



Rivista N°: 3/2019  
DATA PUBBLICAZIONE: 10/07/2019

AUTORE: Vincenzo Casamassima\*

## I DIRITTI FONDAMENTALI EUROPEI TRA PROCESSI DI POSITIVIZZAZIONE NORMATIVA E RUOLO DEI GIUDICI (E DELLA POLITICA). RIFLESSIONI INTORNO AD ALCUNI RECENTI SVILUPPI IN MATERIA DI RAPPORTI TRA CORTE COSTITUZIONALE, CORTE DI GIUSTIZIA E GIUDICI COMUNI\*\*

*Sommario: 1. Il duplice cammino di positivizzazione e generalizzazione dei diritti. – 2. La protezione dei diritti fondamentali nel contesto dell'Unione Europea: il ruolo propulsivo della Corte di Giustizia. – 3. La CDFUE nella sua dimensione enunciativa, tra continuità e cambiamento. – 4. La CDFUE nella sua dimensione applicativa, tra collaborazione e conflittualità inter-giurisdizionale. – 4.1. I confini dell'uso della CDFUE nella giurisprudenza della Corte di Giustizia e in quella dei giudici italiani (comuni e costituzionali). – 4.2. Diritto euro-unitario e diritti fondamentali dal punto di vista della Corte costituzionale: verso una nuova configurazione dei rapporti tra organi giurisdizionali? – 5. Tra unità e differenze. Il volto necessariamente pluralistico dei "diritti costituzionali europei", tra dinamiche giurisdizionali e indispensabile contributo della politica.*

### 1. Il duplice cammino di positivizzazione e generalizzazione dei diritti

Sono note le parole con cui Norberto Bobbio affermava, in modo netto: «il problema di fondo relativo ai diritti dell'uomo è oggi non tanto quello di *giustificarli*, quanto quello di *proteggerli*. È un problema non filosofico ma politico»<sup>1</sup>. Senza che sia negata la consistenza della dimensione etica entro cui necessariamente i diritti affondano le proprie radici, a risultare decisivo in vista dell'essenziale obiettivo dell'effettività della loro garanzia è il tipo di collocazione ai medesimi riconosciuto tra i beni giuridicamente protetti all'interno di un determinato

---

\* Ricercatore in Diritto Costituzionale presso il Dipartimento di Diritto, Economia, Management e Metodi Quantitativi (DEMM) dell'Università degli Studi del Sannio di Benevento.

\*\* Una parte delle riflessioni contenute nel presente contributo trovano accoglienza, in forma sintetica, anche nel saggio *Dalla Dichiarazione Universale dei Diritti Umani ai diritti fondamentali dell'Unione Europea*, da me redatto e in corso di pubblicazione in G. Cataldi (a cura di), *I diritti umani a settant'anni dalla Dichiarazione Universale delle Nazioni Unite*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019.

<sup>1</sup> N. BOBBIO, *Sul fondamento dei diritti dell'uomo*, in N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi, 1992, p. 16, il quale poi aggiungeva che «non si tratta di trovare il fondamento assoluto – impresa sublime ma disperata – ma di volta in volta *i vari fondamenti possibili*».

ordinamento. Collocarli tra i cardini, tra gli elementi *fondativi*, dell'assetto *costituzionale* di una comunità politicamente organizzata, configurandoli come *fondamentali*, significa assicurare ai diritti umani la massima rilevanza giuridicamente possibile. Emerge così la rilevanza del profilo di «diritti fondamentali non già come semplici “pretese” soggettive, ma come strutture portanti di un ordinamento: come elementi costitutivi che ne rispecchiano le priorità effettive, ne disciplinano il funzionamento e possono essere assimilati alle norme di riconoscimento teorizzate da Hart»<sup>2</sup>. Come è stato efficacemente affermato, «“fondamentali” sono, dunque, perché i diritti in parola rappresentano il fondamento di giustificazione dell'esistenza dello Stato, accreditati di un rango a cui corrisponde la più alta garanzia giuridica apprestata dall'ordinamento statale, quella, appunto, che ne impone il rispetto assoluto, da parte di ogni autorità pubblica, oltre che di ogni individuo o ente, pubblico e privato»<sup>3</sup>. A tal proposito, si è parlato di un'«aporia della modernità europea», nei fatti molto feconda, consistente «nella trasformazione di diritti universali fondati su basi giusrazionalistiche in situazioni soggettive legittimate da un diritto posto da un potere supremo, così come nella conversione di un modello di ordine politico sorretto da un grande progetto di liberazione e da un'immagine dell'uomo proiettata verso il futuro nella supremazia dello stato e del suo diritto»<sup>4</sup>.

