

Nazionalismo giudiziario e diritto dell'Unione europea: prime note alla sentenza del BVerfG sui programmi di acquisto di titoli del debito pubblico della BCE

di Gino Scaccia

Abstract: The Judgment of the German Constitutional Court on ECB's quantitative easing and the knockout blow to the European Court of Justice. – The decision of the Bundesverfassungsgericht on the Public Sector Purchase Program (PSPP) breaks loudly into the European public debate over the powers of the European Central Bank, and while probably absolving – for the past – the Quantitative easing, albeit imposing a slight penitence on the Frankfurt Institute, heralds – for the future – a condemnation of the support measures aimed at recovering economy from the Covid-19 shock. The German Constitutional Court (GCC) reaches this outcome, whose effects on the financial markets are still unpredictable, with a worrisome ruling which declines the constitutional review of EU law in an unprecedented, radical variant, making Karlsruhe the forerunner of the sovereignist challenge to EU institutions.

Keywords: ECB; PSPP; Quantitative easing; Bundesverfassungsgericht; Principle of conferral; Counterlimits doctrine.

2857

1. – La decisione del Secondo Senato del Tribunale costituzionale federale tedesco sul programma di acquisto di titoli del debito pubblico denominato PSPP irrompe rumorosamente nel dibattito pubblico europeo sui poteri della Banca centrale e mentre assolve, per il passato, il *Quantitative easing*, sia pure imponendo all'istituto di Francoforte una lieve penitenza, ne richiede una modifica per il futuro e preannuncia una condanna senza appello delle misure di sostegno finalizzate a reagire alla crisi economica causata dal Covid-19. A questo esito dai riflessi ancora imprevedibili sui mercati finanziari il Bundesverfassungsgericht giunge con una pronuncia che, con tono talora ingenuamente assertivo, declina la dottrina dei controlimiti al diritto UE in una variante inedita e radicale, e lo colloca sul fronte più avanzato della polemica con la Corte di giustizia, facendone l'apripista della contestazione in chiave costituzionale del principio di supremazia del diritto eurounitario. Questa, con sintesi epigrammatica, la sostanza "politica" della decisione. Prima, però, i fatti.

2. – La decisione prendeva l'avvio da una serie di ricorsi individuali diretti con i quali venivano contestati due specifici programmi di acquisto sul mercato secondario di titoli messi in campo dalla BCE e dal sistema europeo delle Banche centrali, a partire dal marzo 2015, per immettere liquidità nel mercato e scongiurare il materializzarsi

del rischio deflativo: il Public Sector Purchase Programme (PSPP) e il Corporate Sector Purchase Programme (CSPP)¹. I ricorrenti lamentavano la violazione:

- del divieto di finanziamento monetario dei bilanci pubblici (Art. 123, par.1 TFEU), in considerazione del volume elevatissimo di acquisti (al Maggio 2017 equivalente a 1.500 Miliardi di Euro) che avrebbe alterato significativamente le condizioni di rifinanziamento degli Stati membri;

- del principio di attribuzione (Art. 5, par.1 TEU, in connessione con gli Art. 119, Art. 127 ss. TFEU), perché il programma, perseguendo obiettivi di politica economica, avrebbe ecceduto il mandato della BCE, limitato agli interventi di politica monetaria, e invaso le competenze proprie degli Stati membri;

- dell'identità costituzionale tedesca, per il sacrificio imposto ai "budgetary powers" del Bundestag.

In sintesi, era sotto accusa il Quantitative Easing, che ha il suo asse portante nel programma PSPP, il quale conta più dell'80% del totale degli acquisti.

La Corte di giustizia ha già attestato la compatibilità di questo programma con il diritto dell'Unione nella sentenza dell'11 dicembre 2018², che ha deciso un rinvio pregiudiziale azionato proprio dalla Corte tedesca.³

In quella pronuncia i giudici di Lussemburgo hanno negato che la BCE abbia commesso un errore manifesto nell'interpretazione dei limiti del proprio mandato, respingendo quattro dei cinque motivi di censura proposti dalla Corte tedesca e dichiarando inammissibile il quinto, incentrato sulla denunciata violazione dell'obbligo per le istituzioni europee di corredare di uno *statement of reasons* le misure di volta in volta adottate (art. 296 TFEU).

La decisione in commento non contesta la legittimità dell'operato della BCE, ritenendo di non avere sufficienti elementi per valutare se essa si sia mossa nell'ambito delle sue attribuzioni; e dunque non smentisce la statuizione della sentenza Weiss che non vi sia stata violazione del divieto di finanziamento monetario.

Secondo i giudici di Karlsruhe, ad aver esorbitato dai propri poteri è invece la Corte di Lussemburgo. Attestando in modo "non comprensibile" che le decisioni della BCE sul PSPP siano rispettose del principio di proporzionalità, la CGUE avrebbe esercitato uno scrutinio troppo "morbido" sulle motivazioni addotte dalla BCE a giustificazione del programma di acquisti e avrebbe offerto dei Trattati un'interpretazione "arbitraria", in tal modo eccedendo dai propri poteri, e cioè ponendosi *ultra vires*. Con l'effetto che, per questa parte, la sentenza Weiss sarebbe priva di efficacia nell'ordinamento tedesco e non vincolerebbe la Corte costituzionale.

