

La BCE e la Corte di giustizia sul banco degli accusati del Tribunale costituzionale tedesco

GIUSEPPE TESAURO** - PATRIZIA DE PASQUALE***

Sommario: **1.** Premessa. **2.** Il caso *Weiss*. **3.** Il BverfG e il principio delle competenze di attribuzione. **4.** *Segue:* il principio di proporzionalità. **5.** Il controllo di legittimità sugli atti dell'UE. **6.** Brevi conclusioni.

1. Premessa.

La sentenza del *Bundesverfassungsgericht* (Tribunale costituzionale federale; d'ora in poi anche BVerfG), resa il 5 maggio scorso, è destinata (e già se ne vedono i segnali) ad accendere un vivace dibattito sul tema dei rapporti tra gli ordinamenti nazionali e dell'Unione eu-

** Presidente emerito della Corte costituzionale, Presidente AISDUE.

*** Professore ordinario di Diritto dell'Unione europea – Università LUM Jean Monnet di Casamassima-Bari

ropea¹. Ma persino a divenire possibile oggetto di una procedura di infrazione, come paventato dalla presidente della Commissione europea nelle ultime ore.

Infatti, prendendo le mosse dal caso sottopostole, già delicato per conto suo, il BVerfG ha colto l'occasione, ma senza che fosse strettamente necessario ai fini della decisione², per puntualizzare quali sono i principi che, secondo l'europensiero di Karlsruhe, regolano il rapporto tra l'Unione europea e l'ordinamento tedesco. Così, in uno dei passaggi di maggiore impatto sostanziale della lunga sentenza, esso ricorda che la salvaguardia del principio della democrazia passa per il rispetto del riparto di competenze tra Unione e Stati e che le finalità dell'agenda europea per l'integrazione (*Integrationprogramm*) non devono minare il principio delle competenze di attribuzione (punto 112 della sentenza). Per poi aggiungere che il principio di democrazia e quello di sovranità implicano altresì che la portata e l'intensità dell'azione dell'Unione vanno valutate alla luce del principio di proporzionalità.

¹ Judgment of 5th May 2020, 2 BvR 859/15, 2 BvR 980/16, 2 BvR 2006/15, 2 BvR 1651/15, disponibile in lingua in inglese su *bundesverfassungsgericht.de* (*ECB decisions on the Public Sector Purchase Programme exceed EU competences*). La controversia ha inizio con ricorso introdotto da 35 deputati della CDU innanzi al Tribunale costituzionale tedesco. A seguito di rinvio pregiudiziale promosso da quest'ultimo ex art. 267 TFUE (18 luglio 2017), la Corte di giustizia si è pronunciata sul punto l'11 dicembre 2018 (causa C-493/17, *Weiss*), rimettendo così la causa nuovamente al *Bundesverfassungsgericht* per la risoluzione definitiva (5 maggio 2020).

² Riecheggiando anche sotto tale profilo il ben noto *obiter dictum* inserito nella sentenza n. 269/2017 della Corte costituzionale italiana (7 novembre 2017).

Sebbene la pronuncia non riguardi specificamente il nuovo programma di acquisto legato all'emergenza pandemica di Covid-19³, essa ha potenzialmente gettato, con un vero e proprio monito, un'ombra su di esso e sulla posizione che la Germania ha assunto più in generale nell'approccio alla crisi finanziaria determinata da quella sanitaria. In breve, ha parlato a Manfred perché Konrad intenda. E il grande interesse e le molte critiche allarmate e allarmanti suscitate dalla sentenza sono precisamente da collegare all'attuale contesto complessivamente critico, in più Paesi membri specie di non remota democrazia, sull'Europa, sulla BCE e sui rimedi alla crisi delle economie, rese ancor più aspre in tempi difficili segnati dal coronavirus, oltre che dalla ormai abituale tentazione di soddisfare esigenze politiche o elettorali interne. Cominciando da questo specifico profilo, ci sia consentito formulare una critica preliminare: almeno una Corte costituzionale, qual è il *Gericht* di Karlsruhe, avrebbe dovuto sottrarsi a quella tentazione ed evitare di entrare, specie se a gamba quasi tesa, in una discussione antica più da letteratura mediatico-politica che da funzione giurisdizionale. Specie dopo aver risolto, con un sostanziale, ma semplice e per giunta rimediabile, difetto di motivazio-

³ Sul punto, C. PESCE, *Pandemic Emergency Purchase Programme (PEPP): contenuti, finalità e basi giuridiche dell'azione monetaria UE*, in *I Post di AISDUE*, sezione "Coronavirus e diritto dell'Unione", vol. II, n. 5, 2020, p. 39 ss. V. anche. G. SCIACCA, *Nazionalismo giudiziario e diritto dell'Unione europea: prime note alla sentenza del BVerfG sui programmi di acquisto di titoli del debito della BCE*, in *DPCE on line* 2-2020.

ne e niente più, la valutazione di non illegittimità delle misure della BCE sotto l'impero di Draghi, già benedette dalla Corte di giustizia nel non lontano caso *Weiss*.

