

13 GENNAIO 2021

Da “*Solange*” a “*PSPP*”: alla ricerca
delle radici di un “dialogo tra Corti”
naufragato in un incomprensibile
soliloquio

di Peter Hilpold

Professore di Diritto internazionale, europeo e pubblico comparato
Università di Innsbruck

e Paolo Piva

Professore associato di Diritto dell’Unione europea
Università degli Studi di Padova

Da “*Solange*” a “*PSPP*”: alla ricerca delle radici di un “dialogo tra Corti” naufragato in un incomprensibile soliloquio*

di Peter Hilpold

Professore di Diritto internazionale, europeo e pubblico comparato - Università di Innsbruck

e Paolo Piva

Professore associato di Diritto dell’Unione europea
Università di Padova

Abstract [It]: Il contributo prende spunto dalla recentissima pronuncia *PSPP* del Tribunale federale costituzionale tedesco del 5 maggio 2020 per ripercorrere i rapporti tra quest’ultimo e la Corte di giustizia dell’Unione europea. A partire dall’arresto *Solange I* e passando per la più recente *Lissabon-Urteil* del 2009, si osserva che, mentre all’inizio la preoccupazione del *Bundesverfassungsgericht* era sostanzialmente quella di mantenere elevato il livello di tutela dei diritti fondamentali, i giudici di Karlsruhe hanno poi spostato la propria attenzione sulla suddivisione delle competenze tra l’ordinamento europeo e quelli nazionali, con la conseguenza che prevaricazioni da parte del primo avrebbero dovuto essere considerate *ultra vires*. In un momento in cui l’Unione europea si accinge a adottare misure di solidarietà di ampio raggio - rispetto alle quali, se si segue una visione “tradizionale”, quale quella tedesca, di netta distinzione delle competenze, a maggior ragione si potrebbe parlare di atti *ultra vires* - la sentenza *PSPP* si presenta come un monito a non dar seguito a una politica di redistribuzione che però, a detta di molti economisti e osservatori politici, non può essere evitata. Si assiste, dunque, a uno spostamento dell’asse del conflitto, il quale, all’esito di un attento scrutinio della pronuncia *PSPP*, oramai pare non più vertere su questioni tecnico-legali, bensì assumere una natura prettamente materiale e di conflittualità economica. Nondimeno, in prospettiva costruttiva, la “perfetta tempesta” provocata dal *BVerfG* può essere letta come un’occasione utile a che gli esecutivi nazionali ripensino profondamente le regole dell’unione economica e monetaria, in modo tale ch’essa garantisca, all’un tempo, sia la solidarietà e la coesione, sia il maggior rigore finanziario, rispettivamente all’insegna dell’integrazione e della responsabilità degli Stati membri dell’Unione.

Abstract [En]: The contribution seizes the opportunity offered by the very recent *PSPP* decision of May 5th 2020 to retrace the relationship between the German Federal Constitutional Court and the Court of Justice of the European Union. Starting from the *Solange I* arrest and passing through the more recent *Lissabon-Urteil* of 2009, it is observed that at the beginning the concern of the *Bundesverfassungsgericht* was essentially to preserve a high level of protection of fundamental rights. Thereafter, it shifted its attention to the division of competences between the European and national legal systems: therefore, prevarications by the former should have been considered *ultra vires*. At a time when the European Union is about to adopt wide-ranging solidarity measures - in respect to which one could speak of being *ultra vires*, according to the German "traditional" distinction of competences - the *PSPP* judgement is presented as a warning not to pursue a policy of redistribution, which however cannot be avoided according to many economists and political observers. We are therefore witnessing a shift in the axis of the conflict, which, after careful consideration of the *PSPP* ruling, seems no longer focused on technical-legal issues, but assumes a purely substantial nature linked to a high rate of economical conflict. Nevertheless, the "perfect storm" caused by the *BVerfG* should be read in a constructive perspective as a useful opportunity for the national executives to deeply rethink the rules of the Economic and Monetary Union in such a way that it guarantees at the same time solidarity and cohesion and greater financial rigor respectively under the banner of integration and responsibility of the Member States of the Union.

* Articolo sottoposto a referaggio. Il presente articolo è frutto della condivisione di opinioni dei due autori, in particolare la premessa e le considerazioni conclusive, dovendosi invece ascrivere la paternità dei paragrafi da 2 a 5 unicamente al prof. Hilpold, quella invece del paragrafo 6 unicamente al prof. Piva.

Sommario: 1. Premessa. 2. Gli inizi della diatriba. 3. La sentenza “Maastricht”. 4. Le decisioni “Organizzazione di mercato delle Banane”, “Lisbona” e “Honeywell”. 5. La sentenza “PSPP” del 5 maggio 2020 e il nuovo contesto giurisprudenziale. 6. Sull’uso in concreto del principio di proporzionalità da parte del BVerfG. 7. Alcune considerazioni conclusive.

“The primacy of EU law has never been fully accepted in Germany. It is only accepted by the grace of the BVerfG, or less suspiciously, it is characterized as a “primacy by virtue of constitutional empowerment.””

1. Premessa

La recentissima pronuncia del Tribunale federale costituzionale tedesco del 5 maggio 2020² nel caso *PSPP* (*Public Sector Purchase Programme*) sembra proprio aver dato la stura ad una nuova crisi costituzionale nei rapporti tra la Corte di giustizia dell’Unione europea (GCUE) e *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG), crisi che affonda le proprie radici in incomprensioni lontane, risalenti ancora agli anni ‘70 del secolo scorso, e precisamente nella nota disputa dei cd. “*Solange-Beschlüsse*” e nei suoi diversi *Aftermaths*³.

Ed invero, con la più recente *Lissabon-Urteil* del 2009⁴ il BVerfG diede l’impressione di accontentarsi di un “patto di non belligeranza”, unilateralmente dichiarato da Karlsruhe ma tacitamente accettato da Lussemburgo.

Per lo più, questo conflitto tra le due Corti venne considerato dai tecnici una “*drôle de guerre*” che non sarebbe mai potuta evolvere in una vera e propria guerra “calda” o combattuta sul campo, stante l’altissima posta in gioco.

La sentenza *PSPP* ha sorpreso, quindi, la maggior parte degli osservatori anche se, con il senno del poi, si poteva avvertire da tempo una crescente insofferenza da parte di un gruppo sempre più consistente di giudici della “seconda camera” del BVerfG rispetto all’atteggiamento della Corte di Lussemburgo, a loro

¹ H. SAUER, *Substantive EU law review beyond the veil of democracy, the German Federal Constitutional Court ultimately acts as Supreme Court of the EU*, in: *EULawLive* 16/2020, 2-34 (2). Sul tema della “*German Judicial Acceptance of European Law Supremacy*”, si veda K.J. ALTER, *Establishing the Supremacy of European Law. The Making of an International Rule of Law in Europe*, Oxford, 2002, III Chapter, 64-123.

² BVerfG, *Zweiter Senat*, 5 maggio 2020 – 2 BvR 859/15. Cfr. Anche P. HILPOLD, *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), in: *Rivista di Diritto Tributario*, Suppl. Online 15 luglio 2020.

³ Cfr. P. HILPOLD, *Solange I*, *BverfGE* 37, 291, 29 May 1974; *Solange II*, *BverfGE* 73, 339, 22 October 1986; *Solange III*, *BverfGE* 89, 155 12 October 1993; and *Solange IV*, *BverfGE* 102, 147, 7 June 2000, in: C. RYNGAERT ET AL. (ed.), *Judicial Decisions on the Law of International Organization*, OUP: Oxford 2016, 170-182. Si vedano anche le critiche trancianti da parte dell’Avvocato Generale Evgeni Tanchev nelle sue recenti conclusioni nella causa C824/18 (17 dicembre 2020), note 31: “E non è neppure necessario entrare nel merito delle questioni giuridiche, dove il ragionamento del BVerfG non è inoppugnabile, per usare un eufemismo”.

⁴ BVerfG, sentenza del 30 giugno 2009- 2 BvE 2/08.

dire, troppo accomodante e morbido nei confronti della politica monetaria delle competenti istituzioni europee⁵.

Se dunque, la conflittualità descritta era già da tempo importante, ma pur sempre “controllata”, ci si può chiedere come mai oggi essa appaia aver cambiato natura, trasformandosi in una vera e propria rottura istituzionale.

In effetti, se all’inizio del conflitto fra le due Corti vi era la preoccupazione, da parte del Tribunale costituzionale tedesco, che il continuo ampliamento delle competenze della Comunità/Unione a danno di quelle statali potesse rendere evanescente l’alto livello di protezione dei diritti fondamentali vigente in Germania qualora la prima non fosse stata in grado di dotarsi di un catalogo di diritti fondamentali con garanzie comparabili a quelle del *Grundgesetz*, con il tempo, una volta cioè che la Corte di Lussemburgo fosse riuscita a rassicurare Karlsruhe sul punto, anche la mera possibile erosione di competenze per via giurisprudenziale, magari in virtù di un surrettizio ricorso alla clausola di flessibilità di cui all’art. 352 TFUE, diventava l’oggetto della preoccupazione dei giudici di Karlsruhe.

Questa conflittualità, che in un primo momento era incentrata sulla pretesa da parte della Germania, indirizzata verso la Comunità Europea, di dottarsi di un catalogo di diritti fondamentali equivalente a quello della Germania, di seguito aveva per oggetto la suddivisione delle competenze tra la Comunità e gli Stati, con la conseguenza che prevaricazioni da parte della Comunità (almeno se di rilevanza maggiore) avrebbero dovuto essere considerate atti *ultra vires*. La sentenza PSPP invece è stata emessa in un momento in cui l’Unione Europea si accinge ad adottare misure di solidarietà di ampio raggio rispetto alle quali, se si segue una visione “tradizionale” di netta separazione delle competenze (come sempre propugnata dalla Germania) a maggior ragione si potrebbe parlare di atti *ultra vires*. La sentenza PSPP, quindi, se interpretata in senso politico-costituzionale, può essere vista come monito a non proseguire con una politica di redistribuzione rispetto alla quale, secondo molti economisti ed osservatori politici, non esiste alternativa.

La sentenza PSPP della Corte Costituzionale tedesca può essere letta quindi come tentativo di stabilire dei limiti invalicabili a questi sviluppi, paradossalmente e in modo forse non voluto proprio in un momento in cui l’Unione Europea, spinta dalla crisi del Covid 19, è costretta ad enfatizzare e ad aumentare significativamente l’elemento solidale nei rapporti fra Stati membri.⁶

⁵ Alcuni giudici, peraltro, non avevano alcuna remora ad esprimere apertamente la propria posizione critica con i maggiori mass-media. Per una vivida descrizione di queste prese di posizioni poco istituzionali, si rimanda a F.C. MAYER, *Anf dem Weg zum Richterfaustrecht?: Zum PSPP-Urteil des BVerfG*, *VerfBlog*, 2020/5/07, <https://verfassungsblog.de/anf-dem-weg-zum-richterfaustrecht/>.

⁶ Si veda il progetto „Next Generation EU” presentato dalla Commissione Europea il 27 maggio 2020 che prevede un volume di 750 miliardi di euro, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_940.

Si può quindi sostenere persuasivamente che il conflitto tra Karlsruhe e Lussemburgo non verta più oramai su questioni tecnico-legali e nemmeno che sia alimentato precipuamente da un diverso approccio culturale verso la “corretta” interpretazione giuridica, ma assume una natura prettamente materiale e di conflittualità economica.

Su entrambi i piani, sia su quello tecnico-legale che su quello economico, il sovranismo nazionale appare certamente fallace. Ciononostante, i rilievi e le paure sottostanti ad una siffatta presa di posizione non devono essere banalizzati o rigettate con un semplice “*fin de non recevoir*”.

Una lettura di questa rinnovata contrapposizione superficiale ed indiscriminata sarebbe espressione di un atteggiamento arrogante non dissimile da quello che viene talora contestato a Corti costituzionali ostili all’attuale politica della Banca Centrale Europea (BCE) e alla giurisprudenza della CGUE che l’avalla.

La graduale evoluzione dei rapporti che hanno portato al conflitto attuale va perciò esaminata attentamente al fine di individuare i punti centrali della reciproca incomprensione nella prospettiva di recuperare, se non già una via di comune consenso, quanto meno un dialogo.

In tal senso, la “perfetta tempesta” provocata dal *BVerfG* dovrebbe essere colta come occasione per riparametrare il sistema normativo europeo rendendolo più consentaneo alle moderne sfide cui è esposta l’Unione Europea di oggi.

2. Gli inizi della diatriba⁷

Si ritiene, generalmente, che l’atteggiamento di una Corte Costituzionale nei confronti di questioni di integrazione europea venga spesso influenzato dalla personalità di singoli giudici che la compongono⁸.

