

La sentenza “PSPP” del BVerfG del 5 maggio 2020 – prime osservazioni su una sentenza con potenziale distruttivo per l’Unione Europea (2 BvR 859/15).

BVerfG “PSPP” decision of May 5th, 2020 – first remark about a decision that can wreck the European Union (2 BvR 859/15).

di Peter Hilpold – 17 luglio 2020

Abstract

Il 5 maggio 2020 la Corte Costituzionale tedesca (Bundesverfassungsgericht – BVerfG) ha emanato una sentenza sul “Public Sector Purchase Programme” (PSPP) che, inserendosi in una lunga serie di pronunce iniziata con la cosiddetta “Solange-Rechtsprechung”, mette fine ad un “dialogo tra le Corti” diventato famoso per la sua capacità di avviare una serie di riforme anche nel diritto comunitario. La rottura imprevista di questo dialogo ha creato problemi enormi sia per le istituzioni europee che per la stessa Germania in un momento in cui una più stretta collaborazione tra l’Unione Europea e gli Stati Membri sarebbe urgentemente necessaria per superare una grave crisi istituzionale, politica ed economica.

Parole chiave: Public Sector Purchase Programme (PSPP), giurisprudenza “Solange”, Corte Costituzionale Tedesca, atti “ultra vires”, Banca Centrale Europea, principio di solidarietà

Abstract

On May, 5, 2020 the German Federal Constitutional Court (Bundesverfassungsgericht – BverfG) issued a judgment on the “Public Sector Purchase Programme” (PSPP) which comes as the latest of a long series of pronouncements starting with the so-called “Solange-jurisprudence”. It terminates the so-called “dialogue of the Courts” which has become famous for prompting a series of reforms also on the level of the EU law. The sudden interruption of this dialogue has created enormous problems both for the European institutions as for the Federal Republic of Germany. All this takes place at a moment when closer cooperation between the European Union and its Member States would be urgently necessary to overcome a serious institutional, political and economic crisis putting at peril the survival of the whole European Union.

Keywords: Public Sector Purchase Programme (PSPP), “Solange-Rechtsprechung”, “Solange” jurisprudence, Deutsches Bundesverfassungsgericht, German Constitutional Court, “ultra vires” acts, European Central Bank, solidarity principle

SOMMARIO: 1. La storica sentenza del 5 maggio 2020 della Corte costituzionale tedesca. - 2. Le ragioni del contrasto con la Corte di Giustizia. - 3. Il sindacato della Corte costituzionale tedesca sugli atti *ultra vires* dell'Unione Europea. - 4. Il problema delle competenze dell'Unione in relazione alle situazioni di crisi economica. - 5. Le prospettive per il futuro dell'Unione.

1. Immediatamente dopo la pubblicazione, il 5 maggio 2020, della sentenza “PSPP” della Corte Costituzionale tedesca (Bundesverfassungsgericht – BVerfG), è divenuto chiaro che questa decisione sarebbe entrata nella storia dell’integrazione europea e avrebbe fatto parte dei “*leading cases*” da citare parallelamente a quelli della Corte di Giustizia Europea (CGE).

Ci sono una serie di ragioni che giustificano questa enfasi.

Anzitutto, il fatto che la Corte Costituzionale di uno Stato Membro (SM) sia entrata in conflitto aperto con la CGE merita di per sé particolare attenzione, soprattutto se si tratta di uno SM di centrale importanza (come la Germania) e se il conflitto viene condotto in toni così accesi. Se il BVerfG qualifica una sentenza della CGE come “*semplicemente non più comprensibile e quindi emessa ultra vires*” (par. 116 della sentenza “PSPP”) e l’operato stesso dei giudici di Lussemburgo come “*obiettivamente arbitrario*” (par. 118), i limiti del consueto “galateo” nei rapporti tra i vertici giurisdizionali nazionali ed internazionali sono sicuramente e ampiamente superati. Occorre, pertanto, interrogarsi sulle ragioni profonde di tale asprezza di toni. Secondo alcuni osservatori, la risposta andrebbe ricercata in una sorta di “rancore” serbato da lungo tempo dai giudici di Karlsruhe verso la Corte di Lussemburgo e, alla fine, esplosivo (MAYER, *Auf dem Weg zum Richterfaustrecht?*, <https://verfassungsblog.de/auf-dem-weg-zum-richterfaustrecht/> 7 maggio 2020). Tuttavia, a prescindere dai contrasti metodologici, dalle vanità e “suscettibilità” di alti magistrati, resta il fatto che, sul piano sostanziale, questo conflitto può essere anche essere interpretato, come si andrà a vedere, come espressione di un conflitto ben più profondo che più e più sta dividendo l’Unione Europea.

