

A che serve la Carta dei diritti? Un problema poco considerato

di Roberto Bin

1. Premessa.

Mi sorprende sempre la leggerezza con cui talvolta si affronta il problema dell'applicazione della Carta di Nizza dopo l'incorporazione nel Trattato di Lisbona. Mi sembra che sia nella dottrina che in giurisprudenza predomini un atteggiamento di accondiscendenza, forse di assuefazione al *trend* che da lungo tempo domina la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'UE. La quale sembra procedere, trattando dei diritti fondamentali, su quel piano inclinato predisposto dalla sua giurisprudenza "storica" in tema di *primauté* del diritto europeo. Da qui forse conviene prendere le mosse.

2. Equivoci e sottintesi della primauté.

Il punto di partenza non può che essere la giurisprudenza "storica", *Van Gend en Loos* e *Costa c. Italia*: ma siccome sono cose a tutti note, vorrei limitarmi a indicare quale mi sembra essere il retaggio di quella giurisprudenza che ancora si avverte nel problema che abbiamo sul tavolo.

La dottrina dell'effetto diretto e della *primauté*, che è corroborata da una serie di argomenti interpretativi come il principio dell'effetto utile e quello della necessaria uniformità dell'efficacia delle norme europee in tutti gli Stati membri, fissa un quadro dogmatico piuttosto chiaro, che è ben riassunto già nella sentenza *Simmenthal*¹: le norme europee rivestono, nell'ordinamento dei singoli Stati, un «rango superiore» che rende «*ipso jure* inapplicabile, per il fatto stesso della loro entrata in vigore, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale preesistente», e impedisce «la valida formazione di nuovi atti legislativi nazionali, nella misura in cui questi fossero incompatibili con norme comunitarie».

Non è un caso che le due sentenze della Corte di giustizia che danno forma alla *primauté* dell'ordinamento europeo siano pronunciate "contro" l'Italia. Il nostro ordinamento costituzionale – al contrario, per esempio, di quello olandese, in riferimento al quale era stata pronunciata la sentenza *van Gend en Loos*² – ha una impostazione dualista, che nega il riconoscimento automatico della prevalenza diretta delle norme internazionali su quelle interne (se non per le norme di origine

¹ C-106/77 (le citazioni che seguono si trovano ai punti 18, 21 e 24).

² Che l'"apertura" dell'ordinamento costituzionale olandese abbia pesato nel giudizio della Corte di giustizia è confermato da uno dei suoi protagonisti (Pescatore 2010, 3).

consuetudinaria, come disposto dall'art. 10.1 Cost.). La Corte costituzionale – nella latitanza del legislatore - ha incontrato molte difficoltà nello sviluppare nel tempo le coordinate dogmatiche con le quali inquadrare i rapporti tra fonti interne e fonti europee³: a ogni passo fatto dalla Corte italiana, la Corte di giustizia la ha però incalzata, rafforzando i vincoli derivanti dalla *primauté*. Nella sentenza *Simmenthal* giunge al punto di massima sovrapposizione dell'ordine comunitario su quello interno: la premessa della sua ricostruzione è che qualsiasi norma di diritto interno che ostacoli l'applicazione integrale del diritto comunitario «equivarrebbe a negare... il carattere reale d'impegni *incondizionatamente ed irrevocabilmente* assunti, in forza del Trattato, dagli Stati membri»; ne discende che «il giudice nazionale, incaricato di applicare, nell'ambito della propria competenza, le disposizioni di diritto comunitario, ha l'obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme, disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale, anche posteriore, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o *mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale*». Viene del tutto disattesa l'ovvia osservazione formulata in giudizio dal Governo italiano, che «quanto al “modo”... in cui deve essere garantita la non applicazione della contrastante disposizione di diritto interno, non può non riconoscersi che, trattandosi di questione di diritto interno, la concreta soluzione dipende necessariamente dai singoli ordinamenti costituzionali degli Stati membri; ogni eventuale contrasto fra norma interna e disposizione comunitaria va eliminato con i mezzi offerti da ciascun ordinamento nazionale». Il “modo” – risponde invece la Corte di giustizia – è fissato dalla regola della prevalenza del diritto europeo su qualsiasi norma interna, quale ne sia il rango: le norme interne, anche quelle costituzionali, vanno semplicemente disapplicate direttamente dal giudice nazionale. «Sul piano pratico», come ha osserva la Commissione nel giudizio, le norme e le procedure costituzionali servono solo a «complicare inutilmente il procedimento».

