

Il modello tedesco tra controllo di legittimità costituzionale e separazione dei poteri

di

Federica Marigonda*

Sommario: 1. Introduzione e oggetto di studio. – 2. Lo scrutinio di legittimità costituzionale tedesco. Il ruolo della proporzionalità. – 2.1 Il test di proporzionalità. – 3. Il rapporto “trilaterale”. Il *Rechtsstaat* come base comune. – 3.1 *Rechtsstaat* e separazione dei poteri. – 3.2 *Rechtsstaat* e proporzionalità. – 4. *Rechtsstaat*, separazione dei poteri e controllo di legittimità costituzionale. – 4.1. Gli effetti della proporzionalità sulla separazione dei poteri. – 4.2. Gli effetti della separazione dei poteri sulla proporzionalità. – 5. Conclusioni.

1. Introduzione e oggetto di studio

Il rapporto tra potere giudiziario e potere legislativo rappresenta uno dei nodi teorici più indagati del costituzionalismo contemporaneo.¹ Come sottolineato da Roberto Romboli in un recente contributo, «sul rapporto tra Corte e legislatore, [...] l'aspetto sul quale si sono concentrate le attenzioni della dottrina è stato quasi esclusivamente nel senso di contenere le invasioni della prima rispetto allo spazio di scelte discrezionali riservato al secondo».² Questo rapporto è stato dunque

* Dottoranda presso Sapienza Università di Roma.

¹ Sul tema, alcune tra le principali posizioni della dottrina italiana si trovano riassunte nel contributo di R. ROMBOLI, *Corte costituzionale e legislatore: il bilanciamento tra la garanzia dei diritti ed il rispetto del principio della separazione dei poteri*, in *Consulta Online*, fascicolo III, 2023, 812 ss. Si rimanda anche all'opera, emblematica sul tema, di R. HIRSCHL, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Harvard University Press, Cambridge, 2004.

² R. ROMBOLI, *op. cit.*, 813. Dello stesso autore si richiama anche R. ROMBOLI, *Il giudizio di ragionevolezza: la nozione e le diverse stagioni della stessa attraverso la giurisprudenza costituzionale*, in *Scritti per Roberto Bin*, Giappichelli, Torino, 2019, 567 ss. dove l'autore sottolinea l'esigenza, per la Corte, di «evitare l'accusa di sconfinamento, attraverso il giudizio di ragionevolezza, in un campo riservato alle scelte discrezionali del legislatore». Sul rapporto tra scrutinio di legittimità costituzionale e separazione dei poteri si richiamano in dottrina italiana anche P. BARILE, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana*, contributo in *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana: riferimenti*

studiato per lo più con riguardo al profilo dell'equilibrio tra controllo giurisdizionale e discrezionalità – equilibrio che, com'è ben noto, costituisce un aspetto imprescindibile dello Stato costituzionale³ e delle democrazie stabilizzate.⁴

In questo senso, la domanda fondamentale che gli studiosi si sono posti sul tema non sembra nascere solo da un dubbio “partitivo” (quali poteri spettano ai giudici? Quali al legislatore?), ma anche (e soprattutto) dalla percezione di un mutamento in corso negli equilibri interni allo Stato costituzionale.⁵ Ci si riferisce, in particolare, a quella che è stata definita la “crisi” della separazione dei poteri.⁶

Infatti, una parte della dottrina ha imputato all'evoluzione del ruolo della giustizia costituzionale e, soprattutto, dei giudici costituzionali la causa di questa alterazione degli equilibri tra i poteri dello Stato.⁷ Nel pensiero scientifico si è andata formando l'idea che il giudice sia il *villain* che si arroga prerogative non solo a lui “tradizionalmente” non attribuite, ma addirittura esplicitamente di competenza di

comparatistici: atti del Seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta nei giorni 13 e 14 ottobre 1992, Milano, 1994, 42 e L. PALADIN, Esiste un “principio di ragionevolezza” nella giurisprudenza costituzionale?, in Il principio di ragionevolezza, cit., 165; interessante anche la prospettiva presentata da Andrea Morrone, che parla di una “funzione legislativa concorrente” della Corte in A. MORRONE, Suprematismo giudiziario. Spunti su sconfinamenti e legittimazione della Corte costituzionale, in Quaderni costituzionali, 2/2019, 251 ss. Utile, pur se risalente, la lettura di G. BRANCA, Relazione Conclusiva, in La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale: bilancio di venti anni di attività, Bologna, 1978.

³ Lo Stato costituzionale è il modello risultante dell'evoluzione del costituzionalismo nelle democrazie pluralistiche. Sul tema si rimanda in particolare a C.S. NINO, *The Constitution of deliberative Democracy*, Yale University Press, New Haven - London, 1996 e P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, Duncker & Humblot, Berlino, 1978.

⁴ T. E. FROSINI (a cura di), *Diritto pubblico comparato. Le democrazie stabilizzate*, Il Mulino, Bologna, 2022.

⁵ Come evidenziava Rolando Tarchi in R. TARCHI, *Democrazia e istituzioni di garanzia*, in *Rivista AIC*, 3/2018, 894 ss. si tratta di un tema percepito ancora come centrale nell'epoca del pluralismo e del costituzionalismo post-moderno indotto dalla globalizzazione. In linea con quanto espresso da Cesare Pinelli nella relazione di sintesi del convegno AIC del 2016, dedicato al tema della sovranità, l'autore riporta l'importanza di continuare a discutere delle “grandi categorie”, per tornare a studiarle e rielaborarle alla luce dei cambiamenti sociali, per «recuperare delle stipulazioni condivise capaci di tenere insieme la pluralità, peraltro vitale, di approcci che vengono utilizzati.» Cfr. R. TARCHI, *op. cit.*, 895.

⁶ M. BASSANI, *La crisi della divisione dei poteri*, in *Società e diritti*, 4/2017, 149 ss.

⁷ Emblematiche sul punto le opere di Jeremy Waldron e Robert Bellamy e, in particolare, J. WALDRON, *The Core of the Case Against Judicial Review*, in *The Yale Law Journal*, 6/2006, 1346 ss.; R. BELLAMY, *Political Constitutionalism: A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010.

un altro potere dello Stato. Si è parlato di *juristocracy*,⁸ nonché di giudici legislatori⁹ o, ancora, di Corte costituzionale come “terza camera”.¹⁰ Si è assistito alla crescita di fenomeni interpretativi quali l’originalismo statunitense che, grazie alla loro promessa di difendere il ruolo tradizionale delle istituzioni, hanno acquisito crescente centralità nella giurisprudenza di alcuni ordinamenti.¹¹

A fornire un quadro soddisfacente del cambiamento nei rapporti tra potere giudiziario e legislativo è stato Stephen Gardbaum,¹² che nel suo contributo del 2014 ha ben riassunto le principali posizioni assunte dalla dottrina, ampliando le riflessioni anche al ruolo rivestito dalle istituzioni parlamentari. Osserva Gardbaum che tanto nei sistemi di *common law* quanto in quelli di *civil law* si è assistito a una progressiva perdita di egemonia del principio della *legislative supremacy*, che è stata «ritirata dal mercato», come scriveva Mark Tushnet.¹³ Nel suo contributo, Gardbaum osserva che questo ridimensionamento del potere legislativo, causato dalla progressiva sfiducia nella politica, dal crescente ruolo degli esecutivi e da una pressante richiesta di efficienza e competenza, si è accompagnato alla nascita e allo sviluppo delle Corti costituzionali, a cui è stata trasferita una quota crescente di potere.¹⁴ Si è verificato, dunque, un vuoto nella gestione delle istanze sociali che, nel gioco degli equilibri istituzionali, è stato colmato (in parte) dalle Corti. Così, alcune prerogative tradizionalmente riservate al legislatore si sono spostate verso il giudiziario, generando un cambiamento che,

⁸ R. HIRSCHL, *op. cit.*

⁹ M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, Giuffrè, Milano, 1984.

¹⁰ A. SPADARO, *Involuzione – o evoluzione? – del rapporto fra Corte costituzionale e legislatore (notazioni ricostruttive)*, in *Rivista AIC*, 2/2023, 103 ss.

