



Riflessioni sulla possibilità e sull'opportunità di aprire una procedura di infrazione nei confronti della Germania a causa della sentenza del *Bundesverfassungsgericht* sul PSPP

DI PAOLA MORI*

1. La sentenza del *Bundesverfassungsgericht* del 5 maggio scorso sul *PSPP*, ovvero il programma di acquisto di titoli pubblici adottato nel quadro del c.d. *Quantitative easing*¹, ha suscitato un dibattito molto acceso, non solo fra gli studiosi del diritto e dell'economia finanziaria, ma anche a livello politico e istituzionale².

* Professore ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università degli studi *Magna Graecia* di Catanzaro.

¹ Sentenza del 5 maggio 2020 - 2 BvR 859/15, 2 BvR 980/16, 2 BvR 2006/15, 2 BvR 1651/15, DE:BVerfG:2020:rs20200505_2bvr085915. La traduzione inglese è disponibile all'indirizzo http://www.bverfg.de/e/rs20200505_2bvr085915en.html. Il caso ha avuto inizio con diversi ricorsi introdotti da un gruppo di deputati della CDU dinanzi alla Corte costituzionale tedesca. A seguito del rinvio pregiudiziale proposto da quest'ultima ai sensi dell'art. 267 TFUE, la Corte di giustizia si è pronunciata con la sentenza dell'11 dicembre 2018, C-493/17, *Weiss*, EU:C:2018:1000.

² Tra i primi commenti, R. ADAM, *Il controlimite dell'ultra vires e la sentenza della Corte costituzionale tedesca del 5 maggio 2020*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 1/2020; M. AVBELJ, *The Right Question about the FCC Ultra Vires Decision*, in *Verfassungsblog*, 6 maggio 2020; S. CAFARO, *Quale Quantitative Easing e quale Unione dopo la sentenza del 5 maggio?*, in *SIDIBlog*, 8 maggio 2020; B. CARAVITA, M. CONDINANZI, A. MORRONE, A. M. POGGI, *Da Karlsruhe una decisione poco meditata in una fase politica che avrebbe meritato maggiore ponderazione*, in *federalismi.it*, 14/2020; M. P. CHITI, *La sentenza della Corte costituzionale tedesca sul Quantitative Easing avvia il processo di "disintegrazione europea"?*, in *Astrid Rassegna* 7/2020; D. SARMIENTO, *An Infringement Action against Germany after its Constitutional Court's ruling in Weiss? The Long Term and the Short Term*, in *EU Law live*, 12 maggio 2020.29; P. FARAGUNA, *Il Bundesverfassungsgericht dichiara ultra vires il Quantitative Easing (con uno sguardo al Pandemic Emergency Purchase Programme)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2020; D.U. GALLETTA, *Karlsruhe über alles? Il ragionamento sul principio di proporzionalità nella pronuncia del 5 maggio 2020 del BVerfG tedesco e le sue conseguenze*, in *federalismi.it*, n. 14/20, p. 166; 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; M. MADURO, *Some Preliminary Remarks on the PSPP Decision of the German Constitutional Court*, in *VerfBlog*, 2020/5/06; F. MARTUCCI, *La BCE et la Cour constitutionnelle allemande: comprendre l'arrêt du 5 mai de la Cour constitutionnelle allemande*, www.leclubdesjuristes.com, 11 maggio 2020; ID. *La BCE et la Cour*

Particolarmente gravi sono subito apparse le ricadute della sentenza sui principi del primato del diritto dell'Unione, del ruolo fondamentale ed esclusivo della Corte di giustizia e dell'indipendenza della Banca centrale europea e del SEBC, così come sulla complessa gestione della politica monetaria della zona euro. Ricadute che sembrano suscettibili di ripercuotersi ben oltre la specifica questione oggetto della sentenza, rischiando di destabilizzare i delicati equilibri su cui è stato gradualmente costruito il processo di integrazione europea³. Tutto questo nel momento storico in cui l'Unione si trova a dover fronteggiare, da un lato, una contestazione sistemica e gravissima da parte di alcuni suoi Stati membri di valori fondamentali comuni sanciti nell'art. 2 TUE, quali il rispetto dello Stato di diritto e dei diritti fondamentali e, dall'altro lato, la crisi economica e sociale, di cui non si può ancora valutare tutta la portata, determinata dalla pandemia di Covid-19.

Pur collocandosi sulla scia della sua giurisprudenza sul sindacato sugli atti *ultra vires* e sul rispetto dell'identità costituzionale, la Corte costituzionale tedesca ne esaspera infatti ragioni e conseguenze e per la prima volta apre un conflitto diretto e con termini di inusitata gravità con la Corte di giustizia e con le istituzioni monetarie europee.

Al termine di una lunghissima motivazione i giudici tedeschi hanno concluso che la decisione della BCE sul *PSPP*⁴ può essere considerata valida e attuabile nell'ordinamento tedesco solo se le misure che essa comporta siano proporzionate agli obiettivi di politica monetaria stabiliti nell'art. 123 TFUE. Ove non soddisfatti il test di proporzionalità, il Programma deve essere considerato *ultra vires*.

