

Citare come: Diana-Urania Galetta, *Karlsruhe über alles? Il ragionamento sul principio di proporzionalità nella pronunzia del 5 maggio 2020 del BVerfG tedesco e le sue conseguenze*, in *Federalismi.it* (<http://www.federalismi.it>), 6 maggio 2020, pp. 1-8

Karlsruhe über alles? Il ragionamento sul principio di proporzionalità nella pronunzia del 5 maggio 2020 del BVerfG tedesco e le sue conseguenze

di Diana-Urania Galetta

Professore ordinario di Diritto amministrativo
Università degli Studi di Milano

La sentenza 5 maggio 2020 del *zweiter Senat* del *Bundesverfassungsgericht*, nella misura in cui esprime la pretesa del giudice costituzionale tedesco di valutare la legalità delle decisioni della BCE sulla base dei principi di attribuzione e di proporzionalità è più che discutibile in punto di diritto. Inoltre essa è estremamente pericolosa: e non solo perché implica che il *zweiter Senat*, in ultima analisi, rifiuta, sulla base del principio democratico e del controllo delle competenze dell'Unione, l'uniformità di applicazione del diritto dell'Unione. Ma anche perché essa appare come la lampante dimostrazione di una forma di "bullismo culturale" lamentato ormai da più parti; e che emerge in maniera lampante nel ragionamento svolto sulla proporzionalità. È un atteggiamento questo che, nella contingenza causata dall'emergenza COVID-19, potrebbe avere conseguenze davvero tragiche per il futuro dell'Unione.

The judgment of 5 May 2020 of the *zweiter Senat* of the *Bundesverfassungsgericht*, to the extent that it expresses the German constitutional judge's claim to assess the legality of the ECB's decisions on the basis of the principles of attribution and proportionality, is more than questionable in point of law. Furthermore, it is extremely dangerous: and not only because it implies that the *zweiter Senat* ultimately refuses, on the basis of the democratic principle and the control of the Union's competences, the uniformity of application of EU law. But also because it appears as the glaring demonstration of a form of "cultural bullying" many complain about, and which emerges in a crystal clear way in the reasoning carried out on

proportionality. This is an attitude which, in the contingency caused by the COVID-19 emergency, could have truly tragic consequences for the future of the European Union.

Sommario: 1. La decisione del *zweiter Senat*. 2. Il principio di proporzionalità: *Verhältnismäßigkeitsgrundsatz* o principio di proporzionalità UE? 3. Il diritto come scienza sociale? Fra tentativi di “egemonia culturale” ed errori imperdonabili

1. La decisione del *zweiter Senat*

La sentenza 5 maggio 2020 del *zweiter Senat* del *Bundesverfassungsgericht (BVerfG)* tedesco di Karlsruhe¹ costituisce la pronuncia definitiva sui ricorsi di alcune persone fisiche, fra cui l'ormai arcinoto *Gauweiler*: il quale, insieme ad altri, era stato all'origine del primo rinvio pregiudiziale del *BVerfG* alla Corte di giustizia UE. Ciò era avvenuto – come è ormai altrettanto noto – nel contesto dell'esame di vari ricorsi con cui si chiedeva al *BVerfG* di impedire, con un'ingiunzione, la ratifica da parte della Germania del Trattato che istituisce il Meccanismo europeo di stabilità (MES)².

Con i vari ricorsi³, che sono stati riuniti, al *BVerfG* è stato richiesto di dichiarare illegittime le decisioni della Banca Centrale Europea (BCE) che istituiscono e attuano, dal 2015, il *Public Sector Purchase Programme* (PSPP) sull'acquisto di titoli di Stato sui mercati secondari.

Su questo punto le richieste dei ricorrenti sono state respinte. Il *BVerfG* ha infatti ammesso di non essere lui il giudice della legittimità degli atti delle Istituzioni, degli organi, ed organismi dell'UE.

Al *BVerfG* è stato richiesto però anche di condannare il *Bundestag* (Parlamento federale) ed il Governo federale, nonché la Banca centrale federale (*Bundesbank*) per non aver essi adottato tutte le misure necessarie per impedire al Consiglio direttivo della Banca Centrale Europea (BCE) di adottare le decisioni incriminate. Ed è stato parimenti richiesto, dai ricorrenti, di emettere ingiunzioni nei loro confronti affinché queste Istituzioni federali tedesche adottino tutte le misure necessarie a contrastare l'azione della

