



GIOVANNI PESCE

***La Corte di Karlsruhe e l'insostenibile rinvio pregiudiziale.***

1. La sentenza del 5 maggio 2020 adottata dal Bundesverfassungsgericht (di seguito, anche la Corte di Karlsruhe o Corte tedesca)<sup>1</sup> sta facendo molto discutere e tutto fa credere che siamo agli inizi.

Da più parti si levano critiche nel merito e preoccupazioni per la supremazia giudiziaria tedesca, per la tenuta del diritto europeo e, quindi, delle sue istituzioni<sup>2</sup>.

Di seguito, alcune osservazioni sul rapporto tra le Corti e la valenza del rinvio pregiudiziale, nella consapevolezza che l'elevata connotazione tecnica della materia finanziaria rende la disamina nel merito alquanto complicata.

2. A seguito di un ricorso di privati cittadini contro il piano di acquisto di titoli pubblici (Public Sector Purchase Programme - PSPP), la Corte di Karlsruhe contesta alle istituzioni tedesche (Parlamento, Governo e Bundesbank) di aver aderito al Programma messo in atto dalla Banca Centrale Europea<sup>3</sup> senza un ponderata valutazione degli effetti nel lungo periodo e senza distinguere in modo appropriato tra politica monetaria, appartenente alla BCE ed al sistema della Banche centrali (ESBC) e politica economica e di bilancio riservata agli Stati membri, ma assegnando una "delega" eccessiva alla stessa BCE che, a sua volta, non ha motivato adeguatamente il programma di interventi finanziari di portata tale da riverberarsi negativamente sulle finanze tedesche e sulle generazioni future<sup>4</sup>.

3. La questione sottoposta alla Corte di Karlsruhe, quindi, è tutta interna al sistema dei controlli della Corte stessa sugli organi federali e concerne il continuo processo di integrazione comunitaria. Una integrazione rispetto alla quale, per una scelta che risale ad una sentenza della stessa Corte di Karlsruhe adottata anni addietro (il famoso "bavaglio tedesco" messo all'Unione, denunciato a suo tempo<sup>5</sup>), la Germania si è riservata fin

---

<sup>1</sup> Disponibile in inglese sul sito della Corte [https://www.bundesverfassungsgericht.de/e/rs20200505\\_2bvr085915en.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/e/rs20200505_2bvr085915en.html) e che sarà riportata in stralci nelle note, in formato corsivo.

<sup>2</sup> Si vedano i primi commenti di D. U. GALETTA, *Karlsruhe über alles? Il ragionamento sul principio di proporzionalità nella pronuncia del 5 maggio 2020 del BVerfG tedesco e le sue conseguenze*, in *Federalismi.it*; B. CARAVITA, M. CONDINANZI, A. MORRONE, A. POGGI, *Da Karlsruhe una decisione poco meditata in una fase politica che avrebbe meritato maggiore ponderazione*, in *Federalismi.it*; J. ZILLER, *L'insopportabile pesantezza della Corte costituzionale tedesca. Sulla sentenza della Seconda Sezione della Corte costituzionale federale tedesca del 5 maggio 2020 relativa al programma PSPP della Banca centrale europea*, in AISDUE, 2020 (<https://www.aisdue.eu/>)

<sup>3</sup> Decisione (EU) 2015/774 come modificata dalle Decisioni (EU) 2015/2101, (EU) 2015/2464, (EU) 2016/702 e (EU) 2017/100.

<sup>4</sup> Ta i principi fondamentali della Costituzione tedesca (art. 20 GG) si annovera il seguente: lo Stato tutela, "assumendo con ciò la propria responsabilità nei confronti delle generazioni future", i fondamenti naturali della vita mediante l'esercizio del potere legislativo, nel quadro dell'ordinamento costituzionale, e dei poteri esecutivo e giudiziario, in conformità alla legge e al diritto.

<sup>5</sup> Come ricorda G. NAPOLITANO, *Siam pronti alla Corte*, sul *Foglio*, 9 maggio 2020.



dall'inizio sempre una "contro-verifica" sulla compatibilità del suo sistema con quello europeo<sup>6</sup>.

4. L'incidente processuale si spiega con il fatto che la Corte di Karlsruhe, per esaminare i ricorsi, ha dovuto confrontarsi con atti della BCE, rispetto ai quali non ha competenza diretta. Tale situazione, per nulla nuova nel sistema ordinamentale, ha portato la Corte di Karlsruhe a richiedere un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, così come richiede il Trattato europeo<sup>7</sup>.

5. La Corte di Lussemburgo, con la sentenza dell'11 dicembre 2018 (C-493/17), ha concluso nel senso: a) che il Programma della BCE non è incompatibile con le norme del Trattato

---

<sup>6</sup> Secondo un altro principio della stessa Costituzione, l'appartenenza all'Unione europea deve garantire ai cittadini tedeschi "una tutela dei diritti fondamentali sostanzialmente paragonabile" a quella della Costituzione tedesca (art. 23 GG).

<sup>7</sup> I quesiti:

1) Se la decisione (...) 2015/774 (...) – come modificata (...) dalla decisione 2016/702 (...) – ovvero le modalità di esecuzione della decisione sopra citata, violino l'articolo 123, paragrafo 1, TFUE.

Se violi, in particolare, l'articolo 123, paragrafo 1, TFUE il fatto che, nell'ambito del Programma di acquisto di attività del settore pubblico sui mercati secondari (PSPP), a) determinati dettagli sugli acquisti siano comunicati in modo tale da far nascere nei mercati la certezza di fatto che l'Eurosistema acquisterà in parte i titoli che saranno emessi dagli Stati membri; b) non sia reso noto, nemmeno a posteriori, alcun dettaglio relativo al rispetto di termini minimi tra l'emissione di uno strumento di debito sul mercato primario e il suo acquisto sul mercato secondario, di modo che non è possibile un controllo giudiziale a tale riguardo; c) tutti i titoli acquistati non siano nuovamente venduti, bensì vengano detenuti sino alla scadenza finale e siano quindi sottratti al mercato; d) l'Eurosistema acquisti titoli di debito negoziabili nominali con un tasso di rendimento a scadenza negativo.

2) Se la decisione di cui alla [prima questione] violi comunque l'articolo 123 TFUE nel caso in cui, a causa del cambiamento delle condizioni sui mercati finanziari, e in particolare a seguito di una riduzione della disponibilità di titoli di debito acquistabili, il proseguimento della sua esecuzione richieda un costante allentamento delle regole di acquisto originarie e i limiti stabiliti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia per un programma di acquisto di titoli, come quello rappresentato dal PSPP, perdano la loro efficacia.

3) Se la decisione (...) 2015/774 (...), nella versione attualmente in vigore, (...) violi l'articolo 119 TFUE e l'articolo 127, paragrafi 1 e 2, TFUE nonché gli articoli da 17 a 24 del Protocollo [sul SEBC e sulla BCE], per il fatto che essa travalica il mandato conferito dalle suddette norme alla BCE ai fini della politica monetaria, invadendo pertanto la sfera di competenza degli Stati membri. Se si configuri un travalicamento del mandato conferito alla BCE a motivo, in particolare, del fatto che: a) la decisione di cui alla [prima questione] influisce in modo rilevante sulle condizioni di rifinanziamento degli Stati membri, a causa del volume del PSPP, che alla data del 12 maggio 2017 ammontava a 1 534,8 miliardi di euro; b) la decisione di cui alla [prima questione], in considerazione del miglioramento delle condizioni di rifinanziamento degli Stati membri menzionato alla lettera a) e dei suoi effetti sulle banche commerciali, non solo ha conseguenze politico-economiche indirette, bensì i suoi effetti oggettivamente accertabili indicano che la finalità politico-economica del programma si pone quantomeno sullo stesso piano rispetto alla finalità di politica monetaria; c) la decisione di cui alla [prima questione] viola il principio di proporzionalità in ragione del suo forte impatto politico-economico; d) a causa della mancanza di una motivazione specifica, la decisione di cui alla [prima questione] non può essere verificata sotto il profilo del persistere della sua necessità e proporzionalità nel corso della sua esecuzione, che si protrae da oltre due anni.

