



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 1 – GIUGNO 2020

MARCO GOLDONI

Il ragionamento della Corte di Karlsruhe e l'autonomia della BCE

ABSTRACT: The decision made by the German Constitutional Court focuses primarily on the limits of the use of the proportionality test to understand the scope of the competences of the European Central Bank (BCE) and its autonomy of action, highlighting how the test, as well as organized by both the German court and the Court of Justice of the European Union (CGUE), it fails to thematize, while verifying the competences, the type of independence enjoyed by the BCE, which, in fact, continues to exercise a strong fascination on the two main courts of Europe, which not even recourse to the proportionality test can prevent.

KEYWORDS: German Constitutional Court – BCE - Court of Justice – jurisdiction - autonomy of action - independence

Il ragionamento della Corte di Karlsruhe e l'autonomia della BCE**

Le questioni costituzionali (e non solo) che vengono alla luce leggendo la decisione della Corte costituzionale tedesca sono molteplici e meritano approfondite discussioni. Questo intervento si focalizza su un aspetto specifico: i limiti dell'uso del test di proporzionalità per comprendere il perimetro delle competenze della Banca Centrale Europea (BCE) e la sua autonomia di azione. Più specificamente, l'attenzione si rivolge al tentativo di comprendere in quale senso il principio di proporzionalità viene usato per proteggere un certo tipo di indipendenza della BCE. Il problema del test, per come organizzato non solo dalla corte tedesca, ma anche dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea (CGUE), è che non riesce a tematizzare, mentre verifica le competenze, il tipo di indipendenza della quale gode la BCE. D'altronde, difficilmente potrebbe essere altrimenti visto che l'indipendenza dalla politica è sancita dai trattati.

Tuttavia, dalla crisi del 2008/2009, alcune delle funzioni della Banca Centrale Europea sembrano essere mutate e, alla luce del principio di indipendenza della stessa istituzione, la trasformazione ha creato una serie di questioni costituzionali di non poco conto.¹ Anzitutto perché il ruolo della BCE è stato pensato, dall'inizio, come quello di agenzia tecnocratica per la gestione esclusiva della politica monetaria sulla base di un mandato ben definito: mantenere la stabilità dei prezzi con un'inflazione programmata attorno al 2%. Alla radice di molte difficoltà che hanno investito il ruolo della BCE negli ultimi anni è la distinzione cardinale per la definizione del suo mandato fra politiche monetarie (di competenza esclusiva dell'Unione) e politiche economiche. Le decisioni prese a favore di politiche monetarie non convenzionali come il programma OMT e l'alleggerimento

* Senior Lecturer, School of Law, University of Gaslow.

** Contributo sottoposto a valutazione anonima.

¹ Cfr. M. IOANNIDIS, 'Europe's New Transformation: How the EU Economic Constitution Changed during the Eurozone Crisis', in *Common Market Law Review*, 2016, 1237 ss.

quantitativo (*Quantitative Easing*), impensabili fino a pochi anni prima, sono divenute frequenti negli ultimi anni ed hanno messo sotto pressione quella ripartizione fra politiche economiche e monetarie centrale per l'assetto costituzionale dell'Eurozona.²

Come noto, nell'ambito del confronto/dialogo con il *Bundesverfassungsgericht*, nella sentenza *Weiss* la CGUE³ aveva ribadito che per stabilire se una decisione della BCE rientri nella sfera della politica economica o monetaria occorre tenere in considerazione gli obiettivi perseguiti e gli strumenti utilizzati dalla BCE (vedi para. 53 *Weiss*). Nella decisione della BCE oggetto del contendere (1174/2015 sul programma noto come *Public Sector Purchase Programme - PSPP*), la Corte di Giustizia aveva riscontrato che l'obiettivo della stabilità dei prezzi rimaneva primario rispetto agli altri effetti della decisione: il fatto che il PSPP, ossia il programma oggetto della decisione, 'avrebbe effetti considerevoli sul bilancio delle banche commerciali nonché sulle condizioni di finanziamento degli Stati membri della zona euro' (paragrafo 58 *Weiss*) rimarrebbe un effetto indiretto, peraltro compatibile con gli obiettivi secondari attribuiti alla BCE. La Corte di Giustizia pertanto non riscontrava nessuna aggiramento del divieto di finanziamento monetario ex art. 123(1) TFUE e sanciva la legittimità del cambiamento di alcune politiche monetarie, confermando che fossero espressione dell'autonomia decisionale della BCE.

