

La nascita dell'argomentazione per (e con) “*diritti*” e “*principi*”
nell'ordinamento dell' Unione Europea
(*Federico Di Salvo**)

1. *Introduzione.*

Sul versante dell'esperienza comunitaria positiva, “*diritti* (fondamentali)” e “*principi*”, sia che se ne parlasse, sia che se ne omettesse qualsiasi riferimento, hanno segnato lo sfondo, sin dal primo decennio di vita delle Comunità europee, dell'intera storia dell'Unione, rappresentando croce e delizia di ogni giurista ora per la loro originaria ingombrante assenza, ora con la loro tardiva ma conquistata affermazione. In un'evoluzione che li ha sottratti dallo stato *inespresso* e *lacunoso* in cui si trovavano all'epoca del desolante silenzio dei Trattati istitutivi del 1957¹, “*principi*” e “*diritti*” si sono spalleggiati reciprocamente emergendo dapprima come fattori di tutela, integrazione, segni e baluardi di confine nel gioco speculare del riparto di competenze della Comunità e degli Stati membri, fino a svolgere quell'imprescindibile ruolo “costituzionale” per l'Unione che attualmente le istituzioni europee hanno compreso, e che oggi è loro riconosciuto².

Una tale presa di consapevolezza dell'Unione si è snodata inevitabilmente in senso coevo alle tappe storiche dell'integrazione istituzionale- e di queste ha risentito nelle sue più intime ragioni evolutive-, ma è stata essenzialmente un “percorso” logico-argomentativo e giurisprudenziale, giocatosi -come ha osservato attenta dottrina (AZZENA)-, “*tra giurisprudenza e scrittura*”³, cioè in una continua tensione tra strette logiche (particolaristiche) di tutela di posizioni ritenute di volta in

*Dottore di ricerca in Teoria e Storia del Diritto, Università degli Studi di Firenze e Avvocato del foro Fiorentino.

¹ Infatti, “probabilmente in ragione delle finalità soltanto economiche della costruzione comunitaria si era, in un primo tempo, ritenuto assente il rischio di una violazione dei diritti fondamentali da parte delle istituzioni comunitarie, e perciò non necessaria una competenza della Corte di giustizia, e complessivamente della Comunità in materia di diritti” (V. SCIARABBA, *Le vicende dei diritti fondamentali nel quadro della Comunità e dell'Unione Europea*, in *Tra Fonti e Corti. Diritti e principi fondamentali in Europa: profili costituzionali e comparati degli sviluppi sovranazionali*, Padova, CEDAM, 2008) In ogni caso, successivamente “l'assenza di disposizioni nell'ordinamento comunitario volte a tutelare i diritti fondamentali ha costituito per anni uno degli aspetti più controversi di tutto il processo di integrazione comunitaria. Questa lacuna aveva suscitato non poche perplessità nei diversi Stati, perché l'attribuzione alla Comunità di ampi poteri in materie che toccavano direttamente la vita dei cittadini europei non trovava alcun rimedio giurisdizionale nell'ipotesi in cui con gli atti comunitari fossero stati violati diritti fondamentali” (J. WOELK, *Op. cit.*). Quanto alle ragioni di tale lacuna, cfr. M. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, 1995, pag. 20, in nota n°9, e G. R. MORCHÓN, *La protezione dei diritti fondamentali nell'unione europea*, in *Ars Interpretandi*, 6, 2001, pp. 249-26..

² V. SCIARABBA, *Op. Cit.*; A. MANZELLA, *Dal mercato ai diritti*, cit.; WOELK, *La tutela dei diritti fondamentali in Europa prima della Carta*, cit.; G. TESAURO, *Il ruolo della Corte di Giustizia nell'elaborazione dei principi generali dell'ordinamento europeo e dei diritti fondamentali*, in Associazione italiana dei costituzionalisti, *Annuario 1999. La costituzione europea*, Padova CEDAM, 2000; L. AZZENA, *Integrazione europea e percorso dei diritti fondamentali tra giurisprudenza e scrittura*, in I. TRUJILLO, F. VIOLA (a cura di), *Identità, diritti, ragione pubblica in Europa*, Bologna 2007; A V. BOGDANDY, *Op. cit.*.

³ L. AZZENA, *Op. cit.*.

volta meritevoli di protezione giurisdizionale nazionale o comunitaria, e (ideali) logiche di politica legislativa internazionale. Un'evoluzione tra storia e argomenti.

2 Nel silenzio dei Trattati...il segno di categorie destinate a rimanere relegate nelle dogmatiche costituzionalistiche nazionali?

Il disegno politico europeo e le aspirazioni mercantilistiche originari, imponendosi con accordi internazionali di natura economico-commerciale quali i Trattati istitutivi della Comunità, non avevano lasciato spazio ad alcun catalogo di “diritti fondamentali” come tutele proprie dell’individuo-*persona* e neppure ad un generico riferimento a “principi”, fonti integratrici, criterio e misura della validità e legittimità degli atti delle istituzioni comunitarie.

La prospettiva del riconoscimento di fonti ulteriori a quelle tutrici della sola integrazione economica, ma di indole “garantista” e “struttural-costituzionale” dovette apparire “minaccios[a] perché potenzialmente capace di espandere i poteri attribuiti alla nuova Comunità”⁴, istituzione invero solo funzionale ad uno sviluppo economico e non concepita come nuovo potere pubblico di scala continentale, capace di dettare discipline incidenti sugli *status* personali dei cittadini e quindi da assoggettare a regole di *rule of law*.

E’ in questo contesto, infatti, che la Corte di Giustizia, in sintonia con lo spirito dei Trattati negli anni ’50 e primissimi anni ’60, escluse, con tre pronunce-manifesto⁵, che tra i propri compiti vi fosse quello di verificare il rispetto dei diritti fondamentali da parte della Comunità, riconoscere vincoli di legalità all’azione comunitaria, o tantomeno di costruire una gerarchia categoriale e ordinamentale delle fonti del nuovo diritto delle Comunità in base a istanze-salvagente della legalità quali quelle conosciute sinora nelle singole esperienze nazionali come i “principi dell’ordinamento”.

I tempi non erano ancora maturi per dotare dei crismi dello Stato di diritto il nuovo ordinamento nascente. Le categorie che invece già da anni, -talvolta da secoli- avevano rimodellato la dogmatica giuridica e la gerarchia delle fonti dei singoli stati nazionali stentavano a fare presa sulla concezione del nuovo diritto comunitario, materia ancora ben lungi dal possedere autonomia logica, metodologica e ordinamentale ma relegata a terra di confine tra il diritto pubblico nazionale e internazionale.

Peraltro, -stando ad una dichiarazione del *Solicitor General* d’Inghilterra e del Galles in un caso del 1978-, da parte di taluni neppure si sarebbe sentito il bisogno di una tale trasposizione,

⁴ G. F. MANCINI, *La tutela dei diritti dell’uomo: il ruolo della Corte di Giustizia*, in *Democrazia e Costituzionalismo nell’Unione europea*, Bologna, 2004.

⁵ La sentenza *Stork* del 4 febbraio 1959 in Causa C- 1/58, quella *Comptoirs de vente* del 18 luglio 1960 nelle Cause riunite in cause C- 36, 38 e 40/59, e la Sentenza *Sgarlata* del 1 aprile 1965 in Causa C-40/64.

talmente radicata era la convinzione che le categorie nazionali e quelle già esistenti a livello europeo fossero esaustive e autosufficienti. “Non si comprende, -disse l’alto giureconsulto anglosassone, - perché tante distinte persone perdano tanto tempo a discutere sulla necessità di un Bill of Rights che incorpori le disposizioni della Convenzione europea dei diritti dell’uomo quando ne abbiamo già uno nel Trattato di Roma”⁶.

Nella sentenza *Stork* del 4 febbraio 1958 e in quella *Comptoirs de vente* del 18 luglio 1960, la Corte affrontò la questione dei “diritti fondamentali” negandone il rilievo o l’effetto tutelare nei confronti degli atti da parte dell’Unione. Si dichiarò incompetente a giudicare dell’eventuale violazione di tali fonti (introdotte da uno strumento nazionale costituzionale: la *Grundgesetz* tedesca), da parte di comportamenti delle istituzioni comunitarie. Lo fece, come sottolinea SCIARABBA, “affermando che il suo compito era semplicemente quello di “garantire il rispetto del diritto nell’interpretazione del Trattato”, rifacendosi espressamente alla formula dell’allora art. 164 (ex art. 220 T. CEE, ora abrogato e rifluito sostanzialmente nell’art 19 TUE).