Agli inizi, e per più di un decennio, la Corte Costituzionale tedesca ha assunto un approccio decisamente favorevole all’integrazione europea, tanto da assumere una sorta di leadership tra le Corti Costituzionali della Comunità/Unione.

Questo atteggiamento favorevole, tuttavia, subì un brusco capovolgimento agli inizi degli anni Settanta, allorquando una parte sempre più consistente della popolazione tedesca si dimostrò insoddisfatta dei risultati dell’integrazione comunitaria e un gruppo di professori di diritto pubblico, alcuni anche all’interno del *BVerfG*, si fece portavoce di questo sentimento.

⁷ Questi sviluppi sono stati analizzati dettagliatamente in P. HILPOLD (nota 3):

⁸ Basterebbe pensare, nel caso italiano, a pronunce della Corte costituzionale italiana quali, fra le altre, le nn. 102 e 103 del 2008 (con il primo rinvio alla Corte di giustizia) o alla più recente n. 238/2014, in cui è evidente l’influenza del prof. Tesaro che ne è stato, rispettivamente, l’ispiratore o il (Presidente)-redattore.

Fra i critici più influenti, si può ricordare senz'altro il prof. Hans-Heinrich Rupp (1926-2020), per il quale, anzi, vi era una sorta di incongruenza strutturale tra il diritto comunitario e il diritto costituzionale tedesco, del tutto refrattario al concetto di supremazia del primo⁹.

In “*Solange P*”¹⁰ il *BVerfG*, quanto meno in parte, fece proprie queste obiezioni, con particolare attenzione al cd. deficit democratico che affliggeva il sistema giuridico comunitario in termini di protezione dei diritti fondamentali:¹¹

4. *“La parte della Legge fondamentale relativa ai diritti fondamentali è un elemento irrinunciabile ed essenziale della Legge fondamentale tedesca in vigore e fa parte della struttura costituzionale della Legge fondamentale. L'articolo 24 della Legge fondamentale non consente senza riserve di relativizzare questa parte della legge fondamentale. In questo contesto, l'attuale stato di integrazione della Comunità è di cruciale importanza. Alla Comunità manca ancora un parlamento democraticamente legittimato, eletto direttamente a suffragio generale, dotato di poteri legislativi e a cui sono pienamente responsabili a livello politico gli organi comunitari abilitati a legiferare; manca, in particolare, un catalogo codificato dei diritti fondamentali ... ”*

5 b) *“... la Corte costituzionale federale non si pronuncia mai sulla validità o invalidità di una norma di diritto comunitario. Al massimo, si può giungere alla conclusione che una tale regola non possa essere applicata dalle autorità o dai tribunali della Repubblica federale di Germania nella misura in cui sia in conflitto con una norma della Legge fondamentale relativa ai diritti fondamentali ”.*

6. *“... solo la Corte costituzionale federale ha il diritto, nell'ambito dei poteri ad essa conferiti dalla Legge fondamentale, di tutelare i diritti fondamentali garantiti dalla Legge fondamentale. Nessun altro tribunale può privarla di questo dovere imposto dalla legge costituzionale ... ”*

7 c) ... *“... fintantoché il processo di integrazione non sia giunto al punto che la Comunità abbia anche un catalogo dei diritti fondamentali deciso da un Parlamento e di validità consolidata, adeguato rispetto al catalogo dei diritti fondamentali contenuto nella Legge fondamentale, un rinvio da parte di un tribunale della Repubblica federale di Germania alla Corte costituzionale federale in procedimenti di controllo giurisdizionale, a seguito di una sentenza della Corte europea ai sensi dell'articolo 177 del Trattato, è ammissibile e necessario, laddove il giudice tedesco ritenga inapplicabile, nell'interpretazione data dalla Corte europea, la norma di diritto comunitario rilevante per la sua decisione, per il fatto che e nella misura in cui è in conflitto con uno dei diritti fondamentali nella Legge fondamentale”.*

Diversa era, invece, l'impressione creata negli anni Settanta in quanto era la prima volta che una Corte Costituzionale di uno Stato membro osava opporsi apertamente all'allora Comunità europea, sia pure in forma potenziale e meramente teorica. Com'è noto, il conflitto di quegli anni venne successivamente

⁹ Cfr. B. DAVIES, *Resisting the European Court of Justice*, CUP: Cambridge, 2012, 180ss.

¹⁰ *BVerfGE* 37, 291, 29 maggio 1974.

¹¹ Traduzione italiana (non ufficiale) da parte degli autori.

superato, ma quel che rimase fu l'impressione che, almeno in via di principio, le Corti Costituzionali erano legittimate ad opporsi in qualche modo a quell'entità sovranazionale, una facoltà che sarebbe stata esercitata di seguito anche in contesti diversi, prescindendo e andando oltre la questione dei diritti fondamentali.

In un primo momento, tuttavia, lo scalpore destato dalla sentenza "Solange I" provocò adattamenti sul piano normativo della Comunità/Unione e – almeno apparentemente – una sorta di ripensamento da parte del *BVerfG*. In "Solange II"¹² il *BVerfG* ebbe occasione di ritornare sul tema trattato in "Solange I", più di un decennio prima, e di chiarire alcuni dubbi e perplessità lasciati aperti in precedenza, anche alla luce degli sviluppi normativi intervenuti nel frattempo. Dal punto di vista sostanziale, la Corte di Karlsruhe intraprese un autentico *revirement*, trasformando l'annuncio del 1974 di insistere nel suo controllo sul rispetto dei diritti fondamentali "fino a quando" ("solange") la Comunità/Unione non potesse garantire una simile protezione dei diritti fondamentali nell'opposto annuncio di rinunciare ad un siffatto controllo "fino a quando" ("solange") la protezione di questi diritti fosse adeguatamente garantita in sede europea, così confermando implicitamente che un'equivalente protezione fosse, almeno per il momento, in atto e sufficiente in termini di intensità:

"Questo standard di diritti fondamentali è nel frattempo, in particolare attraverso le sentenze della Corte europea, precisato nei contenuti, consolidato e adeguatamente garantito.

...

II, 1 f)

"Alla luce di questi sviluppi, si deve ritenere che, fintantoché le Comunità europee, e in particolare la giurisprudenza della Corte europea, assicurano generalmente una protezione efficace dei diritti fondamentali nei confronti dei poteri sovrani delle Comunità sostanzialmente simile alla tutela dei diritti fondamentali richiesta incondizionatamente dalla Legge fondamentale, e nella misura in cui salvaguardano generalmente il contenuto essenziale dei diritti fondamentali, la Corte costituzionale federale non eserciterà più la propria giurisdizione per decidere dell'applicabilità del diritto comunitario derivato invocato come base giuridica per qualsiasi atto dei tribunali o delle autorità tedesche all'interno della giurisdizione sovrana della Repubblica Federale di Germania e non esaminerà più tale legislazione in base allo standard dei diritti fondamentali contenuti nella Legge fondamentale; i riferimenti alla Corte ai sensi dell'articolo 100, paragrafo 1, a tal fine sono pertanto irricevibili".

Questa decisione, dunque, che apparentemente terminava la lunga diatriba tra le due Corti, venne salutata ed interpretata dalla dottrina come espressione di un dialogo duro ma allo stesso tempo aperto, franco ed efficace, che lasciava apparire come oramai remota la probabilità di una rottura vera e propria.

¹² *Solange II*, *BverfGE* 73, 339, 22 ottobre 1986

Il fatto stesso, tuttavia, che l'integrazione della Germania nella Comunità/Unione avesse potuto essere messa in discussione ha lasciato tracce profonde nella discussione giuspubblicistica tedesca.

Si era in qualche modo formata l'idea -non del tutto ortodossa- che il *BVerfG* potesse porre alcuni paletti ad ogni ulteriore passo d'integrazione che sembrasse non conciliabile con i tratti salienti della Costituzione Federale tedesca.

3. La sentenza “Maastricht”¹³

Con la sottoscrizione del Trattato di Maastricht, il 7 febbraio 1992, si stava per realizzare la più ampia riforma del diritto dell'Unione europea dalla sua fondazione negli anni Cinquanta, offrendosi così un'occasione del tutto peculiare per un riesame approfondito del rapporto tra il diritto costituzionale tedesco e il diritto dell'Unione europea di nuova formazione.

La Corte Costituzionale tedesca, in ultima analisi, respingeva sostanzialmente le doglianze di alcuni cittadini tedeschi contro questa forma di accordo d'integrazione rafforzata, ma allo stesso tempo introduceva nuovi requisiti che il processo d'integrazione doveva soddisfare per essere conforme alle Costituzione tedesca. Inoltre, ampliava notevolmente la possibilità dei singoli cittadini di contestare alla bisogna gli ulteriori sviluppi dell'integrazione europea.

L'esistenza di un sistematico divario tra la protezione di diritti fondamentali nell'Unione europea e in Germania non appariva più sostenibile, con la conseguenza che il *BVerfG* avrebbe fondato d'ora in poi la propria pretesa di controllo – alimentata da un crescente euroscetticismo generalizzato– su qualunque questione d'“identità costituzionale” e sul principio di attribuzione sancito dall'art. 5 c. 1 TUE¹⁴.

In tal modo, tuttavia, le potenzialità di conflitto aumentavano a dismisura, divenendo altresì più difficili da controllare, in quanto essenzialmente dipendenti da un giudizio fortemente politico riservato alla Corte Costituzionale.

In altre parole, in presenza di un tale conflitto “politico”, le conseguenze sarebbero state necessariamente gravi, in quanto, secondo la tesi del *BVerfG* e degli oppositori di una “*closer Europe*”, le medesime

¹³ *BVerfG*, 12 ottobre 1993, Az. 2 BvR 2134, 2159/92, *BVerfGE* 89, 155.

¹⁴ È interessante osservare che in italiano di regola si parla di “principio di attribuzione” senza ulteriore qualificazione, mentre nella realtà giuridica tedesca si parla di “*Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung*”, sottolineando in questo modo il senso della “limitazione” delle competenze dell'UE nel rapporto con gli Stati membri.

avrebbero comportato la violazione della legge di ratifica dei Trattati, dando così origine ad un contrasto con l'articolo 23 del “*Grundgesetz*” (GG)¹⁵, in termini di una “incongruenza strutturale”¹⁶.

Ancora una volta, il “*réaménagement*” dei rapporti tra la Corte Costituzionale tedesca e il diritto dell'Unione Europea è stato ideato e promosso da professori di diritto pubblico di particolare influenza e prominenza, fra i quali, in particolare, Paul Kirchhof, membro del Secondo Senato del *BVerfG* dal 1989.

È a Kirchhof, giudice relatore nella sentenza “Maastricht”, che si deve l'ormai celebre concetto dell'Unione Europea come “Unione di Stati” (“*Staatenverbund*”), una forma d'integrazione da situare tra una mera confederazione di stati e una vera e propria organizzazione internazionale. Per *Kirchhof*, in altre parole, era importante garantire che gli Stati, nonostante il processo dinamico d'integrazione basato anche sugli “*implied powers*” di cui alla clausola di flessibilità contenuta nell'art. 352 TFUE, rimanessero in una posizione di controllo sul “programma d'integrazione” dettato dai parlamenti nazionali, perché soltanto in tale modo il principio democratico poteva essere preservato.

Il parlamento federale tedesco doveva mantenere funzioni e poteri sostanziali e gli Stati rimanevano “*Herren der Verträge*”, signori dei Trattati.

Questo “programma d'integrazione” fungeva da cerniera tra l'ordinamento nazionale e quello sovranazionale. La sua modifica unilaterale da parte dell'Unione avrebbe integrato un inaccettabile superamento/violazione della legge di ratifica al trattato di Maastricht.

Come in qualche modo anticipato, la sentenza “*Maastricht*” aveva sì reso possibile l'adesione della Germania al Trattato Maastricht, ma aveva anche inoculato il germe per il sorgere di una dinamica corrosiva che, in ultima analisi, metteva in discussione il primato di cui alla celeberrima pronuncia *Costa/Enel*.

Il *BVerfG*, infatti, si riservava non soltanto il diritto di esaminare la conformità del diritto tedesco al *Grundgesetz* (un potere che gli spettava *naturaliter*), ma anche una tale conformità del diritto dell'Unione europea, un potere senz'altro fuori al di fuori dalle proprie prerogative costituzionali.