2. Il caso *Weiss*

La pronuncia del Tribunale costituzionale tedesco rappresenta l'ultimo approdo (almeno per il momento) della giurisprudenza sulla legittimità di misure adottate dalla BCE ⁴. Giurisprudenza – nata con altri protagonisti, con il noto caso *Pringle* (MES) ⁵ – che ha visto confrontarsi il BverfG, da un lato, e la Corte di giustizia, dall'altro, nel caso *Gauweiler* (OMT) ⁶ e nel caso *Weiss* ⁷ sulla questione della

⁴ In dottrina, sulla crisi finanziaria, G. ADINOLFI, M. VELLANO (a cura di), *La crisi del debito sovrano degli stati dell'area euro: Profili giuridici*, Torino, 2013.

⁵ Sentenza della Corte di giustizia (sezione plenaria) del 27 novembre 2012, causa C-370/12, *Pringle*. Nella letteratura giuridica italiana, per tutti, F. MUNARI, *Da Pringle a Gauweiler: i tormentati anni dell'unione monetaria e i loro effetti sull'ordinamento giuridico europeo*, in *Il Diritto dell'Unione Eur.*, 2015, p. 724 ss. e la numerosissima dottrina ivi citata; C. KOEDOODER, *The Pringle Judgment: Economic and/or Monetary Union?*, in *Fordham International Law Journal*, 2013, p. 111 ss.; G. LO SCHIAVO, *The Judicial 'Bail Out' of the European Stability Mechanism: Comment on the Pringle Case*, in *CoE Research Papers in Law*, n. 9, 2013. Sulle origini del MES, A. DE GREGORIO MERINO, *Legal developments in the Economic and Monetary Union during the debt crisis: The mechanisms of financial assistance*, in *Common Market Law Rev.*, 2012, p. 1613 ss.

⁶ Sentenza della Corte di giustizia del 16 giugno 2015, causa C-62/14, *Gauweiler e a.* Il caso *Gauweiler* concerneva la validità delle decisioni del Consiglio direttivo della Banca centrale europea in tema di "Operazioni definitive monetarie" (*Outright Monetary Transactions* - OMT) dell'Eurosistema sui mercati secondari del debito sovrano. Per un commento alla pronuncia, F. MARTUCCI, *La Cour de justice face à la politique monétaire en temps de crise de dettes souveraines: l'arrêt Gauweiler entre droit et*

compatibilità del *Public Sector Asset Purchase Programme* (PSPP, comunemente noto come *Quantitative Easing* - QE) con i Trattati dell'Unione. Si tratta del programma inserito nel pacchetto di misure che ha dato contenuto al ben noto “*whatever it takes*” lanciato dall'allora Presidente della BCE e che autorizzava l'acquisto dei titoli di debito pubblico degli Stati in maggiore difficoltà, al fine di prevenire la frammentazione dei mercati finanziari.

Occorre ricordare che, in *Weiss*, come in *Gauweiler*, il rinvio pregiudiziale da Karlsruhe nasceva dalla “minaccia” neppure tanto velata dei giudici tedeschi di dichiarare le misure della BCE *ultra vires* e di bloccare pertanto il QE⁸. La Corte di giustizia, però, aveva escluso

marché – *Commentaire de l'arrêt CJ, 16 juin 2015, Peter Gauweiler e. a, C-62/14*, in *Cahiers de droit eur.*, 2015, p. 493 ss.; V. BORGER, *Outright Monetary Transactions and the Stability Mandate of the ECB: Gauweiler*, in *Common Market Law Rev.*, 2016, p. 139 ss.; P. CRAIG, M. MARKAKIS, *Gauweiler and the Legality of O.M.T.*, in *European Law Rev.*, 2016, p. 4 ss. Cfr. anche i numerosi contributi nel n. 1 del 2016 della rivista *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, ad opera di F. FABBRINI, T. TRIDIMAS, D. SARMIENTO, M. GOLDMANN, J.-V. LOUIS, M. CLAES, C. ZILIOLI, S. SCIARRA e a.

