

Anno X (2020)
Maggio – Agosto
Fascicolo 2

ISSN 2281 - 4531

IL DIRITTO DEGLI AFFARI

RIVISTA QUADRIMESTRALE

DIRETTA DA
BRUNO INZITARI



DIRETTORE RESPONSABILE

Bruno Inzitari

COMITATO SCIENTIFICO

Enrico Al Mureden, Paola Bilancia, Vincenzo Franceschelli, Francesco Antonio Genovese, Alessio Lanzi, Raffaella Lanzillo, Daniela Memmo, Gabriele Racugno, Carlo Rimini, Laura Salvaneschi, Giuseppe Sbisà, Maria Cristina Vanz

RESPONSABILE DI REDAZIONE

Martino Zulberti

COMITATO DI REDAZIONE

Érico Andrade, Laura Baccaglini, Francesca Benatti, Maria Novella Bugetti, Elena Depetris, Vincenzo De Sensi, Beatrice Ficarelli, Alessio Filippo Di Girolamo, Mariangela Ferrari, Elena Gabellini, Albert Henke, Marek Ivančo, Lucas Carlos Lima, Michela Bailo Leucari, Elena Marinucci, Flavia Marisi, Rita Maruffi, Juan Pablo Murga Fernández, Leonardo Netto Parentoni, Giacomo Pirotta, Stefano Pellegatta, Valentina Piccinini, Vincenzo Ruggiero, Alberto Villa, Michelle Vanzetti, Diego Volpino, Martino Zulberti

COMITATO PER LA VALUTAZIONE SCIENTIFICA

Laura Baccaglini, Francesca Benatti, Federico Ferraris, Giusella Finocchiaro, Lucio Imberti, Giovanni Meruzzi, Raffaella Muroi, Giacomo Pongelli, Chiara Tenella Sillani, Emilio Tosi, Michelle Vanzetti, Giovanna Visintini

SEGRETERIA DI REDAZIONE

Livia Marcinkiewicz

PROCEDURA DI REFERAGGIO

I contributi pubblicati nella Rivista sono sottoposti ad un giudizio di idoneità alla pubblicazione da parte di due membri del Comitato per la Valutazione Scientifica.

I contributi sono sottoposti in forma anonima al revisore, il quale entro quindici giorni comunica se il contributo è meritevole di pubblicazione, non meritevole di pubblicazione o se è meritevole subordinatamente a modifiche. Nel primo caso il revisore non esprime alcuna motivazione, nel secondo fornisce le ragioni ostative alla pubblicazione, nel terzo indica le modifiche che ritiene necessarie affinché il contributo possa essere pubblicato.

In caso di parere negativo dei Revisori il contributo non verrà pubblicato.

INDICE DEL FASCICOLO

Anno (X) 2020 – N. 2 – Maggio - Agosto

ARTICOLI

GABRIELE RACUGNO, <i>La s.r.l. a capitale ribassato</i>	243
FILIPPO MAISTO, <i>Circa l'opportunità della distinzione tra risarcimenti punitivi convenzionali e clausola penale</i>	249
ANDREA LOLLI, MARIA GINEVRA PAOLUCCI, <i>Le disposizioni emergenziali in materia di riduzione del capitale sociale, di sussistenza della continuità aziendale ai fini della redazione del bilancio e di finanziamenti da parte della compagine sociale</i>	269
MARIA NOVELLA BUGETTI, <i>Brevi note su inadempimento e risoluzione ai tempi della pandemia</i>	281
ALBERTO VILLA, <i>Contratti di carattere personale e procedura liquidatoria: riflessioni a margine dell'art. 175 CCI</i>	295
FRANCESCO CAMILLETI, <i>Il divieto di distribuzione degli utili nelle società sportive dilettantistiche e le sue principali implicazioni</i>	307
FLAVIA MARISI, <i>Interim measures and injunctive relief in common law and civil law jurisdictions: a comparative study</i>	323
MARIO JUNIOR MAZZOTTA, <i>Gestione dei crediti deteriorati: limiti regolamentari al recupero degli utp</i>	347
FEDERICO FOGGETTA, <i>La legislazione d'emergenza e la continuità aziendale nel nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: problemi di coordinamento tra fictio contabile e obblighi degli amministratori</i>	366

DIBATTITI

BEATRICE FICCARELLI, <i>Un decennio di mediazione civile e commerciale: evoluzione, bilanci e prospettive</i>	381
---	-----

GIROLAMO LAZOPPINA, <i>Le società per azioni con la partecipazione dello Stato ed enti pubblici</i>	390
---	-----

GIURISPRUDENZA

Sez. I – Note a sentenza

LAURA BACCAGLINI, <i>Obbligazione solidale e processo esecutivo. Tra tutela del creditore e abuso del processo</i>	397
MICHELLE VANZETTI, <i>Condanna generica e domande complanari</i>	414
ALBERT HENKE, <i>Dell’ammutinamento tedesco alla UE e alle sue istituzioni</i> ...	425
CRISTINA EVANGHELIA PAPADIMITRIU, <i>È ammissibile il recesso del socio se la s.p.a. limita la distribuzione dell’utile</i>	440
ANTONIO GENNARO, <i>La responsabilità per danni cagionati nell’esercizio delle funzioni giudiziarie nel caso di discostamento dai precedenti</i>	480

Sez. II – Osservatorio

<i>Delegabilità al notaio delle operazioni di sigillazione: Tribunale di Milano, 12 giugno 2020</i>	496
<i>Art. 83, comma 3, TUB: va consolidandosi l’orientamento secondo cui le domande di accertamento negativo restano procedibili: Tribunale di Venezia, Sezione Specializzata in materia di Impresa, 27 maggio 2020, n. 838</i>	497

