

CERIDAP

RIVISTA INTERDISCIPLINARE SUL
DIRITTO DELLE
AMMINISTRAZIONI PUBBLICHE

Estratto

FASCICOLO
3 / 2020

LUGLIO - SETTEMBRE

Sulle conseguenze giuridiche della sentenza del Bundesverfassungsgericht del 5 maggio 2020 nel caso Weiss

Diana Urania Galetta

Dal punto di vista del diritto dell'Unione europea è la prima volta che il BVerfG mette in atto la sua minaccia di non attuare le decisioni della Corte di giustizia UE, già contenuta già in diverse sue precedenti sentenze e, in particolare, nella sua sentenza sul Trattato di Lisbona del 2009. L'argomentare dei giudici di Karlsruhe rivela, tuttavia, lacune e veri propri errori in diritto. Qui di seguito farò dunque riferimento, anzitutto, agli errori giuridici a mio parere più rilevanti (par. II). Dirò poi brevemente anche delle conseguenze delle violazioni del diritto UE da parte della Germania che la sentenza implica (par. III).

[The legal consequences of the Bundesverfassungsgericht judgment of 5 May 2020 in the Weiss case] From the point of view of European Union law, this the first time that the BVerfG concretizes its threat not to implement the decisions of the EU Court of Justice, which was already expressed in several of its previous judgments and, in particular, in its judgment on the Lisbon Treaty of 2009. The reasoning of the Karlsruhe judges reveals, however, gaps and errors. I will first refer to the most relevant legal errors (par. II). I will then briefly refer about the consequences of such violations of EU law (par. III).

I. Il quadro di riferimento^[1]

Nel dibattito giuridico e politico tedesco è da tempo messo in discussione il fatto che l'Unione europea abbia la cd. *Kompetenz-Kompetenz*: e, cioè, il potere di decidere se i suoi atti siano giustificati dal principio di attribuzione.

Il bersaglio di questa polemica è la Corte di Giustizia, spesso accusata di voler avere sempre l'ultima parola e di comportarsi con arroganza.

Diversamente da quanto è stato osservato da alcuni commentatori tedeschi (mi riferisco in particolare ad un articolo pubblicato sul *Frankfurter Allgemeine Zeitung* del 4 giugno 2020, p. 7 e firmato da 13 accademici tedeschi), la sentenza del 5 maggio 2020 del *Bundesverfassungsgericht* non rappresenta, infatti, per nulla un tentativo di sviluppare ulteriormente (“*entfalten*” è il verbo utilizzato nell’articolo sul *FAZ!*) la cooperazione fra giudici. Si tratta, invece, di un tentativo da parte dei giudici della Suprema Corte federale tedesca di imporre alla Corte di giustizia (e, quindi, all’Unione europea) la loro maniera di ragionare in diritto dell’Unione Europea.

I giudici del *zweiter Senat*, infatti, se apparentemente accettano che la Corte di giustizia sia autorizzata a pronunciarsi sulle proprie competenze (attribuite dall’articolo 226 del trattato CE, oggi dall’art. 19 TUE) precisano però che questo è accettabile «*solo nella misura in cui la sentenza della Corte può essere collegata a principi metodologici riconosciuti e non appare oggettivamente arbitraria*»^[9].

Dopo di che, essi contestano la decisione della Corte di giustizia UE nel caso *Weiss* sulla base di un metodo di ragionamento che, nella loro prospettiva è il solo metodo di ragionamento corretto: il sindacato sulla proporzionalità così come applicato e interpretato dai giudici tedeschi. Così facendo, per di più, i giudici del *zweiter Senat* si arrogano il diritto di valutare della legalità di un atto dell’Unione europea (gli atti della Banca centrale europea all’origine della controversia nel caso *Weiss*) in ultima istanza: con ciò agendo in palese violazione dell’art. 19 TUE.

L’esito ultimo di questa pronunzia è il rifiuto di applicare il diritto dell’Unione (in Germania), sulla base del principio democratico e del controllo delle competenze dell’Unione.

