

Roberto Bin, *Perché Granital serve ancora* - Intervento nel Seminario "*Granital revisited: l'integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*" – Bologna, 7 febbraio 2019

Si può non essere soddisfatti di *Granital* - e poi vedremo che qualche motivo di insoddisfazione pure c'è - ma non si può negare la sua persistente attualità. *Granital* rappresenta uno schema teorico entro cui ordinare i rapporti tra diritto interno e diritto europeo. È indispensabile per il giurista possedere uno schema teorico in cui ordinare la realtà, cioè una costruzione dogmatica che consenta al giurista di svolgere il suo compito. Il suo compito non è quello di descrivere tratti più o meno vasti e significative della realtà, ma piuttosto quello di ordinarli entro categorie teoriche, cioè *dogmatiche*. Dogmatica non è parola che suscita la simpatia delle platee, specie di quelle più giovani. Le categorie dogmatiche servono a *qualificare* i fenomeni, dove 'qualificare' significa ordinare secondo lo schema di base legittimo/illegittimo. Questo dev'essere il punto di partenza, che riassume la funzione del giurista: che non è guardare con sguardo disincantato la realtà e descriverla, ma è apprezzarla in termini normativi, inserirla in categorie dogmatiche e qualificarla in termini di legittimità. Descrivere è compito di altri mestieri: descrivere, sia chiaro, non conoscere, che è il presupposto senza il quale nulla si può svolgere, neppure il mestiere del giurista.

Questo mio incipit potrà sembrare pesantemente formalistico, ma in questi anni di annacquamento del discorso giuridico mi preme sottolineare la profonda differenza tra 'forma' e 'formalismo'. La forma è il contenitore entro il quale si contiene una realtà che è necessariamente complessa e fluida e che, come l'acqua, notoriamente prende la forma dal contenitore in cui viene ordinata. La 'forma' giuridica è lo schema teorico e dogmatico che è impiegato per ordinare aspetti della realtà che si assumono come rilevanti. 'Formalismo' è tutt'altra cosa, è un termine usato per denigrare certe semplificazioni del pensiero giuridico: lo stesso suffisso "ismo" si offre ad una connotazione negativa, che è propria di ogni riduzione della complessità teorica mossa da un'impostazione sostanzialmente ideologica. Ma 'formalismo' non è solo questo, se solo si pensa alla funzione che la formalizzazione matematica assume come espressione e verifica delle teorie della fisica.

L'esperienza giuridica, soprattutto in terreni complessi come quelli dei rapporti tra ordinamento interno e ordinamento europeo, ha grande bisogno di "forme", anche se non di "formalismi". *Granital* ci fornisce proprio questa forma e la sua utilità non è stata superata da altri schemi teorici capaci di ordinare quei rapporti.

Per esempio, il c.d. *dialogo tra le corti* è una penosa immagine che vorrebbe rendere la realtà che invece mistifica: ma soprattutto non dà *forma* alla realtà, non ci spiega nulla dei rapporti giuridici che intercorrono tra i due ordinamenti. Diversamente, la *teoria della tutela multilivello dei diritti*, che ha molto successo soprattutto dove si parla dei rapporti tra le "carte dei diritti", ha la pretesa di essere una categoria dogmatica: essa ci indica dove

cercare, navigando tra gli ordinamenti, il livello più elevato di tutela dei diritti. Quindi ci indica una strada operativa, un modo per ordinare l'esperienza giuridica, una struttura dogmatica che prepara risposte a problemi giuridici. Purtroppo, però, è sbagliata e sbagliate sono per lo più le risposte che offre. Come altrove ho cercato di dimostrare, la teoria della tutela multilivello è semplicemente un abbaglio tipico di chi coltiva studi settoriali, come il diritto penale o il diritto tributario, ed è deviato nella sua attenzione dalla esigenza, forse avvertita per il proprio ruolo professionale o per l'*habitus* culturale di cui è pervaso, di curare i diritti del proprio cliente, cioè degli inquisiti, imputati o condannati: ma, uscendo da una visione angusta e unilaterale (sia pure storicamente gloriosa e profondamente radicata nella cultura liberale), una sana teoria dei diritti ci porta a concludere che essi non sono "massimizzabili" se non al prezzo di "minimizzare" la tutela di altri diritti o interessi, che subirebbero una corrispondente compressione. L'ho chiamata «teoria dei diritti a somma zero» la concezione secondo la quale tanto un diritto o interesse guadagna in termini di protezione, altrettanto altri diritti o interessi perderanno terreno (come dire, dal bilanciamento non si può mai sfuggire!). Per cui sostenere che bisogna ricercare il livello più elevato di tutela di un diritto, presuppone che si sia già segnata e accettata una gerarchia tra i diritti – in violazione del postulato che gerarchie assolute tra i diritti non ci possono essere. Si pensi al problema dei rapporti tra diritti del mercato e diritti sociali, che è un problema sostanzialmente ignorato a livello europeo (e della giurisprudenza della Corte di giustizia), mentre è parte centrale del DNA della nostra costituzione. Di quale diritto si cerca la massimizzazione? Questa è la domanda centrale lasciata inevasa: il che dimostra come la teoria multilivello sia una teoria che non spiega la realtà dei rapporti, ma è piuttosto uno schema ideologico che conduce a privilegiare i diritti iscritti nella carta dell'organismo «più elevato in grado», che è quello dell'Unione Europea o quello della CEDU, mondi in cui la dimensione sociale dei diritti è programmaticamente negata o è lasciata penetrare attraverso stretti e limitati pertugi. È un'ideologia che induce a dare sempre e comunque priorità alle libertà individuali sui diritti sociali.

