

DIANA-URANIA GALETTA - JACQUES ZILLER (*)

**KARLSRUHE ÜBER ALLES? RIFLESSIONI A MARGINE
DI UNA PRONUNZIA “ASSOLUTAMENTE
NON COMPRENSIBILE” E “ARBITRARIA”
(COMMENTO A BVERFG 05.05.2020, 2 BVR 859/15, WEISS)**

The judgment of 5 May 2020 of the Zweiter Senat of the Bundesverfassungsgericht is manifestly inappropriate from a legal point of view as it expresses the German constitutional judge’s claim to assess the legality of the ECB’s decisions and the correctness of reasoning of the CJEU in Weiss. The German judges are using the principle of proportionality to assess the correct application of the principle of conferral in a way that is “simply completely unintelligible and thus objectively arbitrary” — to use their own qualification of the CJEU’s reasoning. Furthermore, the judges make a very questionable use of the principle of democracy and of economic analysis in assessing the correctness of the ECB’s PSPP program. The judgement is extremely dangerous by ultimately questioning the application of EU law in a Member State and it encourages other courts and Member States’ governments to do the same. The German judges’ reasoning is the glaring demonstration of a form of “cultural dominance” which particularly emerges in the reasoning carried out on proportionality.

SOMMARIO: 1. Premessa: la lettura della sentenza alla luce della *Dogmatik* e del

(*) Diana-Urania Galetta è Professore ordinario di Diritto amministrativo presso l’Università degli Studi di Milano. Jacques Ziller è Professore ordinario di diritto dell’Unione europea presso l’Università degli Studi Pavia, già *Professeur de droit public à l’Université de Paris I Panthéon-Sorbonne*. Il presente saggio è frutto della comune riflessione dei due Autori e prende le mosse dai contributi “a prima lettura” pubblicati, in lingua italiana, rispettivamente, il 7 e l’8 maggio 2020 in *Federalismi.it*, 14/2020, p. 166 ss. (<https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=42380>) e sul sito di AISDUE, in <https://www.aisdue.eu/>. Oltre che, in lingua inglese, in CERIDAP, in <https://ceridap.eu>. Si precisa che tutte le traduzioni dal tedesco (e da altre lingue) contenute nel testo sono degli autori. In questo senso la versione in lingua inglese della sentenza pubblicata sul sito del BVerfG è una traduzione solo parziale e che non ha alcun valore ufficiale, essendo solo una “versione di cortesia” messa a disposizione di chi non ha accesso alla versione in lingua originale.

Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung. — 2. *Segue:* Lo sviluppo della giurisprudenza *Solange*, dai controllimiti al primo rinvio pregiudiziale del *BVerfG*. — 3. La causa *Weiss* c. BCE. — 4. *Segue.* La censura della sentenza *Weiss* della Corte di Giustizia sulla base del principio democratico e del controllo della delimitazione delle competenze *ex art. 5 TUE*. — 5. Il principio di proporzionalità: *Verhältnismäßigkeitsgrundsatz* o principio di proporzionalità UE? L'equivoco della Corte di Karlsruhe. — 6. *Segue.* La valutazione del *BVerfG* sulla proporzionalità delle decisioni della BCE: un ragionamento di economia politica non sufficientemente solido ed una valutazione che travalica nel merito delle decisioni adottate. — 7. Il diritto come scienza sociale? Fra tentativi di "egemonia culturale" ed errori imperdonabili.

1. *Premessa: la lettura della sentenza alla luce della Dogmatik e del Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung.*

In estrema sintesi, con la pronunzia in commento (1) il *Bundesverfassungsgericht* (Tribunale costituzionale federale (2)) censura la sentenza *Weiss* della Corte di giustizia dell'Unione europea dell'11 dicembre 2018 (3) per la ragione che (a suo parere) la Corte UE, limitandosi al controllo dell'errore manifesto nel suo sindacato sulle decisioni della BCE, avrebbe oltrepassato i limiti della propria competenza (c.d. *ultra vires*).

A prescindere dalle (possibili) conseguenze della sentenza, di cui anche diremo, quello che tenteremo di mettere in evidenza col presente contributo è, soprattutto, come e perché il ragionamento seguito dai giudici della seconda Sezione del Tribunale costituzionale federale tedesco (*BVerfG*) non stia in realtà in piedi. Lungi, cioè, dal trattarsi di un solido ragionamento giuridico, l'argomentare dei giudici di *Karlsruhe* rivela lacune e veri propri errori in diritto: come tenteremo qui di dimostrare, anche per uscire un po' dal coro di quelle voci che, pur critiche avverso la sentenza, si sono concentrate soprattutto sulle sue possibili conseguenze, partendo tuttavia dal

(1) *BVerfG*, Urteil des Zweiten Senats vom 05. Mai 2020, 2 BvR 859/15, Rn. (1-237), in http://www.BVerfG.de/e/rs20200505_2bvr085915.html. (in tema di ammissibilità del Quantitative Easing (QE)). Per un utile riassunto dei contenuti della pronuncia si rinvia al comunicato stampa, tradotto in italiano a cura di ANDREA CARAVITA, *Corte costituzionale federale tedesca (BVerfG)-Le decisioni della BCE sul programma di acquisti di titoli di Stato eccedono le competenze. Comunicato stampa n. 32/2020 del 5 maggio 2020*, in *Federalismi.it*, 13/2020 del 13.05.2020, <https://www.federalismi.it/>.

(2) La traduzione esatta di *Gericht* è Tribunale, mentre Corte corrisponde a *Gerichtshof*. I diversi *Länder* hanno anche dei tribunali costituzionali — chiamati *Gerichtshof* o *Gericht* a secondo del *Land*.

(3) Sentenza della Corte (Grande Sezione). 11 dicembre 2018, in causa C-493/17, *Weiss*, ECLI:EU:C:2018:1000.

presupposto che il ragionamento dei giudici di Karlsruhe sia per lo meno logico, anche se opinabile (4).

Prima di entrare nel merito del suo ragionamento in diritto, occorre anzitutto osservare che la sentenza del 5 maggio è il frutto di due tipiche ossessioni della dottrina giuspubblicistica tedesca (*Staatsrechtslehre*): la *Dogmatik* e la concezione tedesca del principio di attribuzione (*Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung*).

Per *Dogmatik* si intende generalmente l'esame esegetico delle norme giuridiche in base alle quali i giuristi — anzitutto accademici — sviluppano i principi giuridici riconosciuti dalla dottrina maggioritaria, con l'obiettivo primario di garantire la certezza del diritto e la prevedibilità delle decisioni giudiziarie. La metodologia seguita dai giuristi tedeschi è l'eredità del lavoro dei *Pandektisten* del secolo XIX, che ha portato alla stesura del Codice civile tedesco, il *Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)* del gennaio 1900. Questa è, infatti, di fondamentale importanza per la prima parte (*Erster Teil*) del Codice, che enuncia i principi generali del diritto civile a fini di interpretazione del *BGB* e per la sua applicazione dalle corti e tribunali.

Solitamente, poi, la dottrina giuridica tedesca tenta di individuare principi generali anche nelle materie dove non c'è una codifica paragonabile a quella del *BGB*, anzitutto nel diritto amministrativo.

È vero che anche la dottrina italiana — e tipicamente quella di diritto amministrativo — dedica considerevoli sforzi all'individuazione di principi.

Tale metodologia è assai diversa del metodo seguito dalla dottrina francese che, solitamente, commenta le disposizioni materiali del *Code civil* del 1804 alla luce della giurisprudenza, con uno sforzo teorico limitato. Per quanto riguarda la dottrina amministrativa francese, essa si limita tradizionalmente alla ricostruzione della giurisprudenza del *Conseil d'Etat*.

Queste precisazioni relative al metodo del diritto pubblico, e soprattutto del diritto amministrativo, non sarebbero rilevanti se non ci fosse stata l'influenza iniziale del *Conseil d'Etat* sul processo

(4) È impossibile dare qui conto dei numerosissimi commenti “a caldo” che si sono susseguiti dalla data di pubblicazione della sentenza sino ad oggi (5 giugno 2020, data in cui il presente contributo è stato ultimato) e che sono stati pubblicati su quotidiani o blog. Fra i tanti si segnala peraltro quello (autorevole!) di M. CLARICH, *La Consulta tedesca e il problema della legittimazione democratica dell'UE*, pubblicato su *Il Foglio*, 8 maggio 2020, p. 16, poiché l'A., diversamente da quanto qui sostenuto, parla espressamente di “logica ferrea, quasi inattaccabile” a proposito del ragionamento della Corte tedesca e riferisce di una sentenza che, al di là dello “sconquasso politico e istituzionale provocato” avrebbe “un impianto piuttosto solido”.

dinanzi al giudice di Lussemburgo; influenza che si è trasmessa tramite la stesura del tratto CECA e dovuta al Consigliere di Stato *Maurice Lagrange*, nonché tramite le conclusioni dello stesso Lagrange, primo avvocato generale alla Corte di giustizia a partire dal 4 dicembre 1954 e in funzione fino all'8 ottobre 1968.

Lagrange era l'avvocato generale nella causa *Costa c. Enel*, che ha una rilevanza essenziale rispetto alla sentenza del 5 maggio 2020 del *BVerfG*. Il tedesco *Karl Roehmer*, già giudice a Colonia, poi avvocato a Berlino e a Saarbrücken, fu nominato qualche mese dopo Lagrange e rimase in funzione per vent'anni (5); le sue conclusioni non sono, invece, paradigmatiche della *Dogmatik* tradizionale della *Staatsrechtslehre*. E anche utile ricordare che il diritto comunitario è nato *in primis* come diritto amministrativo sovranazionale, con il trattato che istituiva la Comunità europea del carbone e dell'acciaio del 18 aprile 1951 (6). Il termine *Dogmatik* non ha peraltro il significato peggiorativo che si attribuisce invece alla parola "dogmatismo" (7): e che ben si attaglia, invece, al modo di procedere della maggioranza dei giudici del *zweiter Senat* nella sentenza del 5 maggio.

Invece, il pragmatismo — in qualche modo opposto al dogmatismo — non gode di buona fama nella cultura giuspubblicistica tedesca tradizionale, mentre è considerato un valore positivo nella cultura del diritto pubblico di altri Paesi, come ad esempio la Francia o il Regno Unito. Il grande Maestro francese del diritto amministrativo e costituzionale, nonché della teoria del diritto, *Léon Duguit* (1859-1928) ha fatto tra l'altro conoscere in Europa il cd. "pragmatismo giuridico", secondo lui diverso sia dalla tradizionale dottrina individualista francese, sia dalla dottrina soggettivista tedesca. *Duguit* è particolarmente noto come ideatore di una dottrina del *service*

(5) V. A. GRILLI, *Le origini del diritto dell'Unione Europea*, Bologna, Il Mulino, 2009; nonché, tra l'altro A. COHEN, *Dix personnages majestueux en longue robe amarante - La formation de la cour de justice des communautés européennes*, in *Revue française de science politique*, 2010/2 (Vol. 60), p. 227 ss.

(6) V. tra l'altro P. REUTER, *La Communauté européenne du charbon et de l'acier*, Paris, LGFJ, 1953; v. anche G. ROSSOLILLO, (a cura di), *L'integrazione europea prima dei Trattati di Roma*, Soveria Mannelli, Rubettino, 2019.

(7) "Atteggiamento del pensiero, nella ricerca della verità, analogo a quello del credente rispetto al dogma, per cui l'accettazione di un principio è determinata non già dalla dimostrazione del suo fondamento razionale, ma dal riconoscimento di un'autorità divina o umana che ne costituisce la fonte. Più genericamente ogni atteggiamento di intransigenza su premesse ideologiche, o su principi, teorie, affermazioni (proprie o altrui), che ne impedisce da un lato un'interpretazione critica o uno sviluppo e approfondimento, e respinge dall'altro ogni dubbio o discussione". Così in <http://www.treccani.it/vocabolario/dogmatismo/>.

public molto influenzata dalle sue discussioni con il collega dell'Ateneo di Tolosa *Émile Durkheim* (1858-1971), uno dei fondatori della sociologia moderna (8). Tali analisi ci paiono di particolare rilievo per comprendere la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea nel suo approccio teleologico e funzionalista. A nostro parere, questa opposizione tra *Dogmatik* e pragmatismo è infatti una delle principali fonti di attrito di lunga data tra la giurisprudenza della Corte di giustizia UE e la dottrina comunitarista e i giudici tedeschi alla Corte di Lussemburgo, da un lato, e la dottrina giuspubblicistica tedesca tradizionale e il *BVerfG*, dall'altro; e spiega, tra l'altro, lo scontro tra le due Corti nella causa *Weiss*.

Per quanto riguarda, invece, il principio di attribuzione, esso è noto in tedesco come “*Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung*”, che può essere tradotto letteralmente come “principio della delega singola limitata”. A differenza dell'espressione “principio di attribuzione”, *principe d'attribution* o *principle of conferral*, la stesura in lingua tedesca suggerisce un obbligo di interpretazione estremamente ristretta che non corrisponde, invece, all'interpretazione secondo il diritto internazionale dei Trattati. Come peraltro sanno bene gli internazionalisti tedeschi! Si ricorda qui infatti che, secondo l'art. 31 par. 1 della Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati del 1969, che enuncia la “Regola generale per l'interpretazione”, “Un trattato deve essere interpretato in buona fede in base al senso comune da attribuire ai termini del trattato nel loro contesto ed alla luce del suo oggetto e del suo scopo” (9).

È un eufemismo dire che il richiamo al principio della “delega singola limitata” sia un'ossessione tedesca. Nella sentenza del 5 maggio le parole “*begrenzte Einzelermächtigung*” compaiono ben 22 volte nella motivazione della sentenza, e una volta nei cd. *Leitsätze* (10). Compare poi due volte anche la parola *Ermächtigung* (delega), in riferimento alla “delega settorialmente limitata al coordinamento della politica economica riservata agli Stati membri” (11); nonché (al punto 163) il riferimento alla “delega” alla Corte di

(8) L. DUGUIT, *Le pragmatisme juridique*, Parigi, Éditions La Mémoire du Droit, 2008, 250 p. V. anche D. GRIMM, *Solidarität als Rechtsprinzip: die Rechts und Staatslehre Léon Duguits in ihrer Zeit*, Frankfurt, Athenäum-Verlag, 1973.

(9) Traduzione reperibile in <https://www.admin.ch/opc/it/classified-compilation/19690099/201502240000/0.111.pdf>.

(10) Su cui v. *infra* al successivo par. 3.

(11) „Sachlich begrenzte Ermächtigung, die den Mitgliedstaaten vorbehaltene Wirtschaftspolitik zu koordinieren“, punto 127 della motivazione.

giustizia del compito di assicurare il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei Trattati (riferimento all'art. 19 par. 1 secondo *alinea* del TUE).

Gli autori dei Trattati di Parigi e Roma, poi di Maastricht, e i comunitaristi di tutti i Paesi hanno sempre saputo che le Comunità europee e l'UE erano governate dal principio di attribuzione, principio intrinseco ai Trattati multilaterali che istituiscono organizzazioni intergovernative. Invece, sono stati in prima battuta i governi dei *Länder* tedeschi a tirare fuori il principio della delega singola limitata, nel periodo in cui si andava verso l'Atto unico europeo del 1986. Tale insistenza fu ripresa dalla dottrina giuspubblicistica, prima, e dal governo federale, poi, che da allora hanno insistito costantemente sulla necessità di inserire nei Trattati un elenco esaustivo e preciso delle competenze delle Comunità e dell'Unione, al fine di contrastare il fenomeno del cd. "ampliamento/estensione strisciante delle competenze" (*schleichende Kompetenzerweiterungen*) di cui le Istituzioni dell'Unione si sarebbe rese colpevoli per lungo tempo ed al quale si riferisce anche la sentenza del 5 maggio, al punto 156.

Occorre peraltro sottolineare che la realtà di questo fenomeno non è mai stata dimostrata in modo convincente.