4) Se la decisione di cui alla [prima questione] violi in ogni caso gli articoli 119 e 127, paragrafi 1 e 2, TFUE, nonché gli articoli da 17 a 24 del Protocollo [sul SEBC e sulla BCE], per il fatto che il suo volume, la sua esecuzione che si protrae da oltre due anni, e i risultanti effetti politico-economici danno adito a un diverso modo di considerare la necessità e la proporzionalità del PSPP, e che pertanto detta decisione, a partire da un certo momento, rappresenta un travalicamento del mandato politico monetario della Banca centrale europea.

5) Se l'illimitata ripartizione dei rischi tra le banche centrali nazionali dell'Eurosistema in caso di perdite concernenti titoli delle amministrazioni centrali e degli emittenti ad esse parificati, forse instaurata dalla decisione di cui alla [prima questione], violi gli articoli 123 e 125 TFUE, nonché l'articolo 4, paragrafo 2, del TUE, qualora essa possa comportare la necessità di una ricapitalizzazione di banche centrali nazionali tramite fondi di bilancio».



europeo che regolano la politica monetaria e di bilancio; b) che la stessa BCE non ha adottato provvedimenti privi di adeguata motivazione né ha travalicato le proprie competenze e neppure ha posto in essere violazioni del principio di proporzionalità.

6. Come sappiamo, quando la Corte di Lussemburgo restituisce il caso alla Corte nazionale, quest'ultima deve e dovrebbe adeguarsi alla decisione della prima. E' un effetto che deriva dalla giurisprudenza consolidata della stessa Corte di Lussemburgo, per cui una sentenza pronunciata in via pregiudiziale vincola il giudice nazionale per la soluzione della controversia dinanzi ad esso pendente. Sappiamo però anche che tra le Corti nazionali e quella europea si instaura una relazione di fiducia e di "leale collaborazione", non un vincolo gerarchico. Conformemente all'articolo 19 del Trattato, spetta anche ai giudici nazionali garantire la piena applicazione del diritto dell'Unione nell'insieme degli Stati membri, nonché la tutela giurisdizionale dei diritti spettanti agli amministrati in forza del diritto dell'Unione. In tale contesto, la chiave di volta del sistema giurisdizionale così concepito è costituita proprio dal procedimento di "rinvio pregiudiziale" cui ha fatto ricorso la Corte di Karlsruhe (previsto dall'articolo 267 del Trattato), il quale, instaurando un dialogo da giudice a giudice, tra la Corte di Giustizia e i giudici degli Stati membri, mira ad assicurare l'unità di interpretazione del diritto dell'Unione, permettendo così di garantire la coerenza, la piena efficacia e l'autonomia di tale diritto nonché, in ultima istanza, il carattere peculiare dell'ordinamento istituito dai Trattati.

7. Tornata però la questione dinanzi alla Corte di Karlsruhe, quest'ultima, che pure aveva sollecitato il "dialogo", non ha seguito l'avviso della Corte di Lussemburgo ed ha (in parte) accolto i ricorsi<sup>8</sup> con la sentenza del 5 maggio 2020, dopo un'istruttoria che ha visto protagonisti, in una apposita udienza, alcuni tra i maggiori esperti finanziari tedeschi.

8. Mostrando un certo tono muscolare, la Corte di Karlsruhe, criticando persino lo stile redazionale<sup>9</sup> e l'applicazione operata in concreto del principio di proporzionalità da parte della Corte di Lussemburgo<sup>10</sup>, ha affermato che gli atti della BCE sono stati adottati *ultra vires* al pari della stessa sentenza della Corte<sup>11</sup>.

Queste le conseguenze, in sintesi.

A) Sulla base della loro responsabilità per l'integrazione europea, il Governo federale e il Bundestag tedesco hanno il dovere di adottare misure attive contro il PSPP "nella sua forma

<sup>8</sup> Con sette voti su otto.

<sup>9</sup> *However, in this case the delimitation of competences undertaken by the CJEU is simply untenable.*

<sup>10</sup> Su questi aspetti si rinvia al contributo di D.U. Galetta, sopra indicato in nota 1. Sullo stile redazionale, a volte opaco, della Corte di Giustizia, non si può essere del tutto in disaccordo con l'Alta Corte tedesca: non sono rari i casi in cui, dopo un rinvio pregiudiziale, la causa ritorna sul suolo nazionale senza aver dipanato i dubbi espressi dai giudici del rinvio.

<sup>11</sup> *This view manifestly fails to give consideration to the importance and scope of the principle of proportionality (Art. 5(1) second sentence and Art. 5(4) TEU), which also applies to the division of competences, and is no longer tenable from a methodological perspective given that it completely disregards the actual effects of the PSPP (see bb below). Therefore, the Judgment of the CJEU of 11 December 2018 manifestly exceeds the mandate conferred upon it in Art. 19(1) second sentence TEU, resulting in a structurally significant shift in the order of competences to the detriment of the Member States. To this extent, the CJEU Judgment itself constitutes an ultra vires act and thus has no binding effect [in Germany].*



attuale”, rivendicando il compito di adoperarsi attivamente per il rispetto del “programma di integrazione” e per la revoca delle misure non contemplate da quest’ultimo.

B) Concretamente, ciò significa che il Governo federale e il Bundestag “sono obbligati”, in virtù della loro responsabilità per il processo di integrazione, a lavorare affinché la BCE svolga un attendibile controllo di proporzionalità. A tale riguardo, il Governo federale e il Bundestag hanno anche il dovere di continuare a monitorare le decisioni dell'Eurosistema sugli acquisti di titoli di Stato nell'ambito del PSPP e di utilizzare i mezzi a loro disposizione per garantire che il SEBC (Sistema Europeo della Banche Centrali) operi in conformità al suo mandato<sup>12</sup>.

C) Gli organi costituzionali, le autorità e i tribunali tedeschi “non possono partecipare né allo sviluppo, né all'attuazione, all'esecuzione o all'operatività di atti *ultra vires*”, cioè di atti adottati al di fuori dei poteri di cui dispone un organo, tale essendo, secondo la Corte, il programma della BCE<sup>13</sup>, perciò inapplicabili in Germania.

D) Pertanto, in seguito ad un periodo transitorio di un massimo di tre mesi per il coordinamento necessario all'interno dell'Eurosistema, alla Bundesbank “è vietato partecipare all'attuazione e all'esecuzione delle decisioni della BCE oggetto della presente procedura”, salvo che il Consiglio direttivo della BCE non dimostri chiaramente “in una nuova decisione” che gli obiettivi di politica monetaria perseguiti con il PSPP non sono sproporzionati rispetto alle connesse implicazioni di politica economica e fiscale<sup>14</sup>.

9. Più che una invasione di campo rispetto alle competenze della Corte di Giustizia dell'Unione, si assiste ad un energico -ma non del tutto inedito- confronto tra Corti nazionali e Corti europee. Ricordano i giudici tedeschi che la Corte di Lussemburgo ha sì l'ultima

---

<sup>12</sup> Significativi i richiami alle seguenti norme del GG: “art. 38(1) first sentence GG guarantees the individual the right to vote in elections to the German Bundestag. This right is not limited to the formal legitimation of (federal) state power .... The citizens' right to democratic self-determination also applies with regard to European integration (Integrationsverantwortung) .... Within the scope of application of Art. 23(1) GG, it protects against a manifest and structurally significant exceeding of competences by institutions, bodies, offices and agencies of the European Union (...). It furthermore affords protection where acts of institutions, bodies, offices and agencies of the European Union exceed the limits set by the principles enshrined in Art. 1 and Art. 20 GG, which Art. 79(3) GG declares inviolable”.

