

Giurisdizione e ruolo delle Corti costituzionali nel processo di integrazione europea

di Roberto Bin

1. Essere favorevoli all'integrazione europea significa anzitutto non nascondersi difficoltà e difetti del processo. L'integrazione attraverso il diritto, e quindi attraverso il "dialogo" tra le Corti, a me sembra una chimera. Anzi, proprio come la Chimera, è un mostro della fantasia.

La storia ha tracciato percorsi che non convergono "spontaneamente", ma sono anzi profondamente diversi: il conflitto sociale, che ha generato la Costituzione italiana, lasciandovi profonde tracce, è del tutto estraneo alla genesi dell'Unione europea, che è stata finalisticamente segnata dall'obiettivo dell'unificazione del mercato; e per quanto riguarda la CEDU, il suo obiettivo originario, che ne ha segnato il DNA, è stato quello, essenzialmente "negativo", del non ritorno al fascismo (o non scivolamento nel comunismo). I tre percorsi non sono in teoria incompatibili, anzi non denunciano zone necessarie di conflitto: a condizione che ciascuno sappia trattenere il proprio istinto a dominare, cioè la pretesa di "primazia", se non di "sovranità".

Che questa moderazione venga coltivata non dipende dal "diritto legislativo" (che nel caso della CEDU praticamente non esiste), ma dalla prudenza e dall'autocontrollo da parte degli organi dell'applicazione del diritto, cioè dagli organi esecutivi (soprattutto dalla Commissione, per quanto riguarda l'Unione europea) e dai giudici, le Corti. Di questa moderazione né la Corte di giustizia né la Corte EDU hanno dato buon esempio in tempi recenti; anzi al contrario, hanno esteso con non velata prepotenza il proprio ambito di azione. Se noi oggi riflettiamo allarmati del ruolo delle Corti, è da questa constatazione che dovremmo prendere le mosse, altrimenti rischiamo di procedere bendati.

2. Iniziando dalla Corte di giustizia dell'Unione europea, è giusto osservare (come suggerisce Marco Dani) che essa opera in un ambito materiale limitato. È la costruzione di un mercato concorrenziale l'obiettivo basilare e "storico" dell'organizzazione europea, ed è giusto che lo sia anche per l'esercizio delle competenze del suo esecutivo e della sua Corte. Essendo un obiettivo "specializzato", esso tende a prevalere sul diritto "generale" degli Stati membri (*genus per speciem derogatur*, recita un broccardo dalle infauste conseguenze). La disciplina del mercato entra ovunque, come ha dimostrato la giurisprudenza costituzionale a proposito dell'incidenza della "materia" *tutela della concorrenza* nella potestà legislativa regionale: ma che cosa "contenga" la "materia" non è perimetrato dagli atti di

legislazione, ma dalla interpretazione che è data dalla Commissione e dalla Corte. Per esempio, chi ha stabilito che qualsiasi concessione a fini turistici di qualsiasi porzione del demanio marittimo debba soggiacere alla disciplina “concorrenziale” della direttiva Bolkestein? La Commissione e la Corte di giustizia¹ è la risposta: “la competenza esclusiva della Corte di giustizia dell’UE è decidere in merito alla validità e all’interpretazione degli atti legislativi dell’UE”, ha replicato la Commissione ad un’interrogazione parlamentare a proposito (6 luglio 2018). E se la Costituzione italiana (o quella maltese, visto che la demografia pesa nelle argomentazioni giuridiche della Corte) avesse disposto in un ipotetico terzo comma dell’art. 9 che “le spiagge e le coste sono patrimonio storico inalienabile delle comunità locali e la loro gestione deve assicurarne l’utilità sociale”, l’interpretazione pro-concorrenziale si sarebbe arrestata? Probabilmente no, ed è questo il punto.