Contestando il giudizio sulla proporzionalità e quindi di validità della decisione *PSPP* reso dalla Corte di giustizia nella sentenza *Weiss*⁵, la Corte di Karlsruhe ha pertanto ingiunto al Governo federale e al *Bundestag* di prendere le misure, giuridiche e politiche, necessarie per assicurarsi che la BCE svolga un'adeguata valutazione di proporzionalità del Programma. Inoltre, secondo i giudici tedeschi, in quanto *ultra vires* il Programma non deve essere applicato in Germania e non può produrre effetti vincolanti su nessun organo tedesco, ivi compresa la Bundesbank. In particolare, quest'ultima non può applicare la decisione *PSPP* e deve chiamarsi

constitutionnelle allemande: souligner les paradoxes de l'arrêt du 5 mai de la Cour constitutionnelle allemande, ibidem; E. PERILLO, *De Karlsruhe au Kirchberg et retour : le long voyage, courageux mais prévisible, d'un tourmenté* «ultra vires Urteil», in *Il Diritto dell'Unione europea*, 1/2020; S. POLI, *The German Federal Court and its first ultra vires review: a critique and a preliminary assessment of its consequences*, in *Euroju* n. 22020; H. SAUER, *Substantive EU Law review beyond the veil of democracy: the German Federal Constitutional Court ultimately acts as a Supreme Court of the EU*, in *eulawlive.com* 9 maggio 2020; D. SARMIENTO, *Requiem for Judicial Dialogue – The German Federal Constitutional Court's Judgment in the Weiss case and its European implications*, in *eulawlive.com*, 9 maggio 2020; M. SIRAGUSA C. RIZZA, *L'insostenibile leggerezza del sindacato giurisdizionale sulle decisioni di politica monetaria della BCE*, in *Eurojus*, 2/2020, p. 208 ss.; G. TESAURO, P. DE PASQUALE, *La BCE e la Corte di giustizia sul banco degli accusati del Tribunale costituzionale tedesco*, in *Osservatorio europeo*, www.dirittounioneuropea.eu, 12 maggio 2020; G. L. TOSATO, *Da Karlsruhe una sentenza devastante?*, in www.affariinternazionali.it, 9 maggio 2020; J. ZILLER, *L'insopportabile pesantezza della Corte costituzionale tedesca. Sulla sentenza della Seconda Sezione della Corte costituzionale federale tedesca del 5 maggio 2020 relativa al programma PSPP della Banca centrale europea*, in *I Post di AISDUE*, II-2020.

³ Sul dinamismo del processo di integrazione europea si vedano le riflessioni di B. NASCIMBENE, *Unione Europea tra unità e pluralità degli ordinamenti giuridici*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, <http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2018/09/nascimbene.pdf>, 5 agosto 2018.

⁴ 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.

⁵ Corte giust. sentenza 11 dicembre 2018, C-493717, cit.

fuori dal programma di acquisto titoli, vendendo quelli precedentemente acquistati nel quadro del PSPP. Il BVerfG ha però concesso un periodo di grazia di tre mesi in attesa di una nuova, più soddisfacente, decisione del Consiglio direttivo della BCE sulla proporzionalità del PSPP.

Alla base della motivazione del BVerfG sta la considerazione che il principio di proporzionalità sancito nell'art. 5, paragrafi 1 e 4, può avere effetto sul rispetto del principio di attribuzione da parte delle istituzioni dell'Unione, nel caso di specie della BCE, e può quindi esplicitare una «corrective function for the purposes of safeguarding the competences of the Member States»⁶. Tuttavia, secondo i giudici tedeschi la Corte di giustizia nella sentenza *Weiss* non avrebbe sottoposto le misure adottate dalla BCE a un adeguato controllo del rispetto di tale principio allo scopo di valutarne e bilanciarne gli effetti di politica economica e fiscale prodotti rispetto agli obiettivi di politica monetaria; con ciò tale sentenza avrebbe legittimato «a structurally significant shift in the order of competences to the detriment of the Member States»⁷. In tal modo, continua il BVerfG, la Corte di Lussemburgo avrebbe completamente disatteso il compito, affidatole dall'art. 19 TUE, di garantire il rispetto del diritto nella interpretazione e applicazione dei trattati; e, quindi, ponendosi al di fuori del suo mandato, essa ha agito *ultra vires* e la sua decisione non ha forza vincolante in Germania⁸.

Per arrivare a questo risultato la Corte costituzionale tedesca ha fatto ricorso ad argomentazioni che, per la loro supponenza, lasciano interdetti. A partire dalla critica per cui la Corte di giustizia avrebbe applicato metodologie interpretative non esaustive e incomprensibili dal punto di vista metodologico, nonché standard di valutazione del rispetto del principio di proporzionalità da parte della BCE diversi da quelli applicati in via generale negli altri settori; con la conseguenza di non aver esercitato un sindacato giurisdizionale effettivo sull'esercizio delle competenze monetarie e sul rispetto del principio di attribuzione da parte della BCE. Fino al punto di affermare che l'interpretazione data dalla Corte di giustizia della portata delle competenze della BCE in materia di politica monetaria contrasta con l'art. 6 CEDU e l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, oltre che con le norme rilevanti della Costituzione tedesca⁹, ed eccede manifestamente il mandato conferito alla Corte di giustizia dall'art. 19, par. 1, TUE.