⁷ Sentenza della Corte di giustizia dell'11 dicembre 2018, causa C-493/17, *Weiss*. Cfr. A. A. M. MOOIJ, *The Weiss judgment: The Court's further clarification of the ECB's legal framework: Case C-493/17 Weiss and others*, *EU:C:2018:1000*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2016, p. 449; R. MICCÙ, *Le trasformazioni della costituzione economica europea: verso un nuovo paradigma?*, in *federalismi.it*, n. speciale 5, 2019, p. 33 ss.; R. CISOTTA, *Profili istituzionali della BCE e la fine (prossima?) del Quantitative Easing*, in *osservatoriosullefonti.it*, n. 3, 2018.

⁸ F. PENNESI, *Nel nome della stabilità dei prezzi? La Corte di giustizia approva il Quantitative Easing della Banca centrale europea (nota a sentenza C-493/17, Weiss e a.)*, in *diritticomparati.it*, 2018, p. 1. Cfr. anche F. FABBRINI, R. D. KELEMAN, *With one court decision, Germany may be plunging Europe into a constitutional crisis*, in *washingtonpost.com*, 7 maggio 2020.

che la BCE avesse ecceduto i limiti delle competenze ad essa attribuite. Ed aveva stabilito la conformità del QE con i Trattati istitutivi, precisando che l'acquisto di attività finanziarie nel mercato secondario è espressamente previsto dall'art. 18 dello Statuto della BCE. Ed altresì che tali acquisti erano proporzionati all'obiettivo di combattere la deflazione.

In particolare, la Corte di giustizia anzitutto aveva sottolineato che *«al fine di stabilire se una misura rientri nella politica monetaria, occorre fare riferimento principalmente agli obiettivi di questa misura»*, e ai mezzi che tale misura mette in campo per raggiungerli (punto 53); con la precisazione che spetta alla BCE perseguire l'obiettivo principale della politica monetaria, ovvero il mantenimento della stabilità dei prezzi. Per poi affermare che *«Risulta dall'articolo 119, paragrafo 2, e dall'articolo 127, paragrafo 1, TFUE, letti in combinato disposto con l'articolo 5, paragrafo 4, TUE, che un programma di acquisti di titoli rientrante nella politica monetaria può essere validamente adottato e attuato soltanto se e in quanto le misure che esso comporta siano proporzionate agli obiettivi di tale politica»* (punto 71). Precisazione, quest'ultima, quasi ovvia per un cultore abituale del diritto dell'Unione e non solo.

La Corte di Lussemburgo era stata chiamata pure a valutare la compatibilità del QE con il divieto di finanziamento monetario previsto

dall'art. 123 TFUE, giacché è espressamente vietato alla BCE di acquistare titoli sovrani nel mercato primario, direttamente dagli Stati al momento dell'emissione⁹; mentre, ai sensi dell'art. 18 dello Statuto della BCE, tali operazioni sono autorizzate sul mercato secondario. Di talché, ricorrendo a tali operazioni, i soggetti privati potrebbero aggirare il divieto e comprare i titoli, prescindendo dal loro valore sul mercato e agendo in sostanza come intermediari della BCE. Al riguardo, il giudice dell'Unione aveva precisato che il «*SEBC ha istituito un certo numero di garanzie che permettono in modo specifico di impedire agli operatori privati di prevedere con certezza se determinati titoli verranno effettivamente riacquistati, sui mercati secondari, nell'ambito del PSPP*» (punto 117).

3. Il BverfG e il principio delle competenze di attribuzione

È proprio dalla sentenza *Weiss* che il BverfG prende le mosse e, in qualche modo, le distanze. Al di là della sua portata specifica, la pronuncia, nelle trasparenti intenzioni del collegio che l'ha resa in sintonia con la sua visione dell'Unione e del rapporto con l'ordinamento nazionale, invita ad alcune riflessioni di carattere generale, in quanto si snoda su due principi cardine del sistema dell'Unione europea: il

⁹ Per una ricostruzione sull'art. 123 TFUE, R. CISOTTA, *Disciplina fiscale, stabilità finanziaria e solidarietà nell'Unione europea ai tempi della crisi: alcuni spunti ricostruttivi*, in *Il Diritto dell'Unione Eur.*, 2015, p. 57 ss.

principio delle competenze di attribuzione e quello di proporzionalità. E rinvia poi ad un tema caro da tempo al BverfG, ovvero la competenza a giudicare sulla legittimità degli atti delle istituzioni europee - sostanzialmente, un controlimite non poco esteso - e che, nella causa *de qua*, riguarda gli atti della BCE. Istituzione che, com'è noto, ha una natura particolare e riveste in fatto un ruolo atipico.