¹¹ A. SCALIA, B. A. GARNER, *Reading Law: The Interpretation of Legal Texts*, Thomson/West, St. Paul, 2012. Si richiama anche l’interessante contributo di G. F. FERRARI, *Nino Scalia: analisi giurisprudenziale del pensiero di un giudice conservatore*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 3/2016, 119 ss.

¹² S. GARDBAUM, *Separation of Powers and the Growth of Judicial Review in Established Democracies (or Why Has the Model of Legislative Supremacy Mostly Been Withdrawn From Sale?)* in *The American Journal of Comparative Law*, 3/2014, 61 ss.

¹³ M. TUSHNET, *New Forms of Judicial Review and the Persistence of Rights And Democracy-Based Worries*, in *Wake Forest Law Review*, 38/2003, 814 citato da S. GARDBAUM, *op. cit.*, 615, che scrive «For all practical purposes, the Westminster model [of parliamentary sovereignty] has been withdrawn from sale.».

¹⁴ S. GARDBAUM, *op. cit.*, 618.

secondo Gardbaum, è sintomo di un «constitutional change from one institutional form of liberal democracy to another».¹⁵

Proprio questo cambiamento, tuttavia, ha dato origine alle critiche e alle perplessità che, come sopra accennato, hanno messo in discussione lo straordinario successo conquistato dalle Corti costituzionali, imputando alla loro crescita l'emersione di fenomeni sintomatici di una crisi nella divisione dei poteri.

Ebbene, il presente contributo cercherà proprio di inserirsi all'interno del dibattito sul delicato rapporto tra controllo di legittimità costituzionale e separazione dei poteri, per indagare se questi principi siano veramente così in conflitto come la letteratura degli ultimi anni sembra averci suggerito.

Consapevoli che si tratta di un tema troppo ampio per essere sviluppato esaustivamente in questa sede, si cercherà di fornire uno spunto di riflessione a partire da alcuni aspetti della giustizia costituzionale tedesca che, ad avviso di chi scrive, possono aprire alla possibilità di conciliare il principio della separazione dei poteri con il sindacato di costituzionalità.

L'ordinamento tedesco non è stato oggetto di una scelta casuale; infatti, esso ben si adatta a queste riflessioni per almeno due ordini di ragioni.

In primis, perché il sistema di scrutinio costituzionale tedesco conosce, sotto il profilo metodologico, il più antico strumento attraverso il quale opera il controllo di legittimità costituzionale. Si tratta del test di proporzionalità (*Verhältnismäßigkeitsprüfung*) che, compiutamente articolato nel suo schema e nelle sue componenti, offre una formalità particolarmente consolidata, utile a dare sostanza alla presente ricerca.

In secondo luogo, si è scelto di analizzare l'ordinamento tedesco perché proprio lì la dottrina e la giurisprudenza, negli anni successivi alla Seconda guerra mondiale, hanno teorizzato l'esistenza di un legame costituzionalmente inscindibile tra il principio di proporzionalità (e, dunque, il sindacato di costituzionalità) e il principio della separazione dei poteri. Entrambi, secondo l'opinione granitica della Corte costituzionale federale (*Bundesverfassungsgericht* o BVerfG) e della

¹⁵ S. GARDBAUM, *op. cit.*, 616.

maggioranza della dottrina, sono parti inscindibili del principio cardine dello Stato costituzionale tedesco, ovvero il *Rechtsstaat*, lo stato di diritto.

Ciò premesso a giustificazione della scelta del campo di studio, l'obiettivo del presente contributo sarà quello di delineare un modello teorico che spieghi il rapporto tra controllo di legittimità costituzionale e separazione dei poteri in termini non-conflittuali. Ciò sarà fatto descrivendo due relazioni: da un lato quella "trilaterale" che àncora questi due principi a una base comune (ossia il *Rechtsstaat*), e dall'altro quella "bilaterale" e "a specchio" che li lega tra loro.

2. Lo scrutinio di legittimità costituzionale tedesco. Il ruolo della proporzionalità

Similmente a quanto ormai accade nella maggior parte degli ordinamenti giuridici,¹⁶ anche la Germania affida il giudizio di legittimità costituzionale a un giudice istituito *ad hoc*, ovvero il *Bundesverfassungsgericht*,¹⁷ in aderenza al modello kelseniano.¹⁸

Alla Corte costituzionale tedesca, istituita il 12 marzo 1951 a Karlsruhe – ma già prevista nella Legge Fondamentale (*Grundgesetz*) del 1949¹⁹ – sono ufficialmente attribuiti i poteri elencati all'art. 94 della Legge Fondamentale, il quale riporta precisamente le materie su cui la Corte decide²⁰ nonché l'effetto vincolante che tali

¹⁶ Secondo Tom Ginsburg e Mila Versteeg, il 38% dei paesi aveva adottato il sindacato di costituzionalità nel 1951, mentre l'86% nel 2011. T. GINSBURG, M. VERSTEEG, *Why Do Countries Adopt Judicial Review?* in *J. Law, Econ. & Org.*, 3/2014.

¹⁷ Essendo la Germania organizzata nella forma federale, la Legge Fondamentale contempla altresì la possibilità per i vari *Länder* di istituire corti costituzionali regionali (*Landesverfassungsgericht*), con funzione di giurisdizione costituzionale limitatamente alla *Landesverfassung* (la costituzione di quello specifico Land) e al diritto costituzionale regionale. Cfr. artt. 99 e 100 *Grundgesetz*.

¹⁸ Secondo la cosiddetta tesi della "catastrofe" o del "mai più", per alcuni paesi, tra cui Germania, Italia e Giappone, l'emersione del fenomeno del controllo di legittimità costituzionale e, più in generale, delle Corti costituzionali stesse è da associarsi agli orrori della Seconda guerra mondiale e alla rivoluzione dei diritti che ne è scaturita, in un'ottica di progressiva tutela dei diritti fondamentali. Così S. GARDBAUM, *Op. cit.*, 614.

¹⁹ Si vedano, in particolare, gli artt. 92 e ss. della Legge Fondamentale, che si inseriscono più in generale della sezione della Costituzione tedesca dedicata alla magistratura (*die Rechtsprechung*).

²⁰ Art. 94, comma 1, *Grundgesetz*.

decisioni hanno su tutti gli organi costituzionali della federazione e dei *Länder*, nonché sulle autorità amministrative e giurisdizionali.²¹

Particolarmente rilevante, ai fini del presente contributo, è lo strumento attraverso il quale la Corte esercita lo scrutinio di legittimità costituzionale previsto all'art. 94 della Legge Fondamentale, che prende il nome di test di proporzionalità.²² Sin dalla fine degli anni Cinquanta del secolo scorso, lo scrutinio di legittimità costituzionale si è svolto attraverso la lente del principio di proporzionalità, che si atteggiava già allora a criterio orientativo delle decisioni della Corte, sino a diventare, a partire dalla famosa triade di pronunce *Elfes*, *Lüth* e *Apotheken*,²³ un vero e proprio "test", articolato in diverse fasi e con delle specifiche regole di funzionamento, che oggi guida la Corte nella quasi totalità dei giudizi di legittimità costituzionale.²⁴

²¹ Art. 94, comma 5, *Grundgesetz*.