Sono parole molto gravi perché implicano una valutazione sulla correttezza dell'esercizio da parte della Corte di giustizia delle proprie funzioni giurisdizionali. E che, inevitabilmente hanno un impatto politico e di sistema molto grave¹⁰.

2. E' forse proprio in ragione di ciò che anche le istituzioni dell'Unione hanno fatto sentire la loro voce sulla sentenza.

In particolare, la Corte di giustizia, rompendo la consuetudine di non commentare mai le decisioni degli organi giurisdizionali nazionali, ha pubblicato un comunicato stampa sulla sentenza tedesca in cui con poche ma incisive parole sono ribaditi i fondamenti

⁶ BVerfG sentenza del 5 maggio 2020, cit., punto 133.

⁷ Ivi punti 119 e 154.

⁸ Ivi punto 163.

⁹ Ivi punti 144 ss.

¹⁰ Si vedano le critiche serrate di B. CARAVITA, M. CONDINANZI, A. MORRONE, A. M. POGGI, *Da Karlsruhe una decisione poco meditata in una fase politica che avrebbe meritato maggiore ponderazione*, in *federalismi.it*, 14/2020; M. P. CHITI, *La sentenza della Corte costituzionale tedesca sul Quantitative Easing avvia il processo di "disintegrazione europea"?*, in *Astrid Rassegna* 7/2020.

dell'ordinamento dell'Unione e gli obblighi gravanti sugli Stati membri: il principio del primato del diritto dell'Unione; la circostanza che per garantire un'applicazione uniforme del diritto dell'Unione in tutti gli Stati membri, solo la Corte di giustizia, istituita a tal fine dagli Stati membri, è competente a sindacare la validità degli atti delle istituzioni; il vincolo che la sentenza pronunciata in via pregiudiziale pone sul giudice nazionale per la soluzione della controversia dinanzi ad esso pendente ¹¹.

Dal canto suo la Presidente della BCE ha rivendicato l'indipendenza dell'istituzione, ricordando che questa risponde al Parlamento europeo e opera sotto il controllo della Corte di giustizia, e ha assicurato che la BCE "continuerà a fare tutto il necessario e tutto quello di cui c'è bisogno per centrare l'obiettivo del suo mandato e assicurarsi che la sua politica monetaria raggiunga tutti gli Stati dell'area dell'euro" ¹². Presa di posizione, questa, che è stata condivisa dal Consiglio dei Governatori ¹³.

Anche la Presidente della Commissione europea, prendendo "atto della dichiarazione molto chiara della Corte di giustizia", ha rilasciato una dichiarazione in cui si impegna a difendere il carattere di esclusività della competenza dell'Unione in materia di politica monetaria; il principio del primato e quello per cui le sentenze pronunciate dalla Corte di giustizia dell'Unione europea sono vincolanti per i giudici nazionali. Ciò detto ha annunciato che gli uffici competenti stanno studiando la possibilità di aprire una procedura di infrazione ¹⁴.

3. Non è dunque privo di interesse chiedersi se ed eventualmente sotto quali profili la sentenza della Corte costituzionale tedesca sia suscettibile di prospettare un intervento del genere da parte della Commissione. In altri termini si tratta di valutare se e quali punti della sentenza abbiano determinato o possano determinare una violazione, da parte dello Stato tedesco, di uno degli obblighi derivanti dai Trattati censurabile, ai sensi dell'art. 258 TFUE, dalla Corte di giustizia.

Con la precisazione che ogni valutazione in proposito deve tener ben distinti gli aspetti giuridico-formali, relativi all'esistenza o meno della violazione del diritto dell'Unione, da quelli di opportunità, relativi cioè alla convenienza politica dell'apertura di una procedura di infrazione e all'impatto di un'eventuale sentenza della Corte di giustizia.

In linea generale, la procedura di infrazione, almeno nella prima fase non contenziosa ha sicuramente una valenza politica il cui apprezzamento rientra nell'esclusiva discrezionalità

¹¹ Comunicato stampa a seguito della sentenza della Corte costituzionale tedesca del 5 maggio 2020, Lussemburgo 8 maggio 2020.

¹² V. https://www.ilsole24ore.com/art/lagarde-corte-tesca-la-bce-va-avanti-imperterrita-e-indipendente-e-risponde-parlamento-europeo-ADGoB2O?refresh_ce=1.

¹³ <https://www.ecb.europa.eu/press/pr/date/2020/html/ecb.pr200505~00a09107a9.en.html>.