La Corte tedesca ha adottato un punto di partenza diverso: determinare il riparto di competenze fra istituzioni europee e stati membri non solo in base ai principii di conferimento e di sussidiarietà ma includendo anche una più rigida valutazione della proporzionalità degli atti (da intendersi come metodo interpretativo non deferente alle decisioni della BCE). Il ragionamento della Corte può essere riassunto nei seguenti termini.

Anzitutto, la Corte di Karlsruhe riconosce che non è possibile tracciare una separazione netta fra politiche monetarie e politiche economiche. Ciò non impedisce di classificare una misura come politica monetaria. Tuttavia, il criterio per stabilire quando una decisione sia di politica monetaria non può essere basato

² Per una analisi d'insieme delle politiche sviluppate dalla UE per contrastare la crisi si rinvia a J. WHITE, *Politics of Last Resort*, Oxford University Press, Oxford, 2019.

³ C-493/17.

sugli obbiettivi della misura in quanto si darebbe troppo potere discrezionale al suo autore. E siccome si parla di una istituzione, la BCE, che non possiede una legittimazione democratica, non si può lasciare alla sua discrezionalità l'ultima parola sugli obbiettivi di una decisione. Per questa ragione, l'approccio alla legittimità della decisione di un organo indipendente non può essere troppo condiscendente.

Già nella sentenza *Maastricht*, la Corte tedesca aveva parlato di eccezione al principio democratico per quanto riguarda il principio di indipendenza della Banca Centrale. Di conseguenza, la responsabilità della BCE non può essere soggetta ad una deferenza eccessiva da parte degli organi giurisdizionali. Il rischio, ovviamente, è che data la elevata indipendenza politica non vi siano limiti all'espansione delle competenze della BCE alle spese degli Stati membri.

Alla luce di queste considerazioni, la Corte tedesca accusa la CGUE di non aver praticato un test di proporzionalità adeguato alla gravità della decisione. La Corte del Lussemburgo, così suona l'accusa, è stata troppo ossequiosa nei confronti della decisione di Francoforte e, in tal modo, avrebbe trivializzato la distinzione fra politica monetaria e politica economica, con conseguenze nefaste per 'il principio democratico e il principio della sovranità popolare' (paragrafo 160). In pratica, il test di proporzionalità sarebbe stato ridotto al minimo accettando completamente (e senza reale scrutinio) le dichiarazioni della BCE: nessuna indagine sullo scopo reale della decisione e sull'asserzione che si tratti delle politiche monetarie disponibili meno intrusive rispetto alle altre opzioni. Condotta in tal modo, l'analisi della proporzionalità nasconde un appiattimento sulla volontà della BCE.

La Corte costituzionale tedesca, invece, ritiene che sia necessario stabilire se gli effetti sulle politiche economiche siano più 'pesanti' rispetto a quelli sulla stabilità dei prezzi. Solo in questo modo si può determinare se una decisione della BCE rimane nell'ambito della sua sfera di competenza.

In maniera didascalica, Karlsruhe non si limita a notare l'assenza di ogni riferimento alle conseguenze economiche del programma, ma fornisce un elenco (paragrafi 171-178) delle considerazioni sull'impatto economico che la decisione della BCE avrebbe dovuto tenere in conto. Si tratta di una lista che si rivela di estremo interesse in quanto mostra quali aspetti delle politiche economiche devono essere valutati: il PSPP migliora le condizioni di accesso al finanziamento sui mercati degli Stati membri; il PSPP ha effetti anche sul sistema bancario, poiché

