

DIRITTI COMPARATI

Comparare i diritti fondamentali in Europa

LA COMMISSIONE EUROPEA APRE UNA PROCEDURA DI INFRAZIONE CONTRO LA GERMANIA PER LA SENTENZA DEL *BVERFG* SUL PSPP: L'ENNESIMO ATTO DEI NODI IRRISOLTI (E VOLUTAMENTE IGNORATI) DELL'INTEGRAZIONE EUROPEA

Posted on Luglio 26, 2021 by [Alessandro Francescangeli](#)

1. Come da [comunicato ufficiale](#) del 9 giugno 2021, la Commissione europea ha avviato una procedura di infrazione nei confronti della Germania per «violazione dei principi fondamentali del diritto dell'UE, in particolare dei principi di autonomia, primato, efficacia e applicazione uniforme del diritto dell'Unione, nonché del rispetto della competenza della Corte di giustizia dell'UE ai sensi dell'articolo 267 TFUE». La causa scatenante è la nota [sentenza](#) del *Bundesverfassungsgericht* sul Public Sector Purchase Programme (PSPP) del 5 maggio 2020 (su cui si veda il [commento](#) in questo Blog), la quale aveva dichiarato *ultra vires* per difetto di motivazione – e pertanto temporaneamente inapplicabile nell'ordinamento tedesco – la [sentenza](#) della Corte di giustizia che riteneva conforme al diritto

dell'Unione il programma PSPP (caso *Weiss*, su cui si veda il [commento](#) in questo Blog).

La vicenda segue e si intreccia con alcune decisioni che il *BVerfG* aveva già avuto modo di prendere, sia con riferimento al Meccanismo europeo di stabilità (MES) e al c.d. *Fiscal compact*, sia con riferimento ad altri programmi "non convenzionali" che la BCE aveva annunciato o attuato per far fronte alla crisi economica del 2011 (in particolare al programma OMT che, processualmente, prende le mosse dal procedimento sul MES/*Fiscal compact*, salvo poi evolversi in modo autonomo e peculiare; sul punto, *ex multis*, si rinvia al [contributo](#) di P. Faraguna su questa Rivista).

È proprio dalla vicenda OMT che conviene, brevemente, prendere le mosse: in quell'occasione il Tribunale costituzionale tedesco, dopo un rinvio – il primo nella sua storia – alla CGUE, aveva dichiarato come superata la questione, evidenziando come le condizioni poste dai giudici europei al programma OMT – per la verità sostanzialmente coincidenti con quelle prospettate dai giudici di Karlsruhe nell'ordinanza di rinvio – superassero il vaglio di compatibilità con la Legge fondamentale, in particolare per quanto riguarda il controllo sugli atti *ultra vires*, nonché con distinto ma collegato *Identitätskontrolle* (*BVerfG*, sent. 21 giugno 2016, 2 BvR 2728/13).

Ciononostante, i giudici di Karlsruhe non si ritennero pienamente soddisfatti delle argomentazioni dei giudici di Lussemburgo (con ciò anticipando le motivazioni poste alla base delle censure nella sentenza sul PSPP):

a) innanzitutto, la ricostruzione dei fatti operata CGUE avrebbe accettato passivamente la qualificazione del programma OMT come un atto di politica monetaria, senza entrare nel merito delle argomentazioni della BCE (si veda il § 182 della citata sentenza del *BVerfG*);

b) inoltre, per quanto riguarda le finalità del programma dichiarate dalla Banca centrale, la CGUE avrebbe anche in questo caso accettato le stesse senza un vaglio sufficientemente approfondito,

favorendo in tal modo una sorta di espansione autonoma delle competenze attribuite all'Unione, riconducendo – come in verità ha sempre fatto – il principio di attribuzione al livello dell'ordinamento europeo, senza considerare il modo in cui esso derivi e la rilevanza che riveste all'interno del diritto costituzionale dei singoli stati (§§ 183-186);

c) infine vi sarebbe stato un vizio di infrapetizione, in quanto la Corte di giustizia non avrebbe risposto al quesito che le chiedeva di valutare se l'indipendenza garantita alla BCE, conducendo a una significativa *deminutio* della legittimazione democratica delle sue azioni, non determinasse una necessaria interpretazione restrittiva delle sue competenze e dei suoi margini di intervento, nonché uno scrutinio in sede giurisdizionale particolarmente rigoroso dei suoi atti. In tale passaggio la Corte aveva anche sottolineato come tale «scrutinio giudiziario particolarmente stringente» fosse viepiù necessario quando «attraverso i principi di democrazia e di sovranità popolare (art. 20 ss. 1 e 2 GG), viene intaccata l'identità costituzionale di uno Stato membro, che l'Unione europea è tenuta a rispettare (art. 4, par. 2 del TUE)» (§§ 187-189).