Sulla base dello stesso articolo, successivamente avrebbe fondato una giurisprudenza di segno opposto.

La disposizione invocata, secondo cui “la Corte di giustizia e il Tribunale di primo grado assicurano, nell’ambito delle rispettive competenze, il rispetto del diritto nell’interpretazione e nell’applicazione del presente trattato” infatti, come ha osservato attenta dottrina⁷, conteneva un ambiguo riferimento ad un non meglio precisato “diritto” di cui la Corte doveva garantire il rispetto⁸. Nell’argomentazione originaria della Corte questo avrebbe dovuto essere il “diritto” contenuto nel Trattato stesso, con il corollario che esso solo avrebbe assunto carattere superiore rispetto al diritto comunitario “derivato” e, nei limiti di quanto all’epoca concepibile, la sola “fonte-Trattato” sarebbe stata riconosciuta come titolare di una funzione intrinseca di vincolo di legittimità dell’azione comunitaria.

Di conseguenza la Corte sarebbe stata competente solo per la verifica del rispetto, da parte della Comunità, di tale vincolo costituito dai *dicta* del Trattato, (sprovvisto di una tutela delle posizioni iusfondamentali), e mai si sarebbero potuti eterointegrare altri parametri di legittimità⁹.

⁶ *Allgemeine Gold- und Silberschmiedenanstalt c/ Commissioners of Customs and Excise* (1978), in *Common Market Law Reports*, 292, riportato da G. F. MANCINI, *La tutela dei diritti dell’Uomo: il ruolo della Corte di Giustizia delle Comunità europee*, in *Riv. Trim. dir. e proc. Civ.*, 1989, 3.

⁷ V. SCIARABBA, *Op. Cit.*

⁸ Si noti la condotta predicata dai Trattati per il diritto: “il rispetto”, identico verbo previsto oggi dall’art. 51.1 della Carta dei diritti fondamentali a differenza della condotta richiesta in relazione ai “principi”: la (mera?) “osservanza”. Cfr. *infra*, Cap. III.

⁹ Non diverso, come riporta ROTTOLA, è l’atteggiamento della Corte nell’affare *Nold*, deciso con sentenza del 15 luglio 1960. In essa la Corte dice chiaramente: “La Corte, cui è demandato di sindacare la legittimità delle decisioni emanate dall’Alta Autorità...non è chiamata a garantire l’osservanza delle norme di diritto interno, sia pure costituzionale, vigenti nell’uno o nell’altro degli Stati membri; nel sindacare la legittimità di una decisione dell’Alta Autorità essa non

Diversamente, invece, sarebbe stato nel caso in cui per “*diritto*” ai sensi dell’articolo in parola alla stregua del quale valutare atti e comportamenti della Comunità, si fossero intesi anche contenuti eterointegrati da fonti o ordinamenti (come quelli degli Stati membri) ad essa esterni, ma a questa applicabili con un ragionamento analogico¹⁰.

In quegli stessi anni di assordante silenzio, la Corte, oltre a negare il salvagente dei “*diritti*” come istanze di tutela dei singoli, respinse anche dogmatiche incentrate sul ruolo dei “*principi generali dell’ordinamento*” quali fonti sovraordinate, anche statuali, al diritto comunitario ordinario a tutela e garanzia delle situazioni fondamentali individuali e della legalità della produzione normativa.

Nel caso *Sgarlata*¹¹, infatti, i ricorrenti italiani, sostenendo di essere in possesso di determinate qualità tali da essere legittimati a ricorrere per l’annullamento di una certa misura comunitaria che li ledeva, lamentavano che, ove fosse stata adottata un’interpretazione restrittiva dell’art 173 co.2 del TCEE, sarebbe stato loro negato tale legittimazione, e di conseguenza sarebbero stati privati di ogni tutela giurisdizionale, sia nell’ordinamento comunitario, sia nell’ordinamento interno. Questo avrebbe quindi costituito un sicuro contrasto con il “*principio*” di tutela giurisdizionale delle posizioni fondamentali, desumibile dal nostro ordinamento costituzionale (art. 24) e parte integrante dei “*principi fondamentali*” costituzionali vigenti e comuni in tutti i Paesi membri.

Senza addentrarsi in questo argomento, la Corte ritenne di non poter attribuire ai “*principi*” invocati dai ricorrenti né una collocazione rilevante nel sistema del diritto della Comunità – benché già presenti e operanti negli ordinamenti dei singoli Stati membri, e né riconobbe loro alcun peso prevalente rispetto al tenore restrittivo dell’articolo 173 del Trattato, con la conseguenza che i ricorrenti furono privati di tutela giurisdizionale.

La pronuncia in questione, ancorché la prima in ordine cronologico, sanciva la chiusura solenne e definitiva della Corte di giustizia alla prospettiva di estendere e accettare le teorie e dogmatiche dei principi sviluppatasi negli alvei giuridico-dottrinali nazionali¹², all’ambito disciplinare del nuovo diritto comunitario nascente. Ciò produsse le note conseguenze

può pertanto interpretare né applicare l’art. 14 della legge fondamentale tedesca”. (A. ROTTOLA, *Il problema della tutela dei diritti fondamentali nell’ambito dell’ordinamento comunitario*, in Rivista di diritto europeo, 1978, 219.

¹⁰ Ed è questa seconda interpretazione, come si vedrà più avanti (cfr. *infra*, par. II.1.2), il grimaldello con cui la fantasia della giurisprudenza comunitaria forzerà, in combinato con il secondo paragrafo dell’art 215 (poi art. 288 TCE), il silenzio di tutela in materia.

¹¹ del 1 aprile 1965, in Causa C-40/64.

¹² Intesi come *limite* e come *fonte*.

ordinamentali di rigidità e resistenza che solo nei decenni successivi, e con l'intenso dialogo con le Corti costituzionali nazionali furono smussate¹³.

Sembrava proprio che le categorie di *diritti* e *principi* rimanessero destinate a rappresentare concetti, fonti, garanzie e materia di studio solo nazionali. Eppure, proprio nel cuore dei passaggi argomentativi delle pronunce della Corte si nascondeva il germe logico e interpretativo della grande svolta che di lì a poco avrebbe generato il “miracolo giuridico” (SCIARABBA).

In particolare, la disposizione invocata a fondamento della chiusura della Corte secondo cui *“la Corte di giustizia e il Tribunale di primo grado assicurano, nell'ambito delle rispettive competenze, il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione del presente trattato”* come si è detto, nel suo tenore letterale non avrebbe impedito che per “diritto” alla stregua del quale compiere il sindacato previsto si fossero intesi anche fonti o ordinamenti (come quelli degli Stati membri) diversi da quello comunitario, in esso importabili.

3 L’”Integrazione selettiva”: la CGCE e l’estrapolazione induttiva dei “principi” dalle posizioni iusfondamentali già presenti e comuni agli Stati membri. La nascita di una nuova fonte: i “principi generali del diritto comunitario”.

Qualche anno più tardi e quasi per un ironico destino, la Corte, a disciplina normativa invariata e quindi nel perdurante silenzio dei Trattati, operò il più “miracoloso” cambio di rotta giuridico della storia dell’Unione, intraprendendo un *revirement* giurisprudenziale¹⁴ che avrebbe sancito il suo ruolo di “grande protagonista del progressivo riconoscimento dei diritti fondamentali” e delle istanze di legalità e garanzia “nell’ordinamento europeo” (MANZELLA).

Evidentemente, i tempi per assoggettare anche la Comunità alle regole dello Stato di diritto maturarono. “Fu solo quando l’Europa politica iniziò a crescere con istituzioni non solo economiche – e il momento centrale fu certamente l’elezione diretta del suo Parlamento- che i diritti, tutti i diritti, cominciarono ad essere considerati come patrimonio comune dei cittadini europei, indipendentemente dalla loro funzione mercantile”, e nel sistema delle categorie giuridiche crebbe l’esigenza di fonti integrative, interpretative e di garanzia “da far valere nei confronti del nuovo potere pubblico che si andava costituendo: il potere pubblico europeo”.

L’occasione per il cambio di rotta si pose con riferimento ai casi in materia di responsabilità extracontrattuale dell’Unione, e sulla base di una norma già presente nel Trattato. A tenore del

¹³ Il riferimento qui è al “dialogo” tra CGUE e Corte costituzionale verso la progressiva emancipazione della teoria della prevalenza del diritto comunitario su quello interno, definita “cammino comunitario” della Corte costituzionale (BARILE). Sul punto, ad esempio, M. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, 1995, *passim*, ma specialmente il Cap. I; G. ITZCOVICH, *Teorie e ideologie del diritto comunitario*, Torino, 2006, p. 135 e *passim*.