il sistema Euro acquisisce numerose quantità di titoli di Stato, compresi quelli più rischiosi; dato il mantenimento di un tasso di interesse bassissimo e un costo del denaro altrettanto minimo, il PSPP rischia di incoraggiare bolle speculative nel mercato immobiliare e in quelli finanziari; di conseguenza, la Corte di Karlsruhe sottolinea i rischi ai quali virtualmente sono esposti tutti i cittadini di fronte alla possibilità di perdite dei risparmi privati, con un potenziale impatto sul rendimento dei fondi pensionistici privati (dei cittadini tedeschi); permette alle aziende di avere accesso al credito a condizioni mai viste prime, impedendo che il mercato regoli la vita e lo sviluppo delle imprese, incluse quelle meno solide; accresce l'interdipendenza tra il sistema europeo delle banche centrali e le politiche degli Stati membri. Nel complesso, i suggerimenti della Corte costituzionale tedesca per praticare il test della proporzionalità indicano due dimensioni fondamentali: non si devono distorcere eccessivamente le dinamiche di formazione dei prezzi nel mercato unico, ossia si deve comunque permettere al mercato di dispiegare la forza della sua logica che, nel caso in questione, significa poter apprezzare i costi dell'indebitamento; occorre contenere i danni economici che si possono causare, direttamente o indirettamente, ai cittadini tedeschi.

In aggiunta, la corte di Karlsruhe ritiene che il principio di proporzionalità, e in particolare (ma non solo) il bilanciamento non sono stati condotti dalla Corte di Giustizia con la consueta attenzione che viene dedicata ad altri temi classici di diritto europeo quali la tutela dei diritti fondamentali, la discriminazione indiretta, la nozione di misure ad effetto equivalente nei casi di restrizione quantitativa (cf para. 146-152).⁴ In altre parole, il *Bundesverfassungsgericht* non trova soddisfacente la giustificazione per la minore intensità del controllo di proporzionalità garantito alle politiche monetarie. Al contrario, siccome va riconosciuta l'indipendenza della BCE dalla politica, allora la verifica giurisdizionale del rispetto delle competenze deve essere condotta con maggior attenzione.

⁴ Su quanto sia diverso lo scrutinio di proporzionalità in questi casi rispetto a quelli che riguardano le politiche monetarie dissente A. MARZAL, 'Is the BversG's Decision Simply Not Comprehensible?', in *Verfassungsblog*, May 9, 2020, available here: <https://verfassungsblog.de/is-the-bverfg-pspp-decision-simply-not-comprehensible/>

Esaminata con disincanto, la posizione della Corte tedesca non sorprende. Garante dell'ordinamento costituzionale tedesco e delle condizioni in base alle quali la Germania ha aderito all'Unione monetaria, la suprema giurisdizione tedesca utilizza la sua versione del test di proporzionalità per lanciare un segnale molto chiaro non solo alla Corte di Giustizia, ma ad altri attori, domestici e non, interessati all'adozione di una politica monetaria differente. Karlsruhe protegge la versione dell'Unione monetaria approvata dalla Germania con mandato democratico e relativa riforma costituzionale, negli anni Novanta. La Corte tedesca non riconosce la legittimità dei cambiamenti funzionali, ma informali, della e per questa ragione si permette di 'insegnare' alla Corte di Lussemburgo come andrebbe esercitato il controllo di proporzionalità per evitare che la indipendenza della BCE dalla politica si trasformi in arbitrarietà.⁵ In termini di dinamica costituzionale, la decisione della Corte potrebbe svolgere un ruolo di pungolo importante: resistendo ai cambiamenti informali della BCE, la posizione di Karlsruhe incoraggia gli altri attori coinvolti a prendere impegni espliciti e formali per un cambiamento dell'Eurozona.⁶

Tutto bene quindi? No, perché il fatto che si tratti di una prospettiva comprensibile non porta a giudicare positivamente il ragionamento giuridico della Corte tedesca e la sua insistenza sul principio di proporzionalità. Occorre fare presente che l'utilizzo di questo principio per determinare se la BCE ha continuato ad agire nei limiti del suo mandato non permette di problematizzare l'indipendenza della BCE. Il vincolo testuale dei trattati da un lato, e le modalità di applicazione del principio di proporzionalità, impediscono di tematizzare la mancata indipendenza della BCE dai mercati finanziari e, allo stesso tempo, le contraddizioni insite nell'originario disegno costituzionale della moneta unica.