¹ BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 05. Mai 2020, 2 BvR 859/15, Rn. (1-237), in http://www.bverfg.de/e/rs20200505_2bvr085915.html (in tema di ammissibilità del Quantitative Easing (QE)). Per un utile riassunto dei contenuti della pronuncia si rinvia al comunicato stampa, tradotto in italiano a cura di Andrea Caravita, e che si può leggere in *questa Rivista*: Le decisioni della BCE sul programma di acquisti di titoli di Stato eccedono le competenze. Comunicato stampa n. 32/2020 del 5 maggio 2020, <https://www.federalismi.it/ ApplOpenFilePDF.cfm?artid=42375&dpath=document&dfile=06052020190731.pdf&content=Primo%2Bpiano%2B%2D%2B%3Cb%3E.Corte%2Bcostituzionale%2Bfederale%2Btedesca%2B%28BVerfG%29%3C%2Fb%3E%2DLe%2Bdecisioni%2Bdella%2BBCE%2Bsul%2Bprogramma%2Bdi%2Bacquisti%2Bdi%2Btitoli%2Bdi%2BStato%2Bceccedono%2Ble%2Bcompetenze%2E%2BComunicato%2Bstampa%2Bn%2E%2B32%2F2020%2Bdel%2B5%2Bmaggio%2B2020%2B%2D%2Bstati%2Beuropei%2B%2D%2Bdocumentazione%2B%2D%2B>

² Sentenza della Corte (Grande Sezione) 16 giugno 2015, causa C-62/14, *Peter Gauweiler e a./Deutscher Bundestag*

³ 2 BvR 859/15, 2 BvR 1651/15, 2 BvR 2006/15, 2 BvR 980/16.

BCE. Richieste, queste, che sono state accolte solo in parte⁴.

Infine, i ricorrenti hanno chiesto alla Corte costituzionale federale tedesca di ingiungere alla *Bundesbank* di astenersi dall'acquistare titoli sui mercati secondari nell'ambito del programma PSPP. Quest'ultima richiesta è stata pienamente accolta. Sicché il *BverfG* ha vietato alla *Bundesbank*, in quanto Istituzione della Repubblica federale di Germania, di effettuare tali acquisti se la BCE non avrà dimostrato in modo convincente, entro tre mesi, che le decisioni adottate nell'ambito del programma PSPP rispettavano il principio di proporzionalità⁵. Ma non, attenzione, il principio di proporzionalità quale principio generale del diritto UE, per come esso è stato plasmato ed adattato nella propria giurisprudenza dalle Corti UE, bensì il *Verhältnismäßigkeitsgrundsatz* tedesco!

2. Il principio di proporzionalità: *Verhältnismäßigkeitsgrundsatz* o principio di proporzionalità UE? L'equivoco della Corte di Karlsruhe

Il principio di proporzionalità, al quale ho dedicato tante “fatiche scientifiche” nella mia vita di accademico⁶, fa certamente la parte del leone in questa pronunzia. Basti pensare che il termine *verhältnismäßig/unverhältnismäßig* ricorre ben 67 volte nel testo della pronunzia dei giudici di Karlsruhe.

Nel merito, tuttavia, si tratta del tentativo (maldestro e malcelato!) di dare una lezione alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea su cosa è e come dovrebbe essere applicato il principio di proporzionalità. Qualche breve osservazione a questo riguardo, a prima lettura, è dunque d'obbligo.

Anzitutto la lezione è impartita, pur se dai banchi dello *zweiter Senat*, facendo riferimento a dottrina in primo luogo angloamericana. Con questo dimostrando, da un lato, che neppure i giudici tedeschi dello *zweiter Senat* sono immuni dalla quella recente mania “anglofona” che spinge molti studiosi a citare letteratura prevalentemente in lingua inglese, anche quando questa non è per nulla pertinente. Beninteso, con questo non si vuole suggerire che la letteratura angloamericana richiamata nel testo della sentenza sia “del tutto non” pertinente. Quel che colpisce, tuttavia, è come il relativo richiamo vada a scapito del rinvio ai grandi Maestri del diritto pubblico tedesco che si sono a suo tempo espressi sui contenuti di questo principio (*Fritz Fleiner*, ma anche *Ruppert von Krauss*, *Klaus Stern*: e la lista sarebbe ancora lunga!)⁷. Nel tentativo, forse, di nascondere quell'atteggiamento di “dominanza culturale” che traspare invece chiaramente (almeno agli occhi di chi scrive) da tutto il ragionamento del *zweiter Senat* a proposito del

⁴ Per un'analisi più approfondita si rinvia a J. Ziller, *L'insopportabile pesantezza della Corte costituzionale tedesca. Sulla sentenza della Seconda Sezione della Corte costituzionale federale tedesca del 5 maggio 2020 relativa al programma PSPP della Banca centrale europea*, in *AISDUE*, 2020 (<https://www.aisdue.eu/>).