Se dovessimo ragionare in termini strettamente giuridici, le cose sarebbero splendidamente chiare: come i trattati – e quello di Lisbona con maggior insistenza dei precedenti – affermano e ripetono, le istituzioni europee operano in base al principio di attribuzione. Il conferimento di poteri ad istituzioni di origine internazionale – quali sono ancora quelle europee – è un’eccezione alla regola che si riassume nel concetto di “sovranità”, appellativo proprio dello Stato: come deroga esso va interpretato restrittivamente. Ed è proprio questo che si trova scritto e ripetuto nei primi articoli del Trattato dell’Unione europea (con particolare chiarezza negli artt. 4 e 5). C’è un però, che l’interpretazione del trattato – e di conseguenza delle clausole di attribuzioni delle competenze – è riservata alla Corte di giustizia. È ad essa che spetta il compito di definire le attribuzioni contenute nei Trattati e perciò l’ambito di applicazione del diritto europeo, e quindi delle sue stesse competenze. Come è stato dimostrato dal più attento dei (pochissimi) studi dedicati al tema, la Corte di giustizia non ha mai definito con qualche precisione l’ambito di applicazione del diritto europeo²: anche perché ‘definire’ significa ‘limitare’ e, in questo caso, ‘auto-limitare’. Perché mai un organo dovrebbe auto-limitarsi, se non per evitare conflitti con altri organi? Ecco perché il “dialogo” è una pietosa finzione, che nasconde un conflitto privo di regolazione. Il conflitto tra le Corti – aggiungerei – è un conflitto necessario.

3. La CEDU è un *bill of rights* amministrato da un giudice *ad hoc*, dietro ai quali però non c’è un sistema politico. Per usare la terminologia di Luhmann³, l’evoluzione

¹ C-458/14 e C-67/15.

² Cfr. E. BARTOLONI, *Ambito d’applicazione del diritto dell’Unione europea e ordinamenti nazionali. Una questione aperta*, Napoli 2018.

³ *Verfassung als evolutionäre Errungenschaft*, tr. it. in *Il futuro della costituzione*, a cura di G. Zagrebelsky, P.P. Portinaro, J. Luther, Torino 1996, 83 ss.

della CEDU ha scisso l'«accoppiamento strutturale» tra diritto e politica che rappresentava la formidabile «conquista evolutiva» delle costituzioni moderne: ciò ha causato l'inevitabile involuzione autoreferenziale del sistema CEDU.

Anche l'*imprinting* originario della Corte è quello di una organizzazione internazionale che non è comparabile con un sistema costituzionale, per almeno due fondamentali differenze: la *storia*, che fa di un testo *la Costituzione* di una società, e il *sistema politico*, che agisce nella storia e interagisce dialetticamente con il testo, scritto proprio per fissare i suoi limiti. Entrambi nel sistema CEDU mancano. Le costituzioni del '900 guardano al futuro e al futuro proiettano i loro principi, la cui applicazione è destinata ad evolvere grazie al sistema politico che modifica di continuo il punto del loro rispettivo bilanciamento. Il motore di questa evoluzione sono le istituzioni politiche, cui spetta dare sviluppo, concretezza e strumentazione a rivendicazioni di diritti che appartengono alle aspirazioni universali e incessanti delle persone. La CEDU invece non è stata concepita come strumento volto a governare gli sviluppi futuri, a adattare le proprie previsioni all'evoluzione della società e modificare significati e equilibri tra i principi in corrispondenza ai programmi politici che il corpo sociale e le sue istituzioni politiche di continuo trasformano. La CEDU è nata con gli occhi rivolti al passato, come programma di difesa dello *status quo* diretto a scongiurare che l'evoluzione politica portasse a sgretolare le conquiste di cui godono le democrazie occidentali⁴; ed anche il rapporto che la Convenzione istituisce tra i suoi organi e i parlamenti nazionali è pensato per questo obiettivo⁵.

Lo spirito di conservazione della Carta limitò il catalogo dei diritti riconosciuti e non soggetti a conflitto politico⁶. Suonare il campanello di allarme davanti al rischio di un ritorno al totalitarismo è una funzione perfettamente compatibile con una Corte internazionale; interpretare l'evoluzione politica e sociale della società ovviamente no, è francamente un'aspirazione fuori luogo. Anche il paragone con l'Unione europea non reggerebbe: mentre si può dire che gli Stati membri hanno affidato alla Corte di giustizia della Comunità europea una funzione unificatrice del diritto in specifici ambiti del loro rispettivo ordinamento, mossi dalla necessità di assicurare la tutela di loro specifici interessi economici comuni, alla Corte EDU, viceversa, non è stata affidata nessuna funzione unificatrice della disciplina dei diritti costituzionali⁷.

⁴ E. BATES, *The evolution of the European Convention on Human Rights*, Oxford, NY 2010, 21.

⁵ Cfr. A. DONALD, P. LEACH, *Parliaments and the European Court of Human Rights*, Oxford, UK 2016, spec. 72 ss.

⁶ Venne inizialmente escluso l'architrate dei diritti, cioè il diritto di proprietà, per non minare il programma di nazionalizzazioni a quei tempi promosso dal governo laburista britannico Cfr. E. BATES, *The Birth of the European Convention* cit., 24.