¹⁴ A. MANZELLA, *Dal mercato ai diritti*, cit.

secondo paragrafo dell'art. 215 del TCE (poi art. 288, ora art. 340 TfUE dopo il Trattato di Lisbona), infatti

“in materia di responsabilità extracontrattuale, l'Unione deve risarcire, *conformemente ai principi generali comuni ai diritti degli Stati membri*, i danni cagionati dalle sue istituzioni o dai suoi agenti nell'esercizio delle loro funzioni”. (art. 215 TCE)

Il ragionamento seguito dalla Corte, come ha illustrato SCARABBA¹⁵, fu il seguente. In perdurante ossequio all'art. 164 succitato, per cui suo compito giurisdizionale sarebbe comunque rimasto l'“assicurare il rispetto “*del diritto*” nell'interpretazione e applicazione del Trattato”¹⁶, e avallando una possibile interpretazione estensiva del termine “*diritto*” ivi previsto, comprensiva di fonti e formanti eterointegrati rispetto al Trattato stesso, la Corte accettò l'orientamento, fondato sulla norma *ex art. 215* appena riportata, secondo cui esistono e hanno generale rilevanza nell'ordinamento comunitario – e dunque sono *diritto* ai fini della norma in esame - taluni *principi generali* che siano comuni ai diritti degli Stati membri.

Questo semplice passaggio logico-argomentativo permetteva l'ingresso, in quello che pur sarebbe stato definito l'autonomo “ordinamento” giuridico comunitario¹⁷, di istanze ad esso esterne. Quel che più interessa, infatti, è che la norma, nel suo significato originario, prevedeva che certi elementi di diritto comunitario *interno* (il nocumento e il *quantum* risarcitorio da liquidare a seguito di una condotta della Comunità o di un suo agente) fossero integrati e valutati alla stregua di parametri giuridici (*principi...comuni*) *esterni* al patrimonio strettamente comunitario, e non necessariamente scritte, ma che fossero *desumibili*.

Di tale norma la Corte si avvalse quasi subito, “ben oltre i limiti della responsabilità extracontrattuale” (MANCINI) e, con un processo induttivo di ricognizione, muovendo spesso “da un'analisi comparativa delle normative degli Stati membri” (GAJA) si avviò a identificare e applicare tutta una serie di *principi* reperiti tra le istanze comuni agli ordinamenti degli Stati aderenti¹⁸, proprio come una *vera e propria nuova fonte del diritto comunitario*, che di esso fosse integratrice.

¹⁵ V. SCARABBA, *ivi*, p. 87 ss.

¹⁶ Che la Corte in realtà non abbia mai seguito alcun *revirement* giurisprudenziale ma sia rimasta coerentemente radicata alla sua logica giurisprudenziale è l'opinione di A. ROTTOLA, *Il problema della tutela dei diritti fondamentali nell'ambito dell'ordinamento comunitario*, in Rivista di diritto europeo, 1978, 219, il quale scrive che “in realtà la Corte ha soltanto – e costantemente- escludo che, ai fini della valutazione della validità di un atto comunitario, si possa tenere conto dei diritti fondamentali quali previsti dalle singole norme costituzionali degli Stati membri, ma non ha mai negato la necessità di una tutela degli stessi, sia pure in un quadro formale totalmente diverso da quello ricavabile dai singoli diritti costituzionali degli Stati membri” (p. 222).

¹⁷ Cfr. Sentt. 5 febbraio 1963, in causa C 26/62, *Van Gend & Loos*, e n. 1339/1986 in causa C-294/83, *Les Verts*.

¹⁸ Verrebbe da chiedersi cosa si intenda per principi, valori, o tradizioni *comuni*. “E' indispensabile che, per essere accolto in sede comunitaria, il diritto sia garantito dagli ordinamenti di tutti gli stati? E che fare quando il grado di tutela offertone da ogni singolo Stato è diverso, come avviene soprattutto nel caso dei diritti economici e sociali? Dovrà la Corte assumerlo nella forma della protezione *massima* o *minima* o, ancora, in quella che risulta dalla *media* aritmetica

Del resto, nonostante l'ambito di applicazione ristretto della norma (art 215, *cit.*) su cui tutto il costruito si fondava, l'integrabilità di regole non scritte riecheggiava anche nella previsione che istituiva il ricorso in annullamento (art. 173 TCE, poi art. 230, oggi art. 263) la quale già prefigurava motivi di illegittimità di atti o comportamenti comunitari per “*violazione... di qualsiasi regola di diritto*”. Questa combinazione consentì alla Corte di “attingere a piene mani dagli ordinamenti nazionali, di ricostruire .dei principi generali che fossero, per così dire, veramente generali a livello dell'Unione, nel duplice senso che essi:

- a) dal punto di vista contenutistico sostanziale travalicavano il limitato ambito che *ratione materiae* era inizialmente consentito dall'art. 215 par. 2 (responsabilità extracontrattuale), e,
- b) d'altro canto, erano applicati dalla Corte anche nell'esercizio di competenze *diverse* da quelle originariamente prefigurate (SCIARABBA).

Fu così che questi *principi* assursero ben presto alla duplice funzione:

- 1) da un lato di *strumento ermeneutico generale*, criterio d'interpretazione di *tutte* le norme comunitarie, comprese quelle dei trattati istitutivi, che dunque dovevano essere oggetto di interpretazione agli stessi conforme (GAJA);
- 2) dall'altro di *parametro di legalità*, per la valutazione della validità delle norme comunitarie derivate nei giudizi promossi in annullamento o in via pregiudiziale per l'interpretazione uniforme del diritto della Comunità¹⁹.

Indubbiamente, grazie ad un *judicial activism* senza precedenti, si stava verificando un cambiamento ordinamentale storico: un “miracolo giuridico” che dalla presa d'atto dell'esistenza di *principi comuni* agli ordinamenti *degli Stati membri*, portò, “nel giro di pochi anni a parlare di principi generali *dell'ordinamento comunitario*” (SCIARABBA). Questo movimento giurisprudenziale, in effetti è stato visto dalla dottrina come il segno di una giurisprudenza

delle varie forme? Alla soluzione di questi problemi giuridici sono giunti non subito, ma a seguito di un lungo processo assai poco rettilineo; tanto contorto, anzi, da far sì che su essa (intendo sulla sua stessa identificabilità, e non solo sulla sua fondatezza) la dottrina continui a esprimere dubbi facilmente accantonabili. Prescindendo comunque dal linguaggio spesso ambiguo e a volte contraddittorio delle sentenze [...], ritengo comunque di poter escludere: a) che “comune” sia solo il principio presente nel sistema di ogni Stato; b) che la Corte vada alla ricerca di *standards* massimi, minimi o medi. Il metro su cui essa misura le soluzioni che i vari sistemi le prospettano è dato dallo spirito del Trattato e dalle esigenze di una Comunità in via di edificazione: prescelta, dunque, è la forma di tutela più conforme a tali criteri o semplicemente a essa conforme se non c'è luogo a svolgere confronti perché il diritto che una parte invoca, pur non configgendosi con i principi fondamentali degli altri ordinamenti, risulta garantito da un solo sistema”. (G. F. MANCINI, *La tutela dei diritti dell'uomo: il ruolo della Corte di Giustizia*, in *Democrazia e Costituzionalismo nell'Unione europea*, Bologna, 2004). Sui criteri di selezione dei principi cfr. anche M. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, *cit.*, pp.30-33)

¹⁹ Sul punto, ad es., M. CARTABIA, *Op. cit.*, pag.21 in nota 10), e M. AKEHURST, *The application of General principles of Law by the Court of Justice of the European Communities*, in *British Yearbook of International law*, 1981, 29 ss.

costituente (ITZCOVICH) in linea con quel fenomeno di progressiva integrazione giuridica volto a riempire il vuoto dell' integrazione politica e decisionale degli stessi anni (WEILER²⁰).

La rivoluzione giurisprudenziale che stava avvenendo poggiava su un costrutto pretorio di *individuazione e estrapolazione di principi*, importabili nel sistema delle fonti da fonti esterne; paradigma che a questo punto, in questa sede storico-teorica, richiede un qualche approfondimento. Più precisamente, nell'ottica di ricostruire il modello più autentico di *principi* recepito nell'attuale Carta, occorre domandarsi quali fossero concetto, funzione, e – non ultimo- il metodo di estrapolazione dei *principi* accolti dalla Corte in quegli anni, tali da portare alla concezione tipica dei giorni nostri. Per quest'analisi ci rifaremo alle riflessioni di una comunitarista di solida formazione internazionalistica.

