



CONSULTA ONLINE

PERIODICO TELEMATICO ISSN 1971-9892



2022 FASC. I

(ESTRATTO)

MASSIMILIANO MEZZANOTTE

**LA PROPORZIONALITÀ “CONTESA”:
CORTE DI GIUSTIZIA E GIUDICI NAZIONALI A CONFRONTO**

23 FEBBRAIO 2022

IDEATORE E DIRETTORE RESPONSABILE: PROF. PASQUALE COSTANZO

Massimiliano Mezzanotte

La proporzionalità “contesa”: Corte di giustizia e giudici nazionali a confronto*

ABSTRACT: *Proportionality is a principle which, in addition to being present in national legal systems, is provided in art. 5 TEU as a limit to the exercise of the competences of the European Union. The study analyzes specifically the jurisprudence that, applying this criterion, has been formed on the subject of limits to the powers of the European Central Bank, from which it emerges that while the German Constitutional Court uses a strict scrutiny, the Court of Justice balances in a flexible way costs and benefits, according to the objectives of economic policy pursued by the Union. The result is a different way of understanding this principle, which is also influenced by the specific interests pursued, and which leads to questions about the need to increase the dialogue between the Courts and between the ECB and national representative bodies.*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il sindacato costituzionale sul controllo della Corte di giustizia. – 3. Principio di proporzionalità: diversi ambiti, diversi significati. – 4. La regola del minimo mezzo. – 5. Il “principio utilitaristico” secondo le Corti costituzionali: logiche interne e interessi nazionali. – 6. La proporzionalità come strumento per superare la distinzione tra politica monetaria ed economica. – 7. Verso un test di proporzionalità di respiro europeo?

1. Introduzione

L’Unione europea nasce come un’organizzazione di Stati con il fine di condividere finalità e obiettivi. Ma la struttura che si realizza si fonda su regole organizzative e poteri limitati; ciò significa che l’UE può agire solo nell’ambito delle competenze e nel rispetto delle regole funzionali indicate nei Trattati.

L’art. 5 TUE risponde a questa *ratio*, ossia alla necessità di introdurre dei principi, quello di sussidiarietà e proporzionalità, che si pongono come limite al potere dell’Unione, disciplinandone l’esercizio delle competenze; mentre il primo prevede che l’intervento dell’UE è necessario solo dove il fine non possa essere perseguito a livello statale, il secondo permette di circoscrivere l’azione europea, che non può andare oltre ciò che è necessario per raggiungere tali finalità. Questi principi, di rango costituzionale, considerati insieme a quello di attribuzione, mirano a garantire il «*federal order of competences*», per mezzo della limitazione della titolarità e dell’esercizio del potere dell’UE¹.

Sotto il profilo applicativo, però, non mancano contrasti, in ragione della necessità di garantire il conferimento all’Unione di poteri necessari per il raggiungimento di obiettivi definiti e, nel contempo, di rispettare la divisione delle competenze tra Unione e Stati membri.

Ma in quest’ottica, allora, è da chiedersi come viene articolato il controllo negli ambiti di intervento, in particolare, se il differente livello di applicazione possa comportare anche delle tensioni in merito ai limiti di azione, soprattutto nel settore economico, dove l’ago della bilancia è rappresentato proprio dall’angolo di visuale, ossia se la prospettiva è assunta in chiave comunitaria o statale. Ciò potrebbe portare a sindacare l’operato di tutti gli organi dell’UE, proprio in ragione dell’attività messa in campo, rapportata agli obiettivi da raggiungere e al relativo sacrificio imposto agli Stati o ai cittadini europei.



* *Contributo inserito nel progetto “PRIN” (2017) “Garanzia dei diritti e qualità dei servizi nella prospettiva dello sviluppo territoriale integrato. Buon andamento, multilevel governance e cooperazione territoriale per una nuova strategia di acquisizione di risorse e razionalizzazione della spesa pubblica” dell’Unità di ricerca dell’Università di Teramo (Responsabile scientifico Prof. Salvatore Cimini).*

¹ A. VON BOGDANDY, J. BAST, *The Federal Order of Competences*, in *Principles of European Constitutional Law*, a cura di A. von Bogdandy, J. Bast, Oxford, 2009, 275.

2. Il sindacato costituzionale sul controllo della Corte di giustizia

Un esempio di quanto detto si è avuto di recente. I poteri della BCE sono stati infatti posti al centro del dibattito politico europeo a seguito della decisione del Secondo Senato del Tribunale costituzionale federale tedesco che ha criticato le scelte della Banca europea in merito alla procedura di acquisto dei titoli di debito pubblico. In sostanza, la contestazione investiva, tra l'altro, il *Public Sector Purchase Programme* (PSPP), che costituiva un profilo di primo rilievo del *Quantitative Easing*.

In questa nuova tappa dello scontro tra Corte UE e *Bundesverfassungsgericht*², la materia del contendere investiva non direttamente i limiti dei poteri della BCE, che erano stati oggetto di verifica nella sentenza *Weiss* dell'11.12.2018, bensì l'attività della Corte di giustizia, che avrebbe adottato una decisione sul PSPP non rispettosa del principio di proporzionalità e dei Trattati. Un sindacato, cioè, troppo morbido sulle motivazioni espresse nella sentenza del 2018 dalla CGUE, che avrebbe ommesso di valutare se la BCE avesse dato un'interpretazione non corretta dei Trattati, andando così *ultra vires*³.

Per tale ragione, si invitava il Governo federale tedesco e il *Bundestag* a richiedere alla BCE di fornire chiarimenti circa il rispetto del principio di proporzionalità entro tre mesi; nel frattempo, la *Bundesbank* non avrebbe potuto procedere all'acquisto dei titoli.

