La gerarchia e l’ordine nel livello delle norme è il risultato della disciplina di un ordine di attribuzioni di competenza. Le norme sulla competenza sono poste dal diritto costituzionale

---

\* Articolo sottoposto a referaggio.

<sup>1</sup> II edizione, 1946

<sup>2</sup> Artt. 20 par. 1, e 70 ss. Della Legge fondamentale: Stati federati (*Länder*); artt. 143 ss. della Costituzione spagnola: *Comunidades Autónomas*.

nel diritto interno degli Stati. Come esempio posso ricordare l'articolo 31 della legge federale tedesca, che si esprime nel modo seguente: "il diritto federale prevale sul diritto degli Stati federati". A prima vista, questo articolo sembra fissare un rapporto strettamente gerarchico tra il diritto federale e il diritto substatale. Tuttavia, se si considerano le disposizioni relative all'attribuzione di competenze legislative nella Legge fondamentale, appare chiaro che esiste un diritto degli Stati membri che non è subordinato al diritto federale, poiché la Federazione manca di competenza legislativa in determinate materie. Se la Federazione interviene su materie che sono di competenza legislativa degli Stati membri, le sue leggi sono invalide, per effetto della mancanza di competenza legislativa. In tal caso non ci sarà un diritto federale che possa prevalere sul diritto statale. Solo nel campo delle competenze legislative concorrenti (art. 72, commi 1 e 2, e 74 GG) – salvo alcune eccezioni (art. 72 comma 3 de la GG) – opera il principio in base al quale "il diritto federale prevale sul diritto degli Stati membri". Nell'ordinamento giuridico della Federazione o, comunque, di uno Stato composto sussiste una stretta gerarchia tra la costituzione e le leggi e tra queste i regolamenti, che sono fonti di grado inferiore.

## II. Diritto internazionale

Il diritto internazionale è il diritto della comunità degli Stati. Esso consta del diritto pattizio e del diritto consuetudinario ai quali si aggiungono i "principi generali del diritto riconosciuti dalle nazioni civili"<sup>3</sup>. Questo diritto, che vige tra gli Stati – *inter nationes* –, si basa su accordi tra tali soggetti, realizzati mediante trattati internazionali, e sul comportamento che si riconosca adeguato al diritto, alla consuetudine e al convincimento comune. I soggetti cui si indirizza sono organi delle Nazioni Unite, le quali solo in rare occasioni possono imporsi con la forza cogente del diritto. In alcuni casi, tuttavia, il diritto internazionale è provvisto di una maggiore forza impositiva: si pensi, ad esempio, al Tribunale europeo dei diritti umani.

La protezione dei diritti umani nel diritto internazionale di ambito regionale (CEDU) pone un problema di gerarchia. La convenzione, in quanto fonte del diritto internazionale, ha un grado gerarchico inferiore a quello che spetta ai diritti fondamentali garantiti dalla Legge fondamentale tedesca.

Comunque, la Repubblica federale di Germania si è obbligata a riconoscere la giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani (CEDU) (art. 48 CEDU). Gli individui possono rivolgersi alla Corte perché atti giuridici del diritto tedesco, che già siano Stati controllati alla stregua dei criteri che presiedono alla disciplina dei diritti fondamentali della Legge fondamentale tedesca, siano controllati dalla Corte europea di giustizia, alla stregua dei criteri dettati dalla carta dei diritti dell'uomo.

Recentemente, in una controversia giurisdizionale promossa dalla principessa Carolina di Hannover (nata di Monaco), che aveva percorso tutte le istanze giudiziarie, la Corte EDU

---

<sup>3</sup> Cfr. Art. 38 par. 1 dello statuto della Corte internazionale di Giustizia.

arrivò alla conclusione che una decisione del Tribunale costituzionale federale fosse contraria ai diritti umani garantiti dalla CEDU. Si trattava del contemperamento tra la libertà di stampa e il diritto della personalità della principessa, che la Corte EDU, facendo applicazione del concetto di “personaggio della storia contemporanea”, ha considerato diversamente dal Tribunale costituzionale federale, nella sua valutazione del rapporto tra gli organi di stampa e le garanzie della sfera privata<sup>4</sup>. In pratica, si è così invertita la relazione gerarchica tra la Legge fondamentale e la CEDU, che è un trattato internazionale. Quindi, in Germania, un paese nel quale la CEDU ha il grado gerarchico di una legge ordinaria, si tratta di garantire scrupolosamente che nessuna legge o sentenza violi i diritti umani della CEDU, secondo l’interpretazione della Corte EDU.