Per quanto riguarda l’eccezionalità di questo conflitto, è pur vero che non trattasi della prima volta che corti costituzionali o corti supreme di uno SM hanno messo in discussione l’autorità di una decisione della CGE. Riferimento può essere fatto, al riguardo, al caso *Landtovà* (CGE, 22 giugno 2011, C-399/09), deciso dalla Corte costituzionale ceca nel 2012, o al caso *Ajos* (CGE, Grande Sezione, 19 aprile 2016, C-441/14), deciso dalla corte suprema danese nel 2016: in tali casi, però, si era di fronte a tematiche d’importanza secondaria che permettevano alle istituzioni europee di più o meno “ignorare” il dissidio (cfr. SARMIENTO, *Requiem for Judicial Dialogue – The German Federal Constitutional Court’s judgment in the Weiss case and its European implications*, in *EULawLive*, 16/2020, pp. 9-20, 13). Anche nel caso *M.A.S. - Taricco II*, posto al vaglio della Corte costituzionale italiana (ord. n. 24/2017), un simile conflitto sembrava avverarsi, ma alla fine fu la CGE ad adattarsi alle critiche italiane (CGE, Grande Sezione, 5 dicembre 2017, C-42/17) e la Corte

costituzionale (sent. n. 115/2018) accettò l'offerta di "tregua" proveniente da Lussemburgo in un processo che aveva realizzato un vero e proprio "dialogo tra le corti" (come espressamente affermato da CGE, Grande Sezione, 5 dicembre 2017, C-42/17, par. 22).

Il caso *PSPP* deciso il 5 maggio 2020 sembrava essere, invece, poco adatto per una rottura su una diatriba "metodologica", in quanto la materia sostanziale del contendere, riguardante finanziamenti in favore di SM affetti da una grave crisi, era ed è di una portata enorme, possibilmente addirittura di rilevanza decisiva per il futuro stesso dell'Unione. Come mai i giudici di Karlsruhe hanno deciso di accendere la "miccia" che può portare alla deflagrazione dell'Unione proprio in un caso come questo?

2. Una risposta a tale quesito può essere rinvenuta nel fatto che la presente controversia ha costituito soltanto l'ultimo tassello di un mosaico molto più ampio, la cui genesi risale agli inizi degli anni 70 dello scorso secolo. Si tratta, nel suo insieme, di una controversia tra il BVerfG e la CGE basata su una serie di schermaglie tra le due Corti che avevano le loro origine nella disputa "Solange" (su questa controversie cfr. P. Hilpold, *Solange I, II, III and IV*, in: C. Ryngaert et al. (ed.), *Judicial Decisions on the Law of International Organization*, OUP: Oxford 2016, pp. 170-182). Questi conflitti, di per sé di natura piuttosto specifica, sono nati in un momento in cui la Germania, pienamente ritornata alla sua posizione di forza politica ed economica dominante in Europa, si sentiva abbastanza vigorosa per misurarsi con la Comunità Europea e, in particolare, d'imporre elementi centrali della sua visione e cultura giuridica. All'inizio, oggetto del contendere era la misura in cui la CEE fosse preparata a garantire una protezione dei diritti fondamentali simile a quella della Germania. Alle fine fu sempre possibile evitare un'*escalation* del conflitto: le istituzioni europee (e gli altri SM) dimostrarono la loro disponibilità a venire incontro alle richieste della Germania (mediante un'intensificazione della protezione dei diritti fondamentali, peraltro urgentemente necessaria); la Corte di Karlsruhe dimostrò alla fin fine sempre moderazione e buon senso. "Solange", in tutta la sua ambiguità, diventò una parola magica, espressione sia di minaccia che di ri-pacificazione: "*Fino a quando* non rispondi alle mie pretese, ti controllo... *fino a quando* stai rispettando i patti, rinuncio al mio controllo..."

Con il trattato di Maastricht e la creazione di un'Unione le cui competenze andavano molto oltre quella della precedente CEE, i giudici di Karlsruhe – sostenuti da un'ampia parte dell'opinione pubblica, diffusa soprattutto tra gli intellettuali – intravedevano possibili conflitti istituzionali e culturali su una vasta gamma di aree di competenza dell'Unione. Quello che prima era un conflitto su un preteso divario nella protezione dei diritti fondamentali divenne, in quel momento, una "lotta" per la difesa dell'identità dei valori costituzionali in Germania. Il punto di partenza era rappresentato da una visione molto tradizionale del rapporto tra SM e Unione, basato sul principio dell'attribuzione. Molto meglio che in altre lingue autentiche del diritto dell'Unione, l'espressione tedesca rende questa particolare visione: "*Prinzip*

der begrenzten Einzelermächtigung”, un concetto che si potrebbe liberamente tradurre con “principio dell’ autorizzazione limitata per situazioni specifiche”.