La decisione è stata ampiamente commentata e criticata sotto molteplici profili; è stato evidenziato che l'attuazione della decisione avrebbe provocato l'immediata sospensione di acquisto di titoli da parte della Banca centrale tedesca e l'obbligo di immettere nel mercato le obbligazioni in suo possesso, con conseguenze sicuramente negative per l'economia tedesca (aumento del costo del debito tedesco e riduzione dello *spread*)⁴. Per altri invece, la decisione ha sollevato diverse problematiche soprattutto in relazione al dialogo giudiziario tra Corti all'interno dell'UE, alla posizione istituzionale della Corte di giustizia europea, all'autorità del diritto europeo e al relativo primato ed al necessario rispetto dei principi cardini dell'Unione; in particolare, essa è andata a scuotere gli stessi cardini delle scelte economiche, attività che si ripercuote sulla capacità preservare in modo efficiente i valori fondanti l'Unione all'interno degli Stati membri. Sotto altro profilo, ad essere messe in discussione sono proprio gli ambiti fondamentali dell'azione comunitaria, ossia l'Unione economica e monetaria, la cui traiettoria futura non potrà non risentire di tale presa di posizione⁵.

Ma non è questo il campo su cui ci si vuole focalizzare né i successivi sviluppi della vicenda. Quello che interessa è sia l'utilizzo che viene fatto del principio di proporzionalità (e in particolare, della sua applicazione in campo di politica economica), sia la possibilità che lo stesso diventi uno strumento tale da fungere da cardine, secondo una logica utilitaristica, nel campo dei controlli dal basso della politica economica della BCE.

3. Principio di proporzionalità: diversi ambiti, differenti significati.

Resta da comprendere se il differente livello in cui è chiamato ad operare il principio di proporzionalità influisce sulle tecniche di giudizio. Ci troviamo sempre in presenza di un sindacato deformalizzato, che si manifesta in modelli di controllo sviluppati in ordinamenti tendenzialmente complessi legati all'applicazione di alcuni principi ispiratori, come quello di sussidiarietà. In

² Ricostruisce attentamente questo "braccio di ferro", HILPOLD, *So Long Solange? The PSPP Judgment of the German Constitutional Court and the Conflict between the German and the European 'Popular Spirit'*, in [Cambridge Yearbook of European Legal Studies](#) (2021).

³ G. SCACCIA, *Nazionalismo giudiziario e diritto dell'Unione europea: prime note alla sentenza del BVerfG sui programmi di acquisto dei titoli del debito della BCE*, in [DPCE online](#), 1/2020.

⁴ In tal senso, G. SCACCIA, *Nazionalismo giudiziario*, cit., che sottolinea però l'improbabilità di tale prospettiva.

⁵ P. DERMINE, *The Ruling of the Bundesverfassungsgericht in PSPP – An Inquiry into its Repercussions on the Economic and Monetary Union*, in [European Constitutional Law Review](#), 16 (2020), 525 ss.

quest'ottica, però, i diversi livelli in cui agisce non possono che influire sulle tecniche di bilanciamento e di proporzionalità attuate. Per dirla in altri termini, la proporzionalità, essendo una tecnica attuata in un sistema *multilevel*, necessariamente si attegga in modo diverso a seconda del piano in cui agisce, seguendo una logica degli interessi dell'ambito di riferimento. A livello statale, com'è emerso nella decisione del Tribunale costituzionale tedesco, opera come forma di difesa dei principi interni contro forme eccessivamente invasive da parte dell'UE. Se la teoria dei controlimiti opera sotto il profilo sostanziale, il principio di proporzionalità agisce a livello di esercizio delle competenze.

Tale ricostruzione porta a ritenere che le relative coordinate mutano in relazione all'ampiezza territoriale di riferimento. A livello interno, sarà un controllo ispirato a logiche più stringenti e aderenti a istanze statali, a livello dell'Unione mirerà ad un contemperamento delle necessità di tutti gli Stati. Nel primo caso, sarà una verifica tendente a un bilanciamento tra interessi riconducibili a differenti centri di riferimento; nel secondo, sarà invece uno strumento volto alla ricerca di un minimo comun denominatore secondo una logica che vede l'Unione europea assimilabile a una funzione di variabili indipendenti. Come principio condiviso "endogeno" all'interno dell'ordine giuridico europeo⁶, esso ha il fine, insieme al principio di sussidiarietà, di evitare una suddivisione piramidale del potere, mirando piuttosto a perseguire una distribuzione dello stesso in modo adeguato e flessibile in relazione ai centri di interesse, in modo da garantire che la collaborazione di tutte le istanze (nazionali, intergovernative e comunitarie) sia il più efficiente possibile⁷.

Tale differente logica promana sia dall'origine del principio stesso, sia dalla circostanza da ultimo ricordata in merito al campo di azione che lo vede coinvolto.

Sotto il primo profilo, infatti, esso deriva dalle differenti tradizioni degli Stati membri (dal concetto tedesco di *Verhältnismäßigkeit*, da quello francese di *théorie du bilan*, da quello inglese di *reasonableness* e da quello italiano di ragionevolezza), anche se il controllo a livello europeo si articola, sotto il profilo funzionale, secondo il modello elaborato dalla giurisprudenza tedesca, in tre passaggi (il riesame di necessità delle misure in relazione al fine stabilito, quello sull'adeguatezza o delle misure meno restrittive e infine il controllo di proporzionalità *stricto sensu*, che analizza la proporzione tra limiti e obiettivi desiderati⁸).