MATERIALI

Sez. I – Legislazione

Decreto legge 16 luglio 2020, n. 76 “ <i>Misure urgenti per la semplificazione e l’innovazione digitale</i> ”	500
---	-----

Sez. II – Giurisprudenza

<i>Il diritto degli affari, n. 2/20</i>	241
---	-----

Banca (istituti di credito) – Enti creditizi sottoposti a risoluzione - Stato di insolvenza – Accertamento – Infruttuosi tentativi di intervento del fondo interbancario di tutela dei depositi – Rilevanza – Esclusione – Fondamento – Fattispecie: Cassazione civile, Sezione I, 6 giugno 2020, n. 11267	500
Conflitto di competenza – Giudice di appello – Termine per il rilievo dell'incompetenza – Applicabilità al giudizio di impugnazione dell'art. 38 comma 3 c.p.c. – Sussistenza: Cassazione civile, Sezioni Unite, 18 giugno 2020, n. 11866	500
Concordato preventivo – Obbligatorietà – Domanda di fallimento presentata da creditore concordatario – Ammissibilità – Necessità di previa risoluzione del concordato – insussistenza: Tribunale di Vercelli, 22 luglio 2020	501

*Bundesverfassungsgericht, Zweiten Senats, decisione del 5 maggio 2020
2 BvR 859/15, 2 BvR 980/16, 2 BvR 2006/15, 2 BvR 1651/15
(Pres. Andreas Voßkuhle)*

1. *Die Verfahren 2 BvR 859/15, 2 BvR 1651/15, 2 BvR 2006/15 und 2 BvR 980/16 werden zur gemeinsamen Entscheidung verbunden.*

2. *Die Verfassungsbeschwerden der Beschwerdeführer zu I. gegen die Beschwerdegegenstände zu 2. und 3., die Verfassungsbeschwerde der Beschwerdeführer zu II. gegen den Beschwerdegegenstand zu 1. sowie die Verfassungsbeschwerden der Beschwerdeführer zu IV. werden verworfen.*

3. *Bundesregierung und – hinsichtlich der Beschwerdeführer zu I. und II. – auch der Deutsche Bundestag haben die Beschwerdeführer zu I., II. und III. in ihrem Recht aus Artikel 38 Absatz 1 Satz 1 in Verbindung mit Artikel 20 Absatz 1 und Absatz 2 in Verbindung mit Artikel 79 Absatz 3 des Grundgesetzes verletzt, da sie es unterlassen haben, geeignete Maßnahmen dagegen zu ergreifen, dass der Rat der Europäischen Zentralbank*

a. im Beschluss (EU) 2015/774 der Europäischen Zentralbank vom 4. März 2015 über ein Programm zum Ankauf von Wertpapieren des öffentlichen Sektors an den Sekundärmärkten (Public Sector Asset Purchase Programme, EZB/2015/10, ABl EU Nr. L 121 vom 14. Mai 2015, S. 20),

b. geändert durch Beschluss (EU) 2015/2101 der Europäischen Zentralbank vom 5. November 2015 zur Änderung des Beschlusses (EU) 2015/774 über ein Programm zum Ankauf von Wertpapieren des öffentlichen Sektors an den Sekundärmärkten (EZB/2015/33, ABl EU Nr. L 303 vom 20. November 2015, S. 106), Beschluss (EU) 2015/2464 der Europäischen Zentralbank vom 16. Dezember 2015 zur Änderung des Beschlusses (EU) 2015/774 über ein Programm zum Ankauf von Wertpapieren des öffentlichen Sektors an den Sekundärmärkten (EZB/2015/48, ABl EU Nr. L 344 vom 30. Dezember 2015, S. 1), Beschluss (EU) 2016/702 der Europäischen Zentralbank vom 18. April 2016 zur Änderung des Beschlusses (EU) 2015/774 über ein Programm zum Ankauf von Wertpapieren des öffentlichen Sektors an den Sekundärmärkten (EZB/2016/8, ABl EU Nr. L 121 vom 11. Mai 2016, S. 24) und Beschluss (EU) 2017/100 der Europäischen Zentralbank vom 11. Januar 2017 zur Änderung des Beschlusses (EU) 2015/774 über ein Programm zum Ankauf von Wertpapieren des öffentlichen Sektors an den Sekundärmärkten (EZB/2017/1, ABl EU Nr. L 16 vom 20. Januar 2017, S. 51)

weder geprüft noch dargelegt hat, dass die beschlossenen Maßnahmen dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen.

4. *Im Übrigen werden die Verfassungsbeschwerden zurückgewiesen.*

5. Die Bundesrepublik Deutschland hat den Beschwerdeführern zu I., II. und III. ihre notwendigen Auslagen zu erstatten.

1. Where an *ultra vires* review or an identity review raises questions regarding the validity or the interpretation of a measure taken by institutions, bodies, offices and agencies of the European Union, the Federal Constitutional Court, in principle, bases its review on the understanding and the assessment of such a measure as put forward by the Court of Justice of the European Union.

2. The Court of Justice of the European Union exceeds its judicial mandate, as determined by the functions conferred upon it in Article 19(1) second sentence of the Treaty on European Union, where an interpretation of the Treaties is not comprehensible and must thus be considered arbitrary from an objective perspective. If the Court of Justice of the European Union crosses that limit, its decisions are no longer covered by Article 19(1) second sentence of the Treaty on European Union in conjunction with the domestic Act of Approval; at least in relation to Germany, these decisions lack the minimum of democratic legitimation necessary under Article 23(1) second sentence in conjunction with Article 20(1) and (2) and Article 79(3) of the Basic Law.

