



# CAMMINO DIRITTO

Rivista di informazione giuridica  
<https://rivista.camminodiritto.it>



## LA TEORIA DEI CONTROLIMITI: UNA ELABORAZIONE DOTTRINALE CON MOLTI DUBBI

*La prevalenza del diritto dell' UE è assoluta e incondizionata, oppure, esistono degli eventuali limiti o delle circostanze in cui l'ordinamento europeo non prevale su quello interno? In particolare nel rapporto con la Carta Costituzionale, dove si colloca il diritto dell'UE?*

di **Giuseppe Mainas**

IUS/09 - ISTITUZIONI DI DIRITTO PUBBLICO

Articolo divulgativo - ISSN 2421-7123

Direttore responsabile

**Raffaele Giaquinto**

Publicato, Giovedì 27 Aprile 2017

## 1. Premessa

La giurisprudenza ha definito i **controlimiti** (1) quali ipotesi in cui il diritto dell'UE non può prevalere sul diritto interno, perché incontra un limite che determina una disapplicazione a contrario, ovvero il diritto UE cede il passo al diritto interno.

Quali sono i controlimiti? Sono quelli che volgarmente vengono definiti lo “zoccolo duro” della Costituzione, il nucleo fondamentale, cioè quelli che la Corte costituzionale definisce principi fondamentali dell'assetto costituzione e i principi inalienabili della persona. Nell'incontro tra norma europea e i principi enunciati, la prima viene meno, non prevale, dando spazio alle norme costituzionali. Si disapplica a contrario la norma europea, che non produce quell'effetto di primazia, non prevale sulle fonti interne.

## 2. Rapporto diritto interno – CEDU

La CEDU è un trattato di diritto internazionale, norma internazionale pattizia, in quanto tale il fondamento dei rapporti tra ordinamenti non può essere l'art. 10 Cost., che disciplina l'adeguamento del diritto interno alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute, cioè quelle consuetudinarie.

Il fondamento non è l'art. 10, né l'art. 11 Cost., perché la CEDU non garantisce la pace e la sicurezza tra le nazioni. Così facendo, si comprende che il rapporto tra ordinamento interno e CEDU non si fonda sulla rinuncia di sovranità.

La norma fulcro è l'articolo 117 della Costituzione. La CEDU entra nell'ordinamento interno per mezzo della previsione che impone al legislatore di rispettare il diritto internazionale, quindi l'obbligo di conformarsi alla CEDU.

Se il fondamento del rapporto è l'articolo 117 Cost., la CEDU nel sistema delle fonti si colloca in una posizione subordinata rispetto la Costituzione e sovraordinata alla legge. La Costituzione ordina al legislatore di adeguarsi alla CEDU; quindi la Costituzione è sovraordinata alla CEDU; la CEDU è posta al di sopra della legge. Si ha una posizione intermedia, si parla di **posizione interposta** tra Costituzione e legge ordinaria.

Se la CEDU è sovraordinata rispetto alla legge:

Il legislatore ha l'obbligo di conformarsi alla CEDU (parimenti a quanto avviene per il diritto dell'UE). Il legislatore ha l'obbligo di interpretare la legge in modo conforme

(**interpretazione conforme**). Dall'interpretazione delle norme interne all'interpretazione della CEDU. Chi interpreta il trattato? La Corte EDU, ovvero il giudice istituito dal trattato. L'interpretazione è accentrata presso la Corte di Strasburgo (**sindacato accentrato**). In caso di contrasto non sanabile in via interpretativa, lo strumento è uno e uno soltanto: la CEDU funge da **parametro interposto di legittimità costituzionale** della norma interna; se la norma interna viola la CEDU, parimenti viola l'articolo 117 della Costituzione. La CEDU dà contenuto all'articolo 117 Cost., poichè, il Costituente obbliga il legislatore al rispetto della CEDU. In caso di contrarietà, la norma interna è incostituzionale per violazione della CEDU e di riflesso per violazione dell'articolo 117 Cost. (**Sindacato accentrato della norma interna contrastante con la CEDU**). Tutto ciò è il risultato, la conseguenza naturale del sistema della gerarchia delle fonti. Ma la CEDU prevale sempre o ci sono dei controlimiti? Per quanto concerne il diritto UE, i controlimiti non sono individuati nella Costituzione tout court, ma nei principi fondamentali. Il diritto europeo prevale sulla Costituzione, salvo la supremazia dei diritti qualificabili come controlimiti. Per la CEDU valgono i medesimi controlimiti?