Sul tema, si è espresso il Tribunale costituzionale federale, senza entrare espressamente nel problema della gerarchia normativa e fondandosi su decisioni precedenti:<sup>5</sup> “Le garanzie della Convenzione influiscono [...] sull’interpretazione dei diritti fondamentali e sui principi costituzionali della Legge fondamentale. Il testo della convenzione e la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo servono, al livello del diritto costituzionale, come *ausili interpretativi* per la determinazione del contenuto e della portata dei diritti fondamentali e dei principi costituzionali della Legge fondamentale, a meno che questo non conduca – ciò che, peraltro, la stessa Convenzione non vuole (art. 53 CEDU) – ad una limitazione o riduzione della protezione dei diritti fondamentali di cui alla Legge fondamentale”. I diritti fondamentali contemplati dalla Legge fondamentale possono essere interpretati, senza difficoltà, in armonia con quelli della CEDU.<sup>6</sup>

L’articolo 10, secondo comma, della costituzione spagnola del 1978 proclama espressamente<sup>7</sup>: “le norme relative ai diritti fondamentali e libertà che la Costituzione riconosce si interpreteranno conformemente alla Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo ed ai trattati e accordi internazionali sulla stessa materia ratificati dalla Spagna”. In termini analoghi si esprime l’articolo 16, secondo comma, della Costituzione portoghese del 1976. In entrambi gli Stati è la stessa Costituzione a prescrivere la priorità delle Dichiarazioni dei diritti umani del diritto internazionale alle quali lo Stato abbia aderito.

Inoltre, potrebbe esserci una priorità giuridicamente certa delle libertà della CEDU, quando la Corte di Giustizia dell’Unione europea controlla l’applicazione del diritto europeo da parte delle autorità nazionali e applica l’articolo 6, commi secondo e terzo, TUE<sup>8</sup> come

<sup>4</sup> Esaustivamente: Christian STARCK, *Das Caroline-Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und seine rechtlichen Konsequenzen*, in JZ 2006, 76 ss.; ID., *Praxis der Verfassungsauslegung II*, 200685 ss.

<sup>5</sup> BVerfGE 111, 307, 317 con riguardo a BVerfGE 74, 358, 370; 83, 119, 128.

<sup>6</sup> Jochen Abr. FROWEIN, *Überationale Menschenrechtsgewährleistungen und nationale Staatsgewalt*, in HStR Bd. VII, 1992, § 180, n. 7, 24 f.

<sup>7</sup> “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

<sup>8</sup> I due commi hanno il seguente tenore: comma. 2 “l’Unione aderisce alla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell’Unione definite dai trattati”; comma 3: “I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti

fonte di cognizione<sup>9</sup>. In proposito, può ricordarsi che è prevista l'adesione dell'Unione europea alla convenzione europea dei diritti dell'uomo delle libertà fondamentali e che esiste un progetto di accordo in questo senso<sup>10</sup>.

### III. Diritto sovranazionale

La cooperazione tra gli Stati può essere così stretta da creare Istituzioni intergovernative. E già nella versione originaria della Legge fondamentale del 1949, nell'articolo 24, comma secondo, si prevedeva che la Federazione potesse con legge devolvere diritti sovrani ad organismi intergovernativi<sup>11</sup>. Ciò ha aperto la strada al passaggio dalla cooperazione all'integrazione e dall'internazionalità alla sovranazionalità. Sovranazionalità significa che lo Stato sovrano cede diritti sovrani a Istituzioni sovranazionali e che queste possono adottare direttamente atti sovrani. La concessione di diritti sovrani a Istituzioni sovranazionali ha come conseguenza che gli atti di queste possano essere, in ogni caso, adottati, senza che la loro adozione dipenda dalla volontà di ogni Stato.