⁷ Per questo argomento, cfr. Lord HOFFMANN, *The Universality of Human Rights*, Judicial Studies Board Annual Lecture, 19 March 2009 § 24.

Né ciò avrebbe potuto accadere: una Costituzione non potrebbe mai affermarsi – come è accaduto per la Convenzione - per un atto di volontà del tutto scisso dal processo storico di una società, di cui sono infatti frutto tutte le costituzioni moderne.

Ciò dovrebbe portare a guardare con forte scetticismo la tendenza a ridefinire la Convenzione europea nei termini di una “costituzione” sviluppatasi nel campo del diritto internazionale. Ed è invece quello che è accaduto. Tanti sono i fattori che hanno spinto in questa direzione (a partire dalla fine della “guerra fredda” e l’introduzione dell’accesso individuale alla Corte); non ultimo un fattore *lato sensu* ideologico, cioè un programma di “politica culturale” diretto proprio a trasformare il ruolo della Corte EDU. È l’idea che possa configurarsi uno *ius commune* dei diritti fondamentali, che non ha pieno sviluppo nella Convenzione, ma viene a formarsi con l’elaborazione dei suoi principi attraverso la giurisprudenza⁸. E, ancora più dietro, vi è una visione monistica dei rapporti tra diritto internazionale e diritto nazionale, molto cara agli studiosi del diritto internazionale⁹: in essa la CEDU svolgerebbe la funzione tipica di una costituzione, quale vertice della gerarchia delle fonti di un sistema giuridico unico che ingloba sia il diritto internazionale che il diritto interno; e in cui gli individui, divenuti definitivamente soggetti rilevanti anche del diritto internazionale, sono messi in grado di far valere i loro diritti “convenzionali” direttamente davanti alla Corte EDU. Con il solo non trascurabile particolare di essere un sistema giuridico unico che “amministra” i diritti individuali ma è privo di istituzioni politiche rappresentative.

4. Il “pluralismo della Carte” (della cui difesa giustamente si preoccupa Andrea Guazzarotti) porta inevitabilmente il “pluralismo delle Corti”. Di per sé non vi sarebbe nulla di strano, ogni Libro ha il suo Sinodo che ne interpreta i versetti. Ancora la situazione sarebbe gestibile se solo vi fosse un atteggiamento di ecumenica modestia nel tradurre la propria dogmatica in catachesi per il gregge dei fedeli, perché il problema è che il gregge è lo stesso, e di conseguenza il “dialogo” nasconde una ineludibile concorrenza. Se noi prendessimo sul serio i trattati istitutivi dell’Unione europea e della CEDU capiremo bene dove sta il problema. In entrambi i casi alle rispettive Corti è assegnato il compito di interpretare in via esclusiva il proprio Libro, la tavola dei “diritti” che in essi trovano fondamento. Ma una cosa è interpretare i

⁸ M. DE SALVIA, *L’élaboration d’un “ius commune” des droits de l’homme et des libertés fondamentales dans la perspective de l’unité européenne: l’œuvre accomplie par la Commission et la Cour européennes des Droits de l’Homme*, in *Protecting Human Rights: The European Dimension*, a cura di F. Matscher e H. Petzold, Köln-Berlin-Bonn-München 1988, 556.

⁹ Per questo quadro teorico, cfr. A. VERDROSS, *La place de la CEDU dans la hierarchie des normes juridiques*, in *Comunicazioni e studi XI*, 1969, 1 ss. È in questo famoso scritto (risalente al 1965) che si avanza anche la tesi che le norme convenzionali prevalgono su quelle costituzionali se «*sont plus favorables que les normes internes en matière de droits de l’homme*» (p. 12). Su questa trasformazione culturale della CEDU, cfr. S. HENNETT-VAUCHEZ, *Constitutional v International? When Unified Rationales Mismatch the Plural Paths of ECHR Law*, in *The European Court of Human Rights*, a cura di J. Christoffersen e M. Rask Madsen, Oxford, UK 2011, 144 ss.

diritti e definirne il perimetro, un'altra è bilanciarli con altri interessi e diritti, come di solito è richiesto dall'applicazione della norma costituzionale al caso concreto¹⁰. Qui il discorso si complica¹¹.