¹⁴ Dichiarazione della Presidente von der Leyen sulla sentenza della Corte costituzionale tedesca del 4 maggio, 10 maggio 2020, https://ec.europa.eu/italy/news/20200511_dichiarazione_della_presidente_vonderLeyen_sulla_sentenza_corte_costituzionale_tesca_it. Il giorno precedente, in una lettera di risposta al parlamentare europeo Sven Giegold (Verdi) la Presidente von der Leyen aveva assicurato di "prendere molto sul serio" la decisione della Corte costituzionale tedesca che "tocca la sovranità europea" e solleva questioni che "non sono solo rilevanti per l'Unione monetaria, ma anche per lo Stato di diritto nell'UE", la si legga in <https://sven-giegold.de/letter-to-ursula-von-der-leyen-on-europe-day>.

della Commissione. È infatti la Commissione a scandire i vari passaggi della procedura, tanto nei tempi quanto nei contenuti e a intrattenere il dialogo con le autorità nazionali, se del caso indirizzando in via preliminare una lettera amministrativa con cui chiedere chiarimenti allo Stato membro sulle questioni in contestazione. È sempre la Commissione a decidere se aprire formalmente la procedura inviando allo Stato membro la lettera di messa in mora, se aggravarla con il parere motivato ed eventualmente, ma non necessariamente, se introdurre il ricorso in Corte di giustizia o piuttosto archivarla. Nessuno di questi passaggi è automatico e scontato, bensì affidato alla decisione discrezionale della Commissione e alle valutazioni che essa effettua all'esito del dialogo con le autorità nazionali e sulla base delle risposte che riceve da questo ¹⁵.

E del resto non ci si può nascondere che anche la sentenza con cui la Corte di giustizia accerta la sussistenza o meno della violazione può avere un'innegabile valenza politica. Questa valenza politica è evidentemente tanto più forte, sino a comportare un impatto di tipo sistematico, quanto più gravi sono le violazioni prospettate. Si pensi alle recenti sentenze in cui la Corte di giustizia ha accertato la violazione da parte della Polonia dell'art. 19, comma 1, TUE ¹⁶.

Questo può in parte dipendere dalla circostanza che negli ultimi anni la Commissione ha ritenuto di doversi concentrare, nella gestione delle procedure di infrazione, sulle priorità politiche e sui casi di carenze sistemiche negli Stati membri o che comportano violazioni dei principi fondamentali di funzionamento dell'ordinamento giuridico dell'Unione ¹⁷.

4. Al di là delle, peraltro in gran parte condivisibili, critiche sulle argomentazioni svolte dal *BVerfG*, tra le quali in particolare quelle sulle metodologie interpretative e quelle sul principio di proporzionalità, mi sembra che la sentenza, per il suo contenuto e per gli effetti che produce, si ponga in chiaro contrasto con il diritto dell'Unione. Essa mette infatti in discussione sia il ruolo della BCE e del SEBC, sia la competenza giurisdizionale e il ruolo della Corte di giustizia, esplicitamente disconoscendo il principio del primato del diritto dell'Unione.

¹⁵ In argomento v. M. CONDINANZI, R. MASTROIANNI, *Il contenzioso dell'Unione europea*, Torino, 2009, p. 55 ss.; R. MASTROIANNI, *La procedura di infrazione ed i poteri della Commissione: chi controlla il controllore?*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1994, 1021 ss.; P. MORI, *Art. 258 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di) *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, p. 2013 ss.

¹⁶ Corte giust. sentenze 24 giugno 2019, C-619/18, *Commissione c. Polonia*, EU:C:2019:325; 5 novembre 2019, C-192/18, *Commissione c. Polonia*, EU:C:2019:529; inoltre è attualmente pendente la causa C-791/19, *Commissione c. Polonia*.

¹⁷ Comunicazione della Commissione, Diritto dell'Unione europea: risultati migliori attraverso una migliore applicazione, C(2016)8600 «La Commissione darà pertanto priorità alle violazioni che rispecchiano debolezze sistemiche che compromettono il funzionamento del quadro istituzionale dell'UE. Ciò si applica in particolare alle infrazioni che ostacolano la capacità dei sistemi giudiziari nazionali di contribuire all'attuazione efficace della normativa dell'Unione. La Commissione perseguirà pertanto in modo rigoroso tutti i casi di norme nazionali o prassi generali che ostacolano la procedura di pronuncia in via pregiudiziale da parte della Corte di giustizia o i casi in cui le norme nazionali impediscono ai tribunali nazionali di riconoscere il primato del diritto dell'Unione. Perseguirà anche i casi in cui la normativa nazionale non prevede efficaci procedure di ricorso per una violazione del diritto dell'UE o impedisce altrimenti ai sistemi giudiziari nazionali di garantire l'applicazione efficace del diritto dell'UE a norma dei requisiti dello Stato di diritto e dell'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea». In argomento v. R. ADAM, *Una nuova Comunicazione della Commissione in materia di rispetto del diritto dell'Unione: "risultati migliori attraverso una migliore applicazione", ma con minor controllo?*, in *Osservatorio europeo*, www.dirittounioneeuropea.eu, 30 giugno 2017.

Per quanto riguarda il primo profilo si è visto che la Corte costituzionale tedesca ha ingiunto al Governo federale e al *Bundestag* di fare i passi necessari ad assicurarsi che la BCE svolga una valutazione di proporzionalità del PSPP. Secondo i giudici di Karlsruhe «this duty does not conflict with the independence afforded both the ECB and the *Bundesbank* (Art. 130, Art. 282 TFEU, Art. 88(2) GG)». Ciò in quanto essendo il PSPP un atto *ultra vires*, esso non deve essere applicato in Germania da nessun organo, ivi compresa la *Bundesbank*¹⁸.