²² Sul tema della *Verhältnismäßigkeit* nel diritto costituzionale tedesco si veda, in particolare, C. DEGENHART, *Staatsrecht I. Staatsorganisationsrecht: Mit Bezügen zum Europarecht*, Heidelberg, C.F. Müller, 2024, 146; O. LEPSIUS, *Chancen und Grenzen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit*, in *Verhältnismäßigkeit: Zur Tragfähigkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2015, 17, 25-27; M. COHEN-ELIYA, I. PORAT, *Proportionality and the Culture of Justification*, in *The American Journal of Comparative Law* 2/2011, 466 ss.; A. HEUSCH, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Staatsorganisationsrecht*, Duncker & Humblot, Berlino, 2003, 36. Per una panoramica generale del principio di proporzionalità si veda, in particolare, I. PORAT, *Proportionality* in *Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, 2018; A. BARAK, *Proportionality*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012. Si consigliano altresì gli scritti di M. COHEN-ELIYA, I. PORAT, *American Balancing and German Proportionality: The Historical Origins*, in *I-Con: International Journal of Constitutional Law*, 2/2010, 263 e ss.; A. STONE SWEET e J. MATHEWS, *Proportionality, Balancing, and Global Constitutionalism*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, 1/2008, 72 ss.; Sul tema della proporzionalità in Italia si rimanda alla recente analisi di F. VIGANÒ, *La proporzionalità nella giurisprudenza recente della Corte costituzionale: un primo bilancio*, in *sistemapenale.it*, 8 Gennaio 2025. Si richiama altresì G. MARTINICO, M. SIMONCINI, *An Italian Perspective on the Principle of Proportionality*, in *General Principles of Law: European and Comparative Perspectives*, Hart Publishing, Oxford, 2017, 221 ss.

²³ Tra le tre, la sentenza *Apotheken* è considerata la pronuncia che ha formalmente introdotto il test di proporzionalità nella giustizia costituzionale tedesca. In tal senso: O. LEPSIUS, *op. cit.*, 5.

²⁴ Dibattuto è il tema dell'utilizzo della proporzionalità nei giudizi di legittimità costituzionale concernenti le norme tributarie e la clausola di eguaglianza (*Gleichheitssatz*). Sui temi hanno scritto, rispettivamente: H. KUBE, *Verhältnismäßigkeit von Steuern und Abgaben*, in *Verhältnismäßigkeit*, *op. cit.*, 151 ss e G. D. L. MACHADO, *Verhältnismäßigkeitsprinzip vs. Willkürverbot: Der Streit um den allgemeinen Gleichheitssatz*, Duncker & Humblot, Berlino, 2015; G. LURIE, *Proportionality and the Right to Equality*, in *German Law Journal*, 2/2020, 174 ss.

Le sue origini sono tuttavia più lontane. Infatti, sebbene essa rappresenti, a oggi, il canone ermeneutico per eccellenza utilizzato dalla Corte,²⁵ le sue radici affondano nella disciplina ottocentesca del diritto amministrativo prussiano. Non a caso, la prima declinazione normativa del requisito della proporzionalità tra mezzo statale utilizzato e obiettivo perseguito si trova proprio nel codice civile prussiano del 1794 (*Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten* o ALR), che circoscriveva gli interventi dell'autorità pubblica a quelle misure ritenute proporzionate al raggiungimento di uno specifico scopo.²⁶

Verso la fine del XIX secolo, fu il neo-introdotta Tribunale amministrativo superiore prussiano (*Preußisches Oberverwaltungsgericht*), primo giudice indipendente dopo l'unificazione del 1871, a inaugurare con la celebre sentenza *Kreuzberg* del 1882 la stagione della proporzionalità nella giurisprudenza amministrativa, divenendo ben presto il primo esempio in territorio germanico di istituzione chiamata a tutelare le posizioni giuridiche individuali a fronte degli abusi del potere pubblico.

La proporzionalità non fu, dunque, un'invenzione *ex novo* dei giudici di Karlsruhe: piuttosto, essa fu da loro recuperata e reinterpretata all'indomani della Seconda guerra mondiale come strumento funzionale al bilanciamento dei diritti positivizzati nella *Grundgesetz*, attraverso il quale incanalare la «vocazione evolutiva del costituzionalismo moderno».²⁷

2.1. Il test di proporzionalità

²⁵ Non solo. La proporzionalità ha esercitato una forte attrattiva costituzionale, venendo adottata da una moltitudine di ordinamenti giudici, tanto di *civil* quanto di *common law*. Sul tema della diffusione del principio di proporzionalità si veda A. STONE SWEET e J. MATHEWS, *op. cit.* Per un'analisi comparata dei diversi sistemi di scrutinio si veda invece il contributo chiarificatore di P. PASSAGLIA, *La struttura delle decisioni dei giudici costituzionali: un confronto fra la tradizione di civil law e quella di common law*, in *Scritti dedicati a Maurizio Converso*, Roma Tre-press, Roma, 2016, 416 ss.

²⁶ Cfr. §10 II 17 ALR. Sul punto si veda la nota n. 14 del contributo di J. SAURER, *Die Globalisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes*, in *Der Staat*, 1/2012, 7 ss.

²⁷ R. NANIA, *Sui diritti fondamentali nella vicenda evolutiva del costituzionalismo*, in *Nomos*, 1/2020, 1.

All'atto pratico, la proporzionalità intesa come "test" si compone di tre fasi,²⁸ le quali rappresentano delle "soglie di sbarramento" che la misura scrutinata deve superare per non subire una declaratoria di illegittimità costituzionale (*Verfassungswidrigkeit*), totale o parziale. Queste "soglie di sbarramento" consistono in giudizi gradualistici che la Corte esprime sulla misura impugnata (ad esempio, una norma di legge) e corrispondono ai parametri dell'idoneità, della necessità e della proporzionalità in senso stretto. L'obiettivo è comprendere se la misura rimessa allo scrutinio della Corte sia idonea, necessaria e proporzionale rispetto all'obiettivo pubblico perseguito, in un'ottica di massimizzazione della tutela dei diritti fondamentali potenzialmente lesi.

Ad esempio, nella decisione del 27 aprile 2022 (1 BVR 2649/21), la Corte ha respinto un ricorso costituzionale diretto (*Verfassungsbeschwerde*) con cui i ricorrenti lamentavano l'incostituzionalità dell'obbligo di fornire la prova della vaccinazione contro il Covid-19, poiché ritenuto lesivo di una serie di diritti costituzionalmente tutelati nella *Grundgesetz*: il diritto alla vita e all'integrità fisica (art. 2, comma 2, prima frase) e la libertà di scelta lavorativa e professionale (art. 12, comma 1). Adita con ricorso costituzionale diretto, la Corte ha applicato precisamente il test di proporzionalità, all'esito del quale la misura statale impugnata – che imponeva l'obbligo di fornire la prova della vaccinazione – è stata ritenuta adeguata (*geeignet*), necessaria (*erforderlich*) e proporzionata in senso stretto (*verhältnismäßig im engeren Sinne*) rispetto all'obiettivo pubblico (e legittimo) perseguito, consistente nella protezione delle persone vulnerabili dall'infezione da coronavirus, concludendo in ultima analisi che gli interessi dei ricorrenti, pur costituzionalmente tutelati, dovevano cedere il passo.

²⁸ Queste tre fasi sono precedute da una fase prodromica, la quale consiste precipuamente nell'individuazione dell'obiettivo legittimo (*legitimer Zweck*), il quale consente alla Corte di inquadrare immediatamente uno dei due termini oggetto dello scrutinio di proporzionalità (che ha ad oggetto una relazione tra mezzo statale e fine perseguito), cioè l'obiettivo cui tende la norma scrutinata, nonché la compatibilità di questo obiettivo con la Legge Fondamentale. Sul punto si veda C. ENGEL, *Das legitime Ziel in der Praxis des Bundesverfassungsgerichts*, in *Verhältnismäßigkeit*, op. cit., 98 ss.; C. DEGENHART, op. cit., 146-148; A. LANG, *Proportionality Analysis by the German Federal Constitutional Court*, in *Proportionality in Action: Comparative and Empirical Perspectives on the Judicial Practice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2020, 60 ss.

Ebbene, dopo aver chiarito in cosa consista lo scrutinio del *Bundesverfassungsgericht*, non rimane che analizzare le ragioni a sostegno della possibilità di teorizzare l'esistenza di un rapporto non conflittuale tra controllo di legittimità costituzionale e separazione dei poteri. Per farlo, sarà necessario premettere brevi cenni con riguardo a un concetto che, ai fini della presente ricerca, costituisce la premessa fondamentale della non-conflittualità tra i due principi: il *Rechtsstaat* – in italiano, lo Stato di diritto.