Sotto il secondo, invece, esso agisce su tre livelli, ossia sul controllo degli atti dell'Unione europea, su analoghi attività svolta nei confronti degli Stati membri (in caso di mancato rispetto delle libertà economiche o degli atti dell'Unione); infine, come limite alla discrezionalità del legislatore europeo, in base a quanto disposto dall'art. 5.4 del TUE⁹.

Tale dato emerge in particolare dall'utilizzo fatto dalla Corte; a livello statale, esso si fonda nella prima fase del giudizio sulla tutela dei diritti del cittadino nei confronti di interventi statali inutili o inadeguati o, comunque, sotto il profilo assiologico, tali da garantirne il rispetto del contenuto essenziale¹⁰ o del principio della ragionevolezza del trattamento in relazione al diritto che in concreto viene coinvolto¹¹. A livello europeo, esso invece si basa sulla ricerca di un giusto equilibrio, a seconda degli interessi che di volta in volta entrano in gioco, tra visioni individualistiche e rispetto del

⁶ D. SIMON, *Y a-t-il des principes généraux du droit communautaire?* in *Droit: revue française de théorie juridique*, 1991, 14, 78.

⁷ Così si esprime, J. M. FERRY, *Europe la voie kantienne*, Parigi, 2005, 151-152.

⁸ Sul tema, D. U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità fra diritto nazionale e diritto europeo (e con uno sguardo anche al di là dei confini dell'Unione Europea)*, in *Riv. it. diritto pubbl. com.*, 2019, n. 6, 907 ss.

⁹ In tal senso, A. PORTUESE, *Principle of Proportionality as Principle of Economic Efficiency*, in *European Law Journal*, vol. 19, n. 5, settembre 2013, 613. Secondo l'art. 5.4. TUE, «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. Le istituzioni dell'Unione applicano il principio di proporzionalità conformemente al protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità».

¹⁰ G. SCACCIA, *Il controllo di proporzionalità della legge in Germania*, in *Annuario di diritto tedesco*, 2002, 379 ss.

¹¹ M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, sul [sito](#) della Corte costituzionale, 15-16, che sottolinea come il canone di ragionevolezza (insieme a quello di proporzionalità) non si riduce ad un mero sillogismo deduttivo di tipo matematico o a una valutazione astratta, bensì è espressione di una valutazione concreta, concatenata all'esperienza giuridica fattuale.

principio degli interessi federalisti sottesi all'attività dell'Unione, su quello cioè che è stato definito *the integration context*, ossia quella dimensione che fa cambiare radicalmente il significato, disancorandolo da una dimensione puramente nazionale¹² e trasformandolo in un controllo multilivello di rispetto del diritto europeo.

4. *La regola del minimo mezzo.*

Anche nella fase del controllo sull'idoneità, però, il distacco tra la concezione statale e quella dell'Unione è palpabile. Il principio che ha trovato applicazione nel caso della sentenza di maggio fa pensare a quella regola del minimo mezzo che nel campo dell'economia appare di grande rilievo e si concretizza in un sindacato sulla necessità dello strumento per la realizzazione di un fine pubblico, sulla base di una logica comparativa tra il mezzo utilizzato e il perseguimento dell'obiettivo. Esso quindi si struttura come una regola fattuale di valutazione di interessi concreti secondo una logica di efficienza dell'azione in ragione del fine da perseguire.

Il fondamento appena evidenziato è stato peraltro criticato in quanto il principio di proporzionalità, in ragione degli interessi contemperati, non si presta ad un giudizio fondato su criteri di natura economicistica. Infatti, la scelta del mezzo in grado di valutare non l'idoneità dello strumento volto a perseguire fini di giustizia bensì la migliore allocazione dei beni si scontra con la natura stessa del diritto, non ispirato a un mercato dei valori bensì a un equo contemperamento degli stessi. In sostanza, appare dubbio poter applicare un modello liberale fondato sulla regola dell'efficienza a uno che invece persegue la giustizia sociale¹³ e la tutela dei diritti dell'individuo. In quest'ottica, infatti, allorché viene utilizzato nell'ambito della salvaguardia dei diritti, in particolare di quelli sociali, esso si caratterizza per avere o una natura difensiva o una creativa, ossia per tutelare i diritti o per ampliarne la portata¹⁴.

Nel caso di valutazioni su questioni di politica economica, sembra però che il principio di proporzionalità venga condizionato proprio da tali interessi. Il contemperamento effettuato non si ispira a un criterio fondato su una equa ponderazione di contrapposte esigenze, al di fuori di schemi di natura matematica, ma su un'attività valutativa che necessariamente coinvolge scelte di natura finanziaria fondate sul parametro dell'utilità. Così effettuato, il bilanciamento diventa la ricerca di un punto di equilibrio tra ambiti confliggenti individuato sulla base del canone dell'efficienza. Il *balancing test* effettuato, detto in altri termini, non si fonda sulla logica di principi confliggenti, bensì sulla ponderazione dell'utilizzo dei mezzi in relazione ai fini. Un rapporto, cioè, che si basa sull'analisi costi/benefici sottesi al perseguimento degli obiettivi.

Secondo questa chiave di lettura, lo strumento utilizzato come parametro nelle mani della Corte di giustizia dell'Unione europea serve a porre un argine alla discrezionalità sia del legislatore europeo che dei Parlamenti nazionali, secondo una logica valoriale del tutto autonoma da quella degli Stati¹⁵, sebbene tragga da questi l'idea di fondo¹⁶.