I diritti sovrani sono trasferiti per legge. Questa riserva di legge organizzativa richiede che si determini il contenuto dell'estensione dei diritti sovrani trasferiti<sup>12</sup>. Poiché l'atto di trasferimento della sovranità stabilisce una nuova gerarchia, privando la Camera politica (*Bundestag*) delle competenze trasferite e obbligandola ad adottare una legislazione di attuazione delle direttive delle Istituzioni della UE (art. 288, par. 3, TFUE), è necessaria una determinazione sufficiente della sovranità trasferita. ciò è particolarmente evidente in tutti casi nei quali gli atti vengono adottati, nelle Istituzioni della UE, a maggioranza dei voti<sup>13</sup>.

La nuova redazione (anno 1992) dell'articolo 23 della LF è una prescrizione speciale dettata per la integrazione europea, in base all'articolo 24 LF ("La Federazione può con legge delegare diritti sovrani a organismi interstatali"), che era già una norma molto avanzata. Stando all'articolo 23, comma 1, l'obiettivo è la realizzazione di una Europa unita. Ciò era espresso già nella versione originaria del Peamnolo alla L.F. In esso si leggeva: "Il popolo tedesco, animato dalla volontà di servire la pace nel mondo, come membro egualitario di un'Europa unita ..."<sup>14</sup>. Per raggiungere questo obiettivo, la Repubblica Federale di Germania contribuirà allo sviluppo dell'Unione Europea, la quale è tenuta alla salvaguardia dei principi

---

dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte come diritto dell'Unione in quanto principi generali".

<sup>9</sup> Hans-Joachim CREMER, §32 *Entscheidung und Entscheidungswirkung*, in GROTE/MARAUHN (a cura di.), *EMRK/GG, Konkordanzkommentar*, 2006, p. 1763 s.

<sup>10</sup> V. Jörg POLAKIEWICZ, *Der Abkommensentwurf über den Beitritt der Europäischen Union zur Europäischen Menschenrechtskonvention*, in *EUGRZ*, 2013, p. 472 ss.

<sup>11</sup> Klaus VOGEL, *Die Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes für eine internationale Zusammenarbeit*, 1964.

<sup>12</sup> BVerfGE 89, 155, 183 - 188; 123, 267, 355; 134, 395.

<sup>13</sup> Claus Dieter CLASSEN, in v. MANGOLDT/KLEIN/STARCK, *Kommentar zum Grundgesetz*, Bd. II, 7.ed. 2018, Art. 24 n. 9 s.

<sup>14</sup> Si veda, al riguardo, Christian Starck, in v. Mangoldt/Klein/Starck, *Grundgesetz Kommentar*, Bd. I, 7. E. 2018, Präambel n. marg. 40 y ss.

democratici, dello Stato di diritto, sociale e federale, nonché del principio di sussidiarietà e garantisce una tutela dei diritti fondamentali comparabile, nella sua essenza, a quella garantita dalla presente Legge Fondamentale” (art. 23, comma 1. 1, LF). Per questo scopo, la Federazione può trasferire diritti di sovranità mediante una legge che richiede l’assenso del Senato (*Bundesrat*) (art. 23, commi. 1 e 2 LF).

Fondamento dell’Unione europea sono dei trattati internazionali. Gli Stati membri dell’Unione conservano la propria sovranità, che è espressione dell’autonomia del popolo di ogni Stato. Gli Stati membri, rimangono “signori dei trattati”, come il Tribunale Costituzionale Federale non si stanca di sottolineare<sup>15</sup>. Ciò è stato espresso, con assoluta chiarezza, nella sentenza sul Trattato di Lisbona<sup>16</sup> e riassunto nelle linee-guida nel modo seguente:<sup>17</sup> l’Unione europea è una Unione permanente di Stati costituita da “Stati che conservano la sovranità”, una “Unione su base pattizia di Stati sovrani”, che mantengono la responsabilità della “organizzazione politica, delle condizioni di vita sia economiche, che culturali e sociali”, nonché delle condizioni di vita dei cittadini, specialmente nell’ambito dell’auto-responsabilità e della sicurezza personale e sociale, protetta da diritti fondamentali. Il Tribunale menziona, inoltre, decisioni politiche, che dipendono, in modo particolare, da precondizioni culturali, storiche e linguistiche. Ciò può includere la mentalità della popolazione e le sue concezioni relative alla redazione punto delle leggi e alla stessa dottrina della legge.