A) *Concetto*. Come è stato segnalato (ADINOLFI²¹), la terminologia utilizzata dalla Corte nell'enunciazione di tali principi non costituisce valido aiuto per una ricostruzione efficace del concetto, non rinvenendosi dello stesso una definizione univoca e omogenea. Nell'argomentare della Corte ricorre indistintamente la terminologia “*principi generali*” e “*fondamentali*”, “inoltre, uno stesso principio in alcune decisioni è stato qualificato dalla Corte come ‘fondamentale’, in altre come ‘generale’”²². Un'ipotesi che potrebbe prospettarsi sarebbe la distinzione tra “principi generali” e “fondamentali” in base alla loro origine, riconoscendosi come “fondamentali” solo quelli che furono estrapolati dalle Costituzioni o dalle cc.dd. “tradizioni costituzionali comuni” (cfr. *infra*), mentre “generali” potrebbero essere quelli desunti dallo spirito del Trattato o dell'ordinamento comunitario inteso in senso sistematico e teleologico²³. La dottrina (ADINOLFI, SAVINO) non ha tuttavia rilevato conseguenze in punto di efficacia o valore degli stessi in dipendenza dell'una o dell'altra qualificazione. Tutt'al più, come è stato sostenuto, le diverse definizioni potrebbero rispecchiare una graduazione della rilevanza attribuita al principio stesso, “alla quale eventualmente potrebbe corrispondere una loro più efficace tutela a livello comunitario”. Ciò che comunque deve notarsi, è che, spogliando la prima giurisprudenza della Corte sul punto, formatasi, come si è detto, sulla scia di quel movimento giurisprudenziale “costituente”, sia l'imprecisione terminologica che la vaghezza definitoria di tali fonti-strumenti argomentativi e

²⁰ J. H.H. WEILER, *The Community System: the dual Character of Supranationalism*, in *Yearbook of European Law*, 1, 1981, pp. 2676-306 citato da G. ITZCOVICH, *op.cit.*, p. 3.

²¹ A. ADINOLFI, *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e la loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1994. 521 ss.

²² Cfr. gli esempi portati da ADINOLFI, *cit.* Sul punto convergono tuttavia H. M. SAGMEISTER, *Die Grundsatznormen in der Europäischen Grundrechtcharta*, Berlino, 2010 e G. TESAURO, *Il ruolo della Corte di Giustizia nell'elaborazione dei principi generali dell'ordinamento europeo e dei diritti fondamentali*, in *Associazione italiana dei costituzionalisti, Annuario 1999. La costituzione europea*, Padova CEDAM, 2000,

²³ R. SAVINO, *Da un constitution-making ad un constitution-making process?*, *cit.*, p. 59.

ermeneutici abbiano favorito il ritagliarsi, da parte della Corte, di “spazi di discrezionalità entro i quali esercitare un’attività volta alla creazione di regole materiali”²⁴. Prova di ciò si ricava dal fatto che tutto il processo di estrapolazione e argomentazione sulla base di principi è avvenuto innanzi tutto con l’individuazione di *principi-chiave ermeneutico-metodologici o procedurali* (SAVINO) utili per fondare una sistema argomentativo e concettuale radicato sul concetto di stato costituzionale di diritto, sulla cui base legittimare le successive pronunce²⁵.

Tra i primi principi ad essere estrapolati, vi sono infatti i principi di *legalità*, di *certezza del diritto*, di *irretroattività*²⁶, di *proporzionalità*²⁷, di *supremazia del diritto comunitario*²⁸, dell’effetto utile, di *legittimo affidamento*²⁹ e di leale cooperazione³⁰.

B) *Funzione*. Oltre alla funzione metodologica appena ricordata e – per così dire- quasi *strumentale* al funzionamento della tutela interpretativo-applicativa apprestata dalla Corte, come si è già avuto modo di segnalare, il richiamo ai principi generali comuni, assolve nella giurisprudenza comunitaria essenzialmente alle tre funzioni:

- a. *interpretativa generale*;
- b. *di integrazione delle lacune*;
- c. *di parametro per il controllo di legittimità degli atti emanati dagli organi delle Comunità nell’esercizio delle competenze affidatele dal Trattato*.

Per il primo aspetto, come spiega ADINOLFI, “i principi generali di diritto, [furono] utilizzati come regole interpretative di concetti, impiegati sia nei Trattati che nelle norme derivate il cui significato non po[tesse] essere precisato sulla base delle fonti scritte”. Qui si intuisce la fondamentale che assume, in questa fase originaria, il modello di principi inteso, per ora, come *fonte integrativa non scritta*. In questo senso, -prosegue ADINOLFI-, il ricorso ai principi adempie a una funzione *strumentale* alla ricostruzione di determinati concetti ed espressioni impiegati nella normativa scritta comunitaria. Del resto, come sostenuto dall’Avvocato generale De Lamothe nelle sue conclusioni nel caso *Internationale Handelsgesellschaft*, “i principi fondamentali di diritto

²⁴ ADINOLFI, *cit.* Cfr. anche SAVINO che sostiene che “la difficoltà di individuare principi generalmente condivisi o standard di tutela uniformi e la necessità di adottare canoni ermeneutici di tipo pragmatico, flessibili e congeniali alla struttura dell’ordinamento giuridico comunitario, nonché un effettivo impegno della Corte all’individuazione di soluzioni più concrete, più che alla traduzione delle diverse realtà costituzionali in principi costituzionali comuni, hanno fatto sì che spesso il richiamo alle metodologie comparative utilizzate risultasse più una legittimazione “a posteriori” della decisione volta a volta adottata, che una reale propensione della Corte alla definizione di un, seppur limitato, *ius commune* europeo, da utilizzare come base delle proprie decisioni” (R. SAVINO, *Op. cit.*). Nello stesso senso J WOELK, *Op. cit.* p. 61.

²⁵ *Contra* si deve registrare la posizione di G.F. FERRARI, riportata da SCIARABBA, *cit.*, pag. 89.

²⁶ Sent. *Neumann*, in causa C- 17/67.

²⁷ Sent. *Fédéchar*, in causa C-8/55.

²⁸ Come dimenticare la Sent. *Costa/ENEL* del 15 luglio 1964, in causa C- 6/64?

²⁹ Sent. 3 maggio 1978, in causa 112/77, *Topfer*.

³⁰ Per l’insieme di questa ricostruzione: R. SAVINO, *cit.*; A. ADINOLFI, *cit.*; G. TESAURO, *cit.*.

interno [...] contribuiscono a formare quella base filosofica, politica e giuridica comune agli Stati membri sulla quale, secondo il sistema pretoriano, sorge un diritto comunitario non scritto”.

Quanto alla funzione integrativa delle lacune, occorre notare che sin da subito la Corte utilizzò lo strumento dei *principi* anche proprio nell'intento più classico di colmare, come fosse il ricorso ad una *analogia iuris* internazionale, i vuoti normativi del nascente ordinamento comunitario. Fu accolto quindi anche il significato “normativo sussidiario” e effettivamente disciplinare dello strumento dei principi, già riconosciuto loro da molte legislazioni nazionali. Chiamata a pronunciarsi su questioni non disciplinate dal diritto comunitario, la Corte infatti non si è sottratta, “per non denegare giustizia”, dal “determinarne comunque la disciplina sulla base delle soluzioni contenute negli ordinamenti nazionali”³¹. In questo senso esercitò un potere anche fortemente creativo, che, - come è stato sottolineato³²-, rappresentò indubbiamente “un certo eclettismo” che le si deve riconoscere e che comunque “gli è imposto anche dalla stessa varietà e vastità delle norme che costituiscono oggetto della sua interpretazione”.

La funzione dei principi senza dubbio più rilevante fu in ogni caso quella di rappresentare il parametro per il controllo di legittimità degli atti comunitari. Fu infatti a questo scopo, che si diffuse il ricorso ai “principi” per includere i “diritti fondamentali”, estranei ai trattati ma previsti nel patrimonio giuridico degli stati membri. Nell'estremo intento di colmare la lacuna comunitaria, si ricorse al “*principio*” del rispetto dei diritti desumibile dai principi degli ordinamenti degli Stati membri e quindi si incluse nell'ordinamento comunitario, divenendo esso stesso limite di legittimità del diritto derivato (cfr. *infra*).