2. Anche la sentenza sul PSPP appare essere – almeno nelle dichiarazioni dei giudici – un capitolo del lungo percorso che il *BVerfG* ha intrapreso a tutela delle prerogative costituzionali democratiche per il tramite di quelle del parlamento nazionale. Il caso PSPP presenta diverse analogie con quello OMT: anche qui i ricorrenti diretti lamentano l'aggiramento del divieto di finanziamento monetario degli stati a causa di un programma di acquisto di titoli della BCE (anche se stavolta attuato e non solo annunciato), nonché, configurandosi il programma come un atto *ultra vires* lesivo del principio democratico, un pregiudizio per l'identità costituzionale tedesca; anche in questo caso l'*iter* giurisprudenziale si è composto di un preventivo rinvio alla Corte di giustizia. Diversa, tuttavia, è stata la conclusione: per la prima volta nella storia, il *BVerfG* ha ritenuto *ultra vires* tanto le misure oggetto del contendere, quanto la stessa sentenza della Corte di giustizia. Nella decisione finale (*BVerfG*, sent.

5 maggio 2020, 2 BvR 859/15) i giudici tedeschi hanno riscontrato un grave difetto di motivazione impedente il sindacato giurisdizionale da parte del Tribunale costituzionale tedesco sul rispetto del principio di proporzionalità posto alla base dell'azione della BCE e del relativo sindacato della Corte di giustizia, e aveva quindi assegnato un periodo transitorio di tre mesi entro il quale porre rimedio a tale difetto.

La contesa poi, dal punto di vista pratico, sembrava essersi sgonfiata: le istituzioni federali tedesche avevano valutato positivamente, tra il giugno e il luglio del 2020, le "spiegazioni" nel frattempo giunte dalla BCE, ritenendole sufficienti per conformarsi alla sentenza del Tribunale costituzionale. Gli stessi giudici di Karlsruhe avevano quindi respinto con l'[ordinanza del 29 aprile 2021](#) le ulteriori doglianze dei ricorrenti sull'esecuzione della sentenza del 5 maggio 2020.

È vero, tuttavia, che la sentenza in oggetto sembra essere "insidiosa" non tanto per le censure motivazionali espresse nei confronti della sentenza della Corte di giustizia, quanto piuttosto per le stringenti condizioni che pone, argomentando il rigetto delle questioni fondate sul divieto del finanziamento monetario, al PSPP e agli altri programmi di acquisti – presenti e futuri – della BCE (§ 216). Ma al di là del merito – anche politico – della questione, per il quale il *BVerfG* è stato criticato da più parti, anche in virtù dell'influenza che la sentenza ha avuto nell'ambito delle misure che gli stati europei e la BCE stavano mettendo in campo per fronteggiare la crisi pandemica (segnatamente in favore del MES in luogo di strumenti alternativi), appare opportuno riflettere sulle implicazioni sistemiche della stessa anche alla luce della recente messa in mora nell'ambito di un procedimento di infrazione da parte della CGUE.

Se è vero, infatti, che la sentenza del *BVerfG* tanto per i toni usati, quanto per la decisione adottata, ha costituito un «affronto pesantissimo» che pone «sfide epocali al principio del primato del diritto UE, nonché alla stessa autorevolezza e indipendenza delle Istituzioni dell'UE» ([P. Faraguna](#)), l'apertura di una procedura di

infrazione per le ragioni sopra evidenziate sembra rispondere, dal punto di vista dell'Unione, a tali sfide. Sfide che, tuttavia, fanno riaffacciare quelle questioni irrisolte che il processo di integrazione europea si porta avanti da decenni e che non sembrano riuscire a trovare una conciliazione definitiva, né a livello giuridico, né sul piano politico (su queste pagine si veda in tema il [contributo](#) di A. Baraggia e G. Martinico).