L'applicazione giurisprudenziale¹⁷ evidenzia una serie di caratteristiche che contraddistinguono il giudizio della Corte, ispirato alla ricerca del rapporto mezzo/fine, all'analisi dell'onerosità dei mezzi

¹² Così si esprime W. SAUTER, *Proportionality in EU Law: A Balancing Act?* in [Cambridge Yearbook of European Legal Studies](#), 2013, 15, 445.

¹³ G. SCACCIA, *Il controllo di proporzionalità della legge in Germania*, cit.

¹⁴ In tal senso, X. CONTIADES e A. FOTIADOU, *Social rights in the age of proportionality: Global economic crisis and constitutional litigation*, in *I-Con* (10) 2012, 665.

¹⁵ A. PORTUESE, *Principle of Proportionality as Principle of Economic Efficiency*, cit., 618.

¹⁶ C-108/63, *Officine Elettromeccaniche A. Merlini v. High Authority ECSV* (1963) 1, § 3. Sulla derivazione statale di questo principio, B. DE WITTE, *The Role of Institutional Principles in the Judicial Development of the European Union Legal Order*, in *The Europeanisation of Law: The Legal Effects of European Integration*, a cura di F. Snyder, Oxford, 2000, 90.

¹⁷ Un'analisi giurisprudenziale in tal senso, in A. PORTUESE, *Principle of Proportionality as Principle of Economic Efficiency*, cit., 623 ss.

utilizzati o, nella proporzionalità *stricto sensu*, alla valutazione degli svantaggi causati in relazione al fine perseguito. Il principio dell'efficienza rappresenta quindi il *leit motiv* ispiratore del principio di proporzionalità, da cui trae sia la *ratio* che il *modus operandi* concreto.

Resta sullo sfondo la diversità degli orizzonti utilitaristici di riferimento in cui esso opera; la logica valoriale ispirata alla ricerca del miglior compromesso tra costi e benefici per il perseguimento di un fine porta, necessariamente, alla relativizzazione di questo bilanciamento in ragione degli interessi coinvolti. Il territorio di riferimento, collegato ad interessi localizzati, influisce necessariamente sul principio in esame e sulle tecniche di giudizio che ad esso si ispirano.

5. Il “principio utilitaristico”: logiche interne e interessi nazionali.

Infine, anche il bilanciamento vero e proprio di interessi, come ultima fase del giudizio basato sul principio di proporzionalità, assume una sembianza differente, quando entrano in gioco logiche e scelte di natura politico-economica. Ma se a livello statale si è sottolineata la necessità di elaborare un *test* di giudizio che permetta anche di arginare l'eventuale discrezionalità decisionale delle Corti¹⁸, chiamate comunque a motivare le decisioni basandosi su un'interpretazione volta a garantire il raccordo tra principi costituzionali e attività ermeneutica di loro attualizzazione, a livello europeo si evidenzia la maggior severità «quando viene in esame la conformità al principio di proporzionalità di misure nazionali compressive di libertà mercantili rispetto a casi in cui il controllo giurisdizionale riguarda atti delle istituzioni comunitarie»¹⁹.

Il caso prospettato non è però l'unico che può essere ricondotto a un uso parametrato a valori interni del principio di proporzionalità. Tale forma di utilizzo porta in sostanza a capovolgere la sua essenza, relativizzandola all'utilità concreta perseguita. In quest'ottica, esso può essere naturalmente piegato a una logica di tutela degli interessi nazionali, sulla base del rapporto costi/benefici in ragione del sacrificio imposto. Sebbene ispirato ad un senso astratto di giustizia²⁰, è innegabile che esso si leghi in modo stretto con aspetti concreti dei destinatari dei provvedimenti. Ed ecco che il sistema matematico, soprattutto allorché gli interessi coinvolti riguardano organizzazioni e attività di natura preminentemente economiche, caratterizza l'applicazione del principio di proporzionalità. Com'è ovvio, in queste dimensioni, che ovviamente prescindono dalla giustizia sociale, l'utilizzo di un criterio ispirato all'efficienza muove proprio dalla particolare scelta che si trova a fare l'organo decidente di fronte alla ricerca di un equilibrio nell'allocazione di beni e risorse tale da perseguire un adeguato livello di soddisfazione.

Sembra emergere quindi questa doppia anima del principio di proporzionalità; se per i diritti vi sarebbe un uso forte²¹, per le questioni di ordine economico traspare un utilizzo per c.d. debole. In questo secondo caso, ciò che rileva non è la ricerca di una tecnica di bilanciamento volta a dare massima tutela e garanzia ai diritti e quindi di una sua applicazione volta a graduare le forme di limitazione²², bensì di un mezzo per ottenere il maggior risultato con il minimo sacrificio possibile,

¹⁸ G. SCACCIA, *Il controllo di proporzionalità della legge in Germania*, cit., 379 ss.

¹⁹ G. SCACCIA, *Proporzionalità e bilanciamento tra diritti nella giurisprudenza delle Corti europee*, in [Rivista AIC](#), n. 3/2017, del 26 settembre 2017, 11.

²⁰ F. PARSONS, *Legal Doctrine and Social Progress*, New York, 1911, 165, secondo il quale il principio di proporzionalità «is the core of equity, the heart of justice».

