

Vincenzo Sciarabba

LA TUTELA EUROPEA DEI DIRITTI FONDAMENTALI E IL GIUDICE ITALIANO

Relazione al "II Workshop in Diritto internazionale e dell'Unione", organizzato da Magistratura Democratica e Medel - Venezia, 8-9 aprile 2011

- INTRODUZIONE -

Anticipo subito che, su espresso suggerimento degli organizzatori, mi concentrerò in questa relazione introduttiva soprattutto su alcune questioni relative al "fronte comunitario/eurounitario"¹ della tutela dei diritti fondamentali, soffermandomi in particolare sul ruolo di quella che continuerò a chiamare "Carta di Nizza"², mentre

¹ Per riprendere il neologismo coniato da Antonio Ruggeri all'indomani dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, che ha determinato, come è noto, la "successione" dell'"Unione" europea (come ridisegnata dal medesimo Trattato) alla "Comunità", suggerendo quindi di superare anche l'aggettivo "comunitario", in effetti ben sostituibile (ovviamente "ex nunc", continuando quindi a usarlo con riferimento a tutti i casi per i quali ciò risultasse tutto sommato più corretto) con quello "eurounitario".

² Il motivo per cui ritengo opportuno continuare a parlare di "Carta di Nizza", sebbene, come è noto, il testo al quale l'art. 6 del TUE come riformulato dal Trattato di Lisbona attribuisce valore giuridico analogo a quello dei Trattati sia quello approvato a Strasburgo nel 2007 e non quello approvato a Nizza nel 2000, risiede nella circostanza che – salve poche marginali modifiche e in specie alcune integrazioni apportate agli artt. 51 e 52 (su cui si tornerà oltre e circa le quali mi permetto di rinviare per una più ampia analisi e per ulteriori indicazioni bibliografiche a V. SCIARABBA, *Rapporti tra Corti e rapporti tra Carte. Le "clausole orizzontali" della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana* (a cura di Nicolò Zanon, conclusioni di Valerio Onida), Napoli, 2006, pp. 389-458, nonché, con modifiche, aggiornamenti e integrazioni, ID., *Tra Fonti e Corti. Diritti e principi fondamentali in Europa: profili costituzionali e comparati degli sviluppi sovranazionali*, Padova, 2008) – il testo "di Strasburgo" e quello "di Nizza" coincidono, sicché, su un piano storico e sostanziale, la "paternità" della Carta (con ciò che da tale circostanza discende: v. oltre) resta sicuramente da attribuirsi, tutto considerato, alla "Convenzione Herzog" (il cui "progetto" di Carta, adottato dalla Convenzione per *consensus* il 2 ottobre 2000, fu senza alcuna modifica approvato dal Consiglio europeo in occasione del vertice di Biarritz del 13-14 ottobre 2000 e poi solennemente proclamato – e per così dire "cristallizzato" definitivamente – il 7 dicembre

non mi occuperò, se non marginalmente, delle pur importanti questioni relative al fronte della CEDU (fronte che *era, è e comunque resterà* logicamente e giuridicamente ben distinto da quello comunitario/eurounitario, salvi tutti gli elementi di *collegamento* o volendo di *analogia* che si possono o si potranno trovare tra i due sistemi sovranazionali).

Questa delimitazione, dovuta a ragioni contingenti, ho trovato del resto molto opportuna in un momento in cui, nonostante siano stata pronunciate importanti sentenze in ambito eurounitario (penso da ultimo a quella recente e molto interessante del 1 marzo 2011, procedimento C-236/09, in tema di assicurazioni e principio di non discriminazione su base sessuale), l'attenzione generale sembra ancora quasi esclusivamente "rapita" da pur importanti questioni relative al ruolo della CEDU, che è stata posta sotto i riflettori, specialmente a partire dal 2007, dalla giurisprudenza costituzionale (dalle sentenze nn. 348 e 349 di quell'anno alle nn. 311 e 317 del 2009 e ad altre, fino alla n. 80 e alla importantissima n. 113 del 2011, con la quale la Consulta ha dichiarato "l'illegittimità costituzionale dell'art. 630 del codice di procedura penale, nella parte in cui non prevede un diverso caso di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna al fine di conseguire la riapertura del processo, quando ciò sia necessario, ai sensi dell'art. 46, paragrafo 1, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo"³), e poi dalla giurisprudenza

2000, in occasione del Consiglio europeo di Nizza, da parte del Consiglio, del Parlamento europeo e dalla Commissione, a seguito, e sulla base, delle rispettive approvazioni "interne"). Su un piano pratico, questo discorso assume rilievo immediato in particolare laddove si volessero andare a studiare i "lavori preparatori" della Carta (molto istruttivi, ma purtroppo quasi mai tenuti in considerazione dalla dottrina), dovendocisi rifare a tal fine appunto alla "prima" Convenzione (e, per quanto riguarda le integrazioni alle "clausole orizzontali", alla seconda Convenzione – la "Convenzione Giscard" – e in specie all'apposito "gruppo di lavoro" istituito da questa al suo interno; cfr., sui lavori della Convenzione Giscard, oltre ai due scritti prima ricordati, la dettagliata e approfondita cronaca ragionata di G.G. FLORIDIA (in collab. con L.G. SCIANNELLA), *Il cantiere della nuova Europa. Tecnica e politica nei lavori della Convenzione europea*, Bologna, 2003.

³ Sullo specifico, cruciale tema della riapertura del giudicato a seguito di sentenze della Corte di Strasburgo mi permetto di rinviare, per dei primi tentativi di approfondimento in prospettiva costituzionale interna e comparata, a V. SCIARABBA, *Il problema dell'intangibilità del giudicato tra Corte di Strasburgo, giudici comuni, Corte costituzionale e... legislatore?* (a commento della

amministrativa (penso alle famigerate sentenze del Consiglio di Stato⁴ e del TAR Lazio⁵, ma anche ad altre, ad esempio del TAR di Milano⁶), e ancora dalla stessa giurisprudenza di Strasburgo (basti citare la sentenza, anzi le sentenze, sull'obbligo di esposizione del crocifisso nelle aule⁷), oltre che dalla giurisprudenza ordinaria, forse soprattutto penale, ma non vorrei sbagliarmi e confido anzi di colmare almeno in parte le mie lacune di aggiornamento sul versante "civilistico" nel corso di questo Convegno.

Ciò che, quanto alla CEDU, ha soprattutto catturato e, oserei dire, "distratto" l'attenzione di molti – più ancora che alcune questioni particolari più sottili, e tuttavia a mio avviso, allo stato attuale, molto più pertinenti e importanti (questioni che alcuni Autori, ad esempio Marco Bignami, Roberto Conti, Antonio Ruggeri, hanno colto già a suo tempo e poi risollevato anche di recente, e sulle quali confido in ogni caso di tornare nuovamente anch'io) – soprattutto è stata la questione della "disapplicazione", ad opera del giudice comune, di norme interne in contrasto con la CEDU/con la giurisprudenza di Strasburgo.

