

Diritti sociali e crisi del costituzionalismo europeo*

Marzia Barbera

1. Il costituzionalismo nella tradizione giuslavoristica e il nuovo “soft constitutionalism”.	127
2. La fiducia perduta nella Corte di giustizia.	128
3. Due linee di difesa dei diritti: il nuovo patriottismo costituzionale e la tutela multilivello.	131
4. Ritorno alle teorie dualiste?	132

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 95/2012

1. Il costituzionalismo nella tradizione giuslavoristica e il nuovo “soft constitutionalism”.

Nella tradizione giuslavoristica italiana i diritti fondamentali hanno costituito per lungo tempo lo sfondo del discorso giuridico, la premessa di valore di un modello di regolazione giuridica che veniva però visto svolgersi principalmente sul piano dell'effettività.

Questo ha comportato il fatto che il costituzionalismo “legalista”, con la sua tradizione di garantismo individuale che vedeva nella legge e nei giudici gli strumenti principali del processo di avvevamento del patto costituzionale, sia rimasto una corrente minoritaria rispetto alla corrente pluralista, che affidava alle pratiche sociali, in particolare alla contrattazione collettiva, la protezione dei diritti individuali fondamentali.

Lo stesso modo di intendere la Costituzione, del resto, guardava coerentemente, più che alla sua dimensione formale-istituzionale, alla sua dimensione storico-politica, e si vedeva nell'autoregolazione sociale e nelle istituzioni sociali che rappresentavano gli interessi del lavoro la traduzione volta per volta storicamente possibile, la più alta, dei valori costituzionali. Da ciò, al fatto di intendere lo stesso ordinamento sindacale come un ordinamento auto concluso e autosufficiente, il passo poteva anche essere breve.

Tale tradizione pluralista, a prescindere dal giudizio che se ne voglia dare circa il suo stato di salute attuale, non si è mai trasposta sul piano comunitario: il diritto comunitario è stato un diritto coerentemente “statalista”, se mai ve n'è stato uno. E questo non perché, come talvolta pare fare intendere qualche studioso, con una curiosa inversione di metodo, il diritto alla contrattazione collettiva, fino alla Carta di Nizza, non sia mai stato espressamente riconosciuto come diritto fondamentale comunitario, ma perché per lungo tempo sono mancati i presupposti materiali dell'autoregolamentazione sociale: gli attori e gli obiettivi negoziabili, in primo luogo. La contrattazione collettiva europea ha conosciuto solo in questi ultimi anni uno sviluppo apprezzabile anche in termini di risultati normativi. Questi, però, si sono prodotti solo a condizione di rimanere fedeli a un approccio di regolazione leggera e orientata alla procedura e/o sono apparsi serventi rispetto all'obiettivo della Commissione di superare l'impasse regolativa degli anni '80 e '90³⁹¹. Ancora una volta, più che l'assenza di una radice costituzionale, è stata l'assenza dei presupposti sostanziali dell'autoregolazione collettiva a determinare quest'esito. Il che lo si può anche leggere come una conferma degli assunti pluralistici.

Vi è allora un curioso paradosso storico nella rivincita che la linea del costituzionalismo ha conosciuto tra i giuslavoristi che si occupano di diritto sociale europeo. Certo, non si è trattato di una mera riedizione a livello sovranazionale del costituzionalismo statale. I più hanno fatto riferimento a un nuovo “*soft constitutionalism*” sovranazionale, a un costituzionalismo, cioè, che ha rinunciato a ogni pretesa di unitarietà e gerarchia degli ordinamenti, che descrive il sistema di governo come una struttura post-moderna di “*governo reticolare*” (e dunque talvolta predilige il termine *governance*) e la stessa forma giuridica come una forma “*destrutturata e multiforme*”³⁹². Ma

³⁹¹ Sul carattere *sui generis* della contrattazione collettiva europea, cfr. A. Lo Faro, *Funzioni e finzioni della contrattazione collettiva comunitaria*, Milano, Giuffrè, 1999; M. Peruzzi, *L'autonomia nel dialogo sociale europeo*, Bologna, il Mulino, 2011; B. Caruso, A. Alaimo, *Il contratto collettivo nell'ordinamento dell'Unione europea*, WP C.S.D.L.E. Massimo D'Antona, INT - 87/2011.