²¹ G. SCACCIA, *Proporzionalità e bilanciamento tra diritti nella giurisprudenza delle Corti europee*, cit., 10, precisa che dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, con riferimento alla materia trattata, «sono prevalenti le pronunce in cui, attraverso il controllo di proporzionalità, diritti fondamentali non mercantili sono connessi, rafforzandole, a libertà fondamentali garantite agli individui contro i rispettivi Stati membri rispetto a quelle in cui, al contrario, l'esigenza di tutela di detti diritti autorizza gli Stati a imporre – sempre nel rispetto della proporzionalità – misure limitative della libertà economica». In sostanza, emerge una graduazione nell'utilizzo del principio di proporzionalità in relazione alla natura della situazione giuridica controversa.

²² In tal senso, G. SCACCIA, *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto costituzionale*, in *Dialoghi su ragionevolezza e proporzionalità*, a cura di A. Fachechhi, Napoli, 2019, 177 ss.

in un'analisi costi/benefici tendenzialmente volta a valutare la giustificazione delle scelte economiche adottate.

Questo elemento emerge ad esempio nel c.d. *Regulatory Impact Assessment*, ossia l'analisi di impatto elaborata dalla Commissione europea²³, che è stata utilizzata in sede giurisdizionale dalla Corte di giustizia proprio in relazione allo studio dell'impiego di oneri che non devono essere sproporzionati in rapporto agli scopi perseguiti²⁴. L'indagine conduce a valutare se le finalità stabilite siano idonee a giustificare conseguenze economiche negative, ad effettuare cioè un'analisi se i costi (diretti e indiretti) possano garantire «*optimal, proportional an justifiable regulatory choices*»²⁵.

Ma tale orientamento si riverbera anche sulle decisioni assunte dalla Corte di giustizia in sede di sindacato sull'osservanza di tale principio. Nella sentenza dell'8 giugno 2010, essa ha ribadito che al legislatore dell'UE debba essere riconosciuto un ampio potere discrezionale in quegli ambiti che richiedono l'adozione di scelte sia di natura politica che economica e sociale e in cui devono essere effettuati apprezzamenti e valutazioni complesse²⁶; nella sentenza 13 marzo 2019 ha precisato che «non si tratta, quindi, di stabilire se una misura emanata in un settore siffatto fosse l'unica o la migliore possibile, in quanto solo la manifesta inidoneità della misura rispetto all'obiettivo che le istituzioni competenti intendono perseguire può inficiare la legittimità della misura medesima»²⁷. Un orientamento, questo, sul livello di sindacato dell'osservanza del principio di proporzionalità, da ritenersi ormai costante nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, che lascia intendere l'onere per lo Stato membro di evidenziare l'errore manifesto in cui sarebbe incorso il legislatore dell'UE²⁸. Questo profilo permette allora di interrogarsi sulla necessaria distinzione tra politica monetaria e economica all'interno dell'azione comunitaria e su come i due ambiti vengano intesi dalla Corte di giustizia.

6. La proporzionalità come strumento per superare la distinzione tra politica monetaria ed economica.

Com'è stato osservato, il vero obiettivo della decisione della Corte tedesca sono i futuri interventi in materia di acquisti, che l'Unione potrebbe intraprendere per fronteggiare le conseguenze economiche della pandemia²⁹. Questo meccanismo ricorda tanto quelle rimostranze che ogni Stato può intraprendere allorquando risulta violato il principio di sussidiarietà. Ma soprattutto evidenzia come sia in atto quel fenomeno complesso che vede da un lato attribuire alle Corti quella funzione unificante un tempo di spettanza degli organi rappresentativi, dall'altro il ricorso a parametri spesso volatili che portano a giustificare la presa di decisioni ispirate a criteri di giustizia sostanziale, più che di natura formale.

In questa logica che vede il progressivo distanziamento da un'interpretazione tendenzialmente letterale dei testi fondamentali (e una progressiva concretizzazione dei principi in essa contenuti), lo strumento della proporzionalità rappresenta forse quel criterio ermeneutico che più degli altri permette di creare un giudizio strutturato sulla razionalità interna dei provvedimenti adottati,

²³ Sul tema, C. KIRKPATRICK e D. PARKER, *Regulatory Impact Assessment: An Overview*, in *Regulatory Impact Assessment: An Overview?* a cura di C. Kirkpatrick e D. Parker, Cheltenham, 2007, 2 ss.

²⁴ In tal senso, SENATO DELLA REPUBBLICA, Servizio per la qualità degli atti normativi, *L'analisi d'impatto della regolamentazione nel processo decisionale europeo*, a cura di L. Di Giambattista, Roma, aprile 2016, 17.

²⁵ W. MARNEFF e L. VEREECK, *The meaning of regulatory cost*, in *European Journal of Law and Economics*, n. 32, 2011, 355.

²⁶ Sentenza dell'8 giugno 2010, *Vodafone e a./ Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform*, causa C-58/08, EU:C:2010:321, § 52.

²⁷ Sentenza 13 marzo 2019, *Polonia/Parlamento europeo e Consiglio*, causa C-128/17, EU:C:2019:1035, § 77.

²⁸ In tal senso, la ricostruzione effettuata nella *Relazione della Commissione. Relazione Annuale 2019 sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità e sui rapporti con i Parlamenti nazionali*, COMM (2020) 272 final, del 30 giugno 2020, 9-10.

²⁹ G. SCACCIA, *Ragionevolezza*, cit.,

scandagliando il metodo utilizzato per raggiungere determinati obiettivi³⁰. Nel contempo, l'analisi non sfocia nella mera discrezionalità, ma viene caratterizzata da un controllo sul rapporto fini/mezzi, come ottimizzazione, secondo una prospettiva più ampia, di possibilità fattuali e legali³¹. La differenza che annida nei diversi livelli di controllo sulla base della proporzionalità comporta che le scelte europee possano essere valutate in entrambi i livelli, secondo una logica discendente di applicazione del principio richiamato.