Il principio delle competenze di attribuzione viene invocato con riferimento all'infelice scelta, operata dagli Stati con il Trattato di Maastricht, di separare la politica monetaria dalla politica economica. Infatti, la politica monetaria e la politica economica dell'Unione europea, pur essendo la prima lo specchio della seconda, sono caratterizzate da una diversità di strumenti e da un diverso grado di incidenza negli Stati membri così profonda da suscitare perplessità già ad una prima lettura delle disposizioni convenzionali rilevanti. Da un lato, la competenza delle istituzioni europee in materia economica è espressamente limitata al coordinamento delle relative politiche degli Stati membri, in fatto una competenza da conforto spirituale¹⁰; e lo stesso dicasi per la tutela della salute. Dall'altro lato, limitatamente al gruppo degli Stati membri la cui moneta è l'euro, la politica monetaria costituisce una competenza esclusiva dell'Unione (art. 3, par. 1, lett.

¹⁰ Ai sensi dell'art. 5 TFUE, «Gli Stati sono chiamati a coordinare le loro scelte economiche nell'ambito dell'Unione. A tal fine il Consiglio adotta delle misure, in particolare, gli indirizzi di massima per dette politiche».

c), TFUE). Il paradosso di questo sistema trova ragione nella forte riluttanza degli Stati a cedere all'Unione competenze in un settore da sempre ancorato strettamente alla loro sovranità. In breve, un sovranismo della prima ora, mitigato, però, dai poteri progressivamente tollerati o riconosciuti alle istituzioni europee in molti altri settori che, direttamente o indirettamente, riguardano la politica economica e nei quali è previsto un intervento delle istituzioni più incisivo (ad esempio, oltre alla politica monetaria, le regole di concorrenza, con gli aiuti, il mercato interno, la coesione economica, sociale e territoriale, soprattutto l'agricoltura, i trasporti, l'energia).

Le responsabilità delle scelte di politica economica, in fatto almeno quelle maggiori, sono state, dunque, lasciate esclusivamente nelle mani degli Stati membri, in forza della loro volontà espressa già nel Trattato istitutivo del 1957 e mai modificata. La politica monetaria, viceversa, che pure con la politica economica era stata mantenuta in origine alla responsabilità dei singoli Stati, è stata successivamente attribuita alla beata solitudine della BCE, la cui tentazione di fare di quando in quando gestione più che vigilanza è ormai trasparente. D'altronde, è davvero difficile anche solo immaginare che le due politiche possano realmente rimanere nettamente distinte e non influenzarsi in qualche modo a vicenda (come è accaduto più volte).

La stessa Corte di giustizia ha cercato di “legittimare” le incursioni degli interventi monetari nel più ampio spazio riservato agli Stati, in considerazione del fatto che il confine tra le due politiche è talvolta invisibile anche ai più zelanti osservatori. In *Pringle* e in *Gauweiler* aveva ritenuto che una misura di politica monetaria non potesse essere equiparata ad una misura di politica economica soltanto perché in grado di avere effetti indiretti sulla stabilità dell’euro (punto 56 e punto 52, rispettivamente). E, in *Gauweiler*, aveva pure osservato che tali incidenze indirette non possono determinare l’equiparazione della relativa misura ad una di politica economica, «dal momento che risulta dagli articoli 119, paragrafo 2, TFUE, 127, paragrafo 1, TFUE e 282, paragrafo 2, TFUE che, fatto salvo l’obiettivo della stabilità dei prezzi, il SEBC sostiene le politiche economiche generali nell’Unione» (punto 59). Fino a riconoscere, con una certa benevole disinvoltura, in *Weiss*, che «al fine di esercitare un influsso sui tassi di inflazione, il SEBC è necessariamente portato ad adottare misure che hanno determinati effetti sull’economia reale, i quali potrebbero altresì essere ricercati, per altri scopi, nell’ambito della politica economica» (punto 66).