³⁹² V. N. Walker, *Postnational Constitutionalism and the Problem of Translation*, in J. H. H. Weiler, M. Wind (eds), *European Constitutionalism Beyond the State*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. 35 ss.

l'idea di fondo, comunque, è che debba essere il diritto - i valori costituzionali di libertà, eguaglianza e solidarietà presenti nelle tradizioni costituzionali comuni e nell'ordinamento europeo – e non solo la politica e il mercato a conformare la struttura, i processi materiali di allocazione e redistribuzione delle risorse, e che vi debba essere una serie di principi comuni in grado anche di risolvere i conflitti fra ordinamenti di diverso livello.

È stata questa la strada imboccata negli anni '90 per fronteggiare il disorientamento provocato nei giuslavoristi da quello che è stato definito come il "*cambiamento di paradigma*" della politica sociale europea³⁹³, cambiamento che si manifestava non solo nel mutamento delle politiche stesse (che assumevano tratti marcatamente liberisti), ma anche nelle tecniche giuridiche di regolazione adottate. La caratteristica principale di tali tecniche era di presentarsi come un'alternativa all'armonizzazione funzionalista o coesiva alla quale era stato a lungo associato il processo di integrazione comunitario, basato sull'adozione di standard minimi uniformi e su norme di carattere vincolante. Il nuovo approccio si caratterizzava per il ricorso a norme procedurali e a orientamenti generali applicabili in modo variabile, piuttosto che a norme sostanziali, dettagliate e poco flessibili.

Quando, già negli anni '80, al tempo dei cd. *Sunday trading cases*³⁹⁴, la comunità giuslavoristica si era interrogata sugli antidoti all'infiltrazione del diritto della concorrenza nel campo del diritto sociale, la proposta più forte era stata quella di includere nel Trattato una Carta dei diritti. Lo stesso accade dieci anni dopo, nel momento in cui, con il lancio della Strategia europea per l'occupazione, le forme più accentratrici e costruttivistiche di armonizzazione trasmutano in quelle dell' "armonizzazione riflessiva", basata sul metodo di coordinamento aperto (MAC) e sulla *soft law*.

2. La fiducia perduta nella Corte di giustizia.

I rischi dell'armonizzazione riflessiva sono risultati subito chiari ai giuslavoristi, sia quelli più direttamente legati al suo *significato politico*, che è sembrato favorire soprattutto il discorso sulla flessibilizzazione condotto da tempo all'interno della strategia della moneta unica, sia quelli legati ai *metodi di regolazione* impiegati, che (come si è già detto) privilegiano obiettivi e politiche più che norme prescrittive e si traducono in interventi "post-regolativi"³⁹⁵.

Non solo il MAC ma anche le direttive di nuova generazione, basate prevalentemente sulla tutela antidiscriminatoria, sono riconducibili a questo nuovo approccio all'integrazione europea. Tuttavia, solo nel primo caso si può correttamente parlare di una "denormativizzazione" delle politiche europee, vale a dire del ricorso a un modello di regolazione puramente sperimentale e consequenzialista. Lo stesso non può dirsi a proposito delle direttive in tema di discriminazione. L'esame della giurisprudenza della Corte di Giustizia (a partire dal caso *Mangold*, causa C-144/04)

³⁹³ Cfr. S. Giubboni, *L'uropeizzazione del diritto del lavoro italiano. Spunti d'analisi*, URGE Working Papers n. 6/2007, p. 2.

³⁹⁴ Fra le sentenze del filone dei c.d. *Sunday trading cases*, riguardanti l'interpretazione dell'art. 28 TCE, si v. C-145/88, *Torfaen*; per una valutazione complessiva di quella giurisprudenza v. M. Roccella, *La Corte di Giustizia e il diritto del lavoro*, Torino, Giappichelli, 1997, p. 27 ss.