3. Where fundamental interests of the Member States are affected, as is generally the case when interpreting the competences conferred upon the European Union as such and its democratically legitimated European integration agenda (Integrationsprogramm), judicial review may not simply accept positions asserted by the European Central Bank without closer scrutiny.

4. The combination of the broad discretion afforded the institution in question together with the limited standard of review applied by the Court of Justice of the European Union clearly fails to give sufficient effect to the principle of conferral and paves the way for a continual erosion of Member State competences.

5. For safeguarding the principle of democracy, it is imperative that the bases for the division of competences in the European Union be respected. The finality of the European integration agenda (Integrationsprogramm) must not undermine the principle of conferral, one of the fundamental principles of the European Union.

6. a) In the context of delimiting the competences between the European Union and the Member States, the principle of proportionality and the overall assessment and appraisal it entails are of great importance with regard to the principles of democracy and the sovereignty of the people. Disregarding these requirements potentially shifts the bases for the division of competences in the European Union, undermining the principle of conferral.

6. b) A programme for the purchase of government bonds only satisfies the principle of proportionality if it constitutes a suitable and necessary means for achieving the aim pursued; the principle of proportionality requires that the programme's monetary policy objective and the economic policy effects be identified,

weighed and balanced against one another. Where a programme's monetary policy objective is pursued unconditionally and its economic policy effects are ignored, it manifestly disregards the principle of proportionality enshrined in Article 5(1) second sentence and Article 5(4) of the Treaty on European Union.

6. *c) The fact that the European System of Central Banks has no mandate for economic or social policy decisions does not rule out that effects of a programme for the purchase of government bonds on, for example, public debt, personal savings, pension and retirement schemes, real estate prices and the keeping afloat of economically unviable companies are taken into account in the proportionality assessment pursuant to Article 5(1) second sentence and Article 5(4) of the Treaty on European Union and – in an overall assessment and appraisal – weighed against the monetary policy objective that the programme aims to achieve and is capable of achieving.*

7. *The determination whether a programme like the Public Sector Purchase Programme manifestly circumvents the prohibition in Article 123(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union does not hinge on a single criterion; rather, it requires an overall assessment and appraisal of the relevant circumstances. In particular, the purchase limit of 33% and the distribution of purchases according to the European Central Bank's capital key prevent selective measures being taken under the Public Sector Purchase Programme for the benefit of individual Member States and the Eurosystem becoming the majority creditor of one Member State.*

8. *If the risk-sharing regime for bond purchases under the Public Sector Purchase Programme were subject to (retroactive) changes, this would affect the limits set by the overall budgetary responsibility of the German Bundestag and be incompatible with Article 79(3) of the Basic Law. It would essentially amount to an assumption of liability for decisions taken by third parties with potentially unforeseeable consequences, which is impermissible under the Basic Law.*

9. *Based on their responsibility with regard to European integration (Integrationsverantwortung), the Federal Government and the Bundestag are required to take steps seeking to ensure that the European Central Bank conducts a proportionality assessment. They must clearly communicate their legal view to the European Central Bank or take other steps to ensure that conformity with the Treaties is restored.*

10. *German constitutional organs, administrative bodies and courts may participate neither in the development nor in the implementation, execution or operationalisation of ultra vires acts. This generally also applies to the Bundesbank.*

DELL'AMMUTINAMENTO TEDESCO ALLA UE E ALLE SUE ISTITUZIONI

ALBERT HENKE
*Professore aggregato
nell'Università di Milano*

1. – Con una decisione a dir poco dirompente la Corte costituzionale federale tedesca si è pronunciata, in data 5 maggio 2020, sul programma della Banca Centrale Europea (qui di seguito “BCE”), consistente nell’acquisto di titoli emessi da governi, agenzie pubbliche e istituzioni internazionali situate nell’area euro (il cd. *Public Sector Purchase Programme* o “PSPP”) ¹. La decisione giunge al termine di un lungo ed acceso dibattito sul ruolo, le competenze ed i limiti del mandato della BCE in campo monetario. In ragione del numero e dell’importanza dei temi affrontati, nonché di un approccio molto poco accomodante, la decisione è destinata ad avere un notevole impatto su tutta una serie di questioni di rilievo cruciale per il futuro dell’eurozona, sotto il profilo non solo economico, ma anche giuridico, politico ed istituzionale.

In estrema sintesi, la Corte, sconfessando *in toto* una precedente sentenza della Corte di Giustizia dell’Unione Europea (qui di seguito “CGEU”), ha sollevato dubbi, pesanti come macigni, sulla legittimità del programma di stimolo della BCE, inaugurato nel 2015 e poi ripreso nel 2019 (il famoso *Quantitative Easing* di Draghi e il suo “*whatever it takes*”), mirante, tramite l’acquisto di *bonds* governativi, a sostenere l’economia degli Stati membri e ad aumentare l’inflazione dell’eurozona fino alla soglia del 2%, dando contestualmente un *ultimatum* (per se indiretto, in quanto rivolto, in prima battuta, al governo e al Parlamento federali) di tre mesi alla BCE per fornire prove circostanziate sulla proporzionalità dei suoi interventi, pena, in caso contrario, l’obbligo della *Bundesbank* di non partecipare più al programma.