La cessione all’Unione europea di diritti inerenti alla sovranità (art. 23 commi 1, 2, LF) ha prodotto una certa confusione tanto nella dottrina che nella giurisprudenza tedesca e straniera. Taluno pensa che la sovranità, come concetto del diritto pubblico interno e del diritto internazionale, sia divenuta obsoleta<sup>18</sup>, altri si pronunziano a favore di una sovranità comunitaria federale<sup>19</sup>. Altrettanto inadeguato è accettare la concezione di una sovranità

---

<sup>15</sup> così BVerfGE 123, 267, 349, giurisprudenza costante. Cfr. BVerfGE 75, 223, 242; 89, 155, 200 (vom Willen der Vertragspartner getragen). Cfr. anche *Peter Badura*, Supranationalität und Bundesstaatlichkeit durch Rangordnung der Gesetze, in: Starck (a cura di), Rangordnung der Gesetze, p. 116.

<sup>16</sup> BVerfGE 123, 267, 339 ss.

<sup>17</sup> BVerfGE 123, 267 s.

<sup>18</sup> *Hans-Peter Ipsen*, Europäisches Gemeinschaftsrecht, 1972, S. 101; ID., Deutschland in den Europäischen Gemeinschaften, in HStR Bd. VII, 1992, § 181 N. 19; *Erhard Denninger*, Vom Ende nationalstaatlicher Souveränität in Europa, JZ 2000, S. 1121, 1125; *Juliane Kokott*, Die Staatsrechtslehre und die Veränderung ihres Gegenstandes, in VVDStRL 63 (2002), p. 7, 21 ss.

<sup>19</sup> *Horst Dreier*, Art. Souveränität, in Staatslexikon der Görres-Gesellschaft, Bd. IV, 1988, Sp. 1208; *Ulrich Everling*, Überlegungen zur Struktur der Europäischen Union und zum neuen Europaartikel des Grundgesetzes, DVBl. 1993, p. 936, 942 f.

fluttuante<sup>20</sup>. Il Tribunale Costituzionale si è pronunciato in senso contrario, qualificando, in più occasioni, gli Stati membri come signori dei trattati<sup>21</sup>.

Si deve abbandonare l'idea che il trasferimento di diritti di sovranità a un'Unione sopranazionale comporti una perdita, totale o parziale, della sovranità dello Stato che procede al trasferimento a mezzo di un trattato internazionale. Lo Stato, che è l'attore, infatti, mediante la cessione non rinuncia alla sua sovranità. L'adesione a un trattato internazionale, che vincola giuridicamente lo Stato, è un atto di sovranità. Così come non rinunciò alla sua libertà quando entro a far parte di un'associazione o di una società commerciale, allo stesso modo, lo Stato non rinuncia alla sua sovranità quando trasferisce, a un Unione sopranazionale, per il loro esercizio congiunto, diritti sovrani, competenze<sup>22</sup> o facoltà<sup>23</sup>, quand'anche si tratti di diritti sovrani numerosi e importanti.

L'Unione europea continua a fondarsi sulla volontà, legittimata democraticamente, degli Stati membri, la persistenza della sovranità dei quali<sup>24</sup> si manifesta anche nel diritto di abbandonare la Unione europea (cfr. art. 50 del TUE). Come potrebbe uno Stato che abbia cessato di essere sovrano conservare la capacità di uscire dall'Unione europea? Se la sovranità fosse divisa o fluttuante, non vi sarebbe alcuno Stato sovrano in grado di concludere accordi internazionali sul trasferimento aggiuntivo di diritti sovrani, sulla revoca di diritti sovrani già trasferiti, o sul ritiro di diritti sovrani specifici<sup>25</sup>. Nello stesso tempo, questo significherebbe l'abbandono del diritto internazionale come fondamento dell'integrazione europea e la transizione a un diritto europeo dinamico, la quale dovrebbe culminare nella formazione di uno Stato federale europeo.