³⁹⁵ Cfr. M. Barbera, *Introduzione. I problemi teorici e pratici posti dal Metodo di coordinamento aperto delle politiche sociali*, in M. Barbera (a cura di) *Nuove forme di regolazione: il metodo aperto di coordinamento*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 1 s.

mostra che quando sono in opera norme di carattere *hard*, sia pure nella forma di principi generali e diritti fondamentali, i vincoli alle decisioni pubbliche e private sono stringenti. Il che basterebbe a dar torto al divertente, ma fundamentalmente falso, aforisma di Weiler: “*date loro (agli europei) pane e diritti*” non è come dire “*date loro pane e svaghi*”. Questo spiega il riflesso per così dire “*kelseniano*”³⁹⁶ della dottrina giuslavoristica di fronte alla denormativizzazione delle politiche sociali europee: occorre risalire a norme della cui validità non si potesse ulteriormente discutere in termini consequenzialisti, e queste non potevano che essere principi e diritti fondamentali.

La fiducia nell’affermazione di un catalogo dei diritti fondamentali anche a livello europeo, come nuova frontiera di un rapporto virtuoso tra integrazione europea e diritti del lavoro nazionale, si può dire sia stato il “*mantra*” più ripetuto dalla dottrina giuslavoristica italiana (e non solo) di questi ultimi anni. Tuttavia, a quale forma di costituzionalismo ci si riferisce oggi quando si parla di costituzionalismo europeo? È abbastanza chiaro, lo si è già accennato, che non si tratta di una riedizione su scala sovranazionale del vecchio costituzionalismo nazionale. Si è parlato prima di “*soft constitutionalism*”. Più concretamente, questo significa che, fra i possibili modelli ideal-tipici di costituzionalismo, il modello che sembra oggi incontrare maggior favore è quello di costituzionalismo non gerarchico ma cooperativo, di un’ “*integrazione intercostituzionale*”, di una tutela multilivello che preveda però soglie inderogabili di trattamento, presidiate da norme imperative e da clausole di non regresso, che dovrebbero definire gli elementi di uniformità e gli elementi di differenziazione dei diversi ordinamenti³⁹⁷. In questa prospettiva, la Carta di Nizza/Strasburgo, assunto lo stesso valore giuridico dei Trattati, verrebbe a giocare il ruolo tipico di tutte le carte dei diritti costituzionali. La costituzionalizzazione dei diritti sociali fondamentali dovrebbe servire a stabilire una garanzia minima ai diritti sociali nazionali, allo scopo di salvaguardarli, aprendo al tempo stesso alla “*scoperta cooperativa*” di nuovi significati dei diritti stessi dunque; ma anche, sia pure in una prospettiva ancora lontana, a configurare diritti sociali comuni, cui dovrebbero corrispondere poteri di allocazione e redistribuzione dell’UE.

Benché il problema di quali siano le politiche e le risorse capaci di realizzare tali obiettivi non sia del tutto ignorato nella riflessione dei giuslavoristi che si occupano di costituzionalismo europeo³⁹⁸, tuttavia è chiaro come il perno centrale di questa forma di integrazione siano, ancora una volta, i giudici. Per riprendere un’espressione usata da Silvana Sciarra³⁹⁹, “*in judges we trust*”: sono i giudici lo strumento principale di avveramento dei diritti sociali.

Dunque, un effetto indubbio dell’affermazione dei diritti fondamentali, come osserva Antonio Lo Faro, è quello di riproporre una delle caratteristiche storiche del processo d’integrazione comunitario, ossia l’assunzione di un ruolo decisivo della mediazione giudiziale, quale sede in cui individuare il punto di equilibrio tra le contrapposte esigenze economiche e solidariste⁴⁰⁰.

³⁹⁶ Di una “*strana combinazione fra Kelsen e Schmitt*” parla Weiler in *Federalism and Constitutionalism: Europe's Sonderweg*, Jean Monnet Working Papers, n. 10/00, a proposito della ricerca, da parte degli autori che teorizzano un costituzionalismo europeo, di una “*Grundnorm*” capace di fondare la fonte ultima di autorità in caso di conflitti estremi.