2. – Il *Public Sector Purchase Programme* o PSPP della BCE (qui di seguito “programma PSP”) è parte del cd. *Expanded Asset Purchase Programme* (EAPP, qui di seguito “programma EAP”), un programma quadro della BCE per l’acquisto di *assets* sul mercato finanziario, finalizzato all’aumento della massa monetaria in circolazione e al sostegno alla spesa per consumi ed

¹ Il testo ufficiale della decisione (in tedesco) può essere reperito a questo link: www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/05/rs20200505_2bvr085915 (ivi anche la traduzione ufficiale in inglese).

investimenti nell'eurozona e, in ultima analisi, alla stabilizzazione dell'inflazione attorno alla soglia del 2%. Il programma veniva inaugurato con la decisione della BCE del 4 marzo 2015 e poi modificato con cinque decisioni successive. In conformità ad esso, le banche centrali dell'eurozona, nell'ambito di un dettagliato accordo quadro redatto dalla BCE, venivano legittimate all'acquisto di titoli governativi o di altri titoli di debito negoziabili emessi dai governi degli Stati membri, da agenzie pubbliche certificate, da organizzazioni internazionali, nonchè da banche multilaterali di sviluppo situate nell'area euro. Il programma PSP ha rappresentato la quota più rilevante del volume totale del programma EAP. A partire dall'8 novembre 2019, il valore totale dei titoli acquistati nell'ambito del programma PSP ammontava ad euro 2.088.100 milioni.

In occasione di un precedente ricorso presentato alla Corte costituzionale tedesca da una serie di ricorrenti, tra cui molti economisti e giuristi tedeschi, con cui si lamentava la violazione, da parte di detto programma, di una serie di disposizioni dei trattati europei (l'art. 123 TFUE sul divieto di finanziamento monetario diretto dei bilanci degli Stati membri; l'art. 5, comma 1 TUE sul principio di attribuzione; l'art. 119 TFUE sulla politica economica e monetaria dell'Unione e degli Stati membri; l'art. 127 TFUE sugli obiettivi della politica monetaria della BCE), la Corte, con l'ordinanza del 18 luglio 2017, aveva adito la CGUE in sede di rinvio pregiudiziale, sottoponendole una serie di quesiti attinenti alle regole sul divieto di finanziamento monetario dei bilanci degli Stati membri, ai limiti del mandato della BCE e alla possibile interferenza della sua politica monetaria con le sfere di competenza e sovranità degli Stati membri. La CGUE, con la decisione dell'11 dicembre del 2018, statuiva che il programma PSP non eccedeva il mandato della BCE, nè violava alcuna regola o principio dei trattati europei in tema di divieto di finanziamento monetario diretto².

3. – A distanza di poco più di un anno la Corte costituzionale tedesca torna a confrontarsi con le medesime problematiche, e lo fa con una decisione destinata ad avere pesanti ripercussioni sui già fragili equilibri dell'eurozona. Due sono, in particolare, gli aspetti che colpiscono ad una prima lettura: da un lato, una forte stigmatizzazione della politica monetaria della BCE, la stessa che ha di fatto sostenuto i Paesi dell'eurozona in questi ultimi anni di stagnazione, recessione e deflazione; dall'altro, la sconfessione, quasi una delegittimazione, della Corte di Giustizia, la cui

² Decisione della Corte di Giustizia della UE (*Grand Chamber*), resa nel caso C-493/17, *Heinrich Weiss and Others*, 11 dicembre 2018, reperibile al link: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=208741&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=9016484>.

decisione dell'11 dicembre 2018 viene di fatto “disapplicata”, dopo essere stata pesantemente attaccata con censure relative sia al metodo che al merito, nell'ambito di quello che appare un sorprendente sovvertimento del tradizionale rapporto, e dei rispettivi ruoli, tra CGUE e autorità giudiziarie nazionali.

Con riferimento al primo aspetto, la Corte costituzionale tedesca insinua (lasciando, bensì, il beneficio del dubbio, da risolversi tuttavia entro un termine che essa stessa, sebbene indirettamente, impone alla BCE a mò di *ultimatum*) che le decisioni adottate dalla BCE nell'ambito del programma PSP (nello specifico, quella del 4 marzo 2015 n. 2015/774 e le successive nn. 2015/2101, 2015/2464, 2016/702 e 2017/100) siano qualificabili come atti *ultra vires*, costituendo misure di politica economica e di finanziamento diretto ai governi che travalicano il suo mandato. Secondo la Corte, un programma della magnitudine del PSP ha delle ricadute di enorme impatto sull'eurozona nel suo complesso e su una pressochè infinita molteplicità di *stakeholders*, nella misura in cui, da un lato, consente di aumentare le condizioni di rifinanziamento degli Stati membri, garantendo il reperimento di capitali a condizioni significativamente migliori di quelle ottenibili in assenza di detto programma; dall'altro, incide sulla capitalizzazione e sul funzionamento del sistema bancario; infine, condiziona la situazione finanziaria della pressochè generalità dei cittadini europei nei diversi ruoli rispettivamente ricoperti (azionisti, proprietari, investitori, risparmiatori, assicurati). Proprio per questo esso avrebbe richiesto una precisa ponderazione del suo complessivo impatto economico, bilanciando, in particolare, gli obiettivi di politica monetaria, rientranti nell'ambito del mandato della BCE, con i complessivi effetti sulle politiche economiche e fiscali degli Stati membri: ponderazione e bilanciamento che non risultano essere stati adeguatamente compiuti dalla BCE, nè quando il programma fu inaugurato, nè in alcun momento successivo durante la sua implementazione. Di qui l'asserita manifesta violazione del principio di proporzionalità e, di riflesso, la violazione dei limiti del mandato della BCE come definito dai trattati europei (e, nello specifico, dai commi 1, par. 2 e 4 dell'art. 5 TUE).