In occasione del Congresso del 2016 della *Fédération Internationale de Droit Européen* (FIDE) uno dei temi verteva, per l'appunto, su "Divisione delle competenze e dei poteri normativi tra l'UE e gli Stati membri". In quanto relatore generale, uno degli autori di questo saggio ha avuto dunque a disposizione più di una ventina di rapporti nazionali, fra cui quello per la Germania; e mentre molti rapporti nazionali facevano riferimento alla ricorrenza di accuse circa tale "estensione strisciante" nel contesto della politica, nessuno dei relatori ha segnalato documentazione o dottrina basata su studi solidi che corroborassero tale accusa (12). Di più: la relazione sul Regno Unito riportava addirittura il lavoro considerevole intrapreso dal Governo britannico, in vista di un possibile referendum, e che non segnalava nessun allargamento diverso/maggiore rispetto a quanto era conseguenza degli emendamenti ai Trattati sin dall'Atto unico del 1986.

(12) V. J. CZUCZAI, P. DARÁK, P. LÁNKOS, M. SZABÓ, A. ZS. VARGA (eds.), *Division of Competences and Regulatory Powers between the EU and the Member States - FIDE Congress Proceedings*, Wolters Kluwer, Budapest, 2016, vol. 3.

Queste due “ossessioni” — di cui si è sin qui detto — conducono ad una serie di ragionamenti particolarmente discutibili nella sentenza del 5 maggio del *BVerfG*. Sentenza che risulta particolarmente criticabile, per l'appunto, perché i giudici della seconda Sezione tentano di travestire nella *Dogmatik* un ragionamento che è, in realtà, più che pragmatico e che per di più non corrisponde neppure ai criteri della logica (giuridica).

A proposito dell'uso delle parole “assolutamente non comprensibile” (13) e “arbitraria (*willkürlich*)” usate nella pronuncia del *BVerfG* con riferimento all'interpretazione dei Trattati fatta dalla Corte di giustizia con la sentenza *Weiss* (14), il giudice relatore, Prof. *Peter M. Huber*, in un'intervista rilasciata una settimana dopo la pronuncia (15) osserva che “[tali espressioni] suonano come dure. Tuttavia non lo sono, poiché consentono in primo luogo alla Corte costituzionale federale di intraprendere un sindacato dell'*ultra-vires* (16)”.

Tale commento rivela in realtà molto sulla maniera di ragionare del giudice *Huber*. Era infatti l'obiettivo la sola cosa importante: ossia, di potere operare il controllo dell'*ultra vires* (17). Mentre il ragionamento giuridico era solo uno strumento da pragmaticamente *piegare* a questo scopo.

Huber aggiunge anche, nella stessa intervista, che “Gli stessi criteri sono utilizzati per distinguere la competenza della Corte costituzionale federale da quella del *Bundesgerichtshof* (Corte di Cassazione federale) o del *Bundesverwaltungsgericht* (Tribunale amministrativo federale) (18). Con il che dimostra chiaramente come il *zweiter Senat* si consideri nella stessa posizione (gerarchicamente sovraordinata) con riguardo alla Corte di Giustizia di un'Unione di ventisette Stati, di quella che possiede con riguardo alle Corti su-

(13) Nel senso che il relativo ragionamento sfugge (oramai) alla comprensione: l'espressione esatta in tedesco è infatti “*schlechterdings nicht mehr nachvollziehbar*”.

(14) Così al punto 118 della sentenza *BVerfG* del 5 maggio.

(15) Intervista pubblicata nel *Frankfurter Allgemeine Zeitung* del 13 maggio 2020.

(16) „[Die Begriffe] klingen hart. Sie sind es aber nicht, weil sie es dem Bundesverfassungsgericht überhaupt erst ermöglichen, in eine “Ultra-Vires” Kontrolle einzutreten“. *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 13 maggio 2020 cit.

(17) A proposito del quale si veda anche l'ampio commento di L.F. PACE, *Il BVerfG e la sentenza sul programma PSPP: “c'è della logica in questa follia”? Il prevedibile “rientro” della “crisi istituzionale” annunciata nella sentenza (provvisoria) del 5 maggio 2020*, in *Federalismi.it*, 16/2020 del 27.05.2020 (<https://www.federalismi.it/>), p. 299 ss.

(18) „Mit denselben Kriterien grenzt man im übrigen die Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts auch von jener des Bundesgerichtshof oder des Bundesverwaltungsgerichts ab [...]“. *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 13 maggio 2020 cit.

preme tedesche (e che risulta da precise disposizioni della *GG* e della legge sul *BVerfG*).

2. Segue. *Lo sviluppo della giurisprudenza Solange, dai controlimiti al primo rinvio pregiudiziale del BVerfG.*

La motivazione della sentenza del 5 maggio 2020 sorprende lo studioso della giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht* (19) per la sua scarsa logica argomentativa; ma non sorprende affatto nella sostanza per chi conosce il modo in cui i giudici costituzionali tedeschi hanno proceduto nelle questioni europee, soprattutto dopo la famosa sentenza sulla ratifica del Trattato di Maastricht del 1993 (20) e la sentenza sulla ratifica del Trattato di Lisbona del 2009 (21).

Occorre anzitutto ricordare la dottrina *Solange* (22). In poche parole, secondo la dottrina *Solange* (in lingua tedesca: “fino a che non”), il *BVerfG* ritiene che vi sia una presunzione di compatibilità del diritto comunitario se non viene dimostrato che esso sia in conflitto con i diritti fondamentali protetti dalla Legge fondamentale del 1949 (*Grundgesetz*, d’ora in poi *GG*), o con il nucleo protetto dalla sua c.d. “clausola di eternità” (*Ewigkeitsklausel*) (23) di cui all’art. 79 par. 3 (24).

(19) Cfr. Ph. LAUVAUX, J. ZILLER, *Trente-cinq ans de Parlementarisme rationalisé en République fédérale d’Allemagne: un bilan*, in *Revue du droit public et de la science politique en France et à l’étranger*, 1985, sezione II, p. 1059 ss., che dimostra l’abitudine di lunga data di chi scrive a commentare la giurisprudenza del *BVerfG*.

(20) Sentenza del 12 ottobre 1993, *BVerfGE* 89, p. 155. Si veda in particolare, tra i tanti: C. GREWE, *L’arrêt de la Cour constitutionnelle allemande du 12 octobre 1993 sur le traité de Maastricht: l’Union européenne et les droits fondamentaux*, in *Revue universelle des droits de l’homme* 1993, p. 286 ss.

(21) Sentenza del 30 giugno 2009 (cause riunite 2 BvE 2/08). V. in particolare: P.C. MÜLLER-GRAFF, *L’arrêt de Karlsruhe sur le Traité de Lisbonne*, in *Regards sur l’économie allemande* 2009/3 (n° 92), p. 5 ss.; J. ZILLER, *Zur Europarechtsfreundlichkeit des deutschen Bundesverfassungsgerichts. Eine ausländische Beurteilung des Urteils des Bundesverfassungsgerichts zur Ratifizierung des Vertrags von Lissabon*, in *Zeitschrift für öffentliches Recht*, Volume 65, Issue 1 (2010), p. 157 ss.; J. ZILLER, *Solange III, ovvero la Europarechtsfreundlichkeit del Bundesverfassungsgericht. A proposito della sentenza della Corte Costituzionale Federale Tedesca sulla ratifica del trattato di Lisbona*, in *RIDPC*, 5/2009; J. ZILLER, *The German Constitutional Courts Friendliness towards European Law*, in *European Public Law*, 16/1, 2010, p. 53 ss.

(22) Per maggiori sviluppi v. J. ZILLER, *Solange III, ovvero la Europarechtsfreundlichkeit del Bundesverfassungsgericht. A proposito della sentenza della Corte Costituzionale Federale Tedesca sulla ratifica del trattato di Lisbona*, *RIDPC*, 5/2009, p. 973 ss.

(23) L’appellazione *Ewigkeitsklausel* (clausola di eternità) è in verità un po’ fuorviante, dato che l’art. 146 *GG* permetterebbe la sostituzione della Legge Fondamentale con una Costituzione approvata via referendum (*Dieses Grundgesetz, das nach Vollendung der Einheit*

Con una sentenza del 29 maggio 1974, detta *Solange I* (25), il *BVerfG* si dichiarava competente per giudicare di un conflitto tra diritto comunitario e costituzione tedesca e riteneva di dover fare prevalere la *GG* finché non sia garantito dal diritto comunitario un livello di salvaguardia dei diritti fondamentali equivalente a quello del diritto costituzionale tedesco. Con un'altra sentenza del 1986, detta *Solange II* (26), il *BVerfG*, senza cambiare nulla per quanto riguarda il principio della sua competenza a giudicare dei conflitti tra diritto comunitario e diritto tedesco, ha però invertito l'onere della prova. Sicché, sin da allora, il *BVerfG* non accetta di esercitare il suo sindacato fino a che non venga dimostrato che la salvaguardia dei diritti fondamentali nel diritto comunitario non corrisponde alla protezione garantita dalla *GG*. Si tratta quindi, in sostanza, di un approccio paragonabile a quello della Corte costituzionale italiana con la sua teoria dei controlimiti; e vi è, per di più, una presunzione di compatibilità del diritto comunitario con la Costituzione tedesca. Nei rari casi nei quali il *BVerfG* ha poi accettato l'ammissibilità di un ricorso costituzionale fondato sull'argomento della non compatibilità, esso ha respinto il ricorso nel merito: come ad esempio nel caso della cosiddetta *Bananenurteil* (decisione a proposito delle banane) del 2000 (27); oppure, ha richiesto al legislatore tedesco di sfruttare meglio il margine di attuazione lasciato aperto dalla legislazione europea, come nel caso del mandato d'arresto europeo, nel 2005 (28).

Con la sentenza del 12 ottobre 1993 sulla legge di ratifica del trattato di Maastricht nella causa *Brunner* (29), il *BVerfG*, pur mantenendo la sua dottrina *Solange*, aveva aggiunto che il suo possibile

und Freiheit Deutschlands für das gesamte deutsche Volk gilt, verliert seine Gültigkeit an dem Tage, an dem eine Verfassung in Kraft tritt, die von dem deutschen Volke in freier Entscheidung beschlossen worden ist). Sul punto v. K. RODE, *Verfassungsidentität und Ewigkeitsgarantie: Anmerkungen zu einem Mythos der Deutschen Staatsrechtslehre*, Peter Lang, Berlin, 2011.

(24) "Non è ammissibile una modifica di questa Legge fondamentale che tocchi la ripartizione della Federazione in *Länder*, la partecipazione fondamentale dei *Länder* alla legislazione o i principi enunciati negli artt. 1 e 20". Gli artt. da 1 a 19 sono dedicati ai diritti fondamentali, l'art. 20 recita "1) La Repubblica Federale di Germania è uno Stato federale democratico e sociale. 2) Tutto il potere dello Stato emana dal popolo. Esso viene esercitato dal popolo in elezioni e votazioni, e dalle Istituzioni incaricate del potere legislativo, del potere esecutivo e del potere giurisdizionale. 3) Il legislatore è vincolato dall'ordinamento costituzionale, il potere esecutivo e il potere giurisdizionale sono vincolati dalla legge e dal diritto."

(25) *BVerfGE* 37, 271.

(26) *BVerfGE* 73, 339.

(27) *BVerfGE* 102, 147.

(28) Sentenza del 18 luglio 2005 *BVerfGE* 113, 273.

(29) *BVerfGE* 89, 155 del 12 ottobre 1993.

sindacato non sarebbe limitato alla salvaguardia dei diritti fondamentali, ma potrebbe addirittura includere la questione di una estensione delle competenze della Comunità o dell'Unione che sia conseguenza di un emendamento ai Trattati comunitari, in conformità alla nuova stesura dell'art. 23 GG.

A quest'ultimo proposito occorre precisare che, fino alla riunificazione nel 1990, l'art. 23 GG era dedicato alla possibilità per singoli *Länder* (quelli dell'est e Berlino) di aderire alla Repubblica Federale di Germania (RFG). Esso è stato sostituito in occasione del Trattato di Maastricht con il par. 1 dell'attuale art. 23 GG (30), integrato in occasione del trattato di Lisbona. Anche su questo nuovo aspetto il *BVerfG* aveva fino al 2009 respinto i ricorsi, sia per la loro inammissibilità, sia nel merito. È poco noto, anche alla dottrina tedesca, che il *BVerfG* ha addirittura respinto, nel 1999, un ricorso contro la legge di ratifica del trattato di Amsterdam, con rito abbreviato che non richiede motivazione della sentenza (31).

Si deve aggiungere che, nel settembre 2008, era iniziata una campagna contro la Corte di giustizia dell'Unione, firmata dal già Presidente della Repubblica federale tedesca e già Presidente del *BVerfG Roman Herzog* (32), dal titolo "*Stoppt den EuGH!*" (33) (Fermate la Corte di giustizia!).

(30) Art. 23 GG "Per la realizzazione di un'Europa unita la Repubblica federale di Germania collabora allo sviluppo dell'Unione Europea che è fedele ai principi federativi, sociali, dello Stato di diritto e democratico nonché al principio di sussidiarietà e che garantisce una tutela dei diritti fondamentali sostanzialmente paragonabile a quella della presente Legge fondamentale. La Federazione può a questo scopo, mediante legge approvata dal *Bundesrat*, trasferire diritti di sovranità. Per l'istituzione dell'Unione Europea, per le modifiche delle norme dei trattati e per le regolazioni analoghe, mediante le quali la presente Legge fondamentale viene modificata o integrata nel suo contenuto oppure mediante le quali tali modifiche e integrazioni vengono rese possibili, si applica l'articolo 79, secondo e terzo comma".

(31) Decisione non pubblicata, disponibile su richiesta scritta alla cancelleria del *BVerfG*. La commissione era composta, tra l'altro, del giudice Paul KIRCHHOF, relatore della sentenza "Maastricht". Nel *Frankfurter Allgemeine Zeitung* del 20 Maggio, KIRCHHOF ha pubblicato un'analisi equilibrata e ottimista della sentenza, con il titolo "*Un'opportunità per l'Europa*", nella quale colpisce tuttavia l'analisi economica da "uomo qualunque".

(32) *Roman Herzog* è noto per avere presieduto la Convenzione del 2000 che redasse la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

(33) Pubblicato nel *Frankfurter Allgemeine Zeitung* del 9 settembre 2008. Si tratta di un *pamphlet*, probabilmente steso dal co-autore Lüder GERKEN, che critica anzitutto la sentenza della Corte di Lussemburgo del 22 novembre 2005 nella causa *Mangold*, C-144/04. Il *pamphlet* dimostra la confusione da parte degli autori (confusione che fanno tanti non specialisti della materia!), tra l'ipotesi di assenza di una competenza settoriale precisa dell'Unione (ad esempio con riguardo alla disciplina dell'età pensionabile) e il caso di una fattispecie che comunque ricade nel campo di applicazione del diritto dell'Unione (nel caso di specie le conseguenze della libera circolazione dei lavoratori) e che implica dunque l'applicazione dei principi generali del diritto UE come, per l'appunto, il divieto di discriminazioni in ragione dell'età.

Con sentenza emessa il 30 giugno 2009 (34) il *BVerfG* ha poi aperto la via alla ratifica del trattato di Lisbona da parte del Presidente della Repubblica tedesca entro i termini previsti per il referendum in Irlanda, cioè entro il 2 ottobre 2009. Cionondimeno, i primi commenti pubblicati nella stampa l'hanno presentata come una bocciatura del Trattato o, quantomeno, come un rischio per la sua entrata in vigore (35).

Nella prospettiva della dottrina *Solange*, così come poc'anzi richiamata, la sentenza relativa al Trattato di Lisbona contiene solo due novità. Anzitutto, il *BVerfG* si riserva la possibilità di sindacare non solo l'ampliamento delle competenze dell'Unione attraverso emendamenti ai Trattati, ma anche il possibile eccesso di potere delle Istituzioni dell'Unione europea (usando il concetto tradizionale del diritto inglese dell'*ultra vires*, ai parr. 240-241). Il *BVerfG* si riserva anche una nuova possibilità di controllo: cioè quella del rispetto, da parte dell'Unione europea, dell'identità costituzionale degli Stati membri, la quale verrà garantita espressamente dall'articolo 4 par. 2 TUE dopo l'entrata in vigore del trattato di Lisbona.