Nell'applicare la Convenzione è inevitabile che la Corte europea operi bilanciamenti tra i vari diritti inseriti nella CEDU; così come la Corte di giustizia opera bilanciamenti tra diritti e interessi riconosciuti nei trattati, nella Carta di Nizza e nel diritto derivato. Siccome ogni operazione di bilanciamento fissa una «regola di prevalenza» di un certo diritto o interesse su un altro, date alcune condizioni di fatto, il prodotto dell'attività interpretativa sarà inevitabilmente l'enunciazione di regole specifiche, ma di portata generale (sono la premessa maggiore del sillogismo giudiziario). Vi è un di più: quasi sempre, almeno uno dei diritti o interessi coinvolti nell'operazione di bilanciamento troverà riconoscimento in più di una Carta; le enunciazioni del diritto non saranno mai conflittuali sino al momento in cui, condizionate dal bilanciamento, non si tradurranno in altrettanti regole. Se queste regole fossero perfettamente equivalenti, sovrapponibili, non nascerebbe alcun problema, se non quello dell'inutilità di così tante Carte e Corti. Ma questa condizione ottimale e ecumenica non si realizza, e ciò proprio per la “specializzazione” che l'ordinamento comunitario e quello convenzionale presentano: se sono ordinamenti specializzati (e quindi dotati della naturale prevalenza che la *species* esercita sul *genus*), essi pretendono di prevalere sull'ordinamento costituzionale nazionale.

Di per sé questa pretesa non ha alcun argomento decisivo a suo favore. Si tratta di ordinamenti “derivati”, che acquisiscono autorità nella misura in cui gli Stati la conferiscano espressamente attraverso le clausole di attribuzione contenuta nei trattati. Se è vero – e non solo per l'Unione europea questo è vero – che i trattati affidano ai propri giudici la competenza esclusiva di interpretarli, non mi sembra così pacifico che nell'oggetto “riservato” vi sia anche l'interpretazione delle clausole di attribuzione. Anzi, mi sembra che non possa essere così, perché altrimenti verrebbe meno quel controllo sui poteri conferiti che è implicito nello stesso concetto di attribuzione. Sono piuttosto povere di solidità le affermazioni, pur così frequenti, che leggono nell'art. 11 Cost. una “cessione”, per di più definitiva e irrevocabile, di sovranità nei confronti dell'organizzazione europea. L'art. 11, anzi, fissa condizioni precise perché si *possa* decidere di *limitare* la sovranità italiana a favore di essa: «necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni» è una clausola che sottopone la limitazione alla condizione che sia *necessaria* al mantenimento dell'ordinamento e che questo sia rivolto ad assicurare certi obiettivi.

¹⁰ Per questa distinzione cfr. R. BIN, *Diritti e argomenti*, Milano 1992, 134.

¹¹ Nelle pagine che seguono utilizzo argomentazioni già sviluppate in *Critica della teoria dei diritti*, Milano 2018.

Proprio al contrario di quel che spesso si dice, l'art. 11 impone alle nostre istituzioni costituzionali di mantenere il controllo sul modo in cui funzionano (la parità) e operano (i fini) le istituzioni europee (e la CEDU stessa). Non è affatto escluso, quindi, che vi sia anche un controllo dei nostri giudici – e segnatamente della Corte costituzionale – sull'estensione dei poteri attribuiti: non nelle sole forme dei c.d. controlimiti, ma anche su ciò che significano – ossia che la Corte di giustizia afferma significhino – le formule di attribuzione contenute nei Trattati e nel diritto derivato. Sono giunti di comunicazione tra i due ordinamenti che sono soggetti all'interpretazione di entrambe le Corti. Che è poi quello che rivendica e fa il Tribunale costituzionale federale tedesco, come mostra il suo primo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia a proposito dell'OMT¹².

Se torniamo al problema delle operazioni di bilanciamento operate dalla Corte di giustizia e dalla Corte EDU, a me sembra evidente che esse non possono produrre risultati che prevalgono sul bilanciamento operato dalla Corte costituzionale. Perché nella Costituzione italiana, per esempio, vi sono diritti e interessi che non trovano uno specifico riconoscimento nella CEDU¹³ e tantomeno nella Carta di Nizza. Qui però la strada si biforca, essendo necessario tracciare sviluppi diversi per le due Carte e le due Corti.