Se la valutazione dell'operato della BCE da parte della Corte costituzionale appare molto poco accondiscendente, ancor meno lo è l'*ultimatum* di tre mesi ad essa imposto (seppur filtrato attraverso l'onere di attivazione cui vengono richiamati il governo e il Parlamento federali per assicurarne il rispetto), di procedere ad una valutazione complessiva, *in a comprehensible and substantiated manner*, della proporzionalità dei suoi interventi nel quadro del programma PSP: in mancanza, vien fatto divieto alla Banca Centrale tedesca (*Bundesbank*) di continuare a partecipare a detto

programma (con obbligo, altresì, di vendere i *bonds* nel frattempo già acquistati).

Gli scenari che, a seguito di questa decisione, si profilano all'orizzonte, rischiano di rappresentare una seria ipoteca sulla tenuta e sulla sopravvivenza stessa dell'eurozona. Invero, se la BCE aderisce ai *diktat* di Karlsruhe, mettendo di fatto fine al programma di acquisti illimitati dei titoli degli Stati membri (il cd. *Quantitative Easing*)³, gli Stati membri verrebbero privati della più solida e sicura fonte di finanziamento per sostenere le proprie politiche economiche e potrebbero trovarsi di fronte ad una non agevole alternativa: rimanere nell'area euro e ricorrere a forme di finanziamento molto più onerose perchè soggette a pesanti condizionalità (stile *Troika à la grecque*, per intenderci), che potrebbero tuttavia risultare economicamente e, soprattutto, socialmente insostenibili per molti Stati membri, colpiti da anni di stagnazione, recessione, deflazione e disoccupazione, cui si è aggiunta, proprio ora, la crisi globale provocata dal *coronavirus*, che contribuisce a rendere non poche fosche le prospettive economiche nel breve e medio periodo; oppure abbandonare l'eurozona, con conseguenze difficili da immaginare, al fine di riappropriarsi della sovranità monetaria e di una banca centrale prestatrice di ultima istanza, sottoposta al controllo del Ministero del Tesoro, sì da utilizzare la leva monetaria interna per sostenere politiche economiche di rilancio e contrasto alla crisi. Ove, invece, la BCE decidesse di non conformarsi al *dictum* di Karlsruhe, continuando e financo potenziando, in ragione dell'attuale crisi globale, il programma di acquisti illimitati dei titoli degli Stati membri, dovrebbe assistere alla ritirata dalla *Bundesbank* e, di riflesso, della Germania, che darebbe verosimilmente luogo alla creazione, pur all'interno di un persistente mercato unico, di due distinte aree monetarie (ma potrebbero essere anche di più, in dipendenza delle ripercussioni che la decisione in commento potrebbe avere sulle determinazioni future di diversi Stati membri), tra le quali la prima cosa a saltare sarebbe la libera circolazione dei capitali, che della moneta unica rappresenta insieme l'essenza e il fine: un modo diverso, forse, per dire addio all'euro per come l'abbiamo sin qui conosciuto.

4. – Altrettanto dirimenti sono i passaggi della motivazione della decisione in cui la Corte costituzionale affronta il tema dei rapporti tra il

³ Scrive in proposito Musso, *Ribellione tedesca: la sentenza di Karlsruhe si abbatte su Bce, Trattati e Corte di giustizia Ue*, in *Atlantico, Rivista di Analisi Politica, Economica e Geopolitica*, 6 maggio 2020, www.atlanticoquotidiano.it, che dal "*whatever it takes*" di Draghi si sarebbe passati: "(...) al "*whatever the Bundestag agrees*", qualsivoglia cosa gradisca il Bundestag. Un *diktat* esplosivo in cui si pretende la piena sottomissione della Bce e del resto d'Europa (...)"

ruolo e la funzione della Corte di Giustizia, quale organo incaricato di assicurare l'uniforme interpretazione ed applicazione del diritto europeo, e i giudici nazionali, soprattutto in relazione a controversie che investono l'esatta individuazione dei limiti delle rispettive competenze tra Istituzioni europee e Stati membri. L'ordinamento europeo si fonda, infatti, sul principio di attribuzione⁴, in base al quale le Istituzioni Europee possono legiferare o adottare altri provvedimenti *solo nell'ambito delle competenze e secondo le modalità ad esse conferite dai trattati europei*⁵. Altro principio fondamentale che regge l'ordinamento europeo è quello della sua uniforme interpretazione ed applicazione, garantite dal ruolo e dalla funzione svolti dalla Corte di Giustizia in costante dialogo con i giudici nazionali, secondo le regole e i principi che emergono dal combinato disposto di cui agli artt. 119 TUE⁶, 267 TFUE (che governa il meccanismo del rinvio pregiudiziale alla CGUE) e 344 TFUE (per il quale gli Stati membri si obbligano a non sottoporre controversie concernenti l'interpretazione o applicazione dei trattati europei ad alcun meccanismo o organo non contemplati dai trattati stessi). Pur riconoscendo, in linea di principio, il ruolo apicale e nomofilattico della CGUE, la Corte costituzionale tedesca ritiene che le autorità giudiziarie e, in particolare, le Corti costituzionali degli Stati membri, non possano essere private della prerogativa di conoscere e decidere ricorsi in cui si contesti il carattere *ultra vires* di atti compiuti da

⁴ Il principio di attribuzione (codificato dagli artt. 4, comma 2 e 5, comma 3 TUE) è uno dei principi fondamentali su cui si regge l'ordinamento dell'Unione Europea. In base ad esso, l'Unione Europea è un'unione di Stati membri, e tutte le sue competenze derivano da un'attribuzione compiuta da tali Stati. Non avendo competenze "originarie", la UE e le sue Istituzioni possono agire solo nell'ambito delle competenze rigorosamente delimitate dagli Stati membri nei trattati e, laddove questi non prevedano alcuna attribuzione, la competenza rimane in capo agli Stati membri.