## 2.1. Primo controlimite: gerarchia delle fonti

Se la CEDU si colloca in posizione sub-costituzionale, è tenuta al rispetto di ogni norma costituzionale, cioè ogni norma della Costituzione costituisce un controlimite; se la CEDU è subordinata alla Costituzione, allora ne deriva il rispetto di ogni norma avente rango costituzionale (principio di gerarchia delle fonti. D'altro canto non può che essere così: infatti, se la norma contrasta con la CEDU e la stessa contrasta inevitabilmente con la Costituzione, la norma ordinaria è conforme alla Costituzione. Se la CEDU, nonostante la contrarietà con la Costituzione, potesse fungere da parametro interposto di validità, si arriverebbe al paradosso di affermare l'incostituzionalità della legge per contrasto con la CEDU, pur essendo la norma ordinaria conforme alla Costituzione. Non c'è dubbio che, per evitare questo paradosso, intanto la CEDU prevale e funge da parametro interposto, in quanto conforme alla Costituzione. Nel momento in cui dovesse la prima essere in contrasto con la Carta Costituzionale, allora interverrà il primo controlimite.

## 2.2. Secondo controlimite: art. 53 CEDU

La CEDU tutela i diritti fondamentali della persona, ma anche le norme interne tutelano i medesimi diritti, per cui lo stesso diritto fondamentale può venir regolamentato e tutelato dalla norma interna e dalla CEDU con livello di garanzia differente. Se la CEDU tutela un diritto fondamentale della persona, ma la norma interna tutela quello stesso diritto, in misura maggiore, è più garantista, la prima non può prevalere, perché se così fosse, si arriverebbe al paradosso di tutelare in misura minore il diritto invocato, verrebbe sconfessata la stessa funzione che la CEDU avrebbe. Questo controlimite è disciplinato

nell'art. 53 CEDU, informato al principio integrato, al **principio dell'integrazione delle tutele dei diritti fondamentali**. Quando l'ordinamento interno tutela in misura più garantista lo stesso diritto, la CEDU non può prevalere per cui continua a trovare applicazione la norma interna.

### 2.3. Terzo controlimite: il controbilanciamento

Anche se dovesse venir tutelato il precedente controlimite, con la conseguenza che la CEDU tuteli in misura maggiore il diritto medesimo, non è comunque detto che prevalga la norma pattizia, perché potrebbe subentrare il c.d. **controbilanciamento**. I principi fondamentali della persona sono tra loro confliggenti, sono principi dialettici al punto di divenire tra loro stessi contrastanti. Ad esempio, il principio della libertà di espressione (diritto di cronaca, diritto di critica e diritto di satira) entra in contrasto con un altro principio fondamentale, quello della riservatezza, della sfera intima della persona; più aumento la tutela di un diritto, più comprimo il diritto antitetico, proprio perché i diritti sono inversamente proporzionali. La tecnica del bilanciamento si fonda su questo: la CEDU potrebbe anche essere più garantista, però se quella maggior tutela comporta la compressione di un altro diritto fondamentale antitetico, bisogna a questo punto operare un bilanciamento. Bisogna stabilire cosa è preferibile, cosa è prevalente, bisogna valutare se è ottimale tutelare un diritto sacrificandone un altro, ovvero lasciare inalterato l'equilibrio già delineato dal sistema interno. Solo se la CEDU tutela di più un diritto, che non comporta alcuna compressione del diritto confligente, ovvero se sulla base del principio del bilanciamento sarebbe preferibile la compressione del diritto confligente, in questo caso si avrebbe prevalenza della norma pattizia su quella interna; viceversa scatterebbe il controlimite invocato, con riapplicazione della norma interna.

### 3. Sistema del doppio binario

La Corte Costituzionale individua dei principi che non sono mai comprimibili: quando la CEDU va ad innalzare il livello di garanzia del diritto alla persona, ma questa maggior tutela si ripercuote in danno di altri principi, non può prevalere; nel bilanciamento dei diritti non è possibile comprimere i principi individuati dalla Corte: **principio di uguaglianza e di solidarietà**. Se l'aumento di garanzia comporta una disuguaglianza o disparità di trattamento ingiustificata, allora la CEDU incontra il controlimiti e non può prevalere.