<sup>13</sup> To the extent that the Federal Constitutional Court finds an act of institutions, bodies, offices and agencies of the European Union to exceed the limits set by the European integration agenda (Integrationsprogramm) in conjunction with Art. 23(1) second sentence and Art. 20(2) first sentence GG, this *ultra vires* act does not partake in the precedence of application of EU law (Anwendungsvorrang). As a result, the *ultra vires* act is not to be applied in Germany, and has no binding effect in relation to German constitutional organs, administrative authorities and courts. These organs, courts and authorities may participate neither in the development nor in the implementation, execution or operationalisation of *ultra vires* acts (...). This generally also applies to the Bundesbank, all the more as it is called upon to advise the Federal Government in monetary policy matters pursuant to § 13(1) BBankG.

<sup>14</sup> Following a transitional period of no more than three months allowing for the necessary coordination with the ESCB, the Bundesbank may thus no longer participate in the implementation and execution of Decision (EU) 2015/774, the amending Decisions (EU) 2015/2101, (EU) 2015/2464, (EU) 2016/702 and (EU) 2017/100, and the Decision of 12 September 2019, neither by carrying out any further purchases of bonds nor by contributing to another increase of the monthly purchase volume, unless the ECB Governing Council adopts a new decision that demonstrates in a comprehensible and substantiated manner that the monetary policy objectives pursued by the ECB are not disproportionate to the economic and fiscal policy effects resulting from the programme. On the same condition, the Bundesbank must ensure that the bonds already purchased under the PSPP and held in its portfolio are sold based on a – possibly long-term – strategy coordinated with the ESCB.



parola sul diritto europeo, ma non può mai discostarsi dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri (artt. 6, 19 e 340 Trattato) né può mai discostarsi completamente dagli orientamenti dei Tribunali costituzionali dei singoli Stati.

10. Lo scostamento si è registrato nel caso concreto quando la Corte di Lussemburgo ha valutato, senza verificarne pienamente gli effetti sul bilancio federale<sup>15</sup>, il Programma della BCE che, a sua volta, è stato adottato, secondo la Corte di Karlsruhe, in elusione del principio di proporzionalità perché non ha considerato gli effetti di politica del piano di acquisto lanciato con Programma sul sistema bancario interno e sugli oneri potenzialmente derivanti per gli Stati<sup>16</sup>. In tal modo, cioè non valutando in modo approfondito il Programma della BCE, di fatto la Corte di Lussemburgo ha permesso sia alla BCE sia al SEBC di dilatare le proprie competenze<sup>17</sup>, che in base al Trattato<sup>18</sup> devono restare confinate nella

<sup>15</sup> *Even though certain details of the CJEU's arguments raise considerable concerns, the interpretation of Art. 123 TFEU undertaken by the CJEU can still be considered tenable from a methodological perspective. On this basis, the ECB decisions at issue cannot be found to violate the prohibition of monetary financing (see 3 below). It essentially follows from the replies of the CJEU, especially in consideration of the fifth question referred for a preliminary ruling, that the PSPP does not pose a risk to the overall budgetary responsibility of the Bundestag.*

<sup>16</sup> Si legge in sentenza (capi 65 e ss.) “More specifically, as the ECB explained before the Court, the transmission of the ESCB's monetary policy measures to price trends takes place via, inter alia, facilitation of the supply of credit to the economy and modification of the behaviour of businesses and individuals with regard to investment, consumption and saving.

Consequently, in order to exert an influence on inflation rates, the ESCB necessarily has to adopt measures that have certain effects on the real economy, which might also be sought — to different ends — in the context of economic policy. In particular, when the maintenance of price stability requires the ESCB to seek to raise inflation, the measures that it must adopt to ease monetary and financial conditions in the euro area for that purpose may entail an impact on the interest rates of government bonds because, inter alia, those interest rates play a decisive role in the setting of the interest rates applicable to the various economic actors (...).

That being so, if the ESCB were precluded altogether from adopting such measures when their effects are foreseeable and knowingly accepted, that would, in practice, prevent it from using the means made available to it by the Treaties for the purpose of achieving monetary policy objectives and might — in particular in the context of an economic crisis entailing a risk of deflation — represent an insurmountable obstacle to its accomplishing the task assigned to it by primary law.

In the second place, as regards the means used in Decision 2015/774 to achieve the objective of maintaining price stability, it is common ground that the PSPP is based on the purchase of government bonds on secondary markets.

It is clear from Article 18.1 of the Protocol on the ESCB and the ECB, which forms part of Chapter IV of that protocol, that in order to achieve the objectives of the ESCB and to carry out its tasks, as provided for in primary law, the ECB and the central banks of the Member States may, in principle, operate in the financial markets by buying and selling outright marketable instruments denominated in euros. It follows that the operations provided for by Decision 2015/774 use one of the monetary policy instruments for which primary law provides (...).

In view of the foregoing, it follows that, taking account of its objective and of the means provided for achieving that objective, a decision such as Decision 2015/774 falls within the sphere of monetary policy”.

<sup>17</sup> Del resto, la sentenza della Corte di Giustizia dell'11 dicembre 2018 si trincerava troppe volte dietro l'inesistenza di un rilevato “manifesto errore di valutazione” della BCE, riconoscendole amplissima discrezionalità. Si vedano ad esempio i capi 89 e ss. della motivazione, che non devono essere di certo piaciuti ai giudici dell'Alta Corte tedesca: “(...) Poi, se è pur vero che, malgrado questi diversi limiti, il volume complessivo dei titoli acquistabili in base al PSPP resta notevole, la BCE ha però osservato in modo pertinente che l'efficacia di un siffatto programma, attraverso i meccanismi descritti al punto 77 della presente sentenza, si basa sull'acquisto e sulla conservazione di un grande volume di titoli del debito pubblico, il che implica non soltanto che gli acquisti realizzati devono presentare un volume sufficiente, ma anche che può rivelarsi necessario, per realizzare l'obiettivo ricercato dalla decisione 2015/774, conservare durevolmente i titoli acquistati e reinvestire le somme risultanti dal rimborso di questi ultimi alla loro scadenza. (...) A questo proposito, occorre ricordare che il fatto che quest'analisi motivata sia oggetto di contestazioni non può essere sufficiente, di per sé solo, per dimostrare l'esistenza di un manifesto errore di valutazione che sarebbe stato commesso dal SEBC, dato che, alla luce del carattere controverso che presentano abitualmente le questioni di politica monetaria e dell'ampio potere



politica monetaria e che, invece, nel caso concreto, sono state estese sino all'esercizio di politica economica di stretta osservanza degli Stati<sup>19</sup> e dei rispettivi organi costituzionali<sup>20</sup> democraticamente eletti<sup>21</sup>.

11. Proprio in vista della tutela dei diritti fondamentali delle future generazioni (di tutti i Paesi), che la Costituzione tedesca protegge da iniziative politiche e decisioni amministrative di segno contrario<sup>22</sup>, la Corte di Karlsruhe chiede un nuovo pronunciamento alla BCE, ritenendo priva di motivazione la precedente assolutoria sentenza della Corte di

---

*discrezionale di cui gode il SEBC, da quest'ultimo non può esigersi altro se non l'utilizzazione delle sue conoscenze specialistiche in campo economico e dei mezzi tecnici necessari di cui esso dispone al fine di effettuare l'analisi suddetta con diligenza e precisione (v., in tal senso, sentenza del 16 giugno 2015, Gauweiler e a., C-62/14, EU:C:2015:400, punto 75)". Vale però la pena chiedersi: se le questioni di politica monetaria sono "abituamente controverse", come è scritto in sentenza, è davvero all'altezza dei tempi una Corte di Giustizia dell'Unione che non decide perché si affida alle "sole competenze specialistiche" della BCE? Inoltre, anche il richiamo "ossessivo" al precedente Gauweiler del 2015 appare contraddittorio se è vero che in quella sentenza la Corte di Lussemburgo si riprometteva in sostanza un giudizio più approfondito quando, all'epoca, ci censurava solo un comunicato stampa, nella consapevolezza che ci sarebbe stata "una seconda tappa, ossia quella dell'attuazione di tale programma, che sarà subordinata ad un'analisi approfondita delle esigenze della politica monetaria": si rinvia cioè ad un precedente ...che non poteva decidere.*