Come tutti sappiamo, l'ipotesi della disapplicazione di norme interne per contrasto con la CEDU (prescindendo da particolari ricostruzioni teoriche complessive, come quelle da anni coerentemente avanzate e sviluppate da Ruggeri, che mettono in discussione *in sé e per sé* l'impianto delle due sentenze costituzionali del 2007), è stata sostenuta e praticata sulla base di una discutibile ricostruzione degli effetti (degli effetti *immediati*) dell'art. 6 del Trattato sull'UE post-Lisbona, nelle sue diverse disposizioni:

sentenza della Corte costituzionale n. 129 del 2008), in www.forumcostituzionale.it dal 10 maggio 2008 ed in www.europeanrights.eu dal 30 maggio 2008; ID., *La "riapertura" del giudicato in seguito a sentenze della Corte di Strasburgo: questioni generali e profili interni*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2009, I, pp. 513-543 e ID. *La "riapertura" del giudicato in seguito a sentenze della Corte di Strasburgo: profili di comparazione*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2009, II, pp. 917-947. Più in generale sul "problema" del giudicato in prospettiva europea, con riguardo anche al versante comunitario, v. l'ampia ricostruzione di R. CAPONI, *Corti europee e giudicati nazionali*, in www.astrid-online.it.

⁴ Cons. Stato, sent. n. 1220 del 2 marzo 2010.

⁵ TAR Lazio, sent. n. 11984 del 18 maggio 2010.

⁶ TAR Milano, del 15 settembre 2010, ric. n. 951 del 2006, richiamata da Marco Bignami nello scritto citato più avanti.

⁷ Cfr. la sent. "Lautsi 1" del 3 novembre 2009 e la sentenza della Grande Camera ("Lautsi 2"), di segno opposto, del 18 marzo 2011.

prevista adesione dell'UE alla CEDU⁸; nuova formulazione del riferimento ai principi generali; riferimenti indiretti alla CEDU, contenuti negli artt. 52 e 53 della Carta di Nizza richiamata invece direttamente dall'art.6 con esplicita attribuzione di valore giuridico analogo a quello dei Trattati).

Ricostruzione – questa avanzata dai giudici amministrativi (e non solo da essi) e legittimante le operazioni di “disapplicazione” per contrasto con la CEDU – che la Corte costituzionale, presentandosene l'occasione, ha ritenuto opportuno, con la sentenza n. 80 del 2011, censurare con ammirevole puntualità e chiarezza in tutti i suoi punti.

Ecco, ciò che a me continua a colpire da un anno e mezzo a questa parte (cioè dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona) è proprio il prevalente e quasi esclusivo soffermarsi della giurisprudenza (e della dottrina al séguito), spesso in modo contorto, forzato, cervellotico, sul tema della disapplicazione di norme interne per contrasto *con la CEDU* (in virtù di presunti rocamboleschi effetti indiretti di una sua asserita immediata “trattattizzazione/comunitarizzazione”), mentre, forse accecati dalle “pagliuzze” al momento più appariscenti (o forse perché sull'altro fronte non ci sono state ancora sentenze “epocali” e “catalizzatrici” come lo sono state, sul fronte CEDU, le due del 2007), non si è rivolta, o pochissimo si è rivolta l'attenzione, per così dire, alla “trave”, cioè alla già richiamata (e non a caso richiamata, paradossalmente, solo in funzione servente rispetto al discorso sulla CEDU!) esplicita, diretta, immediata attribuzione di valore giuridico primario alla Carta di Nizza, con tutte le conseguente che ciò comporta: ad iniziare – con le molte precisazioni e cautele del caso: precisazioni e cautele che costituiranno anzi, in chiave problematica, uno dei due temi principali di questa relazione – proprio da quell'effetto diretto (in senso “forte”, inteso cioè come potere/dovere di disapplicazione del diritto interno contrastante) che si è finora tentato di far entrare, o di respingere, “dalla finestra” (in riferimento alla CEDU), ma che

⁸ Sul tema dell'adesione dell'UE, oltre ai numerosi scritti citati in V. SCIARABBA e O. POLLICINO, *La Carta di Nizza oggi, tra “sdoganamento giurisprudenziale” e Trattato di Lisbona* (in collaborazione con Oreste Pollicino), in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2008, I, pp. 101-124 e in V. Sciarabba, *Tra Fonti e Corti cit.*, cfr., tra i contributi più recenti, S. CATALANO, *Trattato di Lisbona e “adesione” alla CEDU: brevi riflessioni sulle problematiche comunitarie e interne*, in P. Bilancia, M.E. D'Amico (a cura di) *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, Milano, 2009, p. 233 e ss.

sembra inesorabilmente destinato, a questo punto, a entrare direttamente "dalla porta" (proprio in riferimento alla Carta).

- PRIMA PARTE -

E veniamo dunque alla questione, cruciale, dei presupposti e dei limiti dell'applicazione diretta della Carta, e, in particolare, della disapplicazione/non applicazione del diritto interno contrastante, per poi passare nella seconda parte della relazione – terminato questo primo elenco di nodi problematici cruciali – ad alcune brevi riflessioni sulle implicazioni più generali di tale pratica della disapplicazione, ed avanzare infine, in sede di conclusioni, una proposta di "ricostruzione operativa" del complessivo "circuito giurisdizionale europeo" che, in una prospettiva *de sententia ferenda*, potrebbe garantire quello che a mio avviso rappresenta, nell'attuale quadro normativo, il miglior funzionamento possibile del "sistema integrato di giustizia (in senso lato) costituzionale" in Europa.

1. - Il primo, più immediato "limite" in generale all'efficacia diretta della Carta, e in particolare quindi alla disapplicazione del diritto interno contrastante, deriva ovviamente da quanto previsto dall'art. 6, par. 1, del Trattato UE e nella Carta stessa all'art. 51: «Le disposizioni della presente Carta si applicano [alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà, come pure] agli Stati membri *esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione*» (corsivi aggiunti).

Interessante notare che la Corte costituzionale italiana, da ultimo nella già citata sent. n. 80 del 2011, ha insistito molto, sia pure per così dire "in negativo", su questo profilo.

Ad esempio, al punto 5.5. in diritto della sent. n. 80, si legge: «Presupposto di applicabilità della Carta di Nizza è ... che la fattispecie sottoposta all'esame del giudice sia disciplinata dal diritto europeo – in quanto inerente ad atti dell'Unione, ad atti e comportamenti nazionali che danno attuazione al diritto dell'Unione, ovvero alle giustificazioni addotte da uno Stato membro per una misura nazionale altrimenti incompatibile con il diritto dell'Unione – e non già da sole norme nazionali prive di ogni legame con tale diritto.

Nel caso di specie – attinente all'applicazione di misure personali e patrimoniali *ante* o *praeter delictum* – detto presupposto difetta: la stessa parte privata, del resto, non ha prospettato alcun tipo di collegamento tra il *thema decidendum* del giudizio principale e il diritto dell'Unione europea».

Il tutto lasciando quindi intendere chiaramente *a contrario*, se non addirittura dicendo espressamente, che, ove un adeguato "collegamento tra il *thema decidendum* del giudizio principale e il diritto dell'Unione europea" vi sia (e richiamo l'attenzione sulla formula quanto mai generale, comprensiva, usata dalla Corte), allora la Carta risulterebbe applicabile.