C) *Metodo di individuazione estrapolazione.* MARTA CARTABIA ha efficacemente definito il metodo di individuazione dei principi da parte dei giudici della Comunità un metodo di “integrazione selettiva”, laddove l'aggettivo starebbe ad indicare che l'elevazione al rango di “principi generali dell'ordinamento comunitario” operata dalla Corte interessasse solamente “principi” la cui diffusione tra gli Stati membri fosse già stata realmente generale (SCIARABBA). In effetti, come segnalato da ADINOLFI, è difficile reperire, nella stessa giurisprudenza comunitaria, l'adozione di un criterio metodologico preciso da seguire per la rilevazione di tali istanze. Le

³¹ Cfr. in particolare i casi citati da ADINOLFI di cui alle cause riunite C-7/56 e 3-7/57, nella cui sentenza, *Algera*, affrontando il tema della revocabilità degli atti amministrativi, sentenziò: “trattasi di un problema di diritto amministrativo ben noto nella giurisprudenza e nella dottrina di tutti i Paesi della Comunità ma per la cui soluzione il trattato non contiene alcuna norma giuridica. La Corte, per non denegare giustizia, è pertanto tenuta a risolvere tale problema informandosi alle leggi, alla dottrina e alla giurisprudenza dei Paesi membri”. Si noti in particolare il ricorso a tutti e tre i formanti giuridici. La Corte, mediante il ricorso agli ordinamenti nazionali colmò anche altri vuoti, come riporta la stessa comunitarista, in materia di processo di legiferazione comunitario, in punto di effetti del tempo degli atti comunitari, ricevibilità dei ricorsi, interpretazione delle sue stesse sentenze e in materia di impiego comunitario (cfr. anche SCIARABBA, *cit.*, p. 89).

³² R. MONACO, *I principi di interpretazione seguiti dalla Corte di Giustizia delle Comunità europee*, in *Rivista di diritto europeo*, 1963, 3 ss.

indicazioni più rilevanti sembrano comunque mostrare come il metodo “comparativo” possa rivelarsi il più adatto. Secondo la Corte, “*il diritto comunitario deve tener conto dei principi e delle concezioni comuni ai diritti degli Stati membri, in quanto esso deriva da una compenetrazione non soltanto economica, ma anche giuridica degli Stati membri*”³³. Come è stato sintetizzato, dunque,

“sarebbe, quindi, la stessa natura della Comunità come ordinamento derivante dalla integrazione di diversi sistemi giuridici a suggerire il metodo più appropriato per la rilevazione dei principi di diritto in esso applicabili. Le indicazioni risultanti dalla giurisprudenza comunitaria sembrano comportare, quindi, una valorizzazione delle soluzioni seguite negli ordinamenti nazionali e del ricorso al metodo comparativo”³⁴.

Tuttavia, se si effettua il censimento letterale della prima giurisprudenza – e ancor più se si considera l’evoluzione giurisprudenziale nel corso di più anni, come ha notato ADINOLFI³⁵, emerge chiaramente che la Corte si è discostata sensibilmente da tale criterio metodologico, rivelandosi quindi più raro di quanto non si creda. La Corte, come è stato segnalato, “muove spesso da principi comuni solo ad *alcuni* degli Stati membri, ricostruendo il principio con un’operazione creativa, talvolta ispirata alle soluzioni seguite in alcuni, se non in uno soltanto, degli ordinamenti considerati”³⁶.

Possiamo quindi domandarci, con la dottrina, in dipendenza di quali variabili, la Corte si sia accontentata di un basso, piuttosto che di un alto grado di convergenza e di “comunanza” dei principi rintracciabile tra i singoli ordinamenti.

A fronte, infatti, delle possibili varianti tra i metodi di rilevamento per cui la Corte possa alternativamente conformarsi ai principi osservati dalla *maggioranza* degli Stati membri, prendere in considerazione le istanze minime comuni o piuttosto liberamente “scegliere tra” le varie soluzioni contenute negli ordinamenti nazionali il principio che pare maggiormente “progressivo” (ADINOLFI), i Giudici hanno adottato comportamenti oscillanti tra l’uno e l’altro criterio.

Pare estremamente interessante l’analisi che ha illustrato la correlazione, -in particolare la proporzionalità inversa-, tra il grado di convergenza e comunanza rintracciabile nella diffusione del principio tra i vari sistemi richiesto dalla Corte e il grado di astrattezza o teoreticità del principio stesso da affermare, e quindi, da richiamare. Possono distinguersi infatti più gradi di astrattezza tra i principi.

Per fare l’esempio fornito dalla giurisprudenza, è possibile ipotizzare, nell’ambito dell’idea-concetto di “inviolabilità del domicilio”, un principio giuridico rintracciabile negli Stati membri che la contempli con riferimento alle sole persone fisiche, come uno più ampio, generale e astratto che

³³ Sentenza AM&S, in causa C-155/79.

³⁴ ADINOLFI, *Ivi*.

³⁵ *Ivi*, pag. 545.

³⁶ *Ibidem*.

includa anche il riferimento alle imprese³⁷. Laddove si censisce la diffusione del principio in parola, si noterebbe, come in una schematizzazione di cerchi concentrici, che il principio comprensivo del concetto più ampio –per così dire “universale”- di inviolabilità del domicilio avrebbe una diffusione tra gli ordinamenti certamente maggiore rispetto alla variante più circoscritta dello stesso, comprensiva delle sole persone fisiche, che, quasi come fosse un *principio-species*, caratterizzerebbe una diffusione più particolaristica.

ADINOLFI ha notato infatti che

“più si sale, per così dire, verso principi generali, più facile è riscontrare una certa uniformità di soluzioni; più si discende, invece, verso la regola materiale più appaiono le divergenze tra gli ordinamenti degli Stati membri. Ciò non esclude, tuttavia che talora, nonostante una divergenza a livello di principi, si possa verificare un’identità o un’analogia nelle soluzioni alle quali si perviene applicando le regole materiali [...] E’ significativo, a questo riguardo, che la Corte di Giustizia, qualora non individui principi (specifici) comuni, tenda a spostare l’analisi ad un livello di maggiore astrattezza”.

Di conseguenza, è possibile notare che la Corte, “risalendo” per astrazione progressiva nella costruzione dogmatica e categoriale dei principi, alla ricerca di un’istanza che possa assurgere alla qualità di “comune” o “generale”, “si accontenta”, per così dire, di un grado di diffusione/convergenza progressivamente minore negli ordinamenti, rispetto a quello che poi sarà invece il grado di diffusione generale dell’*effetto di principio* concretamente ricavabile e operante sulla fattispecie sottoposta.

Questo ci spinge a due ordini di conclusioni.

In primis, si nota che in considerazione della supreme finalità sistematiche, di legittimità e di armonizzazione che i principi dovevano e devono assolvere (urgenti in quel periodo di supplenza del decisionismo politico mediante l’attivismo giudiziario) la Corte, ritenne prevalente l’esigenza del raggiungimento di una regola da pronunciare piuttosto che il rigore nell’attuazione del metodo comparativo.

In secondo luogo, in generale, deve osservarsi che il modello e la concezione accolti dei “principi” sono quelli, (derivanti, per così dire, da una considerazione *a posteriori del giudizio*) che li vedono in definitiva come il migliore criterio risolutivo *disponibile* tra gli ordinamenti degli Stati membri per il caso specifico sottoposto, sia che si tratti di un caso materiale, che di una questione giuridica anche sistematica o generalissima.

La Corte, infatti, “non si propone di individuare un principio effettivamente comune, né un principio “minimo” che possa ritenersi un denominatore comune degli ordinamenti nazionali, né il

³⁷ Sent. 21 settembre 1989, *Hoechst*, nelle cause riunite 46/87 e 227/88.

principio in assoluto più garantista, ma piuttosto quello che meglio corrisponda alle esigenze del sistema comunitario”^{38 39}.

In questo senso è effettivamente possibile parlare, con CARTABIA, di principi come frutto di un processo di integrazione “selettiva”: l’evoluzione della giurisprudenza ci mostra che i “principi” sono il risultato di sempre più raffinata integrazione e cernita pretoria tra le istanze rinvenibili negli ordinamenti degli Stati membri, selezionate(si), quasi naturalisticamente in un’evoluzione di tipo darwiniano, in base alla loro idoneità a meglio rispondere alle mutevoli e concrete esigenze dell’ordinamento comunitario. Inoltre,

4. La tutela dei “diritti” passa attraverso il preventivo riconoscimento dei “principi”. Il riconoscimento dei “diritti...in quanto “principi”” e “parte delle tradizioni costituzionali comuni”.

Nell’approccio sin qui adottato abbiamo avuto modo di intendere “diritti (fondamentali)” e “principi (generali del diritto)” come due fonti concorrenti ma distinte, due volti della medesima funzione tutelare e garantista dell’ordinamento coinvolti in un processo di evoluzione. Li abbiamo visti emergere, nei singoli ordinamenti nazionali, da uno stato di assenza, di latenza (o di inespressività) ad un progressivo espresso riconoscimento, prima nelle elaborazioni speculative o costruzioni dottrinali, poi in quelle positivo-redazionali.