3. Il rapporto “trilaterale”. Il *Rechtsstaat* come base comune

È opinione assolutamente granitica in giurisprudenza e dottrina che il principio del *Rechtsstaat*, il quale pur non è sancito in una singola frase della *Grundgesetz* ma deriva piuttosto da una sintesi di diverse disposizioni costituzionali,²⁹ trovi un primo riconoscimento all'articolo 20, comma 3 della Legge Fondamentale.³⁰ L'articolo in questione prescrive che «il potere legislativo è vincolato all'ordine costituzionale; il potere esecutivo e la magistratura sono vincolati alla legge e al diritto».³¹

L'interpretazione che viene data al principio³² del *Rechtsstaat* varia da autore ad autore e rimane oggetto di un dibattito accademico tuttora aperto.³³ Taluni hanno tentato di definirne l'essenza a livello ontologico, altri invece hanno accettato

²⁹ Tra cui, a titolo esemplificativo, gli artt. 1, co. 3; 19, co. 4 e 28, co. 1, prima frase della Legge Fondamentale.

³⁰ Le origini del termine *Rechtsstaat* vanno ricondotte all'opera di Johan Wilhelm Petersen (conosciuto con lo pseudonimo di Placidus) *La littérature de la théorie de l'État*. In quest'opera, Petersen utilizza per la prima volta l'espressione *Recht-Staats-Lehrer*, ovvero “le dottrine del *Rechtsstaat*” per riferirsi alla scuola e alle teorie di Kant. Sul tema ha scritto L. HEUSCHLING, *Etat de droit, Rechtsstaat, Rule of law*, Parigi, Dalloz, 2002, 36 ss. Sulla specificità del termine *Rechtsstaat*, si veda R. BÄUMLIN, *Stichwort 'Rechtsstaat'*, in *Evangelisches Staatslexikon*, Kreuz, Stuttgart, 1987, 2806 ss.

³¹ Traduzione mia.

³² La Corte costituzionale federale tedesca si riferisce infatti al *Rechtsstaatsprinzip*. Si veda, per tutte: BVerfGE 108, 186, paragrafo 234.

³³ Per tutti si rimanda all'emblematica ricostruzione sul tema offerta da K. SOBOTA, *Das Prinzip Rechtsstaat: Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Aspekte*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1997 nonché quella di A. KATZ e G. G. SANDER, *Staatsrecht*, C.F. Müller, Heidelberg, 2019, 91 ss. Per quanto riguarda invece la giurisprudenza della BVerfG, il *Rechtsstaat* tende a essere descritto attraverso la sua funzione (ad esempio, come quel principio funzionale a «unire e limitare l'autorità pubblica per proteggere le libertà individuali». (traduzione mia, BVerfGE 144, 20, paragrafo 547).

l'intrinseca elusività del termine, preferendo dunque una definizione contenutistica. Questo secondo approccio si basa su due categorie, il *Rechtsstaat* in senso formale e il *Rechtsstaat* in senso sostanziale, che insieme definiscono il contenuto dello Stato di diritto (e, dunque, lo Stato di diritto stesso).³⁴ Infatti, queste categorie, frutto di una elaborazione dottrinale avvenuta nel corso del XIX secolo, servono per racchiudere al loro interno una serie di principi fondamentali, ritenuti essere, congiuntamente, proprio ciò in cui consiste lo Stato di diritto in Germania.³⁵

Tradizionalmente, si dice che il senso formale del *Rechtsstaat* sia emerso nella Germania della prima metà del XIX secolo per vincolare la monarchia e il potere esecutivo alla legge e alla legalità.³⁶ Non è dunque un caso che, tra gli elementi formali dello Stato di diritto tedesco, sia annoverato il principio della separazione dei poteri: esso costituisce il presupposto essenziale attraverso cui era (ed è tutt'oggi) possibile arginare l'arbitrarietà del potere esecutivo.

Il *Rechtsstaat* in senso sostanziale (o materiale), d'altro canto, interviene per far fronte ai limiti del suddetto principio di legalità quando è la tutela sostanziale ed effettiva dei diritti fondamentali a emergere come esigenza primaria. Nella prospettiva sostanziale del *Rechtsstaat*, dunque, il puro rispetto della procedura legislativa e della legge cede il passo all'effettiva tutela delle libertà individuali.³⁷ Non è allora un caso che all'interno del senso materiale del *Rechtsstaat* si rinvenga

³⁴ T. WIHL, *Rechtsstaatlichkeit*, in *Handbuch Liberalismus*, J.B. Metzler, Stuttgart, 2021, 183 ss.

³⁵ N. DOSE, *Das Rechtsstaatsprinzip - unter dem Schutz des Bundesverfassungsgerichts?*, in *Bürger & Staat: Das Grundgesetz*, 1/2019, 40.

³⁶ Tuttavia, *Rechtsstaat* non significò, in Germania, ciò che la *Rule of Law* teorizzata da A. V. Dicey significò in Inghilterra. Infatti, lo Stato di diritto tedesco non nacque come concetto indissolubilmente legato alla sovranità parlamentare, tantomeno nacque come espressione della sovranità popolare. In altre parole, pur offrendo un quadro volto a limitare il potere dello Stato, il *Rechtsstaat* non incarnava una struttura di governo rappresentativa. Piuttosto, lo Stato di diritto tedesco è stato caratterizzato da una certa "distanza di sicurezza" dal Parlamento, in netto contrasto con la *Rule of Law* inglese, incentrata sulla *parliamentary sovereignty*. Anzi, come osservato da Heuschling, il concetto di *Rechtsstaat* traeva la propria forza da una ferma opposizione, da un lato, al volontarismo degli organi democratici e, dall'altro, alla minaccia del potere arbitrario di un governo di impronta monarchica. Così L. HEUSCHLING, *op. cit.*, 40. Sul punto si veda anche P. LESIŃSKI, *At the origins of German liberalism: the state in the thought of Robert von Mohl*, Peter Lang, Berlino, 2020.

³⁷ T. WIHL, *op. cit.*, 184.

lo strumento per eccellenza deputato alla tutela dei diritti e delle libertà fondamentali: la proporzionalità.³⁸

Il quadro che emerge è abbastanza chiaro: il *Rechtsstaat* racchiude in sé tanto la separazione dei poteri quanto la proporzionalità (e, dunque, il sindacato di costituzionalità).

Questa conclusione costituisce il presupposto fondamentale per spiegare perché si possa teorizzare l'esistenza di un rapporto "trilaterale" tra questi principi. Esso va immaginato come un triangolo,³⁹ ove la base è il *Rechtsstaat*, mentre gli altri due lati costituiscono, rispettivamente, la proporzionalità e la separazione dei poteri. Una figura rigida in cui i lati sono a contatto e contribuiscono l'uno al mantenimento in posizione degli altri: il *Rechtsstaat* costituisce la base comune su cui poggiano, rispettivamente, i principi della separazione dei poteri e della proporzionalità, il primo riconducibile all'aspetto formale dello Stato di diritto e l'altro invece all'aspetto sostanziale dello stesso; elementi che entrano in relazione tra di loro contribuendo alla solidità del *Rechtsstaat* stesso.

Che questi principi stiano in un rapporto "trilaterale" non è, tuttavia, cosa scontata.

3.1. *Rechtsstaat* e separazione dei poteri

In realtà, quando messi in relazione, separazione dei poteri (in tedesco, *Gewaltenteilung*)⁴⁰ e *Rechtsstaat* assumono posizioni apparentemente contraddittorie. Ciò è dovuto al fatto che, da un lato, il *Rechtsstaat*, in quanto concetto a formazione composita e progressiva, deriva storicamente dall'unione di più principi, tra cui la separazione dei poteri;⁴¹ dall'altro lato, ad oggi è vero

³⁸ C. GRÖPL, *Staatsrecht I. Staatsgrundlagen. Staatsorganisation. Verfassungsprozess mit Einführung in das juristische Leben*, C.H. Beck, Monaco, 2022, 135, paragrafo 507.

³⁹ Il triangolo è l'unica figura geometrica i cui angoli sono determinati univocamente dalla lunghezza dei lati. Un triangolo non può cambiare forma senza che uno dei suoi lati si spezzi o si allunghi e questa sua "solidità" geometrica è il motivo per cui in architettura e ingegneria ne vediamo ovunque: dai ponti ferroviari alle impalcature, fino alle grandi cupole geodetiche.