³⁹⁷ Cfr. S. Sciarra, *Norme imperative nazionali ed europee: le finalità del diritto del lavoro*, in *GDLRI*, 2006, p. 39 ss.

³⁹⁸ Cfr. S. Giubboni, *Diritti e solidarietà in Europa*, Bologna, il Mulino, 2012, p. 87 e 233.

³⁹⁹ Cfr. S. Sciarra, *Trusting Judges to Deliver Changes: Italy, the EU and Labour Law*, Jean Monnet Working Papers, n. 1/08.

⁴⁰⁰ Cfr. A. Lo Faro, *Diritti sociali e libertà economiche del mercato interno: considerazioni minime in margine ai casi Laval e Viking*, in *LD*, 2008, p. 65.

E qui, tuttavia, si rivela un paradosso dell'approccio costituzionalista: la Corte non gode più della fiducia che le era stata assicurata in passato.

I casi *Laval* (causa C-341/05), *Viking* (causa C-438/05), *Ruffert* (causa C-346/06), *Commissione c. Lussemburgo* (causa C-319/06), sembrano apertamente dimostrare che, nei conflitti provocati dalla nuova affermazione dei diritti sociali rispetto alla risalente affermazione delle libertà economiche, la Corte di Giustizia gioca un ruolo di arbitro tutt'altro che imparziale, giacché, nelle decisioni della Corte, "il bilanciamento è orientato dalla pre-comprensione del valore preminente dell'integrazione del mercato."⁴⁰¹

Di più: vi è chi ritiene che il bilanciamento non potrà mai sortire un risultato opposto, in conseguenza di quella che era stata avvertita come una virtù della Carta di Nizza e che ora pare diventata il suo vizio principale, cioè la mancanza di una relazione gerarchica tra principi e valori costituzionali.

La Carta ha riformulato la qualificazione dei diritti sociali nella direzione della indivisibilità e dell'universalità dei diritti, superando quella lettura dicotomica dei diritti che ha costituito per lungo tempo una delle ragioni principali dello stato di "minorità" di cui hanno sofferto i diritti sociali, per porre i diritti sociali su un piano di eguale dignità e di eguale valore rispetto ai classici diritti di libertà (diritti politici, diritti civili). Tuttavia la Carta, è stato osservato, non propone una scala di valori, non compie specifici bilanciamenti di valori (ad esempio, manca una norma come l'art. 41 della nostra Costituzione), non indica, per ciascun diritto, quali limiti possano essere apposti al suo esercizio. L'art. 52 si limita a stabilire che le limitazioni devono essere previste per legge e rispettare il contenuto essenziale dei diritti, e che, nel rispetto del principio di proporzionalità, esse possano essere apportate solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui. Come si vede, si tratta di clausole molto generali, molto più vaghe delle riserve contenute nelle costituzioni nazionali.

E sarebbe proprio questa indeterminatezza ad aver consentito alla Corte di riaffermare il vecchio credo funzionalista: la Corte, più che compiere un bilanciamento, sarebbe ritornata a risolvere il conflitto fra diritti sociali e libertà economiche alla luce del principio del primato del diritto comunitario, determinando così l'inevitabile prevalenza delle libertà economiche. Infatti, "oggetto primario della sua attività ermeneutica non poteva che essere la libertà di mercato sancita dall'art. 49 TUE. Non certo il diritto di sciopero, per la semplice ragione che il diritto di sciopero nei Trattati non c'è"⁴⁰². Insomma, la posizione della Corte di Giustizia sarebbe *path-dependent* e la stessa costituzionalizzazione dei diritti sociali, paradossalmente, non farebbe, a sua volta, che costituzionalizzare questo esito *path – dependent*⁴⁰³.

⁴⁰¹ Cfr. G. Fontana, *Libertà sindacale in Italia e in Europa. Dai principi ai conflitti*, Working Papers C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" Int., n. 78/2010, p. 61.

⁴⁰² Cfr. A. Lo Faro, *Diritto al conflitto e conflitto di diritti nel mercato unico: lo sciopero al tempo della libera circolazione*, in *RDPE*, 2010, p. 51.

