

## I. Introduzione

Il cosmopolitismo, nel mondo del diritto, è cosa rara tanto per le norme, quanto per le teorie giuridiche e per gli stessi giuristi. Il diritto pubblico, dal canto suo, è ancor meno cosmopolita del diritto privato giacché i suoi cultori, soprattutto gli amministrativisti, sono abituati ad operare con le lingue nazionali ufficiali. Il principio di proporzionalità (di séguito abbreviato in PdP), tuttavia, grazie alla sua funzione di *medium* tra la libertà individuale e i contrapposti interessi della collettività è riuscito nell'impresa<sup>1</sup>.

In termini di diritto positivo e statale<sup>2</sup> le sue radici affondano nel diritto di polizia prussiano del XIX secolo, vale a dire nella storia del diritto amministrativo tedesco. Cent'anni più tardi il PdP s'è sviluppato in seno al diritto costituzionale di molti stati e nella giurisprudenza di tribunali internazionali (come la Corte Europea per i Diritti dell'Uomo e la Corte dell'Unione Europea), mentre costituiscono un'eccezione gli Stati Uniti, il cui catalogo di diritti fondamentali è tematicamente più ristretto ma proprio per questo più resistente alle limitazioni (Schlink 2012, 731).

I cosmopoliti, anche quelli che popolano l'universo giuridico, devono essere poli-

glotti e la conoscenza dell'inglese costituisce il requisito minimo (in generale v. Saurer 2012, 27 ss.; in particolare sulla diffusione internazionale della *Teoria dei diritti fondamentali* di R. Alexy cfr. Jestaedt 2007, 254, nt. 3). Del resto, come principio del diritto di polizia tedesco il PdP non avrebbe certo potuto fare carriera internazionale, per la banale ragione che al di fuori della Germania pressoché nessuno se ne interessa. Questa carriera è stata dunque resa possibile anzitutto dalla sua recezione da parte del Tribunale costituzionale federale, il quale – a dispetto dell'*handicap* linguistico, meno significativo nel diritto costituzionale – s'è velocemente guadagnato il riconoscimento e l'attenzione internazionali. La Corte Europea per i Diritti dell'Uomo, le cui lingue ufficiali sono l'inglese e il francese, insieme ai tribunali costituzionali che sono linguisticamente e giuridicamente collegati nel mondo del *Commonwealth*, hanno ulteriormente contribuito alla diffusione del PdP (Barak 2012a e 2012b; Brady 2012; Klatt, Meister 2012a; Stone Sweet, Mathews 2008/2009): un positivismo delle massime magistrature gli garantirebbe inoltre un «futuro radioso e assicurato» (Jestaedt 2007, 275; più ampiamente Id. 1999, 241 ss.).

Il cosmopolitismo – tuttavia – provoca anche alienazione e indifferenziazione, conducendo ad alti livelli d’astrazione, dove l’aria si fa sottile, e per un principio giuridico proveniente da un settore connotato in senso nazionale del diritto *amministrativo* questa scalata alle altezze del diritto *costituzionale* globale è pericolosa. E tanto vale *a maggior ragione* allorché tale ascesa sia positivamente accompagnata da una *Community* internazionale ben collegata di teorici del diritto<sup>3</sup>, con gli inevitabili fraintendimenti, il “calo di fusione” concettuale e la ripetizione di controversie già sviluppate in altri paesi che fatalmente ne conseguono. In questo settore l’apparente originalità è non di rado frutto della carente conoscenza di letteratura e lingua straniere.

Ne costituisce un esempio un articolo dal titolo un po’ “di cassetta” *Proportionality: An assault on human rights?* (Tsakyrakis 2009)<sup>4</sup>. L’obiezione fondata sull’indeterminatezza rivolta in questo articolo contro il PdP punterebbe a proteggere *i diritti fondamentali* dal rischio dell’indebolimento e della relativizzazione, ma questa stessa obiezione viene sollevata dal fronte politicamente contrapposto per proteggere contro l’indebolimento e la relativizzazione

*le facoltà statali limitative dei diritti fondamentali.* Comico, no?

Calato in questo scenario, il presente contributo dedicato alla sempre più ingestibile letteratura relativa al PdP e alla sua critica vorrebbe realizzare due obiettivi.

In prima battuta (sezione II) si cercherà con esso di tratteggiare storicamente la progressiva globalizzazione del principio, illustrandone i risultati giuridico-positivi. Si tratterà in questa sezione del contenuto del PdP, dei suoi tre *step* e delle loro relazioni, della delimitazione del principio rispetto ad altri istituti, dei suoi fondamenti giuridici, delle sue funzioni e, ancora, del suo diverso atteggiarsi a seconda che esso venga applicato a leggi, a provvedimenti amministrativi o a decisioni giudiziarie; alcuni ulteriori passaggi serviranno poi per descrivere le differenze che emergono nella sua applicazione a seconda dei (diversi) diritti fondamentali cui esso si rivolge.

Nella successiva parte del saggio (sezione III), si descriveranno tipologia e modalità di soluzione, da parte dei tribunali tedeschi ed europei, di alcuni “casi tipici”, nonché di quelli relativi alle “*preferred freedoms*” – come ad esempio la libertà di opinione, che anche in Germania vanta senza dubbio un peso preponderante nel bilanciamento – e si considereranno

da ultimo alcuni casi di diritto fiscale nelle loro molteplici e differenziate connessioni col fenomeno del PdP.

Si prenderà infine commiato (sezione IV) con alcune brevi riflessioni sulle prospettive del PdP e sulle sue alternative.

## II. *Inventario generale*

### 1. *Le tappe dell'evoluzione giuridica*

L'applicazione del PdP costituisce un caso particolare del bilanciamento, dal quale sarebbe però bene distinguerlo anche terminologicamente. Il bilanciamento, infatti, non presuppone nulla più di due (o più) beni giuridici o interessi giuridicamente rilevanti che confliggano tra loro. Il bilanciamento, inoltre, ha meno a che fare con la "applicazione" (*Rechtsanwendung*), e molto più con la "costruzione" giuridica (*Rechtsgestaltung*), anche quando esso (bilanciamento) sia effettuato dal potere esecutivo o da quello giudiziario. Le costellazioni del bilanciamento sono tipicamente *multi*-polari, mentre la classica costellazione della proporzionalità – su cui s'incentra la presente trattazione – è *bi*-polare, sebbene abbracci il pubblico potere nella sua interezza e non esclusivamen-