<sup>18</sup> *Exceeding of the competences assigned to the ECB in Art. 119, Art. 127 et seq . TFEU and Art. 17 et seq . ESCB Statute.*

<sup>19</sup> *Art. 38(1) first sentence, Art. 20(1) and (2) and Art. 79(3) GG protect, in particular, the budgetary powers of the German Bundestag (...) and its overall budgetary responsibility as indispensable elements of the constitutional principle of democracy (...). It is for the German Bundestag, as the organ directly accountable to the people, to take all essential decisions on revenue and expenditure; this prerogative forms part of the core of Art. 20(1) and (2) GG, which is beyond the reach of constitutional amendment (...). It falls to the Bundestag to determine the overall financial burden imposed on citizens and to decide on essential expenditure of the state (...). Thus, a transfer of sovereign powers violates the principle of democracy at least in cases where the type and level of public spending are, to a significant extent, determined at the supranational level, depriving the Bundestag of its decision-making prerogative (...).*

<sup>20</sup> *Art. 23(1) first and third sentence GG affirms that the right to democratic self-determination enshrined in Art. 38(1) first sentence in conjunction with Art. 20(1) and (2) and Art. 79(3) GG applies, in principle, also with regard to European integration (Integrationsverantwortung ). The democratic legitimation by the people of public authority exercised in Germany belongs to the essential contents of the principle of the sovereignty of the people and thus forms part of the Basic Law's constitutional identity protected in Art. 79(3) GG; it is therefore beyond the reach of European integration in accordance with Art. 23(1) third sentence in conjunction with Art. 79(3) GG (...). It follows that the Basic Law does not authorise German state organs to transfer sovereign powers to the European Union in such a way that the European Union were authorised, in the independent exercise of its powers, to create new competences for itself . The manner and scope of the transfer of sovereign powers must satisfy democratic principles. The substantive leeway to design afforded the Bundestag – especially in the form of its budgetary powers – must be preserved.*

<sup>21</sup> *The right to vote in elections to the German Bundestag , guaranteed as an individual right in Art. 38(1) GG, is not limited to the formal legitimation of (federal) state power but also protects the basic democratic contents of the right to vote (...). These contents include the principle of the sovereignty of the people enshrined in Art. 20(2) first sentence GG as well as the corresponding right of citizens to be subjected only to such public authority as they can legitimate and influence (...). This prohibits subjecting citizens to a political authority they cannot escape and in regard of which they cannot in principle influence, on free and equal terms, decisions on the persons in power and on substantive issues.*

<sup>22</sup> *Where acts of institutions, bodies, offices and agencies of the European Union give rise to effects that bear on Germany's constitutional identity enshrined in Art. 1 and Art. 20 GG, they exceed the limits of open statehood set by the Basic Law (...). This concerns the protection of the human dignity core enshrined in fundamental rights under Art. 1 GG (cf. BVerfGE 140, 317 <341 para. 48>) as well as the basic tenets that inform the principles of democracy, the rule of law, the social state and the federal state within the meaning of Art. 20 GG. With a view to the principle of democracy enshrined in Art. 20(1) and (2) GG, it must inter alia be ensured that the German Bundestag retain for itself functions and powers of substantial political significance (...) and that it remain capable of exercising its overall budgetary responsibility.*



Lussemburgo<sup>23</sup>, che non ha a sua volta spiegato bene dove finisce la politica monetaria (di competenza della BCE) e dove inizia la politica economica (di competenza degli Stati)<sup>24</sup> ed anzi offrendo sul punto un quadro confuso<sup>25</sup> nonostante ogni evidenza contraria<sup>26</sup>.

12. La stampa italiana ha tradotto questo passaggio in una richiesta di “chiarimenti” alla BCE ma non si tratta esattamente di questo, quanto di una richiesta di motivato ripensamento per impedire il peggio, cioè l’uscita di Berlino dal Programma della BCE: la Corte tedesca, cioè, vuole avere maggiori dettagli<sup>27</sup> su alcuni aspetti cruciali tra cui l’exit strategy e la potenziale creazione di debito comune<sup>28</sup>.

A tal fine la stessa BCE dovrebbe entro tre mesi spiegare “in una maniera comprensibile e con argomentazioni” gli obiettivi della politica monetaria legati al Programma, dimostrandone gli effetti economici e chiarendo se è stata una misura proporzionale alla situazione economica in cui versavano gli Stati della zona euro in quel periodo. In realtà, questo passaggio della sentenza, che è alla base delle forti ma inevitabili polemiche sulla tenuta del sistema giudiziario europeo, appare forse superfluo nel contesto delle articolate motivazioni offerte dai giudici di Karlsruhe.

---

<sup>23</sup> *The differing view of the CJEU set out in its Judgment of 11 December 2018 does not merit a different conclusion, given that on this point, the judgment is simply not comprehensible so that, to this extent, the judgment was rendered ultra vires.*

<sup>24</sup> *The CJEU’s approach to disregard the actual effects of the PSPP for the purposes of assessing the measure’s proportionality (...) and to refrain from conducting an overall assessment and appraisal in this regard (...) does not satisfy the requirements of a comprehensible review as to whether the ESCB and the ECB observe the limits of their monetary policy mandate. Applied in this manner, the principle of proportionality cannot fulfil its corrective function for the purposes of safeguarding the competences of the Member States, as provided for in Art. 5(1) second sentence and Art. 5(4) TEU. The interpretation undertaken by the CJEU essentially renders meaningless the principle of conferral set out in Art. 5(1) first sentence and Art. 5(2) TEU.*

<sup>25</sup> *It further states that if the purchasing of government bonds by the ESCB essentially amounted to granting financial assistance to Member States, it would qualify as an economic policy measure for which the EU has no competence.*

<sup>26</sup> *Despite the overlap between economic policy and monetary policy, the CJEU regards as irrelevant the indications that argue against the classification of the programme as a monetary policy measure and, from the outset, refrains from conducting an overall assessment and appraisal for the purposes of distinguishing between those two policy areas (...); as a result, the CJEU does not conduct an effective review as to whether the ECB exceeds its competences. It is true that the ECB is afforded a margin of appreciation as regards the assessment and appraisal of the consequences of its actions and the weighing of such consequences in relation to the objectives pursued by the asset purchase programme. However, from a methodological perspective, it is not tenable that the CJEU attaches no legal relevance whatsoever to the effects of the asset purchase programme, neither in determining the objectives pursued by the ESCB nor in reviewing the proportionality of the programme.*

<sup>27</sup> *At present, it cannot yet be determined whether the Federal Government and the Bundestag did actually violate their responsibility with regard to European integration (Integrationsverantwortung) by failing to actively advocate for the termination of the PSPP. This determination is contingent upon a proportionality assessment by the Governing Council of the ECB, which must be substantiated with comprehensible reasons. In the absence of such an assessment, it is not possible to reach a conclusive decision as to whether the PSPP in its specific form is compatible with Art. 127(1) TFEU.*

<sup>28</sup> *If a binding exit strategy, which sets sufficiently specific criteria for ending the programme, was already decided on at the time a programme such as the PSPP was adopted, this would significantly minimise the risk of a circumvention of Art. 123(1) TFEU. In the oral hearing, the expert third parties have repeatedly emphasised that determining an exit strategy is imperative and that the criteria set out therein must ensure that the selling of bonds purchased under the programme does not become a mere theoretical possibility. Yet the decisions at issue do not contain any such exit strategy.*

*(...) Ultimately, based on a proper application of the criteria set out by the CJEU in its Judgment of 11 December 2018, it is not ascertainable that the purchases under the PSPP manifestly circumvent the prohibition of monetary financing. In an overall assessment, the “safeguards” built into the PSPP still suffice to rule out a manifest circumvention of Art. 123(1) TFEU.*



Se, infatti, sul piano giuridico fosse corretto l'invito-ordine rivolto alla Bundesbank di non partecipare alla implementazione del Programma della BCE (se si tratta più di un "invito" che di un "ordine *enforceable*" lo può sapere solo la Corte tedesca sulla base del diritto applicabile in Germania)<sup>29</sup>, non sarebbe necessaria la seconda parte del capo della sentenza recante l'invito alla BCE a spiegare meglio la propria decisione<sup>30</sup>. Nel senso che, se la Bundesbank non può partecipare al Programma così come confezionato<sup>31</sup>, o può farlo solo a certe condizioni, va da sé che la BCE dovrà spiegare meglio il suo contenuto, salvo modificarlo.