Con la sentenza con la quale il BVerfG si era pronunciata sulla legge di ratifica del Trattato di Maastricht (BVerfG, 89, 155 del 12 ottobre 1993) e poi, di seguito, in forma ancora più esplicita, nella sentenza sulla ratifica del Trattato di Lisbona (BVerfG, 2 BvE 2/08 del 30 giugno 2009), la Corte Costituzionale tedesca ha sviluppato una posizione secondo la quale un significativo trasferimento di competenze caratterizzanti il potere sovrano del Parlamento tedesco alle istituzioni dell’Unione sarebbe stato incompatibile con il principio democratico e con il diritto di voto (cfr. RAGUCCI, *Le prerogative del Parlamento in materia di tributi e di spese, alla luce delle decisioni della Corte di Karlsruhe sugli aiuti alla Grecia, e sul MES-Fiscal Compact*, in Riv. dir. fin., 2012, I, 410, 412).

Le competenze dell’Unione costituiscono quindi, secondo questa lettura, situazioni del tutto specifiche ed eccezionali. Implicitamente, questa posizione è basata sulla convinzione che le competenze dell’Unione e degli SM siano nettamente separabili e che gli organi costituzionali degli SM abbiano anche il preciso dovere di vigilare su questa separazione, anche perché altrimenti i poteri del Parlamento potrebbero risultare menomati e, alla fine, potrebbe essere messo in pericolo lo stesso principio di democrazia garantito dagli art. 20 e 23 del *Grundgesetz (GG)*. Al riguardo, è appena il caso di ricordare che, in base all’articolo 79, c. 3 GG, il principio di democrazia non può essere oggetto di revisione costituzionale (“*Ewigkeitsklausel*”, “principio di eternità”).

3. Attraverso una costruzione molto contestata in Germania, e che si può addirittura considerare “bizzarra” se guardata attraverso le lenti della dottrina costituzionale europea comparata, si ritiene che l’Unione, eccedendo le sue competenze a danno della Repubblica Federale Tedesca e, più precisamente, del Parlamento tedesco, vada ad incidere anche sul diritto di voto del cittadino tedesco, sferrando così un attacco frontale anche verso l’art. 38 GG, che regola il diritto al voto libero e uguale. Da ciò risulterebbe un diritto individuale del singolo cittadino, che vede lesa il suo diritto al voto, a ricorrere alla Corte Costituzionale contro atti “*ultra vires*” dell’Unione Europea (si ricorda che, in Germania, è ammesso il ricorso diretto alla Corte Costituzionale da parte dei cittadini che si ritengono lesi nei propri diritti costituzionali da parti di organi pubblici ai sensi dell’art. 93, c. 1, n. 4a GG). Tale estensione applicativa, che non trova riscontro in alcuna norma positiva dell’ordinamento tedesco, ma è di pura creazione giurisprudenziale, ha introdotto uno *ius petendi* individuale molto simile ad una *actio popularis*. Anche senza voler insinuare una specifica intenzione in tal senso, la Corte Costituzionale ha in questo modo permesso che un flusso continuo di ricorsi contro misure d’integrazione europea fosse presentato da parte di singoli individui e si rivolgesse verso Karlsruhe fornendo sempre nuovi spunti per controlli costituzionali. Ovviamente, il BVerfG ha chiarito che non può apertamente sostituirsi al ruolo CGE e giudicare direttamente sulla validità del diritto dell’Unione (un comportamento del genere sarebbe

chiaramente in contrasto, p.es. con la sentenza della CGE del 22 ottobre 1987, C-314/85, *Foto Frost*). Indirettamente, però, il BVerfG è giunto esattamente a questo risultato. Nel momento in cui formalmente giudica la legittimità costituzionale della legge tedesca di adesione all'Unione Europea di fronte a ogni nuovo passo d'integrazione, la Corte Costituzionale nella sostanza si trova a giudicare anche sulla validità del diritto dell'Unione Europea. Si avvera, così, una "dipendenza rovesciata": la validità del diritto costituzionale nazionale non dipende più dalla sua conformità con il diritto UE, ma è il diritto UE che viene misurato rispetto alla sua conformità con un "diritto europeo tedesco", accettato in questa forma soltanto in Germania (cfr. MAYER, *Verfassungsgerichtsbarkeit*, in BOGDANDY-BAST, a cura di, *Europäisches Verfassungsrecht*, 2009, pp. 559-607, 575). Un tale approccio, praticato in più SM e portato alla sua estrema conseguenza, si tradurrebbe senz'altro in una dissoluzione del diritto dell'Unione Europea.