⁵ Si veda, ad esempio, il rapporto 'Open Doors for the Forces of Finance at the ECB', prodotto dall'organizzazione Corporate Europe Observatory e consultabile al seguente indirizzo:

https://corporateeurope.org/sites/default/files/attachments/open_door_for_forces_of_finance_report.pdf

⁶ La Corte potrebbe svolgere un ruolo simile alla Corte Suprema degli Stati Uniti all'inizio del New Deal. Si rinvia alla ricostruzione di B. ACKERMAN, *We the People: Transformations*, Harvard University Press, Cambridge Mass., 1998.

Si tratta di uno dei limiti principali della messa in forma del tema delle competenze tramite il canale delle corti supreme o costituzionali. Innanzitutto, viene favorito un dialogo fra corti degli Stati membri che soddisfano due requisiti: sono corti di Stati che nell'economia dell'Eurozona possono definirsi creditori; si tratta di corti con riconosciuto prestigio e capacità di concentrazione apicale di potere giudiziario. Ovviamente, poche altre corti in Europa, al di là del Tribunale Costituzionale tedesco, possono ritrovarsi in questa condizione. Per tale ragione, sia detto per inciso, risultano eccessive le paure che la decisione della corte di Karlsruhe fornisca un esempio da seguire per tutte le altre corti. Piuttosto, la forma del conflitto fra Lussemburgo e Karlsruhe non è adeguata per affrontare il tema dell'assunzione di un ruolo costituzionale per la Banca Centrale Europea. Essendo vincolate ai testi dei Trattati e al mantenimento dell'equilibrio fra interessi specifici nel mercato unico, le due corti si cimentano in un esercizio elegante di distinzione fra politiche monetarie ed economiche. È come se, una volta riconosciuto che i due tipi di politica non operano a compartimenti stagni, il tema riguardasse la possibilità di tracciare una linea con la quale si stabilisce se una determinata misura è primariamente monetaria o economica. Non si vuole qui sminuire l'importanza per una corte di controllare se i mandati previsti dai trattati vengono rispettati. Piuttosto, si vuole spostare l'attenzione sull'economia politica contenuta all'interno del ragionamento giuridico della Corte tedesca. L'argomentazione di Karlsruhe presuppone un non-detto che è vitale per il funzionamento dell'Euro. Come mostrato, fra altri, da Christine Desan,⁷ le monete ufficiali sono progettate in maniera politica al fine di perseguire alcuni scopi ed evitare che altri obiettivi entrino nell'agone politico. In altri termini, la moneta non è un oggetto regolativo esogeno, ma endogeno alle relazioni sociali alle quali intende fornire un'unità di misura e un mezzo di scambio. Di conseguenza, un determinato assetto monetario porta con sé, sempre, effetti distributivi e redistributivi. Per svolgere tali funzioni, la moneta deve essere parte di un'attività di governo che la rende elemento costitutivo (e non meramente regolativo) di relazioni sociali ed economiche fondamentali. In tal senso, l'argomento della Corte di Karlsruhe appare come un tentativo di non esplicitare, dandolo per scontato, tale ruolo della moneta unica. Così, gli effetti economici che vengono presi come metro di misura per stabilire la

⁷ Cfr. C. DESAN, *Making Money*, Oxford University Press, Oxford, 2014.

