

Citare come: Diana-Urania 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. 903-927

Diana-Urania Galetta

Il principio di proporzionalità fra diritto nazionale e diritto europeo (e con uno sguardo anche al di là dei confini dell'Unione Europea)^(*)

Sommario: 1. Note introduttive.- 2. Il principio di proporzionalità nel diritto tedesco.- 3. Il principio di proporzionalità nel diritto dell'Unione europea.- 3.1. Premessa su ruolo e funzione dei principi generali nel diritto UE.- 3.2. Il principio di proporzionalità nella giurisprudenza della Corte di giustizia UE e nei Trattati.- 3.3. Segue. L'esame "a tre gradini" da parte dei giudici UE.- 4. L'espansione del principio di proporzionalità negli ordinamenti nazionali degli Stati membri UE e al di là dei confini dell'Unione Europea: alcuni casi paradigmatici.- 4.1. Dall'obbligo di rispetto dei principi generali UE al c.d. effetto di "tracimazione" (*spill-over-effect*).- 4.2. Il principio di proporzionalità nel diritto britannico di *Common Law*.- 5. Il principio di proporzionalità nel e oltre i confini del diritto UE: osservazioni conclusive.- 5.1. Il principio di proporzionalità anche oltre i confini del diritto UE?.- 5.2. Un modello di sindacato giurisdizionale della proporzionalità caratteristico del diritto UE?.- 5.3. Breve riflessione conclusiva.

1. Note introduttive

In un recente volume di diritto comparato (in lingua inglese) sui principi generali del diritto è stato sottolineato come - nel contesto dell'Unione Europea, ma senza dubbio anche nelle altre giurisdizioni al di fuori dell'Europa - ci sia ancora molto da imparare, l'uno dall'altro, sulla portata, l'applicazione e il valore del principio di proporzionalità come strumento di sindacato giurisdizionale¹.

Condivido pienamente questa riflessione. Sicché la mia analisi, essenzialmente di diritto comparato, prende necessariamente le mosse da un esame delle origini del principio di proporzionalità: e, quindi, dal diritto tedesco. Se, infatti, l'ingresso del principio di proporzionalità nel nostro ordinamento nazionale è certamente da farsi risalire alla giurisprudenza della Corte di giustizia UE (ed alla potente azione di diffusione di principi e modelli di cui essa si è resa protagonista nel corso degli ultimi sessant'anni²), le origini del principio sono tuttavia certamente da farsi risalire al diritto tedesco.

Dopo di che - come tenterò qui di rapidamente illustrare - per il tramite della giurisprudenza della Corte di giustizia di Lussemburgo questo principio si è successivamente diffuso all'interno degli ordinamenti nazionali di altri Stati membri. Ma, più di recente, si è esteso anche al di là dei confini

^(*) I contenuti del presente scritto sono stati da me presentati, in forma sintetica e riassuntiva, al Convegno dal titolo "*Itinerari della Giustizia amministrativa e del suo giudice. Per i 130 anni dall'istituzione della Quarta Sezione del Consiglio di Stato*", svoltosi a Roma in data 20 novembre 2019, presso la Sede del Consiglio di Stato (Palazzo Spada - Aula di Pompeo).

¹ A.L. Young, G. de Búrca, *Proportionality*, in S. Vogenauer, S. Weatherill (Eds.), *General Principles of Law: European and Comparative Perspectives*, London, 2017, p. 133 ss.

² Sul punto si rinvia per tutti al volume di J. Schwarze, *Zukunftsansichten für das Europäische Öffentliche Recht*, Baden-Baden, 2010, *passim*.

dell'Unione europea, in ragione del suo enorme potenziale quale strumento di sindacato giurisdizionale dell'azione dei poteri pubblici.

2. Il principio di proporzionalità nel diritto tedesco

Nel diritto tedesco, il concetto di proporzionalità quale *terminus technicus* del linguaggio giuridico viene utilizzato per la prima volta già nel 1802, da *Günther von Berg*³.

Mentre è di oltre un secolo più tardi la famosa formula descrittiva coniata da *Fritz Fleiner*, illustre allievo di *Otto Mayer* (ed a sua volta uno dei padri fondatori del Diritto amministrativo tedesco)⁴: che spiegava - dando prova di una capacità di sintesi magistrale! - come il principio di proporzionalità implicasse che "*La polizia non deve sparare ai passeri con i cannoni*"⁵; sicché, le (pur imprescindibili) limitazioni alla libertà individuale imposte dalle esigenze di tutela dell'interesse pubblico (e di cui si fanno carico i pubblici poteri) non debbono mai superare la misura di quanto appaia assolutamente necessario al raggiungimento dello specifico obiettivo di pubblico interesse perseguito dall'autorità che, di volta in volta, agisca per il suo perseguimento⁶.

Quanto al campo di applicazione del principio di proporzionalità, *Rupprecht von Krauss* scriveva - nel suo fondamentale studio sul principio di proporzionalità del 1955 - che "*Soltanto allorché si constatati l'esistenza di un interesse generale, che possa essere soddisfatto unicamente attraverso un intervento lesivo nella sfera privata del singolo, si ricade nel campo di applicazione del principio*"⁷. Affermazione, quest'ultima, che riposa sulla constatazione che la libertà del singolo, da un lato, ed i compiti attribuiti allo Stato per il perseguimento del benessere generale, dall'altro, vengono spesso a trovarsi in un rapporto dialettico; e che, proprio per questa ragione, è tradizionalmente uno dei compiti principali demandati allo Stato quello di garantire la tutela della sfera di libertà dei singoli a fronte di interventi lesivi da parte di sé medesimo⁸.

³ Cfr. G.H. von Berg, *Handbuch des Deutschen Polizeirechts*, Hannover, 1802, p. 67.

⁴ V. a tal riguardo Z. Giacometti, *Nécrologie. Fritz Fleiner*, in *Revue d'Histoire Politique et Constitutionnelle*, 1938/2, p. 462 ss.

⁵ La traduzione è mia. Più precisamente Fleiner affermava che "*Des Amtes der Polizei ist es, die "nötigen Anstalten" zu treffen zur Erhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung. Die Beschränkung der individuellen Freiheit darf nie das absolut erforderliche Maß überschreiten. Die Polizei soll nicht mit Kanonen auf Spatzen schießen*". F. Fleiner, *Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts*, Tübingen, 1912, p. 354.

⁶ Così si era espresso peraltro lo stesso Otto Mayer: O. Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, vol. 1, 3^a ediz., München e Leipzig, 1924, p. 223. Così come molti altri autori di lingua tedesca. Per un esame approfondito del pensiero dei vari autori tedeschi con riguardo al significato del principio di proporzionalità si veda M. d'Avoine, *Die Entwicklung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit*, Trier, 1994, p. 48 ss., 85 ss.

⁷ "*Erst mit der Feststellung, daß ein Interesse der Allgemeinheit besteht, welches nur durch einen Eingriff in die private Sphäre befriedigt werden kann, gelangt man in den Anwendungsbereich des Grundsatzes*". R. von Krauss, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in seiner Bedeutung für die Notwendigkeit des Mittels im Verwaltungsrecht*, Hamburg, 1955, p. 94. La traduzione è mia.

⁸ La necessità di limitare in tal senso il potere statale è emersa sin dai tempi più remoti. Più precisamente, se ne ritrova traccia già nella *Magna Charta Libertatum* inglese del 1215: "L'uomo libero dovrà essere punito per un reato lieve secondo la misura dello stesso e per un reato grave secondo la gravità dello stesso (in https://www.rivstoricavirt.com/rivstoricavirt_sito/CorpoMC12151.html, documento consultato da ultimo il 01.01.2020).

Al di là, poi, delle singole particolarità lessicali (ed interpretative), tutte le definizioni fornite dalla dottrina tedesca del principio di proporzionalità mirano a stabilire una relazione tra due grandezze, anche se i parametri di riferimento di volta in volta utilizzati possono essere diversi: libertà sacrificata da un lato e vantaggi generali per la collettività dall'altro⁹; strumento utilizzato da un lato ed obiettivo perseguito dall'altro¹⁰; oppure, ancora, vantaggi e svantaggi connessi all'adozione di una misura (e così via).

A tutt'oggi, nel diritto tedesco il principio di proporzionalità si trova in stretto legame con i diritti fondamentali: data la sua genesi nel contesto del c.d. diritto di polizia (*Polizeirecht*)¹¹. Un passaggio obbligato nel suo sviluppo è infatti rappresentato dalla famosa sentenza *Kreuzberg*, del 1882, del Tribunale amministrativo superiore prussiano (*preußisches Oberverwaltungsgerichts*): in cui è chiaramente sottolineato come non appaia accettabile l'idea di una discrezionalità priva di limitazioni da parte dell'autorità di Polizia (*ein völlig schrankenloses Ermessen der Polizeibehörde*): poiché per il perseguimento del bene comune (*zum Besten des gemeinen Wesens*) non può operarsi un sacrificio totale dell'individuo e della sua posizione giuridica (nel caso di specie del diritto di proprietà)¹². Ad essa fanno seguito, di lì a poco, due pronunzie successive del Tribunale amministrativo superiore prussiano¹³: a partire dalle quali il ragionamento sulla proporzionalità diviene giurisprudenza costante¹⁴.

Le numerose decisioni che si sono susseguite in giurisprudenza hanno portato ad una progressiva precisazione dei concetti e ad una elevazione del principio ad istituto generale del diritto di polizia, prima, e del diritto pubblico tedesco, più in generale, successivamente¹⁵.

Quanto alla base giuridica di riferimento del principio di proporzionalità, dopo l'adozione della *Grundgesetz* la dottrina tedesca - ad esito di un lungo e complesso dibattito - l'ha rinvenuta sia nel principio dello Stato di diritto (*Rechtsstaatsprinzip*) di cui all'art. 20 GG¹⁶; sia nell'art. 19 c. 2

⁹ Von Krauss, *Verhältnismäßigkeit*, p. 18.

¹⁰ Lerche, *Übermaß*, p. 19.

¹¹ V. da ultimo J. Brenz, *Das Polizeirecht als ein durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bestimmtes System von Abwägungsentscheidungen*, Berlin, 2018.

¹² Sent. 14.06.1882, in *Entscheidungen des preußisches Oberverwaltungsgerichts*, n. 9, p. 353 ss. La traduzione è mia.

¹³ Cfr. le sentenze 10.04.1886 e 03.07.1886, in *PrOVG* 13, p. 424 ss. e 426 ss. Il Tribunale superiore prussiano aveva dovuto valutare, in entrambi i casi, se le misure adottate dalla Polizia non avessero superato, in intensità, quanto richiesto dall'obiettivo perseguito.

¹⁴ Si vedano, fra le tante, le sentenze 04.11.1889, in *PrOVG* 18, p. 336 ss.; 18.12.1896, in *PrOVG* 31, p. 409 ss.; 02.07.1900, in *PrOVG* 37, p. 401 ss.; 20.09.1900, in *PrOVG* 38, p. 291 ss.; 21.09.1903, in *PrOVG* 44, p. 342 ss.; 13.05.1904, in *PrOVG* 45, p. 416 ss.; 19.12.1907, in *PrOVG* 51, p. 248 ss.; 24.05.1912, in *PrOVG* 61, p. 255 ss.; 15.03.1923, in *PrOVG*, 78, p. 431 ss.; 10.09.1924, in *PrOVG* 79, p. 297 ss.; 23.03.1933, in *PrOVG*, 90, p. 293 ss.