Sorvolando su alcune questioni più specifiche sollevate dal tenore testuale dell'art. 51 (questioni già più volte affrontate e circa le quali rimando senz'altro agli scritti già citati, salvo soltanto rimarcare proprio quanto ho appena notato sull'interessante e "largheggiante" linguaggio usato dalla Corte costituzionale nel "parafrasare" l'art. 51), il problema principale che si pone con riguardo all'ambito di applicazione della Carta resta a mio avviso quello delle "discriminazioni a rovescio" inevitabilmente destinate a emergere come conseguenza della differenza di trattamento, di regime, tra le fattispecie di rilievo comunitario (nelle quali la Carta sarà invocabile) e le fattispecie "puramente interne" (nelle quali la Carta non potrà di per sé essere invocata): differenza di regime, tengo a precisare, che talora sarà limitata al *comunque importante* piano "processuale", qualora l'esistenza di garanzie costituzionali o convenzionali pienamente corrispondenti a quelle della Carta consenta di sollevare utilmente un'eccezione di incostituzionalità tale da raggiungere, alla fine, un risultato sostanzialmente analogo a quello che si avrebbe invocando la Carta; ma che talora sarà anche "sostanziale", laddove l'impossibilità di invocare la Carta in una determinata fattispecie imporrà una soluzione del caso diversa da quella che si avrebbe in fattispecie strutturalmente identiche sotto ogni profilo logicamente rilevante, ma che però, ricadendo per ragioni "contingenti" nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, potranno/dovranno essere decise alla luce anche della Carta e, appunto per questo, avranno esito differente.

Qualcuno ha auspicato (Giovanna Pistorio, ad esempio) che in futuro la problematica delle discriminazioni a rovescio possa a sua volta acquisire rilievo (e, per così dire, essere combattuta) *dal punto di vista dell'Unione*, dalla Corte di giustizia, in riferimento al, e in virtù del, principio eurounitario di non discriminazione, e si sono

anche richiamate alcune sentenze del giudice di Lussemburgo nelle quali sarebbero rinvenibili dei segnali di possibile apertura in questo senso⁹.

Ma, a prescindere dalle difficoltà teoriche e pratiche connesse a una simile prospettiva, resta comunque il fatto che, allo stato attuale, l'unico o comunque il principale strumento utilizzabile per combattere il fenomeno delle discriminazioni a rovescio è l'incidente di legittimità costituzionale da sollevarsi per violazione dell'art. 3 (eventualmente in collegamento ad altra disposizione costituzionale), disponendo certamente la nostra Corte di tecniche decisorie tali da consentirle di rimuovere le discriminazioni a rovescio attraverso la sostanziale estensione della disciplina eurounitaria più favorevole anche ai casi "interni", appunto sulla base e ai fini del rispetto del principio di eguaglianza: principio da considerarsi in linea di massima – e lo anticipo perché sul punto dovrò tornare tra pochissimo – principio supremo dell'ordinamento.

Ora, come sempre, è però indispensabile porsi anche in un'ottica un po' meno "irenica" e riflettere criticamente sul fatto che l'estensione generalizzata delle tutele eurounitarie, l'estensione cioè dell'ambito di applicazione della Carta, potrebbe (ordinariamente, fisiologicamente) risultare lesiva di un "contrapposto" o comunque concorrente interesse o diritto interno, potendosi sotto questo profilo configurare essenzialmente tre ipotesi, su cui a mio avviso è opportuno ragionare qualche istante:

1) Prima ipotesi: ove le tutele eurounitarie di un diritto fondamentale portino alla compressione di un altro diritto fondamentale costituzionalmente tutelato e questa compressione debba considerarsi tale da intaccare un principio supremo del nostro ordinamento, un controlimite, allora vorrebbe dire che quella norma della Carta, o meglio quella norma ricavata dalla Carta e lesiva di un "controlimite" costituzionale, non potrebbe, non dovrebbe poter trovare validamente applicazione neanche nel campo di pacifica applicazione del diritto dell'Unione.

2) Ove invece (seconda ipotesi) l'estensione alle "fattispecie interne" delle soluzioni imposte dalla Carta, all'estremo opposto, non andasse a intaccare alcun diritto, principio o valore *di rilievo costituzionale*, allora nessun problema particolare

⁹ Cfr. G. PISTORIO, *Le discriminazioni a rovescio derivanti dall'applicazione del diritto comunitario*, in www.europeanrights.eu.

(legittimo affidamento a parte, e non è poco¹⁰) sembrerebbe porsi, e l'estensione parrebbe in effetti doverosa.

3) Ove infine – terza ipotesi: situazione intermedia, più problematica e peraltro, probabilmente, più frequente – l'estensione delle tutele eurounitarie a fattispecie interne, pur senza intaccare dei “controlimiti”, vada comunque a comprimere posizioni giuridiche o principi e valori di rilievo costituzionale interno, allora la soluzione sembra più complessa e incerta. Su un piano puramente teorico e astratto, comunque, si dovrebbe, si deve probabilmente dire che anche in questi casi l'estensione sarebbe necessaria, quantomeno ove si accetti che il fondamento dell'estensione risieda nel principio di eguaglianza e che tale principio, anche in simili contesti, possieda la natura e la “forza” di un principio supremo. Si tratterebbe infatti in questi casi di mettere a confronto¹¹ il “controinteresse costituzionale” che si oppone all'estensione delle tutele eurounitarie (controinteresse privo, da ipotesi, del “rango” di “principio supremo”) con il principio costituzionale sulla cui base risulterebbe invece doverosa l'estensione, cioè appunto il principio di eguaglianza, con conseguente prevalenza di quest'ultimo, appunto in quanto principio supremo.

2. - Un secondo limite, almeno potenziale, alla diretta invocabilità e alla “piena” applicabilità – con disapplicazione del diritto interno contrastante – delle norme, o meglio di *alcune* norme, della Carta, potrebbe poi doversi ricollegare alla famigerata distinzione tra diritti e principi di cui all'art. 52, par. 5: «Le disposizioni della presente Carta che contengono dei principi possono essere attuate da atti legislativi e esecutivi adottati da istituzioni, organi e organismi dell'Unione e da atti di Stati membri *allorché essi danno attuazione al diritto dell'Unione*, nell'esercizio delle loro rispettive competenze.

¹⁰ ..anche dallo stesso punto di vista eurounitario, rappresentando a sua volta la tutela del legittimo affidamento un principio generale dell'Unione.

¹¹ Uso volontariamente l'espressione “mettere a confronto”. Non di “bilanciamento” infatti si tratterebbe, a meno di ritenere che alla opzione netta a favore dell'estensione (con conseguente lesione del controinteresse di rilievo costituzionale) o a favore della mancata estensione (con conseguente discriminazione a rovescio) della disciplina eurounitaria si possa aggiungere, con un certo sforzo “creativo” del giudice costituzionale, una terza opzione, vale a dire quella di una “estensione parziale” delle tutele eurounitarie, così da ridurre (senza eliminarla) la discriminazione a rovescio, e da ridurre al contempo (o al limite annullare) la lesione del controinteresse di rilievo costituzionale.

Esse *possono essere invocate dinanzi a un giudice solo ai fini dell'interpretazione e del controllo di legalità di detti atti*» (corsivi ovviamente aggiunti).

La questione è estremamente complessa e delicata, e per parte mia non posso che rinviare, per brevità, a quanto osservato a suo tempo¹², salvo quanto tornerò a dire più

¹² Cfr. V. SCIARABBA, *Rapporti tra Corti e rapporti tra Carte* cit, e ID., *Tra Fonti e Corti*, cit.

In estrema e selettiva sintesi, posso qui ricordare quanto segue. Anzitutto, può notarsi come la tesi per cui la disposizione abbia tra i suoi scopi principali quello di ridurre le potenzialità operative della Carta in materia sociale sembra, per certi versi, trovare riscontro nella "spiegazione" relativa a tale articolo, in primo luogo laddove (discutibilmente) si sostiene che la norma sarebbe in linea «con l'approccio ai "principi" negli ordinamenti costituzionali degli Stati membri, *specialmente nella normativa sociale*»; e, in secondo luogo, laddove si introducono ulteriori elementi di ambiguità richiamando, quali esempi di *principi* contenuti nella Carta – oltre che l'art. 37 («Tutela dell'ambiente») – gli artt. 25 e 26, i quali prevedono rispettivamente il «*diritto degli anziani di condurre una vita dignitosa e indipendente e di partecipare alla vita sociale e culturale*» e il «*diritto dei disabili di beneficiare di misure intese a garantirne l'autonomia, l'inserimento sociale e professionale e la partecipazione alla vita della comunità*». Evidente, da una parte, la contraddizione terminologica; d'altra parte, poi, si può notare come si tratti di disposizioni dalle quali la nostra e altre giurisprudenze (costituzionali e non) saprebbero ben trarre contenuti precettivi tali da permetterne, in molte situazioni fattuali e normative, una immediata invocabilità in sede giudiziaria.