L'identità costituzionale della Germania viene equiparata dal *BVerfG* al nucleo costituzionale non emendabile di cui all'art. 79 par. 3 GG. Da ciò esso trae la conseguenza che spetta solo a lui controllare l'eventuale rispetto di tale "identità costituzionale tedesca" da parte di un atto delle Istituzioni dell'Unione europea.

A questo punto vale la pena di notare come, in effetti, con la giurisprudenza avviata con la sentenza Maastricht, il *BVerfG* abbia capovolto l'interpretazione della nuova norma dell'art. 23 GG (36). Piuttosto che considerarlo come una norma di apertura della *Grundgesetz* tedesca ad una *maggiore* integrazione europea — il che era lo scopo primario della norma ("un'unione sempre più stretta fra i popoli dell'Europa", come recitano i Preamboli dei trattati) — il *BVerfG*, pur usando ed abusando della parola *Europafreundlichkeit*

(34) *BVerfG*, 2 BvE 2/08 del 30.6.2009, pubblicata sul sito Internet della Corte Costituzionale tedesca: http://www.BVerfG.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208.html.

(35) V. G. GUARINO, *Perché la sentenza della Corte tedesca mette a rischio il Trattato di Lisbona*, in *Corriere della Sera*, 19 luglio 2009, p. 8.

(36) Di questo parere è chiaramente C. CALLIES, *70 Jahre Grundgesetz und europäische Integration: „Take back control“ oder „Mehr Demokratie wagen“*, in *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 10/2019, p. 684 ss. che osserva infatti che „Die Spezialregelung der Integrationsgewalt für die EU in Art. 23 GG wurde durch den Fortschritt der europäischen Integration veranlasst und ist für die durch die Verträge von Maastricht, Amsterdam, Nizza und Lissabon bewirkten Kompetenztransfers für die innerstaatliche Rechtsordnung Grundlage jener angestrebten « immer engeren Union »“.

(atteggiamento amichevole verso l'Europa), ha in realtà sviluppato una giurisprudenza di chiusura, focalizzata sulla *Ewigkeitsklausel* dell'art. 79 GG e sulla nozione di identità costituzionale (37). Il *BVerfG* ha poi anche sviluppato una giurisprudenza che nega il carattere democratico dell'Unione europea, col pretesto che non viene rispettato il principio "un uomo un voto" per l'elezione del Parlamento europeo.

Non ci soffermeremo, invece, sui diversi episodi (ricordati in modo esaustivo nella sentenza del 5 maggio 2020) in cui la seconda Sezione del *BVerfG* ha, a poco a poco, affinato le proprie argomentazioni e alzato la barra del controllo dell'*ultra vires*. Se non per ricordare la causa *Gauweiler*.

Al riguardo occorre osservare che, con la loro ordinanza di rinvio pregiudiziale nella causa *Gauweiler* (38), nel 2014 i giudici del *zweiter Senat* avevano accettato per la prima volta di fare un rinvio pregiudiziale; ma avevano al contempo minacciato la Corte di giustizia, in termini poco "*freundlich*", di rifiutarsi di applicare la sua futura decisione se i giudici dell'Unione non avessero seguito il ragionamento dei giudici costituzionali tedeschi.

La questione oggetto del rinvio era nata in via incidentale durante l'esame del ricorso contro la ratifica del Trattato MES. I ricorrenti avevano chiesto al *BVerfG* di dichiarare illegittimo l'annuncio del Presidente della Banca Centrale Europea (BCE), Mario Draghi, e la pubblicazione su Internet del quadro generale del programma OTM (*Outright Monetary Transactions*), destinato, se necessario, a sostenere la Grecia per evitare l'indebolimento della zona euro.

Il *BVerfG*, tuttavia, aveva infine accolto le motivazioni della sentenza di Lussemburgo nella causa *Gauweiler*, con la sua sentenza del 21 giugno 2016 (39); e chi, come chi scrive, seguiva questa saga accolse la notizia con un sospiro di sollievo: tanto più che, nel frattempo, l'attenzione si stava focalizzando sul prossimo referendum sulla c.d. *Brexit*, del 23 giugno 2016.

(37) Altre Corti costituzionali o giudici supremi invocano l'identità costituzionale, senza avere il riferimento ad una "clausola di eternità" nelle loro Costituzioni. In argomento v. Per tutti A. SAIZ ARNAIZ, C. ALCOBERRIO LLIVINA (a cura di), *National Constitutional Identity and European Integration*, Cambridge, Intersentia, 2013.

(38) Sentenza della Corte (Grande Sezione) 16 giugno 2015, causa C-62/14, *Peter Gauweiler e a./Deutscher Bundestag*, ECLI:EU:C:2015:400.

(39) 2 BvR 2728/13.

Ma, evidentemente, non avevamo fatto i conti con la testardaggine del deputato al *Bundestag Gauweiler* e dei suoi compagni “serial ricorrenti”: ai quali la sentenza sul Trattato di Lisbona aveva in realtà aperto l’accesso al *BVerfG*, attraverso l’accoglimento di una concezione molto estensiva dell’interesse ad agire. Questa concezione “estensiva” è basata sull’idea che l’art. 38 par. 1 (40) *GG* implichi che qualsiasi elettore ha un interesse ad agire finalizzato a tutelare la libertà di scelte politiche del *Bundestag*, e che concerne dunque anche le limitazioni di sovranità che portano all’estensione delle competenze dell’Unione tramite emendamenti al diritto primario e/o l’adozione di atti delle Istituzioni dell’Unione (41).

Il rinvio pregiudiziale nella causa *Gauweiler* era peraltro basato su un argomento menzionato in maniera del tutto incidentale nel contesto di un ricorso la cui domanda principale (e dunque l’obiettivo dei ricorrenti) era, invece, di impedire ratifica del MES.

Non è peraltro la sola anomalia. Tra le tante bizzarrie di questo ricorso incidentale deve sottolinearsi come esso fosse diretto *non* contro una decisione della BCE nel senso dei Trattati, ma contro una comunicazione del suo Presidente e le indicazioni di massima con riguardo all’eventuale programma destinato a comprare titoli di Stato greci sul mercato secondario.

Nella sua volontà di mantenere il dialogo con il Tribunale costituzionale federale tedesco, la Corte di giustizia aveva accolto il rinvio pregiudiziale malgrado il carattere ipotetico delle domande (ben sottolineato dal governo italiano nelle sue osservazioni (42): giacché la BCE non aveva messo in opera il programma) e basandosi sulla considerazione che si trattava comunque di quesiti necessari alla soluzione della lite pendente dinanzi al *BVerfG*.

(40) Ai sensi del quale “I membri del *Bundestag* tedesco sono eletti a scrutinio universale, diretto, libero, paritario e segreto. Sono rappresentanti di tutto il popolo, non vincolati da ordini e istruzioni e soggetti solo alla loro coscienza.”

(41) V. a tale riguardo le osservazioni critiche di C. CALLIES, *70 Jahre Grundgesetz und europäische Integration: „Take back control“ oder „Mehr Demokratie wagen“?* cit.

(42) L’Irlanda, i governi ellenico, spagnolo, francese, italiano, olandese, portoghese e finlandese, nonché il Parlamento europeo, la Commissione e la BCE avevano sollevato l’irricevibilità del rinvio non solo per il suo carattere ipotetico, ma anche in quanto avente ad oggetto atti non giuridici dell’Unione.

3. *La causa Weiss c. BCE.*

La sentenza del 5 maggio 2020 è la pronuncia definitiva su di una serie ricorsi (che sono stati riuniti), presentati nel 2015 e 2016 (43) al Tribunale costituzionale federale da un numero elevato di risparmiatori, nonché da avvocati e deputati fra cui l'ormai arcinoto *Gauweiler*.

I ricorrenti chiedevano al *BVerfG* di dichiarare illegittime le decisioni della BCE che istituiscono e attuano, dal 2015 in poi, il *Public Sector Purchase Programme* (PSPP) relativo all'acquisto di titoli di Stato sui mercati secondari. La ragione è che il programma e le decisioni della BCE in questione sarebbero atti *ultra-vires* (44).

I ricorsi vertevano “sul contributo apportato dalla Banca federale di Germania all'attuazione di dette decisioni ovvero sulla sua asserita inerzia di fronte a queste ultime, nonché sull'asserita inerzia del Governo federale e del Parlamento federale di fronte al suddetto contributo e a queste stesse decisioni” (45).

Con ordinanza del 18 luglio 2017 Il *BVerfG* aveva sospeso il giudizio e sottoposto cinque quesiti pregiudiziali alla Corte di giustizia di Lussemburgo, rilevando “che, qualora la decisione 2015/774 travalicasse il mandato della BCE o violasse l'articolo 123 TFUE, esso sarebbe tenuto ad accogliere i vari ricorsi di cui sopra. Lo stesso accadrebbe qualora il regime di ripartizione delle perdite risultanti da detta decisione pregiudicasse il potere di bilancio del Parlamento federale tedesco” (46).

Le domande pregiudiziali nella causa *Weiss* vertevano sulla legittimità della decisione della BCE con riguardo al divieto di finanziamento del debito stabilito dall'art. 123 TFUE e agli artt. 119 TFUE e 127, paragrafi 1 e 2, TFUE (nonché gli articoli da 17 a 24 del Protocollo sul SEBC e sulla BCE), “per il fatto che essa travalica il mandato conferito dalle suddette norme alla BCE ai fini della politica monetaria, invadendo pertanto la sfera di competenza degli Stati membri”. E sul se (quinto quesito pregiudiziale) “l'illimitata ripartizione dei rischi tra le banche centrali nazionali dell'Euro-sistema in caso di perdite concernenti titoli delle amministrazioni centrali e degli emittenti ad esse parificati, forse instaurata dalla

(43) 2 BvR 859/15, 2 BvR 1651/15, 2 BvR 2006/15, 2 BvR 980/16.

(44) Punto 1 della motivazione della sentenza del 5 maggio.

(45) Riassunto della CGUE nella sentenza in causa C-493/17, *Weiss* cit., punto 13.

(46) Sentenza della CGUE *Weiss* cit., punto 15.

decisione di cui alla [prima questione], violi gli articoli 123 e 125 TFUE, nonché l'articolo 4, paragrafo 2, del TUE, qualora essa possa comportare la necessità di una ricapitalizzazione di banche centrali nazionali tramite fondi di bilancio" (47).

In particolare, poi, con il terzo quesito pregiudiziale si chiedeva alla Corte di Lussemburgo di chiarire "Se si configur[asse] un travalicamento del mandato conferito alla BCE a motivo, in particolare, del fatto che: [...] c) la decisione di cui alla [prima questione] viola il principio di proporzionalità in ragione del suo forte impatto politico-economico; d) a causa della mancanza di una motivazione specifica, la decisione di cui alla [prima questione] non può essere verificata sotto il profilo del persistere della sua necessità e proporzionalità nel corso della sua esecuzione, che si protrae da oltre due anni".

Nel corso della causa il Governo federale tedesco, il *Bundestag* e la *Bundesbank* erano intervenuti a sostegno della BCE; e la Commissione, la stessa BCE nonché il Governo tedesco avevano presentato delle osservazioni, anzitutto per contestare la ricevibilità dei quesiti pregiudiziali. Al pari, di Finlandia, Grecia, Francia, Italia e Portogallo.

Con sentenza dell'11 dicembre 2018 la Corte di giustizia ha infine risposto al rinvio pregiudiziale con la sentenza *Weiss*, appunto, e concludendo che "L'esame delle questioni pregiudiziali prima, seconda, terza e quarta non ha rivelato alcun elemento idoneo ad inficiare la validità della decisione (UE) 2015/774 della Banca centrale europea, del 4 marzo 2015, su un programma di acquisto di attività del settore pubblico sui mercati secondari, come modificata dalla decisione (UE) 2017/100 della Banca centrale europea, dell'11 gennaio 2017" e che la quinta domanda era irricevibile poiché ipotetica (48).

Un anno e cinque mesi dopo la decisione della Corte di giustizia sul suo rinvio pregiudiziale il *zweiter Senat* del Tribunale federale costituzionale tedesco ha dunque pronunciato la sua sentenza definitiva: quella del 5 maggio, qui in commento, appunto.

Si tratta, tutto sommato, di un lasso di tempo abbastanza normale.

Il Presidente *Vosskuhle*, il quale ha terminato il suo mandato il 5 maggio 2020, giorno in cui è stata pronunciata pubblicamente la

(47) Sentenza della CGUE *Weiss* cit., punto 16 par. 5.

(48) Sentenza della CGUE *Weiss* cit.

sentenza, ha ammesso, in diverse interviste (49), che la sentenza era già pronta quasi due mesi prima. E non si comprende bene fino a che punto il periodo aggiuntivo di due mesi sia stato dovuto a “cause tecniche” (legate forse anche alla preparazione della parziale traduzione inglese del testo della sentenza); ovvero al fatto che la BCE stava per annunciare in che modo essa intendeva rispondere alle conseguenze finanziarie determinate dall'emergenza Covid-19.

A quest'ultimo proposito sia il Presidente *Vosskuhle*, sia il giudice relatore *Huber* hanno tuttavia provveduto a sottolineare, che “un Tribunale” non tiene conto del contesto politico nel quale decide (50).

Il *BVerfG* è composto da due camere (*Senate*), composte ciascuna da otto giudici. La prima Sezione è in linea di principio competente per il controllo della costituzionalità delle leggi e la tutela dei diritti fondamentali sulla base di una denuncia di incostituzionalità (*Verfassungsbeschwerde*). La seconda sezione è invece competente per le controversie tra Istituzioni federali, tra la Federazione e i *Länder* e per una serie di altre questioni tra cui quelle che riguardano in particolare il diritto internazionale. Non esiste un'assemblea plenaria di tutti i giudici. La sentenza è stata adottata a maggioranza di sette voti su otto. La giudice che ha votato contro ha già più volte omesso di pubblicare un'opinione individuale e quindi non si conoscono i motivi del suo voto dissenziente.

Il testo è di una lunghezza purtroppo abituale per una sentenza del *BVerfG*: 110 pagine, di cui 85 dedicate alla presentazione delle argomentazioni dei ricorrenti e degli intervenienti, nonché alla citazione di estratti della sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea nella causa *Weiss*.

Occorre altresì osservare che, per comprendere bene la sentenza del *zweiter Senat* del Tribunale costituzionale federale tedesco del 5 maggio 2020, occorre leggerne il testo in tedesco. L'unica versione linguistica autentica peraltro; e che bene evidenzia la scelta di for-

(49) Tra cui una al canale televisivo ARD, del 17 maggio: *Andreas Voßkuhle im Gespräch*, in 17.05.2020 · SWR extra · SWR Fernsehen, disponibile in: <https://www.ardmediathek.de/ard/video/swr-extra/andreas-vo-kuhle-im-gespraech/swr-fernsehen/Y3JpZDovL3N3ci5kZS9hZXgwbzEyNDEwNjI/>

(50) “Die Phase haben wir auch nicht ausgesucht. Auch darf ein Gericht nicht nach politischen Kriterien darüber entscheiden, wann es seine Entscheidung fällt“. Così il giudice relatore, Prof. *Huber*, nell'intervista pubblicata il 13 maggio 2018 nel *Frankfurter Allgemeine Zeitung*. In senso analogo si esprime il Presidente *Vosskuhle* in una intervista del 13 maggio 2020, pubblicata in *Die Zeit*, Nr. 21/2020.

mulazioni spesso perentorie. La versione in lingua inglese (in linea generale, e nel caso di specie in particolare) non dà invece la dimensione del tono usato nella pronuncia. Questo, da un lato, è per via dell'aspetto squisitamente stilistico: la sintassi della lingua tedesca fa sì che il verbo debba sovente essere collocato alla fine della frase. Dall'altro, questo è per via del fatto che nella versione autentica i numerosissimi riferimenti alla dottrina e alla giurisprudenza sono introdotti tra parentesi e non con note a piè di pagina (come avviene invece nelle conclusioni degli avvocati generali presso la CGUE). La combinazione di questi due elementi obbliga il lettore (anche un esperto giurista, madrelingua o quasi), a rileggere le lunghe frasi più di una volta — quasi tutte — per poterle comprendere. Per di più, una serie di elementi sono omessi nella versione pubblicata in lingua inglese (che è infatti una versione “abbreviata”), che sono invece molto utili alla corretta comprensione del testo.