5. Che rapporto c'è tra il bilanciamento operato dalla Corte di Strasburgo e quello proprio della giurisprudenza costituzionale? Se prendiamo ad esempio il tema assai delicato del diritto di proprietà, la giurisprudenza della Corte europea mostra una certa prudenza nel pronunciarsi sull'interesse generale invocabile dallo Stato a giustificazione di propri atti espropriativi o limitativi dell'uso dei beni, perché in questo caso un ampio «margine di apprezzamento» dev'essere riservato allo Stato. La Corte EDU lo afferma con costanza, anche se tende a spiegare il «margine di apprezzamento» riconosciuto allo Stato per motivi, per così dire, pratici: perché le autorità nazionali sono «*mieux placées*» rispetto al giudice internazionale nel valutare l'interesse pubblico nell'ambito di politiche economiche¹⁴, o perché le situazioni di

¹² BVerfG, *Beschluss des Zweiten Senats vom 14. Januar 2014 - 2 BvR 2728/13*. Del resto la dottrina dei controlimiti è ampiamente diffusa tra i paesi membri dell'Unione europea: cfr. A. CELOTTO, T. GROPPI, *Diritto UE e diritto nazionale: primauté vs controlimiti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.* 2004, 1309 ss. Rispetto ad essa, però, la posizione tedesca appare più "sistemica", come argomenta T. GUARNIER, *Interpretazione costituzionale e diritto giurisprudenziale*, Napoli 2014, 275-295.

¹³ Cfr. M. LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione "conforme a"*, in *Foro amm.* 2007, 87 ss. (spec. 97 ss.); ID., *Costituzionalismo "irenico" e costituzionalismo "polemico"*, in *Giur. cost.* 2006, 1644 ss. (1661 ss.). Cfr. inoltre, con riferimento specifico al diritto di proprietà, A. GUAZZAROTTI, *Interpretazione conforme alla Cedu e proporzionalità e adeguatezza: il diritto di proprietà*, in *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, cit., 173-182; e con riferimento ai diritti sociali, A. GUAZZAROTTI, *Giurisprudenza CEDU cit.* 379 ss., nonché, dello stesso A., *I diritti sociali nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., dove si mettono a confronto i tre ordinamenti.

¹⁴ Così per es. *Luczak vs. Polonia*, sentenza del 27 novembre 2007.

fatto sono meglio percepibili dai giudici nazionali¹⁵. Il «margine di apprezzamento», di cui parlano la Convenzione e la Corte, dovrebbe equivalere a riserva di bilanciamento: questo però non è affatto esplicito nella giurisprudenza EDU, anche se invece corrisponde perfettamente al punto di vista del giudice costituzionale¹⁶. Come si è detto poc'anzi, anche la Corte EDU opera bilanciamenti tra i principi della Convenzione, ma in essi non si possono “pesare” anche i principi contenuti nelle Costituzioni nazionali: per questi il bilanciamento *deve* essere riservato alle corti nazionali. Del resto è proprio quanto la Corte costituzionale ha espresso nella sentenza 264/2012¹⁷: «*il confronto tra tutela prevista dalla Convenzione e tutela costituzionale dei diritti fondamentali deve essere effettuato mirando alla massima espansione delle garanzie, concetto nel quale deve essere compreso... il necessario bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti, cioè con altre norme costituzionali, che a loro volta garantiscano diritti fondamentali che potrebbero essere incisi dall’espansione di una singola tutela*». La Corte EDU «*è tenuta a tutelare in modo parcellizzato, con riferimento a singoli diritti, i diversi valori in giuoco*», mentre la Corte costituzionale «*opera una valutazione sistemica, e non isolata, dei valori coinvolti dalla norma di volta in volta scrutinata*», e quindi, il bilanciamento è «*solo ad essa spettante*».

È chiaro che alla Corte EDU resta sempre la possibilità, se adita, di controllare che il bilanciamento operato dalla corte nazionale non trasmodi dai suoi limiti, per esempio indebolendo la tutela di diritti che non possono essere mai compressi¹⁸, invocando diritti o interessi non affatto adeguati, violando palesemente il canone della proporzionalità o accettando compressioni sistematiche di un diritto che ne compromettano il contenuto essenziale. Ma anche questa ulteriore pronuncia della Corte europea potrebbe essere poi rovesciata da una successiva pronuncia della corte nazionale: e così via. Siamo davanti ad un'ipotesi estrema, assai improbabile: ma questa è la conseguenza inevitabile della coesistenza di due sistemi giuridici che non

¹⁵ Cfr. per es. J. CHRISTOFFERSEN, *Fair Balance: A Study of Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention of Human Rights*, Leiden – Boston 2009, 527 ss.