Sotto altro profilo, possono richiamarsi a proposito dell'art. 52, par. 5, alcune parole del "mandato di Colonia" (cioè dell'atto del Consiglio europeo del 3-4 giugno 1999 che sta alla base della redazione della Carta), secondo cui si sarebbero dovuti prendere in considerazione i «diritti economici e sociali quali sono enunciati nella Carta sociale europea e nella Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori (art. 136 TCE), *nella misura in cui essi non sono unicamente a fondamento di obiettivi per l'azione dell'Unione*». Il motivo per il quale tali parole paiono interessanti risiede nella possibilità di trarne – alla luce dell'ulteriore e già ricordata circostanza per cui lo stesso Consiglio europeo, una volta che la Convenzione ha prodotto il suo testo, ha approvato tale testo senza obiezioni – una sorta di regola interpretativa secondo la quale, almeno "fino a prova contraria", quelli contenuti nella Carta *non* sarebbero diritti «unicamente a fondamento di obiettivi per l'azione dell'Unione», bensì, in ogni caso, "qualcosa di più". In effetti, se la disposizione dell'art. 52, par. 5, è chiara (ancorché, a ben vedere, meno di quanto potrebbe inizialmente apparire) nella sua seconda parte, essa contiene comunque un elemento di incertezza (che, come abbiamo visto, le «spiegazioni» non risolvono ma anzi accentuano) nella prima, su un punto assolutamente decisivo: *quali* sono le «disposizioni della presente Carta che contengono dei principi»? E, prima ancora, e in generale: quali sono i *criteri* per *definire* e *individuare* questi «principi»? Se si accetta, come sembra ragionevole, la possibilità di stabilire un

avanti nell'ambito di un ragionamento più generale che ricollega organicamente tutti questi nodi problematici che sto rapidamente toccando.

Preciso soltanto, a questo proposito, che – secondo quanto è stato opportunamente sottolineato da diversi autori (Bignami, Conti) – i “principi” cui fa riferimento l'art. 52 non vanno assolutamente confusi con i “principi generali” di cui all'art. 6, par 3 TUE (cioè quelli ricostruiti con riferimento alla CEDU e alle tradizioni costituzionali comuni e sul cui regime giuridico è pure opportuno riflettere con la massima attenzione ma in un quadro e in una logica del tutto diversa).

3. - Sempre a quanto scritto in altra occasione¹³ devo rinviare anche per alcune osservazioni su una terza questione in grado di incidere in senso lato sull'efficacia della Carta, e cioè quella relativa al ruolo delle altrettanto famigerate ma tuttora sempre un po' misteriose “spiegazioni”: richiamate, in virtù di successive, progressive aggiunte di evidente e direi “ossessivo” intento “riduttivo”, sia nel Preambolo della Carta, sia nel suo art. 52, par. 7, sia, da ultimo, nell'art. 6 del Trattato sull'Unione.

Voglio però cogliere questa importante occasione per ricordare almeno, sia pure solo con un brevissimo cenno, quale fosse, lavori preparatori alla mano, l'originaria “natura” e funzione di tale documento, perché ciò consente di “smascherare” e in parte neutralizzare quella sorta di “falso storico” compiuto allorché si è aggiunto nell'art. 52 della Carta il già richiamato par. 7, che ragiona di «spiegazioni elaborate *al fine di fornire orientamenti per l'interpretazione della Carta dei diritti fondamentali*».

Ebbene, in un documento della Convenzione Herzog del 31 luglio 2000¹⁴, contenente la versione originaria delle «spiegazioni» relative al testo completo della Carta, si legge: «Si allega *per i membri della Convenzione* una relazione esplicativa delle disposizioni

certo collegamento tra i «principi» cui la disposizione allude e le parole del mandato di Colonia relative ai diritti sociali – nel senso cioè che “principi” siano proprio (forse non solo, ma soprattutto) quelle norme, o quegli “pseudo-diritti”, che si pongono «unicamente a fondamento di obiettivi per l'azione dell'Unione» – si potrebbe allora arrivare a sostenere, chiudendo il cerchio, che, appunto *fino a prova contraria*, come si diceva, quelli contenuti nella Carta *non* sono *principi*: si tratterebbe, come intuibile, di un canone ermeneutico piuttosto rigoroso e forse in grado di ridimensionare “a monte” i possibili effetti dannosi di una disposizione dagli intenti (e dai contenuti) quanto mai discutibili.

¹³ Cfr. l'analisi che si è tentata in V. SCIARABBA, *Le «spiegazioni» della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2005, I, pp. 59-93.

¹⁴ Trattasi del documento CHARTE 4423/00 (CONVENT 46).

della Carta, elaborata dal Segretariato su mandato del Presidium. *Il Presidium aveva chiesto in particolare che la relazione fosse il più possibile fattuale e riprendesse i testi o la giurisprudenza che sono serviti da fonte per la redazione dei vari articoli, evitando ogni tentativo di interpretazione della Carta»* (corsivi aggiunti).

Questa frase, mi pare, evidenzia chiaramente sia il vero motivo delle peculiarità contenutistiche delle «spiegazioni», e, precipuamente, della loro ricchezza di richiami e citazioni di fonti precedenti, sia, soprattutto, la limitatissima funzione che questo documento era chiamato a svolgere nell'intenzione di chi lo aveva scritto (e di chi aveva chiesto di scriverlo): funzione, in sostanza, di pura illustrazione storico-descrittiva, destinata essenzialmente ai membri della Convenzione (non tutti esperti giuristi in grado di padroneggiare il complesso quadro normativo di riferimento), relativamente ai "materiali" utilizzati per la redazione della prima bozza completa di articolato ad opera dello stesso Presidium. E ciò spiega, d'altra parte, perché le Spiegazioni pongano l'accento più sulle appariscenti (o apparenti) consonanze con le fonti di ispirazione della Carta che non sulle potenziali dissonanze e innovazioni che proprio e solo dall'*interpretazione* della Carta avrebbero potuto e potrebbero emergere.

In breve, dunque, se un qualche ausilio le «spiegazioni» dovevano fornire all'operatore, esso in tutto sembrava poter consistere fuor che in un "orientamento interpretativo". Ecco perché, con riguardo alla disposizione di cui all'art. 52, par. 7, mi ero permesso a suo tempo e mi permetto anche oggi di ricorrere all'espressione "falso storico".

