



## 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

**Jacques Ziller\***

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. La valutazione della legittimità delle decisioni della BCE alla luce dei principi di attribuzione e di proporzionalità. - 3. Il rifiuto dell'applicazione del diritto dell'Unione in base al principio democratico e al controllo della delimitazione delle competenze. - 4. Il senso dell'opportunità come principio di politica giurisprudenziale.

1. La presente nota è una reazione a caldo, basata sulla sola lettura della sentenza della Seconda Camera (*Zweiter Senat*) della Corte costituzionale federale tedesca (*Bundesverfassungsgericht - BVerfG*) del 5 maggio 2020 relativa al programma PSPP della Banca centrale europea (BCE)<sup>1</sup>, letta in tedesco, l'unica versione linguistica autentica, e che evidenzia la scelta di formulazioni spesso perentorie. Il *BverfG* è composto da due camere (*Senate*) composte ciascuna da otto giudici; la prima camera è in linea di principio

---

\* Professore ordinario di diritto dell'Unione europea nell'Università di Pavia; già Professeur de droit public à l'Université de Paris 1 Panthéon-Sorbonne.

<sup>1</sup> BVerfG, 5 maggio 2020 - 2 BvR 859/15.

competente per il controllo della costituzionalità delle leggi e la tutela dei diritti fondamentali sulla base di una denuncia di incostituzionalità (*Verfassungsbeschwerde*), la seconda per le controversie tra istituzioni federali, tra la Federazione e i *Länder*, e una serie di altre questioni tra cui quelle che riguardano in particolare il diritto internazionale. Non c'è un'assemblea plenaria di tutti i giudici. La sentenza è stata adottata a maggioranza di sette voti su otto, e al momento della stesura di questa nota l'opinione individuale, che presumo divergente, non è ancora disponibile.

Poiché non sono affatto un esperto di economia finanziaria, non commenterò ovviamente la sostanza del ragionamento dei giudici del *BverfG* sul programma PSPP, e dubito che essi stessi abbiano una competenza specifica in questo settore. La sentenza si basa sulla dottrina economica e su documenti istituzionali tedeschi ed europei, oltre che sulle dichiarazioni degli esperti durante l'udienza; le citazioni dei giudici riguardano solo argomenti contro la BCE, anche se si tratta di argomenti ancora ampiamente dibattuti, per quanto un professore di diritto che spesso lavora con gli economisti possa percepire.

Il testo è di una lunghezza purtroppo abituale per una sentenza del *BverfG*: 110 pagine, più della metà delle quali sono dedicate alla presentazione delle argomentazioni dei ricorrenti e degli intervenienti, nonché alla citazione completa di estratti della sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea (CGUE) nella causa *Weiss*<sup>2</sup>, oggetto della sentenza tedesca. La versione in lingua inglese non dà la dimensione del tono usato nelle decisioni del *BverfG*, dal punto di vista stilistico, a causa da un lato della sintassi della lingua tedesca, che sposta il verbo alla fine della frase e, dall'altro, del fatto che nella versione autentica i numerosissimi riferimenti alla dottrina e alla giurisprudenza sono introdotti tra parentesi - come purtroppo anche alle sentenze della CGUE - e non con note a piè di pagina - come nelle conclusioni di avvocati generali presso la CGUE; questo obbliga il lettore, anche un esperto giurista, a rileggere le lunghe frasi più di una volta - quasi tutte - per poterle comprendere.

La sentenza del 5 maggio pronuncia la sentenza definitiva sui ricorsi di alcune persone fisiche, tra cui il "serial ricorrente" *Gauweiler*, che insieme ad altri era stato all'origine del primo rinvio pregiudiziale del *BverfG* alla CGUE nel contesto dell'esame di vari ricorsi con cui che chiedeva al *BverfG* di impedire, con un'ingiunzione, la ratifica da parte della Germania del trattato che istituisce il Meccanismo europeo di stabilità (MES). I vari ricorsi, che