⁴⁰ Sul tema si rimanda a C. GRÖPL, *op. cit.*, 238, paragrafo 867 ss.; H. MAURER, *Staatsrecht I, Grundlagen. Verfassungsorgane, Staatsfunktionen*, C.H. Beck, Monaco, 2020, 340 ss.; K. WINDTHORST, *Separation of Powers from the German Perspective in Duquesne Law Review*, 4/2009, 905 ss.;

⁴¹ BVerfGE 95, 1, paragrafo 15.

l'opposto, poiché si ritiene che sia il *Rechtsstaat* a costituire il piedistallo costituzionale su cui poggia, in ultima analisi, il principio della separazione dei poteri, e non viceversa.⁴²

La contraddizione, tuttavia, è solo apparente. Bisogna considerare che già nel Regno di Prussia del XIX secolo la dottrina della separazione dei poteri era considerata funzionale al soddisfacimento dell'esigenza liberale di prevenire e limitare concentrazioni dispotiche dell'autorità.⁴³ A tal fine, i poteri statali dovevano essere tenuti divisi sotto il profilo funzionale, organico e personale, così da garantire che l'esercizio dell'autorità pubblica – in particolare quella esecutiva – fosse costantemente sottoposto a limiti (la cosiddetta *Machtbegrenzungsfunktion*).⁴⁴ Non a caso fu in quell'epoca che si sviluppò il senso formale del *Rechtsstaat*, ovvero quello di un assetto istituzionale volto a delineare un modello statale che limitasse tramite la legge l'esercizio arbitrario del potere.⁴⁵

Fu, tuttavia, dopo la Seconda guerra mondiale che lo Stato di diritto mutò la propria concezione diventando un fondamento stabile e duraturo della forma di Stato democratica (il *Rechtsstaatsprinzip*), grazie all'impatto di due fenomeni che ne rafforzarono progressivamente l'autorevolezza, ovvero la crescita della Corte costituzionale federale tedesca (e del controllo di legittimità costituzionale), nonché gli effetti derivanti dal processo di integrazione comunitaria.⁴⁶

Per quanto riguarda il *Bundesverfassungsgericht*, la giurisprudenza della Corte si è affermata nel tempo come centrale nella difesa del principio dello Stato di diritto. Secondo i giudici di Karlsruhe, il *Rechtsstaat* non rappresenta soltanto uno dei

⁴² C. DEGENHART, *op. cit.*, 49, paragrafo 142. Più in generale, sul rapporto tra Stato di diritto e separazione dei poteri, scrive in un recente contributo Antonio Ruggeri che essi «si fanno mutuo rimando e, a conti fatti, si compongono e risolvono in una sola "cosa" giuridicamente rilevante». Cfr. A. RUGGERI, *Stato di diritto, separazione dei poteri e ruolo del giudice (note minime su una vessata questione)*, in *dirittifondamentali.it*, 3/2025, 207.

⁴³ K. WINDTHORST, *op. cit.*, 905.

⁴⁴ H. MAURER, *op. cit.*, 334.

⁴⁵ L. HEUSCHLING, *op. cit.*, 37, paragrafo 33.

⁴⁶ K. TÖNSHOFF, *Die Rolle des EuGH bei der Wahrung der Rechtsstaatlichkeit in der EU. Eine Darstellung am Beispiel der Republik Polen*, in *Göttinger Rechtszeitschrift* 2/2021, 102.

principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale tedesco,⁴⁷ ma considerato nella sua interezza⁴⁸ – comprendendo cioè anche le sue specifiche declinazioni nei vari articoli della Legge Fondamentale – esso costituisce altresì un *Rechtsprinzip*, vale a dire un principio giuridico in senso proprio.⁴⁹ Non solo. Come afferma Katharina Sobota, all'epoca della riunificazione tedesca si diffuse tra i giuristi la convinzione che ai fini di superare l'instabilità in cui versava la Germania «vi fosse la necessità di individuare criteri di giusto e ingiusto senza ricorrere a un complesso apparato di leggi e regolamenti»,⁵⁰ che sarebbero stati oggetto di forte contrapposizione, non solo giuridica ma *in primis* culturale. Il *Rechtsstaat* fu quindi insignito del ruolo di principio giustificante l'agire statale post 1990. Come riporta Sobota, termini e riferimenti legati al concetto di *Rechtsstaat* cominciarono ad apparire numerosi sia nel preambolo che in diversi articoli del trattato di unificazione (*Einigungsvertrag*), rendendo così «chiaro che, dopo il 1990, il principio dello Stato di diritto veniva nuovamente associato a connotazioni positive».⁵¹

Quanto al ruolo del diritto comunitario, si può sostenere che la forza fondante dello Stato di diritto sia stata rafforzata anche grazie al lungo processo di integrazione della Germania con i valori e i principi comunitari. È noto che gli Stati membri sono tenuti ad attuare la *rule of law*,⁵² riconosciuta e «confermata»⁵³ nel preambolo del Trattato sull'Unione europea e, più specificatamente, all'articolo 2 TUE come uno

⁴⁷ BVerfGE 52, 131/144; 133, 168. In dottrina si rimanda a H. D. JARASS, B. PIEROTH, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: Kommentar*, CH Beck, Monaco, 2026.

⁴⁸ Il principio dello Stato di diritto (*Rechtsstaatsprinzip*) è stato concretizzato attraverso numerose disposizioni della

Grundgesetz. Tra queste rientrano i diritti fondamentali (in particolare le riserve di legge ad essi collegate), il diritto all'indennizzo in caso di interventi statali, la separazione dei poteri, il primato della Costituzione e della legge, la riserva di legge, il principio di proporzionalità, la tutela giurisdizionale nei confronti dei pubblici poteri, il diritto a essere ascoltati in giudizio (diritto di difesa) e la garanzia del giudice naturale precostituito per legge.

⁴⁹ BVerfGE 141, 1 paragrafo 78.

⁵⁰ K. SOBOTA, *op. cit.*, 7.

⁵¹ K. SOBOTA, *op. cit.*, 8.

⁵² Sul tema si rimanda al recente contributo di U. VILLANI, *La rule of law nel diritto europeo e internazionale e il dovere di coerenza*, in *Archivio giuridico online*, 1/2025, 911 ss.

⁵³ Il riferimento è alla dicitura, cristallizzata nel preambolo del TUE, «ispirandosi [...] alle eredità culturali, religiose e umanistiche dell'Europa, da cui si sono sviluppati i valori universali dei diritti inviolabili [...] e dello Stato di diritto» e «confermando il proprio attaccamento ai principi della libertà [...] nonché dello stato di diritto».

dei valori sui quali si fonda l'Unione Europea stessa. Inoltre, essa è stata (e continua a essere) implementata attraverso numerosi regolamenti e direttive che sono ormai parte del diritto nazionale tedesco. A ciò si affianca il ruolo determinante della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea. Emblematica, in tal senso, fu la sentenza *Van Gend en Loos* del 1963, in cui venne elaborato e introdotto il principio dell'efficacia diretta del diritto comunitario, destinato a incidere profondamente sul processo di integrazione degli ordinamenti nazionali nell'Unione e sulla tutela giurisdizionale dei diritti dei singoli.⁵⁴ Come evidenziato in dottrina, tale principio costituisce ancora oggi uno strumento fondamentale sia per garantire l'effettività del diritto comunitario, sia per rafforzare la protezione giurisdizionale all'interno degli Stati membri, elemento essenziale del *Rechtsstaat*.⁵⁵

Da quanto sopra scritto si ricava che il rapporto tra separazione dei poteri e Stato di diritto in Germania ha subito, negli anni, ciò che potrebbe definirsi un capovolgimento: il *Rechtsstaat*, che inizialmente "poggiava" sulla dottrina della separazione dei poteri, grazie al ruolo svolto dalla Corte di Karlsruhe e dall'integrazione comunitaria, ha consolidato una propria autorità e autorevolezza che ha attratto a sé, tra i molti principi, anche quello della separazione dei poteri, divenendone la matrice costituzionale.