¹⁶ «Il richiamo al “margine di apprezzamento” nazionale – elaborato dalla stessa Corte di Strasburgo, e rilevante come temperamento alla rigidità dei principi formulati in sede europea – deve essere sempre presente nelle valutazioni di questa Corte, cui non sfugge che la tutela dei diritti fondamentali deve essere sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro»: Corte cost. 264/2012 (p. 4.1). Questo era del resto il punto fissato già dalle c.d. “sentenze gemelle” 348 e 349 del 2007: cfr. in particolare. G. REPETTO, *L’effetto di vincolo delle sentenze della Corte europea dei diritti dell’uomo nel diritto interno: dalla riserva di bilanciamento al “doppio binario”*, in *Dir. pubbl.* 2014, 1075 ss.

¹⁷ Alcuni passaggi di questo paragrafo sono stati anticipati in *L’interpretazione conforme. Due o tre cose che so di lei*, in *L’interpretazione conforme al diritto dell’Unione europea*, a cura di A. Bernardi, Napoli 2015, 17 ss.

¹⁸ Gli Stati non hanno alcuna discrezionalità «*in matters of life and death, torture or slavery*», osserva J. SCHOKKENBROEK, *The basis, nature and application of the margin-of-appreciation doctrine in the case-law of the European Court of Human Rights*, in *H.R.L.J.*, 19, 1998, 33 s.

sono perfettamente sovrapponibili né completamente integrabili, ciascuno dei quali è garantito da un proprio giudice "apicale"¹⁹.

Per la CEDU, in particolare, la Corte costituzionale²⁰ precisa molto opportunamente che essa presenta «*la caratteristica peculiare di aver previsto la competenza di un organo giurisdizionale, la Corte europea per i diritti dell'uomo, cui è affidata la funzione di interpretare le norme della Convenzione stessa*». Però a quest'organo non si può riconoscere «*una competenza giurisdizionale che si sovrappone a quella degli organi giudiziari dello Stato italiano*». Il monopolio dell'interpretazione riconosciuto alla Corte EDU fa sì che la Convenzione "viva" nell'interpretazione data dalla Corte europea e che a essa debbano guardare i giudici nazionali e adeguarsi attraverso l'*interpretazione conforme*. La «*funzione interpretativa eminente che gli Stati contraenti hanno riconosciuto alla Corte europea, contribuendo con ciò a precisare i loro obblighi internazionali nella specifica materia*» è definita dalle attribuzioni che a essa sono assegnate dalla Convenzione e sono delimitate alle «*questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione*» della Convenzione e dei suoi Protocolli (art. 32.1 CEDU).

Ecco che emergono ben scolpiti i rispettivi ruoli. Nel momento stesso in cui la Corte costituzionale riconosce che essa stessa «*non può sostituire la propria interpretazione di una disposizione della CEDU a quella data in occasione della sua applicazione al caso di specie dalla Corte di Strasburgo*», perché ciò la porterebbe a violare il preciso impegno assunto dallo Stato italiano aderendo alla Convenzione, aggiunge che essa è però tenuta «*a valutare come ed in quale misura l'applicazione della Convenzione da parte della Corte europea si inserisca nell'ordinamento costituzionale italiano*», facendo delle norme prodotte dalla Corte EDU «*oggetto di bilanciamento, secondo le ordinarie operazioni cui questa Corte è chiamata in tutti i giudizi di sua competenza (sent. n. 317 del 2009)*». Ma i ruoli non sono disegnati soltanto in forza di un ragionamento astratto, e tanto meno per l'adesione a questo o quel modello teorico o culturale: i ruoli sono distinti dalla funzione originaria e

¹⁹ Per questo non mi sembra conveniente adottare, per ridurre la complessità delle relazioni tra i due ordinamenti e i rispettivi giudici, la logica bidimensionale della prevalenza e della soggezione, come propone invece C. PADULA, *La Corte costituzionale ed i "controlimiti" alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo: riflessioni sul bilanciamento dell'art. 117, co. 1, Cost.*, in *federalismi.it*, § 5. Mentre ha ragione l'A. ad auspicare una maggiore linearità argomentativa da parte della Corte, non essendo chiaro se essa si riserva di bilanciare gli interessi protetti dalla Costituzione con il principio di prevalenza contenuto nell'art. 117.1 Cost. o piuttosto (come anche a me sembra senz'altro preferibile) con il principio enunciato dalla Corte EDU. Ma vi può essere chiarezza argomentativa nell'affrontare il problema di rapporti tra ordinamenti, rapporti che, nella loro dimensione teorica, sono offuscati dalla nuvola di mistero che avvolge densamente ogni discorso attorno alla sovranità? Sembra preferibile l'atteggiamento più sfumato e conciliante adottato dalle corti tedesca e britannica: cfr. D. TEGA, *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Milano 2012, 148 ss. e A. GUAZZAROTTI, *Novità nei rapporti tra giudici nazionali e Corte EDU: la dottrina del "doppio binario" alla prova dei casi (e dei conflitti) concreti*, in *Giur. Cost.* 2014, 3025 ss., § 6.