Il *BVerfG* ha l'abitudine di presentare dei *Leitsätze* (sintesi delle massime della sentenza, che si riferiscono ai diversi punti della motivazione) prima del testo della sentenza vero e proprio. I *Leitsätze* sono molto utili all'addetto ai lavori poiché attirano subito l'attenzione su ciò che il *BVerfG* ritiene essere specifico alla sua sentenza nello sviluppo della sua giurisprudenza. Si tratta, però, di una fonte di possibile confusione per il lettore non esperto, che potrebbe pensare di trovare nei *Leitsätze* una sintesi della sentenza; mentre, spesso, questi non dicono niente sulla decisione vera e propria (nel senso di *decisum*) e sono solo una lista degli argomenti sviluppati nelle motivazioni. Nel caso di specie, la lettura dei *Leitsätze* (51) mette in luce i principali argomenti sviluppati nella motivazione, appunto, nonché gli obblighi che incombono sulle Istituzioni tedesche.

Come già indicato, i vari ricorrenti hanno chiesto al *BVerfG* di dichiarare illegittime le decisioni della BCE che istituiscono e attuano, dal 2015, il *Public Sector Purchase Programme* (PSPP) sull'acquisto di titoli di Stato sui mercati secondari. Su questo punto le richieste dei ricorrenti sono state respinte. Il *BVerfG* ha infatti

(51) Quattro dei dieci *Leitsätze* sono dedicati: 1) alla partecipazione della Germania allo *Staatenverbund* che costituisce l'Unione europea, 2) alla partecipazione degli organi legislativi tedeschi al processo decisionale in sede di Istituzioni europee, 3) alla necessità di lasciare agli Stati membri uno spazio abbastanza grande per l'attuazione delle loro scelte politiche in materia economica, culturale e sociale, e 4) alla competenza del *BVerfG* a verificare il rispetto dell'identità costituzionale, secondo il principio della *Europarechtsfreundlichkeit*.

ammesso di non essere lui il giudice della legittimità degli atti delle Istituzioni, organi ed organismi dell'UE.

Al *BVerfG* è stato richiesto però anche di condannare il *Bundestag* (Parlamento federale) ed il Governo federale, nonché la Banca centrale federale (*Bundesbank*) per non aver essi adottato tutte le misure necessarie per impedire al Consiglio direttivo della Banca Centrale Europea (BCE) di adottare le decisioni incriminate. Ed è stato parimenti richiesto, dai ricorrenti, di emettere ingiunzioni nei loro confronti, affinché queste Istituzioni federali tedesche adottino tutte le misure necessarie a contrastare l'azione della BCE. Richieste, queste, che sono state accolte solo in parte.

Infine, i ricorrenti hanno chiesto al Tribunale costituzionale federale di ingiungere alla *Bundesbank* di astenersi dall'acquistare titoli sui mercati secondari nell'ambito del programma PSPP. Quest'ultima richiesta è stata pienamente accolta. Sicché il *BVerfG* ha vietato alla *Bundesbank*, in quanto Istituzione della Repubblica federale di Germania, di effettuare tali acquisti se la BCE non avrà dimostrato in modo convincente, entro tre mesi, che le decisioni adottate nell'ambito del programma PSPP rispettavano il principio di proporzionalità (52).

Venendo dunque al merito della decisione, in estrema sintesi, come già indicato, i giudici del *zweiter Senat* censurano la sentenza *Weiss* della Corte di giustizia dell'Unione europea dell'11 dicembre 2018 per la ragione che la Corte UE, limitandosi al controllo dell'errore manifesto nel suo sindacato sulle decisioni della BCE, avrebbe travalicato i limiti della sua competenza (c.d. *ultra vires*). E il *BVerfG* vieta alla *Bundesbank* di continuare a partecipare al PSPP dopo tre mesi se, nel frattempo, la BCE non dimostra che essa ha applicato correttamente il principio di proporzionalità. Aspetto, quest'ultimo, assai problematico e del quale si dirà ampiamente nel proseguo della nostra analisi (53).

(52) Punto 235 della sentenza del *BVerfG*.

(53) *Infra*, par. 5 s.

4. Segue. *La censura della sentenza Weiss della Corte di Giustizia sulla base del principio democratico e del controllo della delimitazione delle competenze ex art. 5 TUE.*

La prima e principale critica che si può muovere alla sentenza del 5 maggio 2020 dal punto di vista del diritto dell'Unione europea — ed al di là del suo effetto specifico sul programma PSPP e sulle azioni della BCE e del Sistema europeo di banche centrali (SEBC) — è che il *BVerfG*, per la prima volta, mette in atto la sua minaccia di non attuare le decisioni della CGUE già contenuta in diverse sue precedenti sentenze, e in particolare nella sentenza sul trattato di Lisbona, e nel testo delle sue domande di pronuncia pregiudiziale nelle cause *Gauweiler* e *Weiss*. Con il che i giudici del *zweiter Senat* si arrogano — in chiara contraddizione con l'art. 19 TUE — il potere di valutare della legalità di un atto dell'Unione europea in ultima istanza; e quindi anche il potere di smantellare l'unità di applicazione del diritto dell'Unione.

I giudici costituzionali non si limitano a ragionare sulla base del diritto costituzionale tedesco — la Legge fondamentale del 1949 come interpretata dalla propria giurisprudenza —, il che sarebbe in linea con il mandato istituzionale del *BVerfG*; essi pretendono di imporre, con arroganza, il loro modo di ragionare nel diritto dell'Unione Europea.

La pretesa dei giudici del *zweiter Senat* di valutare la legalità delle decisioni della BCE sulla base dei principi di attribuzione e di proporzionalità è più che discutibile; ed è estremamente pericolosa nella misura in cui rifiuta l'applicazione del diritto dell'Unione in uno specifico Stato membro sulla base del principio democratico e del controllo delle competenze dell'Unione.

Il ragionamento dei giudici del *zweiter Senat* può essere riassunto come segue. Certo, essi riconoscono che, in base all'art. 19 TUE, la Corte di giustizia di Lussemburgo ha il monopolio dell'interpretazione autentica e della valutazione della legittimità degli atti delle Istituzioni, organi ed organismi dell'Unione, di cui la BCE fa parte. Ricordano che il *BVerfG*, dal canto suo, è responsabile dell'interpretazione autentica e della valutazione della costituzionalità degli atti delle Istituzioni della Repubblica Federale. Sulla base dell'articolo 23 GG il *BVerfG* verifica, come si è già ricordato, che le Istituzioni della Germania, quando applicano il diritto dell'Unione, non violino i diritti fondamentali, né i principi fondamentali dell'or-

dinamento costituzionale tedesco, né la sua identità costituzionale; e che non applichino atti delle Istituzioni dell'Unione che non siano basati su una competenza di attribuzione chiaramente delimitata (*ultra vires*). Nel caso di specie, vengono dichiarati *ultra vires* atti della BCE, nonché la sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, in modo da potere fare un'ingiunzione alla BCE.

Occorre ricordare a tale proposito che, nel dibattito giuridico e politico tedesco, è stato messo in discussione da tempo il fatto che l'Unione europea abbia la cd. *Kompetenz-Kompetenz*: e, cioè, il potere di decidere se i suoi atti siano giustificati dal principio di attribuzione. Il bersaglio di questa polemica è la Corte di Giustizia, spesso accusata di voler avere sempre l'ultima parola e di comportarsi con arroganza (54). I giudici del *zweiter Senat* ammettono che la Corte di giustizia sia autorizzata a pronunciarsi sulle proprie competenze, che le sono state attribuite dall'articolo 226 del trattato CE, oggi dall'art. 19 TUE, ma “solo nella misura in cui la sentenza della Corte può essere collegata a principi metodologici riconosciuti e non appare oggettivamente arbitraria” (55). La novità della sentenza del 5 maggio, già accennata nei rinvii pregiudiziali del *BVerfG* nelle cause *Gauweiler* e *Weiss*, è l'estensione della riserva *Solange* ai metodi di interpretazione giuridica.

Nel caso di specie, i giudici affermano che l'esame del rispetto del principio di attribuzione deve essere effettuato applicando il principio di proporzionalità, in quanto principio interpretativo che costituirebbe una tradizione costituzionale comune degli Stati membri.

Il ragionamento dei giudici del *zweiter Senat*, tuttavia, non regge.

Partendo dal presupposto che la nozione di “tradizione costituzionale comune”, come riconosciuta dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e dall'articolo 6 TUE, includerebbe effet-

(54) V. a questo proposito l'articolo della Prof.ssa A. NUSSBERGER, pubblicato nel *Frankfurter Allgemeine Zeitung* del 20 Maggio 2020, p. 6, dal significativo titolo *Die Crux des letzten Wortes - Basta? Die Gerichte haben eine dienende Funktion*. Nel suo commento critico nei confronti di quella che definisce polemicamente come “Basta-Rechtsprechung” (di tutte quelle Corti — in primis quella di Karlsruhe — che sostengono di dover avere l'ultima parola), l'A. sottolinea come, invece, tutti gli organi giurisdizionali abbiano una competenza funzionale; il che implica, nel caso di specie, che si deve accettare, che piaccia o meno, la competenza di Lussemburgo per interpretare in ultima istanza il diritto UE e quella di Strasburgo per interpretare in ultima istanza la CEDU, così come si accetta quella di Karlsruhe per interpretare in ultima istanza la *Grundgesetz* tedesca.

(55) „Solange sie sich auf anerkannte methodische Grundsätze zurückführen lässt und nicht objektiv willkürlich erscheint“. Punto 112 della motivazione del *BVerfG*.

tivamente principi di interpretazione (il che non è né ovvio, né dimostrato dai giudici del *zweiter Senat!*), il modo in cui essi procedono è assolutamente discutibile in diritto comparato. L'affermazione che il principio di proporzionalità "affonda le sue radici nella *common law*" (punto 124) è tutt'altro che riconosciuta in modo unanime nella dottrina britannica e non trova conferma nella giurisprudenza dei paesi di *common law* che, al contrario, ha persistito a lungo nella sola applicazione del test di *Wednesbury reasonableness* prima di accettare gradualmente di applicare il test di proporzionalità (56). In realtà, il riferimento alla *common law* è chiaramente inteso a liberare i giudici del *zweiter Senat* dal sospetto di imporre il loro approccio su questo principio; che è ben diverso, ad esempio, dal modo in cui il giudice amministrativo francese ha applicato il controllo di proporzionalità in materia di polizia dopo la Prima guerra mondiale.

Questa discussione di diritto comparato sarebbe priva di interesse per il diritto positivo: se non fosse che i giudici del *zweiter Senat* qui utilizzano questo ragionamento di diritto comparato per affermare che il controllo di proporzionalità è uno strumento indispensabile per il controllo della delimitazione delle competenze.

Va peraltro rilevato che, pur applicando in apparenza il metodo della *Dogmatik* di cui si è detto (57) (e che implica la costruzione di un sistema di ragionamento giuridico strutturato e solido, basato sulla miglior dottrina), la sentenza del 5 maggio cita, in realtà, una selezione di dottrina alquanto limitata e discutibile, essendo essenzialmente ristretta alla dottrina che si ritiene rilevante a sostegno della tesi propugnata (58).

A tale proposito, la sentenza del *BVerfG* fa riferimento all'art. 5 par. 1 e par. 4 TUE e fa riferimento ai punti 66 e seguenti della sentenza CGUE nella causa *Weiss*. Tuttavia, la CGUE non dice mai

(56) Sul che si rinvia, da ultimo, a D.U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità fra diritto nazionale e diritto europeo (e con uno sguardo anche al di là dei confini dell'Unione Europea)*, in *RIDPC*, 2019/6, par. 4.2., p. 920 ss. e dottrina ivi cit.

(57) *V. supra*, par. 1

(58) E riferendosi peraltro, per ben sette volte, ad una pubblicazione in co-curatela del giudice relatore prof. HUBER. Si tratta di taluni capitoli dei volumi I (*Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts*), II: (*Offene Staatlichkeit - Wissenschaft vom Verfassungsrecht*) e VI (*Verfassungsgerichtsbarkeit in Europa: Institutionen*) della collana *Ius Publicum Europaeum*, pubblicata dalla prestigiosa casa editrice di Karlsruhe C. F. Müller. Non si fa invece riferimento al volume VIII (*Verwaltungsgerichtsbarkeit in Europa: Institutionen und Verfahren*): benché questo contenga utili riferimenti al modo in cui le giurisdizioni amministrative supreme ragionano, tra l'altro in materia di proporzionalità.

che il principio di proporzionalità si applica alla delimitazione delle competenze. Contrariamente a quanto è invece affermato dai giudici del *zweiter Senat*. E questo per una buona ragione: sembra che i giudici del *zweiter Senat*, nel loro zelo di dimostrare la natura *ultra vires* delle decisioni della BCE e della sentenza della CGUE, abbiano dimenticato di leggere la prima frase dell'art. 5 par. 1 TUE: "La delimitazione delle competenze dell'Unione si fonda sul principio di attribuzione. L'esercizio delle competenze dell'Unione si fonda sui principi di sussidiarietà e di proporzionalità".

Il dispositivo normativo dell'art. 5 TUE non potrebbe in realtà essere più chiaro. Vale tuttavia la pena di soffermarvisi brevemente, proprio per via del ragionamento fatto a tale riguardo nella sentenza del 5 maggio: che appare non solo come *non* condivisibile, ma semplicemente come errato in punto di diritto!

Il primo *alinea* dell'art. 5, comma 1, TUE stabilisce il c.d. principio di attribuzione: che implica, però, non soltanto che è necessario che una competenza sia attribuita all'Unione dai Trattati affinché l'Unione possa legiferare in materia. Esso implica altresì (e questo viene troppo sovente dimenticato), che una volta che una competenza sia attribuita all'Unione dagli "Herren der Verträge" la cessione di sovranità è avvenuta ed è irreversibile (59): a meno di una nuova modifica dei Trattati (in senso riduttivo delle competenze dell'UE) e/o di un recesso dagli stessi.

Una volta acclarato che una competenza spetta all'Unione, solo allora entra in gioco il secondo *alinea* dell'art. 5, comma 1, TUE, che fa riferimento ai principi di sussidiarietà e di proporzionalità (60). Il principio di sussidiarietà, per parte sua, entra in gioco solo allorché si sia nel contesto di competenze concorrenti (61); ma non ha nulla da dire per l'ipotesi di competenze esclusive dell'UE.

(59) Non a caso l'art. 23 *Grundgesetz* usa l'espressione "Übertragung der Kompetenzen" (trasferimento di competenze).

(60) Anche la dottrina tedesca parla a tale riguardo espressamente di "Kompetenzausübungschränke" (limiti all'esercizio della competenza). Cfr. ad es., fra i più recenti, I. HÄRTEL, *Die Zuständigkeiten der Union*, in M. NIEDOBITEK (a cura di), *Europarecht. Grundlagen Und Politiken Der Union*, De Gruyter, Bruxelles, 2^a ed., 2019, p. 447 ss. (§ 120 ss.).

(61) E in questo contesto riguarda certamente il *se* dell'azione dell'UE: in argomento v. Ch. JEFFERY & J. ZILLER, *The Committee of the Regions and the implementation and monitoring of the principles of subsidiarity and proportionality in the light of the Constitution for Europe / Umsetzung und Kontrolle des Subsidiaritäts- und des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Lichte der Verfassung für Europa-Der Ausschuss der Regionen. /Le Comité des régions dans la mise en oeuvre et le contrôle des principes de subsidiarité et de proportionnalité à la lumière de la Constitution pour l'Europe*, Bruxelles, Comitato delle Regioni, 2006; J. ZILLER, *Le principe de subsidiarité*, in J.-B. AUBY, J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (a cura di), *Droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2^a ed., 2014, p. 527 ss.