⁵ § 235 della sentenza.

⁶ Da ultimo (e per tutti) v. 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 *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2019/6, pp. 903 ss.

⁷ E' richiamato infatti solo il volume del 1961 di P. Lerche, *Übermaß und Verfassungsrecht. Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit*, che però è solo uno dei tanti „grandi classici tedeschi sul tema, per il cui richiamo rinvio al mio scritto cit. alla nota precedente.

principio di proporzionalità, e della necessità che le decisioni adottate nell'ambito del programma PSPP lo rispettino.

Tuttavia (e per questo si tratta di un tentativo maldestro), nel momento in cui il *zweiter Senat* della Corte Costituzionale federale tedesca applica il proprio schema di ragionamento nazionale all'applicazione del principio di proporzionalità da parte della Corte di giustizia UE, esso commette un errore che mi pare francamente imperdonabile. Si dimentica, infatti, che sebbene la Corte di giustizia UE si sia certamente ispirata al modello tedesco di sindacato giurisdizionale del principio di proporzionalità⁸, un conto è constatare come, nei fatti, questo sia avvenuto⁹; un conto è desumerne (come fa qui il *zweiter Senat*) che questo implichi un ruolo di guardiano, da parte della Corte Costituzionale federale tedesca, sul modo in cui la Corte di giustizia UE applica questo principio all'interno della sua giurisprudenza!

Non solo: nell'ergersi a censore del modo in cui la Corte UE di Lussemburgo ha sin qui applicato il principio di proporzionalità, il *zweiter Senat* sembra ignorare la circostanza – che io ho più volte sottolineato, anche di recente¹⁰ – che la Corte di giustizia ha pure uno stile di redazione delle pronunzie che è totalmente diverso dal suo. A cominciare dal dettaglio (che tale non è, ovviamente!), che alla Corte di Lussemburgo non è concesso di richiamare la dottrina nel testo delle sue pronunzie, a supporto delle conclusioni raggiunte: come fa invece, in abbondanza, il giudice costituzionale tedesco.

Lo stile più scarno e sintetico delle sentenze della Corte di giustizia, unitamente alla circostanza che ad essa non è consentito il richiamo alla dottrina può dare (e qui certamente dà luogo) ad un facile equivoco: che le sentenze sulla proporzionalità del *Bunneverfassungsgericht* siano per definizione “migliori”, perché più diffusamente argomentate e supportate dal richiamo di dottrina in argomento.

Occorre tuttavia ricordare – e forse mai come oggi è il caso di farlo! – che l'Unione Europea, e la Corte di giustizia (che rappresenta una delle sue principali Istituzioni), sono il frutto di una mediazione fra tradizioni nazionali diverse: quelle degli (ora 27) Stati membri, che hanno portato ciascuno qualcosa al suo interno, evitando così la dominanza di una cultura (giuridica) sulle altre. E questo vale, ovviamente, anche rispetto all'aspetto (ampiamente legato alla tradizione nazionale specifica) relativo a come redigere le sentenze. E vale ancora di più – e a *fortiori* – con riguardo al contenuto di quei principi generali del diritto che, se sovente nascono nell'alveo di tradizioni nazionali dalle quali sono “prese a prestito” dai giudici UE di Lussemburgo, una volta fatto il loro ingresso nella giurisprudenza della Corte UE 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 origine¹¹.

⁸ E che io stessa ho caldeggiato in varie occasioni, nei miei scritti sul tema.

⁹ Come io stessa ho avuto modo di mettere in evidenza, a più riprese, nei vari miei scritti sul tema.

¹⁰ V. anche in D.U. Galetta, *Il principio di proporzionalità fra diritto nazionale e diritto europeo* cit.

¹¹ In argomento v. da ultimo in D.U. Galetta, *Le fonti (del diritto amministrativo europeo)*, in S. Battini, E. Chiti, D.U. Galetta, B.G. Mattarella, C. Franchini, G. della Cananea, M. P. Chiti (a cura di M.P. Chiti), *Diritto amministrativo europeo*,

Nello specifico, mi pare peraltro chiaro come pesi qui (anche e soprattutto) la differenza di stile - e nel modo di redigere le sentenze - fra giudici tedeschi e giudici UE. Che fa sì che nelle pronunzie sulla proporzionalità della Corte di giustizia UE (che il *zweiter Senat* abbondantemente richiama¹²) emergano sovente solo i passaggi essenziali del ragionamento giuridico: sicché, ad esempio, del sindacato sull'idoneità spesso non si dà conto che in modo rapido. Così come dell'aspetto di apprezzamento prognostico che tale valutazione necessariamente implica.