Invero, al di là dei garbati sforzi di mettere in luce le inevitabili interconnessioni esistenti tra le due politiche prima di *Weiss*, la Corte di giustizia aveva sempre tenuto presente i confini entro cui l’esercizio di competenze dell’Unione deve muoversi, nel rispetto del principio

delle competenze di attribuzione. E, soprattutto in *Pringle* aveva precisato che l'adozione di una politica economica è fondata sul coordinamento delle politiche economiche dei singoli Stati membri che ne hanno la responsabilità (punto 51).

Non desta meraviglia, quindi, che dopo aver ricordato che in materia di politica economica la competenza dell'Unione europea non può spingersi oltre un mero coordinamento delle politiche degli Stati membri e che il SEBC può soltanto sostenere le politiche economiche generali dell'UE, il Tribunale costituzionale federale della Germania ribadisca il suo europensiero ed affermi «*The distinction between economic policy and monetary policy is a fundamental political decision with implications beyond the individual case and with significant consequences for the distribution of power and influence within the European Union. The classification of a measure as a monetary policy matter as opposed to an economic or fiscal policy matter bears not only on the division of competences between the European Union and the Member States; it also determines the level of democratic legitimation and oversight of the respective policy area, given that the competence for monetary policy has been conferred upon the ESCB as an independent authority pursuant to Arts. 130, 282 TFEU*» (punto 159). E che abbia aggiunto significativamente che gli interventi di politica monetaria comportano sempre un impatto sui tassi di interesse e sulle condizioni di rifinanziamento bancario; im-

patto che ha necessariamente conseguenze per le condizioni di finanziamento del disavanzo pubblico degli Stati membri (punto 130).

Per il BverfG, in definitiva, l'adozione di un programma sull'acquisto di titoli di Stato rientra tra le competenze di politica monetaria della BCE, ma può essere validamente adottato e attuato soltanto se le misure che esso comporta siano proporzionate agli obiettivi di tale politica. Affermazione che francamente non pare meriti censure, se non su piani diversi da quello giuridico.

4. *Segue:* il principio di proporzionalità

Più precisamente, affrontando il delicato tema della proporzionalità del programma di acquisto dei titoli di Stato, il BverfG ha sottolineato la necessità che l'obiettivo di politica monetaria del programma controverso e i suoi effetti sulla politica economica debbano essere ben identificati, ponderati ed equilibrati l'uno rispetto agli altri. Ed ha chiarito che soltanto qualora l'obiettivo della politica monetaria fosse perseguito incondizionatamente e gli effetti sulla politica economica fossero ignorati, allora si determinerebbe una violazione del principio di proporzionalità, così riconoscendo lo stretto legame tra le due politiche e l'impossibilità che gli interventi monetari non abbiano ricadute nella sfera economica e/o fiscale.

Ha poi aggiunto che, in considerazione della loro responsabilità verso il processo di integrazione europea, il governo federale e il Bundestag sono tenuti ad adottare misure volte a garantire che la BCE, sulla base del *test* di proporzionalità, bilanci gli effetti attesi per il raggiungimento degli obiettivi di politica monetaria con quelli (negativi) ricadenti al di fuori di essa.

Con specifico riferimento al PSPP, il Tribunale costituzionale tedesco rileva che non è possibile accertare che tale bilanciamento sia stato effettuato, né al momento del suo lancio né durante la sua attuazione; affermazione invero alquanto sibillina, dal momento che è pacifico che la proporzionalità è una prognosi, non certo da verificare solo col senno di poi, soprattutto se si trae come conseguenza la chiara petizione di principio che emerge dalla sentenza che ci occupa: le decisioni della BCE eccedono le sue competenze in materia di politica monetaria e, quindi, sono *ultra vires*.

Sulla base di questo presupposto il BverfG ritiene che il giudice di Lussemburgo non abbia sottoposto l'azione della BCE a un effettivo controllo di conformità con il principio delle competenze di attribuzione e non abbia verificato, alla luce del principio di proporzionalità, il bilanciamento degli effetti di politica economica e fiscale del PSPP rispetto agli obiettivi di politica monetaria (punti 162 e 163). Sicché, continuando nella contraddizione tra non illegittimità delle

misure e incompetenza, «*The CJEU thus acted ultra vires, which is why, in that respect, its Judgment has no binding force in Germany*».