¹⁵ In argomento cfr., tra gli altri, K. Stern, *Zur Entstehung und Ableitung des Übermaßverbots*, in P. Badura, R. Scholz (a cura di), *Wege und Verfahren des Verfassungslebens. Festschrift für P. Lerche*, München, 1993, p. 165 ss.; G. Ress, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im deutschen Recht*, in H. Kutscher, G. Ress, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in europäischen Rechtsordnungen*, Heidelberg, 1985, p. 11 ss.

¹⁶ La Corte costituzionale federale constata che il principio di proporzionalità ed il divieto di adozione di misure eccessive (*Übermaßverbot*) "...sich als übergreifende Leitregeln aller staatlichen Handel zwingend aus dem Rechtsstaatsprinzip ergeben und deshalb Verfassungsrang haben" (si delinano quali regole generali e superiori per tutte le azioni dello Stato ed hanno pertanto rango costituzionale). Bundesverfassungsgericht (BVerfG), sent. 05.03.1968, in *BVerfGE* 23, p. 127 ss.; *idem* BVerfG, sent. 04.02.1975, in *BVerfGE* 38, p. 348 ss. In argomento si vedano poi, anche BVerfG, sent. 15.12.1965, in *BVerfGE* 19, p. 343 ss.; BVerfG sent.

GG¹⁷: e, quindi, nell'esigenza di proteggere l'essenza stessa dei diritti fondamentali¹⁸ (*das Wesen der Grundrechte*)¹⁹.

Quanto al suo contenuto concreto, nel diritto tedesco (e in linea di principio anche negli altri ordinamenti nei quali il principio è stato mutuato, ivi compreso quello UE) il principio di proporzionalità risulta dall'unione di tre diversi elementi: che, a partire dalla notissima *Apothekenurteil* del 1958²⁰, sono stati riuniti dalla giurisprudenza costituzionale tedesca nel principio di proporzionalità *lato sensu*.

Si tratta dei tre elementi della idoneità (*Geeignetheit*), della necessarietà (*Erforderlichkeit*) e della proporzionalità in senso stretto (*Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne*)²¹.

Due brevissime precisazioni su ognuno di questi tre parametri paiono senz'altro opportune anche in questa sede²².

Da un'analisi della giurisprudenza tedesca si ricava che un mezzo è considerato idoneo al raggiungimento dell'obiettivo prefissato "*allorché con il suo aiuto si possa favorire il (raggiungimento del) risultato desiderato*"²³.

Il pronostico effettuato deve risultare giustificato e ragionevole; ma si fa riferimento, comunque, ad una valutazione operata *ex ante*, ed in rapporto alla quale viene riconosciuta la possibilità di un errore. Di regola, poi, non si pretende neppure che l'obiettivo venga raggiunto appieno: la possibilità di una sua realizzazione anche parziale è sufficiente a soddisfare il parametro dell'idoneità²⁴.

09.11.1976, in *BVerfGE* 43, p. 101 ss.; BVerfG, sent. 19.10.1982, in *BVerfGE* 61, p. 126 ss. V. A. Bleckmann, *Begründung und Anwendungsbereich des Verhältnismäßigkeitsprinzips*, in *Juristische Schulung*, 1994, p. 178 s.

¹⁷ Ivi (art. 19 II GG) si legge che: "*In keinem Falle darf ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden*" (un diritto fondamentale non deve in nessun caso venire intaccato nella sua essenza). Cfr. in argomento F. E. Schnapp, *Die Verhältnismäßigkeit*, cit., p. 851 ss.

¹⁸ "*Er ergibt sich aus dem Rechtsstaatsprinzip, im Grunde bereits aus dem Wesen der Grundrechte selbst, die als Ausdruck des allgemeinen Freiheitsanspruches des Bürgers gegenüber dem Staat von der öffentlichen Gewalt jeweils nur so weit beschränkt werden dürfen, als es zum Schutz öffentlicher Interessen unerlässlich ist*" (esso deriva dal principio dello Stato di diritto, in sostanza già dalla natura stessa dei diritti fondamentali, i quali - come espressione del generale diritto di libertà del cittadino di fronte allo Stato - possono venire limitati da parte dei pubblici poteri solo nella misura in cui ciò sia necessario per la tutela dell'interesse pubblico). Così BVerfG sent. 14.12.1965, in *BVerfGE* 19, p. 342 ss. Ma si tratta di giurisprudenza costante. La traduzione è mia.

¹⁹ Sicché il principio riveste in ogni caso rango costituzionale. Cfr. P. Wittig, *Zum Standort der Verhältnismäßigkeit im System des Grundgesetzes*, in *Die öffentliche Verwaltung*, 1968, p. 817 ss.

²⁰ BVerfG, sent. 11.06.1958, in *BVerfGE* 7, p. 377 ss.

²¹ Per la dottrina in argomento v. fra i tanti R. von Krauss, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in seiner Bedeutung für die Notwendigkeit des Mittels im Verwaltungsrecht*, Hamburg, 1955; L. Hirschberg, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, Göttingen, 1981; R. Dechsling, *Das Verhältnismäßigkeitsgebot. Eine Bestandsaufnahme der Literatur zur Verhältnismäßigkeit staatlichen Handelns*, München, 1989.

²² Sul punto v. diffusamente nei miei precedenti scritti in argomento e specialmente: D.U. Galetta, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998; D.U. Galetta, *Il principio di proporzionalità*, in M. Renna, F. Saitta (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, p. 389 ss., nonché, da ultimo, D.U. Galetta, *Il principio di proporzionalità*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Collana "Le Fonti del Diritto Italiano", Giuffrè, Milano, 2017 (2^a ed.), p. 149 ss.

²³ "*Wenn mit seiner Hilfe der gewünschte Erfolg gefördert werden kann*". BVerfG sentenza 16.03.1971, in *BVerfGE* 30, p. 292 ss., par. 70. La traduzione è mia. V. anche BVerfG sentenza 24.02.1971, *BVerfGE* 30, p. 173 ss.; BVerfG sentenza 02.10.1973, *BVerfGE* 36, p. 47 ss.; BVerfG sentenza 20.06.1984, *BVerfGE* 67, p. 157 ss. Fra le più recenti, v. ad es., BVerfG (VI Senat) del 16.12.2016, in *BVerwG* 8 C 6.15, par. 43, che si può leggere anche in <https://dejure.org>.

²⁴ Si veda, ad es., BVerfG sentenza 22.05.1963, in *BVerfGE* 16, p. 147 ss.

Quanto al secondo requisito, quello della necessarietà, la giurisprudenza tedesca ha ribadito (e costantemente ribadisce), che un mezzo può essere qualificato come necessario solo ove, per il raggiungimento di un dato obiettivo, non ne sia disponibile nessun altro egualmente efficace, ma che incide meno negativamente nella sfera giuridica del singolo. Il concetto è sovente sintetizzato con l'espressione "*imposizione del mezzo più mite*"²⁵: cioè, tra più mezzi, tutti astrattamente idonei al raggiungimento dell'obiettivo prefissato, va scelto quello che implichi le minori conseguenze negative per il privato²⁶. Con la precisazione, peraltro, che può considerarsi che un mezzo abbia la medesima efficacia rispetto ad un altro soltanto qualora esso consenta il raggiungimento dell'obiettivo con la medesima "intensità"²⁷; e che quest'ultimo aspetto della questione non può essere valutato che in concreto²⁸: dato che a questo esame appartengono anche criteri valutativi che si ricollegano al grado soggettivo di interferenza nella sfera del destinatario dell'atto in questione²⁹.

La giurisprudenza tedesca nega peraltro la sussistenza del requisito della necessarietà anche quando, da un esame *ex post*, emerge che il mezzo prescelto appare troppo fortemente restrittivo ove rapportato ad altri che erano comunque già disponibili³⁰.

Quanto, infine, alla *proporzionalità in senso stretto*, è qui che entriamo nel vero cuore del sindacato giurisdizionale (amministrativo): perché essa implica che una misura adottata dai pubblici poteri non debba mai essere tale da gravare in maniera eccessiva sull'interessato e da risultargli, dunque, intollerabile (*unzumutbar*). Si tratta, nella logica dei giudici tedeschi, di paragonare obiettivo e mezzo e di ponderarli nella loro rispettiva importanza. Ed è qui che emerge chiaramente il collegamento con l'idea di dovere preservare sempre quello che è il nucleo essenziale dei diritti fondamentali (*das Wesen der Grundrechte* – Art. 19 GG). Collegamento che ben si spiega ove si rifletta sulla circostanza che, diversamente dagli altri due parametri costitutivi del principio di proporzionalità, la proporzionalità in senso stretto si è affermata pienamente come criterio valutativo

²⁵ Giurisprudenza costante della Corte costituzionale federale. Cfr., tra le altre, BVerfG sentenza 09.03.1971, in *BVerfGE* 30, p. 250 ss.; BVerfG sentenza 18.12.1968, in *BVerfGE* 25, p. 1 ss.; BVerfG sentenza 10.05.1972, in *BVerfGE* 33, p. 171 ss.

²⁶ „*Gebot des mildesten Mittels*“. Quali sinonimi di *Erforderlichkeit* nella letteratura tedesca si trovano anche: *Notwendigkeit*; *Grundsatz des schonendsten Mittels*; *Grundsatz des geringstmöglichen Eingriffs*; *Grundsatz des geringsten Mittels*. Cfr. sul punto M. Jakobs, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, Köln e.a., 1985, in particolare p. 102 s. In giurisprudenza v. da ultimo BVerwG, sentenza 06.02.2019, ECLI:DE:BVerwG:2019:060219U1A3.18.0, par. 88.

²⁷ Per chiarire il punto è sufficiente fare riferimento, a titolo di esempio, alla sentenza del VGH München (in *BayVBl*, 1984, p. 432 ss.), in cui si afferma che la valutazione se la semplice imposizione di "condizioni di esercizio" possa essere considerata come mezzo alternativo egualmente idoneo rispetto al divieto di esercizio di un'attività (*Auflagen statt Verbot*) è questione che non può essere risolta in astratto, ma che va invece valutata, di volta in volta, con riferimento al caso concreto in esame.

²⁸ Si può, ad esempio, valutare soltanto in concreto - nell'operare la scelta fra due mezzi - se uno dei due, avente in astratto il medesimo impatto negativo per il privato nell'arrecargli pregiudizio, sortisca poi, però, anche ulteriori effetti di carattere negativo rispetto all'altro mezzo invece disponibile.

²⁹ Nel diritto di polizia tedesco è pertanto consentito al destinatario, in linea di principio, di scegliere e proporre un altro mezzo, egualmente adatto, ma per lui meno incidente: cosiddetto "mezzo in sostituzione" (*Austauschmittel*). In argomento si rinvia da ultimo a J. Brenz, *Das Polizeirecht als ein durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bestimmtes System von Abwägungsentscheidungen*, Berlin, 2018, *passim*.

³⁰ V. sul punto E. Grabitz, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1973, p. 568 ss. (574 s.).

soltanto dopo il 1945, ossia a seguito dell'esperienza totalitaria dello Stato nazionalsocialista³¹. È, infatti, in conseguenza di tale negativa esperienza che si diffonde fra i giuristi tedeschi la convinzione che l'intervento dello Stato debba sempre essere oggetto di una valutazione comparativa rispetto ai beni che esso sacrifica.

Naturalmente, una valutazione di questo tipo non può mai avvenire astrattamente: il relativo esame necessita di concretizzazione. Sicché, l'incisività dell'intervento nella sfera giuridica del singolo è il primo parametro di riferimento; mentre il secondo parametro è rappresentato dal peso e dall'urgenza dell'interesse generale. Il terzo elemento da prendere in considerazione è, invece, il diritto individuale oggetto di protezione da parte dell'ordinamento: sta a dire, che ci sono diritti e diritti; e interessi pubblici e interessi pubblici³².