proporzionalità delle decisioni della BCE, pur essendo correttamente elencati, non esauriscono tutte le conseguenze che vengono generate da una specifica politica monetaria. Non si capisce, ad esempio, perché gli effetti sul mercato e il costo del lavoro di alcune decisioni di politica monetaria non entrino nel bilanciamento proposto dalla Corte tedesca.⁸ Oppure, è difficilmente giustificabile l'assenza dell'impatto sulle politiche industriali dei paesi dell'Eurozona e, ancora più importante per la Germania, gli effetti sulla bilancia commerciale. Inoltre, quando la Corte tedesca afferma che il volume e la durata del PSPP potrebbero rendere il programma disproporzionato poiché distorcerebbero la condotta fiscale degli stati, facendola determinare dalla BCE (para. 171), evita di riconoscere che la politica monetaria già sta determinando, in una certa misura, le politiche fiscali degli stati. La gestione delle politiche monetarie presenta profili di economia politica tutt'altro che neutrali indipendentemente dal tipo di decisioni adottate e questo avviene in virtù della forza di governo di cui è dotata la moneta e, ancora di più, una moneta costruita come l'Euro. Essa, ad esempio, cristallizza e preserva una gerarchia fra stati creditori e debitori, nonché fra capitali solventi e capitali insolventi. Come si può immaginare che la gestione dei rapporti fra creditori e debitori nell'Eurozona non abbia conseguenze sulla politica economica degli Stati membri? È infatti difficile trovare una distinzione che sia più politica e divisiva, nell'Eurozona, di quella fra creditori e debitori.⁹

Infine, la decisione conferma i limiti dell'idea che il dialogo fra le corti possa portare a cambiamenti incrementali. L'impostazione adottata dalle due corti non permette di intravedere il legame fra i mercati finanziari e le decisioni della BCE. Questo perché il punto di partenza per entrambe le corti riguarda la protezione dell'indipendenza della Banca Centrale Europea come espressa dall'art. 130 TFUE, ossia indipendenza dalle istituzioni politiche. La BCE funziona in modo opposto a quanto notato da Karl Polanyi, nel suo *La grande trasformazione*, a proposito delle banche centrali.¹⁰ Mentre la centralizzazione delle funzioni di prestatore di ultima istanza in una banca centrale nazionale aveva perseguito lo scopo di

⁸ Ovviamente non rientrano neppure nel ragionamento della Corte di Lussemburgo.

⁹ Si veda, da un punto di vista storico-giuridico, K. DYSON, *States, Debt and Power*, Oxford University Press, Oxford, 2014; per una ricostruzione filosofica: J. VOGL, *The Ascendancy of Finance*, Polity, Londra, 2018.

¹⁰ Cfr. K. POLANYI, *La grande trasformazione* (1944), Einaudi, Torino, 2000.

sottrarre la funzione di amministrazione e controllo del credito alle sole leggi ferree del mercato, ossia aveva contribuito a de-mercificare la moneta, la BCE opera in base ad impulsi provenienti dai mercati. Per evitare fraintendimenti: è normale che una banca centrale tenga conto di tali impulsi. Tutto diventa più problematico per la stabilità di una comunità politica quando la banca centrale segue tali impulsi con lo scopo principale di mantenere il valore di investimenti e capitali, seguendo le direttive che provengono da attori finanziari.¹¹ Il *Quantitative Easing* è un programma che anzitutto stabilizza il sistema bancario e, come effetto collaterale dovuto soprattutto al ruolo delle banche centrali nazionali nel programma, produce un effetto calmierante sui titoli di Stato dei paesi dell'Eurozona.

In conclusione, il cosiddetto dialogo fra le corti disegna il perimetro delle preoccupazioni costituzionali sulle politiche monetarie attorno alla questione della indipendenza della BCE. Quest'ultimo è oramai un mito che opera come la testa tagliata di Orfeo, del cui canto si dice che ancora ipnotizzasse le genti anche dopo la decollazione. L'indipendenza dell'istituto di Francoforte esercita ancora una forte fascinazione sulle due principali corti d'Europa. Il ricorso al test di proporzionalità non spezzerà l'incanto.

¹¹ Omar Chessa giustamente si riferisce ad 'effetto di decisioni di finanza privata' in 'Perché il tribunale costituzionale tedesco sbaglia a censurare gli "effetti di politica economica" della BCE', in *LaCostituzione.info*, 8 maggio 2020, consultabile al seguente indirizzo: <http://www.lacostituzione.info/index.php/2020/05/08/perche-il-tribunale-costituzionale-tedesco-sbaglia-nel-censurare-gli-effetti-di-politica-economica-della-bce/>.