3. L'equivoco della «cessione» di sovranità.

Questa giurisprudenza della Corte di giustizia, ormai consolidata nei decenni che sono seguiti, denuncia però un punto di vista che non dovrebbe cessare di sorprendere, perché fuoriesce dalle coordinate con cui si concepiscono di solito i rapporti tra gli Stati che danno luogo ad un'organizzazione internazionale e l'organizzazione stessa. Già dovrebbe stupire che il giudice europeo possa affermare che l'adesione a questa organizzazione deve essere considerata «incondizionata e irrevocabile»⁴, perché è

³ Cfr. ora le considerazioni critiche di Esposito (2020).

⁴ C-106/77 (§ 18). È appena il caso di notare che la sentenza della Corte di giustizia è antecedente al Trattato di Lisbona, che prevede espressamente la possibilità che uno Stato receda dall'organizzazione europea (art. 50 TUE). La Brexit ha

esattamente l'opposto di quanto dice la Costituzione di uno degli Stati fondatori: mai l'art. 11 Cost. potrebbe consentire che la Repubblica italiana aderisse ad un'organizzazione internazionale se non alle condizioni che lo stesso art. 11 indica e che, se mai dovessero venire meno, imporrebbero l'obbligo di denunciare il trattato. La sovranità può essere «limitata», ma non definitivamente ceduta. Ma è appunto la sovranità il concetto che la Corte di giustizia non ammette nel suo orizzonte. È un concetto ingombrante, indubbiamente, ed anche equivoco, che è meglio non richiamare quando sorgono questioni fondamentali nei rapporti tra istituzioni. Ma non è affatto un concetto inutile (Walker 2003, 3 ss.): cos'altro è l'Unione europea «*in regno suo superiorem non reconoscens*»? La Corte vi inciampa, inavvertitamente e, come è ovvio, senza mai nominarlo.

4. *L'ideologia della civitas maxima e le sue conseguenze.*

Così come le decisioni della Corte di giustizia la ritraggono, la Comunità europea – e ora l'Unione europea – riproduce i tratti della *civitas maxima* che ispirava il primo Kelsen⁵. Sorta dalle macerie della seconda guerra mondiale, l'organizzazione europea non ha avuto difficoltà ad abbracciare *l'idée fondamentale du pacifisme*⁶: vi è perfetta coincidenza, per altro, tra gli auspici dell'art. 11 della nostra Costituzione, i “valori” enunciati nei primi articoli del TUE (e prima ancora del Trattato di Roma) e i principi kantiani che ispirarono sin dall'origine la costruzione europea (Bogdandy, 2008). Il tema della pace ritorna raramente nella giurisprudenza della Corte di giustizia, ma in essa emerge invece con forza lo sviluppo che Kelsen stesso traeva dal principio del primato del diritto internazionale: l'«esigenza gnoseologica di considerare tutto il diritto in un sistema... come un tutto in sé concluso» (Kelsen 1952, 154) e di accettare il «postulato epistemologico... dell'unità teoretica del diritto» (Kelsen 1963, 372 s.)⁷, sono immagini teoriche che la Corte di giustizia – e qualche voce la letteratura – presuppone, a cui si ispira al fine di togliere di mezzo ogni argomento basato sulla sovranità degli Stati membri. Questa impostazione è assunta consapevolmente e deliberatamente, come spiega uno dei protagonisti della giurisprudenza europea, Pierre Pescatore: la Corte europea opta deliberatamente per «*la réponse “monist”*» e lo fa seguendo la pista kelseniana: «*la source de l'effet direct et le fondement de la primauté de l'ordre juridique international ou communautaire doivent être recherchés*

comportato che la Corte di giustizia ritorni espressamente al «diritto sovrano» degli Stati membri, che proprio nella decisione del recesso trova la sua espressione (C-521/18)

⁵ Si vedano in particolare Kelsen (1926), 322 s., in cui si delinea « l'hypothèse d'un ordre juridique universel, qui comprendrait en une unité suprême, dans le cadre de la civitas maxima seule souveraine, les divers États, collectivités identiques de nature et égales en droit, et non plus ordres totaux ni sujets souverains»; nonché Kelsen (1928), 241 ss.

⁶ Cfr., con le stesse parole in lingue diverse, Kelsen (1926), 325 e Kelsen (1928), 319.

⁷ Per una difesa recente di questa impostazione cfr. Somek (2007), 409 ss.

dans le droit tout court, c'est-à-dire dans l'idée d'une nécessaire cohésion du système juridique global» (Pescatore 1978, 185).