Sicché, il vero punto di discussione ancora oggi, nella dottrina tedesca, è dove si debba fermare il sindacato del giudice. E se non si tratti - soprattutto quando si disquisisce di proporzionalità in senso stretto - di una sostituzione da parte del giudice della propria valutazione, rispetto a quella operata dal legislatore o dall'amministrazione. Laddove però, dato l'ancoraggio costituzionale del principio di proporzionalità nella *Grundgesetz tedesca*, nell'ambito del sindacato sulle misure adottate dal legislatore spetta di sicuro alla Corte Costituzionale federale esprimere l'ultima parola sul punto³³. Mentre certamente più delicata appare la questione quando si disquisisce di sindacato giurisdizionale sull'azione amministrativa.

La domanda è, infatti, se il giudice amministrativo (anche quello tedesco, pur coi suoi maggiori poteri) possa legittimamente sostituire la propria valutazione sulla proporzionalità in senso stretto a quella fatta dall'amministrazione: poiché si tratta, in ultima analisi, di attribuire un determinato peso specifico all'interesse pubblico in concreto perseguito dall'amministrazione, onde poterlo bilanciare col sacrificio in concreto imposto al privato dal suo perseguimento.

Ovviamente, la risposta non è semplice e implica una riflessione che va certamente al di là dello spazio qui a mia disposizione. Si tratterebbe, infatti, di ripercorrere la complessa e dibattuta

³¹ Nella letteratura giuridica del dopoguerra compaiono - pur nella varietà linguistica delle espressioni utilizzate - numerosi richiami al principio di proporzionalità in senso stretto. V. sul punto H. Coing, *Die obersten Grundsätze des Rechts. Ein Versuch zur Neugründung des Naturrechts*, Keip, 1996, p. 65 ss.

³² Anche se il diritto amministrativo tedesco non conosce la nostra figura dell'interesse legittimo, come contrapposto al diritto soggettivo, esistono infatti i c.d. *subjektiv-öffentliche Rechten*, che in qualche maniera si avvicinano a quella figura. Sul punto si rinvia per tutti a L. Richter, *Das subjektive öffentliche Recht*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1925/1-2, p. 1 ss.

³³ Cfr., tra le tante, BVerfG sentenza 11.06.1958, in *BVerfGE* 7, p. 377 ss.; BVerfG sentenza 10.07.1958, in *BVerfGE* 8, p. 71 ss.; BVerfG sentenza 16.06.1959, in *BVerfGE* 9, p. 338 ss.; BVerfG sentenza 27.10.1959, in *BVerfGE* 10, p. 141 ss.; BVerfG sentenza 23.03.1960, in *BVerfGE* 11, p. 30 ss.; BVerfG sentenza 17.07.1961, in *BVerfGE* 13, p. 97 ss.; BVerfG sentenza 29.11.1961, in *BVerfGE* 13, p. 231 ss.; BVerfG sentenza 26.11.1961, in *BVerfGE* 13, p. 237 ss.; BVerfG sentenza 19.12.1962, in *BVerfGE* 15, p. 226 ss.; BVerfG sentenza 27.03.1963, in *BVerfGE* 16, p. 286 ss.; BVerfG sentenza 16.02.1965, in *BVerfGE* 18, p. 353 ss.; BVerfG sentenza 14.02.1967, in *BVerfGE* 21, p. 150 ss.; BVerfG sentenza 15.03.1967, in *BVerfGE* 21, p. 227 ss.; BVerfG sentenza 03.05.1967, in *BVerfGE* 22, p. 1 ss.; BVerfG sentenza 29.11.1967, in *BVerfGE* 22, p. 380 ss.; BVerfG sentenza 18.12.1968, in *BVerfGE* 24, p. 367 ss.; BVerfG sentenza 15.01.1969, in *BVerfGE* 25, p. 112 ss.; BVerfG sentenza 19.06.1969, in *BVerfGE* 26, p. 215 ss.; BVerfG sentenza 14.10.1969, in *BVerfGE* 27, p. 88 ss.; BVerfG sentenza 14.10.1970, in *BVerfGE* 29, p. 221 ss. Si tratta peraltro di giurisprudenza costante, come dimostra ad es. la recente sentenza BVerfG del 21.03.2018, 1 BvF 1/13, che si può leggere in <https://www.bundesverfassungsgericht.de>.

distinzione fra discrezionalità e merito della decisione amministrativa, da un lato. Ma anche la distinzione fra decisioni di politica pubblica e decisioni amministrative in senso stretto³⁴. Tutte questioni sulle quali vi è da sempre discussione in dottrina, direi a tutte le latitudini³⁵.

Ma mi fermo qui, poiché scopo principale del presente contributo non è di indagare nel dettaglio il principio di proporzionalità per come questo si è sviluppato e successivamente evoluto nell'ordinamento tedesco³⁶. L'obiettivo è, piuttosto, di delinearne i contenuti e gli sviluppi nel contesto del diritto dell'Unione Europea - dopo un suo breve inquadramento all'interno del sistema dei principi generali nel sistema del diritto UE -, allo scopo di esplorarne quel potenziale che ha portato ad una sua esportazione (come già si è anticipato) non solo negli ordinamenti di numerosi Stati membri UE che non ne facevano uso prima, ma anche al di fuori dei confini dell'Unione europea.

3. Il principio di proporzionalità nel diritto dell'Unione europea

3.1. Premessa su ruolo e funzione dei principi generali nel diritto UE

Analogamente a quanto avviene nel nostro ordinamento nazionale, anche per quello UE la funzione principale dei principi generali del diritto è di consentire di colmare le lacune dell'ordinamento: lacune che si rivelano tanto più importanti, qui, rispetto a quelle proprie di un ordinamento nazionale, per il fatto stesso che l'ordinamento UE si conforma al principio delle c.d. competenze di attribuzione³⁷.

Quanto al fondamento giuridico di tale "operazione", mentre per il diritto nazionale il riferimento obbligato è, ancora oggi, l'art. 12 c. 2 delle disposizioni preliminari al Codice civile³⁸, per il diritto UE la possibilità di procedere all'elaborazione di principi generali del diritto a questo scopo

³⁴ Su cui si rinvia senz'altro a M. Nigro, *Decisione amministrativa* (1962), in M. Nigro (a cura di), *Scritti giuridici*, Milano, 1996, I, p. 499 ss. V. però anche A. Travi, *Decisione amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. IV, Torino, 1989, p. 524 ss.

³⁵ Come dimostra, ad es., l'interessantissimo saggio di P. Caine, *Merits Review and Judicial Review. The AAT as Trojan Horse*, in *Federal Law Review*, 2000, p. 213 ss.

³⁶ A questo riguardo mi permetto di rinviare ai miei precedenti scritti sul tema, già cit. alle note precedenti.

³⁷ Codificato ora nell'art. 5 TUE ai sensi del quale "*La delimitazione delle competenze dell'Unione si fonda sul principio di attribuzione*". Il principio in questione implica che l'azione dell'Unione sia basata sia sulle competenze che risultano in modo specifico da disposizioni del Trattato, sia su quelle competenze che si possono desumere in modo implicito da queste disposizioni. V. Corte giust., sentenza 26.03.1987, in causa 45/86, Commissione c. Consiglio, ECLI:EU:C:1987:163.

³⁸ Ai sensi dell'art. 12 c. 2 delle disposizioni preliminari al nostro Codice civile "*Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato*"

si può desumere e dal riferimento a “*qualsiasi regola di diritto*” contenuto nell'art. 263 c. 2 TFUE³⁹; e (soprattutto) dalla previsione dell'art. 340, comma 2, TFUE⁴⁰.

Quest'ultima previsione dispone che, “*In materia di responsabilità extracontrattuale, l'Unione deve risarcire, conformemente ai principi generali comuni ai diritti degli Stati membri, i danni cagionati dalle sue istituzioni o dai suoi agenti nell'esercizio delle loro funzioni*”.

A questo riguardo è famosissima la pronuncia della Corte di giustizia nel caso *Algera* del 1957. La quale è prova certa del fatto che la Corte di giustizia ha applicato, sin dagli esordi della sua giurisprudenza, il modo di procedere descritto (da questa norma) ben al di là dell'ipotesi specifica da essa contemplata (quella della responsabilità extracontrattuale della Comunità): un modo di procedere che costituisce, essenzialmente, un brillante esercizio di comparazione giuridica fra ordinamenti degli Stati membri UE⁴¹.

Sin da allora il ragionamento di cui sopra è stato applicato con coerenza; ed è grazie a ciò che la Corte di Giustizia ha potuto e saputo sviluppare, nel corso del tempo, un corpo organico di principi generali del diritto UE, molti dei quali si riferiscono proprio all'amministrazione, intesa sia come organizzazione che come attività⁴².

Peraltro - ed è importante anche qui sottolinearlo - la Corte di giustizia detiene un monopolio assoluto nell'identificare i principi generali del diritto UE⁴³; e questo suo ruolo peculiare ha notevoli implicazioni rispetto al rango di detti principi. Se, infatti, nessun'altra istituzione ha competenza per riformare una sentenza della Corte di giustizia, necessariamente ne consegue che il diritto giurisprudenziale creato dalla Corte di giustizia si colloca al di sopra del diritto derivato (il legislatore UE non lo può in alcun modo modificare!)⁴⁴; e questo vale, naturalmente, anche per quel diritto giurisprudenziale che identifica principi generali del diritto UE.

Ciò ha (almeno) due importanti conseguenze in concreto. In primo luogo, che la contrarietà di una norma di diritto derivato con un principio generale del diritto UE rappresenta una delle

³⁹ Art. 263 c. 2 TFUE: “*la Corte è competente a pronunciarsi sui ricorsi per incompetenza, violazione delle forme sostanziali, violazione dei trattati o di qualsiasi regola di diritto relativa alla loro applicazione*”. La norma è rimasta invariata sin dal suo inserimento nell'originario Trattato CEE (Art. 173 CEE).

⁴⁰ Il cui testo è parimenti rimasto, nella sostanza, invariato nella sua formulazione sin dal Trattato di Roma.

⁴¹ La Corte aveva infatti chiaramente statuito che, allo scopo di “*non denegare giustizia*” nell'ipotesi in cui non vi fosse “*alcuna norma giuridica*” di riferimento nei Trattati (o nel diritto derivato), essa sarebbe stata tenuta a “*risolvere tale problema informandosi alle leggi, alla dottrina ed alla giurisprudenza dei paesi membri*”. Così Corte giust., sentenza 12.07.1957, in cause riun. 7/56, 3/57-7/57, ECLI:EU:C:1957:7. V. poi anche le conclusioni dell'avv. gen. Maurice Lagrange, ECLI:EU:C:1957:6, che rappresentano un mirabile esempio di comparazione giuridica applicata al caso concreto.

⁴² Per approfondimenti si rinvia a a D.U. Galetta, *Le fonti (del diritto amministrativo europeo)*, in S. Battini, E. Chiti, D.U. Galetta, B.G. Mattarella, M. Macchia, C. Franchini, G. della Cananea, M. P. Chiti (a cura di M.P. Chiti), *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2^a ed., 2018, p. 103 ss.

⁴³ Molto semplicemente, è da considerarsi come un principio generale del diritto UE tutto ciò che - e solo ciò che - la Corte di giustizia qualifica come tale. Così J. Ziller, *Diritto delle politiche e delle istituzioni dell'Unione europea*, Bologna, Il Mulino, 2013, p. 543 ss., cui necessariamente si rinvia.