⁵ In linea di principio, le competenze dell'Unione si suddividono in competenze *esclusive* (nell'ambito delle quali solo la UE può legiferare e adottare atti giuridicamente vincolanti, mentre gli Stati membri possono agire solo se autorizzati dall'Unione, oppure per dare attuazione agli atti dell'Unione) e in competenze *concorrenti* o *condivise* (nell'ambito delle quali sia la UE, sia gli Stati membri possono legiferare e adottare atti giuridicamente vincolanti; in tal caso gli Stati membri possono esercitare la loro competenza solo ove la UE non abbia già esercitato la propria, oppure abbia deciso di cessare *tout court* di esercitarla). I trattati prevedono altresì una competenza di sostegno della UE, volta essenzialmente al coordinamento delle azioni degli Stati membri. L'esercizio delle competenze attribuite alla UE è soggetto ai principi di sussidiarietà e di proporzionalità.

⁶ Ai sensi del comma 1 dell'art. 19 TUE, la Corte di Giustizia assicura il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei trattati. Gli Stati membri stabiliscono i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione. Ai sensi del comma 3, lett. b), la Corte di giustizia dell'Unione europea si pronuncia conformemente ai trattati in via pregiudiziale, su richiesta delle giurisdizioni nazionali, sull'interpretazione del diritto dell'Unione o sulla validità degli atti adottati dalle istituzioni.

istituzioni, enti, uffici e agenzie della UE. Questo perchè un’astensione integrale, da parte delle autorità degli Stati membri, da possibili scrutinii giudiziari su eventuali violazioni delle rispettive competenze poste in essere dalle Istituzioni europee implicherebbe l’attribuzione, alle stesse, di un’autorità esclusiva, di fatto *legibus soluta*, sui trattati, legittimando financo loro modifiche unilaterali o espansioni delle rispettive competenze, senza il necessario coinvolgimento degli Stati membri. A tale deriva la Corte oppone il principio secondo cui, anche nell’ambito del Trattato di Lisbona: “(...) *the Member States remain the ‘Masters of the Treaties’ and the EU has not evolved into a federal state*”⁷.

Nel caso di specie, la Corte costituzionale tedesca, premesso che, nell’esercizio delle sue funzioni, la CGUE dovrebbe attenersi, *inter alia*, agli *standards* basati sulle tradizioni giuridiche (costituzionali) comuni agli Stati membri⁸ (quali emergono dalla giurisprudenza delle corti costituzionali nazionali, delle altre corti di vertice degli Stati membri, nonchè della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo), censura la sua decisione del dicembre 2018 non tanto, sorprendentemente, sotto il profilo di asserite violazioni della *Grundgesetz* della *Bundesrepublik* (che bensì non mancano, ma appaiono decisamente residuali, quasi di contorno, nel fondare le *rationes decidendi* della pronuncia e richiamate quasi solo per puntellare la legittimazione della Corte a pronunciarsi sul ricorso), ma, in maniera, ci passi il termine, molto più impertinente, sotto il profilo metodologico, liquidando appunto la decisione come: “(...) *untenable from a methodological perspective*”⁹). La valutazione compiuta dalla CGEU sull’operato della BCE (ritenuto conforme al mandato ad essa conferito dai trattati), oltre a risultare *nicht nachvollziehbar* (incomprensibile (!)) e *objektiv willkürlich* (oggettivamente arbitraria (!)), sarebbe censurabile per aver manifestamente omesso di prendere in considerazione l’importanza e la portata del principio di proporzionalità (codificato nei commi 1, par. 2 e 5 dell’art. 5 TUE e governante la divisione di competenze tra la UE e gli Stati membri), nonchè di valutare l’impatto e gli effetti del programma PSP sulla politica economica complessiva della zona euro. L’approccio adottato dalla CGUE viene bollato come “formalistico”, perchè (in contrasto con quelli adottati dalla stessa CGUE in relazione a praticamente tutte le altre aree attinenti al diritto europeo) non avrebbe consentito un *effettivo scrutinio* sulla corrispondenza dell’operato della BCE al suo mandato e ai suoi limiti¹⁰, svuotando così di significato il principio di

⁷ V. BVerfGE 123, 267 <370 and 371>.

⁸ V. gli artt. 6, comma 3 TUE e 340, comma 2 TFUE.

⁹ Con argomentazioni forse più attinenti al tipico scrutinio giudiziale degli atti amministrativi, più a quello dei giudizi costituzionali.

¹⁰ Limitando il proprio *judicial review*, per usare le espressioni utilizzate dalla Corte costituzionale, alla mera verifica della sussistenza di: “(...) *“manifest” error of*

attribuzione, che impone una reale supervisione della condotta delle Istituzioni Europee, onde impedire espansioni *contra legem* delle rispettive competenze.

Ma v'è di più: gli “errori metodologici” imputati alla CGUE avrebbero addirittura determinato uno sconfinamento del proprio mandato, un eccesso di potere in violazione dell'art. 19, comma 1 TEU. La conclusione della Corte costituzionale è *tranchant*: la decisione della CGUE non può vincolare i giudici di Karlsruhe, perchè priva, dal punto di vista dell'ordinamento tedesco, della minima legittimazione democratica ¹¹. È sulla base di questa impostazione che la Corte costituzionale tedesca si è sostituita alla CGUE, arrogandosi il diritto di svolgere lo scrutinio giudiziale per determinare se il programma PSP della BCE sia stato effettivamente adottato ed implementato nel rispetto delle competenze definite dai trattati UE ¹².