4. - Un quarto e ultimo elemento in grado di incidere "a monte", in generale, sui rapporti tra Carta e diritto interno, e "a valle", in particolare e come conseguenza, sul tema della disapplicazione delle norme nazionali, si ricollega non tanto alla ridondante e giuridicamente innocua previsione generale introdotta nell'art. 52, par. 6 (secondo cui, nell'interpretazione e applicazione della Carta, «si tiene pienamente conto delle legislazioni e prassi nazionali, *come specificato nella presente Carta»*), quanto piuttosto proprio alla tecnica redazionale cui si è fatto effettivamente ricorso in moltissimi articoli, che contengono una serie di "rinvii" alle legislazioni e prassi nazionali, nonché un certo numero di ulteriori "abdicazioni definitive" potenzialmente in grado di "svuotare" (e in ogni caso di limitare) la portata precettiva di tutti gli articoli in questione¹⁵, andandosi così a delineare, forse anche opportunamente almeno

¹⁵ Di tali articoli si ripropone di seguito un breve "censimento", ricordando come essi, non a caso, riguardino quasi sempre questioni che hanno dato adito ad accese controversie durante i lavori della Convenzione, particolarmente in materia sociale.

per certi diritti, un sistema "a geometria (parzialmente) variabile", la cui logica di fondo e la cui concreta funzionalità mi sembrano simili ed accostabili, a mio avviso con implicazioni molto interessanti (nel bene e nel male), a quelle proprie della dottrina del margine di apprezzamento elaborata a Strasburgo.

Si tratta dunque: dell'art. 10, par. 2 («Il diritto all'obiezione di coscienza è riconosciuto *secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio*»); dell'art. 14, par. 3 («La libertà di creare istituti di insegnamento nel rispetto dei principi democratici, così come il diritto dei genitori di provvedere all'educazione e all'istruzione dei loro figli secondo le loro convinzioni religiose, filosofiche e pedagogiche, sono rispettati *secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio*»); dell'art. 16 («È riconosciuta la libertà d'impresa, *conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali*»); dell'art. 27 («Ai lavoratori o ai loro rappresentanti devono essere garantite, ai livelli appropriati, l'informazione e la consultazione in tempo utile *nei casi e alle condizioni previsti dal diritto comunitario e dalle legislazioni e prassi nazionali*»); dell'art. 28 («I lavoratori e i datori di lavoro, o le rispettive organizzazioni, hanno, *conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali*, il diritto di negoziare e di concludere contratti collettivi, ai livelli appropriati, e di ricorrere, in caso di conflitti di interessi, ad azioni collettive per la difesa dei loro interessi, compreso lo sciopero»); dell'art. 30 («Ogni lavoratore ha il diritto alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato, *conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali*»); dell'art. 34, par. 1 («L'Unione riconosce e rispetta il diritto di accesso alle prestazioni di sicurezza sociale e ai servizi sociali che assicurano protezione in casi quali la maternità, la malattia, gli infortuni sul lavoro, la dipendenza o la vecchiaia, oltre che in caso di perdita del posto di lavoro, *secondo le modalità stabilite dal diritto comunitario e le legislazioni e prassi nazionali*»); dell'art. 34, par. 2 («Ogni individuo che risieda o si sposti legalmente all'interno dell'Unione ha diritto alle prestazioni di sicurezza sociale e ai benefici sociali *conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali*»); dell'art. 34, par. 3 («... l'Unione riconosce e rispetta il diritto all'assistenza sociale e all'assistenza abitativa volte a garantire un'esistenza dignitosa a tutti coloro che non dispongano di risorse sufficienti, *secondo le modalità stabilite dal diritto comunitario e le legislazioni e prassi nazionali*»); dell'art. 35, prima parte («Ogni individuo ha il diritto di accedere alla prevenzione sanitaria e di ottenere cure mediche *alle condizioni stabilite dalle legislazioni e prassi nazionali*»); infine, salvo dimenticanze, dell'art. 36 («Al fine di promuovere la coesione sociale e territoriale dell'Unione, questa riconosce e rispetta l'accesso ai servizi d'interesse economico generale *quale previsto dalle legislazioni e prassi nazionali, conformemente ai trattati*»).

- SECONDA PARTE -

Queste quattro che ho rapidamente ricordato (sorvolando per brevità, almeno in questa sede, su qualche altro aspetto), sono a mio avviso, oggi, le principali "questioni sul tappeto" quanto al fronte "eurounitario", il tutto pienamente in linea – preciso molto volentieri – con una recente e approfondita ricostruzione effettuata da Marco Bignami, alla quale verrò anzi adesso a ricollegarmi apertamente per presentare alcune riflessioni sulle prospettive generali che si aprono e sulle possibili opzioni operative dei singoli attori giurisdizionali.

Sullo sfondo del quadro che ho qui ricostruito per cenni, Marco Bignami sottolinea anzitutto la circostanza (evidenziata da anni, ma, come dicevo all'inizio, ancora troppo spesso trascurata oppure sottovalutata con cieco e direi masochistico scetticismo) che «[l]'inclusione della Carta di Nizza, e, in prospettiva, della CEDU, nell'ambito materiale del diritto dell'Unione costituisce il più insidioso attacco che la giurisdizione costituzionale abbia mai dovuto fronteggiare»

Alla base di questa condivisibile osservazione c'è ovviamente il timore che si sviluppi – in virtù, per così dire, del "corto circuito" tra il già operante principio di immediata prevalenza del diritto comunitario (con conseguente obbligo di non applicazione del diritto interno contrastante)¹⁶ e la peculiarità dei contenuti del testo di Nizza (assimilabili

¹⁶ Con riguardo al problema, fondamentale, dell'efficacia diretta delle norme di diritto comunitario primario, può ricordarsi nuovamente come essa sia stata affermata dalla Corte di giustizia già nella nota sentenza *Van Gend en Loos* del 5 febbraio 1963, alla condizione che gli obblighi siano precisi, chiari e incondizionati e non richiedano misure complementari a livello comunitario o nazionale (cfr. in proposito anche le sentenze *Becker* del 19 gennaio 1982 e *Kaefer e Proccaci* del 12 dicembre 1990).

Secondo quanto riportato sul sito *Internet* istituzionale dell'Unione (utilizzando la precedente numerazione degli articoli), dalla giurisprudenza della Corte si evince come essa abbia incluso tra le norme del Trattato CE dotate di efficacia diretta (talora solo "verticale", spesso anche "orizzontale", come ad es. nel caso degli artt. 39, 43, 50 e 81), se non altro, quelle di cui agli articoli 12 (divieto di discriminazione in base alla nazionalità), 25 (divieto di dazi doganali e tasse di effetto equivalente), 28 e 29 (divieto di restrizioni quantitative), 39 (libera circolazione dei lavoratori), 43 (diritto di stabilimento), 50 (libera circolazione dei servizi), 81 (divieto di intese), 82 (divieto di abuso di posizione dominante), 88 (sugli aiuti di Stato), 95 (divieto di discriminazioni fiscali nei confronti dei prodotti importati), 141 (sulla parità tra i sessi).

a grandi linee a quelli della prima parte della nostra Costituzione) – una sorta di “sindacato diffuso”, in riferimento alla Carta, che andrebbe progressivamente a sostituire il sindacato accentrato svolto, in riferimento alle Costituzioni, dalle Corti nazionali¹⁷.

In quest'ordine di idee, ovviamente, una (ulteriore) parziale trasformazione si avrebbe nello stesso ruolo del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia: se già oggi, come è notissimo, questo meccanismo viene frequentemente utilizzato allo scopo di ottenere dalla Corte di Lussemburgo una sorta di indiretta valutazione sulla “legittimità comunitaria” del diritto interno, è evidente come esso, con la consacrazione di un

Come intuibile osservando tale elenco, e come esplicitamente osservato da P. MENGOZZI, *Il diritto comunitario e dell'Unione europea*, Padova, 1997, pp. 110-111, la Corte «ha qualificato come *direttamente applicabili*, e quindi invocabili da individui e da imprese davanti ai giudici nazionali, anche disposizioni comunitarie che non lasciavano trasparire una volontà di creare in capo ad essi situazioni giuridiche positive» (il che può risultare significativo anche con riguardo all'incombente problema dell'operatività della clausola di cui all'art. 52, par. 5 della Carta).