Questo sistema che potrebbe definirsi a **doppio binario**:

da un lato, i rapporti tra ordinamento interno e ordinamento europeo fondato su certe norme (art. 11 Cost.), su certi principi (primazia), su certi precipitati (controlimiti,

contrasto, ecc.); dall'altro, rapporti tra ordinamento interno e CEDU, fondato su altre norme (art. 117 Cost.), su altri controlimiti, su altre modalità di risoluzione dei conflitti. **4. Le modifiche apportate dal Trattato di Lisbona**

Tale sistema è stato messo in dubbio a seguito della modifica apportata dal Trattato di Lisbona all'art. 6 del Trattato sull'Unione europea; quest'articolo, prima della modifica, conteneva un riferimento solo mediato e indiretto alla CEDU. Il trattato unionale poneva un richiamo alla CEDU solo in via indiretta, così da risultare pacifico che quel richiamo non fosse una **internalizzazione** della CEDU nelle fonti del diritto UE. La CEDU rimaneva una norma di diritto internazionale pattizia per cui valeva il principio del doppio binario.

La modifica apportata dal Trattato di Lisbona ha modificato l'articolo 6 del Trattato sull'Unione europea, il quale afferma ora che l'UE aderisce alla CEDU e i diritti fondamentali della CEDU fanno parte dei diritti dell'UE in quanto principi generali.

Il primo approccio della giurisprudenza ha guardato la modifica come una unionalizzazione-internalizzazione della CEDU, dato il tenore letterale della norma ("L'UE aderisce alla CEDU"). La CEDU è divenuta una fonte del diritto UE, di conseguenza è divenuta norma di diretta ed immediata applicazione nell'ordinamento interno; salta il sistema del doppio binario, per cui in caso di contrasto si disapplica la norma interna.

Questa interpretazione della giurisprudenza interna è stata sconfessata sia dalla Corte Costituzionale sia dalla Corte di Giustizia che hanno affermato che la modifica apportata all'art. 6 per il momento non ha comportato internalizzazione, l'assorbimento della CEDU nel sistema delle fonti europee. Per le seguenti ragioni:

il riferimento che la norma fa alla CEDU continua ad essere un riferimento mediato e indiretto. La norma afferma i diritti fondamentali garantiti dalla CEDU fanno parte sì del diritto UE, ma in quanto principi generali. L'articolo 6 richiama direttamente i principi generali e solo indirettamente la CEDU, per cui non c'è un richiamo immediato al quest'ultima. Quello che la norma riconosce non è la CEDU, ma riconosce i principi generali, che poi sono contenuti alla CEDU. Per cui la CEDU resta estranea rispetto all'ordinamento dell'UE. Quest'ultima aderisce però alla CEDU, questo è quanto afferma la prima parte della norma. quando il legislatore ha voluto internalizzare espressamente una Carta, un Trattato lo ha fatto, infatti, lo stesso art. 6 in riferimento alla cd. Carte di Nizza, la Carta dei diritti fondamentali dell'UE, recita l'Unione riconosce i diritti sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'UE, che ha lo stesso valore giuridico dei Trattati. La Carta di Nizza ha lo stesso valore giuridico dei Trattati, cioè viene riconosciuto il