In questa prospettiva, il controllo da parte della Corte di giustizia, attuato a maglie più larghe, potrebbe apparire non sufficiente a soddisfare i parametri interni, ispirati da interessi differenti. La logica posta a fondamento del sindacato si caratterizza, quindi, per ampiezza e presupposti diversi, che necessariamente portano a un allontanamento tra le giurisdizioni poste a livelli differenti.

Il principio di proporzionalità, considerato come uno strumento di salvaguardia del sistema federale delle competenze, attraverso la limitazione dell'esistenza e dell'esercizio del potere normativo dell'UE, conduce però ad interrogarsi anche sulla tipologia di diritti e interessi che vengono, di volta in volta, individuati, specificati e che, infine, formano oggetto di bilanciamento. Ma dietro il paravento della tutela dei diritti individuali, si cela il contrasto tra Stati membri e UE basato sulla salvaguardia dei propri ambiti di autonomia decisionale³². Una sorta di barriera a tutela di logiche interne, che permette di arginare forme di attivismo della Corte di giustizia in ambiti ritenuti di esclusiva spettanza statale. Le Corti statali si ergono quindi a baluardo di quelle che sono le scelte di natura economica che lo Stato può intraprendere e della loro relativa armonizzazione con quelle dell'Unione.

Attraverso questo mezzo, allora, si può alleggerire il divario esistente tra politica economica e monetaria che, allo stato, sussiste. Le scelte effettuate a partire dal Trattato di Maastricht sono state influenzate dalla teoria c.d. della macroeconomia neoclassica, che si fonda sulla distinzione di competenze nel campo monetario ed economico, con relativa differenziazione nell'attribuzione delle relative funzioni³³. Alla luce di tali considerazioni, quindi, mentre la politica economica è rimasta una materia di spettanza nazionale – sebbene coordinata con le politiche comunitarie (art. 5 TFUE) – quella monetaria è di spettanza dell'Eurosistema.

Ma tale distinzione, in realtà, ha presentato sin dall'origine una serie di problemi. Sotto il profilo normativo, la delimitazione effettuata dai Trattati non è particolarmente chiara; sotto il profilo pratico, non sembra possibile mantenere una tale diversificazione tra i due ambiti – politica economica e monetaria – senza che di fatto venga a realizzarsi una reciproca interferenza³⁴. Detto altrimenti, appare innegabile che esista un'area in cui le varie competenze dell'Unione, sebbene tenute distinte sotto il profilo normativo, si accavallano, formando una zona in cui le stesse non sono facilmente distinguibili.

Ciò peraltro non è stato, nel corso degli anni, del tutto indifferente per l'ordinamento europeo, ma ha creato tensioni tra Unione e Stati membri, che reclamavano la propria sfera di competenza e consideravano tale estensione una lesione delle proprie attribuzioni. Per tale ragione è stata chiamata in causa varie volte la Corte di giustizia, che ha dovuto tentare di far chiarezza sull'esatta individuazione degli ambiti di spettanza.

Basti a riguardo ricordare, ad esempio, i casi *Pringle*, *Gauweiler* e *Weiss*, in cui la CGUE ha superato una visione rigida, approdando a un approccio funzionale, in base al quale l'oggetto perseguito da una misura determina la natura economica o monetaria dell'intervento, basandosi sulla

³⁰ Secondo J. SCHWARZE, *European Administrative Law*, Londra, 2006, 664-665, il principio in esame risulta essere fondamentale nel campo del diritto dell'economia dell'Unione europea, perché in assenza di un sistema di diritto amministrativo europeo, permette di sindacare la relazione tra fini perseguiti e metodi utilizzati.

³¹ R. ALEXY, *Constitutional Rights and Proportionality*, in *Revue*, 2014, 22, 52.

³² Su tali problematiche, D. HARVEY, *Federal Proportionality Review in UE Law: Whose Rights are they Anyway?* in *Nordic Journal of International Law*, 2020, n. 89, 303 ss.

³³ Sul tema, O. ISSING, *On Macroeconomic Policy Co-Ordination in EMU*, in *JCMS*, 2002, volume 40, numero 2, 345 ss.

³⁴ Spunti nel senso di un approccio integrato nell'ambito delle politiche dell'Unione, P. FORESTI, *Monetary and Fiscal Policies Interaction in Monetary Unions*, in *Journal of Economic Surveys*, 2018, volume 32, Issue 1, 226 ss.

dottrina del c.d. centro di gravità, ossia sulla considerazione dell'elemento preponderante dell'atto, analizzando il relativo contenuto e lo scopo³⁵.

Sulla base di questa concezione, però, la Corte ha favorito quello che è stato definito un «*light-touch approach*», un atteggiamento deferente nei confronti delle scelte discrezionali della Banca centrale europea nell'interpretazione del proprio mandato istituzionale³⁶.

Questa incertezza nell'operare una netta demarcazione tra ambiti di intervento ha creato un'interdipendenza tra i due settori, senza possibilità, sul piano concettuale, di operare una netta distinzione. Questo è il dato che si ricava dalla sentenza *Weiss*, in cui la Corte giunge a rilevare che «nell'ambito dell'equilibrio istituzionale stabilito dalle disposizioni contenute nel titolo VIII del Trattato FUE, nel quale si inserisce l'indipendenza garantita al SEBC dall'articolo 130 e dall'articolo 282, paragrafo 3, TFUE, gli autori dei Trattati non hanno inteso operare una separazione assoluta tra la politica economica e quella monetaria»³⁷. Le misure di natura monetaria giungono quindi a provocare degli effetti indiretti sulle scelte statali di politica economica.