²⁰ Sent. 348/2007.

sistematica di cui le due Corti sono state investite e dal contesto istituzionale in cui sono saldamente inserite. La funzione originaria della Corte EDU, come si è detto, è la difesa del «nucleo essenziale dei diritti fondamentali» che esprime quei «diritti» o quei «livelli di protezione» che sono ritenuti universali, almeno nella cultura liberale della parte occidentale del mondo. Con due ulteriori precisazioni: che i diritti iscritti nella CEDU non sono tutti i diritti fondamentali che sono stati rivendicati dalle popolazioni e hanno ricevuto riconoscimento nelle loro costituzioni; e, soprattutto, che la Corte di Strasburgo è chiamata a difenderne il «nucleo duro, culturalmente trascendente», quello che appare incomprimibile in una società democratica quale gli Stati aderenti promettono di essere e mantenersi. Tenendo però ben presente che «i diritti umani sono quasi sempre l'espressione di un compromesso tra beni sociali in competizione tra loro all'interno della comunità politica di riferimento»; e che il bilanciamento tra questi diritti è a sua volta espressione «del nucleo duro dei valori, delle scelte fondamentali di una società»²¹.

6. Com'è noto, le "sentenze gemelle" della Corte costituzionale²² hanno differenziato con chiarezza la posizione dei trattati e del diritto dell'UE da quella degli altri trattati internazionali, CEDU inclusa. Anche per questi vale l'obbligo di conformità imposto al legislatore ordinario dall'art. 117.1 Cost.: ma anche per questi vale il limite derivante dal principio di attribuzione.

Si manifesta così tutta l'importanza della *dottrina dei controlimiti* che indica esattamente questo: la «limitazione di sovranità» opera entro limiti precisi, oltre ai quali deve prevalere la difesa dei principi derivati dalla Costituzione. L'esistenza di questo limite è implicita nello stesso principio di attribuzione. Qualsiasi potere "delegato" dalla Costituzione (compreso quello di revisione costituzionale) deve tenersi al di qua del limite, altrimenti agirebbe *ultra vires*. Il giudice costituzionale tedesco ha voluto ribadire questo fondamentale principio: al di là del merito della questione, mi sembra un atteggiamento ineccepibile.

Se la Corte costituzionale è incaricata di vigilare l'equilibrato bilanciamento degli interessi e dei diritti scritti in Costituzione, questa funzione non può essere delegata *in toto* ad altri soggetti, istituiti in forza dei poteri "delegati" dalla Costituzione stessa. Gli interessi ammessi al bilanciamento formano il contenuto della Costituzione, di quello che vi è scritto e di quello che essa rappresenta per la società.

²¹ Queste citazioni sono tratte da J.H.H. WEILER, *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 2002, XXVIII s.

²² Sent. 348 e 349/2007.

Sull'evoluzione della giurisprudenza della Corte costituzionale in merito ai rapporti con la giurisprudenza EDU, cfr. ora A. RANDAZZO, *La tutela dei diritti fondamentali tra CEDU e Costituzione*, Milano 2017, cap. III.

Non è perciò possibile che, con gli strumenti concessi dalla Costituzione, il legislatore trasferisca, *in esclusiva*, a un ordinamento e a un giudice esterno il compito di sovrapporre i “suoi” interessi e le sue decisioni a quelli contemplati dalla Costituzione stessa. Detta in altre parole, nessun trattato – ratificato con le procedure costituzionali - può attribuire a un organo da esso istituito il potere di decidere quale sia il corretto bilanciamento tra interessi contrastanti (interessi evidentemente riconosciuti dal trattato stesso) e pretendere di farlo prevalere sul giudizio di bilanciamento che la Costituzione affida al proprio giudice costituzionale. È evidente che, così ragionando, si sovverte lo schema teorico che porta ad accreditare l’ideologia “monista”, che accredita la prevalenza dell’ordinamento internazionale su quello nazionale.