Su questa scarna premessa, i cui passaggi logici saranno in seguito meglio articolati, il Bundesverfassungsgericht ha ingiunto al Governo federale e al Bundestag di assumere iniziative finalizzate ad esigere dalla BCE i necessari chiarimenti circa il rispetto del principio di proporzionalità, assegnando all'istituto

¹ Decisione (EU) 2015/774 della BCE del 4 Marzo 2015.

² CGUE, in causa C-493/17, Weiss e altri.

³ Ordinanza 18 luglio 2017 (BVerfGE 146, 216 - 219 e ss.).

di Francoforte tre mesi di tempo per fornire una congrua giustificazione, e ha *medio tempore* diffidato ogni organo statale, e in particolare la Bundesbank, dal porre in essere, per la loro rispettiva parte, atti esecutivi del programma di acquisto titoli in discussione.

Il vizio che si imputa alla BCE non è tanto un difetto di proporzionalità, quanto piuttosto un difetto di motivazione, che è da presumere possa essere sanato nel termine indicato dal giudice di Karlsruhe. Il Governo tedesco e la Bundesbank, in effetti, hanno immediatamente dichiarato di volersi muovere nella direzione richiesta dal BVerfG e il Consiglio direttivo della BCE ha altrettanto tempestivamente assicurato di voler tenere nel debito conto la decisione in esame.

È ben possibile, dunque, come ha vaticinato il Ministro dell'Economia Roberto Gualtieri, che in tempi rapidi giungano alle istituzioni tedesche le precisazioni richieste dalla Corte di Karlsruhe e che conseguentemente la Bundesbank possa continuare a prender parte al PSPP acquistando titoli di Stato tedeschi, secondo le modalità consuete. Lo scenario non è implausibile, se si considerano le conseguenze addirittura paradossali che verrebbero a determinarsi ove la BCE omettesse ogni risposta o – il che è lo stesso – fornisse al quesito una replica ritenuta non soddisfacente dalle istituzioni tedesche e dalla Corte costituzionale. In questo caso, infatti, la Bundesbank, in ottemperanza alla sentenza, avrebbe l'obbligo di sospendere la propria partecipazione al programma di acquisto di titoli e dovrebbe pure dismettere sul mercato le obbligazioni "illegittimamente acquisite" e detenute in portafoglio, che il quotidiano economico MilanoFinanza stima in 533 miliardi di Euro. Ne deriverebbe un possibile deprezzamento dei titoli del debito tedesco, in conseguenza della loro immissione massiccia sul mercato, un simmetrico aumento del tasso di rendimento dei Bund e una riduzione del differenziale con i titoli di altri Stati membri. In breve: un possibile aumento del costo del debito tedesco e una riduzione dello spread⁴. È davvero questo che vuole la Germania? Sarebbe beffardamente divertente, ma è del tutto improbabile.

C'è dell'altro, dunque. I bersagli del BVerfG potrebbero non essere solo il PSPP e la BCE, che certo non escono rafforzati dalla sentenza, ma i nuovi programmi di acquisto, a partire da quelli ideati per fronteggiare la pandemia. A fornircene un primo indizio è la pronta reazione della BCE, che ha ribadito, per un verso, di agire nell'ambito del suo mandato, appellandosi alla sentenza Weiss; per l'altro, di restare pienamente impegnata a fare "everything necessary" (traslitterazione del celebre "whatever it takes" di Draghi) per assicurare che l'inflazione salga a livelli coerenti con il suo obiettivo di medio termine (sotto il 2%) e che le azioni di politica monetaria assunte con l'obiettivo di mantenere la stabilità siano "transmitted to all parts of the economy and to all jurisdiction of the euro

⁴ Del rischio pare essersi avveduta la Corte di Karlsruhe, che infatti, nell'ipotesi di fuoriuscita della Germania dal PSPP, chiede alla Bundesbank di concordare con il sistema europeo delle Banche centrali (e in definitiva con la BCE) un programma di dismissione di titoli 'possibilmente a lungo termine' (punto 235 della pronuncia). In questo inusuale suggerimento (a che titolo il BVerfG consiglia alla Bundesbank una strategia di vendita?) si può leggere la preoccupazione per le possibili conseguenze negative per il bilancio germanico di dismissioni concentrate in un termine breve.

area”⁵. Come spiegare questa voluta e quasi ostentata precisazione, visto che la Corte tedesca non imputa alla BCE di essersi discostata dal suo mandato, ma semmai di essere incorsa in un ‘difetto di motivazione’ peraltro sanabile?