Di questo pericolo era ben conscio il BVerfG e, con il continuo mutamento della composizione della Corte (i giudici della Corte Costituzionale tedesca coprono questa funzione per un periodo di 12 anni senza possibilità di rinnovo), sono esistiti periodi in cui Karlsruhe ha manifestato un'apertura molto forte per l'Europa. La decisione che forse lasciava più sperare in un definitivo superamento della problematica sopra esaminata era la decisione "*Honeywell*" (BVerfG, 6 luglio 2010-2 BvR 2661/06 -BVerfGE 126). In essa il BVerfG richiedeva che, per potersi parlare di un atto *ultra vires*, la violazione delle competenze dovesse essere "sufficientemente qualificata", "manifesta" e foriera di "spostamento strutturale delle competenze a danno degli Stati Membri". Quindi, non ogni violazione delle competenze degli SM poteva essere qualificata come atto *ultra vires*, ma soltanto una trasgressione di fondo e strutturale.

Era questa una posizione salomonica che, forse, meglio conciliava i diversi interessi in gioco: da un lato, si evitavano conflitti costituzionali per semplici violazioni di competenza, forse anche di importanza sostanziale secondaria; dall'altro, l'interesse della Germania, fortemente sentito in questo paese, di preservare la propria identità giuridico-culturale e di esercitare un continuo controllo sui trasferimenti di sovranità all'Unione Europea, continuava ad essere protetto in forma sostanziale.

4. Visto retrospettivamente, l'anno in cui veniva emessa la suddetta decisione (il 2010) non sarebbe stato di buon auspicio per il futuro sviluppo di questo nuovo indirizzo giurisprudenziale della Corte Costituzionale. Infatti, in quel periodo era già pienamente in atto la grande crisi finanziaria europea ed internazionale che, iniziata nel 2008, avrebbe trovato sempre nuovi sviluppi (cfr. HILPOLD-STEINMAIR, a cura di, *Neue Europäische Finanzarchitektur*, Heidelberg 2014), allargando continuamente il divario tra le economie dell'Unione e sfociando, da ultimo, nell'attuale crisi legata all'epidemia di coronavirus.

La crescente disomogeneità tra le economie degli SM ed il conseguente bisogno di aiuti da parte di alcuni SM si sono riverberati anche sul clima politico dando supporto alle correnti critiche verso l'integrazione europea.

Con una serie di procedimenti, aventi luogo a Karlsruhe e a Lussemburgo, si è tentato di porre un limite alle misure d'aiuto. Queste misure sono state difese da entrambe le Corti, ma con il passare degli anni si è reso chiaro che il BVerfG stava diventando sempre più "impaziente". La CGE tentò di venire incontro al BVerfG accettando, nella sentenza "*Gauweiler*" del 2015 (Causa C-62/14, *Gauweiler*, ECLI:EU:C:2015:400), che le misure di *quantitative easing* della Banca Centrale Europea (BCE) avrebbero dovuto rispondere a una serie di condizioni per far sì che non fossero risultati in un finanziamento indebito degli Stati. Nella sentenza "*Weiss*" del 2018 (Causa C-493/17, *Weiss*, ECLI:EU:C:2018:1000), però, anche la CGE "mostrò i muscoli" e si rifiutò di lasciarsi dettare le risposte da fornire in un procedimento di rinvio pregiudiziale, così lasciando una domanda posta da Karlsruhe elegantemente senza risposta. Per il BVerfG questa fu la goccia che fece traboccare il vaso e, con la sentenza del 5 maggio, il "dialogo delle corti", iniziato costruttivamente e col tempo tramutato in un "dialogo tra sordi" è risultato in un conflitto aperto.

5. Quali sono adesso le immediate conseguenze per il futuro? Il BVerfG ha lasciato tre mesi di tempo al Governo e al Parlamento tedesco per ottenere dalla BCE un quadro convincente circa il bilanciamento degli interessi. Questo "incarico" lascia perplessi. La BCE è un'istituzione indipendente e non esiste alcuna norma che la obblighi ad assumere compiti di tal genere. Lo stesso incarico, di bilanciare le funzioni della politica monetaria (che sarebbero, secondo il BVerfG, da distinguere meglio dalle misure di politica fiscale, un compito che sembra essere difficilmente realizzabile addirittura per i migliori economisti) con gli interessi dei risparmiatori tedeschi (p. es. circa gli effetti del *quantitative easing* sui prezzi immobiliari e sugli interessi bancari), sbalordisce in quanto non solo sarebbe difficile da compiere, ma esulerebbe molto probabilmente anche dagli obblighi della BCE come risultano dalla normativa UE. E anche se la BCE effettuasse questi compiti, rimarrebbe il fatto che il BVerfG ha apertamente contestato la preminenza di una sentenza della CGE (la sentenza "*Weiss*").