Dal punto di vista del diritto dell’Unione europea è la prima volta che il *BVerfG* mette in atto la sua minaccia di non attuare le decisioni della Corte di giustizia UE: minaccia che è contenuta già in diverse sue precedenti sentenze e, in particolare, nella sua sentenza sul Trattato di Lisbona del 2009^[9].

L’argomentare dei giudici di *Karlsruhe* rivela, tuttavia, lacune e veri propri errori in diritto.

Qui di seguito farò dunque, anzitutto, riferimento agli errori giuridici a mio parere più rilevanti (par. II).

Dirò poi brevemente anche delle conseguenze delle violazioni del diritto UE da parte della Germania che la sentenza implica (par. III).

II. Gli errori principali nel ragionamento giuridico del *BVerfG*

1. Errore 1: il principio di proporzionalità non si applica alla delimitazione delle competenze fra UE e Stati membri

I giudici del *BVerfG* affermano che l'esame del rispetto del principio di attribuzione deve essere effettuato applicando il principio di proporzionalità, in quanto principio interpretativo che costituirebbe una tradizione costituzionale comune degli Stati membri.

Tuttavia, ai sensi dell'art. 5 par. 1 TUE: «*La delimitazione delle competenze dell'Unione si fonda sul principio di attribuzione. L'esercizio delle competenze dell'Unione si fonda sui principi di sussidiarietà e di proporzionalità*». Sicché, è solo una volta che sia acclarato che una competenza spetta all'Unione che entra in gioco il secondo *alinea* dell'art. 5, comma 1, TUE, quello che fa riferimento ai principi di sussidiarietà e di proporzionalità.

In particolare, poi, il principio di proporzionalità concerne unicamente il *come* dell'esercizio delle competenze. Lo specifica chiaramente il par. 4 dell'art. 5 TUE: ai sensi del quale «*In virtù del principio di proporzionalità, il contenuto e la forma dell'azione dell'Unione si limitano a quanto necessario per il conseguimento degli obiettivi dei trattati*».

Sicché, nel loro ragionamento sul punto, i giudici del *zweiter Senat* incorrono in un vero e proprio errore giuridico: perché non si capisce come sarebbe possibile che, una volta stabilita la competenza dell'Unione (sulla base del principio di attribuzione), l'utilizzo di tale competenza in modo non conforme al principio di proporzionalità (che attiene evidentemente al "come" esercitare la competenza attribuita) potrebbe privare la decisione/azione sottoposta a controllo di legittimità di base giuridica, con la conseguenza che l'atto corrispondente sarebbe *ultra vires*.

Si tratterebbe, tutt'al più, di un mero vizio di legittimità dell'atto *ex art. 263 TFUE*, che potrebbe dunque condurre ad un annullamento dello stesso:

annullamento che, ad ogni buon conto, potrebbe essere pronunciato solo dai giudici della Corte di giustizia di Lussemburgo.

La stessa premessa di tutto il ragionamento che segue nella sentenza del *BVerfG* (applicabilità del principio di proporzionalità nel caso di specie e sue conseguenze) appare dunque come del tutto infondata!

2. Errore 2: il principio di proporzionalità (quale parametro d'azione per le Istituzioni UE e canone di sindacato giurisdizionale per la Corte di giustizia) non è quello tedesco, ma quello proprio dell'ordinamento UE

Il ragionamento in diritto seguito dai giudici tedeschi del *zweiter Senat* sarebbe peraltro errato anche ove fosse corretta la premessa di fondo: e, cioè, che il principio di proporzionalità sia effettivamente rilevante ai fini del riesame della delimitazione delle competenze dell'Unione (cosa che non è, come già si è detto, proprio in virtù delle stesse previsioni dei Trattati UE).

Il *BVerfG* (al punto 118 della sentenza) afferma che l'applicazione del principio di proporzionalità da parte della Corte di giustizia UE è «*assolutamente non comprensibile*» (*schlechterdings nicht mehr nachvollziehbar*) e «*quindi oggettivamente arbitraria*» (*daher objektiv willkürlich*)¹⁴. Ma l'affermazione si basa sulla premessa che la Corte di giustizia UE debba applicare lo schema di ragionamento *nazionale* tedesco quando fa applicazione del principio di proporzionalità.