A questo proposito ci si può chiedere se il fatto che la sentenza abbia subordinato la non applicazione dell'atto *ultra vires* (ovvero la decisione della BCE sul PSPP) ad un periodo transitorio di tre mesi entro il quale la BCE dovrebbe “mettersi in regola”, condizioni la possibilità di aprire fin d'ora la procedura di infrazione. È stato infatti osservato che così disponendo i giudici tedeschi indirizzano la loro intimazione agli organi tedeschi e non alla BCE. Pertanto qualora entro il termine indicato la BCE adottasse una nuova decisione con una “soddisfacente” (per il BVerfG) motivazione del Programma, non ci sarebbe inadempimento visto che la sentenza tedesca non produrrebbe più effetti contrari al diritto dell'Unione,¹⁹.

Questo argomento non mi sembra però condivisibile. Innanzitutto perché un principio generale di sistema esclude tassativamente la possibilità per gli Stati membri di condizionare unilateralmente, in tutto o in parte, l'applicazione delle norme dei Trattati e degli atti adottati dalle Istituzioni. E poi perché sposta il discorso sul piano di una possibile soluzione politica del caso; il che di per sé non elimina il fatto, che ne è anzi il presupposto, che la Corte costituzionale tedesca nega la possibilità di applicare in Germania (ma con effetti che si ripercuotono inevitabilmente in tutta la zona euro) la decisione PSPP nel suo contenuto attuale e ne esige la modifica, per mezzo di una nuova decisione del Consiglio direttivo della BCE, al fine di ottenerne un più adeguato apprezzamento del principio di proporzionalità. Tutto ciò mi sembra porsi in plateale contrasto con l'art. 288 TFUE là dove stabilisce che una «decisione [delle istituzioni dell'Unione] è obbligatoria in tutti i suoi elementi».

E comunque, anche ad escludere che sul piano meramente formale vi sia una violazione immediata e attuale della decisione della BCE sul PSPP, in quanto la “resa dei conti finale” sarebbe rimandata ad alla scadenza dei tre mesi, resta però l'“ingerenza” della sentenza del BVerfG sulle attività della *Bundesbank* e quindi della BCE e del SEBC. Ingerenza che, configurando una violazione dell'indipendenza della *Bundesbank*, assume rilievo come violazione del diritto dell'Unione, in quanto le banche centrali nazionali degli Stati membri sono parte integrante del SEBC e i loro Governatori sono membri del Consiglio direttivo della BCE.

L'indipendenza funzionale delle istituzioni monetarie europee è infatti garantita dall'art. 130 TFUE ed è poi ribadita nell'art. 282 TFUE e nell'art. 7 del Protocollo (n.4) sullo Statuto del SEBC e della BCE. Come definito nel diritto primario, il principio di indipendenza ha una duplice declinazione in quanto, da un lato, pone l'obbligo alla BCE, alle banche centrali nazionali e ai rispettivi organi decisionali di non sollecitare o accettare istruzioni dalle altre istituzioni o dai governi degli Stati membri; e, dall'altro lato, pone a questi ultimi l'obbligo di

¹⁸ Punti 232-235.

¹⁹ In questo senso M. MADURO, *Some Preliminary Remarks on the PSPP Decision of the German Constitutional Court*, cit.; 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*, cit.

rispettare il principio e di «non cercare di influenzare i membri della BCE o delle banche centrali nazionali nell'assolvimento dei loro compiti».

Appare dunque alquanto contraddittoria l'affermazione del BVerfG secondo cui «it is furthermore imperative that the mandate of the ESCB be subject to strict limitations given that the ECB and the national central banks are independent institution (Art. 130, Art. 282(3) third and fourth sentence TFEU, Art. 88(2) GG), which means that they operate on the basis of a diminished level of democratic legitimation»²⁰.

Il tema è complesso e richiederebbe un ben maggiore approfondimento che l'economia di questo scritto non consente. Mi limito solo a osservare che il principio di indipendenza delle istituzioni monetarie sancito nei Trattati trova ampia rispondenza nella tradizione di indipendenza e autonomia funzionale che anche a livello nazionale caratterizza, sia pur con varie modalità, le banche centrali nazionali degli Stati democratici²¹, tra cui in particolare la stessa Germania²².

In quanto composto dalla BCE e dalle banche centrali degli Stati membri, tra cui evidentemente anche la *Bundesbank*, sembra dunque difficile poter condividere l'idea che il SEBC sia segnato da una sorta di tara genetica, ossia il «diminished level of democratic legitimation», che impone controlli più rigorosi. Al contrario, anche sotto il profilo sistemico sembra più coerente con il disegno dei Trattati la giurisprudenza della Corte di giustizia secondo cui, quando il SEBC «elabora e attua un programma di operazioni di *open market* quale quello previsto nella decisione 2015/774, a procedere a scelte di natura tecnica e ad effettuare previsioni e valutazioni complesse, occorre riconoscergli, in tale contesto, un ampio potere discrezionale»²³.

Quali che siano le motivazioni della sentenza tedesca, che oltretutto non trovano rispondenza nella posizione del Governo tedesco il quale nella causa *Weiss* dinanzi alla Corte di giustizia aveva sostenuto la legittimità del PSPP²⁴, è innegabile che a diritto vigente

²⁰ Punto 143.