⁴⁰³ Fondamentalmente nello stesso senso U. Carabelli, *Europa dei mercati e conflitto sociale*, Bari, Cacucci, 2009, p. 156.

I disastrosi effetti della giurisprudenza comunitaria scaturita da questa linea di tendenza sarebbero platealmente evidenti proprio nelle sue ricadute nazionali. Il Tribunale del lavoro svedese, dando seguito alla sentenza *Laval*, ha condannato il sindacato svedese ad un pesante risarcimento del danno, sia patrimoniale che punitivo. E il legislatore svedese si è premurato di modificare la legge che rendeva immune dalle regole civilistiche l'azione collettiva⁴⁰⁴.

3. Due linee di difesa dei diritti: il nuovo patriottismo costituzionale e la tutela multilivello.

Di fronte a quella che appare come un'effettiva empassa della linea del costituzionalismo europeo si sono manifestate due opposte tendenze. La prima coincide con un nuovo "*patriottismo costituzionale*"⁴⁰⁵, vale a dire un ritorno alla propria identità costituzionale nazionale che, per l'appunto, consentirebbe anche di tornare a una gerarchia prestabilita (e democraticamente condivisa) di principi e valori. La seconda affida la protezione dei diritti sociali fondamentali non più a una sola Carta o a una sola Corte (nazionale o europea che sia) ma a una tutela e a una giurisprudenza multilivello, a un dialogo fra le Corti attento a costruire un sistema che valorizzi davvero i diritti fondamentali costituzionalizzati.

Tutte e due le posizioni presentano aspetti problematici.

Non posso soffermarmi qui sulla prima, rispetto alla quale mi sento solo di osservare che è dubbio che le costituzioni nazionali democratico-pluralistiche rinvino davvero a una gerarchia prestabilita di principi e valori. Mi vorrei soffermare invece sulla fiducia nella tutela multilivello e nella reciproca contaminazione (*cross fertilizing effect*) fra gli ordinamenti come nuova frontiera di un rapporto "virtuoso" tra costituzionalismo sovranazionale e protezione dei diritti fondamentali.

Bruno Caruso è fra gli autori italiani che hanno maggiormente valorizzato questa prospettiva. La Carta dei diritti fondamentali, con il suo richiamo ai principi costituzionali comuni e alla CEDU, assumerebbe "*un profilo ricognitivo all'interno di una dimensione spaziale che rinnova i diritti per il fatto stesso di questa nuova proiezione*". Il suo valore aggiunto, dunque, si collocherebbe "*nella inevitabile lievitazione sopranazionale — che la Carta reca con sé — delle strategie di tutela giurisdizionale effettiva dei diritti fondamentali, ben di là delle impotenti dichiarazioni presenti nelle varie Carte internazionali e nella pochezza degli strumenti attuativi di cui esse dispongono*"⁴⁰⁶.

Bruno Caruso non è il solo a pensarla in tal modo. Secondo Giuseppe Bronzini, gli effetti di questa "*lievitazione dei diritti*" si stanno già avvertendo. Egli li collega, in particolare, all'efficacia diretta dei principi fondamentali e cita, a questo proposito, le sentenze della Corte di Giustizia in tema di principio di non discriminazione, osservando che casi come *Mangold* costituiscono "*il più importante avanzamento, insieme, paradossalmente, alle stesse Viking e Laval che hanno tentato un (assai imperfetto, come si è accennato) bilanciamento tra libertà comunitarie e diritti di natura*

⁴⁰⁴ Cfr. J. Malmberg, *I rimedi nazionali contro le azioni collettive intraprese in violazione del diritto dell'Unione. Il caso svedese*, in *GDRI*, 2011, p. 371 ss.

⁴⁰⁵ Così lo definisce B. Caruso, in *I diritti sociali nello spazio sociale sovranazionale e nazionale: indifferenza, conflitto o integrazione? (prime riflessioni a ridosso dei casi Laval e Viking)*, Working Papers C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", Int., n. 61/2008, p.19.