L'«ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale» per questo si caratterizzerebbe: per il fatto che, ratificando il Trattato, gli Stati «hanno rinunciato, anche se in settori limitati, ai loro poteri sovrani»⁸. Ma, con i poteri sovrani, escono dal campo anche i principi che ordinano le fonti, trasformandole «in una nebulosa dai contorni incerti» (Violini 2019, 453). Se il giudice comune è giuridicamente tenuto a disapplicare qualsiasi norma interna che impedisca la diretta applicazione delle norme europee *self executing* (quelle stesse norme che, in fondo, egli concorre a formare grazie al supporto della Corte di giustizia), includendo tra esse anche le norme costituzionali che lo vincolano al rispetto delle leggi legittimamente approvate dal potere politico e, di conseguenza, a riconoscere il potere esclusivo della Corte costituzionale di liberarlo da questo vincolo, è chiaro che a venir meno sono alcuni capisaldi dello Stato di diritto, che pure la Corte di giustizia ritiene irrinunciabile caratteristica dell'ordinamento europeo.

Se la prevedibilità dell'applicazione della legge – contenuto essenziale del principio di legalità – subisce un duro colpo da questa incrinatura profonda che si vorrebbe produrre nel diritto interno per assicurare l'efficacia di quello europeo, è però la stessa giurisprudenza della Corte di giustizia a mostrare un qualche difetto di statica. Riedificando il sistema delle fonti con gli strumenti della propria giurisprudenza, la Corte ne mina infatti la stabilità quando si discosti immotivatamente dai suoi precedenti: il che è avvenuto proprio nella applicazione della dottrina dell'«effetto diretto». Il necessario orientamento alla tutela dei diritti individuali, che era sin dalle origini il presupposto giustificativo della dottrina degli effetti diretti, è venuto a perdersi nella giurisprudenza più recente. Nelle decisioni storiche della Corte, vi è una stretta connessione tra la «rinuncia» alla sovranità degli Stati e la garanzia dei diritti dei loro cittadini⁹: essi - i diritti individuali - sono al centro di questa metamorfosi, il perno attorno al quale tutto ruota e si tiene¹⁰. Invece la Corte di giustizia sembra spesso orientata a riconoscere l'effetto diretto almeno delle norme del trattato anche in senso sfavorevole al privato¹¹: l'obiettivo dell'integrazione degli ordinamenti viene

⁸ Ancora sent. *Van Gend en Loos* (C- 26/62).

⁹ Rinvio alla ricostruzione di Gallo (2018).

¹⁰ «*The sovereign rights given up by the Member States were those of their nationals, and their remain those of their nationals, even after their transfer to the Community and their reaggregation in the hands of the institutions*»: Pescatore (2010), 6.

¹¹ Cfr. De Witte (2010), 12 ss. Nella recente sentenza *Max Planck* (C-684/16: cfr., tra i tanti commenti, Amato (2020), 445 ss.), la Corte di giustizia pone in contrapposizione gli effetti diretti derivanti da una direttiva (che non possono essere invocati in controversie tra privati: § 68) con quelli derivanti dai principi essenziali tratti dai diritti fondamentali, che invece comportano per i giudici nazionali un obbligo di disapplicazione delle norme contrastanti (§ 75). L'esistenza di una direttiva in materia è la dimostrazione che essa entra nel campo di applicazione della CDFUE.

così perseguito “forzando” gli strumenti messi a disposizione dal trattato, attraverso una giurisprudenza che però incontra sempre più spesso – e inevitabilmente - la resistenza delle Corti costituzionali degli Stati membri¹².

Le conseguenze di questa giurisprudenza sono preoccupanti, perché il meccanismo della non-applicazione della legge italiana sembra ad alcuni giudici costituire il grimaldello con cui “forzare” il principio della riserva alla Corte costituzionale del giudizio di legittimità delle leggi ordinarie. Attraverso la dilatazione delle regole sull’effetto diretto, si punta a riconoscere la diretta efficacia di tutti i principi contenuti nell’ordinamento dell’Unione europea, a partire dai diritti sanciti dalla Carta dei diritti, ormai incorporata nel trattato. Il principio di eguaglianza e il divieto di discriminazione, sanciti dal Titolo III, divengono così – almeno nella visione di alcuni giudici - un surrogato dell’art. 3 Cost.: un surrogato che consente di rivolgersi alla Corte di giustizia piuttosto che alla Corte costituzionale, nella convinzione che «il dialogo diretto con la Corte di Giustizia risulta essere... lo strumento più diretto ed efficace per accertare la compatibilità del diritto interno con le disposizioni dell’Unione ed i principi posti a tutela dei diritti fondamentali stante la chiara prevalenza degli aspetti concernenti il contestato rispetto del diritto dell’Unione sui profili nazionali»¹³. Ragionamenti del tutto analoghi portano anche a far valere davanti alla Corte di giustizia la tutela del diritto di difesa¹⁴, che pure è ampiamente garantito dalla Costituzione.