E' possibile per le istituzioni europee accettare questa sfida aperta alla loro autorità da parte di una Corte Costituzionale di uno SM? Si sarebbe inclinati a dire di no, anche se è difficile trovare uno strumento giuridico effettivo per contrastare questi sviluppi. Un procedimento d'infrazione in base all'articolo 258 TFEU, richiesto adesso da tanti osservatori "unionisti", potrebbe creare più problemi che risolverne. Non solo la CGE in un procedimento tale sarebbe *iudex in causa propria*, ma anche nel caso che la Commissione riuscisse a vincere un tale procedimento non si comprende come la Germania potrebbe imporre alla sua Corte Costituzionale nazionale di cambiare orientamento, soprattutto in luce del fatto che il BVerfG aggancia la sua giurisprudenza alla "*Ewigkeitsklausel*" e la rende, quindi, immune da ogni intervento del legislatore (cfr. HILPOLD, Ein EU-Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland wegen des PSPP-Urteils? Eine

Abwägung von Für und Wider, in: Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht 4/2020).

Alla luce di questa situazione bisogna constatare che è difficile intravedere strumenti tecnico-giuridici per risolvere la problematica. La crisi è di fondo. L'Unione Europea si sta confrontando con sfide politiche ed economiche che richiedono una discussione profonda su un rafforzamento del principio di solidarietà – in un tempo che, però, è più caratterizzato da sviluppi esattamente contrari, cioè indirizzati verso un nuovo "sovranismo". E' vero, quindi, che la sentenza "PSPP" ha provocato una grave crisi istituzionale nell'ambito del processo d'integrazione europea. Ma bisogna anche constatare che questa crisi evidenzia soltanto una crisi costituzionale molto più profonda, che non è risolvibile dai giuristi come tecnici, ma richiederà uno sforzo politico enorme. Si parla adesso spesso della necessità di un "Hamilton moment", cioè della necessità di mutualizzare almeno una parte dei debiti degli SM con la contestuale introduzione di una politica economica comune (cfr. VISCO, Le posizioni tedesche sul fondo e le missioni dell'Unione Europea, in *Il Sole 24 Ore*, 11 giugno 2020, p. 24). Gli Stati "frugali" dell'Unione vogliono invece imporre un nuovo rigore e introdurre una nuova condizionalità come pre-requisito per ogni ulteriore aiuto. Qualunque sarà, alla fine, la decisa presa, la sentenza "PSPP", nonostante tutti i suoi difetti tecnico-legali, ha forse soltanto anticipato il momento d'agire, terminando così una lunga agonia dell'Unione che in ogni caso non sarebbe stata sostenibile nel tempo.

BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE

HILPOLD, Ein EU-Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland wegen des PSPP-Urteils? Eine Abwägung von Für und Wider, in: *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht*, 4/2020

HILPOLD, Solange I, II, III and IV, in RYNGAERT et al. (a cura di), *Judicial Decisions on the Law of International Organization*, OUP: Oxford 2016, pp. 170-182

HILPOLD-STEINMAIR (a cura di), *Neue Europäische Finanzarchitektur*, Heidelberg 2014

MAYER, Auf dem Weg zum Richterfaustrecht?, <https://verfassungsblog.de/auf-dem-weg-zum-richterfaustrecht/>, 7 maggio 2020

MAYER, Verfassungsgerichtsbarkeit, in: A. v. Bogdandy/J. Bast, ed., *Europäisches Verfassungsrecht*, 2009

RAGUCCI, Le prerogative del Parlamento in materia di tributi e di spese, alla luce delle decisioni della Corte di Karlsruhe sugli aiuti alla Grecia, e sul MES-Fiscal Compact, in *Riv. dir. fin.*, 2012, I, 410 ss.

SARMIENTO, Requiem for Judicial Dialogue – The German Federal Constitutional Court's judgment in the Weiss case and its European implications, in: *EULawLive* 16/2020, 9-20

VISCO, Le posizioni tedesche sul fondo e le missioni dell'Unione Europea, in Il Sole 24 Ore, 11 giugno 2020, p. 24