5. – Si tratta, come ognuno vede, di una pronuncia esplosiva, destinata senz'altro a far discutere interpreti ed operatori, anche in ragione delle potenziali ricadute esiziali (di carattere sia economico, che giuridico, che politico-istituzionale) sulla sopravvivenza dell'eurozona ¹³. Difficile non

assessment on the part of the ECB”, del fatto che: “(...) the PSPP “manifestly” goes beyond what is necessary to achieve its objective” e del fatto se: “(...) its disadvantages are “manifestly” disproportionate to the objectives pursued”.

¹¹ Ai sensi del combinato disposto degli artt. 23, comma 1, 20, commi 1 e 2 e 79, comma 3 della *Grundgesetz*.

¹² Secondo il Prof. Koutrakos, docente di diritto europeo alla London's City University (in “German court calls on ECB to justify bond-buying programme” – <https://www.ft.com/content/a1beda5e-5c2d-429e-a095-27728ed2d72b>): “What was different with Germany was that it always made clear the [constitutional] court was prepared to step in and do something about it (...). This is the first case where a German court says the judgement of the European court has no jurisdiction”.

¹³ Come testimoniano le prime reazioni a caldo di esponenti sia del mondo economico, che politico. V. U. Burkert, economista presso LBBW Bank, per il quale: “(...) the verdict is a very explosive thing (...). The Bundesbank (...) will - after a transitional period of three months - be barred from taking part in the ECB's PSPP program”; secondo E. Nielsen, capo economista di UniCredit, espressosi pochi giorni prima della decisione, sosteneva che, nel caso in cui la Corte costituzionale avesse bocciato l'operato della BCE, come in effetti avvenuto: “(...) un caos di proporzioni mai viste calerà sull'Europa” (<http://app.milanofinanza.it/news/unicredit-la-corte-tedesca-domani-puo-cambiare-il-destino-dell-europa-202005040951068909>); L. Garicano (Parlamento Europeo), per il quale la decisione della Corte tedesca: “(...) fatally weakens the two key common European institutions: the ECB and the Luxembourg Court. The future of Europe is at stake, and Germany does not really know if it cares enough about it. This is pretty simple: the EU will not survive if Germany does not want it to”; B. Fox, Euroactiv: “The consequence is that the Bundesbank has the option to withdraw from the ECB's programme, if it is not satisfied, in three months' time – which would be a major blow to the eurozone”; C. Fuest, head dell'IFO Economic Institute di Monaco, per il quale la “disapplicazione” della precedente decisione della CGUE da parte della Corte tedesca: “(...) reads like a declaration of war”; v. anche le dure reazioni francesi alla decisione, in particolare da parte del Governatore della Banca centrale Villeroy e del ministro dell'Economia Le Maire, che parlano di: “Attacco inutile e pericoloso, solo BCE e Corte Ue possono

ravvisare un'ispirazione "politica" dietro la decisione, che pare venire incontro alla ben nota ed annosa idiosincrasia della *Bundesbank* e, in generale, del governo tedesco, per il programma di *Quantitative Easing* sostenuto in questi anni dalla BCE: strumento controverso perchè, se, da un lato, ha sostenuto le economie di molti Paesi membri, in cronico bisogno di liquidità, dall'altro ha in parte concorso a produrre una generale deflazione dell'economia complessiva dell'eurozona, andando ad erodere i profitti di numerosi comparti industriali e finanziari (a dimostrazione del fatto che una moneta unica applicata a situazioni economiche eterogenee finisce inevitabilmente per creare squilibri e sbilanciamenti sistemici). Tuttavia forse ancora più rilevanti degli effetti sul piano economico sono le ripercussioni sui rapporti istituzionali all'interno della UE: dal rapporto tra le Costituzioni nazionali ed i trattati europei, al rapporto tra ruolo e funzione della Corte di Giustizia e autorità giudiziarie nazionali, in particolare ogniqualvolta venga in questione il riparto di competenze tra la UE e le sue Istituzioni, da un lato, e gli Stati membri, dall'altro; dal problema dell'indipendenza della BCE, alla individuazione di possibili nuovi equilibri tra politica monetaria e politiche economiche e fiscali ¹⁴.

Ciò che in ogni caso impressiona è l'entrata a gamba tesa dei giudici di Karlsruhe in aree in linea di principio sottratte, stando alla lettera e allo spirito dei trattati UE, al sindacato delle autorità (non solo giudiziarie) degli Stati membri. Con argomenti non sempre convincenti e a tratti palesemente "forzati", la Corte costituzionale censura la BCE per aver violato i limiti del proprio mandato, nonostante la precedente decisione della CGUE (ossia dell'organo UE cui spetterebbe l'ultima parola sulle condotte delle Istituzioni e sul rispetto delle norme dei trattati), avesse statuito esattamente il contrario; adotta una linea di demarcazione tra politica monetaria e politica economica che ha del paradossale (la BCE avrebbe violato il suo mandato, limitato al settore della politica monetaria, per non aver valutato l'impatto di questa sulle politiche economiche e fiscali dell'eurozona, ossia

giudicare", in https://www.huffingtonpost.it/entry/reazione-francese-parigi-durissima-contro-loffensiva-tedesca-alla-bce_it_5eb2c360c5b6114948120daf. Di decisione "storica" parla anche F. Asselineau in un'analisi approfondita della decisione (*La décision historique du Tribunal constitutionnel allemand du 5 mai 2020*, in <https://www.upr.fr/actualite/la-decision-historique-du-tribunal-constitutionnel-allemand-du-5-mai-2020/>).