¹⁵ L'articolo 23 GG è stato introdotto nella sua attuale forma prima della ratifica del trattato di Maastricht per rendere questa possibile in quanto prima era prevalsa l'opinione che il testo originale della Costituzione tedesca non permetteva una cessione di poteri sovrani così estesa ad un altro soggetto sovranazionale. L'art. 23 ha codificato la sostanza della sentenza “*Solange IP*”: allo stato attuale, la protezione dei diritti fondamentali garantita dall'Unione europea corrisponde(va) nei suoi tratti essenziali a quella garantita dal *Grundgesetz*. Allo stesso tempo l'articolo 23 poneva dei limiti allo sviluppo futuro dell'Unione, in primo luogo per quanto riguarda la salvaguardia dello stato democratico, lo stato di diritto, lo stato sociale e il principio federativo. Cfr. CH. HILLGRUBER, *Art. 23*, in: SCHMIDT-BLEIBTREU/HOFMANN/HENNEKE, 2017.

¹⁶ *Ibid.*, par. 11ss., sulla tematica della „*strukturangepasste Grundsatzkongruenz*”.

Secondo alcuni acuti commentatori di questi sviluppi, il *BVerfG* d'ora in poi si attribuisce il potere di esaminare gli atti dell'Unione in base alla propria "versione tedesca" di quell'ordinamento.¹⁷

La dottrina in generale qualificò questa sentenza come "aggressiva" e "confrontativa" e l'offerta, indirizzata alla Corte di giustizia, di esercitare lealmente, ai sensi dell'art. 4.3 TUE, un controllo sull'esercizio corretto delle competenze dell'Unione, come erronea ed arrogante¹⁸.

Il *BVerfG*, in effetti, si arroga il diritto di esercitare questo controllo, sostenendo in modo inaccettabile che tale potere corrisponda anche al diritto dell'Unione:¹⁹

*"Inoltre il Bundesverfassungsgericht controlla se è salvaguardato il nucleo sostanziale intangibile dell'identità costituzionale della Legge fondamentale ai sensi dell'art. 23 comma 1 per. 3 in combinazione con l'art. 79 comma 3 Legge fondamentale (cfr. BVerfGE 113, 273 <296>). L'esercizio di questa competenza di controllo, radicata nel diritto costituzionale, si conforma al principio del favore per il diritto europeo sancito dalla Legge fondamentale e, pertanto, non contraddice il principio della leale collaborazione (art. 4 par. 3 TUE-Lisbona) [...]."*²⁰

Il *BVerfG* trasforma così il proprio preteso diritto ad un controllo permanente del processo d'integrazione (una sorta di *droit de regard*, diremmo oggi) in un vero e proprio dovere-obbligo, prospettando, nel caso di "evidenti sconfinamenti (*Grenzüberschreitungen*) nell'esercizio delle competenze dell'Unione europea"²¹, conseguenze dirimpenti, giustificate dal principio di democrazia e dal rispetto di elementi costituzionali "perennemente immutabili" (cd. "*Ewigkeitsklausel*") in base all'art. 79 comma 3 del GG:

*"Il controllo d'identità consente di esaminare se per effetto dell'azione di organi europei sono violati i principi degli artt. 1 e 20 Legge fondamentale, dichiarati intangibili dall'art. 79 comma 3 Legge fondamentale. In questo modo è assicurato che il primato di applicazione del diritto dell'Unione vige solo in forza e nei limiti dell'attribuzione costituzionale persistente."*²²

*"Tanto il controllo ultra vires quanto il controllo d'identità possono portare al risultato che norme di diritto comunitario, o in futuro norme di diritto dell'Unione, siano dichiarate inapplicabili in Germania."*²³

Come nessun'altra Corte Costituzionale in Europa, peraltro, il *BVerfG* enfatizza la derivazione del diritto dell'Unione dal diritto internazionale, relativizzando così la natura "*sui generis*" di questo ordinamento come invece disegnato dalla CGUE²⁴:

¹⁷ Cfr. F.C. MAYER, *Verfassungsgerichtsbarkeit*, in: A. V. BOGDANDY et alii (ed.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2009, pp. 559-607 (575), facendo riferimento al concetto del „*Verfassungseuroparecht*“ („diritto europeo costituzionale”).

¹⁸ Per ulteriori dettagli cfr. R.CH.V. OOYSEN, *Die Staatstheorie des Bundesverfassungsgerichts und Europa*, 2013, pp. 31ss.

¹⁹ Per la traduzione della sentenza di Maastricht in Italiano cfr. https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/Traduzione_sentenza.pdf, traduzione curata dal Prof. Jörg Luther.

²⁰ *BVerfGE* 89, 155, para. 240, trad. Luther.

²¹ Ibid.

²² Ibid.

²³ Ibid, para. 241.

²⁴ C. 26/62, *Van Gend & Loos*, sentenza 5.2.1963. Sulla concezione internazionalista delle Corti costituzionali nazionali, si veda E. CANNIZZARO, *Diritto dell'integrazione dell'UE*, Torino, 2018, 352 ss. Si veda altresì G. DE BURCA, *The ECJ*

“Il primato di applicazione del diritto europeo resta quindi, anche in caso di entrata in vigore del Trattato di Lisbona, un istituto derivato, fondato su un trattato internazionale che solo in virtù dell’ordine di esecuzione della legge di approvazione produce effetti giuridici in Germania. Il fatto che l’istituto del primato non sia esplicitamente previsto nei trattati, ma si sia formato in via di interpretazione da parte della giurisprudenza della Corte di giustizia nella prima fase dell’integrazione europea, non cambia tale nesso di derivazione. La continuità della sovranità degli Stati membri ha come conseguenza che, almeno in caso di manifesta carenza dell’ordine di esecuzione costitutivo del primato, il Bundesverfassungsgericht dichiara l’inapplicabilità di un simile atto. Questa dichiarazione deve avvenire anche se i diritti di supremazia conferiti sono esercitati, all’interno o all’esterno del proprio ambito, con effetti tali per la Germania da comportare una violazione dell’identità costituzionale, che è indisponibile per effetto dell’art. 79 comma 3 Legge fondamentale e riconosciuta anche dal diritto dei trattati europei, espressamente dall’art. 4 paragrafo 2 per. 1 TUE-Lisbona.”²⁵

4. Le decisioni “Organizzazione di mercato delle Banane”²⁶, “Lisbona”²⁷ e “Honeywell”²⁸

Si deve osservare che il carattere potenzialmente deflagrante di quest’ultima pronuncia non venne subito percepito, dal momento che, come già osservato, la possibilità di una vera e propria rottura tra le due Corti rimaneva ancora un’ipotesi di scuola.

Successivamente, a dire il vero, la Corte Costituzionale tedesca si muoveva nella prospettiva dell’appeasement e del dialogo.

Richiesta di decidere sul se la nuova organizzazione del mercato per le banane introdotta dall’Unione violasse i diritti fondamentali del GG, il BVerfG – in nuova composizione - prese l’occasione di precisare che la sentenza *Maastricht* non voleva significare un ritorno “ante-*Solange I*” e non intendeva quindi affatto far riprendere alla Corte tedesca il controllo sulla protezione dei diritti fondamentali, ora protetti in cooperazione con Lussemburgo, dovendo invece interpretarsi in perfetta continuità con i criteri sviluppati in “*Solange II*”.

Ovviamente, in tal modo, la Corte Costituzionale tedesca reinterpretava sostanzialmente la propria posizione del 1993, senza comunque ritrattare apertamente parole e/o termini.

and the international legal order: a re-evaluation, in AA.VV., *The Worlds of European Constitutionalism*, G. DE BURCA – J.H.H. WEILER eds., Cambridge University Press, 2012, 105 ss.

²⁵ BVerfGE 89, 155, para. 339, trad. Luther.

²⁶ BVerfG 7 giugno 200, BVerfGE 102, 147.

²⁷ BVerfG, 30 giugno 2009, Az. BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08 e 2 BvR 182/09, BVerfGE 123, 267.

²⁸ BVerfG, 6 luglio 2010- 2 BvR 2661/06 -BVerfGE 126, 286 – 331.

All'epoca del profilarsi del nuovo *judicial stance*, Paul Kirchhof non era già più membro della Corte²⁹ e nel *BVerfG* si stava già formando un consenso nel senso di lasciare, per il futuro, la decisione in ordine all'eventuale natura di atti *ultra vires* alla sola CGUE.³⁰

In certo senso, per il *BVerfG* sia il Trattato di Lisbona che la legge tedesca di ratifica del medesimo dovevano intendersi in conformità al *Grundgesetz*. In questa nuova visione dei rapporti fra Unione europea e Stati membri doveva ritenersi decisiva e dirimente la difesa del principio di attribuzione, della democrazia e dell'autodeterminazione politica, economica e culturale – tutti aspetti che, secondo la Corte, erano garantiti dal nuovo Trattato:

“L'unificazione europea sulla base di un Trattato di unione di Stati sovrani non può essere realizzata in modo tale da non lasciare spazio sufficiente agli Stati membri per la formazione politica, al proprio interno, delle condizioni di vita economiche, culturali e sociali. Ciò vale in particolare per gli ambiti che determinano le condizioni di vita dei cittadini, specificatamente la sfera privata di propria responsabilità e di sicurezza politica e sociale, tutelata dai diritti fondamentali, nonché per le decisioni politiche che si basano soprattutto su percezioni culturali, storiche e linguistiche e che si sviluppano all'interno del discorso pubblico nella sfera pubblica dei partiti e del parlamento”.

In via di principio, il *BVerfG* conferma il controllo sugli atti *ultra vires* dell'Unione e sulla tutela dell'identità costituzionale, riferita ai valori enunciati nell'articolo 23 GG³¹ anche se un sottile cambiamento della terminologia sembra indicare che la Corte nel 2009 intendeva porre meno enfasi su questa problematica.³²

Solo un anno dopo, con l'ordinanza “*Honeywell*”³³ pace definitiva tra le due Corti – con deferenza di Karlsruhe verso Lussemburgo – sembrava essere stata raggiunta.

Le massime di questa ordinanza lo mettono concisamente in rilievo:³⁴

1. a) *Il riesame ultra vires della Corte costituzionale federale può essere preso in considerazione solo se una violazione di competenze da parte degli organi europei sia sufficientemente qualificata. Ciò è subordinato al fatto che l'atto dell'autorità dell'Unione europea sia manifestamente in violazione delle competenze e che l'atto contestato determini un cambio strutturalmente significativo a scapito degli Stati membri nel riparto delle competenze.*

²⁹ Kirchhof, membro della Corte dal 1987 al 1999.

³⁰ Questo almeno quel che traspare da un documento interno riportato dal settimanale “*Focus*” (48/2000, 66).

³¹ *BVerfG*, 30 giugno 2009, *BVerfGE* 123, 267, para. 241.ss.

³² Nella sentenza Lisbona la Corte non parla più, come nella sentenza Maastricht, di “*ausbrechender Rechtsakt*” (“atto sconfinante”) ma di atti “*ultra vires*” un cambiamento di passo e di terminologia interpretato per lo più nel senso che solo conflitti estremi avrebbero potuto generare una ripresa di tale potere di controllo da parte della Corte. Cfr. F. MAYER/M. WENDEL, *Die verfassungsrechtlichen Grundlagen des Europarechts*, in: A. HATJE/P.-CH. MÜLLER-GRAFF, *Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht*, 2014, p. 234. Per l'antecedente storico del concetto di „atto ultra vires“ cfr. *BVerfGE* 75, 223 – ordinanza *Kloppenburg*.

³³ *BVerfGE* 126, 286 – 331.

³⁴ Riportate qui in inglese e tratte dal sito del BVerfG, https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2010/07/rs20100706_2bvr266106en.html.

b) Prima che si constati la presenza di un atto *ultra vires*, alla Corte di giustizia dell'Unione europea deve essere offerta l'opportunità di interpretare i trattati, nonché di pronunciarsi sulla validità e interpretazione degli atti in questione, nell'ambito di un procedimento pregiudiziale ai sensi dell'articolo 267 TFUE, nella misura in cui non ha ancora chiarito le questioni sollevate.

Per garantire la tutela costituzionale del legittimo affidamento, si dovrebbe considerare, in fattispecie di inapplicabilità retroattiva di una legge a seguito di una sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, di concedere un risarcimento a livello nazionale ad una parte interessata che abbia confidato nella disposizione legislativa e avendo tenuto il proprio comportamento in virtù di questa fiducia.

2. Non tutte le violazioni dell'obbligo previsto dal diritto dell'Unione di presentare una richiesta costituiscono una violazione dell'articolo 101, paragrafo 1, frase 2, Legge fondamentale. La Corte costituzionale federale obietta all'interpretazione e all'applicazione delle norme sulle competenze solo se, ad una valutazione ragionevole dei concetti fondativi della Legge fondamentale, queste non risultano più comprensibili e manifestamente insostenibili. Questo standard di misura di arbitrarietà si applica anche laddove si ritenga che si sia verificata una violazione dell'articolo 267.3 TFUE («*Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts - BVerfGE*» 82, 159, 194).).