⁴⁴ Ma sta al di sotto del diritto primario. Sicché i cd. “*signori dei trattati*” possono eventualmente intervenire sul punto, modificando eventualmente il diritto primario allo scopo di contrastare un orientamento emerso nella giurisprudenza della Corte e da essi non condiviso.

principali cause di annullamento di atti di diritto derivato UE (Regolamenti e Direttive) da parte della Corte di giustizia. In secondo luogo che, visto e considerato che ai principi generali del diritto la Corte di giustizia fa sovente riferimento anche come criterio di interpretazione delle norme del diritto UE, in questo modo tali principi generali si impongono anche agli Stati membri, che sono in questo caso certamente tenuti a farne applicazione all'interno dei loro ordinamenti nazionali.

3.2. Il principio di proporzionalità nella giurisprudenza della Corte di giustizia UE⁴⁵ e nei Trattati

Passando all'analisi specifica del principio di proporzionalità nel diritto dell'Unione europea, inizio col precisare che la Corte di giustizia di Lussemburgo vi ha fatto riferimento, mutuandolo chiaramente dal diritto tedesco, già nella sua giurisprudenza degli anni Cinquanta e Sessanta: sentenze come *Fédération Charbonnière* del 1956, *Società acciaierie San Michele* del 1962 e *Schmitz* del 1964 ne sono la prova concreta⁴⁶!

Gradualmente, poi, tale principio si è trasformato in uno strumento essenziale per il controllo giurisdizionale, applicato a quasi tutti i settori del diritto dell'UE⁴⁷: e, in effetti, si tratta del principio generale più frequentemente invocato ed esaminato⁴⁸ nei giudizi davanti alla Corte di giustizia UE⁴⁹.

Il sindacato di proporzionalità è applicato, anzitutto, alle misure adottate dalle Istituzioni, organi ed organismi dell'Unione: siano esse di carattere normativo o amministrativo⁵⁰. Anche perché, col Trattato di Maastricht del 1992, il principio di proporzionalità è entrato pure nei Trattati (art. 3 B, ora art. 5 TUE) almeno per quel che concerne il parametro della necessità con riferimento all'attività delle istituzioni comunitarie⁵¹. E se è vero che solo raramente l'esistenza del vizio di proporzionalità viene positivamente accertata dal giudice UE, con conseguente annullamento

⁴⁵ Si ricorda qui che, ai sensi dell'art. 19 c. 1 TUE "La Corte di giustizia dell'Unione europea comprende la Corte di giustizia, il Tribunale e i tribunali specializzati".

⁴⁶ Corte giust., sent. 16.07.1956, in causa 8/55, *Fédération Charbonnière*, ECLI:EU:C:1956:11; Corte giust., sent. 14.12.1962, in cause riun. 5-11, 13-15/62, *Società acciaierie San Michele*, ECLI:EU:C:1962:46; Corte giust., sent. 19.03.1964, in causa 18/63, *Schmitz*, ECLI:EU:C:1964:15.

⁴⁷ Fra le tante v. le due fondamentali pronunzie Corte giust., sent. 17.12.1970, in causa 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, ECLI:EU:C:1970:114 e Corte giust., sent. 24.10.1973, in causa 5/73, *Balkan-Import-Export*, ECLI:EU:C:1973:109.

⁴⁸ Per un ampliamento dell'esame si rinvia anche agli ampi richiami giurisprudenziali contenuti in D.U. Galetta, *Il principio di proporzionalità*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa* cit., p. 149 ss. (spec. 156 ss.).

⁴⁹ Si ricorda qui che, ai sensi dell'art. 19 c. 1 TUE "La Corte di giustizia dell'Unione europea comprende la Corte di giustizia, il Tribunale e i tribunali specializzati".

⁵⁰ Corte giust., 21 giugno 1979, in causa 240/78, *Atlanta*, in *Racc.*, 1979, p. 2137 ss.; Corte giust., 5 luglio 1977, 114/76, *Bela-Mühle*, in *Racc.*, 1977, p. 1211 ss.; Corte giust., 13 novembre 1990, in causa C-331/88, *Fedesa*, in *Racc.*, 1990, p. I-4023 ss., punto 13; Corte giust., 5 maggio 1998, in causa C-180/96, *Regno Unito c. Commissione*, in *Racc.*, 1998, p. I-2265 ss., punto 96

⁵¹ In seguito, con il Trattato di Amsterdam del 1997, ai principi di sussidiarietà e proporzionalità è stato dedicato un apposito protocollo, la cui prima disposizione ricalca, sostanzialmente, quella di cui all'art. 3 B. Con l'aggiunta, però, della precisazione espressa che l'obbligo di rispetto del principio incombe a "ciascuna istituzione". Il protocollo in questione (ora Protocollo n. 2) è stato ripreso, con alcune modifiche, anche dal Trattato di Lisbona che, entrato in vigore il 1° dicembre 2009, ha anche sostituito il vecchio art. 5 CE con l'art. 5 TUE.

dell'atto impugnato, vi sono tuttavia importantissimi casi giurisprudenziali in cui questo è invece effettivamente avvenuto: come i ben noti casi *Schecke* del 2010 e *Digital Rights Ireland* del 2014⁵².

Il principio di proporzionalità trova poi senz'altro applicazione anche rispetto alle misure (normative o amministrative) adottate dagli Stati membri in esecuzione degli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione.

La relativa giurisprudenza può essere sostanzialmente raggruppata all'interno di tre grandi categorie. Una prima categoria che racchiude la casistica relativa alle misure (normative o amministrative) di Stati membri che abbiano l'effetto di limitare libertà o diritti fondamentali previsti dal Trattato o da norme UE di diritto derivato⁵³. Ed in cui rientrano anche le pronunzie in cui il giudice UE compie un sindacato di proporzionalità sulle misure adottate da Stati membri in deroga ad obblighi previsti da singole direttive, allorquando siano le stesse direttive a prevedere (per specifiche ragioni espressamente menzionate) detta possibilità di deroga. Qui è peraltro evidente come il sindacato dei giudici UE si spinga regolarmente sino alla valutazione della proporzionalità in senso stretto: non ci si limita, cioè, a verificare che le deroghe agli obblighi previsti dalla direttiva siano effettivamente idonee e necessarie; ci si fa carico anche della verifica della loro proporzionalità in senso stretto, per evitare che le deroghe siano tali da mettere del tutto in forse il perseguimento degli obiettivi previsti dalla direttiva di volta in volta in questione⁵⁴.

⁵² V. in particolare le sentenze *Schecke* e *Digital Rights Ireland*, in cui la Corte di giustizia ha dichiarato il diritto dell'UE derivato (oggetto del rinvio pregiudiziale di validità) illegittimo perché in contrasto, rispettivamente, con il diritto fondamentale alla privacy sancito dall'articolo 7 della Carta dei diritti fondamentali e con il diritto fondamentale alla protezione dei dati personali di cui all'articolo 8 della Carta: Corte giust., sent. 09.11.2010, *Schecke*, in cause riun. C-92/09 e C-93/09, ECLI:EU:C:2010:662 e Corte giust., sent. 08.04.2014, *Digital Rights Ireland*, in cause riun. C-293/12 e C-594/12, ECLI:EU:C:2014:238. In quest'ultimo caso la vicenda ha fatto notevole clamore perché si è conclusa con una declaratoria di illegittimità addirittura della Direttiva 2006/24/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 marzo 2006, riguardante la conservazione di dati generati o trattati nell'ambito della fornitura di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico o di reti pubbliche di comunicazione e che modifica la direttiva 2002/58/CE, in <https://eur-lex.europa.eu>. V. anche Corte giust., sent. 07.09.2006, in causa C-310/04, Regno di Spagna c. Consiglio, ECLI:EU:C:2006:52, con cui è stato annullato il capitolo 10 bis del titolo IV del regolamento (CE) del Consiglio 29 settembre 2003, n. 1782, in materia di politica agricola comune per violazione del principio di proporzionalità (v. al punto 135).

⁵³ A questo proposito la Corte UE ha statuito, con costanza e sin dagli esordi della sua giurisprudenza, che, anche ove sussista un'esigenza legittima di limitare libertà o diritti previsti dal Trattato o da norme di diritto derivato al fine di perseguire "scopi d'interesse generale", queste limitazioni devono comunque superare il test di proporzionalità. La prima applicazione in questo contesto è nella famosa pronuncia sul caso *Cassis de Dijon*. Corte giust., sentenza 20.02.1979, in causa 120/78, ECLI:EU:C:1979:42, di cui *infra* nel prossimo par. 3.3. V. poi anche, fra le tante, Corte giust., sent. 4 dicembre 2008, in causa C-221/07, *Zablocka-Weyhermüller*, ECLI:EU:C:2008:681; Corte giust., sent. 16 dicembre 2008, in causa C-205/07, *Lodewijk Gysbrechts*, ECLI:EU:C:2008:730; Corte giust., sent. 22 dicembre 2008, in causa C-336/07, *Kabel Deutschland*, ECLI:EU:C:2008:765; Corte giust., sent. 10 febbraio 2009, in causa C-110/05, Commissione c. Repubblica italiana, ECLI:EU:C:2009:66; Corte giust., sent. 5 marzo 2009, in causa C-88/07, Commissione c. Regno di Spagna, ECLI:EU:C:2009:123; Corte giust., sent. 28 aprile 2009, in causa C-518/06, Commissione c. Repubblica italiana, ECLI:EU:C:2009:270; Corte giust., sent. 17 settembre 2009, in causa C-182/08, *Glaxo Wellcome*, ECLI:EU:C:2009:559; Corte giust., sent. 1 ottobre 2009, in causa C-103/08, *Arthur Gottwald*, ECLI:EU:C:2009:597; Corte giust., sent. 12 gennaio 2010, in causa C-229/08, *Colin Wolf*, ECLI:EU:C:2010:3.

⁵⁴ Un esempio in tal senso è rappresentato da un'interessante pronuncia della Corte giust. a proposito della legittimità delle deroghe introdotte dalla Repubblica di Malta autorizzando la caccia, rispetto agli obblighi imposti agli Stati membri dalla direttiva 79/409/CEE relativa alla protezione di talune specie di uccelli selvatici. Deroghe che, seppur idonee e necessarie, sono state ritenute come non proporzionali in senso stretto: poiché gli obiettivi perseguiti dalla direttiva ne risultavano gravemente minacciati. Così Corte giust., 10 settembre 2009, in causa C-76/08, Commissione c. Repubblica di Malta, ECLI:EU:C:2009:535, punto 57 ss.

La seconda categoria di pronunzie, molto ampia e variegata, concerne le misure (normative o amministrative) adottate dagli Stati membri in violazione delle regole di concorrenza o delle libertà di circolazione di beni e servizi⁵⁵. Anche in questo caso, la verifica della Corte UE è molto pregnante ed implica un particolare onere probatorio a carico dello Stato membro per dimostrare la proporzionalità della misura controversa⁵⁶. A tale proposito la giurisprudenza delle Corti UE appare tanto vasta, quanto costante nel mantenere i suoi indirizzi.

Infine - sempre con riguardo al sindacato di proporzionalità delle misure adottate da Stati membri - vi sono ovviamente tutte quelle pronunzie relative a rinvii pregiudiziali ed in cui l'applicazione del principio di proporzionalità viene in questione rispetto ad atti nazionali che implementino norme comunitarie: in particolare per quel che concerne l'applicazione di sanzioni o l'erogazione di benefici⁵⁷.

Quanto, infine, agli ambiti di diritto materiale interessati dalla giurisprudenza UE che fa applicazione del principio di proporzionalità, la maggior casistica concerne senz'altro i provvedimenti d'irrogazione di sanzioni di qualsivoglia natura, nei diversi settori di intervento delle politiche comunitarie. Ma anche l'ambito relativo all'adozione di misure di intervento correttivo sul libero mercato (provvedimenti di limitazione delle quote di produzione, erogazione di sovvenzioni comunitarie etc.)⁵⁸.