Mentre il principio di proporzionalità, se certamente si applica anche con riguardo alle competenze esclusive dell'Unione, non ha però assolutamente nulla a che fare con il *se* dell'azione, ma concerne solo e unicamente il *come* dell'esercizio delle competenze ad essa attribuite da parte dell'Unione. Come specifica peraltro chiaramente il par. 4 dell'art. 5 TUE: ai sensi del quale "In virtù del principio di proporzionalità, *il contenuto e la forma* dell'azione dell'Unione si limitano a quanto necessario per il conseguimento degli obiettivi dei trattati (62)". Sicché, nel loro ragionamento sul punto, i giudici del *zweiter Senat* incorrono in un vero e proprio errore giuridico: perché non si capisce come sarebbe possibile che, una volta stabilita la competenza dell'Unione (sulla base del principio di attribuzione), l'utilizzo di tale competenza in modo non conforme al principio di proporzionalità (che attiene evidentemente al *quomodo* e non all'*an* della decisione (63)) potrebbe privare la decisione/azione sottoposta a controllo di legittimità di base giuridica, con la conseguenza che l'atto corrispondente sarebbe *ultra vires*.

Si tratterebbe, tutt'al più, di un vizio di legittimità dell'atto *ex art.* 263 TFUE, che potrebbe dunque condurre ad un annullamento dello stesso; annullamento che, ad ogni buon conto, potrebbe essere pronunciato solo dai giudici di Lussemburgo.

La premessa del ragionamento che segue nella sentenza non è quindi fondata; eppure, i giudici tedeschi persistono. La ragione è che, come riconoscono loro stessi, il *BVerfG* non può controllare la legittimità di un atto dell'Unione, ma solo l'esistenza di una competenza in materia per, se del caso, disapplicare l'atto sul territorio sotto la loro giurisdizione, come verrà spiegato meglio più avanti. Ma il problema qui è che, non solo è infondata la premessa del loro ragionamento sul principio di proporzionalità, ma è sbagliato anche il modo in cui loro lo applicano.

Purtuttavia, i giudici del *zweiter Senat* non invocano neppure solo il "principio della delega singola limitata", ma anche il principio

(62) L'evidenziazione in corsivo è nostra.

(63) Anche STREINZ parla infatti espressamente di "Maßstab für die Regelungsintensität": R. STREINZ, *Art. 5 EUV. Kompetenzabgrenzung und Kompetenzausübungsschranken: Prinzip der begrenzten Ermächtigung. Subsidiaritätsprinzip. Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, in R. STREINZ, *EUV/AEUV Kommentar*, 3^a ed., Beck, München, 2018, § 43.

democratico: come viene sottolineato con forza nelle interviste rilasciate dal giudice relatore *Huber* e dall'ex Presidente *Vosskuhle* (64).

Nel dibattito sulla giurisprudenza del *BVerfG* riguardo all'azione della BCE viene spesso affermato che il Tribunale costituzionale federale tutela la democrazia, poiché la BCE non ha legittimazione democratica. Va sottolineato, tuttavia, che non ci sono, a che ci consti, altri esempi importanti di un organo giurisdizionale che dia/possa dare delle ingiunzioni ad una banca centrale, né negli Stati membri dell'Unione, né in altri contesti nazionali paragonabili; il controllo giurisdizionale, se del caso, si limita alla legalità formale di singoli atti e non invade la determinazione e la condotta della politica monetaria (65).

Quando le banche centrali sono *dipendenti* dal potere politico — com'era il caso in taluni paesi europei con la nazionalizzazione formale o sostanziale delle banche centrali dopo la Seconda guerra mondiale, tra cui la *Banque de France*, la Banca d'Italia e la *Bank of England* — è comunque il Governo che può dare delle ingiunzioni alla banca centrale e non il Parlamento (66). Invece, la BCE non è certo politicamente responsabile davanti al Parlamento europeo; ma occorre ricordare che i membri del suo Consiglio direttivo, incluso il Presidente, rendono conto periodicamente della loro azione al Parlamento europeo (67); e accettano gli inviti dei Parlamenti degli Stati membri. Come ad esempio fece Mario Draghi, il 28 settembre 2016, davanti alla Commissione affari europei del *Bundestag* che gli aveva richiesto un'udienza “a porte chiuse” per un dibattito, per l'appunto, sul *Quantitative easing* (68).

Quello che dice il *BVerfG* nella sua giurisprudenza, e che viene ribadito nella sentenza del 5 maggio, è che l'art. 38 par. 1 *GG* non si esaurisce in una legittimazione formale del *Bundestag* tramite le

(64) V. *supra*, nota 49 s.

(65) V. per tutti J. KLEINEMAN (a cura di), *Central Bank Independence: The Economic Foundations, the Constitutional Implications and Democratic Accountability*, Stockholm, Brill, 2001.

(66) V. nota precedente.

(67) V. A. GIOVANNINI e J.-F. JAMET, *Matching Accountability with Independence: The ECB's Experience in Il Politico - Rivista italiana di scienze politiche*, n° 1-2020, di prossima pubblicazione.

(68) V. *Le Monde*, 29 settembre 2016 “Le *Bundestag* accueille fraîchement Mario Draghi” dove si spiega che il Presidente della BCE, ansioso di non perdere la battaglia della comunicazione, si è affrettato a rendere pubblico il suo discorso di apertura, prima di indugiare con i giornalisti all'uscita. Mario Draghi è sovente stato oggetto di feroci attacchi nella stampa tedesca. V., ad esempio, la *Bild Zeitung* del 13 settembre 2019 “So saugt Graf Draghila unsere Konten leer” (così il conte Draghila succhia i nostri conti sino a svuotarli).

elezioni, ma vale anche in vista dell'integrazione europea e serve a garantire che il legislatore non veda ristrette troppo le sue scelte di politica. Precisa, infatti, la sentenza del 5 maggio che l'art. 38 par. 1 comma 1 GG protegge gli elettori dalla perdita di sostanza del loro potere di governo (*Herrschaftsgewalt*): "In particolare, la legge di bilancio del *Bundestag* e la sua responsabilità generale per la politica di bilancio sono tutelati come parte non disponibile del principio della democrazia [...]. Fa parte del nucleo dell'articolo 20, parr. 1 e 2, GG, che è immutabile, che il *Bundestag* è responsabile davanti al popolo per decidere su tutte le entrate e le spese significative [...]. Deve decidere sulla somma totale degli oneri che gravano sui cittadini e sulla spesa pubblica essenziale [...]. Per questo motivo, un trasferimento di diritti sovrani che viola il principio della democrazia è in ogni caso presente se la determinazione della natura e dell'ammontare dei prelievi è sovranazionalizzata in misura considerevole; e quindi il potere di disporre in materia del *Bundestag* viene meno [...]" (69).

Non si tratta qui di discutere, né di valutare la giurisprudenza basata su una disposizione dedicata all'elezione dei deputati federali e al divieto del mandato vincolante; si tratta solo di sottolineare il carattere espansivo di una teoria dei controlimiti che attribuisce al giudice costituzionale, e non al Parlamento democraticamente eletto, il potere di limitare l'attribuzione di poteri non solo all'Unione europea, ma anche ad una qualsiasi organizzazione intergovernativa. Nel caso di specie ciò spiega anche perché i ricorrenti nella causa *Weiss* sono stati così facilmente seguiti dai giudici del *zweiter Senat*, nella loro pretesa di sottoporre le decisioni della BCE ad un controllo di proporzionalità destinato a proteggere i loro risparmi. Non si fa invece cenno, nella pronunzia, al diritto di proprietà (del risparmiatore) di cui all'art. 14 GG (e all'art. 17 della Carta UE) (70):

(69) Punto 104 della motivazione.

(70) La sentenza si riferisce al punto 173 al „rischio di bolle immobiliari e azionarie, nonché di conseguenze economiche e sociali per quasi tutti i cittadini, colpiti *almeno indirettamente* in quanto, ad esempio, azionisti, inquilini, proprietari di immobili, risparmiatori e assicurati (“*Risiko von Immobilien- und Aktienblasen sowie ökonomische und soziale Auswirkungen auf nahezu alle Bürgerinnen und Bürger, die etwa als Aktionäre, Mieter, Eigentümer von Immobilien, Sparer und Versicherungsnehmer jedenfalls mittelbar betroffen sind*”). Devono sottolinearsi qui le parole “*almeno indirettamente*”: che stanno chiaramente ad indicare come siamo ben lontani da uno scenario dove si porrebbe un problema di tutela di diritti inalienabili della persona (e, quindi, dalla dottrina dei controlimiti)! Questo aspetto è peraltro messo bene in evidenza da C. CALLIÈSS nella sua *Schriftliche Stellungnahme von Prof. Dr. Christian Calliess zur Öffentlichen Anhörung des Ausschusses für die Angelegenheiten der*

ma questo si spiega, fra l'altro, per il fatto che la tutela dei diritti fondamentali sulla base di una *Verfassungsbeschwerde* è normalmente di competenza dell'*erster Senat* del Tribunale costituzionale federale.

5. *Il principio di proporzionalità: Verhältnismäßigkeitsgrundsatz o principio di proporzionalità UE? L'equivoco della Corte di Karlsruhe.*

Anche supponendo che la premessa sia fondata e che il principio di proporzionalità sia effettivamente rilevante ai fini del riesame della delimitazione delle competenze dell'Unione — cosa che non è, come si è detto al precedente paragrafo, proprio in virtù delle stesse previsioni dei Trattati UE —, si porrebbe comunque la questione di capire se le critiche del *BVerfG* alla sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea nella causa *Weiss* siano fondate. Si tratta cioè di stabilire se l'applicazione del principio di proporzionalità da parte della Corte di giustizia UE sia “assolutamente non comprensibile” (*schlechterdings nicht mehr nachvollziehbar*) e “quindi oggettivamente arbitraria (*daher objektiv willkürlich*)”, come sostiene qui il *BVerfG* (al punto 118 della sentenza).

Iniziamo col rilevare che gli stessi giudici del *zweiter Senat* specificano che i metodi d'interpretazione possono differire da uno Stato membro all'altro. Ma, subito a seguire, tentano di dimostrare con i loro riferimenti al diritto comparato, che il metodo d'interpretazione tedesco è veramente condiviso dagli altri. Il che appare come un tentativo sorprendentemente superficiale: vista la dottrina citata nella sentenza e anche la sostanza del ragionamento dei giudici del *zweiter Senat*. Essi affermano, inoltre, che solo un errore manifesto di metodologia nell'uso del principio di proporzionalità potrebbe portare ad un *ultra vires*.

Il loro intero ragionamento si basa sulla distinzione tra la politica monetaria — una competenza esclusiva dell'Unione — e la politica economica, una competenza degli Stati membri. Ci si chiede, a questo proposito, se i giudici del *zweiter Senat* abbiano compreso che

Europäischen Union des Deutschen Bundestages am Montag, den 25. Mai 2020 zum Thema „Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 5. Mai 2020 (2 BvR 859/15) in Sachen Staatsanleihekäufe der Europäischen Zentralbank“, che si può leggere in <https://www.Bundestag.de>.

le competenze in materia di politica economica, pur non rientrando tra le competenze concorrenti di cui all'articolo 4 TFUE, sono anch'esse competenze dell'Unione: non solo in quanto, come stabilito agli artt. 5 e 119 TFUE il Consiglio — Istituzione dell'Unione — è competente ad adottare misure utili al coordinamento delle politiche economiche degli Stati membri; ma anche, e soprattutto, perché gli artt. 121 e 126 TFUE stabiliscono delle procedure di controllo delle politiche economiche degli Stati membri, con possibilità di sanzioni decise dal Consiglio a maggioranza qualificata, su proposta della Commissione. Vero è che, al punto 163 della sentenza, i giudici costituzionali tedeschi fanno riferimento a tali disposizioni in quanto "eccezioni"; tuttavia, nel fare ciò, saltano allegramente dalla competenza dell'Unione in materia di politica economica (che esiste!), al mandato della BCE e del SEBC, che è solo di sostegno alla politica economica. I giudici tedeschi sottolineano che si tratta di "politica economica *nell'*Unione" (e quindi non "*dell'*Unione"), facendo riferimento all'art. 127 TFUE (71). Si tratta, in realtà, di un ragionamento finalizzato unicamente ad aprire la strada alla necessità di un controllo dell'azione del SEBC e delle decisioni della BCE che le fondano; nonché di rivolgere una censura alla sentenza *Weiss* della Corte di giustizia, che non avrebbe rilevato l'illegittimità sulla base di un'applicazione del principio di proporzionalità.

Ma non, attenzione, del principio di proporzionalità quale principio generale del diritto UE, per come esso è stato plasmato ed adattato nella propria giurisprudenza dalle Corti UE, bensì del *Verhältnismäßigkeitsgrundsatz* tedesco!

Il principio di proporzionalità, al quale chi scrive ha dedicato tante "fatiche scientifiche" nel corso della sua vita di accademico (72), fa certamente la parte del leone in questa pronuncia. Basti

(71) I giudici non si soffermano però sul fatto che l'art. 127 par. 2 recita: "I compiti fondamentali da assolvere tramite il SEBC sono i seguenti". Il che significa che l'elenco che segue non è chiuso ed esaustivo.

(72) Per citare solo i principali contributi, in un ordine meramente cronologico: D.U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità nella giurisprudenza comunitaria*, in *RIDPC*, 1993/4 p. 837 ss.; J. ZILLER, *Le principe de proportionnalité*, in *Droit administratif et droit communautaire*, *AJDA* - Numéro spécial, 6/1996, p. 185 ss.; D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1998 (pp. XVII-273); D.U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, fra principio di necessità e dottrina del margine di apprezzamento statale: riflessioni generali su contenuti e rilevanza effettiva del principio*, in *RIDPC*, 1999/3-4, p. 743 ss.; D.U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità comunitario e il suo effetto di "spill over" negli ordinamenti nazionali*, in *Nuove autonomie*, 2005, pp. 541 ss.; D.U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità*, in M. RENNA, F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano,

pensare che il termine *verhältnismäßig/unverhältnismäßig* ricorre ben 67 volte: di cui 50 nella motivazione della sentenza e 5 volte nei *Leitsätze* della pronuncia dei giudici di Karlsruhe (le restanti 12 negli argomenti delle parti).

Nel merito, tuttavia, si tratta del tentativo (maldestro e malcelato!) di dare una lezione alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea su cosa è e come dovrebbe essere applicato il principio di proporzionalità.

Qualche breve osservazione a questo riguardo è dunque d'obbligo.

Anzitutto la lezione è impartita, pur se dai banchi dello *zweiter Senat*, facendo riferimento a dottrina in primo luogo angloamericana. Con questo dimostrando, da un lato, che neppure i giudici tedeschi dello *zweiter Senat* sono immuni dalla quella recente mania "anglofona" che spinge molti studiosi a citare letteratura prevalentemente in lingua inglese, anche quando questa non è per nulla pertinente. Beninteso, con questo non si vuole suggerire che la letteratura angloamericana richiamata nel testo della sentenza sia "del tutto non" pertinente. Quel che colpisce, tuttavia, è come il relativo richiamo vada a scapito del rinvio ai grandi Maestri del diritto pubblico tedesco che si sono a suo tempo espressi sui contenuti di questo principio (*Fritz Fleiner*, ma anche *Ruppert von Krauss*, *Klaus Stern*: e la lista sarebbe ancora lunga!) (73). Nel tentativo, forse, di nascondere quell'atteggiamento di "dominanza culturale" che traspare invece chiaramente (almeno agli occhi di chi scrive) da tutto il ragionamento del *zweiter Senat* a proposito del principio di propor-

2012, pp. 389 ss.; D.U. GALETTA, *Le Principe de proportionnalité*, in J.B. AUBY/J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (a cura di), *Droit Administratif Européen*, 2^a ed., Bruylant, Bruxelles, 2013, pp. 501 ss.; D.U. GALETTA, *General Principles of EU Law as Evidence of the Development of a Common European Legal Thinking: the Example of the Proportionality Principle (from the Italian Perspective)*, in H.-J. BLANKE, P. CRUZ VILLALÓN, T. KLEIN, J. ZILLER (a cura di), *Common European Legal Thinking. Essays in Honour of Albrecht Weber*, Springer, Heidelberg-Dordrecht-London-New York, 2016, p. 221 ss.; D.U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2017 (2^a ed.), p. 149 ss., nonché, da ultimo (e per tutti) v. D.U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità fra diritto nazionale e diritto europeo (e con uno sguardo anche al di là dei confini dell'Unione Europea)*, in *RIDPC*, 2019/6, pp. 903 ss.