Su questa base giuridica, ovviamente, il verificarsi di un atto *ultra vires* doveva ipotizzarsi come un'evenienza assai improbabile e remota. La violazione delle competenze, infatti, deve essere “sufficiente qualificata”, deve trattarsi di una violazione “manifesta”³⁵ e deve portare ad uno “spostamento strutturale delle competenze a danno degli Stati Membri”.

Ancora una volta, l'offerta di un rinnovato dialogo da parte del *BVerfG* consentiva la salvaguardia delle reciproche posizioni come una sorta di *Janus bifrons*.

Di fronte alle istituzioni tedesche e al popolo tedesco (il cui diritto all'auto-determinazione la Corte si era sempre impegnata a difendere) il *BVerfG* poteva affermare di continuare a vigilare sul rispetto del principio di attribuzione e dei criteri essenziali stabiliti dall'art. 23 GG.

Rispetto alla Corte di Lussemburgo, queste affermazioni segnalavano invece la volontà di continuare la collaborazione istituzionale in forma leale e di buona fede (nell'ottica della “*loyal and sincere cooperation*” di cui all'art. 4.3 TUE), evitando al massimo ogni conflitto anche potenziale. Anzi, a ben vedere, su questi presupposti un conflitto vero e proprio doveva e poteva ritenersi del tutto improbabile.

³⁵ Sin qui, come si avverte agevolmente, la terminologia è quella utilizzata dalla Corte di giustizia per definire una violazione del diritto dell'Unione, da parte di organi statali nazionali, suscettibile di dare origine ad un obbligo di risarcimento del danno: cfr. *ex multis*, sentenza della Corte del 5 marzo 1996, cause riunite C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du Pêcheur SA contro Bundesrepublik Deutschland* e *The Queen contro Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd e altri*, ECLI:EU:C:1996:79, in particolare, punto 55 della pronuncia. Lo “spostamento strutturale delle competenze a danno degli Stati membri” è invece frutto di un'alquanto originale “*freie Rechtsschoepfung*” del *BverfG*.

5. La sentenza “PSPP” del 5 maggio 2020³⁶ e il nuovo contesto giurisprudenziale

La nuova sentenza “PSPP” che ha destato, a ragione, tanto scalpore si rifà sostanzialmente a due diversi filoni giurisprudenziali delle due Corti, ancorché connessi.

Da un lato, infatti, vi è la giurisprudenza della Corte di giustizia sui “limiti” ai finanziamenti UE, diretti ed indiretti, agli Stati Membri per fronteggiare la crisi economica e finanziaria iniziata nel 2008. Su questo livello di ragionamento, le due Corti apparivano sostanzialmente in accordo, dialogando in modo costruttivo sia pure con adattamenti reciproci.

Questo *case-law* può essere fatto risalire alla sentenza della Corte di giustizia “Pringle” del 2012³⁷, in cui si discuteva segnatamente della validità della Decisione 2011/199/UE del Consiglio europeo di modifica dell’articolo 136 TFUE, con cui la Corte respinse le doglianze di alcuni cittadini irlandesi avverso il *Meccanismo Europeo di Stabilità (MES)*, ponendo nel contempo limiti al divieto del cd. “*bailout*” di cui all’art. 125 TFUE³⁸.

La “saga giurisprudenziale” continuava, *ex parte Curiae*, con la pronuncia “*Gauweiler*” del 2015³⁹ che confermava altresì la conformità al Trattato delle cd. “*Outright Monetary Transactions*”, ovvero l’acquisto di titoli di stato sui mercati finanziari secondari; si giunge poi all’altrettanto nota sentenza “*Weiss*” del 2018⁴⁰ che respingeva al mittente le censure di alcuni cittadini tedeschi contro il programma *PSPP* della BCE, censure avanzate nel contesto di un procedimento pregiudiziale ex art. 267 TFUE, in cui la Corte veniva richiesta di pronunciarsi, *inter alia*, sul se questo programma fosse in conformità con gli artt. 123 e ss. del TFUE.

Nella sentenza “*Gauweiler*”, in particolare, era stata la Corte di giustizia stessa a stabilire alcune condizioni alle quali i finanziamenti della BCE avrebbero dovuto rispondere per poter essere compatibili con il *Sistema Monetario Europeo (SME)*. Esaminando il programma *OMT* sulla base di tali regole la CGUE è giunta alla conclusione che questo programma era pienamente conciliabile con la normativa della politica monetaria e finanziaria dell’UE.

La Corte Costituzionale tedesca, dal canto suo, nella propria pronuncia “*OMT*” del 21 giugno 2016⁴¹, ha largamente condiviso questi criteri, accettando, benché a “denti stretti”, che questo programma – poi a ben vedere mai attuato in concreto dalla BCE – dovesse considerarsi in conformità con il diritto costituzionale tedesco.

³⁶ *BVerfG, PSPP*, 5 maggio 2020 - 2 BvR 859/15.

³⁷ Causa C-370/12, *Thomas Pringle*, ECLI:EU:C:2012:756.

³⁸ Sul tema, cfr. anche G. RAGUCCI, *Le prerogative del Parlamento in materia di tribute e spese, alla luce delle decisioni della Corte di Karlsruhe sugli aiuti alla Grecia e sul MES-Fiscal Compact*, in *Riv. dir. Fin.*, fasc. 5, 2012, 410 ss.

³⁹ Causa C-62/14, *Gauweiler*, ECLI:EU:C:2015:400.

⁴⁰ Causa C-493/17, *Weiss*, ECLI:EU:C:2018:1000.

⁴¹ *BVerfG, OMT-Programm*, 2 BvR 2728 - 2731/13, 2 BvE 13/13, *BVerfGE* 142, 123.

È interessante notare per inciso che anche il *BVerfG*, nella sentenza *PSPP*, aveva formalmente riconosciuto la correttezza della giurisprudenza di Lussemburgo, nel senso cioè di ammettere che il programma *PSPP*, esaminato obiettivamente, *an sich und fuer sich*, non integrava alcuna violazione manifesta dell'art. 123 TFUE⁴².

Sennonché, il *BVerfG*, al di là di questa sorta di *lip-service*, ha inteso ricostruire in concreto la propria giurisprudenza sulla natura “*ultra vires*” delle misure UE contestate in una forma e visione piuttosto “procedurale”, per così dire: in effetti, esso non ha tanto enfatizzato la questione dei limiti di solidarietà finanziaria dell'Unione, quanto piuttosto la violazione di regole procedurali vuoi da parte della CGUE, vuoi da parte della BCE, anche se, a ben vedere, la motivazione “vera” era un'altra.⁴³

Questo approccio formalistico e procedurale poteva sembrare politicamente anche più facilmente “vendibile”: non è tanto un asserito egoismo nazionale che ha mosso e motivato la Corte tedesca, quanto invece l'intenzione di esigere il rispetto di regole e principi riconducibili ad una giurisprudenza di più risalente tradizione: la giurisprudenza “*Solange*” con le sue successive ramificazioni e *nuances*.

Orbene, come già anticipato, tra questi due filoni giurisprudenziali esistono forti similitudini e *entanglement*, ma la differenza più netta consiste nel fatto che i “*Solange-Beschlüsse*” risultano *ictu oculi* più obiettivi e formali, ancorati come sono ad una fondazione assiologica (Art. 23 c. 1, 2° alinea e Art. 20 c. 2, 1° alinea GG)⁴⁴ che la Corte stessa ha in qualche modo “immunizzati”, legandoli alla “clausola di eternità” di cui all'art. 79 c. 3 del *Grundgesetz*:

La Corte Costituzionale tedesca, in altre parole, non è entrata nel merito di una discussione sui limiti (assai soggettivi e politici) della solidarietà europea, ma si è ritirata su un terreno, assai più angusto e limitato, che essa stessa ha cercato di porre ad un livello più elevato di discorso, non formalmente aggredibile attraverso il ricorso ad altri criteri e concetti.

Per la Corte Costituzionale tedesca, in effetti, nel processo decisionale che ha condotto la BCE all'adozione del programma *PSPP* mancava fundamentalmente un “bilanciamento in termini di proporzionalità”⁴⁵, un vizio di cui la Corte di giustizia, nella pronuncia “*Weiss*”⁴⁶, non avrebbe tenuto adeguatamente conto, con la conseguenza che tale ultima sentenza sarebbe a tal riguardo “semplicemente non più comprensibile e quindi emessa *ultra vires*”.⁴⁷

⁴² *BVerfG, PSPP*, 5 maggio 2020 - 2 BvR 859/15, para. 180ss.

⁴³ Come scrive O. CHESSA, *Il principio di attribuzione e le corti costituzionali nazionali. Sulla pronuncia del Bundesverfassungsgericht del 5 maggio 2020*, in: DPCE online, 2020/2, 10: “È fondatissimo il sospetto che con la decisione del 5 maggio, pur formalmente rivolta al *PSPP* de 2015, si voglia impedire l'esecuzione del PEPP [Pandemic Emergency Purchase Programme], varato nel marzo 2020 anche col proposito di calmierare i tassi di interesse del debito pubblico di taluni Stati membri, tra i quali l'Italia”.

⁴⁴ *BVerfG, PSPP*, 2 BvR 859/15, par. 234.

⁴⁵ *BVerfG, PSPP*, 2 BvR 859/15, para. 232.

⁴⁶ Causa C-493/17, *Weiss*, ECLI:EU:C:2018:1000.

⁴⁷ *BVerfG, PSPP*, 2 BvR 859/15, para. 116.

Più oltre nel proprio ragionamento, il *BVerfG* giungerà a caratterizzare l'intero metodo di interpretazione dei Trattati da parte del CGUE come “obiettivamente arbitrario”.⁴⁸

Come conseguenza necessitata, secondo il *BVerfG*, poteva dirsi inverato il “criterio *Honeywell*”, ovvero la sussistenza di uno “spostamento strutturale delle competenze a danno degli Stati Membri”.

6. Sull'uso *in concreto* del principio di proporzionalità da parte del *BVerfG*

Si deve osservare che tutto il ragionamento del *BVerfG* mirante a mettere in luce questa asserita “*Grenzüberschreitung*” è incentrato sul concetto di proporzionalità⁴⁹.

Ora, com'è ben noto alla dottrina, nell'elaborazione di questo principio generale di diritto dell'Unione europea, la Corte di giustizia può essere stata influenzata dall'analogo concetto elaborato dalla dottrina amministrativistica tedesca della *Verhältnismässigkeit*⁵⁰, ma è comunque un principio generale di diritto dell'Unione europea che ha una propria autonomia nell'elaborazione fattane dalla Corte di giustizia⁵¹.

Soprattutto non si può certo pensare di criticare la Corte di giustizia osservando banalmente, quanto scorrettamente sotto il profilo metodologico, che “*l'applicazione di questo principio nella giurisprudenza della CGUE è spesso caratterizzata dai termini "adatto", "appropriato" e "necessario", sebbene la CGUE non attribuisca necessariamente a questi termini lo stesso significato della terminologia e della dottrina tedesca*” (par. 126).

Basterebbe quanto ricordato a suo tempo dalla Corte nel celeberrimo caso *Cilfit*, in cui la Corte ebbe modo di dire, *inter alia*, che “anche nel caso di piena concordanza delle versioni linguistiche, che il diritto comunitario impiega una terminologia che gli è propria. D'altronde, va sottolineato che le nozioni

⁴⁸ Ibid., para. 118.

⁴⁹ I commenti critici sull'uso del principio di proporzionalità naturalmente non si contano e si possono qui segnalare, fra i moltissimi, G. TESAURO, P. DE PASQUALE, *La BCE e la Corte di giustizia sul banco degli accusati del Tribunale costituzionale tedesco*, in *DUE – Osservatorio europeo*, 2020; T. MARZAL, *Is the BVerfG PSPP decision “simply not comprehensible”? – A critique of the judgment's reasoning on proportionality*, *VerfBlog*, 2020/5/09, <https://verfassungsblog.de/is-the-bverfg-pspp-decision-simply-not-comprehensible/>; I. PERNICE, *Machtspruch aus Karlsruhe: “Nicht verhältnismässig? – Nicht verbindlich? – Nicht zu fassen...”*, in: 31 *EuZW* 12/2020, S. 508-519; F. DONATI *La sentenza del Bundesverfassungsgericht del 5 maggio 2020 sul PSPP: quale impatto sul processo di integrazione europea?* In *EuroJus*, Fasc. 2/2020, 170 ss.; M. POIARES MADURO, *Some Preliminary Remarks on the PSPP Decision of the German Constitutional Court*, in *Verfassungsblog*, 6 maggio 2020; B. CARAVITA DI TORITTO-M. CONDINANZI-A. MORRONE-A.M. POGGI, *Da Karlsruhe una decisione poco meditata che avrebbe meditato maggiore ponderazione*, in *Federalismi.it*, n. 14, 13 maggio 2020.