I diritti si pongono così in una imprescindibile relazione con il potere, rispetto al quale essi operano concretamente come fattore conformativo e propulsivo<sup>5</sup>. Basti pensare in proposito alla notissima statuizione dell'articolo 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, secondo cui «ogni società in cui la garanzia dei diritti non è assicurata, né la separazione dei poteri stabilita, non ha una costituzione». La matrice giusnaturalistica impressa nell'art. 2 della medesima Dichiarazione, ai sensi del quale «il fine di ogni associazione politica è la conservazione dei diritti naturali e imprescrittibili dell'uomo», si coniuga con

---

<sup>2</sup> P. COSTA, *Diritti fondamentali (storia)*, in *Enc. dir.*, Annali II-2, Milano, Giuffrè, 2008, p. 366.

<sup>3</sup> V. BALDINI, *I diritti fondamentali in movimento: dalla prospettiva storico-dogmatica all'esperienza*, in V. BALDINI (a cura di), *Cos'è un diritto fondamentale?*, Atti del Convegno Annuale di Cassino 10-11 giugno 2016, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, p. 6. Analogamente, G. PINO, *Il costituzionalismo dei diritti. Struttura e limiti del costituzionalismo contemporaneo*, Bologna, il Mulino, 2017, p. 111, ricorda che «nel contesto del costituzionalismo contemporaneo, il carattere fondamentale di questi diritti è da intendere pressoché alla lettera, nel senso che questi diritti sono considerati come “fondanti” rispetto all'ordinamento giuridico nel suo complesso, sono gli elementi che ne stabiliscono in maniera irrinunciabile l'identità e la conformazione assiologica». Sulla relazione tra le nozioni di “diritti umani” e “diritti fondamentali”, G. PALOMBELLA, *From Human Rights to Fundamental Rights. Consequences of a conceptual distinction*, EUJ Working Paper, LAW No. 2006/34 (<http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/6400/LAW-2006-34.pdf?sequence=1&isAllowed=y>), p. 3, afferma che «generally speaking, human rights are – or at least one would prefer that they are – also “fundamental” rights: this should mean that a given society considers the protection of human rights essential», aggiungendo che «if this is not a tautology, human rights are also fundamental, (if and) because they posit at the basis of our life in common, and they are concretely implemented through the fabric of an organised social system».

<sup>4</sup> P. RIDOLA, *Diritti fondamentali e «integrazione» costituzionale in Europa. Tra passato e futuro: questioni di metodo comparativo nella costruzione di un diritto costituzionale europeo*, in P. RIDOLA, *Il principio libertà nello Stato costituzionale. I diritti fondamentali in prospettiva storico-comparativa*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 351, il quale ricorda come tale aporia fosse stata evidenziata in primo luogo da Hegel.

<sup>5</sup> E. STRADELLA, *I diritti fondamentali nelle Corti. Primi spunti per una definizione della “fondamentalità” dei diritti nel diritto comparato*, in *La Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 2/2016, p. 2, rileva molto bene che «i diritti fondamentali, a differenza dei diritti umani, non possono essere astratti, ma si concretizzano nell'effettiva capacità di diventare obiettivi dell'ordinamento, orientanti le istituzioni: i legislatori, *in primis*, nell'elaborazione delle politiche pubbliche, e le Corti, *in secundis*, nella loro attività interpretativa».

la proclamata esigenza di assicurare effettiva garanzia ai diritti ad opera di un *potere* politico che, in vista di tale obiettivo, è chiamato ad accettare limitazioni e, dunque, a costituzionalizzarsi, ponendosi così le basi di una forma di Stato liberale (e poi liberaldemocratica)<sup>6</sup>.