(73) È richiamato infatti solo il volume del 1961 di P. LERCHE, *Übermaß und Verfassungsrecht. Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit*, che però è solo uno dei tanti "grandi classici" tedeschi sul tema, per il cui richiamo si rinvia invece ai contributi di chi scrive, citt. alla nota precedente. Per un esame approfondito del pensiero dei vari autori tedeschi con riguardo al significato del principio di proporzionalità si veda anche M. D'AVOINE, *Die Entwicklung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit*, Trier, 1994, p. 48 ss., 85 ss.

zionalità. E dalla necessità, da esso ripetutamente evidenziata, che le decisioni adottate nell'ambito del programma PSPP (e la stessa giurisprudenza della Corte di Giustizia) lo rispettino!

Tuttavia (e per questo si tratta di un tentativo maldestro), nel momento in cui il *zweiter Senat* del Tribunale costituzionale federale tedesco applica il proprio schema di ragionamento *nazionale* all'applicazione del principio di proporzionalità da parte della Corte di giustizia dell'Unione europea, esso commette un errore che pare francamente imperdonabile. Si dimentica, infatti, che sebbene la Corte di giustizia UE si sia certamente ispirata al modello tedesco di sindacato giurisdizionale del principio di proporzionalità (74), un conto è constatare come, nei fatti, questo sia avvenuto (75); un conto è desumerne (come fa qui il *zweiter Senat*) che questo implichi un ruolo di guardiano, da parte del Tribunale costituzionale federale tedesco, sul modo in cui la Corte di giustizia UE applica questo principio all'interno della sua giurisprudenza!

Non solo: nell'ergersi a censore del modo in cui la Corte UE di Lussemburgo ha sin qui applicato il principio di proporzionalità, il *zweiter Senat* sembra ignorare la circostanza — più volte sottolineata da chi scrive, anche di recente (76) — che la Corte di giustizia ha pure uno stile di redazione delle pronunzie che è totalmente diverso dal suo. A cominciare dal dettaglio (che tale non è, ovviamente!), che alla Corte di Lussemburgo non è concesso di richiamare la dottrina nel testo delle sue pronunzie, a supporto delle conclusioni raggiunte: come fa invece, in abbondanza, il giudice costituzionale tedesco.

Lo stile più scarno e sintetico delle sentenze della Corte di giustizia, unitamente alla circostanza che ad essa non è consentito il richiamo alla dottrina può dare (e qui certamente dà luogo) ad un facile equivoco: che le sentenze sulla proporzionalità del *Bundesverfassungsgericht* siano per definizione “migliori”, perché più diffusamente argomentate e supportate dal richiamo di dottrina in argomento.

Occorre tuttavia ricordare — e forse mai come oggi è il caso di farlo! — che l'Unione Europea, e la Corte di giustizia (che rappre-

(74) Sul che v. in particolare D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1998, *passim*.

(75) Come chi scrive ha peraltro avuto modo di mettere in evidenza, a più riprese, in vari scritti sul tema.

(76) D.U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità fra diritto nazionale e diritto europeo (e con uno sguardo anche al di là dei confini dell'Unione Europea)* cit.

senta una delle sue principali Istituzioni), sono il frutto di una mediazione fra tradizioni nazionali diverse: quelle degli (ora 27) Stati membri, che hanno portato ciascuno qualcosa al suo interno, evitando così la dominanza di una cultura (giuridica) sulle altre. E questo vale, ovviamente, anche rispetto all'aspetto (ampiamente legato alla tradizione nazionale specifica) relativo a come redigere le sentenze. E vale ancora di più — e a *fortiori* — con riguardo al contenuto di quei principi generali del diritto che, se sovente nascono nell'alveo di tradizioni nazionali dalle quali sono “prese a prestito” dai giudici UE di Lussemburgo, una volta fatto il loro ingresso nella giurisprudenza della Corte UE acquistano necessariamente *autonomia* rispetto agli ordinamenti di origine e diventano, appunto, “principi generali di Diritto UE”, in quanto tali autonomi e “altri” rispetto a quelli dell'ordinamento (nazionale) di origine (77).

Nel dispositivo della sua sentenza il *BVerfG* afferma che il Consiglio direttivo della BCE “non ha né verificato, né spiegato che le misure decise sono conformi al principio di proporzionalità” (78). Va da sé che i giudici del *zweiter Senat* non possono sapere se il Consiglio direttivo abbia o meno verificato la proporzionalità delle sue misure, poiché costoro non sono, per l'appunto, componenti del Consiglio direttivo della BCE. Se, invece, si tratta di un problema di motivazione insufficiente, allora era compito (esclusivo) della Corte di giustizia il verificare se sussisteva o meno un difetto di motivazione negli atti adottati da parte della BCE.

Come risulta invece chiaramente dalle motivazioni della loro pronuncia, i giudici del *zweiter Senat* si arrogano qui il potere di sostituirsi non solo al Consiglio direttivo della BCE, ma anche alla Corte di Giustizia. Il che risulta del tutto contrario ai Trattati.

Quanto, invece, al merito del rilievo sollevato (dai giudici di Karlsruhe), ci pare peraltro chiaro come pesi qui (anche e soprattutto) la differenza di stile — e nel modo di redigere le sentenze — fra giudici tedeschi e giudici UE. Differenza che fa sì che nelle

(77) In argomento v. da ultimo in D.U. GALETTA, *Le fonti (del diritto amministrativo europeo)*, in S. BATTINI, E. CHITI, D.U. GALETTA, B.G. MATTARELLA, C. FRANCHINI, G. DELLA CANANEA, M. P. CHITI (a cura di M.P. CHITI), *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2^a ed., 2018, p. 103 ss. V. anche J. ZILLER, *Hierarchy Norms: Hierarchy of Sources and General Principles in European Union Law*, in U. BECKER, A. HATJE, M. POTACS & N. WUNDERLICH (a cura di) *Verfassung und Verwaltung in Europa. Festschrift für Jürgen Schwarze Zum 70. Geburtstag*, Baden-Baden, Nomos, 2014, p. 334 ss.

(78) „(...) weder geprüft noch dargelegt hat, dass die beschlossenen Maßnahmen dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen“. Punto 116 della sentenza del *BVerfG*.

pronunzie sulla proporzionalità della Corte di giustizia UE (che il *zweiter Senat* abbondantemente richiama (79)) emergano sovente solo i passaggi essenziali del ragionamento giuridico: sicché, ad esempio, del sindacato sull'idoneità spesso non si dà conto che in modo rapido. Così come dell'aspetto di apprezzamento prognostico che tale valutazione necessariamente implica.

Ciò anche in ragione della circostanza che la ricostruzione dei fatti e, soprattutto, la ricostruzione del quadro normativo di riferimento occupa già moltissimo spazio nell'economia delle sentenze dei giudici UE: e ciò proprio in ragione del fatto che si tratta di una Corte che deve necessariamente interagire con diversi ordinamenti giuridici nazionali, i quali devono essere di volta in volta adeguatamente combinati/intersecati con le norme di diritto UE di volta in volta rilevanti.

Per la stessa ragione, può apparire talora che il sindacato di proporzionalità compiuto dai giudici UE sia operato alterando la sequenza di applicazione dei suoi elementi costitutivi. Mentre, invece, è sovente solo la maniera sintetica di esporre il ragionamento "in diritto" da parte della Corte di giustizia UE che induce la dottrina a sollevare talora dubbi sull'esistenza di salti logici nel ragionamento della Corte.

Di tutto quanto sin qui detto il *zweiter Senat* sembra non essere affatto consapevole quando critica, in modo per nulla velato, la giurisprudenza della Corte di Lussemburgo per la circostanza che quest'ultima sembra non ripercorrere esattamente lo schema di ragionamento del principio di proporzionalità così come esso è applicato (ma il condizionale sarebbe qui d'obbligo (80)!) dal giudice costituzionale tedesco nella sua giurisprudenza (81). Fra l'altro dimenticandosi che, per di più, il giudice dell'UE, quando applica il principio di proporzionalità, lo fa sovente nella sua veste di giudice amministrativo e non in quella di giudice "delle leggi"!

(79) Punto 126 della sentenza del *BVerfG*.

(80) La pronunzia parte infatti da una premessa, che non corrisponde però alla realtà dei fatti: e, cioè, che vi sia un atteggiamento univoco da parte dei giudici tedeschi (e della dottrina tedesca) su come e con quale profondità di esame debba essere applicato il principio di proporzionalità. Al riguardo si rinvia al volume di W. LEISNER, *Der Abwägungsstaat: Verhältnismäßigkeit als Gerechtigkeit*, Berlin, 1997.V. anche M. ALBERS, *Gleichheit und Verhältnismäßigkeit*, in *Juristische Schulung*, 2008/11, p. 945 ss.

(81) Mi riferisco al passaggio di cui al punto 126 dove è detto chiaramente (e non si tratta di un apprezzamento in positivo!) che "In der Rechtsprechung des Gerichtshofs kennzeichnen die Begriffe „geeignet“, „erforderlich“ oder „notwendig“ oftmals die Anwendung des Grundsatzes, ohne dass damit eine vollständige Übereinstimmung mit der deutschen Terminologie und Dogmatik verbunden wäre".

Sicché, non necessariamente coglie poi nel segno anche la critica finale (§ 127 della sentenza): e cioè che sarebbe inidonea ovverosia “priva di funzione” (*ungeeignet beziehungsweise funktionslos*) la maniera in cui la Corte di giustizia UE, nella sua giurisprudenza, ha applicato il principio di proporzionalità per delimitare i confini fra politica monetaria (oggetto di una competenza esclusiva dell’Unione europea), da un lato, e politica economica, oggetto di una attività di mero coordinamento rispetto all’esercizio di una competenza che resta invece riservata agli Stati membri.

In verità, si tratta semplicemente di una diversa maniera (quella propria della Corte di giustizia UE, per l’appunto!) di applicare e, soprattutto, di argomentare l’applicazione del principio di proporzionalità. E questa diversità appare tanto più accettabile, quanto maggiore è l’enfasi che il *zweiter Senat* pone proprio sull’aspetto del rispetto della *Verfassungsidentität* (tedesca): termine che ricorre per ben 15 volte nel testo della sentenza. E sull’aspetto, connesso, della difesa rispetto all’erosione di competenze nazionali da parte dell’Unione (*Erosion mitgliedstaatlicher Zuständigkeiten*) (82).

In risposta alla lezione che il *zweiter Senat* cerca qui di impartire alla Corte di Lussemburgo (sul principio di proporzionalità e su come questo debba venire applicato) occorre infatti sottolineare, in conclusione, che se la difesa della identità nazionale e delle competenze nazionali (83) è davvero così importante come la pronuncia del *zweiter Senat* sembra volere implicare, altrettanto lo è la difesa dell’Unione europea (e della sua suprema Corte) e dell’autonomia del suo diritto a fronte di tentativi di supremazia, anche “culturale”, da parte di Corti nazionali, quali che siano!

Questo vale di sicuro anche per la limitazione del sindacato giurisdizionale all’errore manifesto, che rappresenta il cuore della critica dei giudici tedeschi. Sarebbe infatti facile dimostrare come le Corti supreme e costituzionali — incluse quelle tedesche, federale e dei *Länder* — si limitano, non di rado, ad un controllo dell’errore manifesto (84). E sarebbe altrettanto facile dimostrare che la scelta delle materie per le quali il giudice si limita a tale tipo controllo varia

(82) punto 156 ss. della sentenza del *BVerfG*.

(83) Il concetto utilizzato è quello di “kontinuierliche Erosion mitgliedstaatlicher Zuständigkeiten” (punto 156 e *Leitsatz* nr. 4).

(84) V, per l’appunto Ph. LAUVAUX, J. ZILLER, *Trente-cinq ans de Parlementarisme rationalisé en République fédérale d’Allemagne: un bilan* cit., p. 1065 s.

da un settore all'altro e, soprattutto, da un ordinamento giuridico all'altro.

6. Segue. *La valutazione del BVerfG sulla proporzionalità delle decisioni della BCE: un ragionamento di economia politica non sufficientemente solido ed una valutazione che travalica nel merito delle decisioni adottate.*

L'intera discussione nella causa *Gauweiler*, così come nella causa *Weiss* e già prima nella causa *Pringle* (85), ha dimostrato quanto sia difficile la distinzione tra politica monetaria e politica economica: sebbene questa compaia nei Trattati, in particolare nell'articolo 119 del TFUE, è una distinzione che non si basa, infatti, su definizioni chiare e condivise in termini di scienza economica. Non serve peraltro a un granché criticare la cattiva stesura dell'art. 119, come fa non solo gran parte della dottrina, ma anche gran parte degli esponenti della politica. Si tratta infatti di una scelta fatta, per l'appunto, dai "Signori dei Trattati" (*Herren der Verträge*) così tanto celebrati nelle sentenze del *BVerfG*.

A questo proposito, va rilevato come il giudice costituzionale tedesco salti troppo facilmente dalla realtà — e cioè che sono i Governi degli Stati membri che hanno concluso i Trattati comunitari e dell'Unione (86) — al concetto astratto che sarebbero "i popoli" dei diversi Stati membri i "Signori dei Trattati", in virtù del principio democratico.

La realtà è che le disposizioni relative all'Unione Economica e Monetaria (UEM) furono redatte durante la conferenza intergovernativa del 1991, nel gruppo dei rappresentanti degli Stati membri dedicati all'UEM, gruppo composto da rappresentanti dei governi degli allora 12 Stati membri, nonché delle 11 Banche centrali (87), tra i quali i rappresentanti della *Bundesbank* furono peraltro particolarmente attivi.

Durante la conferenza intergovernativa ci fu uno scontro fra i rappresentanti tedeschi e quelli francesi: poiché la Francia chiedeva

(85) Corte giust. (seduta plenaria), sentenza del 27 novembre 2012, in causa C-370/12, *Thomas Pringle c. Governo d'Irlanda e a.*, ECLI:EU:C:2012:756.

(86) V. per tutti F. LAURSEN, *Designing the European Union. From Paris to Lisbon*, Basingstoke, Palgrave-Macmillan, 2012.

(87) C'era all'epoca una sola banca centrale per il Belgio e il Lussemburgo, in unione monetaria sin dal 1922. Per l'attuazione delle disposizioni relative al SEBC fu creata nel 1998 una Banca centrale del Lussemburgo.

la creazione di un “governo” economico dell’Unione, avendo in mente il rafforzamento delle disposizioni istituzionali con riguardo all’insieme della politica economica, e non solo per la politica monetaria. Mentre i politici tedeschi e la *Bundesbank* avevano il sospetto che si trattasse di un tentativo della Francia di trasporre, a livello comunitario, il suo tradizionale interventismo risalente a *Colbert* (ministro di Luigi XIV) e di introdurre, così, una pianificazione della politica industriale. Addirittura, c’era chi criticava la Francia per voler introdurre una sorta di *Gosplan* alla sovietica nella Comunità europea, quando l’est della Germania se ne era invece finalmente sbarazzato con la riunificazione.

Va tuttavia rilevato, che per i rappresentanti francesi non vi poteva essere una separazione marcata tra politica economica, da un lato, e politica monetaria, dall’altro: poiché quest’ultima era considerata — almeno sin dalla nazionalizzazione della *Banque de France* nel dicembre 1945 — come uno dei rami della politica economica, accanto alla politica di bilancio, alla politica dei prezzi, ed al cd. *aménagement du territoire* tramite investimenti. Mentre in Germania (88) era invece pacifico, sin dalla riforma monetaria del 1948 condotta da *Ludwig Erhard* (89), che la stabilità del *Deutschemark* era il frutto dell’indipendenza della *Bundesbank*.