Da ultimo - ed è molto importante sottolinearlo in questa sede - il principio di proporzionalità è stato inserito nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea: nell'art. 52, comma 1, come principio di riferimento in caso di limitazioni ai diritti e alle libertà riconosciute dalla Carta per “finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione” o per la “esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui”. Sicché appare evidente l'analogia con l'art. 19 della *Grundgesetz* tedesca sulla c.d. *Wesensgehaltgarantie*, di cui già si è detto⁵⁹.

Tutto quanto si è sin qui detto conferma chiaramente che, ad oggi, non può esservi più alcun dubbio (o discussione) sull'efficacia vincolante del principio di proporzionalità nel diritto UE: sia rispetto all'attività di Istituzioni, organi ed organismi dell'Unione, che rispetto alle attività di Autorità

⁵⁵ In particolare, rilevano in questo contesto gli aiuti (sotto qualsiasi forma) accordati ad imprese nazionali (fra le tante, Corte giust., sent. 17 settembre 1980, in causa 730/79, *Philip Morris*, ECLI:EU:C:1980:209, punto 17); le misure atte a favorire cartelli e associazioni fra imprese nazionali, nonché abusi di posizione dominante (fra le tante, sent. Corte giust. 8 giugno 1982, in causa 258/78, *Nungesser*, ECLI:EU:C:1982:211, punto 77; Corte giust., sent. 25 marzo 1981, in causa 61/80, *Coöperatieve Stremmel*, ECLI:EU:C:1981:75, p. 851 ss., punto 18); nonché tutte le misure che introducono di fatto limitazioni rispetto alla possibilità di partecipare a gare d'appalto in uno Stato membro (fra le tante, Corte giust., sent. 16 dicembre 2008, in causa C-213/07, *Michaniki*, ECLI:EU:C:2008:731; Corte giust., sent. 23 dicembre 2009, in causa C-376/08, *Serrantoni*, ECLI:EU:C:2009:808). In dottrina cfr. in particolare Th. von Danwitz, *Europäisches Verwaltungsrecht*, Berlin-Heidelberg, 2008, p. 571 ss.; O. Koch, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften*, Berlin, 2003, p. 546.

⁵⁶ Così

⁵⁷ V. fra le tante Corte giust., sent. 23 dicembre 2009, in causa C-45/08, *Spector Photo Group*, ECLI:EU:C:2009:806; Corte giust., sent. 11 giugno 2009, in causa C-170/08, *Nijemeisland*, ECLI:EU:C:2009:369.

⁵⁸ Per approfondimenti v. op. e loc. cit. alla nota precedente.

⁵⁹ V. al precedente par. 2.

degli Stati membri che agiscano in esecuzione degli obblighi loro derivanti dal diritto dell'Unione come abbiamo visto. Ma anche - è più ampiamente - con riguardo alle attività di Autorità degli Stati membri che agiscano nell'ambito di attuazione del Diritto UE, secondo quanto è espressamente precisato nell'art. 51 Carta Diritti UE con riguardo all'ambito di applicazione delle disposizioni della Carta medesima⁶⁰.

Peraltro, come la Corte di giustizia UE ha già ripetutamente affermato, il principio di proporzionalità deve essere applicato anche come criterio di interpretazione delle proprie norme nazionali da parte delle autorità degli Stati membri, quando questi attuino il diritto UE nei propri ordinamenti giuridici nazionali⁶¹. Ed è proprio questa statuizione giurisprudenziale che è stata all'origine di quello che ho altrove definito come l'effetto di *spill-over* del principio di proporzionalità: vale a dire il suo utilizzo da parte dei giudici nazionali anche rispetto a casi senza alcuna rilevanza diretta per il diritto dell'UE⁶².

3.3. *Segue. L'esame "a tre gradini" da parte dei giudici UE*

Quanto ai suoi contenuti concreti, come già si è accennato nel precedente paragrafo il sindacato di proporzionalità applicato dai giudici UE ripercorre, in effetti, il classico esame in tre tappe (o a tre gradini – *dreistufige Prüfung*) coniato dalla giurisprudenza tedesca: ossia il tradizionale sindacato circa l'idoneità, la necessità e la proporzionalità in senso stretto della misura oggetto di sindacato giurisdizionale⁶³. Al punto che - come avrò modo di chiarire nelle conclusioni⁶⁴ - almeno sotto questo profilo le differenze nei contenuti fra il principio di proporzionalità UE e quello tedesco sono in verità più apparenti che reali.

Per meglio comprendere il ragionamento che l'applicazione di questi tre parametri di sindacato giurisdizionale implica nella giurisprudenza dei giudici di Lussemburgo, oltre a darne una sommaria descrizione, procederò qui di seguito a fornire anche un esempio concreto di loro applicazione.

⁶⁰ L'Art. 51 c 1. Della Carta dei Diritti UE dispone che “*Le disposizioni della presente Carta si applicano alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà, come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione. Pertanto, i suddetti soggetti rispettano i diritti, osservano i principi e ne promuovono l'applicazione secondo le rispettive competenze e nel rispetto dei limiti delle competenze conferite all'Unione nei trattati*”. In argomento si rinvia per tutti a J. Ziller, *Art. 51*, in R. Mastroianni, O. Pollicino, S. Allegrezza, F. Pappalardo, O. Razzolini (a cura di), *Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2017, p. 1042 ss.

⁶¹ V. da ultimo la recentissima sentenza del 12 dicembre 2019, in causa C-627/19 PPU, ZB, sul mandato di arresto europeo, ECLI:EU:C:2019:1079.

⁶² V. *infra*, par. 4.

⁶³ Secondo la giurisprudenza costante della Corte di Lussemburgo “*Con riferimento al controllo della proporzionalità, occorre ricordare che il principio di proporzionalità, che fa parte dei principi generali del diritto comunitario, richiede che gli atti delle istituzioni comunitarie non superino i limiti di quanto idoneo e necessario al conseguimento degli scopi legittimi perseguiti dalla normativa di cui trattasi, fermo restando che, qualora sia possibile una scelta fra più misure appropriate, si deve ricorrere alla meno restrittiva e che gli inconvenienti causati non devono essere sproporzionati rispetto agli scopi perseguiti*”. Così Corte di giustizia, sentenza 07.09.2006, in causa C-310/04, Regno di Spagna c. Consiglio, ECLI:EU:C:2006:52, punto 96. V. anche la precedente sentenza 12 luglio 2001, in causa C-189/01, *Jippes*, ECLI:EU:C:2001:420, punto 80 e giurisprudenza ivi richiamata.

⁶⁴ Al successivo par. 5.2.

Per il profilo della idoneità, anche per la Corte di giustizia UE si tratta, nella sostanza, di “accertare se i mezzi (...) contemplati siano idonei a conseguire lo scopo perseguito”⁶⁵. Questa valutazione, tuttavia, di rado è espressa chiaramente e con queste parole: nella maggior parte dei casi resta implicita nel ragionamento della Corte⁶⁶ (ma non per questo se ne deve dedurre che non vi sia stata!).

A questo proposito, un caso famosissimo è quello oggetto della pronuncia *Cassis De Dijon* del 1979⁶⁷. La controversia in oggetto concerneva l'introduzione di una partita di un particolare liquore francese - il liquore *Cassis De Dijon*, appunto - nella (allora) Repubblica federale tedesca. L'amministrazione del monopolio federale dell'alcool tedesca aveva negato ad un importatore tedesco l'autorizzazione necessaria per importarlo dalla Francia e metterlo in commercio nella Repubblica federale tedesca, a motivo del carente contenuto alcolico del liquore medesimo e in applicazione della normativa nazionale relativa al contenuto minimo di alcol per le bevande introdotte sul mercato tedesco. L'importatore aveva tuttavia impugnato il provvedimento negativo; e, a seguito del rinvio pregiudiziale da parte del giudice tedesco⁶⁸, la Corte di giustizia aveva dichiarato illegittimo il divieto di importazione “dal momento che il consumatore può procurarsi sul mercato una gamma estremamente varia di prodotti con gradazione alcolica bassa o media ed inoltre una parte rilevante delle bevande alcoliche con forte gradazione, liberamente poste in vendita sul mercato tedesco, viene consumata correntemente in forma diluita”⁶⁹. Dunque - e pur non affermandolo espressamente - la Corte aveva valutato il diniego di importazione - e la disciplina tedesca sul contenuto minimo di alcol di cui esso faceva applicazione - come inidonei al raggiungimento dell'obiettivo di tutelare la salute dei cittadini⁷⁰.

Una volta stabilito (implicitamente od esplicitamente) che una misura controversa rispetta il parametro della idoneità, i giudici di Lussemburgo passano all'esame del secondo parametro della proporzionalità: la necessità.

Tale secondo parametro implica che “qualora si presenti una scelta tra più misure appropriate, è necessario ricorrere alla meno restrittiva”⁷¹. Ed è questo parametro di valutazione che ha dominato,

⁶⁵ Così ad es. Corte giust., sent. 11.03.1987, in cause riun. 279, 280, 285, 286/84, *Rau*, ECLI:EU:C:1987:119, punto 34.

⁶⁶ Cfr., tra le più risalenti, Corte giust., sent. 17.12.1970, in causa 25/70, *Köster*, ECLI:EU:C:1970:115; Corte giust., sent. 26.06.1980, in causa 808/79, *Pardini*, ECLI:EU:C:1980:173, p. 2103 ss.;

⁶⁷ Corte giust., sentenza 20.02.1979, *Rewe Centrale*, in causa 120/78 cit.

⁶⁸ L'importatore aveva impugnato il provvedimento di diniego dinanzi al tribunale amministrativo di Darmstadt il quale, a sua volta, aveva rinviato la questione al *Finanzgericht* dell'Assia che, a sua volta, concluso per la necessità di operare un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE.

⁶⁹ Punto 10 della motivazione.

⁷⁰ V. in particolare punto 11 della motivazione.

⁷¹ Fra le tante, v. Corte giust., sentenza 16.10.1991, in causa C-24/90, *Hauptzollamt Hamburg-Jonas c. Werner Faust offene Handelsgesellschaft Kg*, ECLI:EU:C:1991:387, punto 12. In senso analogo si veda Corte giust., sentenza 16.10.1991, in causa C-25/90, *Wünsche*, ECLI:EU:C:1991:388.

in misura via via crescente, la giurisprudenza dei giudici UE, essendo oggetto di (espreso) esame nella quasi totalità dei casi in cui il principio di proporzionalità viene applicato dai giudici UE.

Quanto alle modalità concrete di sindacato della necessità, un esempio illuminante è rappresentato dal c.d. caso *Wurst-Waren* del 1989 (sempre in tema di misure di effetto equivalente). La Corte di giustizia aveva infatti dichiarato contrario al parametro della necessità il divieto di importazione tedesco di cui alla controversia poiché, in base alla sua costante giurisprudenza, “(...) se la salute e la vita delle persone rientrano nel novero degli interessi tutelati dall'art. 36 e se spetta agli Stati membri decidere nei limiti del Trattato il livello al quale essi intendono assicurarne la tutela, una normativa nazionale avente un effetto restrittivo sulle importazioni è compatibile con il Trattato solo qualora sia necessaria per l'efficace tutela di detti interessi e qualora questo scopo non possa essere conseguito mediante provvedimenti meno restrittivi per gli scambi intracomunitari”⁷². Né il divieto era apparso alla Corte come necessario per esigenze imperative attinenti alla tutela dei consumatori: poiché a tale scopo, “ (...) gli Stati membri sono autorizzati a determinare le modalità di etichettatura dei prodotti alimentari non presentati in imballaggi preconfezionati al consumatore finale, così da assicurare a quest'ultimo le informazioni essenziali per la sua scelta”⁷³.