Non vi sarebbe, quindi, un vero e proprio obbligo di risposta della BCE.

13. Per quanto concerne il temuto attacco alle prerogative della BCE, non sembra in gioco tanto il valore dell'indipendenza della BCE (protetto dal Trattato: art. 130) quanto una verifica sull'esercizio di poteri utilizzati in concreto dalla BCE al fine di appurare se la stessa ha operato al di là delle sue competenze, come ora teme la Corte di Karlsruhe<sup>32</sup>. Per cui, è verosimile immaginare che la questione si risolverà, in applicazione del principio di "leale collaborazione" dalla stessa Corte di Karlsruhe auspicato sul piano generale<sup>33</sup>, con una motivazione dell'atto della BCE maggiormente esaustiva in una materia, la politica

---

<sup>29</sup> "(...) the Bundesbank may thus no longer participate in the implementation and execution of Decision (EU) 2015/774, the amending Decisions (EU) 2015/2101, (EU) 2015/2464, (EU) 2016/702 and (EU) 2017/100, and the Decision of 12 September 2019, neither by carrying out any further purchases of bonds nor by contributing to another increase of the monthly purchase volume (...)".

<sup>30</sup> "...unless the ECB Governing Council adopts a new decision that demonstrates in a comprehensible and substantiated manner that the monetary policy objectives pursued by the ECB are not disproportionate to the economic and fiscal policy effects resulting from the programme".

<sup>31</sup> *Against this backdrop, Art. 38(1) first sentence in conjunction with Art. 20(1) and (2) first sentence GG affords voters a right vis-à-vis the Federal Government, the Bundestag and, as the case may be, the Bundesrat, compelling these constitutional organs to monitor whether institutions, bodies, offices and agencies of the European Union adhere to the European integration agenda (Integrationsprogramm), to refrain from participating in the adoption and implementation of measures that exceed the limits of the integration agenda (Integrationsprogramm), and, where such measures constitute a manifest and structurally significant exceeding of EU competences, to actively take steps to ensure conformity with the integration agenda (Integrationsprogramm) and respect for its limits. The Federal Constitutional Court conducts an ultra vires review to assess whether these standards are met.*

*In the event of a manifest and structurally significant exceeding of competences by institutions, bodies, offices and agencies of the European Union, these constitutional organs must, in the exercise of their powers, actively take steps to ensure conformity with the integration agenda (Integrationsprogramm) and respect for its limits (...). This duty may also extend to the Bundesrat (cf. Art. 23(4) to (6) as well as the Act on the Cooperation of the Federation and the Länder in European Union Matters) or the Federal President".*

<sup>32</sup> *Rather, it allows the ECB to expand – gradually and in a manner that is not necessarily noticeable from the outset – its competences on its own authority; at the very least, it largely or completely exempts such action on the part of the ECB from judicial review. This combination of the broad discretion afforded the institution in question together with the limited standard of review as to whether that institution manifestly exceeded its competences may well be in line with traditional case-law in other areas of EU law. Yet it clearly fails to give sufficient effect to the principle of conferral [...] and paves the way for a continual erosion of Member State competences.*

<sup>33</sup> *In principle, certain tensions are thus inherent in the design of the European Union; they must be resolved in a cooperative manner, in keeping with the spirit of European integration, and mitigated through mutual respect and understanding. This reflects the nature of the European Union as a union based on the multi-level cooperation of sovereign states, constitutions, administrations and courts (Staaten-, Verfassungs-, Verwaltungs- und Rechtsprechungsverbund).*



finanziaria e di bilancio (ed i rispettivi confini), molto tecnica ma in grado di incidere fortemente sul principio democratico e proprio perciò da tenere comunque sotto controllo<sup>34</sup>. Del resto, il valore dell'indipendenza della BCE non implica che quest'ultima sia una monade che opera senza controlli degli Stati membri e delle relative Corti. L'art. 130 TFUE stabilisce che nell'esercizio dei poteri e nell'assolvimento dei compiti e dei doveri loro attribuiti dai trattati e dallo statuto del SEBC e della BCE, né una banca centrale nazionale né un membro dei rispettivi organi decisionali possono sollecitare o *accettare istruzioni dalle istituzioni*, dagli organi o dagli organismi dell'Unione, dai governi degli Stati membri né *da qualsiasi altro organismo*. Le istituzioni, gli organi e gli organismi dell'Unione nonché i governi degli Stati membri si impegnano a rispettare questo principio e a non cercare di influenzare i membri degli organi decisionali della Banca centrale europea o delle banche centrali nazionali nell'assolvimento dei loro compiti. Quello che un tempo lontano era un potere esclusivo e tipico della Banca centrale dei singoli Stati, vale a dire emettere moneta in modo, spetta ora alla BCE. Compito delle BCE è quello di salvaguardare il valore della moneta (l'euro), evitando processi inflazionistici e squilibrio finanziario. Ma questo compito non è assolto dalla *sola* BCE. L'art. 282 del TFUE chiarisce che il Sistema europeo delle banche centrali (SEBC) si compone della Banca centrale europea e delle "banche centrali nazionali". La Banca centrale europea e le banche centrali nazionali degli Stati membri, la cui moneta è l'euro, "conducono la politica monetaria dell'Unione". In tal senso, non a caso la Corte di Karlsruhe dirige la sua attenzione proprio alla Bundesbank, che detiene il 26,4% del SEBC e che, pertanto, è destinataria degli effetti degli acquisti del programma in misura corrispondente.

14. La Corte di Karlsruhe e la Corte di Lussemburgo, al pari della BCE, mantengono, così, intatte le rispettive competenze. In questo senso va letto, ad esempio, il comunicato stampa della Corte di Lussemburgo dell'8 maggio 2020, che ribadisce che l'unità e la certezza del diritto europeo rischiano di essere compromesse se una Corte nazionale procede autonomamente senza osservare le sentenze della Corte di Giustizia. Quello che il comunicato stampa non ricorda, né poteva essere diversamente, è che l'effetto vincolante delle sentenze della Corte di Giustizia, da quest'ultima invocato sin dalla nascita del diritto comunitario, è stato affermato dalle Corti costituzionali degli Stati membri più che dai Trattati.

15. Sin qui le questioni principali, riferite al rapporto tra diritto tedesco e diritto dell'Unione. Lette le motivazioni della sentenza, della cui correttezza il giurista italiano non può dubitare, non si può affermare che quella dell'Alta Corte tedesca sia una decisione "eversiva" né tantomeno incomprensibile (per quanto indubbiamente strumentalizzabile in tempi di

---

<sup>34</sup> *It is furthermore imperative that the mandate of the ESCB be subject to strict limitations given that the ECB and the national central banks are independent institutions (Art. 130, Art. 282(3) third and fourth sentence TFEU, Art. 88(2) GG), which means that they operate on the basis of a diminished level of democratic legitimation. The independence afforded the ECB relates only to the powers conferred upon it in the Treaties and the substantive exercise of such powers but is not applicable with regard to defining the extent and scope of the ECB's mandate. To ensure that the ECB cannot validly adopt a programme that, contrary to the principle of conferral, exceeds the monetary policy mandate vested in the ECB under primary law, it is imperative that adherence to limits of the ECB's competence be subject to full judicial review.*



discussione sulle misure finanziarie da accordare agli Stati membri in tempi di Covid e temibile per l'effetto domino che potrà avere presso le Corti di altri Stati membri<sup>35</sup>). Sul piano giuridico, la decisione in esame non appare criticabile. Non a caso, è stato già ben più autorevolmente chiarito che essa poggia su solide basi<sup>36</sup>.