L'impressione è che la Banca francofortese abbia inteso assicurare gli operatori finanziari, prefigurando i riflessi che la pronuncia – di là dai suoi effetti normativi – potrà avere sui mercati e sul dibattito più che mai acceso attorno alle misure di sostegno finanziario messe in campo per superare la crisi da Covid-19. È in effetti evidente che la sentenza indebolisce la BCE e il sistema delle banche centrali, evidenziandone – in negativo – le differenze rispetto alle banche centrali dei blocchi geopolitici che competono con l'Europa sullo scacchiere globale, come la Federal Reserve statunitense o la Bank of China⁶. L'istituto di Francoforte dovrebbe restare fedele a un'inflexibile ortodossia monetarista, mentre le banche centrali ‘concorrenti’ svolgono da anni operazioni monetarie non convenzionali, con effetti indiretti e tutt'altro che limitati sulla politica economica. Non vale replicare che il dogma monetarista sarebbe imposto dall'art. 127, TFUE, che affida al Sistema europeo delle banche centrali il compito fondamentale di “definire e attuare la politica monetaria dell'Unione”, con il fine principale di mantenere la stabilità dei prezzi. Il medesimo art. 127, infatti, prevede pure che “salvo l'obiettivo della stabilità dei prezzi, il SEBC sostiene le politiche economiche generali nell'Unione al fine di contribuire alla realizzazione degli obiettivi” di questa, come definiti nell'articolo 3 del TUE; e così ammette che, per il tramite di politiche monetarie, possano e anzi debbano realizzarsi anche obiettivi di politica economica generale, tra cui il richiamato art. 3 menziona la “crescita economica equilibrata”, la “coesione economica, sociale e territoriale, e la solidarietà tra gli Stati membri”. La pretesa della Corte tedesca di separare con precisione chirurgica politica monetaria e politica economica, che al contrario sono invincibilmente interconnesse, suona perciò irrealistica, se non strumentale. Minare la via monetaria al superamento delle crisi sistemiche equivale, infatti, a lasciare in campo quale unico strumento di reazione alle crisi misure non monetarie di sostegno finanziario qual è ad esempio il Meccanismo europeo di Stabilità. Questo si indovina dalla lettura dei paragrafi 217 ss. della sentenza, in cui il BVerfG definisce gli elementi da tenere in conto per verificare se il programma PSPP violi il divieto di finanziamento monetario dei bilanci degli Stati membri. La più volte menzionata sentenza Weiss ha ritenuto sufficienti a comprovare il rispetto del mandato della BCE essenzialmente tre elementi: l'anticipata definizione del volume degli acquisti, la proporzione degli acquisti rispetto alla partecipazione al capitale della BCE e la previsione del limite

⁵ cfr. il Comunicato stampa della BCE del 5 maggio 2020, disponibile su: <https://www.ecb.europa.eu/press/pr/date/2020/html/ecb.pr200505~00a09107a9.en.html>

⁶ Non mi pare che l'indipendenza della Banca centrale sia messa a repentaglio solo perché una Corte costituzionale la richiama al rispetto delle norme che ne definiscono il limite di azione. Nessuno scandalo, dunque, sulle censure del BVerfG alla BCE. Si può convenire anzi con M. Dawson – A. Bobic, What did the German Constitutional Court get right in Weiss II?, in *eulawlive.com* (12 Maggio 2020), gli autori che l'indipendenza della Banca è da intendere come “freedom from *political*, not *legal* interference” e che anzi il “judicial review is one of the few mechanism available to render the ECB accountable to citizens”.

comunque invalicabile del 33% di acquisti per numero di identificazione internazionale dei titoli (ISIN). Questi vincoli, che erano previsti per il programma PSPP, sono arbitrariamente assunti dalla Corte tedesca come caratteri indefettibili di ogni misura di sostegno finanziario promossa dalla BCE. Diventano i paradigmi sui quali incardinare l'ultra vires Kontrolle della Corte tedesca sulle operazioni di politica monetaria della Banca e sulle stesse pronunce della Corte di Lussemburgo che ne validassero l'operato. È agevole a questo punto constatare che le predette condizioni non sono previste dal Pandemic Purchasing Program (PPP) della BCE.

Si chiarisce allora l'obiettivo non dichiarato, ma visibile, della pronuncia, che mentre discorre di PSPP e chiede al Governo e al Parlamento tedeschi di sollecitarne una modifica rispetto alla sua forma attuale, preannuncia pure, in prospettiva, l'incompatibilità con i Trattati del programma di acquisti legato al Coronavirus. Quali ne sarebbero gli effetti? Prospettando la possibile ritirata della Bundesbank – il maggior contribuente e anche, sebbene ciò si tenda ad ometterlo, il maggior beneficiario del riparto degli utili della BCE – e intimando a Cancelleria e Bundestag di monitorare le decisioni della BCE sugli acquisti di titoli di Stato e di assoggettarle a più stringenti oneri giustificativi, i giudici tedeschi sembrano voler porre un limite preventivo alle misure che la Banca si appresta a mettere in campo. Un limite che il BVerfG si dichiara competente a far valere nei confronti della BCE anche quando, come nel caso dei PSPP, la Corte di giustizia si sia già pronunciata nel senso della conformità dell'operato della Banca al diritto UE. Resterà sempre possibile, infatti, verificare se la sentenza della Corte di Lussemburgo sia stata emessa ultra vires, per aver violato il principio di proporzionalità, di cui il BVerfG si erge ad unico arbitro e interprete.

In questo quadro, il Pandemic Programme Purchase si candida naturalmente ad essere bersaglio – quanto meno in Germania – di ricorsi diretti di costituzionalità e di una probabile declaratoria di illegittimità/inefficacia da parte dell'inflexibile, germanico *Hueter der Verfassung*. La Corte di Karlsruhe si sforza di negarlo, ma in realtà lo lascia intravedere, e rischia così di condizionare i mercati e, in ultima analisi, di sospingere i Paesi debitori verso forme di salvataggio alternative a quelle azionabili dalla BCE. L'incertezza circa la capacità effettiva della Banca francofortese di stendere come in passato la sua "rete protettiva" sui Paesi in difficoltà potrebbe, infatti, causare turbolenze finanziarie sui loro titoli di debito e far venire meno, in sede politica, la moneta di scambio offerta ai Paesi debitori per compensare il rigetto della proposta di emettere titoli comuni (Eurobond) e le resistenze all'uso del bilancio europeo a fini solidaristici: cioè la possibilità di azionare il bazooka monetario della BCE. Se dovesse cessare la stagione degli acquisti tendenzialmente illimitati, vista anche la perdurante ostilità verso i 'Coronabond' di Paesi non marginali nello scacchiere europeo, il "paracadute" non potrebbe essere fornito che dal MES. Del resto il PSPP, nella sua configurazione attuale – lo ricorda non casualmente la Corte tedesca – ha effetti analoghi agli strumenti di assistenza finanziaria di cui agli artt. 12 e ss. del Trattato MES. Vi è però una significativa differenza: il MES – e a Karlsruhe lo sanno meglio di chiunque altro – deve accompagnarsi alla previsione di "rigorose condizionalità", come testualmente