Per quel che concerne, infine, l'esame della proporzionalità in senso stretto, come si è detto essa implica l'onere di operare una (sovente complessa) valutazione comparativa.

Per un'interessante ipotesi di valutazione comparativa tra l'interesse pubblico perseguito dall'autorità che agisce, da un lato, e le posizioni individuali giuridicamente protette e che si oppongono al suo perseguimento, dall'altro, vale la pena qui di richiamare una sentenza tuttora fondamentale della Corte di giustizia, anch'essa del 1989, che illustra molto bene il modo in cui questo terzo parametro di valutazione viene inteso dai giudici UE: si tratta della pronuncia nel caso *Groener*⁷⁴.

Controverso era qui il requisito di necessaria conoscenza di una lingua ufficiale del paese di accoglienza (e, più precisamente, della lingua irlandese) al fine di potere ottenere un posto come docente di arte a Dublino, facendo esercizio del proprio diritto alla libera circolazione da parte del lavoratore. Dopo avere specificato, in generale, che “*Le norme del trattato CEE non ostano ad una politica di difesa e valorizzazione della lingua di uno Stato membro, la quale è nel contempo lingua nazionale e prima lingua ufficiale*” la Corte aveva precisato anche che “*Tuttavia, l'attuazione di tale politica non deve ledere una libertà fondamentale come la libera circolazione dei lavoratori*”; e che

⁷² Corte giust., sentenza 02.02.1989, in causa 274/87, Commissione c. Germania, ECLI:EU:C:1989:51, punto 6 della motivazione. Nello stesso senso si veda Corte giust., sentenza 02.02.1994, in causa C-315/92, *Clinique*, ECLI:EU:C:1994:34, annotata da L. Quattrini, *Le restrizioni al commercio intracomunitario e il c.d. "principio di proporzionalità"*, in *Rivista di diritto industriale*, 1995/II, p. 342 ss.

⁷³ Punto 14 della motivazione (12 ss.).

⁷⁴ Corte giust., sentenza 28.11.1989, in causa 379/87, *Groener*, ECLI:EU:C:1989:599.

“Di conseguenza, gli obblighi discendenti dai provvedimenti d'attuazione di questa politica non debbono in ogni caso essere sproporzionati rispetto allo scopo perseguito e le relative modalità d'applicazione non debbono comportare discriminazioni a danno dei cittadini degli altri Stati membri”; sicché - e in tema di proporzionalità in senso stretto - la conclusione della Corte era stata che, con riguardo al caso di specie, “Si deve riconoscere l'importanza che riveste l'istruzione ai fini della realizzazione di una tale politica. Gli insegnanti hanno infatti un ruolo essenziale da svolgere, non soltanto tramite l'insegnamento che impartiscono ma anche grazie alla loro partecipazione alla vita quotidiana della scuola ed ai rapporti privilegiati intrattenuti con i loro allievi. In tale contesto non è irragionevole esigere da loro una certa conoscenza della prima lingua nazionale. Ne consegue che il requisito ad essi prescritto di una conoscenza adeguata di questa lingua, purché il livello di conoscenza domandato non sia sproporzionato rispetto allo scopo perseguito, dev'essere considerato una condizione relativa alle conoscenze richieste in relazione alla natura dell'impiego offerto, ex art. 3, n. 1, ultimo comma, del regolamento n. 612/68”⁷⁵.

4. L'espansione del principio di proporzionalità negli ordinamenti nazionali degli Stati membri UE ed al di là dei confini dell'Unione Europea: alcuni casi paradigmatici

4.1. Dall'obbligo di rispetto dei principi generali UE al c.d. effetto di “tracimazione” (*spill-over-effect*).

Quale che sia la fonte originaria di provenienza di un principio generale del diritto UE (l'ordinamento di uno Stato membro, il diritto internazionale, una norma dei Trattati, una norma di diritto derivato etc.)⁷⁶ il fatto è che - come già si è anticipato⁷⁷ - una volta che un principio generale sia stato qualificato quale “principio generale del diritto UE” dalla Corte di giustizia, detto principio è necessariamente destinato a prevalere sia sul diritto UE derivato, sia sul diritto nazionale degli Stati membri ogni qual volta ci si trovi nell'ambito di applicazione del diritto UE: come la Corte di giustizia di Lussemburgo ha peraltro espressamente chiarito sin dalla sua sentenza *Eridania* del 1979⁷⁸.

E, in effetti, le une dopo le altre - e pur con tutti i problemi di adattamento che questo abbia potuto implicare - tutte le giurisdizioni nazionali hanno accettato di applicare il principio di proporzionalità con riguardo alle misure adottate in ossequio agli obblighi scaturenti dal diritto UE. Ma, ovviamente, il principio di proporzionalità non è rimasto relegato solo a questo ambito e si è

⁷⁵ V. in particolare i punti 19-21.

⁷⁶ Per approfondimenti al riguardo si rinvia a D.U. Galetta, *Le fonti (del diritto amministrativo europeo)*, p. 105 ss.

⁷⁷ V. al precedente par. 3.1.

⁷⁸ Corte di giustizia, sentenza 02.09.1979, in causa 230/78, *Eridania*, ECLI:EU:C:1979:216, in particolare punto 31.

presto esteso, grazie all'uso fattone da parte dei giudici degli Stati membri, anche ad ambiti e materie non strettamente di rilevanza per il diritto UE⁷⁹.

La ragione di questa evoluzione - come ho avuto modo di osservare già in varie occasioni⁸⁰ - è che il principio di eguaglianza osta all'applicazione di parametri diversi a situazioni analoghe (ad es. materie afferenti a settori analoghi d'intervento, l'uno di competenza del diritto UE, l'altro di competenza del diritto nazionale). E questa sarebbe la situazione che si verrebbe di fatto a creare, all'interno dei diritti nazionali, ove la sola differenza fra due fattispecie fosse che, nell'un caso, si trattasse di un provvedimento nazionale che pone in esecuzione obblighi derivanti dal diritto UE, mentre nell'altro caso di un provvedimento che si basa unicamente sul diritto interno⁸¹.

Ove si estenda il ragionamento prospettato, dall'ipotesi della disciplina positiva di singoli settori, al caso dei principi generali del diritto, l'evidenza di questa affermazione appare ancora più chiara: i principi generali del diritto, infatti, non conoscono confini di materia quanto alla possibile estensione del loro ambito di applicazione⁸².

La conclusione necessaria è dunque che, in ossequio al principio generale di eguaglianza, l'ambito di operatività del principio di proporzionalità UE finisce per estendersi, all'interno degli ordinamenti dei singoli Stati membri, ben al di là delle sole fattispecie rilevanti per il diritto UE. Conclusione, quest'ultima, che risulta confermata non soltanto dall'esame della giurisprudenza dei giudici UE⁸³, ma anche da un'analisi degli sviluppi che si sono avuti, a tale riguardo, negli ordinamenti nazionali di molti Stati membri che non conoscevano, prima dell'avvento della giurisprudenza UE, un vero e proprio sindacato di proporzionalità.

Quello dell'ordinamento italiano è sicuramente un esempio interessante, sul quale però mi sono già altrove diffusa⁸⁴. Sicché, mi limito qui a dire/ribadire, che l'applicazione del principio di proporzionalità, (esteso anche in questo caso a fattispecie a mera rilevanza nazionale) è fatta di luci ed ombre: come dimostra, fra l'altro, anche il ragionamento intorno alla proporzionalità fatto dalla

⁷⁹ Il dibattito a questo riguardo è stato particolarmente acceso nella dottrina britannica, come vedremo nel prossimo par. 4.2. Ma anche in altri Stati membri UE: v. ad es. H. Krunke, *The Application of Proportionality in Denmark in the Light of European Legal Integration*, in Vogenauer/Weatherill (Eds), *General Principles of Law: European and Comparative Perspectives*, London, 2017, p. 243 ss.; Y. Sanchez, *Origins and Presentation of the Proportionality Principle in French Case Law*, *ibidem*, p. 195 ss.

⁸⁰ E in particolare in D.U. Galetta, *Il principio di proporzionalità comunitario e il suo effetto di "spillover" negli ordinamenti nazionali*, in *Nuove Autonomie*, 2005, p. 541 ss.

⁸¹ A tale proposito si veda quanto osservava nel suo importante saggio dell'inizio degli anni Novanta G. Greco, *Il diritto comunitario propulsore del diritto amministrativo europeo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1993, p. 85 ss. (88 s.), che parlava a tal proposito di "effetto giuridico indotto" della normativa comunitaria.

⁸² V. per tutti J. Temple Lang, *The Sphere in Which Member States Are Obligated to Comply with the General Principles of Law and Community Fundamental Rights Principles*, in *Legal Issues of European Integration*, 1991, p. 23 ss. (31 s.).

⁸³ In particolare si vedano le sentenze Corte giust., 26.10.1995, in causa C-36/94, *Siesse*, ECLI:EU:C:1995:351, (in particolare punto 21 della motivazione); 12.09.1996, in cause riun. C-58/95, C-75/95, C-112/95, C-119/95, C-123/95, C-135/95, C-140/95, C-141/95, C-154/95 e C-157/95, *Gallotti e.a.*, ECLI:EU:C:1996:323, in Riv. it. dir. pubb. com., 1997, 85 ss.; 16.12.1992, in causa C-210/91, Commissione c. Grecia, ECLI:EU:C:1992:525 (in particolare punto 19 della motivazione).

⁸⁴ Per il quale mi permetto di rinviare, in particolare, a D.U. Galetta, *Il principio di proporzionalità*, in in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa* cit., p.165.

nostra Consulta, con la sua ormai notissima sentenza n. 20/2019⁸⁵, a proposito di taluni obblighi di pubblicazione previsti dal 33/2013 (c.d. Decreto Trasparenza) e del loro rapporto col diritto alla riservatezza.

Un altro esempio, interessantissimo, è invece quello dell'ordinamento britannico che appare per certi versi ancora più paradigmatico: ragione per cui vale la pena di soffermarvisi brevemente qui di seguito.

4.2. Il principio di proporzionalità nel diritto britannico di *Common Law*

Fra i casi più interessanti di *spill-over*/tracimazione del principio di proporzionalità ve ne è uno assai paradossale ed è quello britannico: poiché esso rappresenta un esempio di iniziale resistenza “ad oltranza” dei giudici nazionali rispetto all'applicazione del principio di proporzionalità comunitario.

Se, infatti, già all'inizio degli anni Ottanta *Lord Diplock* (autorevole giudice della *House of Lords*) aveva sottolineato l'importanza del principio (da lui riassunto con la efficacissima formula “*The principle of proportionality prohibits the use of a steam hammer to crack a nut if a nutcracker would do it*”⁸⁶) ciò nonostante, e per decenni, i giudici britannici si sono rifiutati di applicarlo, giudicandolo inutile⁸⁷ e/o eccessivamente invasivo⁸⁸; e preferendogli il nazionalissimo “*Wednesbury-Test*” (*Reasonableness-test*).

La situazione si è però modificata a partire dalla seconda metà degli anni Novanta; e in particolare dopo l'adozione dello “*Human rights act*” del 1998⁸⁹, con cui è stata trasposta nel diritto interno la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU). Sicché, attualmente le Corti britanniche fanno ricorso sovente, anche con riguardo a fattispecie a mera rilevanza nazionale, al principio di proporzionalità, che utilizzano al posto del “*Wednesbury-Test*”. Ciò sul presupposto che “*greater intensity of review is available under the proportionality approach (...) than is the case where the review is conducted on the traditional Wednesbury grounds*”⁹⁰.