⁴⁰⁶ Cfr. B. Caruso, *Costituzioni e diritti sociali: lo stato dell'arte*, in), Working Papers C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", Collective Volumes, n. 1/2011, p. 2.

collettiva, ma vincolante direttamente le parti sociali, verso il riconoscimento di un'efficacia diretta orizzontale dei diritti"⁴⁰⁷.

In realtà, il concetto di "tutela multilivello" scioglie solo apparentemente la dicotomia tra teorie monistiche e teorie dualistiche (o meglio pluralistiche degli ordinamenti): anche i sistemi multilivello hanno il bisogno di risolvere il problema di stabilire a chi spetti "*the ultimate say*", l'ultima parola, e la partita si gioca proprio sul terreno dei principi e dei diritti fondamentali. La differenza è che, in questo caso, non esiste una chiara gerarchia fra ordinamenti ma principi e diritti fondamentali condivisi, il cui significato è oggetto di una continua disputa o, almeno, di una continua negoziazione.

L'ipotesi che è stata avanzata da alcuni autori (e fra di essi, chi scrive) è che i diritti fondamentali funzionino, in questo contesto, soprattutto come *trumps*, come briscole, nella gestione di conflitti fra ordinamenti e giurisdizioni⁴⁰⁸. La protezione dei diritti fondamentali è rivendicata dal giudice nazionale come competenza statale, ed è rivendicata dal giudice sovranazionale come competenza dell'Unione o dell'altra entità sovranazionale di cui si esercita la giurisdizione. Ecco che allora la protezione dei diritti fondamentali e l'attuazione dei principi fondamentali - specie del principio di uguaglianza - diventano il metro di misura di una decisione giudiziale in cerca di legittimazione.

Questa particolare funzione dei diritti fondamentali è evidente nella teoria dei contro-limiti che, operante già nel rapporto fra giurisdizioni statali e giurisdizione europee statuali, sembra destinata a riproporsi anche nel rapporto fra alte corti europee e non è detto che, in questa partita, la tradizionale deferenza dell'UE e delle sue corti verso la Corte di Strasburgo non lasci il passo a una diversa visione del rapporto fra diritto europeo e diritto internazionale, ora che si approssima un'epoca il cui la Corte di Giustizia può trovarsi a dover cedere il passo alla Corte CEDU.

4. Ritorno alle teorie dualiste?

Tale possibilità era stata evocata dallo stesso Presidente della CGE Skuris durante l'audizione svolta nel corso dei lavori della Convenzione europea: "*Regarding the Court of Justice in particular, it will effectively lose its sole right to deliver a final ruling on the legality of Community acts where a violation of a right guaranteed by the ECHR is at issue. In my view, there is nothing shocking in this: the position is the same when the constitutional or supreme courts of Member States test the constitutionality or legality of acts within their legal systems*".

La sentenza *Kadi* (cause riunite C-402/05 e C-415/05)⁴⁰⁹, resa su tutt'altro tipo di materia, ha anticipato le tensioni che il costituzionalismo europeo potrà trovarsi ad affrontare a tale riguardo.

⁴⁰⁷ Cfr. G. Bronzini, *Happy birthday; il primo anno di "obbligatorietà" della Carta di Nizza nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, Working Papers C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", Collective Volumes, n. 1/2011, p. 44.

⁴⁰⁸ Cfr. G. Itzcovich, *I diritti fondamentali come 'libertà dello Stato'. Sovranità dello Stato e sovranità dei diritti nel caso Federfarma*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, p. 267; M. Barbera, *Il ruolo del principio d'uguaglianza nei sistemi multilevel: riflettendo su alcune recenti sentenze della Corte di Giustizia*, in www.europeanrights, 2008.

⁴⁰⁹ In *Kadi* la Corte ha annullato il Regolamento del Consiglio 27 maggio 2002, n. 881, di attuazione di alcune risoluzioni del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite in tema di terrorismo internazionale, sulla base del quale i conti correnti bancari dei ricorrenti erano

Gràinne de Búrca, commentando la decisione⁴¹⁰, vi ha visto un brusco abbandono delle posizioni fin qui tenute dai giudici europei rispetto al valore del diritto internazionale nel diritto interno europeo.