dispone l'art. 136 TFUE. Condizionalità inesistenti negli strumenti monetari azionati dalla BCE.

Ecco dunque squadernato il possibile risultato del gioco di carambola messo in moto dalla sentenza in commento: condizionando il mandato della BCE a un controllo di legittimità costituzionale alternativo a quello della stessa Corte di giustizia – il cui giudizio potrebbe essere stimato 'ultra vires' se non ritenuto sufficientemente motivato – e messo il guinzaglio alle operazioni monetarie prefigurate per superare la crisi del Covid-19, la Corte tedesca lascia in campo il MES come unica soluzione accessibile ai Paesi più duramente provati dallo shock della pandemia; e con il MES, come si è anticipato, dovrebbero giungere anche le 'rigorose condizionalità' in tema di politica economica che esso comporta.

Il tribunale costituzionale tedesco vuole dunque ingabbiare la BCE per aprire la strada alla Troika? Sembra scongiurare l'ipotesi la lettera a firma dei Commissari UE Paolo Gentiloni e Valdis Dombrowskis inviata il 7 maggio al Presidente dell'Eurogruppo Mario Centeno. In essa si chiarisce che l'unico requisito per accedere alla linea di credito del MES finalizzata al Pandemic Strategic Support sarà l'impegno per gli Stati membri "to use this credit line to support domestic financing of direct and indirect healthcare, cure and prevention related costs due to the COVID-19 crisis"; e si aggiunge: che non avrà luogo lo stretto monitoraggio finanziario attivabile ai sensi degli artt. 3 (3) e 3(4) del Regolamento 472/2013, essendo questo designato "for dealing with internal structural difficulties"; non saranno effettuate missioni ad hoc della Commissione ulteriori rispetto a quelle che "take place regularly within the framework of the European Semester"; non sarà predisposto il programma di aggiustamento macroeconomico di cui all'art. 3(7) del richiamato Regolamento 472 né saranno attivate misure correttive, il monitoraggio limitandosi alla verifica che i finanziamenti ottenuti siano esclusivamente impiegati per spese sanitarie. La Commissione promette dunque condizionalità *light*, impegnandosi a modificare corrispondentemente il Regolamento delegato 877/2013. Tutto bene, dunque? È lecito nutrire qualche dubbio. Non può escludersi, infatti, che la Corte tedesca possa in futuro considerare *ultra vires* anche queste modalità di finanziamento, almeno fin quando non sarà modificato l'art. 136 del TFUE: prospettiva che si presenta oggi alquanto irrealistica.

3. – Analizzati i riflessi politico-economici della decisione in esame, va ora detto che le premesse teoriche sulle quali essa poggia suscitano numerosi interrogativi e lasciano consistenti dubbi sulla loro solidità scientifica.

Già sul piano processuale, si nota qualche sbavatura. Nel controllo *ultra vires* la violazione del principio di attribuzione può essere dichiarata soltanto quando l'atto europeo in questione "manifestly exceeds EU competences, resulting in a structurally significant shift in the division of competences to the detriment of the Member States"⁷. Nel caso di specie, invece, la violazione che il BVerfG contesta non è riferibile tanto alla BCE, quanto alla CGUE, che avrebbe errato nello svolgere il

⁷ BVerfGE 126, 286, 302 e ss.; 134, 366, 382 ss.; 142, 123, 198; BVerfG, Decisione del Secondo Senato del 30 Luglio 2019 - 2 BvR 1685/14, 2 BvR 2631/14, par. 140.

test di proporzionalità. Si lamenta, meglio precisando, che nel verificare se l'azione della BCE fosse priva di una base legale, la CGUE non abbia applicato il controllo di proporzionalità in senso stretto, che implica un bilanciamento fra diversi contrapposti interessi (nella specie fra misure di politica monetaria ed effetti di politica economica), e si sia limitata invece a un controllo di non manifesta carenza, alla stregua del più blando *rationality test*⁸. Che però questo integri un "evidente" o "manifesto" eccesso di competenze è assai dubbio: il test di stretta proporzionalità è infatti diffusamente praticato, a livello comparato ed europeo, al conflitto fra diritti, non già al riparto delle competenze e alla verifica della base legale, a cui si meglio attaglia un controllo di evidenza e di non manifesta inesistenza, cioè un *rationality test*⁹.