È chiaro che alla Corte di giustizia non importa nulla degli equilibri tra gli interessi costituzionali riconosciuti dal nostro ordinamento e “amministrati” dalla Corte costituzionale: il suo orizzonte si apre e si chiude con l’affermazione dell’ordinamento UE, la prevalenza di esso su ogni altra considerazione, l’uniforme applicazione del diritto europeo.

5. A che serve la Carta dei diritti?

E veniamo finalmente alla Carta dei diritti fondamentali e alla fondamentale domanda: a che serve?

Serve anzitutto a confortare l’immagine ideologica dell’Unione europea come *civitas maxima* ispirata alla pace e ai diritti umani E solo in questa prospettiva che si è abbandonato l’indirizzo a lungo seguito – e che giustamente si ritiene sarebbe stato

¹² Come mostrano le ben note vicende del “caso Taricco”, riassunte dalla Corte costituzionale nella sentenza (115/2018) che chiude (almeno per il momento) il caso.

¹³ È quanto si legge nell’ord. della Cassazione, sezione lavoro, n. 13678/2018 (Bronzini) del 30 maggio 2018 (la questione è stata per altro respinta dalla Corte di giustizia: C-396/18).

¹⁴ Si veda ad es. l’ord. Trib. Milano (sez. immigrazione), 9 maggio 2018 (Flamini): la questione è stata giudicata infondata dalla Corte di giustizia con ord. C-422/18 PPU.

preferibile mantenere (Weiler 2002, XXII)¹⁵ - di derivare i diritti fondamentali dalle «tradizioni costituzionali comuni». Mantenerlo significherebbe infatti che la «*civitas*» riconosce un'autorità ad essa superiore, quella delle costituzioni nazionali (sia pure re-interpretate dalla Corte di giustizia). Un'autonoma dichiarazione dei diritti costituisce perciò il campanile dorato che completa il tempio europeo.

Di conseguenza, nella giurisprudenza della Corte di giustizia la Carta dei diritti viene attirata sullo stesso *slippery slope* che ha causato lo scivolamento dell'ordinamento europeo verso la *civitas maxima*. E ciò grazie ad alcuni errori logici ed equivoci interpretativi nella lettura delle disposizioni della Carta che riguardano le condizioni della propria applicazione, producendo effetti che sicuramente i "padri" del Trattato avrebbero rifiutato e ancor'oggi non vorrebbero (Stone Sweet 916).

Gli artt. 51-53 della Carta sembrano alquanto chiari nelle intenzioni: esprimono il tentativo di delimitarne il ruolo. Incominciano ponendo il fondamentale principio che le disposizioni della Carta «si applicano alle istituzioni e agli organi dell'Unione... come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione» (art. 51). Il significato della disposizione sembra chiarissimo, come anche la sua funzione, che è di marcare il confine tra l'ordinamento dell'Unione europea e quelli nazionali (Tizzano 2014, 430): ma il titolo («*Ambito di applicazione*») ci preannuncia che il piede è già collocato sul piano scivoloso che ha consentito alla Corte di giustizia di trasformare il concetto di «ambito di applicazione» del diritto comunitario in quello di qualsiasi argomento che la Corte ritenga insindacabilmente interessante per le politiche dell'UE¹⁶. Quello che avrebbe dovuto essere il robusto gancio a cui legare saldamente il carro e impedirgli di scivolare lungo il piano inclinato viene invece abbandonato sul carro stesso. Infatti, la Corte di giustizia non ha esitato ad interpretare il limite in modo così generoso da rendere l'applicazione della Carta una possibilità che si realizza per qualsiasi attività in qualche modo connessa alle politiche europee. Come è stato osservato da chi ha meglio esaminato la giurisprudenza europea in tema di ambito di applicazione del diritto UE, essa sembra «ispirata da una concezione di integrazione *à la carte*, tesa cioè ad associare, in maniera del tutto anacronistica rispetto all'attuale stato di integrazione europea, l'applicazione del sistema europeo dei diritti fondamentali all'attività normativa dell'Unione» (Bartoloni 2019, 84). La scrittura dell'art. 51 della Carta sembra attenta nell'impiego dei termini che arginano l'applicabilità della Carta stessa agli Stati, consentendola «esclusivamente nell'attuazione [*Durchführung, implementation, mise en œuvre,*

¹⁵ Sull'equivoco significato del richiamo alle tradizioni costituzionali contenuti negli artt. 4.2 e 6.3 TUE, si vedano le condivisibili considerazioni di Luciani (2017), 72 ss.