---

<sup>2</sup> Sentenza della Corte di giustizia dell'11 dicembre 2018, causa C-493/17, ECLI:EU:C:2018:1000, *Heinrich Weiss e a.*

sono stati riuniti, hanno chiesto al *BverfG* di dichiarare illegittime le decisioni della BCE che istituiscono e attuano dal 2015 il *Public Sector Purchase Programme* (PSPP) sull'acquisto di titoli di Stato sui mercati secondari. Su questo punto le richieste sono state respinte, in quanto il *BverfG* ha debitamente riconosciuto di non essere giudice della legittimità degli atti delle Istituzioni, degli organi, ed organismi dell'UE. Al *BverfG* è stato inoltre richiesto di condannare il *Bundestag* (Parlamento federale) e il Governo federale, nonché la Banca centrale federale (*Bundesbank*) per non aver preso tutte le misure necessarie per impedire al Consiglio direttivo della BCE di adottare le decisioni incriminate e di emettere ingiunzioni nei loro confronti per adottare le misure necessarie a contrastare l'azione della BCE - richieste accolte solo in parte. Infine, i ricorrenti hanno chiesto alla Corte costituzionale federale di ingiungere alla *Bundesbank* di astenersi dall'acquistare titoli sui mercati secondari nell'ambito del programma PSPP. Quest'ultima richiesta è stata pienamente accolta; e il *BverfG* ha pertanto vietato alla *Bundesbank*, in quanto Istituzione della Repubblica federale di Germania, di effettuare tali acquisti se la BCE non avrà dimostrato in modo convincente, entro tre mesi, che le decisioni in questione rispettavano il principio di proporzionalità.

La principale critica che si può muovere a questa sentenza dal punto di vista del diritto dell'Unione europea - al di là del suo effetto specifico sul programma CSPP e sulle azioni della BCE e del Sistema europeo di banche centrali (SEBC) - è che il *BverfG* per la prima volta mette in atto la minaccia più o meno esplicita di non attuare le decisioni della CGUE già contenuta in diverse sue precedenti sentenze, in particolare nella sentenza sul trattato di Lisbona, e nel testo delle sue domande di pronuncia pregiudiziale nelle cause *Gauweiler*<sup>3</sup> e *Weiss*: il *BverfG* si arroga il potere di valutare in via definitiva la legalità di un atto dell'Unione europea e rischia quindi di smantellare l'unità di applicazione del diritto dell'Unione. I giudici costituzionali non si limitano a ragionare sulla base del diritto costituzionale tedesco - la Legge fondamentale del 1949 come interpretata dalla propria giurisprudenza - il che sarebbe in linea con il mandato istituzionale del *BverfG*; essi pretendono di imporre, non senza arroganza, il loro modo di ragionare nel diritto dell'Unione Europea.

A prima vista e sulla base di una lettura completa ma rapida della sentenza del *BverfG*, la pretesa dei giudici del secondo *Senat* di valutare la legalità delle decisioni della BCE sulla base dei principi di attribuzione e di proporzionalità è più che discutibile; ed è estremamente pericolosa nella misura in cui rifiuta

---

<sup>3</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 16 giugno 2015, causa C-62/14, *Peter Gauweiler e a. c. Deutscher Bundestag*, ECLI:EU:C:2015:400.

l'uniformità di applicazione del diritto dell'Unione sulla base del principio democratico e del controllo delle competenze dell'Unione. Dal punto di vista dell'opportunità, piuttosto che diritto nel senso stretto, la sentenza dimostra la totale mancanza di senso dell'opportunità della politica giurisprudenziale del *BverfG* sull'integrazione europea.

2. La sentenza del 5 maggio è paradigmatica di due tipiche ossessioni della dottrina del diritto pubblico tedesco: la *Dogmatik* e la concezione tedesca del principio di attribuzione. Per *Dogmatik* si intende generalmente l'esame esegetico delle norme giuridiche applicabili in base alle quali la dottrina accademica - e quindi le corti supreme - sviluppano i principi giuridici riconosciuti dalla dottrina maggioritaria, con l'obiettivo primario di garantire la sicurezza giuridica e la prevedibilità delle decisioni giudiziarie.