Più in generale, è arbitrario il legame che la Corte tedesca istituisce fra principio di attribuzione e principio di proporzionalità per assumere che questa sarebbe l'elemento cardine della verifica circa il rispetto del criterio di delimitazione delle competenze. La lettera dell'art. 5 TUE sembra muovere in direzione esattamente contraria, là dove afferma che "la delimitazione delle competenze dell'Unione si fonda sul principio di attribuzione", mentre sussidiarietà e proporzionalità sono i criteri che ispirano l'esercizio delle competenze, non l'attribuzione delle stesse¹⁰. Come è del resto, perfettamente logico. La ripartizione delle funzioni fra Unione e Stati membri deve essere certa e non suscettibile di interpretazioni soggettivistiche, per evitarne letture estensive che procurerebbero slittamenti di competenze verso l'alto, con erosione delle sovranità nazionali e tradimento del principio della delegazione limitata di poteri. La Corte tedesca, sempre oltremodo sensibile a questa rigorosa interpretazione del principio di attribuzione (tanto che Jacques Ziller la definisce una 'ossessione tedesca'¹¹), lo

⁸ Sui caratteri generali del controllo di proporzionalità e in particolare sulla terza fase, denominata proporzionalità in senso stretto, sia consentito il rinvio a G. Scaccia, *Gli 'strumenti' della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000, 270 ss.

⁹ Per approfondimenti sul punto si consenta il rinvio a G. Scaccia, *Il principio di proporzionalità, in L'ordinamento europeo, vol. II: L'esercizio delle competenze* (a cura di S. Mangiameli), Giuffrè, 2006, 225 ss.; nonché a Id., *Proportionality and the balancing of rights in the Case-Law of the European Courts*, in *federalismi.it* (20 febbraio 2019); si vedano inoltre J. Barnes, "Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario", in *Revista de administracion publica*, 1994, 506; e per un'ampia rassegna, a livello globale, sull'applicazione del test di proporzionalità da parte delle Corti costituzionali, il vol. XXV dell'Annuaire International de Justice Constitutionnelle, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2010. Anche nella giurisprudenza del Bundesverfassungsgericht, del resto, il controllo di proporzionalità è applicato con molte resistenze e self-restraint in tema di conflitti fra Bund e Länder: v. BVerfGE 98, 265, 302 ss. e BVerfGE 81, 310, 355 ss.; per i conflitti fra Bund, Länder e Comuni v. BVerfGE 79, 127, 152 ss.

¹⁰ Molto critici su questo passaggio argomentativo sono, tra gli altri, T. Marzal, *Is the BVerfG PSPP decision "simply not comprehensible"?*, in www.verfassungsblog.de, che imputa al BVerfG "a parochial understanding of proportionality" e J. Ziller, *L'insopportabile pesantezza del giudice costituzionale tedesco, Sulla sentenza della Seconda Sezione della Corte costituzionale federale tedesca del 5 maggio 2020 relativa al programma PSPP della Banca centrale europea*, in *AISdue 2020*, aisdue.eu; P. Eleftheriadis, *Germany's Failing Court*, in verfassungsblog.de; F. Bignami, *Law or Politics? The BVerfG's PSPP Judgment*, in verfassungsblog.de. la quale si chiede se e a quali condizioni sia legittimo esaminare gli effetti sulla politica economica di "a proportionality assessment of an instrument of monetary policy, which no one doubts is at least in part designed to increase money supply and combat deflation".

¹¹ J. Ziller, *op. cit.*

assoggetta ora ad una verifica di proporzionalità, e riporta all'interno dell'esame circa il rispetto delle competenze tutte le insidie di un criterio di giudizio che presenta elevati margini di incertezza in sede applicativa, come viene generalmente riconosciuto nel dibattito scientifico¹². Per questa parte, l'argomentazione del giudice di Karlsruhe si espone almeno a tanti vizi logici quanti ne contesta alla Corte di giustizia.

Ambigua e contraddittoria è pure la tesi secondo la quale la BCE si collocherebbe fuori del mandato conferito dai Trattati (e dunque dagli Stati membri) quando agisce senza porre in un rapporto di ragionevole proporzione le misure di politica monetaria e gli effetti di politica economica da esse derivanti. L'argomentazione, come si è esattamente rilevato, è geneticamente fallace, poiché "non esiste una politica monetaria 'neutrale' rispetto alle condizioni di esercizio della politica fiscale", di tal che "qualsiasi scelta della BCE ha effetti redistributivi a beneficio di alcuni e col sacrificio di altri"¹³. V'è di più: il principio di proporzionalità, a stare alla tesi del BVerfG, dovrebbe dirsi rispettato quando l'obiettivo del programma di politica monetaria e gli effetti di politica economica siano "identificati, soppesati e bilanciati", mentre risulterebbe violato quando l'obiettivo del programma di politica monetaria sia perseguito "incondizionamente" e i suoi effetti di politica economica siano "ignorati"¹⁴. Eppure nel rinvio pregiudiziale sulle Outright monetary transactions¹⁵ (OMT1) la Corte tedesca contestava alla BCE di essere fuori dal proprio mandato perché poneva in essere operazioni di politica economica anziché attenersi alla politica monetaria. Nella sentenza in commento si compie, quindi, un completo rovesciamento dialettico, giacché si chiede alla BCE di identificare, soppesare e bilanciare gli effetti di politica economica delle proprie misure monetarie, incorrendo altrimenti in una violazione del suo mandato e agendo specificamente in carenza di potere. La valutazione dei riflessi di politica economica delle misure monetarie, che nel rinvio pregiudiziale sulle OMT comprovava la lesione del principio di attribuzione, diventa qui una condizione per il corretto esercizio della stessa. E ciò senza dire che se davvero le misure monetarie, come appare del resto logico, vanno adottate in considerazione dei loro riflessi di politica economica, è scontato che l'analisi delle conseguenze, e dunque degli effetti di politica economica, potrà condizionare l'adozione e la portata delle misure di intervento monetarie¹⁶. Politica economica e politica monetaria, proprio nella