¹⁶ Sottolinea il paradosso della centralità della nozione e della sua inconsistenza semantica, a conclusione di un'acuta analisi della giurisprudenza della Corte di giustizia, Bartoloni (2018), 295 ss.

aplicación ecc.] del diritto dell'Unione»; ma ciò nonostante la disposizione viene riscritta *come se* essa consentisse di applicare la Carta a «qualsiasi norma nazionale che interferisca con l'applicazione della normativa europea o ne pregiudichi, in qualche modo, l'effettività» (Bartoloni 2019, 57). Seguendo l'insegnamento della giurisprudenza ERT, dobbiamo concludere che qualsiasi deroga al diritto dell'Unione rientra nell'ambito di applicazione di esso (Fontanelli 2014, 202); e che questo incide profondamente su qualsiasi interpretazione dei diritti e quindi sull'applicazione dell'art. 53.

6. Sull'art. 53 e la massimizzazione della tutela dei diritti

L'art. 53 è stato oggetto di un'interpretazione basata su un errore logico che si accoppia ad un equivoco teorico.

La disposizione è chiara nel precisare che «nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione... dalle costituzioni degli Stati membri». L'errore logico è ritenere che questa norma introduca l'obbligo di ricercare l'applicazione più estesa dei diritti, il «*maximum standard*» di protezione, navigando tra i vari ordinamenti¹⁷. È una lettura logicamente errata, perché c'è una differenza evidente tra il divieto di *reformatio in peius* imposto all'interprete della Carta, e l'obbligo che egli avrebbe di cercare nei diversi testi normativi il *meius* di tutela. Tra queste due prescrizioni non vi è alcuna simmetria logica, nessuna reciprocità: l'argomento della reciprocità non va preso alla leggera, perché talvolta può anche produrre effetti comici (Perelman, Olbrechts-Tyteca, 33 ss.). La teoria "multilivello" dei diritti, dunque, non trova affatto nell'art. 53 della Carta un suo riconoscimento, come spesso si afferma.

Inoltre, si dovrebbe attentamente riflettere su quali siano le premesse teoriche e le conseguenze pratiche del divieto di *reformatio in peius*, indubbiamente sancito dall'art. 53.

L'interpretazione corrente – che forse ha influenzato la stessa scrittura della disposizione - sembra concepire i diritti come "contenitori" contrassegnati da un determinata etichetta: vi è la «dignità umana», il «diritto alla vita», il «diritto all'integrità della persona», e così via seguendo nella successione dei "diritti" enumerati dalla Carta. Per ognuno dei contenitori etichettati varrebbe la regola che

¹⁷ Come giustamente osserva Cannizzaro (2017), 50 ss., la clausola contenuta nell'art. 53 CDFUE non può essere assimilata a quella contenuta nell'art. 53 CEDU, che pone agli Stati solo un obbligo minimo di tutela, in un quadro di concorrenza tra discipline; mentre i rapporti tra diritto dell'Unione europea e diritti nazionali sono ordinati secondo il principio di separazione degli ordinamenti. Le esigenze di uniformità della disciplina, non quelle della ricerca della tutela più estesa dominano l'interpretazione che dell'art. 53 CDFUE ha offerto la Corte di giustizia.

quanto è garantito dalla Carta non potrebbe diminuire la tutela dello stesso bene assicurata dalle costituzioni nazionali (oltre che dal diritto europeo, da quello internazionale, dalla CEDU ecc.). Il problema è che questa è una visione scolastica e banalizzante di ciò che sono i “diritti”. Come la Corte costituzionale italiana ha spiegato sin dalle prime sentenze, i diritti non nascono assoluti, racchiusi in contenitori del tutto isolabili: essi si presentano in una connessione stretta con altri diritti, altri interessi ecc. Anche il meno problematico di questi diritti, prendiamo ad esempio il «diritto alla libertà di associazione a tutti i livelli», deve fare i conti con una serie di interessi e di limiti, legati per esempio alla politica di repressione della criminalità (che non ha le stesse forme organizzative in tutta Europa). Se poi guardiamo ai diritti che si sono disputati il campo nella storia europea del conflitto sociale – la libertà di impresa e la proprietà, da un lato, e i diritti dei lavoratori e gli altri interessi generali (che anche l’art. 17 CDFUE cita), dall’altro – appare subito evidente come il modello dei “contenitori” non abbia alcuna utilità. Come ha scritto Weiler (2002, XXX), «quando una società opera un contemperamento tra questi interessi in conflitto e caratterizza tale contemperamento come un diritto o una libertà fondamentale (alla proprietà, alla manifestazione del pensiero ecc.) è il risultato del contemperamento a essere fondamentale: il diritto fondamentale dell’individuo da proteggere contro l’autorità pubblica, posto contro il diritto fondamentale del pubblico esercitato tramite l’autorità pubblica di agire per il perseguimento del pubblico interesse».