I principi e le regole che animano un ambito vengono quindi estese anche all'altro. La logica europea che caratterizza la politica monetaria diviene assorbente anche nei confronti delle scelte statali di politica economica. Ma se gli effetti sono prevedibili, in chiave europea, nell'ottica statale, come sottolineato dalla Corte di giustizia tedesca, diventano imprevedibili.

Logiche opposte, secondo la Corte, si giustificano e permettono una sorta di principio di vasi comunicanti tra differenti competenze; per il Tribunale costituzionale tedesco tale commistione, si potrebbe dire per capillarità, non è accettabile.

Resta sullo sfondo, allora, la necessità di individuare un minimo comun denominatore, in grado di evitare di dare lo stesso *nomen iuris* ad uno strumento che però ha delle coordinate e degli ambiti applicativi completamente diversi.

7. Verso un test di proporzionalità di respiro europeo?

Il punto nodale risulta essere il *test* di proporzionalità utilizzato, ossia se esso viene ancorato, come dalla Corte costituzionale tedesca, ad un modello fondato su di un sistema rigido di competenze, oppure se, in virtù di una visione dinamica, si giunge a considerare non le sole attribuzioni senza invece tenere a mente anche gli obiettivi da raggiungere.

Si appalesa quindi un distacco tra la proporzionalità utilizzato tra le due Corti. Il *Bundesverfassungsgericht* ne fa un utilizzo rigido, ispirato alle tecniche decisorie in materia di diritti fondamentali, in cui lo scrutinio è particolarmente stretto. La Corte di giustizia, invece, effettua un bilanciamento costi/benefici, tenendo come punto di riferimento lo scopo da raggiungere, ossia la realizzazione degli obiettivi da perseguire, in particolare quelli di politica monetaria, non curandosi di eventuali sconfinamenti dell'attività posta in essere dagli organi comunitari.

Per dirla in altri termini, la Corte UE pondera costi e benefici, secondo una logica di estrema flessibilità³⁸, la Corte tedesca ragiona solo in termini di costi e di competenze.

Risulta quindi evidente il differente *habitus* mentale, fondato su profili oggettivi e sul *modus* di sindacare tali aspetti. Per il giudice tedesco, infatti, il principio di attribuzione diviene un momento che precede il *test* di proporzionalità, mentre per quello europeo quest'ultimo è diretto a sindacare, ai

³⁵ In tal senso, *Parlamento Europeo v. Consiglio dell'Unione europea*, causa C-187-93, sentenza del 28 giugno 1994, § 17, che richiama la sentenza 17 marzo 1993, causa C-155/91, *Commissione v. Consiglio*.

³⁶ P. DERMINE, *The Ruling of the Bundesverfassungsgericht in PSPP – An Inquiry into its Repercussions on the Economic and Monetary Union*, cit., 536.

³⁷ Sentenza della Corte (Grande Sezione) dell'11 dicembre 2018, *Heinrich Weiss e a.*, causa C-493/17, § 60.

³⁸ Sottolinea tale profilo, W. SAUTER, *Proportionality in EU Law: A Balancing Act?* cit., 464, il quale rileva però le difficoltà, evidenziate da parte della dottrina (Harbo) che potrebbero sorgere da una estrema flessibilità tale da rendere il principio «*virtually meaningless*», svuotandolo di contenuto.

sensi dell'art. 5.4 TUE, solo l'esercizio delle funzioni³⁹, trascurando l'aspetto del rispetto delle competenze.

In chiave europea, la proporzionalità trova applicazione a valle del principio di conferimento, permettendo di controllare solo l'utilizzo dei poteri e l'esercizio delle funzioni, senza interessare le competenze vere e proprie⁴⁰. Per tale ragione, l'estensione di tale principio anche alla politica monetaria appare inevitabile nell'ambito oggetto di analisi. Insieme agli altri principi che disciplinano l'attività dell'Unione europea, come quello di conferimento o di tutela giudiziale effettiva, esso non poteva che essere applicato e sviluppato anche in tale ambito, dal momento che regola tutta l'attività posta in essere all'interno delle istituzioni e degli Stati presenti nell'Unione europea⁴¹.

Si tratta a questo punto di trovare una sintesi tra i diversi modi di intendere la proporzionalità, che fanno riferimento entrambi al medesimo criterio, ma che nascondono una forma di interpretazione rigida, quasi letterale, l'altro una di tipo teleologica, che giunge a diventare un criterio sfuggente e privo di contenuto⁴². È peraltro noto che la Corte di giustizia faccia riferimento a quest'ultimo criterio, di cui il principio dell'effetto utile «ne costituisce un corollario»⁴³, non fondato su un approccio letterale, ma diretto alla realizzazione degli scopi dell'Unione europea. D'altronde, questo utilizzo conferma quello che è stato sostenuto in merito al principio in esame, ossia al fatto che esso sia versatile, giungendo a coprire uno spettro di invasività del controllo molto peculiare, che va da un atteggiamento molto deferente a un esame rigoroso e approfondito⁴⁴, garantendo quindi alla Corte uno strumento molto flessibile di verifica dell'agire di tutti gli attori⁴⁵.

Ne emerge quindi un quadro molto complesso, in cui il *test* di proporzionalità nel diritto dell'Unione europea agisce in contesti e livelli differenti. Ma soprattutto si tratta di *standard* di bilanciamento tra differenti livelli che opera in modo diverso, ossia in termini meno rigorosi a livello UE e più stringenti per gli Stati⁴⁶. Questo richiede ovviamente la necessità di individuare uno *standard* unico, con declinazione differente a seconda del campo di intervento, in modo da avere un paradigma chiaro cui riferirsi.