¹² Per limitarci ai calibri massimi, si pensi a T.A. Aleinikoff, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, 96, in *Yale Law Journal*, 1987, 991 ss.; e T. Endicott, *Proportionality and Incommensurability*, in G. Huscroft - B.W. Miller - G. Webber (cur.), *Proportionality and the Rule of Law*, Cambridge University Press, 2014, 311 ss., 317, secondo il quale: «Proportionality between means and ends is more conducive to a principled practice of judicial review, while proportionality as balancing is an invitation to more or less arbitrary judicial decision making».

¹³ O.Chessa, *Perché il tribunale costituzionale tedesco sbaglia nel censurare gli "effetti di politica economica" della BCE?*, in lacostituzione.info.

¹⁴ Lo si legge nei paragrafi 165 ss. della sentenza.

¹⁵ I programmi di acquisto dei titoli del debito sul mercato secondario.

¹⁶ M. Dawson - A. Bobic, op.cit., ritengono che il bilanciamento fra misure di politica fiscale e misure di politica economica richiesto dal BVerfG alla BCE mirerebbe a porre in luce l'effetto redistributivo dei programmi di acquisto titoli, e sia per questo "precisely what any progressive citizen should demand of the Bank". L'assunto appare contraddittorio rispetto alla premessa dalla quale gli autori muovono, e cioè che le Corti non dovrebbero essere "political actors, sensitive to

prospettiva del loro vicendevole bilanciamento, finirebbero insomma per embricarsi, anziché restare distinte e separate come la Corte tedesca postulava allorché denunciava come *ultra vires* le Outright Monetary Transactions. Inoltre, come è stato esattamente rilevato da Poiares Maduro¹⁷, sembra nel pensiero della Corte tedesca che la BCE, nel delineare gli obiettivi di politica monetaria, debba tener conto solo dei costi, ossia delle esternalità negative sulla politica economica e fiscale, non anche dei benefici indiretti procurati dal Quantitative easing in termini di calmierazione dei rendimenti dei titoli di debito e di stabilità del tasso di cambio dell'Euro. Effetti positivi dei quali proprio la Germania si è avvantaggiata più di altri, finanziandosi a tassi negativi e divenendo – anche grazie al tasso di cambio dell'Euro – campione mondiale dell'export. Per questo aspetto, la sentenza è, quindi, del tutto contraddittoria.

A sorprendere negativamente è anche l'intonazione assertivamente sovranista del controllo costituzionale sull'*ultra vires*, che in questa pronuncia si presenta in forme inedite rispetto alla prima elaborazione, risalente alla sentenza Maastricht, e segna una preoccupante traiettoria di sviluppo della dottrina dei controlimiti. In tutte le diverse declinazioni che questa dottrina – di conio italiano¹⁸ – ha conosciuto anche da parte della Corte tedesca, era sempre restato saldo, nei rapporti fra Corti e ordinamenti giuridici nazionale e comunitario, il principio del rispetto delle altrui attribuzioni e la salvaguardia delle rispettive giurisdizioni.

Anche quando il BVerfG ha rivendicato il controllo sugli atti delle istituzioni europee, era sempre parso che l'eccesso dell'atto europeo fosse denunciabile solo nella misura in cui l'esonazione dagli argini del principio di attribuzione si risolvesse in una violazione dell'ordine costituzionale interno. Questa formulazione si trova nella sentenza Maastricht¹⁹, dove il riferimento agli atti *ultra vires* dell'Unione è inseparabile dal riconoscimento della lesione e anzi dell'usurpazione di competenze costituzionalmente attribuite alla Germania. Nella sentenza Honeywell del 2010 si era ulteriormente precisato che la violazione delle competenze dovesse essere sempre “altamente significativa nella struttura delle competenze fra gli Stati membri e l'Unione”²⁰.

Eguale posizione aveva assunto la Corte tedesca nelle sentenze in cui ha posto come barriera all'ingresso nell'ordinamento nazionale di una decisione o di un atto

their institutional position and to the political consequences of their rulings”. A che titolo dunque dovrebbero forzare il bilanciamento fra misure monetarie e politica economica in direzione più o meno solidaristica? Anche sul piano delle conseguenze economiche della decisione, più convincente della tesi di Dawson e Bobic appare la ricostruzione di A. Guazzarotti, *Very Unkind Things about the German Constitutional Court's Rebellion against the ECJ in the Quantitative Easing Case*, in *verfassungsblog.de*, 18 maggio 2020, secondo il quale la sentenza potrebbe innescare un processo di selezione darwiniana funzionale agli interessi delle industrie e delle 'value chain' collocate nei Paesi creditori.

¹⁷ M. Poiares Maduro, *Some preliminary remarks on the PSPP Decision of the German Constitutional Court*, in *Verfassungsblog.de*, 6 maggio 2020.

¹⁸ Se ne rinviene la prima formulazione nella sentenza della Corte costituzionale italiana, n. 183 del 1973.

¹⁹ BVerfGE 89, 155, 187 e 188, 192, 199.