Non ci sono diritti la cui tutela possa essere regolata in astratto secondo una scala di maggiore o minore garanzia prescindendo dalla giustificazione delle loro limitazioni e del contemperamento con altri interessi. Altrove ho proposto un modello di «tutela a somma 0» che vorrebbe chiarire come qualsiasi aumento della tutela di un diritto inevitabilmente comporti la diminuzione di altri diritti ed interessi (Bin 2018, 33 s.): è la logica del bilanciamento, che richiama un arnese – la bilancia – che sfrutta il principio per cui l’aumento del peso di un piatto è sempre compensato dalla diminuzione del peso dell’altro.

Per questo motivo, la logica del *maximum standard* è una copertura ideologica di una scelta di campo assunta “a occhi chiusi”, cioè senza badare a cosa ciò che si concede ad una parte della popolazione toglie alla parte restante. Persino laddove i diritti individuali si trovino di fronte al potere repressivo dello Stato, come nel diritto penale e in quello tributario, tale potere pubblico trae giustificazione dalla protezione di interessi individuali e collettivi che entrano nella logica del bilanciamento. È così difficile comprendere che, per esempio, la generosa previsione dei termini di prescrizione di un reato – un reato fiscale, per fare l’esempio forse meno intuitivo ma

evidenziato dalla vicenda *Taricco* – deprime gli interessi di chi le tasse le paga sempre e interamente sopportando il peso dei servizi erogati alla collettività, o di chi si trova a concorrere nel mercato con l'imprenditore evasore?

7. Quali diritti?

La proposizione «nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata ecc.» non fissa una regola capace di risolvere il problema dei rapporti tra le carte dei diritti, ma lo banalizza. Lasciando che la Corte di giustizia, in quanto interprete del Trattato, giudichi di volta in volta se una determinata tutela dell'equilibrio tra i diritti fissata dalla legislazione o dalla giurisprudenza nazionale sia compatibile con il diritto europeo, le si affida non solo l'interpretazione/applicazione in via esclusiva della Carta dei diritti, ma anche il giudizio sulla legittimità del bilanciamento tra i diritti fondamentali operato dal legislatore nazionale e, di riflesso, dalla Corte costituzionale. Si noti che questo giudizio viene attratto da un giudice che non ha una ricca esperienza nel trattare i diritti fondamentali e il loro bilanciamento: o, quantomeno, può vantare un'esperienza molto più modesta di quella delle corti costituzionali nazionali. La Corte di giustizia è stata da sempre orientata a favorire l'integrazione europea e la liberalizzazione del mercato: nella sua giurisprudenza i diritti sono stati presi in considerazione solo marginalmente e nella misura in cui non fossero di ostacolo a tali obiettivi¹⁸. Mentre le costituzioni nazionali, come quella italiana, sono nate per conciliare visioni del mondo e gerarchie dei diritti molto diverse e tendenzialmente conflittuali, il Trattato è nato da un progetto funzionale, e programmaticamente a-politico (e quindi estraneo alla conflittualità sociale) di integrazione dei mercati. Le due realtà storiche non sono sovrapponibili, né lo sono le visioni delle priorità dei diritti da tutelare. Non si può neppure rimproverare la Corte di giustizia di avere scarsa sensibilità per i diritti sociali: è nata - condividendo la natura originale dell'organizzazione europea – con una missione funzionale all'integrazione economica europea. La giurisprudenza sui diritti fondamentali è di complemento alla giurisprudenza sulle libertà di mercato e la concorrenza, come giustificazione possibile dell'introduzione di limitazioni specifiche e ben delimitate di questi ultimi. Tutta la giurisprudenza che origina dai ricorsi promossi dai giudici nazionali per rivendicare gli effetti diretti delle norme europee, proprio perché sorge – almeno storicamente – dalla richiesta degli imprenditori di godere dei meccanismi di liberalizzazione in qualche modo bloccati dalla legislazione protezionistica degli Stati, produce estensione dell'ambito di applicazione del diritto europeo e, perciò, con la stessa progressione allarga la sovrapposizione dei diritti economici sugli altri interessi

¹⁸ E comunque, come è stato messo in rilievo, sin dalle sue sentenze storiche sui "diritti fondamentali", la Corte di giustizia, anche quando impiegava il «*surface language*» dei diritti umani, la «*deep structure*» del suo ragionamento «*is all about supremacy*»: Weiler (1986), 1119.

tutelati dalle leggi nazionali. Come è stato detto, si realizza così l'erosione della sovranità democratica sancita dalle costituzioni nazionali da parte della "sovranità funzionale" dei mercati¹⁹.