Oltretutto la teoria della tutela multilivello incontra difficoltà testuali nella stessa lettura ad occhi aperti della Carta dei diritti dell'Unione europea. L'attenzione che gli Stati hanno posto nella scrittura degli articoli 51-53 sta proprio a dimostrarci come la Carta non giochi a favore della teoria multilivello, ma piuttosto a favore della prevalenza dei diritti costituzionali nazionali rispetto a quelli scritti nella carta stessa. È la tutela dei diritti costituzionali a non poter essere peggiorata in nome dell'applicazione della Carta, e non viceversa. Che "A non può peggiorare B", non implica affatto che "B non può essere peggiore di A". La logica non è *double face*!

Qui però si intravede anche dove *Granital* mostra la sua debolezza, il suo punto critico. Basandosi sul criterio della competenza, e quindi distinguendo con un tratto netto ciò che pertiene all'ambito di applicazione del diritto europeo e ciò che invece rimane nell'ambito di applicazione del diritto interno, *Granital* dà per scontato che questi due ambiti siano

separabili con un tratto netto, tracciato sulla base di una semplice lettura del trattato e delle attribuzioni che il trattato riconosce alle istituzioni europee. Purtroppo non è così: non tanto a causa di come è scritto il trattato, ma per l'opera della Corte di giustizia, la quale ha progressivamente e costantemente espanso l'ambito di applicazione del diritto europeo. Le tecniche sono tante e sono state studiate e approfondite nel bel libro di Eugenia Bartoloni, che è uno studio di riferimento per chi vuole capire questo problema.

Si potrà dire forse - ed è quanto normalmente si dice - che sta alla Corte di giustizia di interpretare il trattato, e quindi assolvere al ruolo del giudice della competenza, a cui è attribuita - e qui si usa la bellissima espressione tedesca, la *Kompetenz-Kompetenz*, confondendo, come già aveva fatto il suo inventore, Hugo Böhlau, ragionando sulla Costituzione del 1871 - tale competenza con la sovranità. Ma i poteri della Corte di giustizia non sono illimitati, e la loro esaltazione appartiene ad una visione assai limitata, e anche alquanto ideologica, del problema. È una visione che deriva dalla concezione monistica che domina tradizionalmente il pensiero degli internazionalisti, i quali da sempre costituiscono la componente professionale dominante nella composizione della Corte di giustizia. Questo significa che la Corte di giustizia, nello svolgere il suo ruolo di giudice che interpreta in via esclusiva il trattato, compie un'opera imbevuta di ideologia accrescitiva dei propri poteri, oltre che di quelli attribuiti alle altre istituzioni europee. Si tenga però presente che questo punto di vista è a sua volta una costruzione dogmatica - una "forma" - dei rapporti fra ordinamenti: una forma profondamente insoddisfacente. Proprio perché ideologica, vede il problema soltanto dal punto di vista di un'ideologia del diritto internazionale, ma non ha il conforto di una sufficiente costruzione dogmatica, che concili quella visione con quella degli Stati membri.

Se l'ordinamento europeo è un ordinamento internazionale - sia pure di " nuovo genere", come ha affermato una celebre sentenza della Corte di giustizia - esso si basa sulle regole proprie del diritto dei trattati. Le istituzioni europee muovono all'interno delle attribuzioni assegnate dai trattati in base al principio di attribuzione: per il resto tutto è trattenuto in mano agli Stati sovrani, come del resto gli stessi trattati sanciscono e ripetono ad ogni passo - tutti i trattati, compreso il trattato di Lisbona. L'attribuzione di funzioni ad un'organizzazione internazionale è una deroga al principio della sovranità statale: il che, oltretutto, dovrebbe significare che le competenze attribuite, derogatorie del principio, siano da interpretarsi in senso restrittivo, e non ampliativo (questo oserei dire è un principio basilare dello *ius publicum europeum*). Quello che è assegnato come ambito di attribuzione alle istituzioni europee corrisponde in tutto e per tutto a quello che è scritto e attribuito nei trattati.