Se questa appare a prima lettura l'affermazione più grave della sentenza ¹¹, è pur vero che essa è temperata da successive specificazioni che ne fanno prevedere un impatto meno dirompente. Infatti, il BverfG pone in una sorta di limbo la partecipazione della *Bundesbank* al PSPP che, se per il momento resta inalterata, tra tre mesi potrebbe venir meno, con tutte le conseguenze immaginabili per la indisturbata sopravvivenza dell'eurozona e, secondo alcune ipotesi a dir poco catastrofiche, per l'intero processo di integrazione.

Invero, il Tribunale costituzionale federale della Germania ha posto la BCE davanti ad un vero e proprio ultimatum: per evitare l'opzione "terminale", il Consiglio direttivo della BCE deve adottare una nuova decisione che dimostri «*in a comprehensible and substantiated manner*» che gli obiettivi di politica monetaria perseguiti dalla BCE non sono sproporzionati rispetto agli effetti di politica economica e fiscale risultanti dal programma. (punto 235). In breve, un artificio processuale che merita riflessione: non inammissibile, non infondato, ma incomprensibile.

¹¹ Cfr. M. AVBELJ, *The Right Question about the FCC Ultra Vires Decision*, in *Verfassungsblog*, 6 maggio 2020.

5. Il controllo di legittimità degli atti dell'UE

Pertanto, sulla base di un difetto di adeguatezza del *test* di proporzionalità, il BverfG, censura in modo sanabile le azioni adottate dalla BCE nell'esercizio delle sue competenze e, di riflesso, la sentenza della Corte di giustizia che appena un paio di anni fa aveva lasciato indenne quelle stesse misure della BCE da ogni censura sul preteso contrasto con le norme dell'Unione relative ai poteri stabiliti dai Trattati.

Al riguardo, va rilevato che il principio di proporzionalità – che, com'è noto, trova origini remote proprio nell'ordinamento tedesco – impone di graduare, nell'esercizio di competenze sia esclusive che concorrenti, i mezzi prescelti rispetto alle caratteristiche dell'obiettivo di volta in volta perseguito. Vale a dire che l'esercizio di una determinata competenza deve essere utile e pertinente per la realizzazione dell'obiettivo per il quale la competenza è stata conferita; deve essere pure necessario e indispensabile, quindi, sì che qualora per il raggiungimento dello scopo possano essere impiegati vari mezzi, la competenza deve essere esercitata in modo da recare il minor pregiudizio ad altri obiettivi o interessi degni di eguale protezione; infine, è necessario provare che esista un nesso tra l'azione e l'obiettivo. Sulla base del Protocollo n. 2 allegato ai Trattati

(sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità) spetta, *ex ante*, a tutte le istituzioni valutare la portata e l'intensità della loro azione; e, *ex post*, alla Corte di giustizia controllare gli atti alla luce di tali principi, nella misura in cui essa è competente ad assicurare "il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei trattati" (art. 19 TUE, in origine art. 164 del Trattato di Roma).

Non si può perciò affatto apprezzare la tirata di orecchie che il Tribunale costituzionale federale tedesco ha fatto, anche con toni didattici di monito, alla Corte di giustizia dell'Unione. Riemerge una vecchia posizione del BverfG, che vorrebbe sindacare e all'occorrenza precludere l'applicazione in Germania di atti che esso soggettivamente ritiene abbiano superato i poteri attribuiti dagli Stati membri all'Unione, compresa la Corte di giustizia e la BCE. Tale posizione, sollecitata soprattutto da ambienti nostalgici e con memoria ancora viva delle ragioni che portarono, cominciando non a caso dalla CECA, alla creazione della Comunità, oggi Unione, europea, era stata manifestata già con la sentenza *Maastricht* dell'ottobre 1993¹² e con quella resa in occasione del Trattato di Lisbona, ma non ha avuto fortuna tra i giudici comuni tedeschi. Ebbene, mentre sul punto della

¹² Sentenza della *Bundesverfassungsgericht* del 12 ottobre 1993, 2 BvR 2134/92 e 2 BvR 2159/92. V. al riguardo gran parte degli atti di un Seminario tra le Corti costituzionali svoltosi alla nostra Corte nel 1995, con interventi anche del relatore della sentenza e dell'avvocato generale della Corte di giustizia G. TESAURO: *Corte Costituzionale, Diritto comunitario europeo e diritto nazionale*, Milano 1997.

proporzionalità non c'è molto da dire, trattandosi di una questione di merito, rispetto alla quale possiamo o meno rammaricarci, ad ognuno e anche al giudice, ivi compreso il giudice di Germania, è consentito avere un'opinione, al più, come nella specie, è censurato un vizio di motivazione: da rinforzare e finisce lì. Sul secondo punto, viceversa, va fatta una riflessione più generale sul pensiero del BverfG quanto al sistema giuridico dell'Unione ed in particolare sul controllo giurisdizionale degli atti delle istituzioni.