⁵⁰ Lo ricordava, fra gli altri, John Usher secondo cui “*proportionality is a principle which would appear to have entered into Community law via German law, where the ‘Verhältnismässigkeitsgrundsatz’ has been held to be a principle underlying certain provisions of the Basic Law*”, in *General Principles of EC Law*, London-New York, 1998, 151-162. Specificatamente a proposito della sentenza PSPP, v. D-U. GALETTA, *Karlsruhe über alles? The Reasoning On The Principle Of Proportionality In The Judgment Of 5 May 2020 Of The German BVerfG and Its Consequences*, in *Ceridap* 2/2020, <https://ceridap.eu> (8 May 2020), 173 ss. Sul tema, si vedano anche CHITI, MARIO P.; MACCHIA, MARCO & MAGLIARI, ANDREA. “*The Principle of Proportionality and the European Central Bank*”, in *European Public Law* 26, no. 3 (2020): 643–678.

⁵¹ Cfr. sul tema D-U. GALETTA, *Principio di proporzionalità [dir. amm.] - Diritto on line* (2012), rinvenibile in [http://www.treccani.it/enciclopedia/principio-di-proporzionalita-dir-amm_\(Diritto-on-line\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/principio-di-proporzionalita-dir-amm_(Diritto-on-line)/).

giuridiche non presentano necessariamente lo stesso contenuto nel diritto comunitario e nei vari diritti nazionali” (punto 19)⁵².

Un buon uso della comparazione dovrebbe essere lo strumento principe (come avevano avvertito, nel passato, grandi maestri della disciplina, fra i quali Constantinesco e Pescatore)⁵³ per un approccio corretto al diritto dell’Unione, “*pour en saisir le système*”, non tanto o non soltanto alla luce di *Cilfit* o dell’art. 340 TFUE o, ancora, per il carattere multilinguistico del medesimo, ma soprattutto in virtù del fatto che è l’unico mezzo che ci può consentire di comprendere, fra le diverse forme e formanti nazionali, se e come si riesca a salvaguardare effettivamente lo *jus commune*⁵⁴,

Di questo è oramai consapevole la più attenta e avanzata dottrina⁵⁵, la quale, in questa prospettiva sta compiendo uno sforzo intellettuale di rilievo affinché l’Unione europea divenga o rimanga un’*“effectivité menée à terme”* (nel linguaggio di De Visscher).

Quando la divergenza concettuale esistente all’interno dei diversi Stati membri minaccia l’unità del sistema del diritto dell’Unione, è l’effettività di quest’ultimo ad essere messa in pericolo.

In questo senso, la Corte tedesca non rende un buon servizio alla comparazione e alla dottrina, anche non tedesca, che pure cita⁵⁶.

Ma al di là di una incomprensione di fondo del carattere autonomo e potenzialmente anche assai diverso di un medesimo principio, ancorché derivato originariamente da un certo ordinamento, val la pena di dare uno sguardo alla giurisprudenza comunitaria citata da Karlsruhe⁵⁷.

Quel che si ricava infatti dalla giurisprudenza richiamata è che si tratta di un principio pluriforme e versatile, suscettibile di utilizzo in diversi settori del diritto, dal diritto sanzionatorio al diritto della libera

⁵² Infine, come ricorda la Corte, “ogni disposizione di diritto comunitario va ricollocata nel proprio contesto e interpretata alla luce dell’insieme delle disposizioni del suddetto diritto, delle sue finalità, nonché del suo stadio di evoluzione al momento in cui va data applicazione alla disposizione di cui trattasi” (*ibidem*, punto 20).

⁵³ Cfr. P. PESCATORE, *Le Droit de l’Intégration*, Leida-Ginevra, 1972, 71 nonché L.J. COSTANTINESCO, *La spécificité du droit communautaire*, in RTDE, 1966/1, 1 ss.

⁵⁴ Il che ci rimanda ovviamente al tema del primato che è centrale ed è invece assente nel ragionamento della Corte di Karlsruhe.

⁵⁵ Si rinvia al contributo collettaneo *The Coherence of EU Law, The Search for Unity in Divergent Concepts*, Oxford-New York, 2008, in particolare, al saggio introduttivo di S. PRECHAL e B. VAN ROERMUND, *Binding Unity in EU Legal Order: An Introduction*, 1-20.

⁵⁶ Si veda anche la critica da parte di J. ZILLER, in *The unbearable heaviness of the German constitutional judge. On the judgment of the Second Chamber of the German Federal Constitutional Court of 5 May 2020 concerning the European Central Bank’s PSPP programme*, in cui P.A. segnala l’erronea individuazione nel *common law* anglosassone la scaturigine del principio. Nello stesso senso, ovvero dell’estraneità al *common law*, si veda J. USHER, *The general principles of EC Law*, op. cit., 138 ss. Sull’uso della comparazione da parte delle Corti supreme europee, si veda, recentemente, M. BOBEK, *Comparative reasoning in European Supreme Courts*, Oxford, 2013.

⁵⁷ Viene citata, fra l’altro, e forse più in forma tralattizia, la nota *Fedechar* del 1956 in cui a bene vedere mai viene menzionato il principio di proporzionalità (non presente né nel testo tedesco né italiano o francese), salvo qualche espressione, a proposito del principio di perequazione in materia di prezzi del carbone nel contesto CECA, che ci può vagamente assomigliare.

circolazione, che può tuttavia essere ricondotto in estrema sintesi ad una delle prime teorizzazioni da parte della Corte.

Nel noto caso *Internationale Handesgesellschaft*, l'AG Dutheillet De Lamothe⁵⁸ segnalava all'attenzione della Corte, per l'appunto, "il principio cosiddetto della «proporzionalità» secondo il quale, allorché si persegue un interesse generale, possono essere imposti agli amministrati solo gli obblighi indispensabili per il perseguimento dello scopo stesso".

Ma in quel caso, come del resto in tutti i casi in cui tradizionalmente si scomoda l'onnipresente principio di proporzionalità, il ragionamento giuridico ha un sostrato proprio di "legalità amministrativa" che manca completamente nel caso delle scelte politiche monetarie di una Banca centrale, sia questa europea o nazionale⁵⁹.

Di talché, il tema, a ben vedere, non è tanto se la Corte di giustizia abbia fatto un buono o cattivo uso del principio ma, dapprima, se il principio sia applicabile ad una materia economica così lontana dal diritto e dalle posizioni giuridiche dei singoli.

Ed invero, nonostante la stessa Corte abbia improvvidamente fatto applicazione di siffatto principio a partire da *Gauweiler*, per la prima volta, alle decisioni della BCE in materia monetaria, sembra proprio che il principio sia intrinsecamente inapplicabile allo strumento monetario utilizzato dalla BCE o di una qualsivoglia altra Banca centrale.

Ragionando con la materia economica e monetaria, si potrebbe forse tentare di recuperare un approccio analogo facendo ricorso alla teoria del *cost-benefit analysis* o all'analogo concetto di "*opportunity-cost*" di una certa azione che, economicamente parlando, "*is the value of the foregone alternative action...*"⁶⁰.

Ma ciò non toglie che non sia casuale che le politiche economiche e/o monetarie di un qualunque stato siano difficilmente apprezzabili in termini di un più o di un meno, di un prima o di un dopo e la loro falsificabilità trova assai raramente delle controprove.

⁵⁸ Conclusioni nella causa 11/70, 1148.

⁵⁹ Come osserva condivisibilmente R. ADAM, in *Il controlimite dell'ultra vires e la sentenza della Corte costituzionale tedesca del 5 maggio 2020*, *Diritto dell'Unione Europea* (Online), "se si guarda bene la giurisprudenza del Kirchberg, ne emerge con evidenza che il principio di proporzionalità si presenta essenzialmente come un principio da applicare in relazione ai diritti delle persone o alle condizioni di esercizio delle attività economiche e imprenditoriali, con i quali deve essere appunto bilanciata, in virtù di quel principio, ogni misura regolatoria presa dalle istituzioni, affinché "sia garantito un equilibrio tra i diversi interessi in gioco, tenuto conto degli obiettivi perseguiti" da quella specifica misura".

⁶⁰ Cfr. PEARCE, D.W., *Cost Benefit Analysis*, Basingstoke-Londra, 1983, 53. Cfr., altresì, P. KRUGMAN – M. OBSTFELD, *International Economics. Theory and Policy*, 4th ed., Reading (Mass.), 1997, 370 ss. Si veda, per avvedersi della complessità del tema con riferimento alla teoria della moneta, anche A. W. STONIER - DOUGLAS C. HAGUE, *A textbook of economic theory*, Vth ed., Londra-New York, 1980, 401 ss. E' significativo, ad esempio, che in un discorso di Yves Mersch, membro dell'*Executive Board* della BCE, del 27 marzo 2019, quest'ultimo osservasse, a proposito della plurivocità della proporzionalità, quanto segue: "*proportionality* stricto sensu *implies that the expected benefits of the ECB's actions must outweigh their costs*" (Y. MERSCH, *Necessity, proportionality and probity – central bank independence in unconventional times*, rinvenibile agevolmente nel sito della BCE).

È ben noto, del resto, che sia piuttosto un arcano il fatto che una certa politica monetaria sia corretta in termini di *timing*, e/o dell'importanza quantitativa del cambiamento da azioni di stimolo a politiche contrazioniste.

Il *quantitative easing*, notoriamente, è utilizzato da tutte le banche centrali e se è sostanzialmente legittimo in quanto strumento di politica monetaria è anche per ciò stesso economicamente insindacabile, o quasi. Com'è stato fatto osservare “*the risk that the purchase of government securities on the secondary market under the SMP may create an incentive for the authorities of the interested countries to postpone the adoption of the measures necessary for fiscal consolidation or for the restructuring of the financial system. The experience of recent months has shown that governments tend to take unpopular decisions only under pressure from the markets. Action by the central bank that would eliminate such pressures would risk becoming counterproductive and creating moral hazard. Thus, there is a fine line between the goal of maintaining sufficient pressure on the authorities of the Member States and that of avoiding destabilising market dynamics that ultimately hinder the conduct of monetary policy*”⁶¹.

Né si possono invocare gli “effetti indiretti” nella politica economica generale perché sono notoriamente piuttosto labili e non trasformano per ciò stesso la misura in misura di politica economica⁶².

Forse questa è la ragione per cui quel tipo di attività delle banche centrali sono generalmente sottratte ad un sindacato giurisdizionale e godono di una sostanziale “immunità da indipendenza della funzione”: tanto vale non certo per l'attività prudenziale, assoggettata com'è a ben precise direttive e regolamenti, ma sicuramente per quella macroeconomica.

In buona sostanza, guardando ai ragionamenti “macro” della Corte di Karlsruhe, ma in certo senso anche di quella di Lussemburgo, vien fatto di pensare quanto profondamente vera sia la nota *boutade* dei giudici della *House of Lords* nel 1975: “*Law is too serious a matter to be left exclusively to judges*”.

In quel caso ci si occupava del principio nominalistico della valuta dell'obbligazione e della possibilità delle corti inglesi di condannare al risarcimento del danno in una valuta straniera, qui dell'intervento economico-monetario di una banca centrale per garantire la stabilità dei prezzi.

⁶¹ L. BINI SMAGHI, *The challenges facing monetary policy*, Speech by Lorenzo Bini Smaghi, Member of the Executive Board of the ECB, Prometeia, Bologna, 27 January 2011, rinvenibile nel sito della Banca centrale europea, nonché, analogamente, N. AFFLATET, *Staatsfinanzierung durch Geldpolitik*, in *Wirtschaftsdienst*, 99, Jahrgang, 2019 · Heft 8 · S. 562–566. Più in generale, sul tema, si veda ALI M. EL-AGRAA, *The European Union. Economics and Policies*, Cambridge, 2011, 147 ss.

⁶² Così la Corte di giustizia in *Gauweiler*, punto 52, come del resto già in *Pringle*, punto 56. Autorevole dottrina economica, ancora prima dell'introduzione dell'UEM, enfatizzava la stretta vicinanza, *inter alia*, fra la politica fiscale e l'unione monetaria, osservando che il “patto di stabilità” e l'obbligo di convergenza economica di cui ai parametri di Maastricht suggerivano che “*the conduct of fiscal policies in the future monetary union will have to be disciplined by explicit rules on the size of the national budget deficits*”: P. DE GRAUWE, *The Economics of Monetary Integration*, III rd ed., Oxford, 1997, 209. Cfr. sul tema anche R. BALDWIN – CH. WYPLOSZ, *L'economia dell'Unione europea*, Milano, 2005, 430 ss.

Sembrano particolarmente acconce al caso che ci impegna le parole di Lord Simon di Glaisdale⁶³ (*dissenting opinion*): “*The instant appeal raises questions the answer to which imperatively demands the contributions of expertise from far outside the law -on monetary theory, public finance international finance, commerce, industry, economics -for which judges have no training and no special qualification merely by their aptitude for judicial office. All such experience as I have had of decision making withing and without the law convinces me that the resolution of this issue demands a far greater range of advice and a far more generally based knowledge than is available to a court of law ... Law is too serious a matter to be left exclusively to judges*” (Report, 824).