Anche se la Corte di giustizia UE si è certamente ispirata, in origine, al modello tedesco di sindacato giurisdizionale del principio di proporzionalità, questo non autorizza di certo a concludere che vi sia una sorta di ruolo di guardiano, da parte del *BVerfG*, sul modo in cui la Corte di giustizia UE applica questo principio all'interno della sua giurisprudenza.

Come è ben noto in dottrina, infatti, i principi generali del diritto UE, se sovente nascono nell'alveo di tradizioni nazionali dalle quali sono “presi a prestito” dalla Corte UE di Lussemburgo, una volta fatto il loro ingresso nella giurisprudenza della Corte UE essi acquistano necessariamente *autonomia* rispetto agli ordinamenti di origine; e diventano, appunto, “principi generali di Diritto UE”,

in quanto tali autonomi e “altri” rispetto a quelli dell’ordinamento (nazionale) di origine. E come tali vengono dunque applicati dalla Corte di giustizia nella sua giurisprudenza.

3. Errore 3: Il vizio di motivazione di atti delle Istituzioni UE può essere sindacato solo dalla Corte di giustizia UE

Se la sentenza del *BVerfG* appare, dunque, come un maldestro tentativo di dare una lezione alla Corte di Giustizia dell’Unione Europea su cosa è e come dovrebbe essere applicato il principio di proporzionalità, nel dispositivo della sentenza l’obiezione contestata sembra in realtà riferirsi ad un problema di difetto di motivazione: il *BVerfG* afferma, infatti, che il Consiglio direttivo della BCE «non ha né verificato, né spiegato che le misure decise sono conformi al principio di proporzionalità»¹⁸¹.

Tuttavia, se il vizio lamentato è quello di motivazione insufficiente, allora occorre dire che, (sempre ai sensi dell’art. 263 TFUE) era compito (esclusivo) della Corte di giustizia il verificare se sussistesse o meno un difetto di motivazione negli atti adottati da parte della BCE.

Come risulta invece chiaramente dalle motivazioni della loro pronuncia, i giudici del *zweiter Senat* si arrogano il potere di sostituirsi non solo al Consiglio direttivo della BCE, ma anche alla Corte di Giustizia. Il che risulta, evidentemente, del tutto contrario ai Trattati.

III. Le violazioni del diritto UE e le loro conseguenze

1. L’ingiunzione alla *Bundesbank*

In estrema sintesi, con la sua sentenza del 5 maggio 2020 il *BVerfG* ha ordinato alla Banca centrale della Repubblica federale di Germania di cessare gli acquisti sul mercato secondario di titoli sovrani nell’ambito del programma PPSP se la BCE non dimostra, entro un periodo massimo di tre mesi, che le sue decisioni sono conformi al principio di proporzionalità (così come applicato e interpretato dai giudici tedeschi).

La sentenza dichiara inoltre che il Governo federale e il Parlamento (*Bundestag*) sono venuti meno agli obblighi derivanti dall’articolo 23 della Legge

fondamentale tedesca - che riconosce la partecipazione della Repubblica federale di Germania al "contributo allo sviluppo dell'Unione europea" - non avendo tali organi adottato tutte le misure appropriate per impedire al Consiglio direttivo della BCE di adottare le misure in questione.

Sebbene la *Bundesbank* sia un'Istituzione della Repubblica federale di Germania, essa è tuttavia indipendente: sia in virtù della legge che la istituisce, sia in virtù del diritto primario dell'Unione, che la rende membro del Sistema Europeo di Banche Centrali (SEBC).

Supponendo, dunque, che il controllo giudiziario esercitato dal *BVerfG* sulle Istituzioni federali gli consenta senza limitazioni di emettere ingiunzioni contro la *Bundesbank*, appare chiaro che i tentativi del Governo federale e del Parlamento di influenzare gli organi della BCE e i membri del SEBC sarebbero contrari alla loro indipendenza, garantita dal diritto primario dell'Unione^[6].