In passato la Corte aveva seguito in proposito due diverse linee decisionali: da un parte aveva affermato il carattere vincolante del diritto internazionale consuetudinario (*Racke*, causa C-162/96) e dei trattati internazionali conclusi dalla Comunità o in cui la Comunità si fosse sostituita agli Stati membri (*International Fruit*, cause riunite 21/72 e 24/72; *Haegeman*, causa 181/73 e *Hauptzollamt Mainz*, causa 104/81,) e, più in generale, aveva sottolineato il “rispetto” che le istituzioni comunitario devono al diritto internazionale; dall’altra aveva adottato un approccio di tipo formalistico, sostenendo che condizione perché un trattato internazionale potesse fungere da standard di decisione giudiziale in ordine alla legittimità di un atto comunitario fosse quella che il trattato stesso fosse vincolante per la Comunità e conferisse diritti individuali invocabili in giudizio (cause in tema di GATT e WTO: *Germania c. Commissione*, causa C- 280/93; *Chiquita Italia*, causa C-469/93; *Portogallo c. Consiglio*, causa C- 149-96, nonché *Intertanko*, causa C-308/06, in tema di Convenzione Marpol 73/78 sulla prevenzione dell’inquinamento provocato da navi e UNCLOS Convenzione Onu sul diritto del mare). I due orientamenti, se potevano far concludere nel senso che non esistesse una chiara opzione a favore delle teorie moniste o di quelle pluraliste, convergavano comunque nell’auto-rappresentazione dell’Unione europea come un attore internazionale “virtuoso”, in contrapposizione all’ “eccezionalismo” predicato dalle corti statunitensi.

In *Kadi* la Corte sembra, viceversa, adottare un orientamento univocamente dualista. La Corte ricorda che “*un accordo internazionale non può pregiudicare il sistema delle competenze definito dai Trattati e, di conseguenza, l’autonomia dell’ordinamento giuridico comunitario di cui la Corte di giustizia assicura il rispetto in forza della competenza esclusiva di cui essa è investita*”; per poi concludere che “*gli obblighi imposti da un accordo internazionale non possono avere l’effetto di compromettere i principi costituzionali del Trattato CE, tra i quali vi è il principio secondo cui tutti gli atti comunitari devono rispettare i diritti fondamentali, atteso che tale rispetto costituisce il presupposto della loro legittimità, che spetta alla Corte controllare nell’ambito del sistema completo di mezzi di ricorso istituito dal Trattato stesso*”.

Leggendo queste affermazioni non si può fare a meno di concordare con la stessa de Búrca quando invita quanti hanno visto in *Kadi* una riaffermazione del valore universale dei diritti fondamentali a meditare su altre possibili implicazioni della decisione, e in particolare sull’abbandono delle posizioni pluraliste e sull’adozione di “un tono seccamente dualista”.

Come ricorda Bronzini, questo nuovo sviluppo non è sfuggito alla Corte costituzionale tedesca che, in quello che egli ritiene essere “*un passaggio velenoso del Lisbon Urteil*”, ha osservato che non ci sarebbe poi tanto da stupirsi per l’esercizio dei contro-limiti costituzionali interni nei confronti del diritto dell’Unione, posto che stessa Corte di giustizia ha esercitato con la sentenza *Kadi* i controlimiti europei nei confronti del diritto internazionale.

Secondo Bronzini, si tratterebbe di affermazioni suggestive ma errate, in quanto non vi sarebbe,

stati congelati. Due successive sentenze del Tribunale di prima istanza hanno poi annullato i provvedimenti emessi ai danni dei ricorrenti.