Di tutto ciò la teoria della «tutela multilivello» dei diritti sembra non accorgersi: invece basterebbe soffermarsi sul significato testuale dell'art. 53 CDFUE per cogliere la profondità del problema. Se davvero questa disposizione fosse presa sul serio, si dovrebbe attentamente riflettere su quali diritti costituzionali nazionali devono essere posti al riparo dalla *reformatio in peius* causata dalle disposizioni della Carta e dalla sua interpretazione. Se «nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti... dalle costituzioni degli Stati membri», la prima domanda da porsi è quale sia l'organo deputato a individuare i diritti e le libertà fondamentali riconosciute dalle singole costituzioni. Siccome i diritti e le libertà non sono – come si diceva – "contenitori" dai bordi predefiniti e dai contenuti misurabili secondo una scala di più o di meno, ma sono definibili solo in relazione agli altri diritti e interessi costituzionalmente rilevanti, la disposizione dell'art. 53 avrebbe senso solo se interpretata come esclusione del monopolio interpretativo della Corte di giustizia: anzi, come norma espressamente diretta a vietare alla Corte di giustizia di procedere lungo lo *slippery slope* su cui la ha collocata la sua interpretazione generosa dell'«ambito di applicazione». La Corte di giustizia, come capita alla Corte EDU e talvolta anche alle corti nazionali, dimentica che stabilire il contemperamento tra i diritti fondamentali e gli interessi generali spetta al legislatore politico (art. 52.1 CDFUE), non al giudice, che deve limitarsi a controllare che il legislatore non esageri e rompa la bilancia.

8. *Excusatio non petita*

Non vorrei apparire fautore di una «visione muscolare» delle relazioni tra le Corti (Tizzano 2017,); né aderire a concezioni «sovraniste» dei rapporti tra ordinamenti. Tuttavia la questione della sovranità è una pietra d'inciampo, che possiamo evitare ma serve a ricordare. Richiama l'attenzione su quelle questioni che è bene lasciare da parte per evitare di far scoppiare profonde e irreparabili crisi costituzionali²⁰, ma di cui bisogna essere consapevoli. È chiaro che una visione internazionalista del diritto vorrebbe far dimenticare la questione della sovranità²¹: ma la questione c'è, e la Corte di giustizia, smettendo i panni della modestia che si dovrebbero indossare per non rievocarla, non fa che riproporla, talvolta maldestramente.

¹⁹ Il punto è ben colto da Luciani (2017, 69 ss.), che giustamente lega i controlimiti alla difesa della sovranità popolare.

²⁰ Secondo l'ottimo suggerimento di Foley (1989).

²¹ In questo senso cfr. il recentissimo volume di Cannizzaro (2020).

La Corte ha il merito di aver spinto verso l'integrazione europea, ma ha il torto di essersi scopertamente comportata come se la questione della sovranità fosse ormai risolta nel senso di averla trasferita alle istituzioni europee. Non condivido affatto gli atteggiamenti del "sovranismo" che la vorrebbe rimpatriare: ma l'atteggiamento della Corte di giustizia mi sembra colpevole di una eccessiva semplificazione del problema. Sarà pur vero che l'Unione europea (e la Comunità che l'ha preceduta) è un'organizzazione internazionale «di nuovo tipo»: ma è pur sempre un'organizzazione internazionale, con tutto ciò che essa implica per un inquadramento dogmatico dei rapporti tra gli Stati e le istituzioni europee. L'integrazione attraverso il diritto non mi ha mai persuaso e non mi sembra una prospettiva accettabile se essa significa sottoporre gli Stati e i loro cittadini al governo di giudici e di strutture burocratiche sottratti al controllo e alla responsabilità. E il *deficit* della politica ciò che mina la costruzione dell'unità europea (Weiler 2016, 322). È un limite che non può essere superato attraverso canali che politici non sono.

BIBLIOGRAFIA

AMATO A., *Giudice comune europeo e applicazione diretta della CDFUE: Corte di giustizia e Corte costituzionale a confronto*, in *Giur. Cost.* 2020, 445 ss.

BARTOLONI M. E. (2018), *Ambito d'applicazione del diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali. Una questione aperta*, Napoli, ESI, 2018.

BARTOLONI M. E. (2019), *L'apporto delle tecniche di armonizzazione nella definizione dei rapporti tra sistemi concorrenti di tutela dei diritti fondamentali*, in *Diritto dell'UE* 2019, 55 ss..