Inoltre, con la loro ingiunzione (e indipendentemente da quello che deciderà di fare il destinatario dell'ingiunzione medesima), i giudici del *zweiter Senat* incitano la *Bundesbank* (e in effetti anche il Governo federale e il Parlamento tedesco) a violare il diritto dell'Unione europea.

Il fatto che i giudici del *zweiter Senat* basino la loro ingiunzione sull'affermazione (basata a sua volta su di un ragionamento altrettanto discutibile) che il programma PSPP (*Public Sector Purchase Programme*) ostacola la realizzazione del principio di democrazia, limitando i poteri del Parlamento federale, non cambia nulla nel caso di specie: c'è una violazione (e flagrante!) del diritto dell'Unione.

2. La "rottura" del principio di uniforme applicazione del diritto UE

Al fine di chiarire la propria posizione nei confronti degli altri Stati membri dell'Unione, i giudici del *zweiter Senat* dichiarano che, in mancanza di una motivazione convincente da parte della BCE circa la conformità delle decisioni della BCE al principio di proporzionalità, tali decisioni non sono applicabili (solo) nel territorio della Repubblica federale di Germania.

Così facendo, tuttavia, i giudici del *zweiter Senat* violano un principio fondamentale del diritto dell'Unione: quello dell'applicazione uniforme.

A meno che, infatti, non vi sia una deroga esplicita, gli atti di diritto derivato si applicano in tutti gli Stati membri e devono essere applicati *allo stesso modo*.

Ignorare questo principio contribuisce alla frammentazione dell'Unione in tanti regimi giuridici diversi quanti sono gli Stati membri, facendone così venire meno la sua caratteristica peculiare, il suo tratto distintivo rispetto al diritto internazionale classico (che tipicamente si frammenta in tanti diritti internazionali quanti sono gli Stati membri che lo interpretano ed applicano).

Si tratta, dunque, di una violazione estremamente grave del diritto UE!

Questo argomento, per di più, giustificerebbe anche facilmente il rifiuto, da parte di altri Governi, di applicare le sentenze della Corte di giustizia che li condannano per violazione dell'articolo 19 del TUE per le loro azioni che mettono in discussione, tra l'altro, l'indipendenza della magistratura (Polonia, Repubblica Ceca etc.).

Peraltro, quando il *BVerfG* minaccia di fare disapplicare le decisioni della BCE in Germania, impedendo quindi alla *Bundesbank* di acquistare titoli sul mercato secondario, è chiaro che gli effetti di un tale divieto non sarebbero limitati alla Germania, ma sarebbero immediatamente percepibili negli altri Stati membri dell'Unione, anzitutto in quelli con una situazione finanziaria di maggiore debolezza.

3. Le norme violate

A titolo di premessa occorre ricordare che la violazione del diritto UE da parte delle Corti (e più in generale da parte di qualunque Istituzione, organo, articolazione territoriale etc.) di uno Stato membro espone lo Stato membro stesso al rischio di avvio di una procedura di infrazione nei suoi confronti da parte della Commissione (nonché ad un ricorso in responsabilità dinanzi alle sue proprie giurisdizioni – *Köbler c. Austria*¹⁷¹).

La sentenza del *Bundesverfassungsgericht* del 5 maggio integra, anzitutto, una violazione dell'art. 19 TUE: è questo nella misura in cui i giudici del *zweiter Senat* si arrogano la funzione di interpretare loro il diritto UE; funzione che è invece riservata alla Corte di giustizia dall'art. 19 TUE.

Vi è poi anche una violazione dell'art. 267 terzo comma TFUE: il *BVerfG*, dati i dubbi emersi nel corso del giudizio pendente dinanzi ad essa, avrebbe infatti

dovuto fare un secondo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, di interpretazione della sentenza *Weiss* dell'11 dicembre 2018. Al pari di come ha fatto, ad esempio, la Corte Costituzionale italiana nel ben noto caso *Taricco*^[8].