Purtroppo, anche i giuristi tedeschi condividono largamente tali pregiudizi riguardo al cd. *étatisme* francese, ignorando segnatamente che la Francia conosce, sin dalla prima metà dell’Ottocento, quello che viene oggi chiamato *Public-Private-Partnership*, nella forma delle *concessions de service public* ad enti privati. E che l’unico precedente al controllo degli aiuti di Stato nel trattato di Roma è la giurisprudenza del *Conseil d’Etat* degli anni Trenta del secolo scorso sulla *liberté du commerce et de l’industrie*, che limitava l’interventismo dei comuni (90).

(88) Sul diritto costituzionale economico della Germania (*Wirtschaftsverfassungsrecht*) v. E. D’ORLANDO, *La crisi economico-finanziaria e le risposte della Wirtschaftsverfassung: cultura della stabilità e principi democratico e sociale quali paradigmi del sistema economico, nazionale ed europeo*, in G. CERRINA FERONI e G.F. FERRARI (a cura di), *Crisi economico-finanziaria e intervento dello Stato. Modelli comparati e prospettive*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 265 ss.

(89) *Ludwig ERHARD*, Cancelliere della Repubblica Federale Tedesca dal 16 ottobre 1963 al 1° dicembre 1966, era stato prima ministro dell’economia per quattordici anni consecutivi, dal 1949 al 1963. È infatti ricordato per aver guidato la ripresa economica della Germania nel dopoguerra (il c.d. *Wirtschaftswunder*). V. A.C. MIERZEJEWSKI, A. EMMERT, N. JURASCHITZ, *Ludwig Erhard: Der Wegbereiter der sozialen Marktwirtschaft - Biografie*, Siedler, München, 2005.

(90) V. J. ZILLER, *Mondialisation et interventions publiques dans le marché. Du contrôle*

Si ricorda anche che, durante la conferenza intergovernativa del 1991, il governo italiano era l'unico a potersi avvalere di un indiscutibile mandato democratico: essendosi svolto, il 18 giugno 1989, il (primo ed unico sino ad oggi!) referendum consultivo inteso a sondare la volontà popolare rispetto al conferimento di un mandato costituente al Parlamento europeo ai fini della determinazione delle politiche comuni, politica economica inclusa.

La stesura dell'art. 119 TFUE, quindi, non è altro che il frutto di un compromesso tra le due posizioni, francese e tedesca, e che rinviava a più tardi il riequilibrio tra azione della BCE — che doveva prima essere costruita e stabilire la sua riputazione — e “governo economico” dell'Unione, con il coinvolgimento del Parlamento europeo direttamente eletto. Voler applicare una *Dogmatik* tradizionale all'analisi di tali disposizioni e alla loro applicazione, a dispetto dell'analisi funzionale e teleologica privilegiata dalla Corte di Giustizia sin dagli anni Cinquanta, ha dunque poco senso.

Una lettura attenta della sentenza del 5 maggio mostra quanto sia contorto il ragionamento dei giudici del *zweiter Senat* e come esso si basi su presunzioni di politica economica non corroborate da prove e, per di più, contrarie all'obiettivo della coesione dell'Unione Europea. Basta citare, a questo riguardo, un estratto della sentenza per dimostrarlo: secondo i giudici del *zweiter Senat* “Era già prevedibile, al momento dell'adozione della decisione (UE) 2015/774, che diversi Stati membri della zona euro avrebbero aumentato i loro nuovi crediti per finanziare programmi di investimento finalizzati a stimolare l'economia” (91); e qui fanno peraltro riferimento ad un documento della Commissione privo di rilevanza giuridica (92). Non solo, i giudici del *zweiter Senat* non dimostrano che il finanziamento di programmi di investimento sarebbe contrario al Trattato. Invece, a medio termine si può sperare il contrario, come sostengono molti economisti che non sono citati nella sentenza del 5 maggio.

juridictionnel de l'intervention publique à l'encadrement juridique par l'intégration économique régionale ou globale: aides publiques et fiscalité. Quelques pistes pour un programme de recherche in Revue Internationale De Droit Economique, 2-3, 2002, p. 316 ss.

(91) „So war bereits bei der Annahme des Beschlusses (EU) 2015/774 absehbar, dass mehrere Mitgliedstaaten der Eurozone ihre Neuverschuldung erhöhen würden, um durch Investitionsprogramme die Wirtschaft in Schwung zu bringen (vgl. Europäische Kommission, General Government Revenue, Expenditure, Balances and Gross Debt, Part II: Tables by series, Autumn 2016, S. 158)“. Punto 171 della sentenza del *BVerfG*.

(92) Si tratta di un documento della Direzione generale Affari economici e finanziari della Commissione europea, che si può reperire in <https://ec.europa.eu>.

Certo la sentenza riconosce, sulla scia della giurisprudenza *Gauweiler* di entrambe le Corti, che la politica monetaria possa avere delle conseguenze in materia di politica economica e che sia quindi contemplata dal diritto primario dell'Unione. Ma poi, piuttosto che adottare quel *selfrestraint* che sarebbe auspicabile rispetto a quella che in diritto amministrativo italiano sarebbe identificata come discrezionalità tecnica (93), i giudici del *zweiter Senat* non esitano ad avventurarsi nell'analisi economica.

I giudici del *zweiter Senat* sembrano convinti che l'intera dottrina di economia politica non solo segua la teoria cd. *Mainstream*, che ha respinto gran parte delle teorie keynesiane sin dalla metà degli anni Ottanta del secolo scorso, ma che essa sarebbe univoca nel difendere tesi strettamente monetariste e nell'idea che l'unico obiettivo accettabile della politica monetaria sia il mantenimento della stabilità dei prezzi.

Certo, a differenza di taluni ricorrenti e dei loro sostenitori, i giudici del *zweiter Senat* si rifiutano di condannare la fissazione da parte della BCE del parametro per identificare l'esistenza della stabilità dei prezzi al 2% di inflazione. Per il resto, tuttavia, i giudici del *zweiter Senat* criticano le scelte della BCE per i suoi presumibili effetti negativi, legati ad un tasso d'interesse basso quale quello mantenuto dalla BCE (è anche dalla FED americana) in risposta alla crisi finanziaria del 2008 e alla crisi dei titoli sovrani del 2010. Dimenticandosi peraltro che, anche nel contesto di un sindacato sulla proporzionalità "modello tedesco", è certamente dovere del giudice astenersi dall'operare un sindacato che, per il solo fatto di avere ad oggetto misure destinate a contenere gli effetti negativi non già di alcuni fatti acclarati in modo certo, ma di un "processo, in continua e imprevedibile evoluzione (94)" (e tale era senz'altro la crisi finanziaria del 2008 e la crisi dei titoli sovrani del 2010), finisce inevitabilmente per essere un sindacato che giudica *ex post* se una misura

(93) Osserva ancora di recente il Consiglio di Stato a proposito della discrezionalità tecnica come "Tale discrezionalità non è suscettibile di sindacato in sede giurisdizionale quanto al merito della scelta effettuata, salvo — senza che ciò comporti, come sostenuto dallo stesso Comune "un'inammissibile inversione dell'onere della prova in ordine all'idoneità tecnica della scelta amministrativa" — vizi di forma o di procedura o manifesta irragionevolezza o carenza nell'istruttoria e nel bilanciamento dei diversi interessi coinvolti". Cons. Stato, Sez. II, sentenza 26 marzo 2020, n. 2099, punto 4.1.

(94) M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in AIC-Rivista, 2/2020, p. 109 ss. (p. 125), il cui ludicissimo e serrato ragionamento giuridico intorno alle misure adottate dal Governo italiano per fronteggiare l'emergenza COVID-19 si adatta perfettamente anche al contesto qui in oggetto.

potesse qualificarsi come contraria al principio di proporzionalità, sulla base di elementi di valutazione di cui il decisore non poteva in alcun modo disporre *ex ante* (essendo anche la BCE sprovvista della c.d. “sfera di cristallo”).

Quindi, quand’anche fosse ammissibile ed accettabile fare qui applicazione della versione più rigorista del sindacato di proporzionalità tedesco (e già abbiamo detto al precedente paragrafo perché non lo è), sarebbe stato comunque necessario ai giudici di Karlsruhe anzitutto dimostrare, sotto il profilo del primo gradino del sindacato di proporzionalità (l’idoneità), che le misure prescelte dalla BCE non hanno favorito, né possono più favorire il raggiungimento del risultato desiderato (95). Di seguito, sotto il profilo della necessità, sarebbe stato necessario dimostrare che sussistevano misure alternative e che queste avrebbero consentito il raggiungimento dell’obiettivo con la medesima “intensità” (96). Infine, quanto alla valutazione della c.d. proporzionalità in senso stretto, qui l’urgenza e la rilevanza essenziale dell’interesse primario da proteggere porta senz’altro a concludere, che il sacrificio degli interessi confliggenti, una volta rispettati i due criteri della idoneità e della necessità, era/è inevitabile. Ma quand’anche si volesse sostenere — come di fatto fa il *zweiter Senat* — che non è così, e che quest’ultima verifica della proporzionalità in senso stretto andava comunque compiuta (con un bilanciamento, quindi, fra i benefici della misura prescelta per “il salvataggio” dei Paesi dell’Unione travolti dalla crisi, da un lato, e i danni per i risparmiatori tedeschi, dall’altro), rimane il fatto che vi sono opinioni del tutto diverse tra gli economisti con riguardo agli effetti legati al mantenimento di un tasso d’interesse basso. C’è infatti tra di loro chi sostiene, ad esempio, che il PSPP abbia avuto un impatto molto minore sull’economia rispetto a quanto viene solitamente affermato nel dibattito tedesco (97). Ed è chiaro che, in condizioni di simile incertezza, la scelta ultima è una scelta non sindacabile da parte del giudice se non travalicando quello che, nello

(95) Fra le tante: *BVerfG* sentenza 18.12.1968, in *BVerfGE* 25, p. 1 ss. Più di recente cfr. *BVerwG* 02.05.1995, in *DVBl*, 1996, p. 38 ss.; *BVerwG* 01.02.1996, in *NJW*, 1996, p. 1487 ss.; *BVerwG*, 21.03.1996, in *Agrarrecht*, 1997, p. 18 ss.

(96) Sul punto si rinvia a E. GRABITZ, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1973, p. 568 ss.

(97) V. ad es. A. BELKE, D. GROS, *Anleihkäufe: viel Lärm um Nichts*, in *Frankfurter allgemeine Zeitung*, 25 maggio 2020, che riprende peraltro argomenti da loro già presentati, da anni, in varie riviste di macroeconomia.

schema di ragionamento di chi scrive, e il c.d. “merito” della decisione sindacata: un ambito che necessariamente è sottratto al sindacato giurisdizionale, per la semplice ragione che la relativa scelta è ancorata non già a parametri oggettivi di giudizio, ma a parametri soggettivi. Sicché, si impone che sia il decisore pubblico ad adottarla e non già il giudice. A meno di volere negare l’esistenza e il valore del principio stesso di separazione dei poteri (98): che rappresenta uno dei capisaldi fondamentali dello Stato di diritto e della democrazia liberale.

Alla luce di tutto quanto sin qui osservato, dunque, e in conclusione, una lettura attenta della sentenza del 5 maggio, lungi dal fornire sostegno all’argomentazione dei sette giudici del *zweiter Senat* — secondo cui il ragionamento della Corte di Giustizia nella sentenza *Weiss* sarebbe “assolutamente non comprensibile” e “arbitrario” — giustifica invece pienamente la decisione dei quindici giudici europei (99) della Corte di Lussemburgo, di limitare il proprio controllo all’errore manifesto (100). Anche, infatti, ove si volesse applicare lo schema di ragionamento tipico di un giudice tedesco, esisterebbe qui un margine di valutazione sottratto al suo sindacato: trattandosi di “*prognostische Entscheidungen wertenden Charakters*” (101).

I giudici del *zweiter Senat* pretendono invece di sostituire la propria valutazione sulle misure adottate per fronteggiare la crisi a quella degli organi competenti (BCE). E, per di più, nel sovrapporre

(98) Il dubbio che i giudici del *zweiter Senat* non abbiano chiare in mente le implicazioni del principio di separazione dei poteri lo solleva peraltro, in modo chiaro e netto, anche CALLIES, con riferimento ai rapporti “interni” fra Corte Costituzionale federale e Governo Federale e *Bundestag* tedeschi. Cfr. C. CALLIES, *Schriftliche Stellungnahme von Prof. Dr. Christian Calliess zur Öffentlichen Anhörung* cit., spec. p. 3.

(99) Di provenienza, per l’appunto, da quindici ordinamenti giuridici diversi; ai quali si può aggiungere peraltro anche l’avvocato generale. Va rilevato che faceva parte della formazione della Grande camera delle Corte di giustizia, che ha adottato la sentenza *Weiss*, il giudice tedesco (mentre non vi erano né il giudice francese, né il giudice italiano). E che il giudice relatore — lo stesso della sentenza *Gauweiler* — Bay LARSEN, è Danese. V. anche le Conclusioni dell’avvocato generale, il Belga Melchior WATHELET, in causa C-493/17, presentate il 4 ottobre 2018, ECLI:EU:C:2018:815.

(100) Così anche C. CALLIES, *Schriftliche Stellungnahme von Prof. Dr. Christian Calliess zur Öffentlichen Anhörung* cit., p. 7.

(101) A proposito di “*Prognosenentscheidung und Risikobewertung*” cfr. E. PACHE, *Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2001, p. 141 ss. e dottrina e giurisprudenza ivi cit. V. da ultimo anche C. HILLE, *Die gerichtliche Kontrolle von Wirtschaftlichkeit im Vergaberecht*, Nomos, Baden-Baden, 2018, p. 500 ss., che illustra bene la questione del c.d. „Wertungsspielraum“ insindacabile anche da parte del giudice tedesco. Si vedano al riguardo anche le riflessioni di C. CALLIES, *Schriftliche Stellungnahme von Prof. Dr. Christian Calliess zur Öffentlichen Anhörung* cit., par. V, p. 7 ss.

la propria valutazione a quella degli organi tecnici competenti a decidere in materia, basano le proprie conclusioni su di un numero assai limitato di contributi dottrinari e di rapporti, tutti di origine tedesca (102). Tipicamente, infatti, i giudici del *zweiter Senat* non tengono conto, ad esempio, dei numerosi documenti della BCE che spiegano la sua politica (103) e che dimostrano come la BCE abbia proceduto nelle sue analisi e ponderazioni previe all'adozione delle decisioni riguardo il PSPP.

Così facendo, tuttavia, i giudici del *zweiter Senat* operano un chiaro travalicamento della propria funzione giurisdizionale (anche secondo i canoni applicati al riguardo dalla dottrina tedesca (104)), svolgendo di fatto una funzione che non gli è propria: quella del decisore pubblico.

7. *Il diritto come scienza sociale? Fra tentativi di “egemonia culturale” ed errori imperdonabili.*

La sentenza del *zweiter Senat* del *Bundesverfassungsgericht* tedesco si abbatte come uno *tsunami* sull'Unione Europea, già messa a dura prova dall'emergenza sanitaria causata dal COVID-19 e dalla crisi economica di proporzioni immani (anche se ancora non del tutto quantificabili) che essa, quasi certamente, ci lascerà in eredità (105).

Al di là, dunque, dei contenuti specifici della sentenza stessa (106) — e degli errori giuridici che essa indubbiamente con-

(102) V. ad esempio il punto 139 della sentenza; come già indicato questo non appare nella traduzione in lingua inglese, che non riprende riferimenti che fanno invece parte integrale della motivazione della sentenza.

(103) Tali documenti sono stati sintetizzati di recente — e prima della pronuncia del *BVerfG* — dal membro tedesco del Consiglio direttivo della BCE ad uso dei membri della *Juristische Studiengesellschaft* (Società di Studi giuridici), v. I. SCHNABEL, *Narrative über die Geldpolitik der EZB - Wirklichkeit oder Fiktion?*, Karlsruhe, 11 Febbraio 2020, disponibile su https://www.ecb.europa.eu/press/key/date/2020/html/ecb.sp200211_1~b439a2f4a0.de.html, con anche una versione in lingua inglese.

(104) V. per tutti le osservazioni a tale riguardo di C. CALLIESS, *Schriftliche Stellungnahme von Prof. Dr. Christian Calliess zur Öffentlichen Anhörung* cit.