Nella prospettiva dei trattati e nella logica delle istituzioni europee, l'apertura di una procedura di infrazione nei confronti di uno stato membro non è necessariamente un atto dovuto, né scontato. La decisione è, nella sostanza, un atto discrezionale della Commissione, tanto nell'*an*, quanto nel *quomodo* (art. 258 TFUE). In diverse occasioni passate la Commissione aveva evitato di aprire procedure di infrazione nei confronti di "ribellioni" delle corti supreme nazionali nei confronti di sentenze delle Corti di giustizia (ad esempio nei confronti della Corte costituzionale della Repubblica ceca nel 2012 e della Corte suprema danese nel 2016, rispettivamente per i casi *Landtová-Holubec* e *Dansk Industri-Ajos*).

Vi è poi almeno un altro elemento che fa propendere per la "non tecnicità" – nemmeno di facciata – della decisione adottata dalla Commissione. Nonostante i numerosi rilievi che parte della dottrina ha fatto sulla compatibilità della decisione del *BVerfG* con i trattati europei (si veda per tutti [questa ricostruzione](#) e, per una lettura a tratti diversa rispetto a quella che si sostiene in questa sede, si rimanda a [questo contributo](#) di F. Fabbrini), la Commissione ha deciso di avviare una procedura di infrazione per la lesione del più politico dei parametri normativi asseritamente violati: il primato del diritto dell'Unione. Come infatti è detto chiaramente, l'ordinanza del 29 aprile, seppur satisfattiva nel merito della questione, «non annulla tuttavia le violazioni riguardanti il principio del primato del diritto dell'Unione che la sentenza della Corte costituzionale tedesca costituisca un grave precedente, sia per la futura prassi della Corte costituzionale tedesca stessa, sia per le corti supreme e costituzionali di altri Stati membri».

3. Come è noto, la dottrina del primato del diritto dell'Unione può essere fatta risalire a quella giurisprudenza della Corte di giustizia che, a partire dalla metà degli anni '60 - a trattati sostanzialmente invariati e quindi in assenza di una chiara legittimazione positiva - avvia un'opera di ridefinizione del lessico e dei principi reggenti la Comunità, sostenendo una concezione federalista dei rapporti tra ordinamenti, basata sui principi della primazia gerarchica assoluta del diritto europeo e dell'applicazione diretta dello stesso tramite un sindacato diffuso tra i giudici nazionali comuni (sentt. *Van Gend en Loos* del 1963, *Costa c. Enel* del 1964, *Simmenthal* del 1978).

Per quanto le esigenze di uniforme e stabile applicazione del diritto sovranazionale fossero effettivamente pressanti e le problematiche sottese potenzialmente ostative allo stabilizzarsi e al procedere dell'integrazione per come stabilita dai Trattati, la concezione della Corte di giustizia non è mai stata accettata dalle corti costituzionali degli stati membri (o almeno non da tutte). Le stesse ne hanno sì ammesso i principali effetti pratici, ma mai la base teorica retrostante, continuando a sostenere la supremazia giuridica e assiologica delle norme costituzionali interne - o almeno dei loro principi supremi - e la conseguente possibilità di vigilare sul rispetto degli stessi e sul regime delle competenze attribuite all'Unione, configurando il primato su un criterio competenziale e non gerarchico (si vedano, da parte della Corte costituzionale italiana, le sentt. c.d. *Enel*, n. 14 del 1964; *Acciaierie San Michele*, n. 98 del 1965; *Frontini*, n. 183 del 1973; *ICIC*, n. 232 del 1975; *Granital*, n. 170 del 1984; analogamente il *BVerfG* si è espresso in tal senso a partire da *BVerfG*, sent. 29 maggio 1974, BvL 52/71, *Solange I*; e *BVerfG*, sent. 22 ottobre 1986, 2 BvR 197/83, *Solange II*, nonché con la giurisprudenza sui Trattati di Maastricht e Lisbona).

Due visioni che sembrano (e sono) di fatto inconciliabili, il cui scontro rischia di determinare solamente discussioni sterili e, probabilmente, anche miopi. Sta di fatto, tuttavia, che la procedura di infrazione avviata dalla Commissione avente come oggetto preminente il principio del primato del diritto dell'Unione rischia, ancora una volta,

di fomentare quella tipologia di scontro di prospettive (semplificando: tra federalisti e nazionalisti) che difficilmente farà passi in avanti. Vero è che il tutto potrebbe sgonfiarsi prima di arrivare alla Corte di giustizia, anzi è verosimile che sia così. L'*iter* della procedura è infatti lungo e connotato da una forte discrezionalità: la Commissione aspetterà prima la risposta del Governo tedesco alla messa in mora e poi dovrà decidere se procedere o meno all'emissione del successivo parere motivato con le precise richieste da porre alla Germania e poi, eventualmente, potrà portare lo stato di fronte alla Corte di giustizia, con il rischio di uno scontro ancora più frontale tra i giudici di Lussemburgo e quelli di Karlsruhe sui temi della *Kompetenz-Kompetenz* e, in definitiva, della sovranità.