In ambito più strettamente comunitario, si sono analizzate le vicende giurisprudenziali che hanno caratterizzato la crescente affermazione dei “*principi*” e del ricorso ad una argomentazione che ad essi fosse ispirata. L’*excursus* ci ha mostrato come questo tipo di argomentazione e di “fonte” siano stati riconosciuti e quindi (pro)posti con la preoccupazione precipua, di schietta politica giudiziaria, di risolvere problemi ordinamentali (o anche di disciplina materiale) interni al nuovo diritto comunitario; e quindi, in definitiva, di fondare tutele comunitarie sino ad allora assenti.

L’affermazione della fonte dei “principi generali del diritto comunitario” e la diffusione di un’argomentazione giurisprudenziale su di essi fondata ha infatti segnato, come ha mostrato

³⁸ ADINOLFI, *cit.*, pag. 553.

³⁹ “Sul punto si deve dar di conto di altra opinione, solo apparentemente divergente. GAJA scrive: “ma la Corte di Giustizia non soltanto non si è attenuta ai principi davvero comuni agli ordinamenti statali: in realtà non ha nemmeno seguito il metodo della comparazione critica. Benché il numero di ordinamenti da prendere in considerazione non sia ampio e la Corte di Giustizia possa avvalersi del proprio servizio di documentazione non ché delle conoscenze personali dei giudici (sia pure non necessariamente componenti l’organo giudicante), nelle decisioni mancano analisi puntuali della normativa e della giurisprudenza degli Stati membri. Il riferimento ai principi generali di diritto assolve essenzialmente la funzione di rendere meno trasparente, con l’utilizzazione di un parametro che può sembrare obiettivo, il ruolo creativo di regole giuridiche che la Corte di Giustizia svolge. (G. GAJA, *ivi*, pag. 543), sostanzialmente conforme A. ADINOLFI, *Op. Cit.*”

lucidamente ITZCOVICH⁴⁰, il passaggio da quella che abbiamo chiamato una concezione strettamente internazionalistico-pubblicistica del *diritto* oggetto della giurisprudenza della Corte⁴¹, ad una concezione dello stesso comunitaria “costituzionale” e pertanto “costituente”, nell’ottica di garantire nel modo più rigoroso la progressiva autonomia del diritto comunitario e del suo sistema dal diritto statale.

La Corte ha infatti cercato di riparare a quella chiusura che, con le sentenze *Stork* e *Sgarlata* si era mostrata come un “peccato di gioventù” (HILF, MANCINI) e di favorire quindi, in un gioco di integrazioni, il duplice movimento di costituzionalizzazione dell’ordinamento comunitario e comunitarizzazione degli ordinamenti nazionali (ITZCOVICH).

In questo intento fu incalzata e indirizzata da pungente giurisprudenza e copiosissima letteratura giuridica nazionali, soprattutto tedesche e italiane⁴². Tra queste merita menzione la celebre ordinanza del *Verfassungsgericht* tedesco del 1974 nella causa cd. “*Solange I*”, originata dal rifiuto di un giudice amministrativo tedesco di accettare le conclusioni con cui la Corte di giustizia era pervenuta nel caso *Internationale Handesgesellschaft*⁴³. In risposta al giudice amministrativo, il Tribunale costituzionale aveva affermato che “fino a quando, a seguito dell’ulteriore integrazione comunitaria non fosse stata raggiunta quella “certezza del diritto” che risulta da un catalogo dei diritti fondamentali e da un parlamento europeo eletto a suffragio universale e diretto”, la Repubblica Federale avrebbe mantenuto la potestà normativa in materia di diritti fondamentali anche nell’ambito di competenze originariamente delegate all’Unione, con la conseguenza che la magistratura teutonica avrebbe esercitato un potere di controllo (e conseguentemente di limite) sull’applicazione del diritto comunitario stesso parte delle autorità tedesche in materia di diritti fondamentali.

In risposta a ciò e per favorire la diffusione della dottrina della autonomia e prevalenza del diritto comunitario sul diritto dei singoli stati membri⁴⁴, e avallare la sua primazia anche su quello costituzionale nazionale⁴⁵, la Corte ha dovuto quindi sviluppare “in via pretoria e senza nessun ancoraggio testuale nei trattati, un’ampia giurisprudenza sui principi generali”, e sui “diritti” elaborati dalle tradizioni giuridiche degli Stati membri. Si apriva il primo canale di emersione di questo genere di fonte, quello che è stato definito il “percorso giudiziario” dei diritti (AZZENA).

A ciò si aggiungeva la ragione politica per cui, data una così intensa integrazione raggiunta oramai attraverso “il diritto” (*integration through law*), non si sarebbe più potuto procrastinare la

⁴⁰ G. ITZCOVICH, *cit.*, pp. 134-135.

⁴¹ Cfr. *supra*, par. II.1.1.

⁴² G. ITZCOVICH, *ivi*.

⁴³ Sent. 17 dicembre 1970, in causa C- 11/70.

⁴⁴ È appena il caso di ricordare, sul punto, la celeberrima Sentenza *Costa*.

⁴⁵ Cfr. la sentenza *Internationale Handesgesellschaft*.

decisione di perseguire anche un'integrazione attraverso "i diritti" (*integration through rights*): occorre dare una garanzia comunitaria ai diritti fondamentali e mostrare che la comunità non era affatto insensibile alla necessità di garantire i diritti fondamentali dei cittadini⁴⁶.

Fu così che la Corte di giustizia, dedicata ormai ad un'opera integrativa e costituente più che contenziosa, intesse le nuove trame costituzionali comunitarie ancora illibate e lacunose, delle più consolidate "*tradizioni costituzionali comuni*".

Per il vero, il richiamo argomentativo a tale concetto, come ha mostrato la dottrina, non differisce sostanzialmente, e quanto agli effetti, dalla già analizzata menzione della fonte dei "*principi comuni*", ma, ai fini della nostra prospettiva rileva non poco: ben più che una semplice variazione lessicale, mostrerebbe, a differenza dal mero richiamo a generici "principi", un'opera di tessitura di un nuovo ordito propriamente e *dichiaratamente* costituzionale, in linea con la tendenza giudiziario-costituente segnalata da ITZCOVICH. In questo senso, sembra che nello schema funzionale dei principi individuato da TRIDIMAS e commentato da SAVINO possa, a differenza delle perplessità avanzate da quest'ultima letteratura, riconoscersi un carattere degli stessi propriamente strutturale-costituzionale; in fondo proprio nella paziente opera pretoria della Corte potrebbe ritrovarsi quel "progetto" costituente che SAVINO segnala un requisito essenziale mancante⁴⁷ per concludere che i principi generali del diritto comunitario abbiano natura di principi costituzionali dell'ordinamento comunitario. In questo termini però, certamente si dovrebbe accettare per intero l'idea della supplenza del giurisprudenziale al politico e di un'Europa dei giudici sollevata da ITZCOVICH, AZZENA, CARTABIA e molti altri.

Infatti dalle argomentazioni svolte nelle sentenze degli anni '70 emerge che questo ricorso alle Costituzioni nazionali ha lo scopo comunque di *dare* mera *ispirazione* alla Corte nel suo intento "costituente". Come è stato osservato ormai dalla maggior parte della dottrina, la Corte si è ritagliata queste prerogative mediante l'uso di un peculiare linguaggio "anodino", "misto di perentorietà e flessibilità" (CARTABIA). Nella sentenza *Internationale Handelsgesellschaft* del 1970 e poi in quelle *Nold* del 1974 e *Hauer* del 1979⁴⁸ si legge che la salvaguardia dei diritti fondamentali è "*informata* alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri" e che la Corte, "nel garantire la tutela dei diritti fondamentali *è tenuta a ispirarsi*" alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri", aggiungendo peraltro il riferimento alle diverse fonti internazionali quali i "trattati internazionali" e la "Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e

⁴⁶ Cfr. L. AZZENA, *Integrazione europea e percorso dei diritti fondamentali tra giurisprudenza e scrittura*, cit.

⁴⁷ R. SAVINO, *cit.*, 75 ss.