(105) Sul punto si rinvia all'editoriale di R. LEONCINI, *Verso il post emergenza Covid-19: Business as usual o nuove opportunità?*, in *Federalismi.it*, 12/2020 (<https://www.federalismi.it/>), p. 1 ss.

(106) Su cui si vedano, oltre ai vari contributi sin qui richiamati, anche M. POIARES MADURO, *Some Preliminary Remarks on the PSPP Decision of the German Constitutional Court*, in <https://verfassungsblog.de/some-preliminary-remarks-on-the-pspp-decision-of-the-german-constitutional-court/>; D. SARMIENTO, *An Infringement Action against Germany after its Constitutional Court's ruling in Weiss? The Long Term and the Short Term*, in <https://eulawlive.com/op-ed-an-infringement-action-against-germany-after-its-constitutional-courts-ruling-in-weiss-the-long-term-and-the-short-term-by-daniel-sarmiento/>.

tiene e di cui si è sin qui detto — quello che colpisce è, anzitutto, lo scarso tempismo della pronunzia: che — e ci sia consentita la *vis polemica* — sembra essere stata emessa da un gruppo di giudici che, nella migliore delle ipotesi (107), vivono su Marte; e che hanno del tutto dimenticato la caratteristica di “scienza sociale” del diritto. Scienza sociale che, come tale, ha una caratteristica in comune con le altre le scienze sociali: di essere tutte “sorte sulla base di uno sforzo consapevole di conoscenza della società o, meglio, delle società umane” (108). Di questo aspetto della questione il *zweiter Senat* sembra non solo non essersi fatto minimamente carico. Peggio ancora, dalle parole usate dal suo Presidente uscente (sigh!) *Andreas Voßkuhle*, come riportate sul *Frankfurter Allgemeine*, traspare un’assai scarsa consapevolezza di che cosa implichi, nella terribile contingenza nella quale ci troviamo oggi, l’essere scienza sociale del diritto (109).

Sicché, se la pretesa dei giudici del *zweiter Senat* di valutare loro la legalità delle decisioni della BCE sulla base dei principi di attribuzione e di proporzionalità è del tutto discutibile in punto di diritto, essa è soprattutto estremamente pericolosa (110); e non solo perché essa implica che il *zweiter Senat* rifiuta l’uniformità di applicazione del diritto dell’Unione sulla base del principio democratico e del controllo delle competenze dell’Unione. Ma anche perché essa appare come la lampante dimostrazione di una forma di “bullismo culturale” lamentato ormai da più parti; e che non è che una delle mille sfaccettature di un atteggiamento di insopportabile arroganza

(107) Peraltro, questa prima lettura dell’atteggiamento dei giudici del *zweiter Senat*, corroborata dalle molte interviste rilasciate nel frattempo e dal presidente uscente (*Voßkuhle*) e dal giudice relatore (*Huber*) pare a questo punto finanche troppo generosa. Stanno infatti aumentando le voci di chi sostiene che si sia trattato, invece, di ben altro. Ad esempio, ha autorevolmente parlato di “tempismo sfacciato” e di un intervento di “smaccata politicità” il Prof. M. Luciani, al Webinar del 26 maggio 2020 dal titolo “La sentenza del 5 maggio 2020 della seconda Camera del Tribunale costituzionale federale tedesco (e le sue conseguenze)”, organizzato dalla Rivista *Federalismi* (<https://www.federalismi.it/>). Ma si vedano anche le osservazioni di M. CLARICH, *La Consulta tedesca e il problema della legittimazione democratica dell’UE* cit.

(108) Così recita la voce di P. Rossi, Scienze Sociali, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, 1997. Si rinvia, tra gli altri, all’opera di Léon DUGUIT cit. alla nota 8.

(109) V. anche R. MÜLLER, *Die Amtszeit von Andreas Voßkuhle endet in Kürze: Durch das Grundsatzurteil zum EZB-Anleihenkaufprogramm beendet der Präsident des Bundesverfassungsgerichts seine Amtszeit genauso spektakulär wie er sie begann*, in *Frankfurter Allgemeine* del 5 maggio 2020.

(110) Sulla “pericolosità” di questa pronuncia, e sulla sulla portata potenzialmente distruttiva si veda il commento dell’ex giudice alla Corte di giustizia J.L DA CRUZ VILAÇA, *O acórdão do tribunal constitucional alemão e o tribunal de justiça - cooperação judicial ou diálogo de surdos?*, in CERIDAP (<https://ceridap.eu/>), 05.06.2020.

che sta caratterizzando, più in generale, l'approccio di alcuni Stati membri nella gestione dell'emergenza economica legata alla pandemia da COVID-19. Atteggiamento che potrebbe avere, ahinoi, conseguenze tragiche per il futuro dell'Unione.

Nella sua sentenza del 5 maggio 2020, il *BVerfG* ha ordinato alla Banca centrale della Repubblica federale di Germania di cessare gli acquisti sul mercato secondario di titoli sovrani nell'ambito del programma PPSP se la BCE non dimostra, entro un periodo massimo di tre mesi, che le sue decisioni sono conformi al principio di proporzionalità. La sentenza dichiara inoltre che il Governo federale e il Parlamento (*Bundestag*) sono venuti meno agli obblighi derivanti dall'articolo 23 della Legge fondamentale — che riconosce la partecipazione della Repubblica federale di Germania al “contributo allo sviluppo dell'Unione europea” — non avendo tali organi adottato tutte le misure appropriate per impedire al Consiglio direttivo della BCE di adottare le misure in questione. Inutile dire che, sebbene la *Bundesbank* sia un'istituzione della Repubblica federale di Germania, essa è indipendente: sia in virtù della legge che la istituisce, sia in virtù del diritto primario dell'Unione, che la rende membro del Sistema Europeo delle Banche Centrali (SEBC).

Supponendo, dunque, che il controllo giudiziario esercitato dal *BVerfG* sulle Istituzioni federali gli consenta senza limitazioni di emettere ingiunzioni contro la *Bundesbank*, appare chiaro che i tentativi del Governo federale e del Parlamento di influenzare gli organi della BCE e i membri del SEBC sarebbero contrari alla loro indipendenza, garantita dal diritto primario dell'Unione.

Affidandosi, allo scopo di emettere la loro ingiunzione, a motivazioni discutibili per affermare che la BCE non avrebbe la competenza per adottare le decisioni del programma PSPP, i giudici del *zweiter Senat* incitano la *Bundesbank* (e in effetti anche il Governo federale e il Parlamento) a violare il diritto dell'Unione europea. Il fatto che i giudici del *zweiter Senat* affermino, sulla base di un ragionamento altrettanto discutibile, che il programma PSPP ostacola la realizzazione del principio di democrazia, limitando i poteri del Parlamento federale, non cambia nulla nel caso di specie: c'è una violazione (e flagrante!) del diritto dell'Unione.

Apparentemente, al fine di chiarire la propria posizione nei confronti degli altri Stati membri dell'Unione, i giudici del *zweiter Senat* dichiarano che, in mancanza di una motivazione convincente da parte della BCE circa la conformità delle decisioni della BCE al

principio di proporzionalità, tali decisioni non sono applicabili (solo) nel territorio della Repubblica federale di Germania. I giudici del *zweiter Senat* non vogliono tuttavia tener conto del fatto che, così facendo, essi violano un principio fondamentale del diritto dell'Unione: quello dell'applicazione uniforme. A meno che non vi sia una deroga esplicita, gli atti di diritto derivato si applicano in tutti gli Stati membri e devono essere applicati *allo stesso modo*: a meno che sempre il diritto primario non preveda esplicitamente una possibilità di differenziazione, come nell'articolo 355 del TFUE sulle regioni ultraperiferiche. Ignorare questo principio contribuisce alla frammentazione dell'Unione in tanti regimi giuridici diversi quanti sono gli Stati membri. Si tratta di una questione estremamente grave!

I giudici del *zweiter Senat* giustificano la loro sentenza con l'argomento (non adeguatamente supportato, come si è detto) della violazione della delimitazione delle competenze tra l'Unione e gli Stati membri da parte della BCE e della CGUE. La giustificano anche con il fatto che le decisioni incriminate sarebbero in contrasto con il principio di democrazia, perché limiterebbero eccessivamente il potere del Parlamento tedesco in materia di politica economica e di bilancio.

Supponendo che l'argomentazione sul principio democratico sia fondata (111), questo ha un effetto immediato che i giudici del *zweiter Senat* ovviamente non hanno voluto prendere in considerazione. Questo argomento giustificerebbe, di fatto, il rifiuto di Governi come quello ungherese o polacco, che hanno una comoda maggioranza in Parlamento, di applicare le sentenze della Corte di giustizia che li condannano per violazione dell'articolo 19 del TUE per le loro azioni che mettono in discussione, tra l'altro l'indipendenza della magistratura (112). Questo sarebbe un ulteriore fattore di frammentazione del diritto dell'Unione e dell'Unione stessa.

Nelle loro interviste già menzionate, il giudice relatore *Huber* e il presidente uscente *Vosskuhle* si riferiscono ai precedenti delle sentenze della Corte costituzionale Ceca del 31 gennaio 2012, nella

(111) Per approfondimenti sul punto si rinvia ad A. CIANCIO, *The 5 May 2020 Bundesverfassungsgericht's Decision on the ECB's public sector purchase program: an attempt to "break the toy" or a new starting point for the Eurozone?*, in *Federalismi.it*, 16/2020, del 27.05.2020 (<https://www.federalismi.it/>), p. 35 ss. (spec. p. 46 ss.).

(112) V. in questo stesso senso anche J.L. DA CRUZ VILAÇA, *O acórdão do tribunal constitucional alemão e o tribunal de justiça - cooperação judicial ou diálogo de surdos?* cit.

causa *Landtová Pl. ÚS 5/12* (113) e della Corte suprema danese nella causa *15/2014, Ajos* (114): come se questa fosse una scusa per il fatto che loro si arrogano la funzione di interpretare il diritto UE, riservata dall'art. 19 TUE alla Corte di giustizia.

Occorre rilevare, tuttavia, che nella causa *Landtovà* non si trattava di un rinvio pregiudiziale operato dalla Corte costituzionale ceca. Questa si era infatti lamentata che non fosse stata presa in considerazione una sua lettera, inviata direttamente alla Corte di Giustizia. Mentre avrebbe dovuto venire presentata formalmente tramite il governo ceco; quindi, si trattava di un caso di per se non paragonabile alla causa *Weiss*.

Per quanto riguarda invece la causa *Ajos*, la Corte suprema danese era il giudice del rinvio e non aveva tratto le dovute conseguenze dalla sentenza della Corte di giustizia, rifiutandosi di applicare alla fattispecie il principio generale della non discriminazione in ragione dell'età (115).

Occorre rilevare che questi due precedenti hanno avuto effetto solo in casi di portata limitata (le pensioni di taluni cittadini slovacchi nella Repubblica Ceca; la soluzione di una specifica lite tra privati in Danimarca); mentre la sentenza del 5 maggio del *BVerfG* ha gravi conseguenze sistemiche per il diritto dell'Unione e per l'Unione stessa, poiché potrebbe impedire alla politica della BCE di applicarsi.

Sicché, quando il *BVerfG* minaccia di far disapplicare le decisioni della BCE in Germania, impedendo quindi alla *Bundesbank* di acquistare titoli sul mercato secondario, è chiaro che gli effetti di un tale divieto non sarebbero limitati alla Germania, ma sarebbero immediatamente percepibili negli altri Stati membri dell'Unione, anzitutto in quelli con una situazione finanziaria di maggiore debolezza.

Nelle già citate interviste, per rispondere a domande su una

(113) V. tra l'altro J. KOMÁREK, *Czech Constitutional Court Playing with Matches: The Czech Constitutional Court Declares a Judgment of the Court of Justice of the EU Ultra Vires; Judgment of 31 January 2012, Pl. ÚS 5/12, Slovak Pensions XVII*, in *European Constitutional Law Review*, 8(2), p. 323 ss.

(114) V. tra l'altro U. ŠADL & S. MAIR, *Mutual Disempowerment: Case C-441/14 Dansk Industri, acting on behalf of Ajos A/S v Estate of Karsten Eigil Rasmussen and Case no. 15/2014 Dansk Industri (DI) acting for Ajos A/S v The estate left by A.* in *European Constitutional Law Review*, 13(2), p. 347 ss.

(115) Sentenza della Corte (Grande Sezione) del 19 aprile 2016, in causa C-441/14, *Dansk Industri (DI) c. Successione Karsten Eigil Rasmussen*, ECLI:EU:C:2016:278.

eventuale procedura di infrazione contro la Germania che potrebbe essere avviata dalla Commissione, i due giudici si riferiscono al fatto che vi sia già stata la condanna di uno Stato membro, la Francia, per violazione del diritto dell'Unione da parte di una sua Corte suprema, il *Conseil d'Etat* (116). La Francia venne infatti condannata perché il *Conseil d'Etat* aveva omesso di adire la Corte di giustizia dell'Unione europea con un rinvio pregiudiziale, facendo un'applicazione errata della giurisprudenza della Corte di giustizia sulla tassazione di società commerciali non residenti; va rilevato, tuttavia, che la sentenza della Corte di Lussemburgo fu poi rispettata dallo stesso *Conseil d'Etat*, a differenza, per l'appunto, di quanto fa il *BVerfG*.

Di due cose l'una, però: o i due giudici del *zweiter Senat* ammettono, non solo che è normale che, a questo punto, venga avviata una procedura d'infrazione nei confronti della Germania e che la Germania dovrà attenersi all'eventuale sentenza di condanna, così come ha fatto la Francia; ma anche che sarebbe stato in realtà loro dovere fare un secondo rinvio pregiudiziale di interpretazione della sentenza *Weiss* dell'11 dicembre 2018, sulla base dell'obbligo disposto all'art. 267 terzo comma TFUE, nonché del principio di leale cooperazione di cui all'art. 4 par. 3 TUE (117). Oppure, costoro vogliono implicare che il Tribunale federale costituzionale tedesco, il *Bundersverfassungsgericht* non può essere messo sullo stesso piano della Corte suprema amministrativa francese, il *Conseil d'Etat*!

In conclusione dunque, che sia stato voluto o meno il tentativo di "dominanza culturale" nel contesto UE che la caratterizza ed a prescindere dai suoi effetti in materia di politica della BCE e dal suo impatto politico nel pieno della crisi economica innescata dalla pandemia Covid-19 (118), la sentenza del 5 maggio 2020 del *Bundesverfassungsgericht* merita di rimanere nell'antologia delle grandi

(116) Sentenza della Corte (Quinta Sezione) del 4 ottobre 2018, in causa C-416/17, Commissione europea c. Repubblica francese, ECLI:EU:C:2018:811; V. C. FASONE, *Violazione dell'obbligo di rinvio pregiudiziale e ricorso per inadempimento: verso un sistema di giustizia costituzionale "composito" nell'Unione? (prime riflessioni a partire dalla sentenza Commissione c. Francia, c-416/17)*, in *Diritti comparati - Working papers*, 3 dicembre 2018.

(117) Questo aspetto lo evidenzia anche C. CALLIESS, *Schriftliche Stellungnahme von Prof. Dr. Christian Calliess zur Öffentlichen Anhörung* cit., p. 8 s.

(118) A questo proposito osserva C. CALLIESS, *Schriftliche Stellungnahme von Prof. Dr. Christian Calliess zur Öffentlichen Anhörung* cit., p. 2, come la sentenza sia piena di „messaggi di avvertimenti“ con riferimento al programma Corona della BCE (*das Corona-Programm der EZB*). In questo senso anche M. CLARICH, *La Consulta tedesca e il problema della legittimazione democratica dell'UE* cit.

sentenze giudiziarie: ma come perfetta illustrazione di una pronunzia “assolutamente non comprensibile” e “arbitraria” (119)!

(119) Queste sono ahinoi — come si è visto — le esatte parole usate dal *BVerfG* nella sentenza *Weiss* al punto 118, ove riferisce di una interpretazione (a suo parere) assolutamente non comprensibile e quindi oggettivamente arbitraria dei Trattati da parte della Corte di giustizia (“schlechterdings nicht mehr nachvollziehbaren und daher objektiv willkürlichen Auslegung der Verträge”).