La parola *Dogmatik* non ha la carica peggiorativa del dogmatismo, che tuttavia si applica bene alla maggioranza dei giudici del Secondo *Senat*. In altre parole, il pragmatismo ha una brutta fama nella cultura giuridica pubblicistica tedesca tradizionale, mentre è considerato un valore positivo nella cultura del diritto pubblico di paesi diversi come la Francia o il Regno Unito, ad esempio. La *Dogmatik* pura tradizionale è anche difficilmente compatibile con l'interpretazione funzionale che la Corte ha ripreso dal Consiglio di Stato francese già negli anni '50, in particolare sotto l'influenza dell'avvocato generale Lagrange. A mio parere, questa è una delle principali fonti di attrito di lunga data tra la giurisprudenza della Corte di giustizia e la dottrina comunitaria (compresi la dottrina e i giudici comunitari tedeschi) da un lato e la dottrina pubblicistica tedesca e il *BverfG* dall'altro.

Per quanto riguarda il principio di attribuzione, noto in tedesco come *Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung*, che può essere tradotto letteralmente come "principio della delega individuale limitata", è un eufemismo dire che si tratta di un'ossessione tedesca. Mentre gli autori dei trattati di Parigi e Roma, poi di Maastricht, e i comunitaristi di tutti i Paesi hanno sempre saputo che le Comunità europee e l'UE erano governate dal principio di attribuzione, che è intrinseco ai trattati multilaterali che istituiscono organizzazioni, sono stati prima i governi dei *Länder* tedeschi, ripresi dalla dottrina pubblicistica, poi il governo federale, che da allora hanno insistito, soprattutto a partire della preparazione del trattato di Maastricht, sulla necessità di inserire nei trattati un elenco esaustivo e preciso delle competenze delle Comunità e dell'Unione, al fine di contrastare il fenomeno del cd. allargamento strisciante delle competenze (*Schleichende Kompetenzerweiterungen*), di cui le istituzioni dell'Unione si sarebbe rese colpevoli per lungo tempo; la realtà di questo fenomeno non è mai stata, a mio

avviso<sup>4</sup>, dimostrata in modo convincente.

L'effetto di queste due ossessioni porta i giudici costituzionali a una serie di ragionamenti particolarmente criticabili nella sentenza del 5 maggio. Questo ragionamento non sorprende affatto per chi conosce il modo in cui i giudici costituzionali tedeschi hanno proceduto nelle questioni europee, soprattutto dopo la famosa sentenza sulla ratifica del Trattato di Maastricht del 1993<sup>5</sup> e la sentenza sulla ratifica del Trattato di Lisbona del 2009<sup>6</sup>. Già nella sua ordinanza di rinvio pregiudiziale nella causa *Gauweiler*<sup>7</sup>, i giudici del Secondo *Senat* avevano minacciato la Corte di giustizia, in termini poco amabili di rifiutarsi di applicare la sua futura decisione se i giudici dell'Unione non avessero seguito il ragionamento dei giudici costituzionali tedeschi. Come è noto, in via incidentale durante l'esame del loro ricorso contro la ratifica del Trattato MES, i ricorrenti avevano chiesto al *BverfG* di condannare l'annuncio del Presidente della BCE Mario Draghi e la pubblicazione su Internet del quadro generale del programma OTM (*Outright Monetary Transactions*), destinato, se necessario, a sostenere la Grecia per evitare l'indebolimento della zona euro. Il *BverfG* ha infine accolto con favore le motivazioni della sentenza di Lussemburgo del 16 giugno 2015.

Nel frattempo, Mario Draghi era diventato il bersaglio preferito di molti politici tedeschi mentre in Italia era considerato un eroe, e il Consiglio direttivo della BCE aveva adottato le prime decisioni del suo PSPP. Nuovo appello, quindi, e nuova ordinanza di rinvio pregiudiziale nella causa *Weiss e altri del 18 luglio 2017*: i giudici del Secondo *Senat* ribadiscono la loro intenzione. Nella sentenza dell'11 dicembre 2018, la Corte di Giustizia ha risposto che la BCE non aveva commesso un errore manifesto

---

<sup>4</sup> V. a questo proposito le varie relazioni nazionali e la mia relazione generale al XVII Congresso della Federazione Internazionale di Diritto Europeo nel 2016 a Budapest in J. CZUCZAI, P. DARÁK, P. LÁNKOS, M. SZABÓ, A. Zs. VARGA (eds.), *Divisione delle competenze e dei poteri normativi tra l'UE e gli Stati membri - Atti del Congresso FIDE*, Budapest, 2016, vol. 3, pp. 97-146.