Ciò anche in ragione della circostanza che la ricostruzione dei fatti e, soprattutto, la ricostruzione del quadro normativo di riferimento occupa già moltissimo spazio nell'economia delle sentenze dei giudici UE: e ciò proprio in ragione del fatto che si tratta di una Corte che deve necessariamente interagire con diversi ordinamenti giuridici nazionali, i quali devono essere di volta in volta adeguatamente combinati/intersecati con le norme di diritto UE di volta in volta rilevanti.

Per la stessa ragione, può apparire talora che il sindacato di proporzionalità compiuto dai giudici UE sia operato alterando la sequenza di applicazione dei suoi elementi costitutivi. Mentre, invece, è sovente solo la maniera sintetica di esporre il ragionamento "in diritto" da parte della Corte di giustizia UE che induce la dottrina a sollevare talora dubbi sull'esistenza di salti logici nel ragionamento della Corte.

Di tutto quanto sin qui detto il *zweiter Senat* sembra non essere affatto consapevole quando critica, in modo per nulla velato, la giurisprudenza della Corte di Lussemburgo per la circostanza che quest'ultima sembra non ripercorrere esattamente lo schema di ragionamento del principio di proporzionalità così come esso è applicato (ma il condizionale sarebbe qui d'obbligo¹³) dal giudice costituzionale tedesco nella sua giurisprudenza¹⁴. Fra l'altro dimenticandosi che, per di più, il giudice dell'UE, quando applica il principio di proporzionalità, lo fa sovente nella sua veste di giudice amministrativo e non in quella di giudice "delle leggi"!

Sicché, non necessariamente coglie poi nel segno anche la critica finale (§ 127 della sentenza): e cioè che sarebbe inidonea e precisamente "priva di funzione" (*ungeeignet beziehungsweise funktionslos*) la maniera in cui la Corte di giustizia UE, nella sua giurisprudenza, ha applicato il principio di proporzionalità per delimitare i confini fra politica monetaria (oggetto di una competenza esclusiva dell'Unione europea), da un lato, e politica economica, oggetto di una attività di mero coordinamento rispetto all'esercizio di una competenza

Milano, 2^a edizione, 2018, p. 103 ss.

¹² § 126 della sentenza del BVerfG.

¹³ La pronunzia parte infatti da una premessa, che non corrisponde però alla realtà dei fatti: e, cioè, che vi sia un atteggiamento univoco da parte dei giudici tedeschi (e della dottrina tedesca) su come e con quale profondità di esame debba essere applicato il principio di proporzionalità. Al riguardo si rinvia al volume di W. LEISNER, *Der Abwägungsstaat: Verhältnismäßigkeit als Gerechtigkeit*, Berlin, 1997.V. anche M. ALBERS, *Gleichheit und Verhältnismäßigkeit*, in *Juristische Schulung*, 2008/11, p. 945 ss.

¹⁴ Mi riferisco al passaggio di cui al § 126 dove è detto chiaramente (e non si tratta di un apprezzamento in positivo!) che "In der Rechtsprechung des Gerichtshofs kennzeichnen die Begriffe „geeignet“, „erforderlich“ oder „notwendig“ oftmals die Anwendung des Grundsatzes, ohne dass damit eine vollständige Übereinstimmung mit der deutschen Terminologie und Dogmatik verbunden wäre"

che resta invece riservata agli Stati membri.

In verità si tratta semplicemente di una diversa maniera (quella propria della Corte di giustizia UE, per l'appunto!) di applicare e, soprattutto, di argomentare l'applicazione del principio di proporzionalità. E questa diversità appare tanto più accettabile, quanto maggiore è l'enfasi che il *zweiter Senat* pone proprio sull'aspetto del rispetto della *Verfassungsidentität* (tedesca): termine che ricorre per ben 15 volte nel testo della sentenza. E sull'aspetto, connesso, della difesa rispetto all'erosione di competenze nazionali da parte dell'Unione (*Erosion mitgliedstaatlicher Zuständigkeiten*)¹⁵. In risposta alla lezione che il *zweiter Senat* cerca qui di impartire alla Corte di Lussemburgo (sul principio di proporzionalità e su come questo debba venire applicato) occorre infatti sottolineare, in conclusione, che se la difesa della identità nazionale e delle competenze nazionali¹⁶ è davvero così importante come la pronuncia del *zweiter Senat* sembra volere implicare, altrettanto lo è la difesa dell'Unione europea (e della sua suprema Corte) e dell'autonomia del suo diritto a fronte di tentativi di supremazia, anche "culturale", da parte di Corti nazionali, quali che siano!