Che la base del sistema dell'Unione complessivamente considerato sia convenzionale e che gli Stati membri siano i "signori dei trattati" è pacifico. I Trattati istitutivi e le successive integrazioni sono norme internazionali e la loro efficacia all'interno degli ordinamenti nazionali è ancorata a questi ultimi. Precisamente per questo motivo gli Stati membri ben possono modificare e integrare quei Trattati, purché, beninteso, con le procedure volute, previste e sottoscritte dagli stessi Stati. Ciò che tuttavia questi non possono legittimamente fare è, dopo aver attribuito, come hanno attribuito con una scelta politica libera e consapevole nell'esercizio pieno della loro signoria, al giudice dell'Unione la competenza esclusiva quanto al controllo giurisdizionale sulla legittimità degli atti dell'Unione (ripetiamo: art. 164 del Trattato di Roma del 1957, art. 19 con la riforma di Lisbona), pretendere poi di verificarne ogni giorno il buon esercizio sulla base dei rispettivi parametri di legittimità e di interesse. Non occorre scomoda-

re troppe e sofisticate teorie giuridiche, basta già la norma di buon senso, oltre che universale, *pacta sunt servanda*.

In definitiva, questo del Tribunale costituzionale tedesco è, con tutto il rispetto, un errore tecnico, con violazione di una norma centrale del sistema, e insieme un errore di prospettiva. È, infatti, facile immaginare le conseguenze di una sua effettiva e diffusa applicazione se ogni giudice nazionale, quale ne sia il rango, possa decidere di sindacare la legittimità di atti dell'Unione rispetto a parametri di diritto dell'Unione: la conseguenza sarebbe a dir poco un... piccolo caos, laddove lo sforzo comune di tutti i Paesi membri che non abbiano tentazioni egemoniche o sovraniste esasperate, è da sempre di perseguire l'uniformità centralizzata di interpretazione e applicazione delle norme sottoscritte nei Trattati dell'Unione, connotato insostituibile dell'Unione¹³. O vogliamo tornare alla concezione Jellinekiana e alle sue conseguenze? Non si tratta solo di sottolineare negativamente un'abitudine comune ad alcuni operatori e ad alcuni amabili pensatori di distaccarsi dalla norma e di usare solo la propria dottrina, ma in realtà la propria fantasia in vista del proprio interesse nazionale (come si legge nella sentenza del Tribunale costituzionale tedesco): per risolvere sì una semplice controversia, ma con effetti potenzialmente

¹³ Cfr. M. P. MADURO, *Some Preliminary Remarks on the PSPP Decision of the German Constitutional Court*, in *Verfassungsblog*, 6 maggio 2020.

negativi sul sistema nel suo complesso¹⁴. Guardando in trasparenza quest'approccio al diritto dell'Unione europea si coglie ben altro, qualcosa che si collega sostanzialmente al primato degli interessi economico-finanziari di un solo Paese membro *ueber alles*¹⁵. I Trattati che ci occupano hanno ben avuto il doveroso passaggio parlamentare, in alcuni casi sofferto, ma non certo inconsapevole; e possono, è appena il caso di ripeterlo, essere modificati con le procedure tassativamente previste, non certo con una levata di scudi fuor d'opera di un giudice nazionale, sia pure costituzionale federale.

La Corte di giustizia non ha potuto fare a meno di reagire alla sentenza del Tribunale costituzionale tedesco con un comunicato stampa, dell'8 maggio, ricordando che una sentenza pronunciata su rinvio pregiudiziale, nella specie d'interpretazione ma sostanzialmente anche di validità di norme dell'Unione, è vincolante per il giudice nazionale, per la soluzione della controversia dinanzi ad esso pendente

¹⁴ Come nota B. CARAVITA, *L'arroganza del tribunale di Karlsruhe che sgambetta la Ue favorisce i sovranisti*, in *ildubbio.news*, 8 maggio 2020, il rischio è che si risvegliano in tutti gli altri paesi istinti nazionalistici e che anche le altre corti nazionali si sentino «legittimate a mettere in difficoltà, se non a sbeffeggiare la Corte europea (basta pensare come utilizzeranno questa pronuncia del Tribunale tedesco i governi polacco e ungherese per non dare applicazione a recenti sentenze di condanna!)».