Contro questa prospettiva si è espresso il Tribunale costituzionale federale nel 2009, con la sentenza sul trattato di Lisbona, che, sulla sovranità, ha affermato giustamente quanto segue<sup>26</sup>. La statualità sovrana è la libertà di vincolarsi e di organizzarsi alla stregua del diritto. La statualità sovrana costituisce uno spazio pacificato, il cui ordine è garantito sulla base della libertà individuale e dell'autodeterminazione collettiva. Il Tribunale costituzionale federale

---

<sup>20</sup> Ipsen, , HStR VII, 1992, § 181 n. 19; Christoph Schönberger, Die Europäische Union als Bund, en AöR 129 (2004), p. 81, 104 ss. sulla base della teoria della federazione di Carl Schmitt, Verfassungslehre, 1928. p. 363, 372 ss., che presuppone la "omogeneità sostanziale" e "l'accordo ontologico" degli Stati membri (p. 376); Schmitt ha in mente, nelle sue osservazioni, l'impero tedesco fondato nel 1871:1 stato federale, ulteriori indicazioni sulla letteratura in Christian Starck, Allgemeine Staatslehre in Zeiten der Europäischen Union, en Liber Amicorum Jost Delbrück, 2005, p. 722 s., note 36-38.

<sup>21</sup> BVerfGE 123, 267, 349 f.; Claus Dieter Classen, in v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, vol. II, 7. ed. 2018, Art. 23 Núm. marg. 3 y ss.; Ingolf Pernice, en Dreier, Grundgesetz Kommentar, Bd. II, 2. Aufl. 2006, Art. 23, n. 36 ss. Con ulteriori indicazioni.

<sup>22</sup> Così l'art. 88-1 della costituzione francese.

<sup>23</sup> Cap. X § 5 della costituzione svedese.

<sup>24</sup> Helmut Steinberger, Der Verfassungsstaat als Glied einer Europäischen Gemeinschaft, in VVDStRL 50 (1991), S. 9, 16 f.; Thomas Schmitz, Die Integration in der Supranationalen Union, 2001, S. 237 y ss.; Christian Hillgruber, Souveränität – Verteidigung eines Rechtsbegriffs, JZ 2002, S. 1072, 1077 y ss.; ID., in HStR, Bd. II, 3. Aufl. 2004, § 32, n. 61-74; Albrecht Randelzhofer, in HStR Bd. II, 3. Aufl. 2004, § 17 n. 33 s.

<sup>25</sup> BVerfGE 123, 267, 350: i limiti alla integrazione devono essere circoscritti in ragione della materia ed in principio revocabili dal patto di trasferimento.

<sup>26</sup> BVerfGE 123, 267, 346 s.

sottolinea che la Legge fondamentale ha come obiettivo l'integrazione europea e un ordine informato alla pace internazionale. Letteralmente prosegue<sup>27</sup>: “benché la Legge fondamentale autorizzi il legislatore ad un trasferimento di ampia portata di diritti di sovranità all'Unione europea, l'autorizzazione è subordinata al fatto che la sovranità dello Stato costituzionale sia mantenuta in base a un programma di integrazione fondato sul principio della *autorizzazione individuale limitata* e sul rispetto dell'*identità costituzionale* (corsi extratestuali) degli Stati membri, i quali, allo stesso tempo, non devono perdere la loro capacità di provvedere a un'organizzazione politica e sociale responsabile delle condizioni di vita”.