In buona sostanza, si tratta di materie rispetto alle quali un giurista e/o un giudice (quand’anche di una Corte suprema) hanno ben poco da dire, e con tutta evidenza.

La Corte di giustizia, come noto, è stata provocata ad occuparsi anche di queste questioni e, sia pure in modo forse non impeccabile e scevro da critiche, ha raggiunto alcune considerazioni che paiono sistematicamente -nel rispetto dell’ampia discrezionalità e dell’indipendenza istituzionale della BCE garantita dall’art. 130 TFUE- non irragionevoli, date le circostanze.

In *Pringle*, ad esempio, in cui nessuno ha scomodato il principio di proporzionalità, la Corte ha chiarito, a parti invertite, che il TFUE non contiene alcuna definizione della politica monetaria, rinviando agli obiettivi di quest’ultima piuttosto che ai suoi strumenti (cfr. art 127, paragrafo 1, TFUE e 282, paragrafo 2, TFUE), laddove il meccanismo di stabilità istituito con la decisione 2011/199 rientra più correttamente nella politica economica, dal momento che la concessione di un’assistenza finanziaria ad uno Stato membro non rientra “*manifestamente*” nella sfera della politica monetaria.

In *Gauweiler*⁶⁴, invece, che riguardava segnatamente la validità delle decisioni del Consiglio direttivo della BCE del 6 settembre 2012, relative ad una serie di caratteristiche tecniche delle cd. *Outright Monetary Transactions* (OMT) assunte dall’Eurosistema sui mercati secondari del debito sovrano, ancora una volta, nessuna delle parti aveva invocato il principio di proporzionalità, salvo alcuni Governi intervenuti nella procedura. In ogni caso, secondo la Corte, il SEBC è autorizzato, nell’ambito di un programma *eiusdem generis*, ad acquistare titoli di Stato non direttamente, presso le autorità e gli organismi pubblici degli Stati membri, ma soltanto indirettamente, sui mercati secondari, senza perciò stesso eludere il divieto di cui all’art. 123 TFUE. L’intervento del SEBC “non può dunque essere equiparato ad una misura di assistenza finanziaria ad uno Stato membro”.

Nella più discussa -ed oggetto precipuo della pronuncia *PSPP- Weiss*, del 2018, si discettava, a seguito di rinvio pregiudiziale del *BVerfG*, della validità della Decisione (UE) 2015/774 della BCE recante *un*

⁶³ Nel noto caso *Miliangos V, Frank Textile* [1976] AC 443, [1975] 1 WLR 758.

⁶⁴ Per un commento, fra gli altri, cfr. P. CRAIG-M. MARKAKIS, *Gauweiler and the Legality of O.M.T.*, in *European Law Rev.*, 2016, 4 ss.

Programma di acquisto di attività del settore pubblico sui mercati secondari per saggiare l'eventuale sconfinamento della banca di Francoforte in materia non monetaria. Più precisamente, i ricorsi per esame di costituzionalità proposti da *Weiss et alii* miravano a contestare l'applicabilità, in Germania, di una serie di decisioni della BCE sul contributo apportato dalla Bundesbank all'attuazione di dette decisioni ovvero sull'asserita inerzia della *Bundesregierung* e del *Bundestag* di fronte al suddetto contributo.

La soluzione della Corte, certo insoddisfacente per il *BVerfG*, è stata nel senso che l'obiettivo specifico enunciato dalla Decisione 2015/774 (quale ricavabile in particolare dal considerando 4)⁶⁵ può essere ricondotto agevolmente all'obiettivo principale della politica monetaria dell'Unione, come risultante dall'articolo 127, paragrafo 1, e dall'articolo 282, paragrafo 2, TFUE.

Senza che ciò possa essere rimesso in discussione dalla circostanza, evidenziata dal *BVerfG*, secondo cui il PSPP avrebbe effetti considerevoli sul bilancio delle banche commerciali e sulle condizioni di finanziamento degli Stati membri della zona euro (punto 58), dal momento che, come già evidenziato nella precedente giurisprudenza, “una misura di politica monetaria non può essere equiparata ad una misura di politica economica per il solo fatto che essa è suscettibile di produrre effetti indiretti che possono essere ricercati anche nel quadro della politica economica (v., in tal senso, sentenze del 27 novembre 2012, *Pringle*, C-370/12, EU:C:2012:756, punto 56, nonché del 16 giugno 2015, *Gauweiler e a.*, C-62/14, EU:C:2015:400, punto 52)”.

Quanto alla proporzionalità, come si anticipava, la Corte di Lussemburgo ricorda che “il principio di proporzionalità esige, per consolidata giurisprudenza della Corte, che gli atti delle istituzioni dell'Unione siano idonei a garantire la realizzazione dei legittimi obiettivi perseguiti dalla normativa in questione e non vadano oltre quanto è necessario per raggiungere questi obiettivi (sentenza del 16 giugno 2015, *Gauweiler e a.*, C-62/14, EU:C:2015:400, punto 67 e la giurisprudenza ivi citata).

Orbene, a tal riguardo, si deve ribadire, in generale, che il concetto di proporzionalità sia poco utile alla bisogna, perché, ancorché ancorato a parametri e standard non necessariamente giuridici (appropriato/adeguato/indispensabile/necessario/minore sacrificio etc.), non può essere realmente apprezzato in termini di diritti fondamentali dei singoli, alla maniera in cui lo intendeva la primigenia giurisprudenza della Corte di giustizia.

⁶⁵ Oggi sostituita dalla *Decision (EU) 2020/188 of the European Central Bank of 3 February 2020 on a secondary markets public sector asset purchase programme* (ECB/2020/9).

Il principio, tuttavia, sembrerebbe in qualche “recuperabile” dalla Corte stessa in termini di “legittimità” nell’uso della competenza⁶⁶, benché il protocollo sulla proporzionalità e la sussidiarietà (Protocollo n. 2)⁶⁷ riservi formalmente il sindacato di questo tipo agli atti o ai progetti di atti legislativi, ovvero alle raccomandazioni della BCE miranti a provocare un atto di siffatta natura.

Nonostante, dunque, la non appropriatezza della materia economica in funzione dell’uso del principio in parola, si può forse concedere (non senza qualche riserva) che, posto che l’abuso di una competenza può eccezionalmente scivolare nell’esercizio illegittimo di altra competenza, il principio sia utilizzabile anche in una prospettiva di *lack of conferral of competence*⁶⁸.

Nello storico caso C-376/98 del *Tobacco advertising Directive*⁶⁹, in cui la Germania contestava con il principio della sussidiarietà la validità della Direttiva emanata ai sensi dell’odierno art. 114 TFUE, la Corte concluse inopinatamente che, in realtà, non vi era competenza di attribuzione: “le misure di cui all’art. 100 A, n. 1, del Trattato (divenuto, in seguito a modifica, art. 95, n. 1, CE) sono destinate a migliorare le condizioni di instaurazione e di funzionamento del mercato interno. Interpretare tale articolo nel senso che attribuisca al legislatore comunitario una competenza generale a disciplinare il mercato interno non solo sarebbe contrario al tenore stesso degli artt. 3, lett. c), e 7 A del Trattato [divenuti, in seguito a modifica, artt. 3, n. 1, lett. c), CE e 14 CE] ma sarebbe altresì *incompatibile con il principio sancito all’art. 3 B del Trattato (divenuto art. 5 CE), secondo cui le competenze della Comunità sono competenze di attribuzione*” (punto 83).

A parte questo *dictum* che può essere definito una sorta di *hàpax legòmenon*, rimane tuttavia il fatto che il Trattato distingue a rigore fra principio di conferimento -che attiene all’*an* della competenza- e rispetto dei principi di sussidiarietà e proporzionalità che attengono piuttosto all’uso o all’esercizio di una certa competenza, *in thesi*, sussistente⁷⁰.

Rimarrebbe, comunque, una difficoltà di fondo; dal momento che l’abuso di competenza monetaria in modo tale da impingere surrettiziamente in altra competenza (*i.e.* politica economica generale) è a dir poco problematico da ipotizzare (gli “effetti indiretti” paiono in qualche modo inevitabili in qualunque

⁶⁶ È quanto ha inteso fare la Corte di giustizia a partire da *Gauweiler* laddove, come ricorda l’AG, alcuni Stati membri, intervenuti nella procedura, hanno fatto ricorso al principio di cui all’art. 5.4 TUE.

⁶⁷ La dottrina ritiene, tuttavia, che stante la preferibilità dimostrata dagli Stati membri verso la natura “procedurale” piuttosto che “sostanziale” della sussidiarietà, il Protocollo sia egualmente utilizzabile anche in relazione al rispetto del principio di proporzionalità, vuoi in materia di competenza esclusiva che concorrente di cui agli artt. 2-6 TFUE: cfr. H.-J. BLANKE, P. COLASANTE, C. FASONE, A. IACOVIELLO, N. LUPO, S. MANGIAMELI, in AA.VV., *The Treaty on European Union, (TEU), A commentary*, H.-J. BLANKE- S. MANGIAMELI eds., Berlino-Heidelberg, 2013, sub Protocol (No. 2), 1635 ss.

⁶⁸ Cfr. U. HALTERN, *Ultra-vires-Kontrolle im Dienst europäischer Demokratie*, *NVwZ* 2020, 817 ss.

⁶⁹ Sentenza del 5 ottobre 2000, ECLI:EU:C:2000:544.

⁷⁰ La recente dottrina enfatizza, tuttavia, che “*compliance with principle of conferral is not only a question of black and white but also a question of degree*”: H. CH. HOFMANN, *Which Limits? Control of powers in an integrated legal system*, in AA.VV., *The Outer Limits of European Union Law*, C. BARNARD – O. ODUDU, Oxford, 2009, 56.

forma di politica monetaria), deve essere enfatizzato che un siffatto sconfinamento non può certo ricorrere nel caso concreto individuato dalla Corte di Karlsruhe, richiedendosi ben altro carattere “manifesto” dell’inadeguatezza di una certa politica monetaria.

Secondo i Giudici tedeschi, invece, l’analisi della Corte “...non soddisfa i requisiti di una revisione comprensibile del fatto che il SEBC e la BCE rispettino i limiti del loro mandato di politica monetaria” (para 123).

Inoltre, non si sarebbe valutato adeguatamente, con un corretto bilanciamento degli interessi in gioco⁷¹, “il rischio di creare bolle immobiliari e dei mercati azionari, nonché l’impatto economico e sociale su praticamente tutti i cittadini, che sono almeno indirettamente colpiti, tra l’altro come azionisti, inquilini, proprietari di immobili, risparmiatori o titolari di polizze assicurative” (para 173)⁷².

In realtà, nell’ottica del *quantitative easing* od operazioni a mercato aperto -come si osserva dai più- questi paiono essere effetti che derivano naturalmente dall’uso dello strumento, stante l’inestricabile connessione fra il livello della moneta in un’economia, il livello dei prezzi, dei consumi e, in ultima analisi, il livello di occupazione⁷³.

Né si tratta di effetti obiettivamente prevedibili *ex ante* nella loro concreta significatività.

Potrebbe, forse, aver più senso soppesare una tale scelta rispetto al parametro del cd. *capital key* e alla partecipazione di ogni singolo Stato membro al capitale della BCE o al limite del 33% agli acquisti di una singola emissione di titoli di Stato: ma, come ebbe modo di osservare il precedente Presidente della BCE, Mario Draghi, noto per il suo “*whatever it takes*”, anche queste percentuali e paletti vanno interpretati con flessibilità⁷⁴.

Di conseguenza, ad esempio, come sarebbe ragionevole pensare che un acquisto massiccio di titoli di stato di un paese ad economia debole (Italia, Grecia, Spagna, Portogallo) possa sempre essere in qualche modo giustificato con l’argomento che altrimenti crollerebbe tutta l’area dell’euro (argomento difficilmente vincibile o suscettibile di prova contraria), si potrebbe forse ipotizzare una simile abnormità tecnica nell’uso dello strumento di politica monetaria in presenza di un acquisto massiccio di debito pubblico di uno Stato membro con i conti in ordine, come ad esempio, la Germania.

⁷¹ La teoria economica più accreditata non ammette questo tipo di affermazioni, che peraltro non paiono cogliere la sostanza economica della vicenda: R.M. MARQUARDT, *EZB-Verfassungsgerichtsurteil: filigrane Rechtsauslegung versus pragmatische Geldpolitik?*, in: *Wirtschaftsdienst* 6/2020, 432-440.