²⁰ BVerfGE 126, 286, 302 e ss. Sul piano processuale si era precisato nella sentenza Honeywell che l'eventuale declaratoria di inefficacia dell'atto perché *ultra vires* sarebbe stata sempre preceduta da un rinvio pregiudiziale, come in questo caso è avvenuto

dell'Unione il loro contrasto con diritti fondamentali garantiti nell'ordinamento costituzionale (sentenze Solange I²¹ e Solange II²²) o con principi di struttura come la democrazia o il modello federale o comunque con tratti connotativi dell'identità costituzionale della Repubblica federale tedesca, secondo le forme dell'*Identitätskontrolle* modellato dal Lissabon-Urteil²³.

Si aggiunga che nella tradizionale dogmatica dei controlimiti e del controllo costituzionale sul diritto dell'Unione, la negazione di efficacia agli atti europei, quale riflesso dell'attivazione di un controlimite costituzionale, non derivava da un loro vizio intrinseco, cioè rilevabile all'interno dell'ordinamento d'origine, ma discendeva da un contrasto con principi supremi o diritti inviolabili enunciati nella Costituzione nazionale, che spetta naturalmente alle Corti costituzionali interpretare in via ultimale. Mai prima d'ora ci si era sospinti sul terreno da gioco altrui. *Rex in regno suo est imperator* era la regola non scritta, ma comunemente accettata nei dialoghi e nei contrasti fra Corti.

Nella forma, lo riconosce la stessa Corte tedesca, allorché rigetta la richiesta dei ricorrenti di dichiarare illegittime le decisioni della BCE sui programmi di acquisto PSPP, affermando di non essere competente a giudicare della legittimità degli atti delle Istituzioni e degli organi dell'UE. Il BVerfG non disconosce che la CGUE, in forza dell'art. 19 TUE, ha il monopolio interpretativo e la competenza esclusiva a valutare la legittimità degli atti delle istituzioni europee, ma afferma pure che la Corte di giustizia eccede il proprio mandato quando l'interpretazione data ai Trattati “non è comprensibile”, non è “riconducibile a principi metodologici riconosciuti” e “deve perciò essere considerata arbitraria da una prospettiva obiettiva”²⁴ (sic!), concludendo che in questi casi le decisioni del giudice lussemburghese non trovano più copertura nell'art. 19 del TUE e nella legge autorizzativa nazionale e quindi “difettano del minimo di legittimazione democratica necessaria” per essere efficaci nell'ordinamento tedesco²⁵.

Karlsruhe si proclama, insomma, competente a rilevare la plausibilità e l'interna coerenza delle pronunce della Corte di Lussemburgo, rivendicando l'ultima parola sulla stessa interpretazione dei Trattati, che ritiene di poter considerare arbitraria “da una prospettiva obiettiva”. Se nella filosofia hegeliana il pensiero oggettivo, inteso nel suo senso più alto, reale e concreto, è Dio²⁶, nel pensiero giuridico della Corte tedesca l'oggettività del reale coincide con le proprie infallibili decisioni. E se è ingeneroso imputare al BVerfG di volersi riconoscere attributi divini, appare comunque evidente che esso, con gli accenti assertivi di cui si è detto, si autorappresenta come una giurisdizione d'appello, o meglio di Cassazione, rispetto alla Corte di giustizia. Non contesta, ciò che sarebbe pur sempre possibile nelle forme processuali dovute, la titolarità della *potestas iudicandi* della Corte lussemburghese, ma ritiene di poterne censurare il modo di esercizio, denunciando i

²¹ BVerfGE 37, 271.

²² BVerfGE 73, 339

²³ BVerfGE 123, 267.

²⁴ V. § 112 della sentenza in commento.

²⁵ Sarebbero violati, in particolare, gli Art. 23 (1), 20, I e II e 79 della legge fondamentale.

²⁶ G. W. F. Hegel, *Enciclopedia delle scienze filosofiche*, Laterza, Roma-Bari 2002, § 1, p. 3.

vizi logici della motivazione e l'errata interpretazione del diritto europeo, e da ciò fa discendere, con circolarità logica più che dubbia, il difetto di *potestas judicandi* conseguente all'aver agito *ultra vires*.

Al di là del carattere acrobatico dell'argomentazione, il BVerfG si arroga il diritto di interpretare in via ultimale il diritto dell'Unione europea, e in particolare di valutare in via definitiva se siano stati legittimamente e correttamente applicati il principio di attribuzione e il principio di proporzionalità. L'attacco alla Corte di giustizia, al principio di unità nell'interpretazione e applicazione del diritto UE, e in definitiva alla *primacy* del diritto dell'Unione, non potrebbe essere più duro, e preoccupante²⁷. L'applicazione di un così incisivo scrutinio costituzionale sul diritto UE trascende, infatti, la vicenda concreta e promette di segnare un nuovo più avanzato fronte di scontro con la Corte di Lussemburgo e con le istituzioni europee in generale, alimentando la tendenza diffusamente manifestatasi negli ultimi anni nelle Corti costituzionali a stringere le maglie del controllo sul diritto europeo, fino a comprometterne i due principi cardine: primato ed effetto diretto. Non sorprende, allora, che la Commissione abbia ventilato l'ipotesi di avviare una formale procedura di infrazione nei confronti della Germania, ribadendo a tutte lettere che “rulings of the European Court of Justice are binding on all national courts” e che “The final word on EU law is always spoken in Luxembourg. Nowhere else”²⁸.