3. Il diritto come scienza sociale? Fra tentativi di "egemonia culturale" ed errori imperdonabili

La sentenza del *zweiter Senat* del *Bundesverfassungsgericht* tedesco si abbatte come uno *tsunami* sull'Unione Europea, già messa a dura prova dall'emergenza sanitaria causa dal COVID-19 e dalla crisi economica di proporzioni immani (anche se ancora non del tutto quantificabili) che essa, quasi certamente, ci lascerà in eredità¹⁷.

Al di là, dunque, dei contenuti specifici della sentenza stessa – e degli errori giuridici che essa indubbiamente contiene in punto di Diritto UE¹⁸ – quello che colpisce è, anzitutto, lo scarso tempismo della pronuncia: che - e mi sia consentita la *vis polemica* - sembra essere stata emessa da un gruppo di giudici¹⁹ che vivono su Marte; e che hanno del tutto dimenticato la caratteristica di "scienza sociale" del diritto. Scienza sociale che, come tale, ha una caratteristica in comune con le altre le scienze sociali: di essere tutte "sorte sulla base di uno sforzo consapevole di conoscenza della società o, meglio, delle società umane"²⁰.

¹⁵ § 156 ss. della sentenza

¹⁶ Il concetto utilizzato è quello di "kontinuierliche Erosion mitgliedstaatlicher Zuständigkeiten" (§ 156 e Leitsatz nr. 4).

¹⁷ Sul punto si rinvia all'editoriale di R. Leoncini, *Verso il post emergenza Covid-19: Business as usual o nuove opportunità?* in *Federalismi.it*, n. 12/2020, p. 1 ss.

¹⁸ Per il che si rinvia ancora a J. Ziller, *L'insopportabile pesantezza della Corte costituzionale tedesca* cit. che sottolinea come "Il loro intero ragionamento si basa sulla distinzione tra la politica monetaria - una competenza esclusiva dell'Unione - e la politica economica, una competenza degli Stati membri. Ci si chiede, inoltre, se abbiano compreso correttamente che le competenze in materia di politica economica, pur non rientrando tra le competenze concorrenti di cui all'articolo 4 TFUE, sono anche competenze dell'Unione in quanto, come ricorda l'articolo 5 TFUE, il Consiglio - Istituzione dell'Unione - è competente ad adottare misure utili al coordinamento delle politiche economiche degli Stati membri".

¹⁹ Esiste per il vero un'opinione dissenziente che, tuttavia, ad oggi (7 maggio 2020) non è stata ancora resa disponibile.

²⁰ Così recita la voce di P. Rossi, Scienze Sociali, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, 1997.

Di questo aspetto della questione il *zweiter Senat* sembra non solo non essersi fatto minimamente carico. Peggio ancora, dalle parole usate dal suo Presidente uscente (sigh!) Andreas Voßkuhle, come riportate sul *Frankfurter Allgemeine*, traspare un'assai scarsa consapevolezza di che cosa implichi, nella terribile contingenza nella quale ci troviamo oggi, l'essere scienza sociale del diritto²¹.

Sicché, se come è stato già autorevolmente osservato, la pretesa dei giudici del *zweiter Senat* di valutare loro la legalità delle decisioni della BCE sulla base dei principi di attribuzione e di proporzionalità è più che discutibile in punto di diritto, essa è soprattutto estremamente pericolosa; e non solo perché essa implica che il *zweiter Senat* “rifiuta l'uniformità di applicazione del diritto dell'Unione sulla base del principio democratico e del controllo delle competenze dell'Unione”²². Ma anche perché essa appare come la lampante dimostrazione di una forma di “bullismo culturale” lamentato ormai da più parti; e che non è che una delle mille sfaccettature di un atteggiamento di insopportabile arroganza che sta caratterizzando, più in generale, l'approccio di alcuni Stati membri nella gestione dell'emergenza economica legata alla pandemia da COVID-19. Atteggiamento che potrebbe avere, ahinoi, conseguenze tragiche per il futuro dell'Unione.

²¹ R. Müller, *Die Amtszeit von Andreas Voßkuhle endet in Kürze: Durch das Grundsatzurteil zum EZB-Anleihenkaufprogramm beendet der Präsident des Bundesverfassungsgerichts seine Amtszeit genauso spektakulär wie er sie begann*, in *Frankfurter Allgemeine* del 5 maggio 2020.

²² J. Ziller, *L'insopportabile pesantezza della Corte costituzionale tedesca* cit.