<sup>5</sup> Sentenza del 12 ottobre 1993, Bverfg 89, 155. Si veda in particolare, tra le altre: C. GREWE, *L'arrêt de la Cour constitutionnelle allemande du 12 octobre 1993 sur le traité de Maastricht: l'Union européenne et les droits fondamentaux*, in *Revue universelle des droits de l'homme*, 1993, pp. 286 - 292

<sup>6</sup> Sentenza del 30 giugno 2009 (cause riunite 2 BvE 2/08). V. tra altri P.-Ch. MÜLLER-GRAFF, *L'arrêt de Karlsruhe sur le Traité de Lisbonne*, in *Regards sur l'économie allemande*, vol. 92, n. 3, 2009, pp. 5-12; J. ZILLER, *Zur Europarechtsfreundlichkeit des deutschen Bundesverfassungsgerichts. Una valutazione estera della sentenza della Corte costituzionale federale sulla ratifica del Trattato di Lisbona*, in *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 65, n. 1, 2010, pp. 157-176; J. ZILLER, *Solange III, ovvero la Europarechtsfreundlichkeit del Bundesverfassungsgericht. A proposito della sentenza della Corte Costituzionale Federale Tedesca sulla ratifica del trattato di Lisbona*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, n. 5, 2009; J. ZILLER, *The German Constitutional Courts Friendliness towards European Law*, in *European Public Law Journal*, vol. 16, n. 1, 2010, pp. 53-73

<sup>7</sup> V. nota 3.

nell'applicazione delle norme e dei principi del diritto dell'Unione che disciplinano il suo operato e si è quindi rifiutata di dichiararlo illegittimo. I ricorrenti si sono quindi rivolti nuovamente al *BverfG* che, pur respingendo parte delle loro domande per irricevibilità, si è pronunciato a loro favore nel merito.

Il ragionamento dei giudici del Secondo *Senat* può essere riassunto come segue. Certo, essi riconoscono che, in base all'articolo 19 TUE, la Corte di giustizia di Lussemburgo ha il monopolio dell'interpretazione autentica e della valutazione della legittimità degli atti delle istituzioni, organi ed organismi dell'Unione, di cui la BCE fa parte. Il *BverfG*, dal canto suo, è responsabile dell'interpretazione autentica e della valutazione della costituzionalità degli atti delle istituzioni della Repubblica Federale. Sulla base dell'articolo 23 della Legge fondamentale del 1949, il *BverfG* verifica, quando applicano il del diritto dell'Unione, che le istituzioni tedesche non violino i diritti fondamentali, o i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale tedesco, o la sua identità costituzionale, e che non applichino atti delle istituzioni dell'Unione che non siano basati su una competenza di attribuzione chiaramente delimitata (*ultra vires*). E qui sta il problema. Per la prima volta, i giudici del Secondo *Senat* si sono mossi e hanno dichiarato la sentenza dell'11 dicembre 2018 in risposta alla loro domanda di pronuncia pregiudiziale *ultra vires*. Per farlo, seguono un ragionamento in tre fasi.

In primo luogo, i giudici accettano che la Corte di giustizia sia autorizzata a pronunciarsi sulle proprie competenze, che le sono attribuite dall'articolo 226 del trattato CE. 19 TFUE, ma solo nella misura in cui la sentenza della Corte può essere collegata a principi metodologici riconosciuti e non appare oggettivamente arbitraria (*solange sie sie sich auf anerkannte methodische Grundsätze zurückführen lässt und nicht objektiv willkürlich erscheint*) - un'estensione del principio *Solange* applicato dal *BverfG* dal 1974 al riconoscimento del primato del diritto comunitario. Fino alla sentenza di Maastricht si trattava di mantenere la possibilità di non applicare norme di diritto comunitario che sarebbero state contrarie ai diritti fondamentali o ai principi essenziali garantiti dalla Legge fondamentale del 1949 - in particolare quelli della democrazia parlamentare e del federalismo. Il *BverfG* ha poi gradualmente esteso la riserva *Solange* all'identità costituzionale della Repubblica Federale Tedesca - così come diverse altre corti costituzionali, tra cui quella italiana con la sua dottrina dei *controlimiti*<sup>8</sup>. La novità è l'estensione della riserva *Solange* ai metodi di interpretazione giuridica.