Tale risultato si assicura in pratica mediante la *cooperazione* tra il Tribunale costituzionale federale e la Corte di giustizia dell'Unione europea, come ha sottolineato in molteplici occasioni il Tribunale costituzionale federale. Nel suo atto di remissione alla Corte europea relativamente alla Banca centrale europea del 14. 1. 2014, questo rapporto di cooperazione viene descritto nel modo seguente (n. 27): “nell'ambito del rapporto di cooperazione esistente, alla Corte di giustizia spetta l'interpretazione della misura; al Tribunale costituzionale federale, dal proprio canto, spetta di individuare il nucleo inviolabile della identità costituzionale e di valutare se la misura (secondo l'interpretazione della Corte di giustizia) interviene su questo”. Così, il Tribunale costituzionale federale ha l'ultima parola circa la validità degli atti delle Istituzioni dell'Unione europea per quanto riguarda la Germania. In questo caso specifico, la Corte di giustizia dell'Unione europea dovrà valutare attentamente se le azioni della Banca centrale europea siano compatibili con i poteri ad essa riconosciuti. L'interpretazione della Corte circa tali misure è successivamente rivista del Tribunale costituzionale federale.

Il Tribunale costituzionale federale, relativamente al limite dell'autorizzazione di cui all'articolo 23, comma 1, LF, afferma quanto segue: “la Legge fondamentale non autorizza organi che trattano per la Germania a cedere, per effetto dell'ingresso in uno Stato federale, il diritto di autodeterminazione del popolo tedesco nella forma della sovranità della Germania ai sensi del diritto internazionale. Un passo del genere è, a causa della connessa cessione irrevocabile di sovranità a un nuovo soggetto, riservato alla volontà direttamente espressa dal popolo tedesco”. Il Tribunale costituzionale federale sottolinea che i diritti concreti di sovranità possono trasferirsi solo se *definiti*. Conseguentemente, un trasferimento tale che ne possano derivare altre responsabilità dell'Unione europea sarebbe incostituzionale. In particolare, il trasferimento o l'uso della *competenza della competenza*<sup>28</sup> è proibito. Questi principi si riflettono anche sui trattati di autorizzazione limitata (art. 5, par. 1 TUE), anche per il dovere dell'Unione europea di salvaguardare l'identità nazionale degli Stati membri (art. 4 par. 3 TUE).

---

<sup>27</sup> BVerfGE 123, 267, 347 ss.

<sup>28</sup> Sul punto, una catena di decisioni: BVerfGE 58, 1, 37; 89, 155, 187; 192, 199; 104, 151, 210; 123, 267, 349; 132, 195, 238 s.

#### IV. La gerarchia nel diritto sovranazionale

Con questo siamo giunti alla primazia del diritto primario (diritto internazionale) sul diritto secondario dell'Unione. Le Istituzioni dell'Unione, cioè il Parlamento europeo, il Consiglio europeo, il Consiglio, la Commissione e la Corte di giustizia (art. 13 ss. TUE) debbono la loro esistenza ai trattati internazionali fondativi dell'Unione europea e le loro attività sono tenute al rispetto delle competenze fissate dai trattati. Da ciò si deduce una stretta gerarchia. Ciò nondimeno, le Istituzioni dell'Unione, inclusa la Corte, allargano loro competenza mediante la creazione di diritto (*Rechtsfortbildung*), richiamandosi alla dottrina dei poteri impliciti e alla regola dell'effetto utile. Di ciò prende atto il Tribunale costituzionale federale<sup>29</sup>, ma mette in guardia da una graduale transizione della responsabilità dell'integrazione alle Istituzioni dell'Unione europea, in particolare attraverso la Corte di giustizia, che soleva essere il motore della integrazione.<sup>30</sup>

L'integrazione non può sviluppare le sue dinamiche dall'interno, se non basandosi sul percorso d'integrazione posto in essere dagli Stati membri che sono i "signori dei trattati". I "poteri impliciti" devono limitarsi a mantenersi all'interno dell'autorizzazione ricevuta. Tutto ciò che va oltre è contrario alle misure del diritto internazionale. Lo stesso vale per l'effetto utile, che non può considerarsi una clausola di ottimizzazione della competenza. L'effetto utile può spiegare effetti soltanto nell'interpretazione di un potere limitato volontariamente, in quanto un'altra interpretazione priverebbe di significato l'autorizzazione<sup>31</sup>. In proposito, cito una frase di Gärditz e Hillgruber<sup>32</sup>: "L'interpretazione estensiva di una competenza (limitata) dell'Unione che sia giustificata solo in nome del presunto effetto benefico dell'integrazione ("effetto utile") giustifica [...] l'ovvia presunzione di una violazione della competenza".