7. Per queste ragioni, a me sembra che la “dottrina dei controlimiti” sia un tassello indispensabile di una teoria giuridica consapevolmente e autenticamente favorevole all’integrazione europea. Perciò sono grato alla Corte costituzionale di aver sollevato la questione pregiudiziale nel “caso Taricco”, così come di aver anticipato nel noto *obiter dictum* della sent. 269/2017 un monito al giudice italiano sulla funzione della *Carta di Nizza* e la precedenza del ricorso alla Corte costituzionale a tutela dei diritti costituzionali. È cruciale che la Corte rinforzi la linea di separazione tra la funzione legislativa (sia pure largamente intesa) e la funzione giurisdizionale, linea che è posta a presidio dello Stato di diritto²³ e riassume il principio di legalità e il vincolo del giudice alla legge, fissati dall’art. 101.2 Cost.: disposizione che non solo garantisce «l’indipendenza “istituzionale” e quella “funzionale”» del giudice, ma si rivolge alla «“stessa funzione del giudicare”, e quindi in particolare esig(e) che il giudice, nell’esercizio della sua funzione tipica, debba basarsi solo su ciò che sia voluto o consentito dalla legge»²⁴. Ed è cruciale che questa linea vada fatta rispettare anche da quella corrente della giurisprudenza italiana che tende invece a superarla o addirittura negarla, seguendo idee eversive circa il rapporto tra le fonti del diritto positivo (la legge) e la “funzione” del giudice, a cui si assegna il compito, non dell’applicazione obiettiva del diritto, ma della “massimizzazione” dei diritti fondamentali²⁵.

Sono infatti convinto che un progetto o una prospettiva autenticamente e consapevolmente favorevole all’integrazione europea non possa chiudere gli occhi

²³ In ciò l’art. 101.2 Cost. svolge un compito simile all’art. 20 § III del *Grundgesetz* che, stabilendo espressamente il vincolo del potere esecutivo e della magistratura alla legge, segna la caratteristica fondamentale della forma di Stato tedesca.

²⁴ S. FOIS, *Legalità (principio di)*, in *Enc.dir.* XXIII, 1973, 683.

²⁵ Ho dedicato un’analisi assai critica di questa giurisprudenza e della dottrina di supporto in *Cose e idee. Per un consolidamento della teoria delle fonti*, in corso di pubblicazione in *Diritto costituzionale. Rivista quadrimestrale*, fasc. 1/2019.

davanti a questa semplice realtà: che l'integrazione politica di un'organizzazione tra Stati non possa procedere *solo* sul piano dell'integrazione giuridica, cioè attraverso l'attivismo dei giudici. I giudici sono tali se *applicano* il diritto, ma questo deve essere prodotto dall'autorità politica, non autoprodotta dai giudici stessi: questa ipotesi non sarebbe compatibile con la nostra cultura dello Stato di diritto. Il c.d. "deficit democratico" che minerebbe le istituzioni europee non mi ha mai convinto come spiegazione della crisi dell'Unione: il vero problema, che affligge gli stessi Stati nazionali, nasce anzitutto dal "deficit politico"²⁶, che nasce dal fatto che la politica ha lasciato il campo libero al dominio del mercato e del capitale finanziario. La debordante giurisprudenza della Corte di giustizia e la sua cifra smaccatamente pro-mercato è semplicemente la conseguenza dell'assenza di una linea politica tracciata dagli organi politici dell'Unione, e quindi dagli Stati. L'assenza della politica lascia che l'ordine delle priorità sia dettato dal mercato e che la Corte, mantenendo salda l'identificazione del diritto europeo con gli interessi del mercato e della concorrenza, espanda le regole del mercato libero assieme all'ambito di applicazione dell'ordinamento di cui è interprete.

E gli Stati stanno a guardare, senza neppure riflettere su chi essi mandano a comporre la Corte: perché se ci riflettessero, potrebbero anche dubitare che sia opportuno affidare la guida della Corte a giuristi che, prevenendo in stragrande maggioranza dagli studi di diritto internazionale e di diritto europeo, si sono formati nell'ideologia giuridica "monista" che ritiene sempre e comunque prevalente il diritto dell'Unione europea su quello degli Stati. Ideologia che, come ho cercato di motivare in queste pagine, è profondamente sbagliata e contraria ad uno sviluppo "politico" delle istituzioni europee.

²⁶ Cfr. J.H.H. WEILER, *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 2016, 322.