---

<sup>8</sup> V. A. WEBER, *Il primato del diritto dell'Unione europea nell'ordinamento giuridico tedesco*, in *i Post di AISDUE*, vol. I, n. 14, sezione "Convegni annuali e interinali", p. 252 ss.

Nella fattispecie, i giudici affermano che l'esame del rispetto del principio di attribuzione deve essere effettuato sulla base del principio di proporzionalità, in quanto principio interpretativo che costituirebbe una tradizione costituzionale comune degli Stati membri. Il ragionamento dei giudici del Secondo *Senat* non regge. Partendo dal presupposto che la nozione di "tradizione costituzionale comune", come riconosciuta dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e dall'articolo 6 TUE, includerebbe effettivamente principi di interpretazione – il che non è né ovvio né dimostrato dai giudici del Secondo *Senat* – il modo in cui essi procedono è assolutamente discutibile in diritto comparato. L'affermazione che il principio di proporzionalità "affonda le sue radici nella *common law*" (punto 124) è tutt'altro che riconosciuta in modo unanime nella dottrina britannica e non trova conferma nella giurisprudenza dei paesi di *common law*, che al contrario ha persistito a lungo nella sola applicazione del *test* di *Wednesbury reasonableness* prima di accettare gradualmente di applicare il *test* di proporzionalità. In realtà, il riferimento alla *common law* è chiaramente inteso a liberare i giudici del Secondo *Senat* dal sospetto di imporre il loro approccio su questo principio - che è ben diverso, ad esempio, dal modo in cui il giudice amministrativo francese ha applicato il controllo di proporzionalità in materia di polizia dopo la Prima guerra mondiale.

Questa discussione di diritto comparato sarebbe priva di interesse per il diritto positivo se i giudici del Secondo *Senat* non utilizzassero questo concetto come fanno nella sentenza del 5 maggio, cioè per affermare che il controllo di proporzionalità è uno strumento indispensabile per il controllo della delimitazione delle competenze. Il problema è che il *BverfG* fa riferimento all'art. 5 par. 1 e par. 4 TUE e fa riferimento ai punti 66 e seguenti della sentenza della Corte nella causa *Gauweiler*. Tuttavia, la CGUE non dice mai che il principio di proporzionalità si applica alla delimitazione delle competenze, contrariamente a quanto affermato dai giudici del Secondo *Senat*. E questo per una buona ragione: sembra che i giudici del Secondo *Senat*, nel loro zelo di dimostrare la natura *ultra vires* delle decisioni della BCE e della sentenza della CGUE, abbiano dimenticato di leggere la prima frase dell'art. 5 par. 1 TUE: "La delimitazione delle competenze dell'Unione si fonda sul principio di attribuzione. L'esercizio delle competenze delle competenze dell'Unione si fonda sui principi di sussidiarietà e di proporzionalità". Non potrebbe essere più chiaro. La premessa del ragionamento che segue nella sentenza è quindi infondata. Uno studente principiante di diritto dell'Unione Europea meriterebbe un voto pari a zero.

Tuttavia, anche supponendo che la premessa sia fondata e che il principio di proporzionalità sia effettivamente rilevante ai fini del riesame della