16. La critica più vistosa alla sentenza della Corte costituzionale tedesca, in realtà, potrebbe avere ad oggetto il piano istituzionale, cioè la “ribellione” rispetto alla sentenza della Corte di Lussemburgo.

Oltre al fin troppo elastico principio di proporzionalità<sup>37</sup>, entrato in crisi per eterogenesi dei fini<sup>38</sup>, un forte scossone è stato dato all'istituto processuale del rinvio pregiudiziale alla Corte, che mostra una volta di più i suoi limiti<sup>39</sup>.

---

<sup>35</sup>P. MEIER-BECK, *Ultra Vires? in D'Kart*, su <https://www.d-kart.de/en/blog/2020/05/11/ultra-vires/>

<sup>36</sup> M. CLARICH, *La Consulta tedesca e il problema della legittimazione democratica dell'UE*, in MF, 8 maggio 2020.

<sup>37</sup> La Corte tedesca, dopo aver sapientemente ricordato che il principio di proporzionalità è un “principio non scritto” del diritto europeo, ne utilizza a piene mani il vago e sin troppo elastico contenuto per ribaltare l'uso che di quel principio è stato fatto dalla stessa Corte di Lussemburgo nella presenta vicenda. [...]. *It requires “that acts of the EU institutions be appropriate for attaining the legitimate objectives pursued by the legislation at issue and do not exceed the limits of what is appropriate and necessary in order to achieve those objectives”* (cf. the leading decision CJEU, Judgment of 29 November 1956, *Fédération Charbonnière*, C-8/55, ECR 1956, I-302 <311>; cf. also CJEU, Judgment of 10 December 2002, *British American Tobacco*, C-491/01, ECR 2002, I-11550 <11590 para. 122>; Judgment of 8 July 2010, *Afion Chemical*, C-343/09, ECR 2010, I-7062 <7078 para. 45>; Judgment of 22 January 2013, *Sky Österreich*, C-283/11, EU:C:2013:28, para. 50; Judgment of 17 October 2013, *Schaible*, C-101/12, EU:C:2013:661, para. 29; Judgment of 8 April 2014, *Digital Rights and Others*, C-293/12 inter alia, EU:C:2014:238, para. 46). *The application of this principle in the CJEU's case-law is often characterised by the terms ‘suitable’, ‘appropriate’ and ‘necessary’, although the CJEU does not necessarily attach the same meaning to these terms as German terminology and doctrine [...].*

*As a result, the review of proportionality is rendered meaningless, given that suitability and necessity of the PSPP are not balanced against the economic policy effects – other than the risk of losses – arising from the programme to the detriment of Member States' competences, and that these adverse effects are not weighed against the beneficial effects the programme aims to achieve (see b below). This contradicts the methodological approach taken by the CJEU in virtually all other areas of EU law (see c below). Ultimately, the Judgment of the CJEU of 11 December 2018 allows the ESCB to conduct economic policy as long as the ECB asserts that it uses the means set out or provided for in the ESCB Statute (cf. Art. 20(1) ESCB Statute) and that it aims to achieve the inflation target fixed by the ECB itself.*

*The specific manner in which the CJEU applies the principle of proportionality in the case at hand renders that principle meaningless for the purposes of distinguishing, in relation to the PSPP, between monetary policy and economic policy, i.e. between the exclusive monetary policy competence conferred upon the EU (Art. 3(1) lit. c TFEU) and the limited conferral upon the EU of the competence to coordinate general economic policies, with the Member States retaining the competence for economic policy at large (Art. 4(1) TEU; Art. 5(1) TFEU).*

*As the economic policy effects of the PSPP are disregarded completely, the application of the principle of proportionality by the CJEU cannot fulfil its purpose, given that its key element – the balancing of conflicting interests – is missing. As a result, the review of proportionality is rendered meaningless.*

*Relying on the principle of proportionality to distinguish between monetary policy and economic policy (Art. 5(1) second sentence and Art. 5(4) TEU) implies that a programme's effects can render it disproportionate.*

<sup>38</sup> *A programme adopted by the ESCB for the purchase of government bonds, such as the PSPP, that has significant economic policy effects must satisfy the principle of proportionality (cf. CJEU, Judgment of 16 June 2015, Gauweiler and Others, C-62/14, EU:C:2015:400, para. 66 et seq.; loc. cit., para. 71). This requires that the programme constitute a suitable and necessary means for achieving the aim pursued; it further requires that the programme's monetary policy objective and its economic policy effects be identified, weighed and balanced against one another. The PSPP's monetary policy objective is in principle not (yet) objectionable (...). However, by pursuing that objective unconditionally while ignoring the economic policy effects resulting from the programme, the ECB manifestly disregards the principle of proportionality enshrined in Art. 5(1) second sentence and Art. 5(4) TEU (see bb below). This violation of the principle of proportionality is structurally significant so that the actions of the ECB constitute an ultra vires act (...).*



Sul rinvio pregiudiziale, applicabile sull'intero territorio dell'Unione e perciò certamente suscettibile di disamina oltre il confine del diritto tedesco, si può osservare quanto segue. Sappiamo che spetta ai giudici nazionali assicurare il rispetto del diritto interno e del diritto che proviene dall'ordinamento estero, se richiamato dal primo, nella misura in cui esso è direttamente applicabile all'interno dello Stato. Naturalmente, nell'espletamento di tale compito, i giudici non sono totalmente liberi, altrimenti non potrebbe essere assicurata l'uniformità del trattamento del diritto esterno, in questo caso del diritto europeo.

A questo scopo era stato introdotto nei Trattati, come è noto, l'istituto del rinvio pregiudiziale disciplinato oggi dall'art. 267 del TFUE (prima, dall'art. 234 del Trattato). Come ricorda J. Ziller, il meccanismo in esame venne introdotto dietro suggerimento della delegazione italiana, sulla falsariga del nostro rinvio alla Corte costituzionale previsto dalla legge cost. n. 87/1953<sup>40</sup>. L'art. 267 del TFUE introduce due tipologie di rinvio: a) sull'interpretazione dei trattati; b) sulla validità e l'interpretazione degli atti compiuti dalle istituzioni, dagli organi o dagli organismi dell'Unione.

La Corte di Giustizia, quindi, mantiene il monopolio sulla interpretazione del diritto europeo e degli atti delle sue Istituzioni, ma non sulla applicazione degli atti da parte dei giudici nazionali sulla controversia di merito pendente dinanzi ad essi, così come resta escluso dal controllo della Corte di giustizia l'esame di compatibilità di una norma nazionale con il trattato o gli atti delle istituzioni<sup>41</sup>.

In questo senso il rinvio è "pregiudiziale": la Corte di giustizia non può decidere anche nel merito la questione ad essa sottoposta, che resta nelle mani dei giudici nazionali, ai quali non a caso resta pure saldamente affidato il giudizio sulla rilevanza della questione di interpretazione ai fini della soluzione del caso sottoposto al loro esame.

Nonostante l'istituto del rinvio pregiudiziale sia stato esteso nel corso del tempo sino a introdurre vincoli più stringenti sulla decisione dei giudici *a quo*<sup>42</sup>, non possono sorgere dubbi di sorta sulla ampiezza del margine di apprezzamento del giudice nazionale e sulla sua libertà di rivolgersi alla Corte, come dimostra l'esperienza del "law in action"<sup>43</sup>.