D'altra parte, per fare un esempio recente, nel 2018 la Francia è stata condannata per inadempimento proprio per la ragione che il suo *Conseil d'Etat*^[9] aveva omesso di adire la Corte di giustizia UE con un rinvio pregiudiziale, facendo invece un'applicazione errata della giurisprudenza della Corte di giustizia sulla tassazione di società commerciali non residenti. E la Francia si era poi naturalmente conformatà alla sentenza di condanna da parte della Corte di Lussemburgo.

Il mancato rinvio pregiudiziale del *BVerfG* configura peraltro anche una violazione del principio di leale cooperazione di cui all'art. 4 par. 3 TUE: che implica, non solo che «*Gli Stati membri adottano tutte le misure di carattere generale e particolare atte ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dal presente trattato ovvero determinati dagli atti delle istituzioni della Comunità*». Ma anche che «*Essi facilitano quest'ultima nell'adempimento dei propri compiti*» e «*si astengono da qualsiasi misura che rischi di compromettere la realizzazione degli scopi del presente trattato*».

Sarebbe anzi, forse, l'occasione giusta per la Corte di giustizia per potere specificare meglio gli obblighi che questa importante previsione del Trattato implica per le Istituzioni ed organi di tutti gli Stati membri, ivi comprese le loro Corti supreme.

E questo anche in relazione all'ultimo alinea dell'art. 4 TUE, che fa espresso riferimento al dovere di astenersi «*da qualsiasi misura che rischi di compromettere la realizzazione degli scopi del presente trattato*».

Oltre al problema squisitamente giuridico vi è infatti, qui, anche la necessità di difendere l'Unione europea (e la sua suprema Corte) e l'autonomia del suo diritto a fronte di tentativi di supremazia, anche "culturale", da parte di Corti nazionali, quali che siano. Questo vale sia per il ragionamento sul principio di proporzionalità (di cui già si è detto), sia per l'opposizione dei giudici tedeschi a che il sindacato giurisdizionale sulle decisioni della BCE sia limitato alle sole ipotesi di errore manifesto (è questo il cuore della critica dei giudici tedeschi al modo di procedere della Corte di giustizia UE nella sentenza *Weiss*).

Conclusivamente si deve dunque osservare che, lungi dall'essere un tentativo di sviluppare ulteriormente la cooperazione fra Corti, la pretesa dei giudici del

zweiter Senat di “dire l’ultima parola”, ed imporre così il loro modo di ragionare in diritto (ed anche in economia) alle Istituzioni dell’UE, se rischia certamente di «*compromettere la realizzazione degli scopi*» previsti da Trattati, appare anche come una maniera di *non* facilitare l’Unione «*nell’adempimento dei propri compiti*».

La Corte di giustizia UE, occorre ricordarlo, è non soltanto l’unico organo deputato ad interpretare il diritto dell’Unione ai sensi dei Trattati. Essa è comunque anche composta da giudici che provengono da tutti gli (attualmente ventisette) Stati membri; e che sono dunque la migliore espressione della diversità culturale (anche di cultura giuridica) che caratterizza l’Unione europea: quella preziosa diversità culturale il cui significato è bene riassunto dal motto dell’UE “unità nella diversità”.

Key points of the URI-AFCO Hearing of July 14th, 2020 on the Consequences of the Judgment of German Constitutional Court

The judgment of 5th May 2020 of the *zweiter Senat* of the *Bundesverfassungsgericht* is more than questionable from a legal point of view.

1. First of all, according to Art. 5 TUE the principle of proportionality concerns «*the content and form of Union action*» and, as such, has nothing to do with the question whether the actions falls or not within the limits of the EU competences. Therefore, an act could not be ‘ultra vires’ for violation of the principle of proportionality.
2. Secondly, even if the principle of proportionality did apply here (which is not the case), it would still certainly not be in the form of the German model of judicial review of the principle of proportionality. General principles of EU Law, such as the principle of proportionality, are autonomous with respect to those of the National legal systems. Only the CJEU can define their content and how to use them in its judicial review. No national judge whatsoever can claim to ‘know better’, by making reference to its national model of judicial review (of proportionality).
3. Checking whether or not there was a lack of reasons-giving in the acts

adopted by the ECB is certainly an (exclusive) task of the Court of Justice, pursuant to art. 263 TFEU.