delimitazione delle competenze dell'Unione - cosa che non è, in virtù dei Trattati stessi - si porrebbe la questione se le critiche del *BverfG* alla sentenza della Corte nella causa *Weiss* siano fondate. Gli stessi giudici del Secondo *Senat* specificano che i metodi d'interpretazione possono differire da uno Stato membro all'altro - e notano tuttavia che i loro riferimenti al diritto comparato tendono a dimostrare che il metodo d'interpretazione tedesco è veramente condiviso dagli altri. Il che è sorprendentemente superficiale. Essi affermano, inoltre, che solo un errore manifesto di metodologia nell'uso del principio di proporzionalità potrebbe portare ad un *ultra vires*. Anche qui, però, c'è un problema. Basta leggere gli sviluppi piuttosto lunghi e talvolta confusi dei giudici della maggioranza del Secondo *Senat* sulla proporzionalità o non proporzionalità delle misure della BCE per convincersene. Il loro intero ragionamento si basa sulla distinzione tra la politica monetaria - una competenza esclusiva dell'Unione - e la politica economica, una competenza degli Stati membri. Ci si chiede, inoltre, se abbiano compreso correttamente che le competenze in materia di politica economica, pur non rientrando tra le competenze concorrenti di cui all'articolo 4 TFUE, sono anche competenze dell'Unione in quanto, come ricorda l'articolo 5 TFUE, il Consiglio - Istituzione dell'Unione - è competente ad adottare misure utili al coordinamento delle politiche economiche degli Stati membri. Tuttavia, l'intera discussione nella causa *Gauweiler*, come nella causa *Weiss* e già prima nella causa *Pringle*<sup>9</sup>, ha dimostrato quanto sia difficile questa distinzione: sebbene appaia nei trattati, in particolare nell'articolo 119 del TFUE, non si basa su definizioni chiare e condivise in termini economici. Quando i giudici della maggioranza del Secondo *Senat* sostengono che la Corte non ha il diritto di limitarsi a un controllo dell'errore manifesto nell'esame delle decisioni della BCE, tale affermazione è a prima vista in totale contraddizione con l'idea che solo un manifesto errore di metodologia da parte della Corte potrebbe essere censurato dal *BverfG*. Ciò che fanno i giudici della maggioranza del Secondo *Senat* è ciò che fanno il giudice amministrativo o il giudice costituzionale degli altri Stati membri: decidono essi stessi ciò che è un errore manifesto, e non applicano una metodologia giuridica trascendentale per farlo.

Uno studio più approfondito della sentenza del 5 maggio rivelerebbe senza dubbio altri errori metodologici da parte dei giudici della maggioranza del Secondo *Senat*, l'altro il modo in cui applica il controllo della proporzionalità; non sono i giudici di Karlsruhe più infallibili di quelli di Lussemburgo. Il punto centrale da sottolineare è che il metodo utilizzato dai giudici tedeschi

---

<sup>9</sup> Sentenza della Corte di giustizia (seduta plenaria) del 27 novembre 2012, causa C-370/12, *Thomas Pringle c. Governo d'Irlanda e a.*, ECLI:EU:C:2012:756.



per affermare che la BCE agisce al di fuori della sua sfera di competenza (*ultra vires*) non è fondato nel diritto dell'Unione, dato il contenuto dell'articolo 5 del TFUE, contrariamente a quanto essi affermano senza dimostrarlo.

Questa sarebbe una discussione per un seminario accademico solo se il giudizio del BverfG avesse conseguenze minime. Tuttavia, la situazione qui è molto diversa: perché, contrariamente ai precedenti delle sentenze della Corte costituzionale Ceca del 31 gennaio 2012, la *Pl. ÚS 5/12*<sup>10</sup> e della Corte suprema danese nella causa *15/2014, Ajos*<sup>11</sup>, che hanno avuto effetto solo in casi di portata limitata (le pensioni dei cittadini slovacchi nella Repubblica Ceca e l'applicazione di un principio generale del diritto dell'Unione a relazioni specifiche tra privati), la sentenza del 5 maggio ha gravi conseguenze sistemiche per il diritto dell'Unione e per l'Unione stessa.

3. Nella sua sentenza del 5 maggio 2020, il *BverfG* ha ordinato alla Banca centrale della Repubblica federale di Germania di cessare gli acquisti sul mercato secondario di titoli sovrani nell'ambito del programma PPSP se la BCE non dimostra, entro un periodo massimo di tre mesi, che le sue decisioni sono conformi al principio di proporzionalità. La sentenza dichiara inoltre che il Governo federale e il Parlamento (*Bundestag*) sono venuti meno agli obblighi derivanti dall'articolo 23 della Legge fondamentale - che riconosce la partecipazione della Repubblica federale di Germania al "contributo allo sviluppo dell'Unione europea" - non avendo adottato tutte le misure appropriate per impedire al Consiglio direttivo della BCE di adottare le misure in questione. Inutile dire che, sebbene la *Bundesbank* sia un'istituzione della Repubblica federale di Germania, essa è indipendente: sia in virtù della legge che la istituisce, sia in virtù del diritto primario dell'Unione, che la rende membro del Sistema europeo delle banche centrali SEBC. Supponendo che il controllo giudiziario esercitato dal *BverfG* sulle istituzioni federali gli consenta senza limitazioni di emettere ingiunzioni contro la *Bundesbank*, appare chiaro che i tentativi del governo federale e del Parlamento di influenzare gli organi della BCE e i membri del SEBC sono contrari alla loro indipendenza, garantita dal diritto primario dell'Unione. Affidandosi a motivazioni discutibili per affermare che la BCE non ha la competenza per

---

<sup>10</sup> V. tra l'altro J. KOMÁREK, *Czech Constitutional Court Playing with Matches: The Czech Constitutional Court Declares a Judgment of the Court of Justice of the EU Ultra Vires; Judgment of 31 January 2012, Pl. ÚS 5/12, Slovak Pensions XVII*. In *European Constitutional Law Review*, vol. 8, n. 2, 2012, pp. 323-337.