⁷² Nel feroce *Editorial Comment* dedicato alla sentenza *PSP* del *BVerfG*, dalla *Common Market Law Review* (CML Rev. 2020, 57, 965-978), si osserva, non senza ragione, che “*the FCC found that a ‘key element – the balancing of conflicting interests – is missing in this assessment’. Considering that neither Article 5 nor the Protocol on Proportionality and Subsidiarity mention such a requirement, and neither the ECJ nor national courts in Europe have ever adopted this as a communis opinio, it is not easy to ascertain why balancing should be a key element in the assessment of proportionality*” (972).

⁷³ L. TSOUKALIS, *La nuova economia europea*, Bologna, 1994, 192 ss.

⁷⁴ Nella decisione 2020/440 della BCE, che riguarda tutte le norme che regolano il cd. *PEPP* (*Pandemic emergency purchase programme*) il Consiglio direttivo ha stabilito, all’articolo 4, sull’ammontare degli acquisti, che gli acquisti saranno fatti nella misura ritenuta «necessaria e proporzionata». Una risposta “*europafreundlich*” a Karlsruhe?

Con il che, si crede di poter affermare che la politica monetaria non è intrinsecamente suscettibile di una seria giustiziabilità davanti ad un giudice, specie in termini di proporzionalità.

Sotto il profilo istituzionale, tuttavia, non ci si può esimere dal rilevare come risulti inaccettabile che il *BVerfG* possa pretendere di rimettere in discussione il primato della Corte di giustizia e la sua giurisdizione ex art. 19 TUE con queste modalità, come quando osserva, al par. 112 della pronuncia: “*fiintantoché la CGUE applica principi metodologici riconosciuti e la decisione che emette non è intrinsecamente arbitraria da un punto di vista oggettivo, la Corte costituzionale federale deve rispettare la decisione della CGUE anche quando quest’ultima adotti un punto di vista rispetto al quale potrebbero essere avanzati argomenti fondati*”⁷⁵.

La “risposta” da parte della Corte di giustizia non si è fatta attendere: nel conciso ma articolato comunicato stampa dell’8 maggio 2020 i Giudici di Lussemburgo enfatizzano, in prima battuta, la vincolatività delle pronunce della Corte ex art. 267 TFUE⁷⁶, l’esclusività della giurisdizione sulla legittimità degli atti dell’Unione (ricavabile, in particolare, da *Foto-Frost*)⁷⁷, l’obbligo di astensione di cui all’art. 4.3 TUE⁷⁸ e, infine, l’uguaglianza degli Stati membri ex art. 4.2 TUE.

E’ evidente che solo rispettando il principio del primato in tutte le sue forme, uno Stato membro potrà pretendere di rispettare il principio di cui all’art. 4.3 TUE richiamato: «il trasferimento, effettuato dagli Stati a favore dell’ordinamento giuridico comunitario, dei diritti e degli obblighi corrispondenti alle disposizioni del Trattato implica (quindi) una limitazione definitiva dei loro diritti sovrani, di fronte alla

⁷⁵ Osserva condivisibilmente I. PERNICE, *Machtspruch aus Karlsruhe*, op cit., in 31 *EuZW* 12/2020, che quando la Corte, nel proprio stile giudiziale e in considerazione dell’ampia discrezionalità di cui gode la BCE nell’esercizio della propria competenza, giunge alla conclusione che non vi è stata alcuna violazione manifesta del principio di proporzionalità, “... *ist weder ein sachlicher Fehler noch methodisch ein Widerspruch zu seiner bisherigen Rechtsprechung feststellbar*”.

⁷⁶ Quanto alla vincolatività delle pronunce della Corte di giustizia (il riferimento è a *Weiss* naturalmente), il comunicato si limita a richiamare il punto 49 della pronuncia *Fazenda Pública* del 14 dicembre 2000 (C-446/98), in cui si rinviene che “risulta da una giurisprudenza costante che la sentenza con la quale la Corte si pronuncia in via pregiudiziale vincola il giudice nazionale per la definizione della lite principale (v., in particolare, sentenza 3 febbraio 1977, causa 52/76, *Benedetti*, punto 26, e ordinanza 5 marzo 1986, causa 69/85, *Wünsche Handelsgesellschaft*, punto 13)”. Va da sé, del resto, che si tratta di un principio inconcusso e pacifico nella giurisprudenza della Corte di giustizia (*ex multis*, si veda anche la pronuncia *Elchinov*, C-173/09), e accolto già molto tempo fa anche dalla nostra Corte costituzionale (cfr. Corte cost. n. 113/85).

⁷⁷ Nel noto caso *Foto-Frost*, C-314/85, del 22 ottobre 1987, ECLI:EU:C:1987:452, la Corte ha sostanzialmente modificato la disciplina del rinvio ricavabile dal cd. “*Law in the books*” (leggasi art. 267 TFUE), stabilendo che “i giudici nazionali, di ultima istanza o meno, non sono competenti ad accertare direttamente l’invalidità degli atti delle istituzioni comunitarie”. “Questa massima è informata, in primo luogo, all’esigenza di uniformità nell’applicazione del diritto comunitario”. D’altro canto, se così non fosse, “divergenze fra i giudici degli Stati membri circa la validità degli atti comunitari potrebbero infatti compromettere la stessa unità dell’ordinamento giuridico comunitario e ledere il principio fondamentale della certezza del diritto”.

⁷⁸ Sull’obbligo di astensione di cui all’art. 4.3 del TFUE e alla sua applicabilità anche nei confronti dei giudici nazionali, la Corte di giustizia si limita a richiamare, fra i suoi tanti *dicta*, il punto 122 della pronuncia *Adeneler* del 4 luglio 2006 (C-212/04), in cui si è precisato che, atteso che “tutte le autorità degli Stati membri sono soggette all’obbligo di garantire la piena efficacia delle disposizioni del diritto comunitario (v. sentenze *Franconovich e a.*, cit., punto 32; 13 gennaio 2004, causa C-453/00, *Kühne & Heitz*, punto 20, nonché *Pfeiffer e a.*, cit., punto 111), l’obbligo di astensione quale enunciato nel punto precedente si impone anche ai giudici nazionali”. Ma si tratta, notoriamente, di *jus receptum*.

quale un atto unilaterale ulteriore, incompatibile col sistema della Comunità, sarebbe del tutto privo di efficacia» (*Costa/Enel*, già citata)⁷⁹.

L'unilateralità dell'intervento di un organo nazionale, ancorché motivato dalla volontà di assicurare il rispetto dei Trattati, appare intrinsecamente incompatibile con la *lex communis* che tutti hanno scelto di accettare insieme (in questo caso, l'art. 19 TUE e la sua naturale conseguenza) e, quindi, da ultimo con il principio di parità degli Stati membri.

Si tratta di considerazioni perfettamente in linea con la visione monistica e federalistica della Corte di giustizia che, forse, non tutti gli Stati membri (e le Corti superiori di questi ultimi) condividono, ma allo stato non paiono esserci alternative valide a questa soluzione⁸⁰, pena il caos.

In definitiva, pur non potendosi escludere (né sarebbe certo auspicabile) il diritto delle Corti supreme degli Stati membri di esprimere una propria critica costruttiva alla giurisprudenza della Corte di giustizia, particolarmente in un settore delicato quale quello del riparto di competenze laddove la funzione nomofilattica di Lussemburgo lascia talora insoddisfatti⁸¹, si deve ritenere tuttavia che i modi e le forme utilizzate da Karlsruhe risultano in concreto fortemente criticabili, e in definitiva inaccettabili.

⁷⁹ Sulla pronuncia, si veda recentemente il commento di I. PERNICE, *Costa v. Enel and Simmenthal Primacy of European Law*, in AA.VV., *The Past and Future of EU Law. The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, M. POIARES MADURO AND L. AZOULAI, Oxford, 2010, 47 ss. Sul tema, specificamente in relazione alla pronuncia *PSPP*, si veda P. KOUTRAKOS, *The German Federal Constitutional Court on bond buying by European Central Bank and EU Law supremacy*, rinvenibile in <https://www.monckton.com/the-german-federal-constitutional-court-on-bond-buying-by-european-central-bank-and-eu-law-supremacy/>.

⁸⁰ V. in tal senso, in particolare, P. MANZINI, *Dalla Corte tedesca un bicchiere di veleno per la Ue*, in *Lavoce.info*, 8 maggio 2020.

⁸¹ Non può tuttavia sottovalutarsi che, secondo la corretta dottrina comunitarista, una lettura non *in bonam partem* della sentenza i Giudici di Karlsruhe affermino a ben vedere che “*the Court of Justice is empowered to rule on its own jurisdiction, which is conferred on it by Article 19 TFEU, but only “in so far as the Court’s judgment can be linked to recognised methodological principles and does not appear to be objectively arbitrary”* (solange sie sich auf anerkannte methodische Grundsätze zurückführen lässt und nicht objektiv willkürlich erscheint) – *an extension to the Solange principle applied by the BVerfG since 1974 to the recognition of the primacy of Community law. Until the Maastricht judgment*”: così J. ZILLER, op. cit., Fasc. 2-2020, Ceridap, 92. Se è pur vero che la Corte ha attenuato l’approccio *Solange I*, ritenendo, in *Honeywell*, sussistente una presunzione a favore dell’Unione di aver agito “*intra vires*” (R. SCHÜTZE, *An Introduction to European Law*, Cambridge, 2012, 148 ss.), cionondimeno il *BVerfG* viene nuovamente, oggi, a ribadire il proprio diritto di verificare se il diritto dell’Unione e, con esso, la Corte di giustizia si siano arrestati al di qua dei propri limiti e non al di là. Secondo la corretta prospettiva comunitarista, invece, l’art. 19 TUE, come del resto ammesso, sia pure con una sorta di *lip-service* dal *BVerfG*, attribuisce alla Corte di giustizia il diritto esclusivo di valutare i limiti della propria giurisdizione, e così pure la validità del diritto dell’Unione (*Foto-Frost*). Qualcosa di simile avviene anche in relazione alle cd materie cd. *interpillars* e all’odierno art. 40 TUE (già art. 47 TUE): cfr. A. HINAREJOS, *Judicial Control in the European Union*, Oxford, 2009, 152 ss. e il modo della Corte di “*policing the borders*”.

Il *BVerfG*, ad esempio, avrebbe certamente fatto meglio a seguire l'atteggiamento della Corte costituzionale italiana nella cd. saga *Taricco*⁸², analogamente a quanto fece del resto lo stesso *BVerfG* in passato nel caso del *Bundesfinanzgericht* e del mancato ulteriore rinvio a proposito dell'*affaire Kloppenburg*⁸³. Se poi più radicalmente la soluzione ricavabile dall'art. 19 TUE dovesse apparire non accettabile agli *Herren der Vertäge*⁸⁴, allora si potrebbe forse ipotizzare una modifica dei Trattati nella direzione invocata da autorevole dottrina, *i.e.* la creazione di una sorta di *appellate court*, nel contesto dell'articolazione della Corte di giustizia ex art. 19 TUE, abilitata a pronunciarsi sulla cruciale questione della delimitazione delle competenze⁸⁵.

Infine, dev'essere riconosciuto che, da un lato, anche di fronte ad un attentato al primato e alle sue naturali conseguenze interne, non pare così scontato invocare l'azione di inadempimento contro la Germania⁸⁶; dall'altro, non vi è dubbio che la pronuncia della Corte metta il dito sulla piaga di una competenza (quella monetaria, caratterizzata da esclusività ex art. 3 TFUE) introdotta in forma "monca" e che necessita, assai ragionevolmente, di un ripensamento *ab imis*.

In effetti, la recente crisi dell'area euro⁸⁷, odiernamente aggravata dalla pandemia, i problemi del debito pubblico e l'impossibilità di gestire una moneta unica senza un mandato pieno alla BCE (simile a quello

⁸² Sul tema, si veda, fra gli altri, D. GALLO, *Controlimiti, identità nazionale e i rapporti di forza tra primato ed effetto diretto nella saga Taricco*, in *Diritto dell'Unione europea*, online, Fascicolo 2 – 2017, nonché E. CANNIZZARO, *Sistemi concorrenti di tutela dei diritti fondamentali e controlimiti costituzionali*, in AA.VV., *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, a cura di A. BERNARDI, Napoli, 2017, 45 ss.

⁸³ Cfr. Decisione del *BVerfG*, 8 aprile 1987 (2 BvR 687/85).

⁸⁴ Sul tema, si veda G. TESAURO – P. DE PASQUALE, *La BCE e la Corte di giustizia sul banco degli accusati del Tribunale costituzionale tedesco*, *Osservatorio europeo*, *op. cit.*, 16 ss., per i quali gli Stati membri, dopo aver attribuito al giudice dell'Unione la competenza esclusiva quanto al controllo giurisdizionale sulla legittimità degli atti dell'Unione pretendere poi di verificarne il corretto esercizio sulla base dei rispettivi parametri di legittimità e di interesse; si veda altresì L.S. ROSSI, *Does the Lisbon Treaty provide a clearer separation of competences between EU and Member States?*, in AA.VV., *EU After Lisbon*, a. BIONDI- P. EECKHOUT – S. RIPLEY eds., Oxford, 2012, 85 ss.