⁴¹⁰ G. de Búrca, *The European Court of Justice and the International Legal Order after Kadi*, Jean Monnet Working Paper n. 1/09.

in questo caso, alcun conflitto di giurisdizioni, giacché il sistema dell'ONU non prevede alcun sindacato giurisdizionale dei provvedimenti adottati: la Corte di Giustizia avrebbe “*solo anticipato la costruzione di necessarie, ed a questo punto urgenti, Corti internazionali con competenza generale sui provvedimenti emessi dall'ONU, che superino l'assurda situazione, già denunciata da Norberto Bobbio e da tanti altri, del 'terzo assente' a livello del diritto globale*”. Con la sua riaffermazione dell'esistenza di “*un giudice a Berlino*” anche nei confronti di quanto deciso da organi ONU, il caso *Kadi* sarebbe, dunque, un passo importante della costruzione di una vera giustizia multilivello, passo che, invece, la Corte di Strasburgo sino ad oggi non avrebbe voluto compiere ⁴¹¹.

Bronzini ha ragione quando osserva che il paragone è mal posto. In particolare, non regge il raffronto con la giurisprudenza sui controlimiti, perché questa presuppone una visione pluralista di ordinamenti interconnessi, mentre in *Kadi* ciascun ordinamento vive in una sfera separata. Ha torto, però, quando ritiene che la Corte europea si sia sostituita alla giurisdizione di una Corte internazionale assente, perché la prima, in realtà, non ha fatto che riaffermare la sua giurisdizione, giudicando della legittimità del Regolamento sulle sanzioni non sulla base del diritto internazionale ma sulla base del diritto interno (europeo). Dunque, è vero che non vi è un *conflitto* di giurisdizione, perché non vi è un'altra corte competente a decidere della medesima questione sulla base delle norme di un diverso sistema giuridico, ma vi è, però, una *questione* di giurisdizione, perché la Corte ha ritenuto di dover esercitare un controllo di legalità degli atti comunitari sulla base esclusiva del diritto dell'Unione. E vi è anche una questione di confini (e dunque di possibili conflitti) fra norme appartenenti a due sistemi giuridici diversi. Nonostante la Corte europea separi nettamente la questione della legittimità del Regolamento e delle sanzioni adottate dai Paesi membri da quella della legittimità della Risoluzione del Consiglio di sicurezza dell'Onu che ne è il presupposto, la sentenza comporta pur sempre per gli Stati membri la coesistenza di obblighi contrastanti: da una parte l'obbligo di conformarsi alle norme costituzionali dell'ordinamento giuridico dell'Unione, dall'altra l'obbligo, previsto dall'articolo 103 della Carta delle Nazioni Unite, di far prevalere la Carta in caso di conflitto. E non vi è un modo semplice per uscire da questo dilemma ⁴¹²

È vero che i termini della questione sono destinati a cambiare con l'adesione della UE alla CEDU ed è vero anche che, anche nel quadro attuale, come ricorda la stessa Corte “*la CEDU riveste un particolare significato*” per il sistema giuridico delle UE. Tuttavia, correrà anzitutto stabilire se tutte le norme CEDU entrino allo stesso titolo a far parte dell'ordinamento europeo e, in secondo luogo, come ho ricordato, la teoria dei controlimiti continuerà a fornire armi alla controversia su chi decide in ultima istanza dei principi e dei diritti fondamentali.

Weiler scriveva in *Europe's Sonderweg*: “*I do not think that a formal constitution is a useful response to other concerns such as the issue of competences*”. È dubbio che le dispute prima richiamate siano proprio il frutto della costituzione mancata. L'abbandono del progetto costituzionale non ha fatto ritornare l'Europa a uno stato pre-costituzionale, il costituzionalismo e il discorso costituzionalista rimangono lo stesso al centro della scena come modello di integrazione sovra-

⁴¹¹ Cfr. G. Bronzini, *op. ult. cit.*, p. 48.

⁴¹² J. W. Van Rossem, *Interaction between EU Law and International Law in the Light of Intertanko and Kadi: the Dilemma of Norms Binding the Member States but not the Community*, in Cleer Working Papers n. 4/2009, p. 22.

nazionale. Ma è probabile che, come osserva ancora Gráinne de Búrca, esso sia destinato a rendere più complesso invece che a risolvere il problema della legittimità dell'esercizio del potere oltre lo stato nazionale.