²¹ S. ROSSI, *Politica monetaria e indipendenza delle banche centrali: l'esperienza della Banca Centrale Europea nella crisi globale*, 2014, <https://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/interventi-direttorio/int-dir-2014/Rossi-191114-it.pdf>.

²² L'art. 88 del Grundgesetz, come modificato dalla legge del 21 dicembre 1992 al momento della ratifica del Trattato di Maastricht, recita «la Federazione istituisce una banca valutaria e di emissione come Banca Federale. Le sue funzioni e competenze possono essere trasferite, nel quadro dell'Unione Europea, alla Banca Centrale Europea, che è indipendente ed è vincolata allo scopo primario della garanzia della stabilità dei prezzi», (traduzione italiana reperibile in http://www.consiglioveneto.it/crvportal/BancheDati/costituzioni/de/zGermania_sin.pdf). È noto che l'assetto dell'UEM è stato fortemente influenzato dalla Germania, v. in questo senso le osservazioni di F. MARTUCCI, *La BCE et la Cour constitutionnelle allemande: souligner les paradoxes de l'arrêt du 5 mai de la Cour constitutionnelle allemande*, cit.; nonché R. BIFULCO, *Bundesbank e Banche centrali dei Länder come modello del Sistema europeo delle Banche centrali*, in O. ROSELLI (a cura di), *Europa e Banche centrali*, Napoli, 2004, p. 75 ss.

²³ Corte giust. sentenze 11 dicembre 2018, C-493/17, *Weiss*, cit., punto 73; in precedenza 16 giugno 2015, *Gauweiler*, C-62/14, EU:C:2015:400, punto 68.

²⁴ Si osservi che nel corso del procedimento davanti alla Corte di giustizia oltre al Governo tedesco hanno presentato osservazioni scritte anche quelli greco, francese, italiano, portoghese e finlandese e che «gli Stati membri e le istituzioni dell'Unione che si sono espressi sono tutti del parere che il PSPP offra sufficienti garanzie per impedire che l'acquisto di titoli di Stato sui mercati secondari abbia un effetto equivalente a quello dell'acquisto diretto di siffatti titoli sui mercati primari», così nelle conclusioni dell'avv. gen. Wathelet, 4 ottobre 2018, C-493/17, *Weiss*, punto 54, EU:C:2018:815.

l'obbligo di rispettare l'autonomia funzionale delle istituzioni monetarie europee, in tutte le loro componenti, è sancito dal diritto primario.

Come ha ricordato la Corte di giustizia nella sentenza *Rimsevics*, «gli autori del Trattato ... hanno inteso garantire che la BCE e il SEBC siano in grado di assolvere in maniera indipendente i compiti ad essi attribuiti». A questo scopo «l'art. 130 TFUE e l'art. 7 Protocollo mirano, in sostanza, a proteggere il SEBC da qualsivoglia pressione politica per consentirgli di perseguire efficacemente gli obiettivi assegnati ai suoi compiti, grazie all'esercizio indipendente degli specifici poteri di cui esso dispone a questo scopo in forza del diritto primario».

In questa stessa sentenza, la Corte di giustizia ha in particolare evidenziato che il SEBC costituisce una costruzione giuridica originale, un sistema fortemente integrato, in cui si verifica uno sdoppiamento funzionale di organi nazionali che agiscono nell'ambito del SEBC. Ed è proprio in considerazione di tale status ibrido che le questioni relative all'indipendenza delle banche centrali nazionali e dei loro Governatori entrano nell'orbita del diritto dell'Unione e di conseguenza si incardina la giurisdizione della Corte di giustizia.

E questo mi pare porti inevitabilmente a ritenere che l'intimazione rivolta dalla Corte di Karlsruhe alla *Bundesbank* e, indirettamente, alla BCE si ponga in netto contrasto con gli obblighi gravanti sugli Stati membri in virtù dell'art. 130 TFUE e dell'art. 7 del Protocollo SEBC.

5. Un altro motivo per l'eventuale apertura di una procedura di infrazione mi sembra vada individuato nelle censure rivolte alla Corte di giustizia.

Il BVerfG ha infatti sottoposto la sentenza *Weiss* a scrutinio sulle metodologie interpretative seguite, ritenute non esaustive e incomprensibili dal punto di vista metodologico, e sugli standard di valutazione del rispetto del principio di proporzionalità da parte della BCE, che sarebbero stati diversi da quelli applicati in via generale negli altri settori. I giudici tedeschi hanno poi sostenuto che la Corte di giustizia non avrebbe esercitato un sindacato giurisdizionale effettivo sull'esercizio delle competenze monetarie e sul rispetto del principio di attribuzione da parte della BCE, affermando che l'interpretazione data nella sentenza *Weiss* della portata delle competenze della BCE in materia di politica monetaria contrasta con l'art. 6 CEDU e l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE oltre che con le norme rilevanti della Costituzione tedesca (punti 144 ss.). Ciò facendo la Corte di giustizia avrebbe manifestamente ecceduto il mandato conferito dall'art. 19, par. 1, TUE.

Insomma, i giudici tedeschi hanno svolto un vero e proprio sindacato di legittimità e di merito sulla sentenza della Corte di giustizia.