Ma soprattutto, l'uniformità deve interessare i diversi livelli di governo. Si tratta allora – quello operato a livello dell'Unione e quello a livello statale – di due metodi di interpretazione che necessitano di una sintesi; ma forse una via da percorrere potrebbe essere proprio quella del dialogo tra le istituzioni e tra le Corti.

³⁹ Su tale tematica, T. MARZAL, *Is the BVerfG PSPP decision "simply not comprehensible"? A critique of the judgment's reasoning on proportionality*, in [Verfassungsblog](#) 9 maggio 2020.

⁴⁰ Di rilievo, a riguardo, è l'opinione dell'Avvocato generale Hogan, del 5 dicembre 2018, nel caso *Landeskreditbank Baden-Württemberg - Förderbank v. European Central Bank*, causa C-450/17 P, "In my view, the principle of proportionality cannot alter the division of competences of the Member States and the Union which is governed by the principle of conferral pursuant to Article 5(1) and (2) TEU. In accordance with Article 5(1) TEU, 'the limits of Union competences are governed by the principle of conferral'. Article 5(2) TEU provides that, 'under the principle of conferral, the Union shall act only within the limits of the competences conferred upon it by the Member States in the Treaties to attain the objectives set out therein. Competences not conferred on the Union in the Treaties remain with the Member States'. The principle of proportionality cannot accordingly be invoked to devolve a Union competence on the Member States or vice versa. The 'use of Union competences is [however] governed by the principles of subsidiarity and proportionality'".

⁴¹ M. CHITI, M. MACCHIA, A. MAGLIARI, *The Principle of Proportionality and the European Central Bank*, in *European Public Law*, vol. 26, Issue 3, 2020, 654, con riferimento all'applicazione di tali principi alla Banca centrale europea.

⁴² Su tale vaghezza, T-I HARBO, *The Function of the Proportionality Principle in EU Law*, in *European Law Journal*, 16, 2010, 160 ss., che

⁴³ In tal senso G. D'AGNONE, *L'interpretazione soggettiva nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea*, Torino, 2020, 16; su tale problematica anche R. SENIGAGLIA, *Riflessioni intorno al rapporto tra diritto statale e diritto dell'Unione europea nell'orizzonte della teoria dell'interpretazione*, su *Riv. dir. privato*, 2012, 581 ss.

⁴⁴ G. DE BÚRCA, *The Principle of Proportionality and its Application in EC Law*, in *Yearbook of European Law*, Volume 13, Issue 1, 1993, 464.

⁴⁵ N. EMILIOU, *The Principle of Proportionality in European Law: A Comparative Study*, Londra, 1996, 273, che sottolinea che tale flessibilità sul controllo della discrezionalità amministrativa viene esercitato all'interno di limiti accettabili.

⁴⁶ W. SAUTER, *Proportionality in EU Law: A Balancing Act?* cit., 465.

Sotto il primo profilo, andrebbero sicuramente rafforzati i meccanismi di dialogo della BCE con il Parlamento europeo e con quelli nazionali⁴⁷; nel primo caso, implementando gli strumenti già presenti, nel secondo, attraverso un incremento dei canali attuati oggi solo su base volontaria⁴⁸.

Un tale confronto potrebbe attenuare le preoccupazioni evidenziati negli Stati membri (e di cui la decisione del Secondo Senato del Tribunale costituzionale federale tedesco ne è espressione), dal momento che garantirebbe un raccordo, in termini di *accountability* e senza intaccarne l'indipendenza⁴⁹, della BCE con gli organi democraticamente eletti.

Ma più in generale, andrebbe forse valorizzato un dialogo più intenso tra le Corti, in cui il giudice interno, nell'ambito di un sistema di tutela dei diritti composito⁵⁰, acquisti definitivamente la consapevolezza di essere anche giudice dell'Unione, al fine di utilizzare il diritto interno non "contro" quello comunitario, ma "per" lo sviluppo di regole condivise e chiare e, soprattutto, idonee a contribuire a fare chiarezza sul contenuto e sul metodo di applicazione del principio di proporzionalità.

⁴⁷ Questa potrebbe allora essere una delle strade percorribili per giungere alla condivisione delle scelte politiche in tema di politica monetarie ed economica; la risoluzione tramite una via politica delle controversie insorte con le istituzioni tedesche è segnalata da HILPOLD, *So Long Solange? The PSPP Judgment of the German Constitutional Court and the Conflict between the German and the European 'Popular Spirit'*, cit.

⁴⁸ In tal senso, S. EGIDY, *Proportionality and procedure of monetary policy-making*, in *I-CON*, 2021, Vol. 19 No. 1, 305 ss., la quale evidenzia che mentre il presidente della BCE periodicamente compare davanti la Commissione europea per i problemi economici e monetari, i membri del Consiglio direttivo della Banca centrale possono comparire, senza alcun obbligo, avanti i Parlamenti nazionali al fine di discutere della politica monetaria.

⁴⁹ Su tale problematica, anche in relazione alla decisione del Tribunale costituzionale tedesco, L. FELD e V. WIELAND, *The German Federal Constitutional Court Ruling and the European Central Bank's Strategy*, in *Journal of Financial Regulation*, 2021, 7, in particolare 224 ss.

⁵⁰ Utilizza tale espressione, F. BIONDI, *Quale dialogo tra le Corti?* in [Federalismi.it](https://www.federalismi.it), n 18/2019,