<sup>11</sup> V.tra l'altro U. ŠADL, S. MAIR, *Mutual Disempowerment: Case C-441/14 Dansk Industri, acting on behalf of Ajos A/S v Estate of Karsten Eigil Rasmussen and Case no. 15/2014 Dansk Industri (DI) acting for Ajos A/S v The estate left by A.*, in *European Constitutional Law Review*, vol. 13, n. 2, 2017, pp. 347-368.

adottare le decisioni del programma PSPP al fine di emettere la sua ingiunzione, i giudici del Secondo *Senat* incitano la *Bundesbank* e in effetti anche il governo federale e il Parlamento a violare il diritto dell'Unione europea. Il fatto che i giudici del Secondo *Senat* affermino con una dimostrazione altrettanto discutibile che il programma PSPP ostacola la realizzazione del principio di democrazia limitando i poteri del Parlamento federale non cambia nulla nel caso: c'è una violazione (e flagrante!) del diritto dell'Unione.

Apparentemente, al fine di chiarire la propria posizione nei confronti degli altri Stati membri dell'Unione, i giudici del Secondo *Senat* dichiarano che, in mancanza di una motivazione convincente da parte della BCE circa la conformità delle decisioni della BCE al principio di proporzionalità, tali decisioni non sono applicabili, almeno nel territorio della Repubblica federale di Germania. I giudici del Secondo *Senat* non sembrano tuttavia tener conto del fatto che, così facendo, essi violano un principio fondamentale del diritto dell'Unione: quello dell'applicazione uniforme. A meno che non vi sia una deroga esplicita, gli atti di diritto derivato si applicano in tutti gli Stati membri e devono essere applicati allo stesso modo - a meno anche che il diritto primario non preveda esplicitamente una possibilità di differenziazione, come nell'articolo 355 TFUE sulle regioni ultraperiferiche. Ignorare questo principio contribuisce alla frammentazione dell'Unione in tanti regimi giuridici diversi quanti sono gli Stati membri. Si tratta di una questione estremamente grave.

I giudici del Secondo *Senat* giustificano la loro sentenza non solo per una violazione mal argomentata della delimitazione delle competenze tra l'Unione e gli Stati membri da parte della BCE e della CGUE. La giustificano anche con il fatto che le decisioni incriminate sarebbero in contrasto con il principio di democrazia, perché limiterebbero eccessivamente il potere del Parlamento tedesco in materia di politica economica e di bilancio. Una lettura della sentenza del 5 maggio mostra quanto sia contorto il ragionamento dei giudici del Secondo *Senat* e che, lungi dall'essere basato su un'indiscutibile *Dogmatik* giuridica, si basa su presunzioni di politica economica non provate e contrarie alla coesione dell'Unione Europea. Basta citare un estratto per dimostrarlo: secondo i giudici (punto 171 della sentenza), "Era già prevedibile, al momento dell'adozione della decisione (UE) 2015/774, che diversi Stati membri della zona euro avrebbero aumentato i loro nuovi crediti per finanziare programmi di investimento per stimolare l'economia", e qui fanno riferimento a un documento della Commissione senza alcuna rilevanza giuridica. Non solo, i giudici del Secondo *Senat* non riescono a dimostrare che il finanziamento di programmi di investimento sarebbe contrario al Trattato. Invece, a medio

termine si può sperare il contrario, come sostengono molti economisti che non sono citati nella sentenza del 5 maggio. Ma per di più, i giudici del Secondo *Senat* dimostrano i loro pregiudizi in materia di politica economica senza tenere minimamente conto della possibilità che tali investimenti contribuiscano al raggiungimento dell'obiettivo di coesione economica, sociale e territoriale affermato dall'articolo 3 TUE. Inoltre, se il principio democratico richiede davvero che il Parlamento tedesco continui a poter determinare la sua politica economica, non vale lo stesso per i parlamenti di Spagna, Grecia, Irlanda, Italia, Portogallo, ecc.? Questa obiezione non è ovviamente presa in considerazione dai giudici del Secondo *Senat*.