Non ci sarebbe molto da commentare se non ripetere, in modo forse ovvio, che così facendo è stato il BVerfG stesso a porsi in palese contrasto con l'art. 19 TUE²⁵. Come ricordato nel comunicato stampa della Corte di giustizia, tramite i Trattati gli Stati membri hanno attribuito alla Corte di giustizia la competenza esclusiva sul controllo giurisdizionale sugli atti adottati dall'Unione «per garantire un'applicazione uniforme del diritto dell'Unione», perché

²⁵ Sulla portata dell'art. 19 v. G. TESAURO, *ART. 19 TUE*, in A. TIZZANO (a cura di) *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, p. 196 ss.

«solo in questo modo può essere garantita l'uguaglianza degli Stati membri nell'Unione da essi creata».

E in forza di tale conferimento di competenza giurisdizionale sarà la Corte di giustizia a definire le questioni relative all'esistenza e alle modalità di esercizio delle competenze dell'Unione, e questo nonostante la Corte costituzionale tedesca opini diversamente. La rivendicazione contenuta nella sentenza tedesca secondo cui la Legge fondamentale proibisce di conferire all'Unione la *Kompetenz-Kompetenz*²⁶ e quella della sua supremazia²⁷, è infatti in manifesto contrasto con l'art. 19 TUE e con il principio del primato del diritto dell'Unione.

Principio, questo, che è un cardine fondamentale dell'ordinamento giuridico dell'Unione e che trova la sua riaffermazione scritta nella Dichiarazione n. 17 allegata all'Atto finale della Conferenza intergovernativa secondo cui, «per giurisprudenza costante della Corte di giustizia dell'Unione europea, i trattati e il diritto adottato dall'Unione sulla base dei trattati prevalgono sul diritto degli Stati membri alle condizioni stabilite dalla summenzionata giurisprudenza». Ovvero la giurisprudenza della Corte di giustizia e non certamente quella di 27 corti, costituzionali o supreme, degli Stati membri²⁸.

Strettamente connessa alla contestazione della competenza della Corte di giustizia e alla violazione dell'art. 19 TUE è il profilo relativo al mancato rispetto dell'obbligo di cui all'art. 267 TFUE conseguente alla dichiarazione del BVerfG che la sentenza *Weiss* è *ultra vires* e pertanto non è applicabile in Germania²⁹.

Anche qui si tratta di ricordare un principio consolidato e ben noto. Una sentenza pronunciata dalla Corte di giustizia su rinvio pregiudiziale vincola il giudice nazionale per la definizione della controversia dinanzi ad esso pendente senza possibilità di sottoporla ad alcuna condizione, né sui tempi né sulle modalità della sua applicazione³⁰. Aggiungo che, poiché l'obbligo degli Stati membri di rispettare le disposizioni del Trattato FUE grava su tutte le loro autorità, ivi comprese, nell'ambito delle loro competenze, le autorità giurisdizionali, la violazione dell'art. 267 TFUE da parte di un giudice nazionale, anche supremo, può comportare la responsabilità dello Stato ed essere sindacata tramite una procedura di infrazione³¹.

Direi dunque che per questo profilo la violazione del diritto dell'Unione è manifesta, non condizionata temporalmente o dal comportamento di un altro soggetto.

²⁶ Punto 102.

²⁷ Punto 106.

²⁸ Sul ruolo istituzionale della Corte di giustizia sull'efficacia delle sue sentenze si veda, per tutti, A. TIZZANO, *Sui rapporti tra giurisdizioni in Europa*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2019, p. 9 ss.

²⁹ Conviene ricordare che secondo la Corte di giustizia, parere 2/13, 18 dicembre 2014, punto 176, EU:C:2014:2454, «la chiave di volta del sistema giurisdizionale [dell'Unione] ... è costituita dal procedimento di rinvio pregiudiziale previsto dall'articolo 267 TFUE, il quale, instaurando un dialogo da giudice a giudice proprio tra la Corte e i giudici degli Stati membri, mira ad assicurare l'unità di interpretazione del diritto dell'Unione ... , permettendo così di garantire la coerenza, la piena efficacia e l'autonomia di tale diritto nonché, in ultima istanza, il carattere peculiare dell'ordinamento istituito dai Trattati.

³⁰ «Secondo una costante giurisprudenza della Corte, una sentenza emessa da quest'ultima a titolo pregiudiziale vincola il giudice nazionale, quanto all'interpretazione o alla validità degli atti delle istituzioni dell'Unione di cui trattasi, ai fini della soluzione della lite nel procedimento principale», Corte giust. sentenza 16 giugno 2015, C-62/14, *Gauweiler*, punto 16, cit.; inoltre, sentenze 14 dicembre 2000, C-446/98, *Fazenda Pública*, punto 49, EU:C:2000:691; 5 ottobre 2010, *Elchinov*, C-173/09, punto 29 EU:C:2010:581.

³¹ V. Corte giust. sentenza 4 ottobre 2018, C-416/17, *Commissione c. Francia*, EU:C:2018:811, con cui la Corte ha accertato la violazione dell'art. 267, par. 3, TFUE in conseguenza del mancato rispetto dell'obbligo di rinvio da parte del *Conseil d'Etat* francese.