Lo stesso A. ricorda anche come la Corte abbia «costruito la diretta applicabilità di dette disposizioni comunitarie come loro prevalenza sul diritto nazionale precedente e successivo e come *prevalenza* imponentesi, innanzitutto, anche sulle norme costituzionali nazionali», e abbia «precisato – sin dal 1976 [nella sentenza *Simmentha*] – che detta prevalenza si impone non solo agli Stati membri ma anche a tutti i loro organi, puntualizzando, con una pronuncia del 22 giugno 1989 [*Fratelli Costanzo*], che essa vincola a «disapplicare» le norme che il legislatore statale ponga in essere in contrasto con il diritto comunitario non solo i giudici nazionali, ma “tutti gli organi dell'amministrazione, compresi quelli degli enti locali territoriali”».

Infine, non possono non ricordarsi, anche e precipuamente a questo proposito, le note sentenze *Mangold* (Corte di giustizia, 22 novembre 2005, causa C-144/04) e *Kücükdeveci* (Corte di giustizia, 19 gennaio 2010, causa C-555/07), circa le quali alcune considerazioni si sono tentate in V. SCIARABBA, *Dopo Mangold la Corte di giustizia torna sul rapporto tra principi generali, direttive e norme interne*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2010, II, e ID., *La sentenza Küçükdeveci e le prospettive della giustizia costituzionale europea*, in www.gruppodipisa2010.it, in www.europeanrights.eu e in www.astrid-online.it.

¹⁷ Possono nuovamente richiamarsi a questo proposito le riflessioni di M. CARTABIA, *La Carta di Nizza, i suoi giudici e l'isolamento della Corte costituzionale italiana* e A. CELOTTO, *La Carta di Nizza e la crisi del sistema europeo di giustizia costituzionale*, in A. PIZZORUSSO, R. ROMBOLI, A. RUGGERI, A. SAITTA, G. SILVESTRI (cur.), *Riflessi della Carta europea dei diritti sulla giustizia e la giurisprudenza costituzionale: Italia e Spagna a confronto*, (Giornata italo-spagnola di giustizia costituzionale. Taormina, 4 ottobre 2002), Milano, 2003, rispettivamente a p. 201 ss. e p. 227 ss.; nonché, dei medesimi due Autori, *La giustizia costituzionale in Italia dopo la Carta di Nizza*, in *Giur. cost.*, 2002, p. 4477 ss.

catalogo scritto di diritti fondamentali "vigenti a livello dell'Unione", verrebbe ad assomigliare sempre più ad un "incidente di costituzionalità" sotto diverso nome (e diverso giudice: anche in questo caso – tenuto conto della tendenziale corrispondenza contenutistica dei "parametri" sullo sfondo – con effetti di "scavalco" del giudice costituzionale "interno" e delle Costituzioni nazionali).

Ecco, davanti a simili prospettive, Marco Bignami delinea con il consueto acume due possibili tipi di (direi io) "risposte organiche", di "approcci operativi", che fanno perno proprio sulle diverse possibili prese di posizione su ciascuna di quelle questioni aperte sul tappeto che ho prima sommariamente ricordato.

Mi permetterei, anziché parafrasare malamente il pensiero di Bignami, di citare fedelmente (salvo solo qualche taglio per accelerare) ciò che Egli ha scritto (in modo tra l'altro più chiaro e sintetico di quanto finirebbe per essere ogni mio tentativo di "riassunto").

Fatto ciò, passerò alle conclusioni della relazione provando a prospettare un *terzo* scenario, che vorrebbe avere il pregio di inglobare gli elementi migliori (o meglio, che io ritengo migliori) dei due scenari alternativi prospettati da Bignami: cosa che reputo possibile *nell'attuale quadro normativo* in virtù di *ben determinate, importanti ma circoscritte, e tra loro collegate, opzioni giurisprudenziali nelle varie sedi*, come appunto cercherò di illustrare.

Scrive dunque Bignami che la scelta «tra sindacato accentrato e sindacato diffuso» dipende «in larga misura, dalla posizione che si intende assumere a proposito dei punti controversi cui si è ... accennato», potendosi «elaborare ... due sistemi alternativi, il cui ... pregio possa essere la coerenza intrinseca».

«Nel primo di essi, deciso a salvaguardare per quanto possibile il sindacato accentrato del giudice costituzionale, sarà opportuno arroccarsi sulla distinzione tra diritti e principi ... I "diritti" di cui si dovrà assicurare protezione giurisdizionale, anche tramite disapplicazione delle leggi nazionali, assumeranno la struttura di enunciati capaci di offrirsi al giudice come regola di giudizio, ovvero di definire una controversia non già aprendo un vuoto, che tocchi poi riempire per mezzo di ragionamenti analogici o deduttivi, ma direttamente ed immediatamente, attraverso la somministrazione di un precetto conformativo in sé già compiuto. Si aggiungerà che, non diversamente, i diritti garantiti dal comma 3 dell'art. 6 saranno, in quanto vevoli come principi generali, privi di diretta applicabilità, con l'effetto che l'eventuale contrasto tra essi e la legge

nazionale diverrà oggetto di un dubbio di costituzionalità. Quanto, poi, ai principi desumibili dalla Carta, essi non godranno neppure di quest'ultima *chance* di affermazione, fino a quando non sopraggiunga una sorta di "legge cornice" comunitaria o nazionale, a seconda della competenza in gioco, che conferisca loro espressa "attuazione". Naturalmente, si terrà per fermo che tutto ciò valga entro i limiti, soggetti ad interpretazione restrittiva, delle competenze materiali dell'Unione, e si opporrà resistenza alla dilatazione, cui essi sono soggetti. In particolare, con riferimento alla Carta di Nizza, si potrà enfatizzare il frequente rinvio che essa opera alle leggi nazionali che disciplinano l'esercizio di una libertà, per affermarne un alto grado di disponibilità da parte del legislatore nazionale. Infine, si proverà a dimostrare che l'esercizio del potere di disapplicazione da parte del giudice comune, ove non assistito da tali condizioni, legittimi la Corte [costituzionale], perlomeno in teoria, a proporre conflitto di attribuzione nei riguardi di quest'ultimo, conflitto fondato su un apprezzamento concernente il carattere non *self-executing* del diritto dell'Unione, che la Corte rivendicherà a sé.

Nel secondo dei sistemi astratti cui si accennava, inteso a promuovere l'integrazione comunitaria per mezzo del sindacato diffuso del giudice comune, o meglio del connubio tra quest'ultimo ed il controllo accentrato della Corte di giustizia, le conclusioni debbono essere naturalmente opposte.