⁸⁵ Corte Cost., sentenza 23 gennaio 2019, n. 20, in <https://www.cortecostituzionale.it>.

⁸⁶ V. la nota pronunzia della House of Lords *R. v. Goldsmith* (1983), in *Weekly Law Reports*, p. 155. Cui fa seguito la altrettanto nota pronunzia (sempre della House of Lords) “*Council of Civil Services Unions v. Minister for the Civil Service*”, sovente citata come *GCHQ case* ([1985] AC 374, [1985] ICR 14), a proposito del rapporto tra *Wednesbury test* e principio di proporzionalità.

⁸⁷ Così ad es. *Lord Hoffmann* (L. Hoffmann, *The Influence of the European Principle of Proportionality upon UK Law*, in E. Ellis (a cura di), *The principle of proportionality in the Laws of Europe*, Oxford, 1999, 107 ss.) che lo aveva definito come “*an analytical error*” (p. 109) e lo aveva liquidato con la lapidaria affermazione: “*I see little future for proportionality in this country as a freestanding principle*” (p. 114).

⁸⁸ E di J. Millet l'affermazione che il principio di proporzionalità sarebbe una dottrina nuova e pericolosa, nel suo commento pubblicato sul Times alla sentenza *Allied Dunbar. Allied Dunbar (Frank Weisinger) Ltd. v. Frank Weisinger*, in *The Times* del 17.11.1987, p. 44 ss. *Contra* v. le osservazioni di J. Jowell, A. Lester, *Proportionality: Neither Novel Nor Dangerous*, in J. Jowell - D. Oliver (a cura di), *New Directions in Judicial Review*, London, 1988, p. 61 ss.; P. Craig, *Unreasonableness and Proportionality in UK Law*, in E. Ellis (a cura di), *The principle of proportionality in the Laws of Europe* cit., p. 85 ss., che propone un'interessante panoramica degli atteggiamenti assunti, a questo proposito, dai giudici britannici (p. 99 ss.).

⁸⁹ Che si può leggere in <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42/contents> (ultima consultazione 10.01.2020).

⁹⁰ Così nella sentenza della House of Lords del 21.03.2002, *Regina v Shayler*, punto 75, in <http://www.publications.parliament.uk>

In effetti, grazie all'utilizzo di un principio di proporzionalità costruito sul modello di quello applicato dai giudici UE, il controllo giurisdizionale operato dalle corti britanniche risulta essere più ampio ed approfondito⁹¹; ed in alcune pronunzie si fa persino riferimento espresso all'esigenza che si tratti di un controllo di proporzionalità "a tre gradini"⁹². Al punto che, sulla base di un'analisi della giurisprudenza post adozione dello "*Human Rights Act*", in dottrina si è affermato che vi è stata una vera e propria trasformazione del diritto britannico; e che la proporzionalità è divenuta oramai uno strumento obbligatorio di sindacato giurisdizionale quando vi siano in gioco dei diritti⁹³.

Tuttavia, il contrasto/confronto fra il test di ragionevolezza *Wednesbury* e il test di proporzionalità quali strumenti di sindacato giurisdizionale è tutt'altro che sopito⁹⁴. Anzi, in verità, risulta essersi rinvigorito nella prospettiva dell'imminente *Brexit*: che, almeno secondo alcuni commentatori, potrebbe essere un'opportunità per potere intraprendere quella che è stata significativamente definita come un'opera di "decontaminazione del diritto inglese"⁹⁵ (sigh!).

5. Il principio di proporzionalità nel e oltre i confini del diritto UE: osservazioni conclusive.

5.1. Il principio di proporzionalità anche oltre i confini del diritto UE?

A margine (e in qualche maniera a completamento) del vasto dibattito sul tema che sta attraversando la dottrina britannica⁹⁶, la constatazione più interessante (e per molti versi entusiasmante) che ho avuto modo di fare nel corso dei miei più recenti studi sull'argomento⁹⁷ è di

⁹¹ V. le sentenze della House of Lords: *R (Daly) v Secretary of State for the Home Department*, in *Weekly Law Reports* (WLR), 2001, p. 1622 ss.; *R (Pretty) v Director of Public Prosecutions*, in *WLR*, 2001, p. 1598 ss. (1637). V. anche le sentenze del 09.05.2001, *Alconbury*; del 22.05.2003, *Wrexham County Borough Council v. Berry and Others*; del 15.05.2003, *Regina v. British Broadcasting Corporation ex parte Prolife Alliance*, tutte in <http://www.publications.parliament.uk>.

⁹² V. nella sentenza della House of Lords *R (Daly) v Secretary of State for the Home Department* cit., le osservazioni di Lord STEYN, punto 27 s.

⁹³ Cfr. M. Cohn, *Legal Transplant Chronicles: The Evolution of Unreasonableness and Proportionality Review of the Administration in the United Kingdom*, in *The American Journal of Comparative Law*, vol. 58/3, 2010, p. 583 ss. (p. 622.).

⁹⁴ V. P. Craig, *Proportionality, Rationality and Review*, in *New Zealand Law Review*, 2010/2, p. 265 ss.; T. Hickman, *Problems for Proportionality*, in *New Zealand Law Review*, 2010/2, p. 303 ss.; J. King, *Proportionality: A Halfway House*, in *New Zealand Law Review*, 2010/2, p. 327 ss.; P. Craig, *Proportionality and Judicial Review*, p. 145 et ss.; J. Jowell, *Proportionality and Unreasonableness: Neither Merger nor Takeover*, in H. Wilberg, M. Elliott (a cura di), *The Scope and Intensity of Substantive Review. Traversing Taggart's Rainbow*, London, 2015, p. 41 ss. Sui concetti di ragionevolezza e proporzionalità v. anche, più di recente, R. Alexy, *Proportionality and Rationality*, in M. Tushnet, V.C. Jackson (a cura di), *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*, Cambridge, 2017, p. 13 ss.

⁹⁵ V. T.F. Bathurst, *On to Strasbourg or back to temple? The future of European law in Australia post-Brexit*, nella sua relazione presentata alla "Sydney Cpd Conference" del 25 marzo 2017 ed il cui testo si può leggere in <http://www.supremecourt.justice.nsw.gov.au>, p. 1 ss. Ivi si legge che "*Speaking in Sydney last year, Lord Goldsmith, former Attorney General of England and Wales, embraced the Brexit result as an opportunity to set about 'the decontamination of English law'*" (p. 2). A questo proposito si veda anche l'articolo pubblicato da Lord Neuberger il 6 ottobre 2016 con l'esplicito titolo: *Has the Identity of the English Common Law been Eroded by EU Laws and the European Convention On Human Rights?*, in <http://newjurist.com/has-the-english-common-law-been-eroded-by-eu-laws-and-the-european-convention-on-human-rights.html> (ultima consultazione 01.01.2020).

⁹⁶ P. Craig, *Proportionality, Rationality and Review* cit., p. 265 ss.

⁹⁷ Nel corso del mio recente soggiorno di tre mesi (luglio-settembre 2019), come *Visiting Professor*, presso la *University of Sydney*, di Sydney/Australia.

come l'ambito di influenza del principio di proporzionalità si sia più di recente esteso anche ben oltre i confini dell'Unione europea.

Esiste infatti un intenso (ed interessantissimo) dibattito anche tra gli studiosi d'oltreoceano (in Australia, Canada, ma anche Nuova Zelanda⁹⁸), sul se il principio di proporzionalità debba divenire un principio generale, da applicarsi al sindacato giurisdizionale sulle decisioni normative ed amministrative adottate dai pubblici poteri, che prenderebbe il posto del “farraginoso e poco soddisfacente” test di ragionevolezza *Wednesbury* di tradizione britannica⁹⁹.

Riservandomi di approfondire meglio il tema altrove, mi limito qui ad osservare, conclusivamente, che l'importazione del principio di proporzionalità oltreoceano è stata facilitata dalla circostanza che, nell'applicare i principi generali del diritto, la Corte di giustizia UE segue essenzialmente gli schemi sviluppati dalle Corti Supreme dei paesi continentali europei (a cominciare dal *Conseil d'État* francese) da circa un secolo. Schemi che somigliano, in una certa misura, all'uso dei principi di *natural justice* applicati da parte dei tribunali britannici, principalmente dalla *House of Lords*, nello stesso periodo. E che sono ovviamente stati importati dalle giurisdizioni di *Common Law* d'oltreoceano.

5.2. Un modello di sindacato giurisdizionale della proporzionalità caratteristico del diritto UE?

Per concludere, vorrei tentare infine di dare una risposta alla domanda, se il principio di proporzionalità dell'Unione europea, quello che è “tracimato” nei vari ordinamenti nazionali (anche al di là dei confini dell'UE, come si è visto), sia la stessa cosa di quello tedesco.

Come vedremo, a questo complessa domanda non si può che fornire una risposta composita: come composita è, d'altra parte, l'amministrazione stessa dell'Unione europea¹⁰⁰!

Anni orsono in dottrina è stato autorevolmente osservato, che un'importante divergenza fra il modello tedesco e quello UE di sindacato giurisdizionale della proporzionalità consisterebbe nel fatto che i giudici UE prescinderebbero dall'esame in sequenza rigidamente trifasica della proporzionalità, così come proposto e teorizzato dalla dottrina tedesca¹⁰¹.

⁹⁸ Vedi in particolare gli articoli pubblicati nel numero speciale della *New Zealand Law Review* 2010, no. 2 (2010), p. 229 ss.

⁹⁹ V. in particolare J. Boughey, *The Reasonableness of Proportionality in the Australian Administrative Law Context*, in *Federal Law Review*, vol. 43/1, 2015, p. 59 ss. Più in generale, Sul dibattito a livello internazionale si veda (in modo riassuntivo) M. Klatt, M. Meister, *Verhältnismäßigkeit als universelles Verfassungsprinzip*, in *Der Staat*, 2012, p. 159 ss.

¹⁰⁰ A questo riguardo si rinvia da ultimo a L. Baroni, *I modelli di amministrazione: diretta, indiretta e altre forme “intrecciate”*, in D.U. Galetta (a cura di), *Il Diritto Amministrativo nell'Unione Europea. Argomenti (e materiali)*, Torino, 2020, di prossima pubblicazione e dottrina ivi ampiamente richiamata.

¹⁰¹ Così M. Fromont, *Le principe de proportionnalité*, in *Actualité juridique-droit administratif*, 1995, n° spécial, p. 156 ss. Più di recente anche O. Koch, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften*, Berlin, 2003, p. 198 s.

Personalmente - e in parziale difformità rispetto a quanto io stessa ho in precedenza sostenuto, in vari miei scritti sul tema¹⁰² - dopo anni di analisi costante della giurisprudenza UE a tale riguardo mi sono convinta, invece, che questa sia una differenza molto più apparente che reale; e che sia dovuta essenzialmente alle differenze di stile - e nel modo di redigere le sentenze - fra giudici tedeschi e giudici UE. Mentre i primi hanno, infatti, l'abitudine di redigere sentenze ampie e dettagliatamente motivate, i secondi si attengono, invece, ad uno stile più scarno ed essenziale, che fa emergere solo i passaggi essenziali del loro ragionamento giuridico: sicché, ad esempio, se del sindacato sull'idoneità spesso nella sentenza non si dà conto, questo non vuol dire che esso effettivamente non sia stato compiuto dal giudice UE¹⁰³.

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 (ad oggi ventotto) 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 costitutivi¹⁰⁴. Mentre, invece, è sovente solo la maniera troppo 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.