C'è poi un secondo aspetto: come è logico nella costruzione dei rapporti tra Stati, e come vale in specifico nel nostro ordinamento, vige l'obbligo dei giudici nazionali e degli apparati dell'amministrazione di dare al trattato, per usare la solita formulazione impiegata nell'ordine di esecuzione, «piena e intera esecuzione». Ciò significa che quale sia

l'attribuzione stabilita dal trattato alle istituzioni europee non è questione interpretativa affidata soltanto ed esclusivamente alla Corte di giustizia, ma è posta anche a carico degli organi giurisdizionali nazionali. La cosiddetta «dottrina dei controlimiti» - ecco un'altra categoria dogmatica che deriva dalla giurisprudenza costituzionale ed è rielaborata da *Granital* - si basa su questa premessa: non si tratta semplicemente di una estrema difesa della Costituzione da parte della Corte costituzionale (che della difesa della Costituzione non può che essere l'alfiere), ma di qualcosa di più vasto, che appartiene alle strutture dogmatiche dei rapporti tra ordinamento interno e ordinamento europeo. Il che significa che bene possono i giudici - soprattutto ma non solo la Corte costituzionale - ricercare e stabilire il limite dell'attribuzione. Che questo limite sia dato dalla Costituzione è evidente, ma forse c'è anche qualcosa di più. La continua estensione dell'ambito di applicazione delle norme europee da parte della Corte di giustizia non può non trovare un'attenta e costante vigilanza, da parte degli organi giurisdizionali nazionali, sulla attribuzione dei poteri alle istituzioni europee.

So bene che questa affermazione potrebbe suonare blasfema alle orecchie della Corte di giustizia e di quanti ne condividono l'ideologia monista; però è bene che si comprenda che non può essere accettata acriticamente una ideologia pan-internazionalistica che cozza contro le fondamenta dogmatiche dei rapporti tra Stati e Unione. È pur vero che questi rapporti sono tutt'altro che consolidati, e che, ancora una volta, ci mancano categorie dogmatiche che li riassumano e li sistemino; ma è anche vero che l'assenza di categorie non può giustificare l'interpretazione "libera" delle relazioni tra ordinamento europeo e gli ordinamenti nazionali. Finora la Corte di giustizia è stata abbastanza libera di ricostruire questi rapporti, senza mostrare il doveroso rispetto delle strutture dogmatiche del diritto europeo, inteso nel senso non del diritto delle istituzioni europee ma di quello dei paesi d'Europa: e neppure dei suoi stessi precedenti, visto che la dottrina degli effetti diretti - giustificata in origine dall'esigenza di fornire a diritti e interessi individuali una tutela nei confronti degli Stati che non adempiono agli obblighi comunitari - è stata «cannibalizzata» (uso l'espressione impiegata da Daniele Gallo nel suo bel libro) da un generico appello alla «prevalenza» del diritto europeo - appello che non rinvia a una «forma dogmatica» dei rapporti tra ordinamenti, ma è un mero proclama ideologico. Riportare la Corte di giustizia a un'argomentazione seria e dogmatica mi sembrerebbe un approdo necessario anche perché ogni tanto bisognerebbe rimettere le cose al loro posto. Per rimetterle al loro posto, bisogna che questo posto abbia una forma, cioè un'organizzazione dogmatica.

Scrivendo Edward Levi che l'importanza di una costituzione scritta si vede soprattutto in questo, nella possibilità di appellarsi alla lettera della costituzione per interrompere una sequenza di precedenti stravaganti e riportare la giurisprudenza a una lettura agganciata al testo. Lui scriveva in un ambiente di *common law*, ma anche l'ambiente del diritto europeo è fatto di giurisprudenza e di precedenti (molto spesso mal rispettati). Anche in ambiente europeo, di conseguenza, il ritorno alla lettera del trattato e delle costituzioni

può essere il punto da cui riprendere una costruzione degli schemi dogmatici del diritto europeo che sia soddisfacente. Questa ricostruzione dogmatica non dovrebbe smentire *Granital*, ma completarne il disegno. Completarla nel senso di meglio definire quel punto debole che ha fatto diventare irrealistica la sua applicazione, cioè in che modo opera il criterio della competenza.