Verrà svalutato, sul piano anzitutto ontologico, il fondamento della separazione normativa tra diritti e principi, e si dirà che essa, non avendo un adeguato substrato concettuale, non potrà produrre effetti prescrittivi. In forza dell'art. 6 del Trattato, ponendo in ombra la lettera dell'art. 52 della Carta, si cercherà di espanderne la capacità regolatrice, deducendo dal principio astratto regole concrete direttamente applicabili, oppure limitandosi a superare, per mezzo della disapplicazione, normative nazionali che, senza conferire attuazione al diritto comunitario in senso difforme dal principio, tuttavia si ritengano in contrasto con esso. Ovviamente, la giurisprudenza lussemburghese accompagnerà il giudice nazionale in questo percorso, esortandolo ad un'efficace ricorso all'art. 6 comma 3, per garantire l'osservanza dei diritti fondamentali ricavati dall'interazione tra CEDU e tradizioni costituzionali comuni, e nel contempo ampliando l'area di competenza dell'Unione. Quanto, poi, alle frequenti "riserve di legge nazionale" recepite dalla Carta, la dottrina del nucleo irriducibile di ciascuna libertà fondamentale offrirà argomenti per ridimensionare anche tale ostacolo. Si dirà, infine, che la valutazione circa la natura direttamente applicabile del diritto comunitario

spetta al giudice comune, sotto il controllo lussemburghese, e che la Corte costituzionale non debba avere in ciò voce in capitolo».

Credo che, a questo punto, se proponessi un sondaggio, ad alzata di mano, su quale dei due scenari appaia più allettante, il secondo avrebbe nettamente la meglio.

Ma siccome ciò che viene richiesto a un giudice non è di agire seguendo l'istinto, o le buone intenzioni, o le soluzioni che, nel breve periodo, appaiano migliori sul piano degli effetti pratici, bensì di contribuire con rigore e lungimiranza a quello che chiamerei "sviluppo sostenibile" dell'ordinamento, vorrei – a mo' di premessa a quella "terza via" che verrò subito a illustrare e proporre – mettere in guardia contro i rischi che, sotto molti e importanti profili, un sindacato per metà diffuso e per metà euro-accentrato può presentare, sia nell'immediato, sia nel medio e lungo periodo (e torno in particolare a richiamare i valori tutt'altro che obsoleti o reazionari dell'affidamento, della certezza e dell'eguaglianza), al contempo ricordando i grandissimi successi che, nel nostro per il resto malandato sistema istituzionale, nella nostra zoppicante democrazia costituzionale, sono stati raggiunti in virtù dell'operato della Corte costituzionale, o meglio, più precisamente, dell'operato congiunto, della intelligente "collaborazione", direi appunto del "connubio", tra giudici comuni e Corte costituzionale: connubio che, mi permetto di osservare "sconfinando" per un attimo sul versante dei rapporti con la CEDU, ha prodotto di recente buoni frutti anche dove si trattava di garantire il dispiegarsi nell'ordinamento interno di una fonte sovranazionale la quale non a caso, se ci si pensa, negli anni precedenti alle due sentenze del 2007 risultava *nel complesso fortemente "sottoutilizzata"*, salve alcune "punte" isolate e problematiche, e che invece negli anni successivi a tali sentenze è stata invocata e utilizzata, oltre che ampiamente a fini interpretativi in sede di giustizia comune, in decine di decisioni costituzionali, non di rado di accoglimento).

- CONCLUSIONI -

Ecco perché, dicevo, occorre immaginare una terza via che al contempo consenta, da una parte, di non indebolire (verso l'interno) e per certi versi, sia pure al momento solo per prudenza, di rafforzare (verso l'esterno) il fondamentale ruolo della Corte costituzionale, e di preservare il fondamentale legame operativo tra questa e i giudici

comuni (se non altro in base alla... regola aurea di ogni saggio allenatore, valida almeno in via tendenziale, per cui "squadra che vince non si cambia"); dall'altra, di non dover per questo sostanzialmente "boicottare", attraverso quegli espedienti tecnici prima accennati, il ruolo della Carta dei diritti e della giurisprudenza europea.

In sostanza, si tratterebbe di rigettare sia il modello "diffuso/euro-accentrato" puro, imperniato sul rapporto privilegiato e in prospettiva futura pressoché esclusivo tra giudice comune e Corte di giustizia (modello che sarei tentato di chiamare "neo-Simmenthal", e che ritengo però, nel nuovo contesto, molto meno "scontato" e doveroso, oltre che opportuno, di quanto potrebbe pensarsi), sia il modello tradizionale di giustizia costituzionale nazionale accentrata, imperniato sul rapporto altrettanto esclusivo, in tema di diritti fondamentali, tra giudice comune e Corte costituzionale.

Occorre, per dirla in modo vagamente colorito, fare di necessità virtù e rassegnarsi tutti (giudici comuni, Corte costituzionale, Corte di Lussemburgo) al "triangolo", attraverso alcuni *epocali ma circoscritti "aggiustamenti" giurisprudenziali* (epocale essendo del resto la piena entrata in vigore della Carta di Nizza) da parte (salvo il *decisivo ruolo propulsivo dei giudici comuni*) sia *della Corte costituzionale*, sia *della Corte di giustizia* (alla stregua peraltro di significative aperture già manifestate da entrambe), secondo quanto vengo immediatamente a illustrare per cenni (forse per il momento un po' ermetici, ma spero comprensibili singolarmente e soprattutto nei reciproci nessi).

L'obiettivo sarebbe cioè – ecco il nocciolo – quello, da parte dei giudici comuni (a), di indurre (in vario modo: direi sia *interpellandola insistentemente*, sia invece – a patto di non compiere in tale modo delle "scorrettezze", in senso lato, verso le parti – *lasciandola ostentatamente da parte*) la Corte costituzionale (b) a rivedere ed allentare (raccogliendo e sviluppando aperture rinvenibili ad esempio nelle sent. nn. 28 e 227 del 2010) i propri tradizionali indirizzi restrittivi in tema di *rilevanza e ammissibilità delle questioni* anche solo in parte *collegate a "parametri comunitari"*, così da accentrare – o meglio, per così dire, *accettare per parte propria di accentrare*¹⁸ – *in prima battuta*¹⁹ presso di sé *tutte le questioni*

¹⁸ Appunto solo *in via tendenziale*, non potendosi probabilmente, allo stato attuale (quand'anche la cosa fosse auspicabile), imporre ai giudici comuni *vincoli* in questo senso (e dovendosi inoltre, sotto altro profilo, fare ovviamente salva l'ipotesi che le questioni possano/debbero invece essere dagli stessi giudici comuni immediatamente risolte/prevenute

relative ai diritti fondamentali (o almeno, in una diversa e leggermente più sofisticata "sottospecie" del modello, *tutte quelle relative ai bilanciamenti tra diritti fondamentali*²⁰), anche laddove esse coinvolgano (come sarà sempre più frequente) profili di rilievo comunitario e siano invocati articoli della Carta; il tutto (c) con la "tolleranza", s'intende, della Corte di giustizia, che potrebbe a sua volta raccogliere e sviluppare – per giustificare tale allontanamento dalle rigidità e dagli automatismi della giurisprudenza Simmenthal (risalente, come si accennava, a un contesto ben diverso dall'attuale) – le proprie aperture nel caso *Melki* (relativo alla disciplina francese della questione prioritaria di costituzionalità)²¹, e che verrebbe per così dire

tramite un ricorso equilibrato all'*interpretazione conforme*, nelle sue molteplici sfaccettature e "direzioni").

¹⁹ *In prima battuta* dato che, come si dirà poco oltre, condizione di tale (vocazione all')accentramento non potrebbe che essere la contestuale "accettazione" da parte della Corte costituzionale del proprio *potere* (e teoricamente *dovere*, ma qui forse il discorso potrebbe essere più complesso e aperto di quanto a prima vista sembrerebbe ai sensi dell'art. 267 TCE) di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. È questa infatti una delle "pietre angolari" su cui si reggerebbe la costruzione, insieme alle altre indicate nel testo.