Therefore, the claim of the judges of the *zweiter Senat* to replace the CJEU in assessing the lack of motivation of the acts of the ECB is totally contrary to the Treaties.

4. The *zweiter Senat* concludes that, without a convincing reasons-giving by the ECB regarding the compliance of its decisions with the principle of proportionality, these decisions are not applicable in the territory of the Federal Republic of Germany (only). This is a violation of the principle of uniformity of application of EU law. Unless, in fact, there is an explicit derogation, secondary EU law acts apply in all Member States and must be applied everywhere in the same way.
5. There is also a violation of art. 267 paragraph 3 TFEU: given the doubts that emerged during the judicial trial, the *Bundesverfassungsgericht* would have had to make a second preliminary reference to the Court of Justice, for the interpretation of the *Weiss* judgment of December 2018. Rather than trying to give its own interpretation of EU law and thus violating also art. 19 TFEU.
6. Last but not least, the *BVerfG* decision constitutes a violation of the principle of sincere cooperation, as laid down in art. 4 paragraph 3 TEU, also in relation to the last part of the provision which expressly refers to the duty to «*refrain from any measure which could jeopardise the attainment of the Union's objectives*».

1.

Il testo è stato redatto in vista dell'audizione al Parlamento del 14 luglio 2020: JURI-AFCO: Hearing on the Consequences of the Judgment of German Constitutional Court, in

<https://www.europarl.europa.eu/committees/en/juri-afco-hearing-on-the-consequences-of/product-details/20200709CAN56381>. Il quesito posto era il seguente: *What are the constitutional and legal effects and consequences of the Judgement of 5 May 2020 of the Second Senate of the German Constitutional Court in the context, inter alia, of the principles of attribution and proportionality, the control of the Union's competences, and the uniformity of application of EU law?* L'A. ringrazia il Parlamento europeo per avere autorizzato la pubblicazione del presente testo anche in CERIDAP.

CERIDAP

2.
„Solange sie sich auf anerkannte methodische Grundsätze zurückführen lässt und nicht objektiv willkürlich erscheint“. Punto 112 della motivazione del *BVerfG*.
3.
BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 30. Juni 2009, - 2 BvE 2/08 -, Rn. 1-421, ECLI:DE:BVerfG:2009:es20090630.2bve000208.
4.
L'espressione era stata usata già nella sentenza del 2016 sul programma OMT: *BVerfG*, Urteil des Zweiten Senats vom 21. Juni 2016, 2 BvR 2728/13, Rn. 1-220, ECLI:DE:BVerfG:2016:rs20160621.2bvr272813, par. 149.
5.
„(...) weder geprüft noch dargelegt hat, dass die beschlossenen Maßnahmen dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen“. Punto 116 della sentenza del *BVerfG*.
6.
Sicché l'intimazione rivolta e alla Bundesbank e, indirettamente, alla BCE risulta essere in netto contrasto con gli obblighi gravanti sugli Stati membri ai sensi dell'art. 130 TFUE e dell'art. 7 del Protocollo SEBC.
7.
Sentenza Corte giust. del 30 settembre 2003, Gerhard Köbler c. Republik Österreich, causa C-224/01, ECLI:EU:C:2003:513.
8.
Con ordinanza n. 24 del 23 novembre 2016 (depositata il 26 gennaio 2017), che ha portato alla sentenza Taricco II della Corte di giustizia: Corte di giustizia 5 dicembre 2017, M.A.S. e M.B., C-42/17, ECLI:EU:C:2017:936.
9.
Sentenza della Corte (Quinta Sezione) del 4 ottobre 2018, in causa C-416/17, Commissione europea c. Repubblica francese, ECLI:EU:C:2018:811.