⁴⁸ Rispettivamente del 17 dicembre 1970, in causa C – 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*; del 14 maggio 1974 in causa C 4/73, *Nold*; e del 13 dicembre 1979, in causa C- 44/79, *Hauer*.

le libertà fondamentali”⁴⁹. Ciò significa che, fermo restando la perentorietà e inderogabilità dell’esigenza di apprestare comunque garanzia ai principi e diritti fondamentali (“la Corte è...*tenuta*”), tuttavia non è imperativo che la Corte si conformi a quanto stabilito dalle Costituzioni statali, o le altre fonti internazionali, residuandole un prevalente margine di apprezzamento che le consente, per così dire, di limitarsi a prendere spunto (“*ispirarsi*”, appunto) dalle costruzioni iusfondamentali elaborate nelle singole Costituzioni nazionali o dalle altre fonti per poi creare una soluzione più idonea al nuovo ordinamento nascente⁵⁰.

*** ** ***

Vi è a questo punto un interessante momento, nella genealogia giurisprudenziale del diritto comunitario, in cui è possibile apprezzare l’intima connessione tra “diritti” e “principi” alla base dell’attuale binomio concettuale oggetto della nostra riflessione, e del dibattito che ha condotto alla differenziazione al centro dei lavori preparatori della Carta dei diritti fondamentali.

Sinora infatti, prese singolarmente e nella loro individualità, le due fonti “principi” e “diritti” potevano sembrare assumere autonoma rilevanza nella loro rispettiva natura di “fonte” del diritto.

Al contrario, è interessante notare che fu proprio sulla scorta dell’introduzione dei “principi”, ed in particolare, nell’ambito della funzione di parametro di legittimità comunitaria assolto dagli stessi che si preparò l’ingresso anche dei “diritti”.

Spinto dalla stessa urgenza di tutela delle posizioni iusfondamentali che aveva favorito l’emersione dei “principi”, lo stesso tipo di argomentazione di principio fu utilizzata anche per legittimare il ricorso ai “diritti” quali limiti ad atti o comportamenti comunitari con essi configgenti, da richiamarsi proprio nella misura in cui fossero parte delle tradizioni costituzionali comuni.

Si diffuse quindi il ricorso ai “principi” anche...per veicolare il ricorso ai “diritti fondamentali”, estranei ai trattati ma previsti nel patrimonio giuridico degli Stati membri. Nell’intento di colmare la lacuna comunitaria, si incluse quindi tra i principi generali del diritto comunitario il “*principio*”...*del rispetto dei diritti*, principio desumibile dai principi degli ordinamenti degli Stati membri.

Nella sentenza del 12 novembre 1969 (caso *Stauder*⁵¹) la Corte ha dichiarato che “*i diritti fondamentali della persona fanno parte dei principi generali di diritto comunitario di cui la Corte garantisce l’osservanza*”.

Sulla scorta dell’interpretazione estensiva del concetto di *diritto* ex art. 164 (ex art. 220 T. CEE, ora abrogato e rifluito sostanzialmente nell’art 19 TUE) risalente ai passaggi logici del caso

⁴⁹ Il riferimento a quest’ultima fonte, in particolare con la Sentenza *Rutili*, del 1975.

⁵⁰ Cfr. S. GAMBINO, *Il diritto costituzionale europeo: principi strutturali e diritti fondamentali*, in S. GAMBINO (a cura di), *Costituzione Italiana e diritto comunitario. Principi e tradizioni costituzionali comuni. La formazione giurisprudenziale del diritto costituzionale europeo*, Milano, 2002.

⁵¹ In causa C- 29/69.

Stork, e in considerazione di un ragionamento analogico volto a prendere in seria considerazione la ricorribilità ai principi come nel caso dell'art. 215 del TCE (poi art. 288, ora art. 340 TfUE dopo il Trattato di Lisbona), avvenne che i "principi" (intesi nel senso di *limite di legittimità*) funsero da grimaldello per forzare l'assenza di tutela di posizioni iusfondamentali e favorire l'ingresso delle situazioni qualificabili come "diritti".

Le vicende originative di questa giurisprudenza furono le seguenti. Il signor Stauder era un mutilato di guerra, e come tale faceva parte di un gruppo di soggetti a cui la Commissione aveva deciso di conferire particolari benefici. Per realizzare alcuni acquisti a condizioni speciali gli appartenenti a tale categoria dovevano semplicemente dichiarare la propria identità e rivelare il proprio nome e la propria condizione di disabilità. Nella Repubblica federale tedesca tale misura comunitaria fu concretizzata fornendo alle persone interessate un documento su cui comparivano le generalità (il nome ed il cognome). Stauder presentò al Tribunale amministrativo di Stoccarda una domanda contro questa misura amministrativa allegando che una tale rivelazione di sé, finalizzata al conseguimento di un beneficio meramente economico producesse una violazione del diritto fondamentale alla dignità della persona, diritto proclamato dall'articolo 1 della *GrundGesetz*. Il giudice amministrativo deferì la questione alla Corte, la quale dichiarò che ben avrebbe tenuto in considerazione il limite alla misura comunitaria rappresentata dallo specifico diritto fondamentale invocato. Statuì quindi che «i diritti fondamentali della persona [sono] incorporati nei principi generali dell'ordinamento giuridico comunitario, il cui rispetto deve essere assicurato dalla Corte.

Le successive sentenze già citate ebbero il pregio di affinare i contorni della materia. Dalla decisione nel caso *Hauer*, come ha notato GAJA⁵², infatti si può desumere che "secondo la Corte di Giustizia, dai principi generali di diritto, si possono trarre numerosi principi materiali di diritto comunitario, che sono invocati nella giurisprudenza soprattutto quali parametri della legittimità degli atti emanati dagli organi delle Comunità".

Si possono dunque leggere i seguenti passaggi:

«La questione relativa ad un eventuale attentato ai diritti fondamentali da parte di un atto istituzionale della Comunità non può valutarsi in altra maniera che nel quadro dello stesso diritto comunitario. L'introduzione di criteri di valutazione particolari, derivanti dalla legislazione o dall'ordinamento costituzionale di un determinato Stato membro, nella misura in cui minacciasse l'unità materiale e l'efficacia del diritto comunitario, avrebbe ineluttabilmente l'effetto di rompere l'unità del mercato comune e di porre in pericolo la coesione della Comunità»;

«I diritti fondamentali sono parte integrante dei principi generali del diritto il cui rispetto è assicurato [dalla Corte di giustizia]; nell'assicurare la salvaguardia di tali diritto è obbligata ad ispirarsi alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, di modo che non possano ammettersi nella Comunità misure incompatibili con i diritti fondamentali riconosciuti dalle Costituzioni degli Stati membri; gli strumenti internazionali miranti alla protezione dei diritti dell'uomo ai quali gli Stati membri abbiano cooperato o aderito possono ugualmente fornire indicazioni cui tener conto nel quadro del diritto comunitario».

⁵² G. GAJA, *Principi del diritto (diritto internazionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol XXXV, *ad vocem*.

Dal cruciale passaggio della Sentenza *Stauder* e dalle successive precisazioni riprodotte, come ha notato MORCHÓN, la dottrina trasse le seguenti conseguenze:

“(a) il riconoscimento da parte della Corte di giustizia dei «principi generali del diritto comunitario», cosa che del resto non rappresentava una novità, esistendo a tal proposito oramai una abbondante giurisprudenza precedente;

(b) che i diritti fondamentali fanno parte di tali principi insieme ad altri principi che però non contemplano questi diritti;

(c) che la maniera in cui i diritti fondamentali fanno parte dei principi consiste nel fatto che i primi sono «contenuti» nei secondi, ciò che significa, ovviamente, che i diritti fondamentali non sono principi: questi ultimi sono il «contenitore», la fonte, mentre i diritti sono il «contenuto»;

(d) che la Corte di giustizia considera se stessa come il garante della protezione dei diritti fondamentali; e, da ultimo,

(e) che i diritti fondamentali sono parte dell’ordinamento giuridico comunitario”⁵³.

Cosa era dunque successo? Vi era stata un’ulteriore evoluzione? Quale natura e funzione avevano assunto i principi? A quale concezione di *principi* e *diritti* si accedeva con questi ultimi passaggi giurisprudenziali?

I principi erano progressivamente emersi, in un periodo di tensione “costituente” della Corte, per apprestare garanzie fondamentali o costituzionali all’ordinamento o tutele di rango costituzionale (quindi primario) a posizioni soggettive lese dal diritto secondario. Essi avevano la funzione quindi di costituire criteri di interpretazione per il diritto sotto-ordinato e, al contempo, suo parametro di legittimità.