3.2. *Rechtsstaat* e proporzionalità

L'idea che il principio di proporzionalità poggi giuridicamente sul *Rechtsstaat* si basa principalmente su due argomenti, il primo di carattere storico, il secondo di natura teleologica.

Storicamente, il principio di proporzionalità affonda le proprie radici nella giurisprudenza amministrativa prussiana della fine del XIX secolo, che lo rese il

⁵⁴ In questa prospettiva si colloca anche la successiva evoluzione giurisprudenziale, che nella pronuncia *Rosneft 2017* ha qualificato la tutela giurisdizionale come parte integrante dell'«essence of the rule of law», confermando il ruolo della Corte quale garante strutturale dello Stato di diritto nell'ordinamento europeo.

⁵⁵ Per una panoramica generale sull'efficacia diretta si richiama quanto scritto da L. DANIELE, *Diritto dell'Unione Europea*, Giuffrè, Milano, 2020, 284 ss.

principale strumento per garantire l'equilibrio tra mezzi e fini statali, in un'ottica di progressiva tutela della libertà individuale. Infatti, all'indomani dell'unificazione tedesca (1871), guidata dalla Prussia del cancelliere Bismarck, l'istituzione del Tribunale amministrativo superiore prussiano (1875) quale primo giudice amministrativo indipendente contribuì in modo decisivo alla tutela effettiva dei cittadini contro lo Stato, orientando l'azione amministrativa alla legalità.⁵⁶

Ebbene, nello stesso contesto storico in cui il Tribunale amministrativo prussiano sviluppava l'idea di proporzione tra mezzi e fini pubblici, per rispondere alla crescente domanda di tutela dei diritti individuali nel Paese, si sviluppava il concetto sostanziale del *Rechtsstaat*. Così, proprio mentre si consolidava l'idea che esso non potesse annichilirsi in un *Gesetzesstaat*, ovvero nel solo, formale, primato della legge, parallelamente i giudici contribuivano a consolidare questa idea attraverso l'attività giurisdizionale, funzionale a prevenire interferenze arbitrarie da parte dello Stato nelle libertà e nei diritti individuali.

Questi sviluppi storici conducono alla conclusione che, nel tempo, la Germania abbia elaborato una concezione sostanziale dello stato di diritto strettamente connessa al principio di proporzionalità, che ne rappresenta una componente centrale: la proporzionalità è emersa come uno strumento rappresentativo del *Rechtsstaat*, sulla scia di una giurisprudenza chiamata a rispondere alle istanze sociali di tutela dei diritti individuali.

La seconda ragione che spiega il rapporto tra la proporzionalità e il *Rechtsstaat* è invece di ordine teleologico. Essa si basa sul fatto che *Rechtsstaat* e principio di proporzionalità condividono il medesimo obiettivo: la tutela e la salvaguardia dei diritti e delle libertà.

Negli anni, la giurisprudenza della Corte ha progressivamente inquadrato il *Rechtsstaat* come fondamento del principio di proporzionalità.⁵⁷ Infatti, un principio

⁵⁶ Sul punto si veda S. F. PAULY, *Organisation, Geschichte und Praxis der Gesetzesauslegung des (Königlich) Preussischen Oberverwaltungsgerichtes 1875-1933*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 1987.

⁵⁷ Già nel 1968, la Corte affermò che la proporzionalità, in senso generale, costituisce la norma fondamentale vincolante per l'azione di tutti i poteri dello Stato in virtù del *Rechtsstaatsprinzip*. Cfr. BVerfGE 23, 127.

che afferma che per garantire il rispetto dei diritti fondamentali è essenziale che le azioni statali siano necessarie, idonee e proporzionate in senso stretto rispetto agli obiettivi (legittimi) perseguiti riflette perfettamente il valore costitutivo del *Rechtsstaat*, intrinsecamente orientato al rispetto dei diritti fondamentali.⁵⁸

Ed è proprio in questo senso che è possibile riconoscere nella proporzionalità, al di là del suo ruolo tecnico nel sostanziare il sindacato di costituzionalità in Germania, anche e soprattutto un meccanismo di responsabilizzazione dello Stato giustificato dall'esigenza, imposta dal *Rechtsstaat*, di tutelare le libertà e i diritti individuali.

4. *Rechtsstaat*, separazione dei poteri e controllo di legittimità costituzionale

Quanto detto rispetto al rapporto tra Stato di diritto e, rispettivamente, separazione dei poteri e proporzionalità, permette di spiegare le ragioni della connessione tra i tre principi. La trilateralità che li connota consente all'interprete di intravedere un legame che ancora la proporzionalità e la separazione dei poteri al *Rechtsstaat* e che, contestualmente, contribuisce alla sopravvivenza stessa dello Stato di diritto, caratterizzato da una sorta di "dipendenza funzionale" dalla garanzia del controllo di legittimità costituzionale e della divisione tra poteri statali.

Tuttavia, tali considerazioni non consentono ancora di giustificare la tesi di una piena non-conflittualità tra i due principi in esame. Non basta l'individuazione di una matrice comune per stabilire se, sul piano interno, il loro rapporto sia effettivamente privo di tensioni. La convergenza funzionale nel presidio dello Stato di diritto può semmai favorire un avvicinamento concettuale tra proporzionalità e separazione dei poteri, ma per capire in che modo essi "collaborano" c'è bisogno di fare un passo ulteriore.

In particolare, si rende necessario approfondire la specifica relazione "bilaterale" e "a specchio" che insiste tra proporzionalità (quale espressione del controllo di legittimità costituzionale) e separazione dei poteri. In questo senso, il diritto costituzionale tedesco offre, ad avviso di chi scrive, spunti che aiutano a

⁵⁸ Scrive la Corte nella già citata sentenza BVerfGE 144, 20 al paragrafo 547 che «il principio dello Stato di diritto è funzionale a legare e limitare il potere pubblico per la tutela delle libertà fondamentali». (traduzione mia).

comprendere che non si tratta di due principi destinati a collidere ma, al contrario, che è possibile teorizzare un modello relazionale in cui essi si bilanciano attraverso l'esercizio di uno speculare "lavoro" di limitazione e giustificazione.

Per fare ciò, è essenziale analizzare in cosa consista questo rapporto "bilaterale" tra proporzionalità e separazione dei poteri. È cioè necessario studiare quale sia l'influenza dell'uno nei confronti dell'altro, e viceversa.

4.1. Gli effetti della proporzionalità sulla separazione dei poteri

Dal punto di vista della proporzionalità, ossia considerando gli effetti della stessa sulla separazione dei poteri, questi sono essenzialmente due: da un lato un effetto limitativo e dall'altro un effetto di salvaguardia.

Ebbene, quando una misura statale – sia essa di natura legislativa, esecutiva o giudiziaria – risulti sproporzionata, la Corte ne dichiara l'incostituzionalità, in tutto o in parte. Se, da un lato, tale intervento si traduce in una limitazione *ex post* dell'esercizio del potere statale (effetto limitativo), dall'altro esso non comporta necessariamente una compressione indebita delle prerogative istituzionali del legislativo. Al contrario, attraverso il sindacato di proporzionalità la Corte ristabilisce i confini costituzionali dell'azione statale, riconducendo l'esercizio del potere entro il perimetro delle competenze e delle finalità che la Legge Fondamentale gli assegna, preservandone così la natura, la funzione e la legittimazione democratica (effetto di salvaguardia).⁵⁹

⁵⁹ È indubbio che questa attività sia costituzionalmente giustificata. L'articolo 20, comma 2, Legge Fondamentale riconosce fondamentalmente che tutti e tre i poteri dello Stato – legislativo, esecutivo e giudiziario – sono sovrani decisionali nel proprio nucleo essenziale di competenze (*Kernbereich*). Tuttavia, essi sono anche esplicitamente limitati dalla Legge Fondamentale. Secondo l'articolo 20, comma 3 – che costituisce anche la base costituzionale del *Rechtsstaatsprinzip* – tutti e tre i poteri statali sono soggetti o alla legge e alla giustizia (*Gesetz und Recht*, per i poteri esecutivo e giudiziario), o all'ordinamento costituzionale (*verfassungsmäßige Ordnung*, per il potere legislativo). Inoltre, l'articolo 1, comma 3, della Legge Fondamentale riconosce che tutti e tre i poteri dello Stato sono vincolati anche dalla tutela dei diritti fondamentali. Quindi, se la Legge Fondamentale già introduce il requisito costituzionale secondo cui tutti e tre i poteri dello Stato devono essere limitati, il principio di proporzionalità non è altro che lo strumento per garantire il rispetto di tali disposizioni.