In un articolo in corso di pubblicazione su una rivista statunitense, ho cercato di indagare i motivi profondi – qui non rappresentabili neppure per cenni – di questo risorgente nazionalismo giudiziario²⁹, che Doreen Lustig and Joseph Weiler considerano espressione di una più generale “third wave” del controllo di costituzionalità³⁰. In quella sede ho argomentato la tesi che, al pari del nazionalismo politico (o sovranismo, come usa dire nel discorso pubblico), anche il nazionalismo giudiziario può assumere due forme opposte: una forma destrutturante/suprematista e una forma costruttiva/costituzionale. La prima sprigiona una forza anti-pluralistica, distruttiva, giacché muove dalla antistorica proclamazione di una sovranità costituzionale sciolta da ogni interdipendenza e si manifesta nella contestazione aperta della supremazia del diritto europeo e delle attribuzioni della Corte di giustizia. La seconda esprime, al contrario, una forza conflittuale, ma costruttiva, progressiva, in quanto finalizzata alla risoluzione dei problemi conseguenti all'ancora incompleto processo di costituzionalizzazione dell'Unione. Questa forma “costituzionale” di nazionalismo giudiziario non pone in discussione il primato del diritto UE o l'effetto vincolante delle decisioni della Corte di Lussemburgo, e anche quando ne interdice l'efficacia nell'ordinamento nazionale,

²⁷ Come rileva J. Ziller, op. cit., i giudici costituzionali tedeschi “pretendono di imporre, non senza arroganza, il loro modo di ragionare nel diritto dell'Unione europea”. Critico anche A. Huergo Lora, *El Banco Central Europeo, ¿sometido a 27 tribunales nacionales?*, in www.afondo.lne.es. Accenti dubitativi in F. Bignami, *Law or Politics? The BVerfG's PSPP Judgment*, in www.verfassungsblog.de.

²⁸ Cfr. Statement 20/846 della Presidente Ursula von der Leyen, in ec.europa.eu.

²⁹ G. Scaccia, *Judicial Nationalism and the Constitutional Review of EU Law. The lesson learned from the Taricco saga*, in corso di pubblicazione in *American University International Law Review*.

³⁰ D. Lustig - J. H. H. Weiler, *Judicial review in the contemporary world—Retrospective and prospective*, in *I.CON* (2018), Vol. 16 No. 2, 315 ss. Il tratto caratterizzante di questa terza ondata sarebbe la sottoposizione a scrutinio costituzionale del diritto internazionale ed europeo.

lo fa attivando forme di controllo che non pregiudicano né mettono in discussione la giurisdizione della Corte europea; non la delegittimano, ma sono piuttosto animate dalla ricerca di un confronto ispirato alla leale cooperazione istituzionale e alla *Europafreundlichkeit*³¹. La decisione su cui ci si è intrattenuti fatica ad essere collocata fra gli esempi di nazionalismo giudiziario progressivo.

Possiamo solo confidare, volendo chiudere con un accento ottimistico, che le condizionalità poste dalla Corte tedesca a forme non ortodosse di mutualizzazione dei debiti e di solidarietà fiscale rendano matura la consapevolezza che lo sviluppo dell'Unione in direzione di una vera comunità politica non potrà avvenire forzando fino al loro limite estremo strumenti e istituti sorti con finalità diverse o confidando ancora nel funzionalismo legale. I limiti del mandato della BCE, la difficoltà di mettere in campo strumenti solidaristici in presenza di crisi sistemiche, l'inadeguatezza del bilancio dell'Unione ad assolvere a una funzione di sostegno al mercato e di redistribuzione territoriale sono ormai sotto gli occhi di tutti. Un segnale incoraggiante si può cogliere nella proposta formulata dalla Presidente della Commissione von der Leyen, anche su sollecitazione franco-tedesca, di un Recovery plan di 750 Miliardi di Euro (500 di sussidi a fondo perduto e 250 di prestiti) per assistere i Paesi più colpiti dalla pandemia. Il finanziamento giungerebbe infatti dall'emissione di Recovery bond, titoli di debito europei garantiti dal bilancio dell'Ue e perciò non graverebbe sul debito pubblico degli Stati membri. Nella riunione Ecofin del 9 giugno il Ministro delle Finanze tedesco Olaf Scholz ha proposto di ridurre la portata a 500 miliardi; Ungheria e Belgio hanno manifestato aperta contrarietà; Olanda, Austria, Svezia, Danimarca hanno chiesto che le erogazioni del Recovery fund siano prestiti condizionati a riforme e piani di rientro. La partita politica è solo all'inizio, dunque, ma è comunque incoraggiante che sia in corso una trattativa su un tema considerato *tabu* solo pochi mesi fa. Chissà che, per un'astuzia della storia, non sia proprio la sentenza della Corte tedesca, proprio in ragione della sua rigidità e del suo tono ultimativo, potrebbe fungere da acceleratore storico di processi federativi e convincere anche i più refrattari che sia venuto il tempo di scelte di tono costituzionale, soprattutto in campo fiscale e finanziario.

Gino Scaccia
Dip.to di Giurisprudenza
Università degli Studi di Teramo
gscaccia@unite.it

³¹ Riprendiamo qui l'espressione impiegata proprio dal Bundesverfassungsgericht nella sentenza 6 Luglio 2010, nel caso Honeywell (BVerfGE 126, 286 ff.) e 21 giugno 2016, nel caso OMT/Gauweiler.