Non vale infatti qui il proverbio (paradossalmente tedesco) secondo cui "*In der Kürze liegt die Würze*"!¹⁰⁵ Ma rimane il problema che, a fronte del sovraccarico crescente di lavoro a cui sono sottoposti i giudici comunitari, e in particolare la Corte di giustizia¹⁰⁶, non è prevedibile che si possa migliorare questo aspetto, attraverso la redazione di pronunzie magari meglio dettagliate (anche in punto di sindacato della proporzionalità). Tutto spinge, invece, nella direzione contraria: di sentenze più brevi e, dunque, necessariamente meno argomentate.

Lasciando dunque da parte questo primo aspetto, un elemento che invece certamente contribuisce a ridurre le possibili coincidenze "sostanziali" del principio di proporzionalità UE con il principio di proporzionalità tedesco è, a mio parere, la ben nota divergenza di fondo d'impostazione

¹⁰² Al riguardo rinvio ai miei vari scritti sul tema già cit. alle note precedenti.

¹⁰³ Così ad es. Corte giust. 18 maggio 1993, in causa C-126/91, *Yves Rocher*, ECLI:EU:C:1993:19, anche in *RIDPC*, 1993, p. 833 ss., con nota di chi scrive, p. 836 ss. Più di recente v. Corte giust., 10 marzo 2005, in cause riun. C-96 e 97/03, *Tempelman*, ECLI:EU:C:2005:145, punto 47.

¹⁰⁴ Così ad es. Corte giust., 2 maggio 1990, in causa C-357/88, *Hopermann*, in *Racc.*, 1990, p. I-1669 ss.. Cfr. sul punto U. Kischel, *Die Kontrolle der Verhältnismäßigkeit durch den Europäischen Gerichtshof*, in *Europarecht*, 2000, p. 380 ss. (391 ss.).

¹⁰⁵ Ossia che una formulazione breve e concisa possa essere alla fine più comprensibile di una lunga.

¹⁰⁶ V. a questo riguardo le osservazioni di P. Craig, *EU Administrative Law*, Oxford, 2^a ed., 2012, p. 264 ss.

fra il sistema di tutela giurisdizionale UE ed il sistema di tutela giurisdizionale proprio del diritto pubblico tedesco.

Come è stato ancora di recente ricordato in dottrina¹⁰⁷, la tutela apprestata dal giudice tedesco è una tutela soggettivamente orientata: che tiene dunque conto, soprattutto, dell'intensità con cui la misura adottata abbia inciso nella sfera giuridica del ricorrente. Il che è ovviamente legato anche alla natura del giudizio, così come questo è strutturato dalle norme del Codice tedesco sul processo amministrativo (*Verwaltungsgerichtsordnung* – VwGO¹⁰⁸); ed è strettamente connesso ai poteri che queste norme attribuiscono ai giudici amministrativi in sede di sindacato giurisdizionale. Mentre, viceversa, la tutela apprestata dal giudice UE è piuttosto una tutela giurisdizionale di tipo oggettivo: che tiene cioè conto, essenzialmente, degli interessi concretamente in gioco¹⁰⁹, senza attribuire un peso determinante alla misura del sacrificio patito dal singolo. Sicché, lo stesso sindacato di proporzionalità si concentra su di una valutazione comparativa degli interessi concretamente in gioco. Il che parrebbe talora avvicinare il sindacato di proporzionalità dei giudici UE a quel "*bilan coûts-avantages*" tipico del principio di proporzionalità come applicato nella giurisprudenza francese del *Conseil d'Etat*¹¹⁰; ed il cui obiettivo è, essenzialmente, di operare una valutazione complessiva e comparativa dei vantaggi e degli svantaggi prodotti dalla misura adottata, secondo una concezione multipolare degli interessi in gioco¹¹¹.

Il fatto che il giudice di Lussemburgo si ispiri a quest'ultimo modello di sindacato giurisdizionale fornisce, a mio parere, una spiegazione anche per la circostanza - spesso lamentata in dottrina - che risulta difficile individuare, a priori, una regola stabile quanto all'incisività effettiva del sindacato operato dai giudici UE tramite l'applicazione del principio di proporzionalità. Questa dipende, infatti, anche dal peso attribuito agli interessi concretamente in gioco; peso che è condizionato dal chiaro favore dei giudici UE rispetto a quelle misure (siano esse adottate dall'UE o dagli Stati membri) che rappresentano un positivo contributo rispetto alla "*costruzione dell'edificio comunitario*"¹¹², nella prospettiva di quella "*Unione sempre più stretta fra i popoli dell'Europa*" di cui al preambolo del Trattato UE (sin dal Trattato di Maastricht). Al contrario, invece, del disfavore rispetto a quelle misure (adottate dagli Stati membri) in deroga rispetto al diritto UE: qui, infatti, il

¹⁰⁷ W. Kahl, *Die Europäisierung des subjektiven öffentlichen Rechts*, in *Juristische Arbeitsblätter*, 2011/1, p. 41 ss. (42).

¹⁰⁸ Che si può leggere in <https://www.gesetze-im-internet.de/vwgo/> (ultima consultazione 20.01.2020).

¹⁰⁹ Così già N. Emiliou, *The principle of Proportionality in European Law*, London, 1996, p. 171 ss.

¹¹⁰ V. per tutte la sentenza del *Conseil d'Etat* del 2 ottobre 2006, *SCI Les Fournels*, n° 281506 dove si precisa espressamente che « *une opération ne peut légalement être déclarée d'utilité publique que si les atteintes à la propriété privée, le coût financier et, éventuellement, les inconvénients d'ordre social ou l'atteinte à d'autres intérêts publics qu'elle comporte ne sont pas excessifs eu égard à l'intérêt qu'elle présente* ».

¹¹¹ In questo senso v. chiaramente, fra le tante, Corte giust., 27 gennaio 1987, in causa 45/85, *Verband der Sachversicherer*, ECLI:EU:C:1987:34, punto 61. V. anche le due più recenti pronunzie del Trib. UE, 2 settembre 2009, in cause riun. T-37/07 e T-323/07, *Mohamed El Morabit*, ECLI:EU:T:2009:296, e 14 ottobre 2009, in causa T-390/08, *Bank Melli Iran*, ECLI:EU:T:2009:401.

¹¹² V. ad es., chiaramente in tal senso, Corte giust., 20.10.1977, in causa 29/77, *Roquette*, ECLI:EU:C:1977:164, punti 19 e 20; Corte giust. 29 febbraio 1996, in cause riun. C-296/93 e C-307/93, Repubblica francese e Irlanda c. Commissione, i ECLI:EU:C:1996:65.

principio di proporzionalità è applicato con maggior rigore dai giudici di Lussemburgo e nell'ottica di operare una valutazione comparativa fra le esigenze poste dalle situazioni interne ai singoli Stati membri (e che possano in astratto giustificare l'adozione di misure in deroga) e l'esigenza di garantire, invece, quelle libertà, quei diritti e quei principi che sono la ragione stessa di esistenza dell'Unione europea¹¹³.

Vi è, infine, anche un altro importante elemento di cui è necessario tenere conto nel valutare la giurisprudenza dei giudici di Lussemburgo sul principio di proporzionalità. Si tratta della procedura nel contesto della quale il relativo sindacato si colloca. Ben diverso è, infatti, il modo in cui la Corte di Lussemburgo struttura il suo sindacato (sulla proporzionalità) nel caso in cui si tratti di una sentenza relativa ad procedura di infrazione¹¹⁴, rispetto al caso in cui si tratti di una pronuncia in risposta ad un rinvio pregiudiziale¹¹⁵. In quest'ultima ipotesi la Corte di giustizia UE si limita, almeno in linea di principio, a fornire al giudice nazionale i parametri di riferimento per la sua decisione. E spetterà dunque al giudice nazionale valutare in concreto la compatibilità con il principio di proporzionalità di quegli atti nazionali oggetto di contestazione, ed all'origine della controversia che ha dato luogo al rinvio pregiudiziale¹¹⁶.

5.3. Breve riflessione conclusiva

Per concludere queste mie riflessioni sul principio di proporzionalità vorrei richiamare qui quanto osservato dal Presidente aggiunto onorario del Consiglio di Stato, *Salvatore Giacchetti*: che ha di recente evocato il sindacato giurisdizionale di tipo oggettivo quale possibile antidoto al problema del nostro processo amministrativo definito come “*un inaffondabile Titanic, con un inossidabile carico di interessi legittimi e quindi di giurisdizione soggettiva orientata alla prevalente tutela del ricorrente*”¹¹⁷.

Una riflessione che, in realtà, ed almeno nei suoi esiti ultimi, coincide con quella fatta di recente dal Presidente *Filippo Patroni Griffi*, nella sua relazione al convegno di Parma dello scorso 4 ottobre 2019, dall'evocativo titolo “La giustizia amministrativa tra presente e futuro”. Pur partendo, infatti, da una posizione opposta - che consiste nel considerare del tutto positivo il progressivo abbandono della concezione oggettiva del giudizio amministrativo da parte del nostro ordinamento

¹¹³ Cfr. Sul punto R.E. Papadopoulou, *Principes Généraux du Droit et Droit Communautaire*, Bruxelles, 1996, p. 252 ; Th. Von Danwitz, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Gemeinschaftsrecht*, in *Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht*, 2003, p. 393 ss. (400).

¹¹⁴ Ai sensi dell'art. 258 TFUE (ex art. 226 TCE).

¹¹⁵ Ai sensi dell'art. 267 TFUE (ex art. 234 TCE).

¹¹⁶ Cfr., fra le tante, Corte giust., 9 luglio 1997, in causa C-34-36/95, *De Agostini*, ECLI:EU:C:1997:344, punto 52; Corte giust., 10 marzo 2005, *Tempelman*, in cause riun. C-96/03 et C-97/03, ECLI:EU:C:2005:145, punto 49; da ultimo Corte giust., 17 settembre 2009, in causa C-182/08, *Glaxo Wellcome*, ECLI:EU:C:2009:559, punto 102.

¹¹⁷ S. Giacchetti, *Il possibile contributo del processo amministrativo alla lotta alla corruzione*, in *Lexitalia* del 19.12.2015, <https://www.lexitalia.it>.

nazionale - *Patroni Griffi* ha esortato la dottrina a guidare la giurisprudenza anche ripensando categorie concettuali consolidate, come il diritto soggettivo e l'interesse legittimo, soprattutto nella loro trasposizione sul piano processuale e come criterio di riparto della giurisdizione. Perché, ci avverte *Patroni Griffi*, occorre far sì che i giudici amministrativi continuino a porsi al contempo come “*garanti del cittadino e della legittimità del potere*”¹¹⁸. Per continuare - aggiungerei ora - quella “*lotta contro il potere arbitrario*” cui il Presidente ha fatto riferimento nel suo discorso introduttivo, qui pubblicato¹¹⁹.

In questa prospettiva - come sottolinea peraltro anche *Stefano Cognetti*¹²⁰ - non c'è dubbio che il principio di proporzionalità rappresenti uno strumento di sindacato giurisdizionale indispensabile e largamente ineguagliabile, quanto al livello di effettività della tutela giurisdizionale (amministrativa) che esso può/potrebbe in concreto contribuire a garantire.

È da salutare dunque con grande favore il rinnovato interesse per lo studio di questo principio. Di esso è prova la molta letteratura, soprattutto in lingua inglese, prodotta più di recente e che contiene spunti di riflessione assai interessanti, anche nella prospettiva di una sua più ampia e consapevole applicazione nel contesto del sindacato giurisdizionale (amministrativo).

¹¹⁸ F. Patroni Griffi, *La giustizia amministrativa tra presente e futuro*, in *Diritto e Società*, 2019, p. 587 ss. (605).

¹¹⁹ Pubblicato in questo stesso volume, a p. ????

¹²⁰ Nel suo contributo dal titolo ????, pubblicato in questo stesso volume, a p. ????