⁸⁵ DANIEL SARMIENTO, JOSEPH H.H. WEILER, *The EU Judiciary After Weiss. Proposing A New Mixed Chamber of the Court of Justice*, in *Verfassungsblog*, 2 giugno 2020, per i quali questa giurisdizione dovrebbe rispondere ad un principio fondamentale: "It is to be composed by sitting Members of the Court of Justice alongside sitting Members of the constitutional or equivalent supreme courts of the Member States. It is this composition, above anything else, which will give its decisions an authority and legitimacy which, if enshrined in the Treaties, it will be a lot more difficult to contest". Sul tema si vedano pure M. CONDINANZI- R. MASTROIANNI, *Il contenzioso dell'Unione europea*, Torino, 2009, 13 ss. e J. LUIS DA CRUZ VILAZA, *EU Law and Integration. Twenty years of Judicial application of EU Law*, Oxford, 2016, 36 ss.

⁸⁶ Cfr. P. HILPOLD, *Ein EU-Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland wegen des PSPP-Urteils? Eine Abwägung von Für und Wider*, in: *EWS* 4/2020, 181-191. Tuttavia, osservano Sarmiento e Weiler, "a failure to start such a procedure against Germany will be widely seen as an instance of 'One Law for the Rich and Powerful' and 'One Law for the Meek'. We would advocate limiting such a procedure to that part of the German ruling which concerns the Court of Justice and declares the Weiss judgment ultra vires in Germany. This is the most damaging effect of the ruling which deserves an immediate reaction from the Commission, since it goes well beyond the intricacies of monetary policy and has systemic effects in the entire EU legal order", in DANIEL SARMIENTO, JOSEPH H.H. WEILER, *The EU Judiciary After Weiss*, *op. cit.* *ibidem*.

⁸⁷ La dottrina a più riprese ha evidenziato l'impossibilità di gestire correttamente la politica monetaria senza un trasferimento, magari non in termini di competenza esclusiva, della competenza economica, ancora oggi di spettanza sostanzialmente degli Stati membri (cfr. art. 119 TFUE), ancorché soggetta ad un obbligo di coordinamento "rafforzato" che, tuttavia, si ferma al meccanismo di monitoraggio comune di cui all'art. 121, n. 3 e ss. del TFUE, meccanismo

della FED) impongono probabilmente una revisione radicale del sistema UEM e l'attribuzione di una competenza più ampia alla BCE.

7. Alcune considerazioni conclusive

Com'è noto, l'argomentazione della Corte Costituzionale tedesca nella sentenza "PSPP" ha provocato per lo più critiche fortissime, sia per lo stile ed il linguaggio con cui questa sentenza è stata scritta⁸⁸ sia per il suo contenuto sostanziale⁸⁹: anzi, spesso in dottrina si è parlato finanche di "arroganza" e di "incompetenza" da parte della Corte tedesca.

Ed invero, la sentenza *PSPP* sorprende il lettore sotto molteplici profili: per il linguaggio utilizzato, che in un "dialogo" fra Corti supreme pare poco appropriato; per l'iter argomentativo che fa leva eminentemente sul principio di proporzionalità secondo la tradizione pubblicistica tedesca (che, ovviamente, non può fare aggio sull'analogo principio elaborato dalla Corte di Lussemburgo nell'ordinamento dell'UE); per il fatto che il Secondo Senato della Corte Costituzionale tedesca abbia trovato in questa peculiare e delicata situazione un'occasione per quella che è stata anche definita "l'opzione nucleare", ovvero per una rottura (salvo ripensamenti) con l'Unione Europea. È pur vero che il *BVerfG* ha "concesso" alla BCE un termine di tre mesi per "sanare" il preteso difetto di motivazione circa la proporzionalità del programma *PSPP*. Ma anche laddove la BCE rispondesse a questo invito "poco istituzionale"⁹⁰ rimarrebbe il fatto che Karlsruhe avrebbe messo in discussione l'operato della CGUE con toni inaccettabili che mettono in dubbio il primato e *l'acquis communautaire* giurisprudenziale

rivelatosi nella prassi largamente insoddisfacente. Cfr., fra i diversi autori, A. HINAREJOS, *A Possible European Monetary Fund and the Future of the Euro Area*, in *Yearbook of European Law*, Volume 38, 2019, 119–152, in cui si segnala, fra l'altro, l'attualità del dibattito sul futuro del meccanismo europeo di stabilità e la viabilità dell'opzione di trasformarlo in un Fondo Monetario Europeo, quale nuova entità destinata a giocare un ruolo importante per l'area Euro. E pur tuttavia vi è scarso consenso su temi cruciali quali le sue competenze e soprattutto il carattere intergovernativo e non già unionale della nuova istituzione. In una prospettiva più generale, v. S. CAFARO, *L'Unione Economica e Monetaria dopo la crisi*, Napoli, 2017. Sulla naturale refrattarietà della politica monetaria al rispetto del principio democratico e della Rule of Law, in particolare, si veda G. CONTALDI, *L'evoluzione della politica economica e monetaria*, in AA.VV., *Integrazione europea e sovranazionalità*, a cura di G. CAGGIANO, 161 ss.

⁸⁸ Cfr. H. FLASSBECK/F. SPIECKER, *Dröhnendes Schweigen aus Berlin*, in: makroskop, 08.05.2020, <https://makroskop.eu/2020/05/droehnendes-schweigen-aus-berlin/>.

⁸⁹ Cfr. D. SARMIENTO, *Requiem for Judicial Dialogue – The German Federal Constitutional Court's judgment in the Weiss case and its European implications*, in: *EULawLive* 16/2020 p. 16: "to trigger the ultra vires tool on the grounds of a methodological dispute with the Court of Justice is an irresponsible act that only a very vain and arrogant court can afford." Cfr. anche Cfr. J. ZILLER, *The unbearable heaviness of the German constitutional judge. On the judgment of the Second Chamber of the German Federal Constitutional Court of 5 May 2020 concerning the European Central Bank's PSPP programme*, CERIDAP 2/2020, <https://ceridap.eu/the-unbearable-heaviness-of-the-german-constitutional-judge-on-the-judgment-of-the-second-chamber-of-the-german-federal-constitutional-court-of-5-may-2020-concerning-the-european-central-banks-pspp/>.

⁹⁰ In parte così sembra aver già fatto: si veda la già richiamata *Decision* (EU) 2020/188 of the European Central Bank of 3 February 2020 on a secondary markets public sector asset purchase programme (ECB/2020/9) e già in precedenza il resoconto della riunione del 3 e 4 giugno 2020, in cui si sottolinea come "il Pepp e l'App sono misure proporzionate nelle attuali condizioni per il perseguimento dell'obiettivo di stabilità dei prezzi".

che ne costituisce il fondamento; *Van Gend & Loos*⁹¹, *Costa/Enel*⁹² e *Simmenthal*⁹³ per citare i più risalenti, richiamati anche nella Dichiarazione n. 17 (sul primato) allegata al Trattato di Lisbona.⁹⁴

La sentenza *PSPP*, ove non si trovi un rimedio o una sorta di “*Tätige Rene*”, aprirebbe la strada a ben vedere ad un conflitto senza fine.

Data poi la pochezza dell’argomentazione del *BVerfG*, in termini di diritto dell’Unione, il parametro costituzionale per contestare la legittimità delle sentenze della CUGE appare, da un lato, agevolmente invocabile e, dall’altro, per converso, piuttosto di scarso momento in termini di efficacia della critica.

Se, in effetti, con l’ordinanza “*Honeywell*” Karlsruhe aveva introdotto criteri assai più stringenti per invocare o scomodare l’idea di atti “*ultra vires*” da parte dell’Unione, con la sentenza *PSPP* questi criteri appaiono onnipresenti, di talché l’intera argomentazione diviene in qualche modo tautologica⁹⁵.

Bisogna, inoltre, ammettere che non per questo la posizione del *BVerfG*, vista nel suo insieme, possa liquidarsi come radicalmente erronea. È ben vero che lo specifico iter argomentativo adottato da Karlsruhe nella sentenza *PSPP* non convince affatto, per usare un eufemismo, ma nella sostanza i giudici di Karlsruhe si fanno portavoce di una forte corrente di pensiero, diffusa particolarmente nei paesi dell’Europa del Nord, che si oppone strenuamente ad ogni forma di “Unione del debito” (“*Schuldenunion*”) e che vuole porre chiari limiti alla solidarietà fra gli Stati membri dell’Unione.

Da ultimo, non si può neppure sottovalutare che le stesse regole dell’Unione economica e monetaria (UEM) siano state in buona parte ispirate dalla Germania, la quale è riuscita -come noto- ad imporre la propria visione sotto molteplici profili, di talché parecchie norme dell’UEM rispecchiano effettivamente, allo stato attuale, questa prospettiva che la Corte di giustizia ha cercato, alla bisogna, di interpretare in senso favorevole alla permanenza della stabilità finanziaria europea e dell’Euro in particolare⁹⁶.

In definitiva, ancorché la posizione del *BVerfG* possa apparire *prima facie* egoistica e comunque tale da non tener conto dei numerosi vantaggi di cui la Germania ha beneficiato dal mercato interno, in particolare dopo l’introduzione dell’Euro, cionondimeno se l’Unione riuscirà a rispondere anche alle

⁹¹ Causa C-26/62, 5 febbraio 1963.

⁹² Causa C-4/64, 15 luglio 1964.

⁹³ Causa C-106/77, 9 marzo 1978.

⁹⁴ Cfr. S.M. CARBONE, *The Principle of the Primacy of EU Law Over the National Legal System of Member States*, in: G. Amato et al. (ed.), *The History of the European Union: Constructing Utopia*, Oxford 2018, 185-198.

⁹⁵ Questa impressione viene confermata da una intervista data dal relatore PETER HUBER, in: „*Spieler auf Augenhöhe*“, *Süddeutsche Zeitung*, 13 maggio 2020, 5: „*Wenn wir freundlicher argumentiert hätten, hätten die Tatbestandsvoraussetzungen für einen Ultra-vires-Akt nicht vorgelegen.*“ Che può essere così tradotto: “Se avessimo argomentato più gentilmente, i requisiti richiesti per un atto *ultra vires* non si sarebbero mai realizzati”. In questo modo, però, i criteri indicati perderebbero ogni rilevanza sostanziale: saremmo di fronte a pretesi atti *ultra vires* ogni qual volta che il *BVerfG* usasse un linguaggio corrispondente. La scelta sul se e quando usare tale espressione sarebbe rimessa al solo *BVerfG*.

⁹⁶ Cfr. L.F. PACE, *Il regime giuridico dell’euro*, Bari 2018, nonché Id., *Il BVerfG e la sentenza sul programma PSPP*, in: *federalismi.it*, 27 maggio 2020, 301.



istanze di maggior rigore provenienti dal Nord Europa potrà davvero muoversi e far progredire l'integrazione con il consenso di tutti popoli e governi che la compongono.

La soluzione della procedura d'infrazione contro la Germania⁹⁷, a rigore giuridicamente scontata, potrebbe non essere la più idonea a raccogliere questo consenso, come sembra pensare del resto anche la stessa Commissione che, allo stato, non ha ancora deciso in tal senso.

La sentenza *PSPP*, quindi, potrebbe essere l'occasione per convogliare finalmente un consenso generalizzato di tutti i governi degli Stati membri dell'Unione in vista di una riforma radicale delle regole dell'UEM che soddisfi le diverse prospettive, sia cioè nel senso della solidarietà e della coesione che sono alle radici dell'integrazione⁹⁸, sia nel senso di un maggior rigore finanziario che, talora, governi sovranisti e populistici "accantonano" irresponsabilmente.

⁹⁷ Cfr. P. HILPOLD, *Ein EU-Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland wegen des PSPP-Urteils? Eine Abwägung von Für und Wider*, in: *EWS* 4/2020.

⁹⁸ E di cui ha beneficiato la stessa Germania alle origini della Comunità/Unione: si pensi, fra l'altro, al noto art. 107, n. 2, lett. c) che ha consentito, per oltre cinquant'anni, ad una deroga *de jure* al divieto di aiuti di Stato a favore dell'economia di determinate regione della Germania federale che hanno risentito della divisione della stessa. Sul tema, si veda, fra gli altri, P. PIVA, *Giudice nazionale i aiuti alle imprese. Fra public e private enforcement*, Bari, 2018, 55 ss., in particolare nota 14.