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

4. Secondo la *Frankfurter Allgemeine Zeitung* del 5 maggio 2020, "Il presidente della Corte costituzionale federale, Andreas Voßkuhle, nel presentare la sentenza ha ammesso che la decisione potrebbe avere un effetto 'irritante' in tempi di crisi del coronavirus, ma che la decisione è stata sostenuta dalla stragrande maggioranza del *Senato*. Solo un giudice si era pronunciato contro la decisione"<sup>12</sup>. Leggendo questa dichiarazione, più di un cittadino europeo avrà pensato, come me, alla dichiarazione fatta dal primo ministro portoghese Costa il giorno dopo la riunione in videoconferenza dell'Eurogruppo del 7-9 aprile, qualificando come "ripugnante" il comportamento del ministro delle Finanze olandese Hoekstra, che aveva chiesto alla Commissione di aprire un'inchiesta per capire perché alcuni Stati membri non avessero fornito un "cuscinetto di bilancio" in previsione delle crisi. Era chiaro che il ministro, che in seguito ha ammesso di non aver dimostrato sufficiente empatia, aveva in mente le prossime elezioni nel suo paese e cercava di conquistare il favore di una parte dell'elettorato che aveva avuto pregiudizi nei confronti dei "PIGS" (Portogallo, Italia, Grecia e Spagna) fin dall'inizio della crisi del debito sovrano nel 2010. Se un simile atteggiamento non è accettabile per i politici, è accettabile per i giudici la cui

---

<sup>12</sup> Traduzione dell'A.

indipendenza è garantita in linea di principio dall'assenza di una ricerca di un mandato politico?

Sebbene i primi commentatori si siano affrettati a sottolineare che la sentenza del 5 maggio riguardava il programma PSPP e non l'azione della BCE durante l'emergenza pandemica Covid-19, è chiaro che il ragionamento dei giudici del Secondo *Senat* dovrebbe valere anche per qualsiasi programma di acquisto di titoli di Stato sul mercato secondario indirizzato a “finanziare programmi di investimento per stimolare l'economia”. Al di là della rigidità della *Dogmatik*, una politica giurisprudenziale caratterizza l'azione di quelle Corti costituzionali e Corti supreme che sono consapevoli del loro ruolo sociale in una democrazia pluralista. Quale sarà la politica giurisprudenziale del nuovo presidente della Corte costituzionale federale tedesca, dato che il mandato del presidente Voßkuhle scade senza possibilità di rinnovo il 6 maggio 2020?

Stresa, 6 Maggio 2020

**ABSTRACT**

*The unbearable heaviness of the German Constitutional Court*

The reasoning of the German Constitutional Court judges to prohibit the Bundesbank from buying Sate securities on the secondary market if the ECB does not demonstrate within three months the proportionality of its decisions under the PSPP programme is not sustainable. Instead, the judges, who demonstrate unfounded intellectual arrogance in their claim to interpret EU law, make manifest errors in applying the principle of proportionality to the delimitation of competences between the Union and the Member States. They also make methodological errors in their application of the principle of proportionality to ECB decisions, while highlighting their prejudices in the field of monetary and economic policy.

*L'insopportabile pesantezza del giudice costituzionale tedesco*

Il ragionamento dei giudici della Corte Costituzionale tedesca per proibire alla *Bundesbank* di comprare titoli di Stato sul mercato secondario se la BCE non dimostra entro tre mesi la proporzionalità delle sue decisioni nell'ambito del programma PSPP non è sostenibile. I giudici, che dimostrano un'arroganza intellettuale infondata nella loro pretesa ad interpretare il diritto dell'Unione europea, fanno invece errori evidenti nell'applicare il principio di proporzionalità alla delimitazione delle competenze tra l'Unione e gli Stati membri. Essi sbagliano anche dal punto di vista metodologico nella loro applicazione del principio di proporzionalità alle decisioni della BCE, mettendo invece in evidenza i loro pregiudizi in materia di politica monetaria ed economica.