Indubbiamente i “principi” si mostravano non solo come fonte autonoma e a sé stante, ma più in generale come contenitore e *veicolo nell’ordinamento di istanze di struttura* (“principi” struttural- costituzionali o “dello Stato di diritto”) o di *tutela* (“diritti fondamentali”). In questo senso i “diritti” si differenziano dai “principi” perché i secondi esprimevano regole iusfondamentali più ampie, istituendo caratteristiche, criteri e metodi del sistema e non pretese o tutele specifiche (per esempio: “*principio* di proporzionalità” a fronte di un qualsiasi diritto tipo il “*diritto* alla riservatezza”).

Le istanze veicolate dai principi, assumendo il rango di questi ultimi, (essendovi contenute), erano dotate di funzione limitatrice di legittimità per il diritto derivato: sia certi “principi” che i diritti fondamentali costituivano motivo di invalidità di misure comunitarie. Tuttavia, per loro stessa indole e natura, i principi di struttura (consistendo in criteri ordinamentali o prescrizioni ermeneutico-metodologiche) non potevano di per se stessi integrare il contenuto normativo-

⁵³ G. R. MORCHÓN, *La protezione dei diritti fondamentali nell’unione europea*, in *Ars Interpretandi*, 2001, a cui ci rifacciamo per la schematizzazione che seguirà.

giustiziabile di posizioni soggettive, contrariamente invece ai diritti, già per loro indole consistenti in pretese o/a tutele.

I *principi*, quindi, erano intesi non in un'accezione dogmatica come nella speculazione precedente o strettamente normativista⁵⁴ ma piuttosto neocostituzionalistico-argomentativa, perché precisamente:

- nella loro funzione *tutelare* (cioè come veicolo di “diritti”) potevano rappresentare situazioni giuridiche direttamente tutelabili, ma
- nella loro funzione *strutturale-costituzionale* sicuramente avrebbero prodotto e concorso al bilanciamento di e con altre istanze, rimanendo sottratti ad una giustiziabilità immediata ma piuttosto costituendo principi materiali di diritto comunitario invocabili soprattutto quali parametri della legittimità (non è possibile l'invocabilità a fondamento di una posizione soggettiva da giustiziare, del principio “di legalità” o “di proporzionalità”).

Anche quanto alla concezione dei *diritti*, emerge comunque una certa linea antinormativista e piuttosto tendente ad un neogiusnaturalismo costituzionalista e argomentativo. Come è stato infatti osservato (SCIARABBA), “si può notare che la Corte nelle sue prime sentenze sembrava riferirsi a un insieme i cui elementi fossero noti “a priori”, senza cioè che ci fosse bisogno di individuarli e definirli: con un approccio [cioè] vagamente “giusnaturalistico”, che avrebbe verosimilmente aperto la strada alla più assoluta libertà ricostruttiva”⁵⁵. Da questa posizione, la concezione dei *diritti* sposata dalla Corte si è attestata su un neocostituzionalismo argomentativo. Infatti, tutta tesa a ritagliarsi uno spazio argomentativo di libertà nell'intento costituente, come si è visto la Corte, nelle sentenze *Internationale Handelsgesellschaft* del 1970 e *Nold* del 1974,

“pur individuando due ambiti giuridici a cui fare riferimento (“*ispirarsi*”) in materia di diritti dell'uomo, in certo modo ha ridimensionato la portata di questa “invasione normativa” precisando che, poiché tali diritti hanno ingresso nell'ordine comunitario non direttamente (cioè in quanto “diritti naturali” oppure in quanto prodotti dalle citate fonti) ma solo in quanto “principi generali del diritto comunitario”, essi vanno garantiti “nell'ambito della struttura e delle finalità della Comunità” Il richiamo alle tradizioni costituzionali comuni e ai trattati internazionali, dunque, lascia pur sempre un notevole margine di manovra alla Corte”, la quale, sul base del vincolo che essa stessa ha creato e limitato, è tenuta esclusivamente a ispirarsi a queste tradizioni o trattati, o, in termini pressoché equipollenti, a “tener conto” degli interessi che possono fornire”⁵⁶.

In perfetta linea con quanto sostenuto da ITZCOVICH, -che cioè vi sia stato nella riflessione giuridica europea “un passaggio dalla dogmatica giuridica al neocoostituzionalismo”⁵⁷-, dunque la Corte, e con essa la speculazione sui diritti e principi in ambito comunitario, ha spostato progressivamente il discorso sui “diritti” e i “principi” da un'originaria focalizzazione sulla teoria

⁵⁴ Cfr. *supra*, cap. I.

⁵⁵ V. SCIARABBA, *Op. cit.*, p. 92.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ G. ITZCOVICH, *Teorie e ideologie del diritto comunitario*, Torino, 2006, *passim*.

dell'ordinamento all'ambito dei ragionamenti di bilanciamento tra principi e istanze fondamentali costituzionali.

LE TAPPE DEL DRAFTING DELLA CARTA "TRA AUTONOMIA E INTEGRAZIONE NEI TRATTATI" SINOSI

CRONOLOGICA

- 1997- Istituzione da parte della Commissione di un "Comitato di esperti in materia di diritti fondamentali"
- Febbraio 1999 – Presentazione del Rapporto del Comitato di esperti (c.d. Comitato *Simitis*)
- -----
- 3-4 Giugno 1999 - Consiglio europeo di Colonia- "*Mandato*" di Colonia
- 15-16 ottobre 1999 - Consiglio europeo di Tampere – Indicazioni sulla composizione della *Convenzione* redattrice
- Ottobre 1999 – Luglio 2000 Lavori della Convenzione
- 28 luglio 2000 – Progetto integrale della Carta del Presidium
- 7 ottobre 2000 – approvazione del progetto da parte della Convenzione
- 13-14 ottobre 2000- Consiglio europeo di Biarritz – approvazione del progetto della Convenzione
- 7 dicembre 2000 – Consiglio europeo di Nizza- proclamazione solenne della Carta.
- 18 dicembre 2000 – pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale
- -----
- 26 gennaio 2001 – dichiarazione relativa al futuro dell'Unione allegata al Trattato di Nizza
- 25 aprile e 4 maggio 2001 – note della Commissione e del Parlamento europeo sull'opportunità di costituire un Organo "*Convenzione*" sulla base della precedente esperienze, incaricata di presentare una "proposta costituzionale" per l'Unione.
- 15 dicembre 2001 – Consiglio europeo di Laeken – Dichiarazione di Laeken sul futuro dell'Unione – posizione dell'interrogativo se inserire la Carta nel Trattato-base e se promuovere l'adesione dell'UE alla CEDU.
- 28 febbraio-1 marzo 2002 – sessione inaugurale della *II Convenzione* . Istituzione del Presidium
- 2002 Lavori della Convenzione e dei Gruppi di Lavoro
- 22 ottobre 2002 –Relazione finale del *Gruppo II* – "*Carta*"
- 28 ottobre 2002 – presentazione da parte del Presidente della Convenzione, di un progetto preliminare di Trattato costituzionale
- 20 luglio 2003 Presentazione del progetto definitivo di "Costituzione"
- 4 ottobre 2003 – Apertura dei lavori della Conferenza Intergovernativa (CIG) incaricata di approvare il Trattato-costituzione
- 16-17 giugno 2004 Consiglio europeo di Bruxelles – Accordo politico sul Testo della Costituzione
- 29 ottobre 2004 – Firma del Trattato- costituzione a Roma
- -----
- 2004-2006 – Procedimento di Ratifica della Costituzione – "NO" dei Referendum Francese e Olandese
- 16-17 giugno 2005 Consiglio europeo di Bruxelles – Dichiarazioni dei Capi di Stato e di governo sullo stato delle ratifiche
- 15-16 giugno 2006 Consiglio europeo di Bruxelles – Dichiarazioni dei capi di Stato e di governo sul rilancio della procedura
- -----
- 25 marzo 2007 – Dichiarazione di Berlino in occasione del 50° anniversario della firma dei Trattati di Roma – rilancio di un nuovo testo
- 21-22 giugno 2007 – Consiglio Europeo di Bruxelles - I leader dell'UE raggiungono un'intesa su un mandato per una Conferenza intergovernativa incaricata di redigere un nuovo trattato sulla riforma istituzionale entro la fine del 2007
- 23 luglio 2007 – Apertura della Conferenza Intergovernativa del 2007 (II CIG)
- 18-19 luglio 2007 – Consiglio europeo di Lisbona – accordo politico sul testo del nuovo Trattato
- 12-13dicembre 2007 – Consiglio europeo di Strasburgo - IIa Proclamazione solenne della Carta dei diritti fondamentali e Firma del Trattato di Lisbona.
- 1 dicembre 2009 – Entrata in vigore del Trattato di Lisbona e della Carta, dotata dello stesso valore giuridico.