¹⁴ Musso, *Ribellione tedesca*, cit.: "La Corte pretende una definizione di politica monetaria apparentemente analfabeta, giacché è a ciascun noto che la politica monetaria non può, ma deve avere effetti su Stati-banche-risparmiatori-imprese. Ma, a guardar bene, la limitazione si applica unicamente alla fase espansiva, non a quella recessiva. Dunque, secondo Karlsruhe, la politica di una banca centrale è "monetaria" solo quando recessiva; quando è espansiva invece no, diventa politica "economica", è 'ultra vires', è tirannia. Ne segue logicamente che la politica monetaria espansiva non può che essere soggetta al preventivo voto favorevole del Bundestag".

su settori che *non rientrano nell'ambito del suo mandato!*); procede, di fatto, ad un irrituale (perchè contrario ai trattati) *judicial review* di una decisione della CGUE, non tanto perchè avrebbe violato principi fondamentali della Costituzione tedesca, ma per essere incorsa in “errori metodologici”, ribaltandone, infine, gli esiti (si è qui di fronte ad una palese sconfessione del rango di fonte di diritto delle sentenze della CGUE, vincolante per tutte le autorità, giurisdizionali o amministrative, degli Stati membri, anche *ultra partes*, nella misura in cui vanno ad incorporarsi nelle norme interpretate, integrandone il precetto con immediata efficacia ¹⁵: efficacia vincolante che rappresenta il riflesso, e insieme il puntello, della primazia del diritto eurounitario su quello nazionale ¹⁶); impone, infine, un altrettanto irrituale *ultimatum* ad un'Istituzione Europea che, al di là del merito, mal si concilia con la deferenza generalmente dovuta ad un'istituzione di tale prestigio: e ciò sia nei toni (“*Following a transitional period of no more than three months (...)*”; “*(...) unless the ECB Governing Council adopts a new decision that demonstrates in a comprehensible and substantiated manner (...)*”), sia nei modi (non sono la Corte, il governo, il Parlamento federali o, infine, la Bundesbank a dover dimostrare l'assenza di proporzionalità dell'operato della BCE, ma è questa a dover dimostrare che gli obiettivi di politica monetaria perseguiti: “*(...) are not disproportionate to the economic and fiscal policy effects resulting from the programme*”).

Insomma, il messaggio che giunge da Karlsruhe pare essere nel senso che la UE va bene, nella misura in cui si conforma all'ordinamento tedesco. Del resto, e non da oggi, nell'Unione Europea gli Stati membri sono uguali, ma alcuni sono più uguali degli altri.

Abstract

ON THE GERMAN MUTINY TO UE AND ITS ISTITUTIONS

Lo scritto analizza la decisione resa in data 5 maggio 2020 dalla Corte Costituzionale Federale tedesca (2 BvR 859/15, 2 BvR 980/16, 2 BvR 2006/15, 2 BvR 1651/15) con cui sono state espresse censure alla legittimità del programma della Banca Centrale Europea noto come *Public Sector Purchase Programme* o “PSPP”, inaugurato nel 2015. L'Autore analizza i principali passaggi argomentativi della decisione, soffermandosi in particolare sulle critiche mosse dai giudici di Karlsruhe all'operato della BCE, giudicato *ultra vires* perché travalicante i limiti del suo mandato, nonché sulla *de facto* disapplicazione, da parte dei giudici tedeschi, della

¹⁵ Il principio è stato in più occasioni ribadito per l'ordinamento italiano, dalle nostre Corte costituzionale e Corte di Cassazione. V., *ex multis*, Corte cost. 19 aprile 1985, n. 113; Corte cost. 4 luglio 1989, n. 389; Corte cost. 18 aprile 1991, n. 168; Cass. pen. 2 aprile 2009, n. 13810.

¹⁶ Affermato sin dalle celebri sentenze della CGUE rese nei casi *Simmenthal*, C-106/77 del 9 marzo 1978 e *F.lli Costanzo*, C-103/88 del 22 giugno 1989.

sentenza della CJEU dell'11 dicembre 2018, con motivazioni molto opinabili. L'Autore illustra le possibili ripercussioni della decisione, sotto vari profili: dal rapporto tra le Costituzioni nazionali ed i trattati europei, al rapporto tra ruolo e funzione della Corte di Giustizia e autorità giudiziarie nazionali; dal problema dell'indipendenza della BCE, alla individuazione di possibili nuovi equilibri tra politica monetaria e politiche economiche e fiscali nell'eurozona.

The paper analyzes the decision rendered on May 5, 2020 by the German Federal Constitutional Court (2 BvR 859/15, 2 BvR 980/16, 2 BvR 2006/15, 2 BvR 1651/15), whereby it questioned the legitimacy of the ECB's Program known as "Public Sector Purchase Program" or "PSPP", inaugurated in 2015. The Author analyzes the main passages of the reasoning, focusing, in particular, on the review made by the Karlsruhe's judges to the ECB's initiatives under the PSPP, qualified as ultra vires because beyond the limits of its mandate, as well as on the de facto disapplication by the German judges, with very questionable arguments, of the CJEU judgment of 11 December 2018. The Author illustrates possible future scenarios arising out of the decision: the relationship between the national Constitutions and the European Treaties, the relationship between the role and function of the Court of Justice and national judicial authorities, the problem of the independence of the ECB and the identification of possible new balances between monetary policy and economic and fiscal policies in the Eurozone.