rango di fonte suprema del diritto dell'UE. Il legislatore "ubi volui dixit, ubi volui tacuit"; con la Carta di Nizza il legislatore ha voluto conferire espressamente valore parificato al diritto UE, cosa che non ha provveduto a fare per la CEDU. Solo la Carta di Nizza è stata prevista come fonte del diritto dell'UE. Il dettato normativo che recita "L'UE aderisce alla CEDU" è l'esplicazione di una norma precettiva, non programmatica; l'adesione da parte dell'ordinamento europeo ad un trattato comporta un atto di adesione che segue un procedimento legislativo che è disciplinato dal trattato. Visto che l'adesione non c'è stata la CEDU non è stata internalizzata, e fin quando non vi sarà adesione la CEDU continuerà ad essere una norma internazionale pattizia che risponde al doppio binario dei rapporti con l'ordinamento interno ai sensi dell'art.117 Cost. Quest'analisi ci consegna un dato: la tutela dei diritti della persona si fonda su un trittico di fonti, CEDU, Carta di Nizza e i principi generali, che appartengono alle tradizioni costituzionali degli Stati membri. Un sistema tripartito che consente, con la Carta di Nizza, di migliorare il sistema della tutela dei diritti fondamentali della persona, mettendo per iscritto i diritti fondamentali riconosciuti a livello europeo, tipizza i diritti; la CEDU va a rafforzare il sistema dei diritti perché attribuisce la tutela ad un giudice internazionale, tendenzialmente imparziale rispetto ad influenze politiche; i principi generali hanno una funzione di valvola di sicurezza. Se i principi fondamentali fossero quelli e solo quelli previsti dalla Carta di Nizza e dalla CEDU, il sistema sarebbe imbrigliato, potendo il giudice riconoscere solo quei diritti cristallizzati nella Carta di Nizza e nella CEDU.

I principi generali fungono da strumento che introduce elasticità nel sistema dei diritti fondamentali, consentono al giudice di individuare ulteriori figure di diritti non tipizzate attraverso l'analisi dei principi interni e costituzionali propri di ogni Stato nazionale. Consente l'adeguamento del sistema di tutela dei diritti fondamentali della persona al mutamento del complesso economico e sociale.

## Note

[1] Il principio di legalità è un controlimite? Cioè che cosa si intende per principi fondamentali dell'assetto costituzionale e principi inalienabili della persona? Il principio di legalità ex art. 25 Cost. rientra tra questi? **La questione è stata rimessa alla Corte Costituzionale dalla Corte di Appello di Milano con ordinanza 18 settembre 2015.**

La Corte di Appello di Milano rimette alla Corte costituzionale la questione relativa al principio di legalità e alla sua riconduzione nel novero del nucleo fondamentale della Costituzione. Nel caso specifico si è alla presenza di una norma interna che prevede un regime di prescrizione del reato più favorevole rispetto al regime di prescrizione ordinario previsto da un'altra norma. Abbiamo un regime di specialità, che permette alla norma speciale una disciplina più favorevole rispetto alla norma generale. Il reato sarebbe

prescritto applicando la norma speciale; il reato non sarebbe prescritto applicando la norma che comporta un regime di prescrizione più lungo. La norma interna più favorevole entra in contrasto con una norma europea di diretta applicazione; come andrebbe risolto il contrasto? Con la disapplicazione! Il giudice penale dovrebbe disapplicare la norma interna per contrasto con quella europea. La Corte ci dice che la conseguenza sarebbe l'applicazione della norma che prevede il regime di prescrizione più lungo; il reato risulterebbe non prescritto. Si sa che le norme sulla prescrizione sono norme sostanziali ed in quanto tali soggette al principio di legalità. Uno dei corollari del principio di legalità nel nostro diritto penale è il divieto della retroattività in malam partem. Quale sarebbe l'effetto della disapplicazione della norma interna più favorevole? La conseguenza sarebbe l'applicazione retroattiva in malam partem della norma di prescrizione più lungo. Cioè se il diritto dell'UE prevalesse con conseguente disapplicazione della norma interna, l'effetto della primazia del diritto dell'UE, sarebbe la violazione del principio di legalità, perché la disapplicazione comporterebbe l'applicazione retroattiva in malam parte del regime di prescrizione più lungo. Allora ci si domanda se il principio di legalità ex art. 25 Cost. è un controlimite, perché se così fosse, la norma europea non può prevalere. Se il principio di legalità è un controlimite, allora nel momento in cui una norma europea entri in contrasto con una norma interna, violando tale principio, si avrebbe disapplicazione a contrario, disapplicazione non della norma interna, bensì di quella europea. Così nel caso di specie si avrebbe applicazione della norma interna con conseguente prescrizione del reato.

Secondo la Corte di Appello il principio di legalità è un controlimite, per cui rimette alla Corte costituzionale, alla quale spetta l'ultima valutazione, in quanto giudice delle leggi. Se questa si esprimesse indicando il principio come controlimite allora scatterebbe la conseguente disapplicazione della norma interna.

---