Si può obiettare che, a norma del terzo comma dell'art. 267, "quando una questione del genere è sollevata in un giudizio pendente davanti a una giurisdizione nazionale, avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno, tale giurisdizione è tenuta a rivolgersi alla Corte". Ma anche in tal caso, nonostante l'obiettivo specifico dell'obbligo di rinvio del giudice di ultima istanza sia quello di evitare che in uno Stato membro si consolidi una giurisprudenza nazionale in contrasto con le norme di diritto dell'Unione<sup>44</sup>, l'obbligo del giudice di ultima istanza non è esente da una valutazione discrezionale sui presupposti della rimessione alla Corte.

<sup>39</sup> Famosa l'espressione dell'avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer che ha equiparato a suo tempo l'obbligo di rinvio pregiudiziale al mito di Sisifo: si vedano le conclusioni nella causa Gaston Schul Douane-expéditeur (C-461/03).

<sup>40</sup> J. ZILLER, *Diritto delle politiche e delle istituzioni dell'Unione europea*, Bologna, 2013, p. 618.

<sup>41</sup> Secondo una interpretazione, per così dire, tradizionale: cfr. F. POCAR, *Diritto dell'Unione e delle comunità europee*, Milano, 2006, pp. 235 e ss.

<sup>42</sup> Ad esempio, CGUE 22 ottobre 1987. - *Foto-Frost*, causa 314/85; 9 settembre 2015, Ferreira da Silva e Brito e a., C-160/14; 4 giugno 2015, *Kernkraftwerke Lippe-Ems*, C-5/14.

<sup>43</sup> Anche la Corte lo ha specificato, del resto, da lungo tempo: CGUE, 20 maggio 1976, causa 115/75, *Mazzalai*.

<sup>44</sup> Sentenza Pedro IV Servicios (C-260/07).



Molti ricorderanno le polemiche che vi furono, sul modo di intendere ed applicare l'istituto del rinvio pregiudiziale, tra la Corte di Lussemburgo, da un lato, e il Consiglio di Stato francese e la Corte costituzionale italiana, dall'altro lato. Erano il frutto della disputa sul modo di intendere il rapporto tra diritto interno e diritto comunitario da parte delle Corti nazionali, cui era ed è affidato il compito di custodire le chiavi del diritto interno.

In primo luogo, il Conseil d'Etat, nel 1963, quando intese applicare al diritto comunitario la teoria dell'*acte clair*, ritenendo l'art. 31 del Trattato (sui monopoli di Stato a carattere commerciale) talmente chiaro da non meritare alcuno scrutinio interpretativo della Corte di Giustizia<sup>45</sup>: teoria, poi ripresa successivamente<sup>46</sup>, ma sempre respinta da Lussemburgo<sup>47</sup>, il cui scopo era salvaguardare alcuni interessi specifici protetti dalla legge francese.

Inoltre, la nostra Consulta, nel 1964, quando si occupò della nazionalizzazione dell'energia elettrica in Italia, provando a superare la norma del Trattato (artt. 37, 53) con una interpretazione (secondo cui la legge italiana era successiva alla legge di ratifica del Trattato, avente valore di legge ordinaria e quindi poteva derogarvi in base al principio di successione delle leggi nel tempo) stigmatizzata dalla Corte del Lussemburgo e dal suo Avvocato generale<sup>48</sup>. Ci sono voluti venti anni, dopo la sentenza Costa/Enel del 1964<sup>49</sup>, per riannodare le fila di quel "dialogo interrotto" tra le (due massime) giurisdizioni<sup>50</sup>. Non senza evidenziare la periodica difficoltà di funzionamento del rinvio pregiudiziale, come dimostra la sentenza della nostra Consulta n. 232/1989<sup>51</sup>.

<sup>45</sup> Conseil d'Etat, 19 giugno 1964, Shelle-Berre.

<sup>46</sup> Conseil d'Etat, 27 novembre 1980, Société Sovincast.

<sup>47</sup> Sentenza Hoffmann-Laroche (107/76); Sentenza Cilfit e a. (283/81). Cfr. H. Rasmussen, «*The European Court's Acte Clair Strategy in C.I.L.F.I.T. Or: Acte Clair, of Course! But What does it Mean?*», 9, EL. Rev. (1984).

<sup>48</sup> Le conclusioni dell'Avvocato generale Lagrange, che contengono una perfetta sintesi dell'intero diritto comunitario, si distinguono per alcuni toni forti: "*Quanto agli sconfinamenti commessi da organi nazionali, essi vanno del pari repressi e anche in questo caso non solo a favore degli Stati, ma anche a favore dei singoli qualora il Trattato o i regolamenti comunitari attribuiscono loro dei diritti soggettivi*". A proposito della sentenza della Corte costituzionale 7 marzo 1964: "*Vorrei invece insistere sulle conseguenze disastrose — l'espressione non è troppo forte — che una giurisprudenza siffatta, qualora fosse tenuta ferma, rischierebbe di avere per il funzionamento del sistema istituzionale stabilito dal Trattato e, quale conseguenza, per lo stesso avvenire del mercato comune*".

<sup>49</sup> Corte di Giustizia 15 luglio 1964, Causa 6/64. A distanza di oltre 50 anni merita forse ricordare che uno dei più importanti e cruciali passaggi della giurisprudenza interna e comunitaria nacque da un ricorso di un cittadino, l'avv. Costa, che non voleva pagare appena 1.925 vecchie lire all'ENEL, ritenendo illegittimo sul piano comunitario e costituzionale l'intervenuta nazionalizzazione dell'industria elettrica italiana. La questione venne sollevata dinanzi alla Corte costituzionale e alla Corte di Giustizia dal Giudice conciliatore italiano. Oggi, forse, tutto questo sarebbe impensabile.

<sup>50</sup> Lo ricordano, con dovizia di argomenti, L. Ferrari Bravo - E Moavero Milanese, *Lezioni di diritto comunitario*, Napoli, 2002, vol. I, pp. 188 e ss.

<sup>51</sup> Del resto, che il meccanismo del rinvio pregiudiziale possa essere inteso come uno strumento "a maglie larghe", soggetto all'ampia discrezionalità del giudice nazionale, lo prova la giurisprudenza secondo cui non sussiste un obbligo — ferma restando la facoltà —, nemmeno in capo al giudice nazionale di ultima istanza, di interpellare la Corte di giustizia, qualora ricorra una delle seguenti condizioni: (i) se la questione interpretativa del diritto europeo non sia pertinente, cioè non possa in alcun modo influire sull'esito del giudizio a quo; (ii) se la questione sollevata sia materialmente identica ad altra questione, sollevata in relazione ad analoga fattispecie già decisa in via pregiudiziale della Corte, o se la giurisprudenza costante della Corte risolve il punto di diritto controverso, indipendentemente dalla natura del procedimento in cui tale giurisprudenza si sia formata (c.d. teoria dell'*acte éclairé*); (iii) se la corretta applicazione del diritto comunitario si imponga con tale evidenza da non lasciar adito ad alcun ragionevole dubbio sulla questione. Ad esempio, Corte giust. CE 11 settembre 2008, cause riunite C-428/06 e C-434/06, UGT Rioja: sul punto vedi B. LAGEDER, *Il giudice nazionale tra rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea e rimessione alla Corte costituzionale, alla luce di due recenti sentenze della Corte costituzionale (sentenza 14 dicembre 2017, n. 269) e della*



17. Nel caso di specie, bisogna ammetterlo, il discrimine operato dalla Corte di Karlsruhe è sottile. L'oggetto del rinvio pregiudiziale non era la validità dell'atto della BCE e nemmeno, a ben vedere, la sua interpretazione, quanto l'opacità di alcuni meccanismi decisionali e della stessa sentenza della Corte di Lussemburgo che avrebbe dovuto chiarire aspetti essenziali della vicenda per permettere al giudice tedesco di risolvere pienamente nel merito la controversia. In questo senso, il filtro del rinvio pregiudiziale è servito a poco, potendo la Corte nazionale pienamente esercitare giurisdizione nei riguardi dei suoi organismi interni.