Nel contesto dei poteri impliciti, l'effetto utile si colloca all'interno dell'articolo 352 TFUE, il quale contiene una clausola di competenza complementare. Questa clausola - in contrasto con l'articolo 308 TCE, che limitava lo sviluppo pattizio della legislazione della UE solo alla realizzazione di obiettivi all'interno del Mercato Comune<sup>33</sup> - copre tutte le aree della politica (ad eccezione della politica estera e della sicurezza, art. 352, par. 4, TFUE). Il Tribunale costituzionale federale ritiene trattarsi di un'abilitazione generale che permette di una modifica sostantiva del trattato senza l'approvazione dei Parlamenti degli Stati membri. Di qui, la conclusione che il rappresentante tedesco nel Consiglio non possa approvare formalmente una proposta della Commissione di modifica legislativa senza l'accordo delle

---

<sup>29</sup> BVerfGE 123, 267, 351 s.

<sup>30</sup> si veda, con ulteriori riferimenti, Konrad Walter, *Rechtsfortbildung durch den EuGH*, 2009, p. 258 s.; critico anche Rudolf Streinz, *Europarecht*, 8. ed. 2008, n. 164, 566.

<sup>31</sup> Michael Potacs, *Effet utile als Auslegungsgrundsatz*, in *EuR* 44 (2009), p. 465, 474 ss.

<sup>32</sup> Klaus Ferdinand Gärditz/Christian Hillgruber, *Volkssouveränität und Demokratie ernst genommen. Zum Lissabon-Urteil des BVerfG*, in *JZ* 2009, p. 872, 877.

<sup>33</sup> Coi BVerfGE 123, 267, 394 aderendo a Thomas Oppermann, *Europarecht*, 3. ed. 2005, § 6 n. 68.

due Camere del Parlamento tedesco – il *Bundestag* e il *Bundesrat* – ai sensi dell'art. 23 par. 1, prop. 2 e 3<sup>34</sup>.

A questo riguardo, la questione della gerarchia e della competenza è così chiara che il Tribunale costituzionale federale, citando una giurisprudenza precedente, parla di “trasgressione nell'uso delle competenze dell'Unione europea” e rivendica sistematicamente per sé il controllo *ultra vires*<sup>35</sup>: “se non si può ottenere tutela giuridica al livello di Unione, il Tribunale costituzionale federale verifica se gli atti delle Istituzioni ed organismi europei corrispondano al principio di sussidiarietà comunitaria della UE (art. 5 par. 1, 3 e par. 3 TUE) e si mantengano all'interno dei diritti di sovranità loro concessi mediante una autorizzazione individuale limitata”.

Per la questione della gerarchia della competenza, ciò significa che la primazia in sede di applicazione del diritto dell'UE è valida solo in virtù dell'autorizzazione costituzionale e nell'ambito di questa. Esiste, pertanto, solamente una priorità relativa, che si applica *nel contesto delle competenze trasferite*. L'atto legale di trasferimento, costituzionalmente autorizzato, è in posizione gerarchicamente superiore a quanto dispongono le Istituzioni dell'Unione europea. Perché l'Unione europea non è uno Stato federale, dotato della competenza della competenza