Questione della sovranità che non può essere né banalizzata, né risolta con un tratto di penna di una qualche corte. Perché se da un lato è vero che il percorso del costituzionalismo democratico e sociale del dopoguerra ha evidenziato come il principio di apertura esterna caratterizzi in modo determinante l'identità delle costituzioni europee (scontando in tal modo l'impossibilità di un ritorno a una concezione di sovranità scollegata da ogni vincolo esterno); d'altra parte occorre ancora una volta ribadire come la prospettiva del trasferimento di poteri sovrani a livello europeo (che fa da sfondo alla dottrina della supremazia del diritto dell'Unione per come si configura nell'idea della Corte di giustizia) sconti non solo evidenti limiti politici – oltre che giuridici –, ma è in grado di determinare altresì un cambio di paradigma teorico e qualitativo della stessa sovranità (a partire dalla sua titolarità, in argomento si rimanda a un [contributo](#) di M. Dani e A. J. Menéndez).

In conclusione, appare quindi paradossale anche solo immaginare che un sovvertimento del controllo sugli atti *ultra vires* e sul rispetto dell'identità costituzionale – o per usare un lessico proprio della Consulta, della dottrina dei controlimiti – possa provenire da una procedura di infrazione e, quindi, potenzialmente da una sentenza della Corte di giustizia. L'idea è paradossale, ma è intrinsecamente

coerente con la traiettoria che il processo di integrazione europea ha assunto a partire dagli anni '70: esso, da un lato, ha occultato dalla sfera della responsabilità politica (e quindi democratica) determinate scelte, procedendo a un'integrazione per decisioni giurisprudenziali (si pensi alla sentenza *Cassis de Dijon* e al suo impatto sulla concezione, anche assiologica, del mercato); mentre, dall'altro, ha semplicemente ignorato il mancato consenso politico e la differente base giuridica dei nodi più problematici delle fondamenta sui cui si è costruita l'impalcatura delle istituzioni europee. Ciò se da un lato ha consentito il procedere del processo integrativo (seppur caratterizzandolo in un determinato senso ideologico), dall'altro ha nascosto sotto il tappeto problematiche che sono destinate ciclicamente a riaffiorare.

Se c'è almeno un merito che va riconosciuto alla giurisprudenza del Tribunale costituzionale tedesco sull'integrazione europea, è quello di tenere accesa la luce sui problematici rapporti tra il processo di integrazione sovranazionale e i relativi obiettivi e quelli che gli stati europei si erano proposti di perseguire nel dopoguerra e avevano codificato nelle proprie costituzioni. Costituzioni che sempre più spesso dal punto di vista delle istituzioni europee vengono o degradate a "tradizioni costituzionali comuni", ovvero apertamente ignorate in una logica che prescinde dal diritto costituzionale degli stati (come è avvenuto nel caso Taricco, dove la Corte di giustizia nella [propria decisione](#) non pronuncia mai la parola "costituzione").

In una tale ottica, sarebbe forse più saggio, anche da parte delle istituzioni europee, rimettere in discussione i presupposti teorici su cui si basano le proprie pretese di primazia normativa riconoscendo, se non altro per un dato meramente fattuale – se non anche giuridico, sulla base dell'art. 4.2 TUE –, l'esistenza di una differente gradazione delle norme di diritto interno degli stati. Ciò anche per evitare l'innescò di quel circolo vizioso di "emulazione" (di cui giustamente la Commissione si preoccupa) che difficilmente può essere scongiurato gridando alla "lesa maestà" della superiorità delle norme dell'Unione da parte di corti costituzionali che –

inspiegabilmente? – si ostinano a ritenere che la *lex superior* ordinamentale sia la propria Costituzione; e che, anzi, rischia di autoalimentarsi in quello scontro apologetico irrisolvibile tra opposte, ma non per questo parimenti legittime, concezioni.