Alla Corte di Karlsruhe, infatti, non è tuttora chiaro un punto essenziale. Se il regime di condivisione del rischio per gli acquisti di obbligazioni nell'ambito del Programma di acquisto del settore pubblico fosse soggetto a modifiche (retroattive), ciò inciderebbe sui limiti di responsabilità di bilancio stabiliti dal Parlamento tedesco e risulterebbe incompatibile con l'Articolo 79(3) della Legge fondamentale tedesca. Si tratterebbe in sostanza di un'assunzione di responsabilità per decisioni prese da terzi, con conseguenze potenzialmente imprevedibili, inammissibile per la Legge fondamentale tedesca. Si chiede così al Governo federale tedesco e al Parlamento (Bundestag) di adottare misure volte a garantire che la Banca centrale europea, cui la Germania contribuisce in modo proporzionalmente superiore a tutti gli altri Paesi europei, tramite la Bundesbank, porti avanti una valutazione di proporzionalità del Programma di acquisto del settore pubblico. Governo federale e Parlamento tedesco dovranno comunicare il loro punto di vista giuridico alla Banca centrale europea o adottare altre misure per garantire il ripristino della conformità ai trattati. Diversamente, gli organi costituzionali, gli organi amministrativi e i tribunali tedeschi non potranno partecipare allo sviluppo, all'attuazione, esecuzione o ratifica di atti *ultra vires*, cioè del programma di acquisto, e ciò vale anche per la Bundesbank. Questo è il merito ed il succo della questione.

18. La sentenza della Corte di Karlsruhe, ancora, non sembra criticabile neppure nel merito, se la si vede dal confine italiano. Siccome il Trattato europeo vieta oggi la creazione di debito comune (vedi art. 123), se attraverso il programma di Quantitative Easing o altro Programma, per quanto legittimo ma non del tutto chiaro nella sua applicazione futura, si creasse alla fine un aggravio per le finanze tedesche (ma il discorso vale anche per gli altri Paesi), risulterebbe compromesso sia il Trattato sia i due principi fondamentali della Costituzione tedesca sopra indicati.

La decisione della Corte di Karlsruhe sembra perciò molto importante perché, partendo dal basso (da un ricorso di comuni cittadini: vale sempre la pena ricordarlo), ha applicato, anche nella materia arcana del diritto finanziario e della politica economica, la teoria dei contro-limiti, invocando una maggiore trasparenza delle decisioni della BCE.

Secondo la teoria dei contro-limiti, le legittime cessioni di sovranità all'Unione europea non possono mai compromettere alcuni diritti fondamentali: tra i quali, secondo la Costituzione



tedesca, rientra evidentemente anche la protezione delle generazioni future da un eccessivo indebitamento.

19. In quest'ultimo senso, la decisione della Corte di Karlsruhe non è, ovviamente, una novità assoluta. Anche la nostra Corte costituzionale ha affermato la propria competenza residuale nel sindacato della legge di esecuzione del Trattato dell'Unione Europea ed ha affermato la preminenza di principi irrinunciabili del diritto interno, che non ammettono cessioni di quote di sovranità oltre certi limiti che la stessa Corte si riserva di verificare (sentenze nn. 183 del 1973; 176 del 1981; 170 del 1984; 232 del 1989 e 168 del 1991). Quindi, anche la nostra Corte può utilizzare i contro-limiti costituzionali alle limitazioni di sovranità<sup>52</sup>.

E la Corte di Karlsruhe dubita proprio di questo: le istituzioni tedesche, aderendo al programma della BCE, stanno violando il principio fondamentale di ordine costituzionale secondo cui gli organi interni (e di riflesso quelli esterni, come la BCE) non devono travalicare le competenze loro assegnate?

20. La vera novità sembra, forse, vedere una Corte suprema che annovera espressamente tra i diritti fondamentali, proponendosi di tutelarli in modo consistente, anche quelli "delle generazioni future": se lo Stato si indebita senza adeguata motivazione e senza controlli, danneggia figli e nipoti. E' un principio che, se ci pensiamo, è condivisibile ed è stato peraltro fatto proprio, sia pure in altri contesti, dalla stessa nostra giurisprudenza costituzionale. Anzi, una presa di posizione più precisa anche dalla nostra Corte, all'occorrenza, sarebbe salutata con favore, considerato l'art. 97 Costituzione che impone oggi a tutta la p.a. la sostenibilità del debito pubblico.

21. Così come è molto interessante vedere affermato "nero su bianco" l'esigenza di maggiore trasparenza di provvedimenti finanziari rispetto ai quali "lo Stato" si assume "la propria responsabilità", se viola i diritti fondamentali dei cittadini: e le Corti servono proprio per ricordarlo.

22. La sentenza tedesca può non piacere, comprensibilmente, perché interviene in un momento delicato per l'Unione e certamente, quanto ai tempi, un po' di saggezza da parte dei giudici sarebbe stata opportuna<sup>53</sup>.

Della stessa sentenza è stata poi data una lettura politica e ciò è scontato. Ogni sentenza che interviene in una materia importante, come quella in esame, ha risvolti politico-istituzionali: a maggior ragione, poi, se emerge un confronto energico tra Corti nazionali e Corte di Giustizia attraverso il sapiente utilizzo di istituti processuali e principi di diritto ritenuti

---

<sup>52</sup> Anche più di recente, la nostra Corte Costituzionale, con la sentenza n. 73/2001 (estensore Zagrebelsky), ha affermato che la subordinazione del nostro sistema giuridico al diritto europeo (incluse le sue interpretazioni da parte della Corte di Giustizia) si ferma allorquando siano violati i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e i diritti inalienabili della persona.

<sup>53</sup> Cfr. l'intervista al Giudice costituzionale Peter Huber „Das Urteil war zwingend“ sul Frankfurter Allgemeine del 1 maggio 2020, che ricorda però: "We did not choose the phase. Nor can a court be based on political criteria decide when it makes its decision".



pacifici. Qualcuno può dire, ad esempio, che oggi la Corte di Karlsruhe ha rivendicato spazi di sovranità, disegnando con pignoleria il perimetro oltre il quale nessun'altra istituzione europea può andare.

23. E' chiaro che la "vivace discussione" tra le Corti, composte da esseri umani, è ineliminabile; vi è sempre stata ed è un bene che continui a esserci. Nello spazio governato dall'Unione, il dialogo durerà sino a quando non si procederà verso l'Unione politica e la creazione di una Corte federale europea sul modello della Corte suprema USA (al momento, siamo ben lontani da questo scenario).

Che il giurista raccolga, allora, l'energico monito che viene da Karlsruhe, per alcuni persino un'opportunità<sup>54</sup>, lavorando per superare lo stallo di una Unione non ancora unita e di Corti ancora custodi delle rispettive prerogative e di Stati ancora "Signori dei Trattati"<sup>55</sup>.

---

<sup>54</sup> Hans-Helmut KOTZ, *Did Germany's Constitutional Court Inadvertently Strengthen the Eurozone?* in Project Syndicate @MIUI | <https://www.project-syndicate.org/commentary/german-court-ecb-ruling-might-have-silver-lining-by-hans-helmut-kotz-2020-05>, il quale si chiede : "Is this now Europe's "Hamiltonian moment," in which it is forced to adopt a more federal – and of course democratically legitimized – fiscal policy?"

<sup>55</sup> Così in questo significativo passaggio della sentenza della Corte Tedesca: *Yet if the Member States were to completely refrain from conducting any kind of ultra vires review, they would grant EU organs exclusive authority over the Treaties even in cases where the EU adopts a legal interpretation that would essentially amount to a treaty amendment or an expansion of its competences. Though cases in which institutions, bodies, offices and agencies of the European Union exceed their competences are exceptionally possible, it is to be expected that these instances remain rare due to the institutional and procedural safeguards enshrined in EU law. Nevertheless, where they do occur, the constitutional perspective might not perfectly match the perspective of EU law given that, even under the Lisbon Treaty, the Member States remain the 'Masters of the Treaties' and the EU has not evolved into a federal state (...).*