6. Queste prime, brevi, riflessioni sulla possibilità di applicare l'art. 258 TFUE nei confronti della Germania sono state volutamente circoscritte ai profili più strettamente giuridici. Ma come si è detto sopra, l'apertura di una procedura di infrazione comporta delicate valutazioni di opportunità sulle conseguenze politiche, economiche e sociali che essa può produrre nei rapporti con lo Stato membro interessato e in generale. Va infatti considerato che la sentenza del BVerfG, oltre aprire un conflitto con l'Unione, pone evidentemente anche problemi costituzionali e politici nazionali quando si consideri che il Governo tedesco ha sostenuto la legittimità della decisione della BCE sul PSPP e oggi è, insieme a quello francese, il principale attore del piano di rilancio economico-finanziario dell'Unione di cui è parte essenziale il *Pandemic Emergency Purchase Programme* (PEPP)

Resta perciò da osservare in questa chiave, che i vari passaggi della procedura di infrazione non sono automatici e non è detto che all'apertura formale della stessa con la lettera di messa in mora faccia poi necessariamente seguito il parere motivato e successivamente il ricorso per inadempimento davanti alla Corte di giustizia. E del resto anche qualora si instaurasse il procedimento in Corte l'esito del giudizio non sarebbe affatto scontato. Dunque le variabili sono molte e richiedono una preventiva, attenta ponderazione³².

Vedremo come deciderà di procedere la Commissione. Potrebbe ritenere opportuno percorrere la via della mitigazione del conflitto e scegliere di non intervenire. Ma potrebbe anche decidere di dare un segnale forte di richiamo al rispetto delle regole fondamentali dell'Unione. Un segnale che potrebbe essere tanto più importante quando si consideri che la sentenza del BVerfG fa scempio dei principi di sistema dell'Unione e dell'autorevolezza della Corte di giustizia al solo scopo di pretendere una diversa motivazione della decisione della BCE sul PSPP.

A questo proposito, la Commissione potrebbe decidere di optare per un primo passo inviando alla Germania una lettera amministrativa con la richiesta di chiarimenti circa gli effetti della sentenza del Tribunale costituzionale nell'ordinamento tedesco. Questo passo, che come è noto può essere preliminare all'apertura formale della procedura di infrazione, risulta politicamente meno impegnativo in quanto proveniente dalla direzione generale competente e non dal collegio dei Commissari.

Insomma la Commissione ha tutto il modo di graduare i suoi interventi sulla questione.

Quel che mi sembra non più accettabile è continuare a ignorare o sottostimare le spinte sovraniste e la continua erosione del processo di integrazione europea e dei suoi valori fondamentali che provengono sia da quegli Stati membri convertitisi in "democrazie illiberali"³³, sia dalle contestazioni, più o meno esplicite³⁴, al primato del diritto dell'Unione da parte

³² In argomento si v. anche D. SARMIENTO, *An Infringement Action against Germany after its Constitutional Court's ruling in Weiss? The Long Term and the Short Term*, cit.

³³ Il riferimento è qui alla questione del rispetto dello Stato di diritto in Polonia e in Ungheria; per un quadro sulle iniziative recenti di Commissione e Parlamento europeo e sulla recente giurisprudenza della Corte di giustizia in materia, v. P. MORI, *La questione del rispetto dello Stato di diritto in Polonia e in Ungheria: recenti sviluppi*, in *federalismi.it*, 1° aprile 2020.

³⁴ Si pensi in particolare alla recente giurisprudenza della Corte costituzionale italiana sul caso Taricco (il caso ha trovato origine nella sentenza della Corte di giustizia dell'8 settembre 2015, causa C-105/14, *Taricco*, a cui ha fatto seguito il rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale, ordinanza del 23 novembre 2016, n. 24. La Corte di giustizia ha risposto con la sentenza del 5 dicembre 2017, causa C-42/17, *M.A.S. e M.B.*, seguita dalla sentenza della Corte costituzionale n. 115 del 2 agosto 2018) e sul controllo rispetto alla Carta dei diritti fondamentali (Corte costituzionale sentenze 269/2017; 20/2019; 63/2019; 112/2019; ordinanza 117/2019). In argomento la letteratura

delle Corti costituzionali di alcuni Stati membri (aihmè anche di quelli fondatori!) le quali mal sopportano la competenza della Corte di giustizia ³⁵.

è vastissima, si rinvia, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, a C. AMALFITANO, *Il dialogo tra giudice comune, Corte di Giustizia e Corte costituzionale dopo l'obiter dictum della sentenza n. 269/2017*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2, 2019; R. MASTROIANNI, *Da Taricco a Bolognesi, passando per la Ceramica Sant'Agostino: il difficile cammino verso una nuova sistemazione del rapporto tra Carte e Corti*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1, 2018, 22 ss.; P. MORI, *La Corte costituzionale e la Carta dei diritti fondamentali dell'UE: dalla sentenza 269/2017 all'ordinanza 117/2019. Un rapporto in mutazione?*, in *I Post di AISDUE*, I-2019.

³⁵ Anche in una prospettiva più ampia parlano di “suprematismo giudiziario” della Corte di Karlsruhe, B. CARAVITA, M. CONDINANZI, A. MORRONE, A. M. POGGI, *Da Karlsruhe una decisione poco meditata in una fase politica che avrebbe meritato maggiore ponderazione*, cit., p. xi.