²⁰ Il tutto, dunque, a prescindere dal fatto che si prospetti una possibile lesione di veri e propri "controlimiti", diversa essendo qui la logica di fondo rispetto a quella "conflittuale" cui si riferisce la "dottrina" in questione: non già, nel nostro caso, quella "patologica" per cui ci si rivolgerebbe alla Corte costituzionale per chiedere la neutralizzazione di un vincolo comunitario in quanto lesivo di principi supremi del nostro ordinamento, bensì quella (in un certo senso "fisiologica", pur ovviamente essendovi sempre alla base un "vizio" normativo, un fallimento del legislatore, in questo caso nazionale) di chiedere una "*complessiva*" *verifica di legittimità* di una norma interna a fronte di possibili lesioni di diritti e principi fondamentali *di varia matrice* (e non dico di varia "fonte" onde evitare che, intendendo in senso stretto tale termine, si trascuri l'apporto giurisprudenziale, come è noto invece spessissimo decisivo a questo proposito); *di varia matrice* (ma *in'ultima analisi sempre formalmente costituzionale*, avuto riguardo – quantomeno – agli artt. 11 e 117, c. 1, cost.) proprio perché si ritiene destinato a divenire sempre più raro e marginale il caso di esclusiva invocazione di diritti e principi fondamentali di matrice prettamente e puramente costituzionale *interna* (e non anche convenzionale e/o, per quanto qui specificamente interessa, comunitaria/eurounitaria).

²¹ Sulle diverse fasi e implicazioni della vicenda sfociata, a livello eurounitario, nella sentenza della Corte di giustizia del 22 giugno 2010, v. gli scritti di F. FABBRINI e di A. ALEMANNI in www.diritticomparati.it, nonché A. ROVAGNATI, *Quale ruolo per le Corti costituzionali*

“contraccambiata” (d) dalla disponibilità che la Corte costituzionale dovrebbe a questo punto coerentemente mostrare (raccolgendo e sviluppando le aperture dell’ord. n. 103 del 2008), a sollevare *essa*, all’occorrenza, questioni pregiudiziali (anche nei giudizi in via incidentale), onde garantire il pieno rispetto (anche) dei vincoli “euro-unitari” di natura “paracostituzionale”²².

In un simile quadro risulta abbastanza evidente, andando rapidamente a riflettere sui singoli “punti critici” relativi alla Carta prima ricordati, che per preservare il ruolo della Corte costituzionale²³, non sarebbe più necessario ricorrere a quelle discutibilissime (e comunque “comunitariamente problematiche”) operazioni di

negli Stati membri dell’Unione europea? Brevi considerazioni a margine di una recente, complessa vicenda giudiziaria francese, in www.rivistaaic.it.

²² Come si è accennava, è quest’ultima una delle indispensabili pietre angolari della costruzione, che può reggersi e risultare funzionale (e dunque accettabile da parte di tutti i soggetti coinvolti, che altrimenti non potrebbero/dovrebbero rinunciare a esercitare le proprie tradizionali prerogative) solo a condizione che la Corte costituzionale diventi pienamente parte (parte “attiva”) del “circuito di giustizia costituzionale europea” (e non solo, come ovvio, vertice del sistema di “giustizia costituzionale nazionale”), presentandosi – nelle fattispecie di rilievo eurounitario che riguardino (bilanciamenti tra) diritti fondamentali – come soggetto dialogante (in posizione processualmente intermedia) *sia con i giudici comuni sia, all’occorrenza, con la Corte di giustizia*. In altri termini, solo sapendo che sarà la Corte costituzionale a rivolgersi all’occorrenza al giudice di Lussemburgo – facendosi dunque carico (anche) di tutte le questioni relative alla compatibilità di una norma interna con la Carta dei diritti fondamentali e con i principi generali dell’Unione – i giudici comuni saranno in condizione di potersi rivolgere fiduciosamente (anziché prima direttamente alla Corte di giustizia e poi eventualmente alla Corte costituzionale, subito) alla Consulta; e, per parte sua, il giudice europeo potrà accettare, per determinate fattispecie ed a determinate condizioni, il venir meno (in via di fatto) del dialogo diretto con i giudici comuni, a favore appunto del dialogo con il giudice costituzionale interno (cosa che, anche dal suo “punto di vista” sovranazionale, potrebbe peraltro risultare positiva sotto diversi profili).

²³ Ruolo fondamentale anche a fini di autorevolezza, di visibilità e di univocità delle soluzioni adottate “in nome” dei diritti, così da preservare la “tenuta” nel lungo periodo del sistema, in sé e per sé e a fronte dell’opinione pubblica e anche, di questi tempi, degli attacchi delle forze politiche (spessissimo pretestuosi e biecamente strumentali se non eversivi, ma in qualche caso anche favoriti da disfunzioni e problemi oggettivi).

boicottaggio o *ridimensionamento sul piano sostanziale* della Carta²⁴: Carta della cui rigorosa applicazione invece – pur nell'ambito di un quadro operativo processuale differente rispetto a quello finora seguito per il diritto comunitario derivato (e solo occasionalmente per quello primario di "tono" in qualche modo costituzionale)²⁵ – si farebbe anzi in qualche modo garante e promotrice la stessa Consulta, in modo sostanzialmente assimilabile, *mutatis mutandis*, a ciò che oggi avviene (nel complesso mi sembra efficacemente²⁶) con riguardo alla CEDU, attraverso appunto quel connubio tra giudici comuni e Corte cui accennavo (solo giudici comuni e Consulta, in quel caso, con Strasburgo sullo sfondo; giudici comuni, Consulta e Corte di giustizia, non sempre solo sullo sfondo grazie al meccanismo del rinvio pregiudiziale, in quest'altro scenario).

²⁴ È questo un punto centrale del discorso. Nel modello che qui si propone, infatti, non vi sarebbe alcuna necessità, (almeno non) in nome della opportunità di preservare il ruolo della Corte costituzionale (e della Costituzione) – ruolo *che infatti verrebbe comunque ampiamente preservato* in virtù degli espedienti *procedurali* poc'anzi messi in luce – : né (1) di opporsi a una ricostruzione "evolutiva" (e se si vuole "largheggiante") del campo di applicazione del diritto comunitario/euro unitario, ex art. 51 della Carta; né (2) di "iper-valorizzare" la distinzione tra diritti e principi di cui all'art. 52, par. 5, per ricostruire in modo ampio la categoria dei principi e negarne poi ogni valenza in sede giurisdizionale in assenza di *interpositio legislatoris*; né (3) di ricorrere ad una, strumentale, "mala-utilizzazione" della "Spiegazioni" (anche in questo caso "iper-valorizzandole") per ridimensionare ogni possibile elemento innovativo (in particolare rispetto alla CEDU) presente nel testo di Nizza (e nella giurisprudenza che su di esso si potrebbe andare a formare a livello europeo); né infine (4) di leggere alla stregua di vere e proprie "decostituzionalizzazioni" i frequenti rinvii alle legislazioni (e prassi) nazionali presenti nella Carta, attraverso uno "svuotamento" del significato dell'avvenuto inserimento dei diritti in questione nel catalogo europeo ed una connessa ricostruzione in termini amplissimi del margine di discrezionalità (per non dire arbitrio) spettante al legislatore nazionale nel *quando* (di fatto nell'*an*) e nel *quantum* di tutela per tali diritti.

²⁵ E che continuerebbe peraltro a seguirsi tranquillamente laddove non si pongano questioni relative ai diritti/principi fondamentali (o, nell'altra variante, a *bilanciamenti tra* diritti/principi fondamentali).

²⁶ E in questo senso la già richiamata sent. 113 del 2011 credo rappresenti un segnale di grandissimo peso.