Un esempio che aiuta a comprendere quanto sopra scritto è rappresentato dalla celeberrima decisione *Klimaschutz* del 2021,⁶⁰ nella quale il Primo Senato ha ritenuto che le disposizioni del *Bundes-Klimaschutzgesetz* relative agli obiettivi climatici nazionali e ai limiti annuali di emissione, disposti fino al 2030, fossero carenti di sufficienti specificazioni per il periodo successivo al 2031 e, pertanto, incompatibili con i diritti fondamentali.

In questa sentenza, pur riconoscendo l'ampio margine di discrezionalità di cui il legislatore dispone nel perseguire obiettivi di interesse pubblico (in questo caso, la protezione delle generazioni future), la Corte ha affermato che tale discrezionalità non esclude il sindacato costituzionale sull'effettività delle misure di protezione qualora «sussista un dovere di protezione»⁶¹. In tale contesto, la Corte ha giustificato l'applicazione del principio di proporzionalità chiarendo che «una violazione del dovere di protezione può essere ravvisata in assenza di misure precauzionali o quando queste risultino manifestamente inadeguate o del tutto inadeguate al conseguimento dell'obiettivo di tutela»⁶². Sebbene nel caso concreto il legislatore avesse adottato misure non qualificabili come «manifestamente inadeguate» o del «tutto inadeguate», il ragionamento della Corte conserva un rilevante valore sistematico, poiché collega la compressione non giustificata dei diritti fondamentali all'illegittimità della misura legislativa e, dunque, ad uno «sconfinamento» del potere statale al di fuori del perimetro delle sue competenze.

Per quanto riguarda l'effetto di salvaguardia, esso consiste nell'assicurare che l'agire statale rimanga all'interno del proprio perimetro di competenza. Ciò emerge con particolare chiarezza sotto due profili.

In primo luogo, la sola esistenza del principio di proporzionalità e la possibilità della sua applicazione esercitano una specie di effetto «preventivo», poiché la consapevolezza, da parte di tutti i poteri dello Stato, di poter essere sottoposti in futuro al test di proporzionalità li induce a motivare in modo più rigoroso la necessità e l'adeguatezza delle proprie decisioni. In questo senso, la pressione

⁶⁰ BVerfGE 157, 30-177.

⁶¹ BVerfGE 157, 30-177, paragrafo 152 (traduzione mia).

⁶² BVerfGE 157, 30-177, paragrafo 152 (traduzione mia).

preventiva esercitata dallo scrutinio opera come uno strumento di contenimento del rischio di decisioni arbitrarie, rafforzando la legittimità e la correttezza del processo decisionale.⁶³

In secondo luogo, questa funzione di salvaguardia della divisione dei poteri emerge, con particolare chiarezza, negli effetti delle decisioni in cui la Corte qualifica una misura statale come irragionevole. In tali pronunce ricorre un elemento comune, consistente nel riconoscimento che il potere statale abbia oltrepassato i limiti della propria competenza e, attraverso il sindacato di proporzionalità, vada ricondotto entro il proprio ambito d'azione, il cosiddetto nucleo essenziale di competenza (*Kernbereich*).⁶⁴

La giurisprudenza della Corte offre numerosi esempi in tal senso⁶⁵ che, sebbene riferiti a contesti diversi, condividono un tratto comune: il carattere irragionevole di una misura è sintomo di una fuoriuscita del potere statale dal proprio *Kernbereich*, a cui è imputata la limitazione illegittima dei diritti fondamentali. Dunque, quando la Corte dichiara l'incostituzionalità di una misura sproporzionata, essa non si limita a tutelare i diritti individuali illegittimamente lesi, ma riporta l'esercizio del potere entro i confini della competenza che l'ordinamento costituzionale gli attribuisce.

4.2. Gli effetti della separazione dei poteri sulla proporzionalità

Quella tra proporzionalità e separazione dei poteri è una relazione non solo bilaterale ma anche speculare: lo stesso effetto limitativo e giustificativo imputato al sindacato di costituzionalità si rinviene anche quando la prospettiva del rapporto è invertita: il principio della separazione dei poteri, limitato *ex post* da una

⁶³ O. LEPSIUS, *op. cit.*, 21-22.

⁶⁴ Ciò non implica che ogni giudizio della Corte abbia come oggetto diretto la separazione dei poteri, ma piuttosto che questa rappresenti una dimensione strutturalmente sottesa a tali decisioni.

⁶⁵ Tra le molte, si veda la celebre sentenza BVerfGE 115, 276, la quale ha riconosciuto che il monopolio statale sulle scommesse sportive è compatibile con il diritto fondamentale alla libertà professionale (art. 12, co. 1 della Legge Fondamentale). Ulteriori esempi sono BVerfGE 55, 159 (*Falknerjagdschein*) e la celebre sentenza sul *Schokoladenosterhase*, ovvero il coniglietto di Pasqua di cioccolato (BVerfGE 53, 135).

pronuncia di incostituzionalità, restringe a sua volta l'ambito di applicazione del test di proporzionalità (effetto limitativo), esercitando contestualmente un effetto di salvaguardia.

L'effetto limitativo può spiegarsi nel seguente modo. Dal principio della divisione dei poteri discende la necessità, per la Corte costituzionale federale, di adottare forme di auto-limitazione giudiziaria a fronte di legittime scelte di politica statale (il cosiddetto *judicial self restraint*). Ciò avviene, in particolare, nelle prime fasi del test di proporzionalità (obiettivo legittimo, adeguatezza, necessità), mentre maggiori tensioni insorgono nell'ultima fase, quella della proporzionalità in senso stretto.

Ciò che spesso si ignora – e che è invece fondamentale considerare per comprendere come operi l'effetto di salvaguardia – è che questi stessi limiti imposti al principio di proporzionalità sono, in realtà, limiti imposti al potere giudiziario per preservare il significato e la funzione stessa della proporzionalità. Poiché la Corte è pacificamente riconosciuta appartenere al potere giudiziario e poiché essa si serve della proporzionalità per condurre il proprio scrutinio, sostenere che il principio di separazione dei poteri ponga dei limiti al test di proporzionalità equivale, in sostanza, ad affermare che esso limiti i poteri del giudice costituzionale.

Tuttavia, a seconda del potere statale cui si riferiscono, questi limiti alla proporzionalità si manifestano con un'intensità diversa. In particolare, si può parlare di un limite "indiretto" esercitato nei confronti del giudiziario e un limite "diretto" con riferimento al legislativo e all'esecutivo.

Quanto al primo limite ("indiretto"), bisogna considerare che benché la Corte costituzionale federale dichiari non di rado l'incompatibilità di decisioni giudiziarie con la *Grundgesetz*, tali pronunce raramente riguardano atti giudiziari in senso isolato. Nella maggior parte dei casi, infatti, il sindacato della Corte investe decisioni giudiziarie che incidono sui diritti fondamentali in quanto fondate su disposizioni legislative o amministrative adottate dagli altri due poteri dello Stato. Ne deriva un limite di carattere indiretto: quando la decisione di un giudice si basa

su una norma legislativa o su un atto amministrativo incostituzionale, la Corte annulla anzitutto la disposizione normativa e, in via consequenziale, la decisione giudiziaria che su di essa si fondava. In questo senso, l'irragionevolezza dell'atto giudiziario è, di regola, il riflesso della mancanza di proporzionalità della fonte normativa applicata.⁶⁶

Diversamente, la separazione dei poteri comporta un limite "diretto" quando la misura scrutinata provenga dal potere esecutivo o da quello legislativo, poiché la maggior parte delle decisioni della Corte costituzionale federale riguarda *direttamente* atti di tali poteri.