BIN, R. (2018), *Critica della teoria dei diritti*, Milano, Franco Angeli, 2018

BOGDANDY A. von, *Ways to Frame the European Rule of Law: Rechtsgemeinschaft, Trust, Revolution, and Kantian Peace*, in *European Constitutional Law Review* 2008, 21 ss.

CANNIZZARO E. (2017), *Sistemi concorrenti di tutela dei diritti fondamentali e controlimiti costituzionali*, in *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, a cura di A. Bernardi, Napoli, Jovene 2017, 45 ss.

CANNIZZARO E. (2020), *La sovranità oltre lo Stato*, Bologna, Il Mulino, 2020

DE WITTE B., *The continuous significance of Van Gend and Loos*, in *The Past and Future of EU Law*, M. Poiares Maduro e L. Azoulai eds., Oxford and Portland, OR, Hart Publishing 2010.

ESPOSITO M., *Il disordine del sistema delle fonti tra alterazioni e surroghe (appunti sugli effetti della c.d. integrazione europea)*, in *Giur. Cost.* 2020, 405 ss.

FOLEY M., *The Silence of Constitutions*, London-New York, Routledge 1989.

FONTANELLI F., *The Implementation of European Union Law by Member States under Article 51(1) of the Charter of Fundamental Rights*, in *20 Colum. J. Eur. L.* 2014, 193 ss.

- GALLO D., *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali. Evoluzione di una dottrina ancora controversa*, Milano, Giuffrè, 2018
- KELSEN H., *Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public*, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Vol. 14, 1926, 229 ss.
- KELSEN H., *Das Problem der Souveranität und die Theorie des Völkerrechts. Beiträge zu einer reinen Rechtslehre*, Tübingen, J.C.B.Mohr, 1928².
- KELSEN H., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 1952, traduzione (di R. Treves) di *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik* del 1934.
- KELSEN H., *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, Comunità 1963, (che traduce la *General Theory of Law and State* del 1945).
- LUCIANI M., *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, a cura di A. Bernardi, Napoli, Jovene 2017, 63 ss.
- PERELMAN C., OLBRECHTS-TYTECA L., *Trattato dell'argomentazione*, II, Torino, Einaudi 1966.
- PESCATORE P. (1978), *Discussion*, in *Les recours des individus devant les instances nationales en cas de violation du droit européen: Communautés européennes et Convention européenne des droits de l'homme*, J. Velu, W. Waelbroeck eds., Bruxelles Larcier, 1978
- PESCATORE P. (2010), *Van Gend and Loos, 3 February 1963 – A View from Within*, in *The Past and Future of EU Law*, M. Poiares Maduro e L. Azoulay eds., Oxford and Portland, OR, Hart Publishing 2010, 3 ss.
- SOMEK A., *Kelsen lives*, in *18 European Journal of International Law* 2007, 409 ss.
- STONE SWEET A., *The Juridical Coup d'État and the Problem of Authority*, in *8 German Law Jo.* 2007, 915 ss.
- TIZZANO A. (2014), *L'application de la Charte de droits fondamentaux dans les Etats membres a la lumiere de son article 51, paragraphe 1*, in *Diritto dell'UE* 2014, 429 ss.
- TIZZANO A. (2017), *Qualche considerazione dal versante lussemburghese a proposito dei diritti fondamentali*, in *Foro it.* 2017, V, 73 ss.
- VIOLINI L. (2019), *Il principio di indeterminazione preso sul serio? Il caso serio della CDFUE*, in *Scritti per Roberto Bin*, a cura di C. Bergonzini e a., Torino, Giappichelli, 2019, 443 ss.
- WALKER N., *Late Sovereignty in the European Union*, in *Sovereignty in Transition*, ed. N. Walker, Portland, Or. 2003, 3 ss.
- WEILER J.H.H. (1986), *Eurocracy and distrust: Some questions concerning the role of the European Court of Justice in the protection of fundamental human rights within the legal order of the European Communities*, in *61 Wash. L. Rev.* 1986, 1103 ss.
- WEILER J.H.H. (2002), *Introduzione. Diritti umani, costituzionalismo e integrazione: iconografia e feticismo*, in *Diritti e confini. Dalle costituzioni nazionali alla Carta di Nizza*, a cura di M. Comba, Torino, Comunità 2002.
- WEILER J.H.H. (2016), *Epilogue: Living in a Glass House*, in *Reinforcing Rule of Law Oversight in the European Union*, a cura di C. Closa e D. Kochenov, Cambridge, Cambridge University Press 2016.