¹⁵ Cfr. l'analisi di H. SAUER, *ex* assistente al Tribunale costituzionale tedesco, in *eu-lawlive.com* (*Substantive EU Law review beyond the veil of democracy: the German Federal Constitutional Court ultimately acts as a Supreme Court of the EU*, 9 maggio 2020, p. 8): «The BverfG engages in this case as if it were the Supreme Court of the EU while ostensibly worrying about German democracy. Even in a constitutional order of pluralism this is hard to justify».

e non solo ¹⁶. Ha rivendicato poi la competenza esclusiva, che beninteso è anche un dovere, a valutare la legittimità degli atti dell'Unione, al fine di non compromettere l'unità dell'ordinamento giuridico dell'Unione e pregiudicare la certezza del diritto ¹⁷ e, infine, ha ribadito che i giudici nazionali sono obbligati a garantire la piena efficacia del diritto dell'Unione ¹⁸, perché soltanto in questo modo può essere assicurata «*l'uguaglianza degli Stati membri nell'Unione da essi creata*» ¹⁹.

6. Brevi conclusioni.

In conclusione, l'episodio non va drammatizzato oltre il giusto, ma neppure va sottovalutato, costituendo un episodio infelice, come altri in passato, della normale dialettica del tanto apprezzato dialogo tra le Corti ²⁰. Dispiace solo la strumentalizzazione di molti che, tuttologi o

¹⁶ Sentenza della Corte di giustizia del 14 dicembre 2000, causa C-446/98, *Fazenda Pública*, punto 49. Per l'Italia, v. già le sentenze della Corte costituzionale n. 113 del 19 aprile 1985 e n. 389 del 4 luglio 1989.

¹⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 22 ottobre 1987, causa C-314/85, *Foto-Frost*, punti 15 e 17.

¹⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 4 luglio 2006, causa C-212/04, *Adeneler e a.*, punto 122.

¹⁹ Cfr. Corte di giustizia, Comunicato stampa a seguito della sentenza della Corte costituzionale tedesca del 5 maggio 2020, 8 maggio 2020.

²⁰ Non è la prima volta – e non sarà l'ultima – in cui una Corte nazionale tenterà di imporre la propria interpretazione del diritto dell'Unione su quella della Corte di giustizia. Per una rassegna degli episodi passati, v. D. SARMIENTO, *Requiem for Judicial*

no, sanno poco di che cosa parlano. E ancor di più che il Tribunale costituzionale tedesco non abbia valutato con maggiore attenzione – come avrebbe dovuto – l’opportunità di inserire a sproposito nella sentenza sul PSPP un *obiter dictum* di cui in questo momento storico così delicato, tra coronavirus e nostalgici sovranismi diffusi, non sentivamo il bisogno.

È pur vero che un simile *obiter dictum* potrebbe questa volta sì trasformarsi in uno *tsunami*, abbattendosi pesantemente anche sui programmi varati (o che dovrebbero essere varati) per uscire dalla crisi finanziaria determinata dalla pandemia di Covid-19; ma potrebbe diventare anche la leva decisiva per un tentativo di qualche ritocco del sistema. Riunire in capo all’Unione la politica monetaria e quella economica è di sicuro al momento velleitario, ma mettere ordine nei paradisi fiscali di qualche Paese membro per costruire al riguardo un contesto di concorrenza realmente sana ²¹, inventare un percorso normativo privilegiato per le situazioni di emergenza almeno con una formale disciplina della funzione di coordinamento della Commissione, e trovare il coraggio per lasciare liberi di un sostanziale *opting*

Dialogue – The German Federal Constitutional Court’s Judgment in the Weiss case and its European implications, in *eulawlive.com*, 9 maggio 2020, p. 13.

²¹ Procede anche oltre S. CAFARO, *Quale Quantitative Easing e quale Unione europea dopo la sentenza del 5 maggio?*, in *sidiblog.org*, 8 maggio 2020: «E tuttavia, se proprio volessimo trovarvi un risvolto positivo, sarebbe nella ulteriore spinta alla creazione di una capacità fiscale europea alimentata da nuove ulteriori risorse proprie, che sollevi la BCE dai difficili equilibrismi cui è chiamata come supplente della politica».

out o di *exit* i Paesi membri scontenti del rispetto dei principi della *Rule of Law*, sono ipotesi sulle quali c'è almeno da riflettere.