Questo limite funziona più o meno così: poiché la *Grundgesetz* non prescrive in che modo le finalità statali debbano essere perseguite, né vieta allo Stato di sacrificare i diritti fondamentali per il raggiungimento di tali fini, il legislatore e l'esecutivo dispongono di un ampio margine di manovra o discrezionalità nella scelta dei mezzi più idonei a conseguire gli obiettivi prefissati.

Questo margine di discrezionalità (*Ermessensspielraum*) è costituzionalmente intangibile, con la conseguenza che anche la (legittima) applicazione del principio di proporzionalità durante il controllo di legittimità costituzionale incontrerà un limite invalicabile, potendo operare solo nella misura in cui tale discrezionalità venga rispettata.

La giurisprudenza della Corte ha dato prova che questo limite riguarda, in particolare, le fasi iniziali del test di proporzionalità, nonché l'esame preliminare dell'obiettivo legittimo.⁶⁷ Infatti, l'analisi dell'idoneità⁶⁸ e della necessità⁶⁹ della

⁶⁶ Un esempio significativo è offerto dalla decisione BVerfGE 99, 341 in materia di disposizioni testamentarie. In quel caso, la Corte costituzionale federale annullò una sentenza di un *Oberlandesgericht* per violazione di diritti fondamentali, rinviando la causa allo stesso giudice. Tale esito fu, tuttavia, la conseguenza della precedente dichiarazione di incostituzionalità di alcune disposizioni del Codice civile tedesco, che escludevano le persone impossibilitate a scrivere o parlare dalla possibilità di redigere testamento. La Corte precisò espressamente che la decisione impugnata si fondava sull'applicazione di norme incostituzionali, rendendo necessario il rinvio per una nuova valutazione conforme alla Legge Fondamentale.

⁶⁷ Come osserva Engel, è altamente improbabile che la Corte annulli una misura per mancanza di uno scopo legittimo. Di norma, la Corte adotta due "strategie dogmatiche": o riconosce che la misura statale non oltrepassa i limiti della proporzionalità, oppure interpreta lo scopo legittimo in modo da concedere ampio margine di discrezionalità al potere statale. C. ENGEL, *op. cit.*, 99.

misura oggetto di scrutinio sembrano essere stati modellati sulla base di un'esigenza di rispetto dei confini istituzionali.

Questo approccio altro non è che una conseguenza diretta del principio della separazione dei poteri di cui all'articolo 20, comma 2 della *Grundgesetz*. La stessa Corte ha affermato, nella già citata sentenza *Klimaschutz* del 2021, che «anche quando il legislatore è obbligato a prendere misure per tutelare un interesse giuridico, conserva, in linea di principio, un margine di valutazione e apprezzamento, nonché discrezionalità nella definizione degli interventi»⁷⁰. E sempre nella stessa pronuncia, la Corte ha precisato che nell'applicare il principio di proporzionalità, ella è tenuta a considerare solo le misure *manifestamente* inidonee o *del tutto* inadeguate.

L'utilizzo di termini così ampi è funzionale a stabilire un legame tra il test di proporzionalità – o, più specificamente, la sua applicazione – e il principio di separazione dei poteri, in forza del quale quest'ultimo limita direttamente l'applicazione del principio di proporzionalità.⁷¹

Orbene, indipendentemente dal carattere diretto o indiretto dei limiti imposti dalla separazione dei poteri, essa produce paradossalmente anche un effetto di salvaguardia della legittimità stessa del sindacato di costituzionalità: la separazione dei poteri, posta l'esistenza di un *Ermessensspielraum* a favore del legislatore o dell'esecutivo, impedisce che la Corte – un giudice, e dunque uno dei tre poteri dello Stato – attraverso il controllo di proporzionalità invada prerogative costituzionalmente riservate agli altri due poteri dello Stato. In tal modo si tutela

⁶⁸ Riporta A. LANG, *op. cit.*, 81 che «it is settled case-law that a legislative measure is *prima facie* suitable if the complainant does not establish that the law under review is objectively or generally unsuitable», con ciò intendendo che molto di rado la Corte si spingerà a ritenere inadeguata la scelta del legislatore, posto tra l'altro che il requisito dell'idoneità viene indagato dalla Corte nel senso di individuare la "astratta possibilità" che la previsione impugnata persegua un obiettivo legittimo. In tal senso A. LANG, *op. cit.*, 85 ma anche A. HEUSCH, *op.cit.*, 40.

⁶⁹ Anche in questo caso A. LANG, *op.cit.*, 89 sottolinea la tendenza della Corte a svolgere il giudizio sulla necessità in termini stringenti, riservandosi poi un maggiore approfondimento delle ragioni di incostituzionalità eventualmente emerse (e potenzialmente causa di incostituzionalità) nell'ultima fase del test, la proporzionalità in senso stretto.

⁷⁰ BVerfGE 157, 30, paragrafo 152 (traduzione mia).

⁷¹ BVerfGE 99, 341.

sia il principio di proporzionalità sia, indirettamente, la stessa Corte, proteggendola dalle accuse di utilizzo improprio dello scrutinio di legittimità costituzionale, mantenendola così all'interno del proprio *Kernbereich*, il proprio nucleo essenziale di competenze.

5. Conclusioni

La relazione "bilaterale" che si è cercato di approfondire nei paragrafi precedenti specifica quella relazione "trilaterale" che vede lo Stato di diritto come base comune a cui i principi di proporzionalità e separazione dei poteri si ancorano in vista del più generale obiettivo di bilanciamento tra posizioni giuridiche fondamentali e interventi pubblici.

L'esempio del modello tedesco dimostra, attraverso lo studio della relazione bilaterale tra controllo di legittimità costituzionale e separazione dei poteri, come il controllo svolto dalla Corte costituzionale non debba, necessariamente, concepirsi come un "problema" rispetto alle prerogative riconosciute agli altri poteri statali. Come sopra spiegato, proprio lo scrutinio di legittimità costituzionale, limitando *ex post* l'attività statale, la riconduce al proprio ambito di competenza (*Kernbereich*). Allo stesso modo, il rispetto della discrezionalità riservata al legislatore e all'esecutivo è ciò che attesta il riconoscimento, da parte della Corte, dell'esistenza di un limite derivante dalla divisione dei poteri, che le impone di astenersi dal sindacare il merito delle decisioni statali, così salvaguardando la legittimità stessa del sindacato di costituzionalità.

Alla luce di quanto esposto, si può dunque concludere che controllo di legittimità costituzionale e separazione dei poteri non debbano essere concepiti come due principi necessariamente in tensione: la loro interazione può anzi rafforzare la protezione dei diritti fondamentali e la stabilità dello Stato di diritto, quando i margini di discrezionalità dei diversi poteri siano chiaramente definiti. Piuttosto che una contrapposizione, emerge dunque un equilibrio dinamico in cui limiti e giustificazioni reciproche sono pensati per garantire un esercizio armonioso del potere statale.

Questa prospettiva suggerisce, in termini più generali, che il rapporto tra sindacato di costituzionalità e principio della separazione dei poteri possa essere configurato come una relazione bilaterale e speculare, connotata da una natura non conflittuale che armonizza l'esigenza di tutela dei diritti riconosciuti nella *Grundgesetz* (funzione assolta dalla proporzionalità) con l'esigenza di preservare l'autonomia dei poteri statali (funzione della separazione dei poteri), in un lavoro sinergico a sostegno del principio dello Stato di diritto.⁷²

⁷² Sul ruolo della separazione dei poteri come dispositivo organizzativo per rendere compatibili valori costituzionali in tensione si veda l'opera di C. MÖLLERS, *Gewaltengliederung: Legitimation und Dogmatik in nationalen und internationalen Rechtsvergleich*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2005. Per quanto riguarda la proporzionalità, si rimanda all'opera di R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, Il Mulino, Bologna, 2012, che riconosce la proporzionalità come strumento attraverso il quale condurre il giudizio costituzionale di bilanciamento per la tutela dei diritti fondamentali, caratteristica imprescindibile dello Stato di diritto, come affermato dalla già richiamata sentenza BVerfGE 144, 20.