La competenza che si fonda su trattati internazionali è il canone di decisione della Corte di giustizia dell'Unione europea, che a sua volta, è stata costituita e dotata di competenze dai trattati. Il Tribunale costituzionale federale affermava, già nel 1987, che il trattato istitutivo della Comunità economica europea non avesse dotato quest'ultima del potere di estendere in modo illimitato le sue competenze<sup>36</sup>. Pertanto, la Commissione potrebbe o dovrebbe considerare illegittimi “atti giuridici” della Commissione o del Parlamento in un procedimento che debordi da quanto pattiziamente stabilito. Se non lo fa, deve accettare che lo faccia il Tribunale costituzionale federale, con l'effetto dell'inapplicabilità in Germania degli atti corrispondenti dell'Unione europea. Questo potere di controllo è giustificato costituzionalmente e non contraddice la disposizione favorevole all'Unione europea della Legge fondamentale, né il principio di leale cooperazione (art. 4, par. 3 TUE). Al contrario, esso è necessario a preservare<sup>37</sup> “le strutture politiche e costituzionali fondamentali di Stati membri sovrani da un processo di progressiva integrazione” e ad evitare che gli Stati membri scivolino gradualmente verso uno Stato federale europeo.

<sup>34</sup> BVerfGE 123, 267, 395.

<sup>35</sup> BVerfGE 58, 1, 30 f.; 75, 223, 235, 242; 89, 155, 188 (*ausbrechender Rechtsakt*).

<sup>36</sup> BVerfGE 75, 223, 242.

<sup>37</sup> BVerfGE 123, 267, 354 in relazione a BVerfGE 113, 273, 296; così ugualmente per gli eccessi di competenza significativi e flagranti *Juliane Kokott*, Deutschland im Rahmen der Europäischen Union, en AöR 119 (1994), p. 207, 233; *Josef Isensee*, Vorrang des Europarechts und deutsches Verfassungsvorbehalte, en Festschrift für Klaus Stern 1997, p. 1239, 1255 s.; un altro punto di vista in *Thomas Schmitz*, Integration in der Supranationalen Union, 2001, p. 285 y ss., per il quale diritto costituzionale degli stati membri deve essere sottomesso senza restrizioni alle decisioni della CGUE.



Il Tribunale costituzionale federale ha affermato ancora una volta nel 2010 che il diritto dell'Unione europea continua a essere soggetto a delegazione e ad autorizzazione pattizia<sup>38</sup>. Le Istituzioni dell'Unione, inclusa la Corte di giustizia, seguitano a dipendere, per allargamenti delle proprie competenze, da modifiche del Trattato, alle quali gli Stati membri si impegnino, assumendone la responsabilità. Il Tribunale costituzionale federale vede di certo il rischio che i controlli *ultra vires* esercitati dalle Corti costituzionali nazionali possano mettere in pericolo la primazia del diritto dell'Unione europea, ma vede anche il rischio di un allargamento di competenze contrarie ai trattati. Pertanto, un controllo *ultra vires* favorevole all'Europa richiede la prova che l'atto dell'Unione europea sia chiaramente nullo, in quanto adottato al di fuori della competenza, e significativamente rilevante. In proposito si citano vari professori tedeschi di diritto costituzionale. Il Tribunale costituzionale federale limita, con successo, allo sviluppo dei programmi previsti dai trattati e alla risoluzione delle lacune e dei conflitti valoriali che emergano nella disciplina pattizia, la competenza della CGUE in ordine alla creazione del diritto (*Rechtsfortbildung*). A questa stregua, quindi, si considerano vietate nuove decisioni politiche fondamentali e mutazioni strutturali dell'ordine delle competenze<sup>39</sup>.

Il Tribunale costituzionale federale si riferisce ai diversi tipi di procedimento nei quali si può esercitare la funzione di controllo<sup>40</sup>. È interessante la proposta del Tribunale di creare un tipo addizionale di procedimento specificamente disegnato per il controllo dell'identità e per il controllo *ultra vires*. La introduzione di un nuovo tipo di procedimento sarebbe un importante segnale rivolto alle Istituzioni dell'Unione e, in particolare, alla Corte di giustizia. La sola menzione del Tribunale costituzionale federale è già un chiaro avvertimento.

<sup>38</sup> BVerfGE 126, 286, 302, también sobre lo siguiente, p. 303 - 307

<sup>39</sup> BVerfGE 126, 186, 304 ss.: Kokott, Isensee; Pernice, Oeter, Scholz.

<sup>40</sup> BVerfGE 123, 267, 354 s.