Il cammino di positivizzazione dei diritti, che ha contraddistinto il percorso evolutivo degli Stati dell'età contemporanea, sino agli approdi rappresentati dalle costituzioni democratiche dell'immediato secondo dopo-guerra e dei decenni successivi<sup>7</sup>, ha visto, come è noto, emergere «la centralità della dignità umana quale *nuovo, universale fondamento della garanzia dei diritti dell'uomo*, in grado di vincolare lo Stato anche al livello internazionale»<sup>8</sup> (corsivi dell'Autore). Il riferimento alla dignità, senza pietrificare un'idea di essere umano piena di contenuti a cui possa riconoscersi il crisma dell'assolutezza e dell'immutabilità<sup>9</sup>, finalizza gli interventi delle autorità pubbliche all'esigenza non semplicemente di giuridificare specifici interessi essenziali dell'individuo, bensì di assicurare centralità alla persona tutta intera<sup>10</sup>, portatrice di una complessiva istanza di garanzia, fondativa e giustificativa della tutela, senza esclusioni, dei suddetti diritti<sup>11</sup>.

È stata proprio la correlazione con il concetto di dignità umana a promuovere la rottura degli stessi confini della statualità ad opera di un processo di positivizzazione dei diritti umani che si è spinto verso i territori di un diritto internazionale che ambisce a costituzionalizzarsi e, almeno entro certi limiti, vi riesce, soprattutto all'interno di determinati contesti. E a quest'ultimo profilo del percorso di positivizzazione si connette strettamente la seconda direttrice evolutiva dello sviluppo diacronico dei diritti umani, rappresentata dal processo di generalizzazione dei suddetti, i cui presupposti già potevano intravedersi, *in nuce*, nella loro definizione come «diritti *dell'uomo*», oltre che del cittadino, operata dalla Dichiarazione del 1789. Un processo che sul versante "interno" (ai singoli Stati) si è articolato in un cammino di graduale superamento delle diverse limitazioni soggettive poste, lungo il cammino della storia, alla titolarità dei diritti e in un altro, al primo intrecciato, di espansione delle tipologie di diritti

---

<sup>6</sup> Come evidenziato da G. PECES-BARBA, *Sulla funzione della storia nel concetto di diritti fondamentali*, in G. PECES-BARBA, *Etica pubblica e diritti fondamentali*, Milano, Franco Angeli, 2016, p. 51, «non qualsiasi potere [...] può accettare di essere limitato dal riconoscimento giuridico di alcuni diritti che attengono ad aspetti centrali della vita umana; solo il potere che integri nella propria base filosofica, nella propria fondazione, la filosofia dei diritti umani, può assumerli come parte della propria organizzazione», ovvero – è quasi inutile dirlo – il potere esercitato nel contesto di uno Stato liberale e democratico.

<sup>7</sup> Sulle radici e sul percorso di sviluppo del costituzionalismo democratico, cfr. M. FIORAVANTI, *La Costituzione democratica. Modelli e itinerari del diritto pubblico del ventesimo secolo*, Giuffrè, Milano, 2018.

<sup>8</sup> M. DI CIOMMO, *Dignità umana e Stato costituzionale. La dignità umana nel costituzionalismo europeo, nella Costituzione italiana e nelle giurisprudenze europee*, Firenze, Passigli Editori, 2010, p. 64.

<sup>9</sup> P. RIDOLA, *La dignità dell'uomo e il «principio libertà» nella cultura costituzionale europea*, in P. RIDOLA, *Il principio libertà nello Stato costituzionale*, cit., p. 238, richiama alla necessaria «consapevolezza che il significato della dignità dell'uomo si connette ad immagini dell'uomo differenti secondo i tempi ed i luoghi, ed a loro volta alimentate da concezioni del mondo molteplici e diverse».

<sup>10</sup> M. DI CIOMMO, *op. cit.*, p. 65, nota in proposito che «la centralità della persona quale titolare dei diritti nello Stato costituzionale fu concepita come affermazione dell'uomo quale valore universale, dello Stato a servizio dell'uomo: del principio per cui il diritto è la persona umana» (corsivo dell'Autore).

<sup>11</sup> Come ricordato da G. REPETTO, *La dignità umana e la sua dimensione sociale nel diritto costituzionale europeo*, in *Dir. Pubbl.*, n. 1/2016, p. 247.

garantiti, contraddistinto da una progressiva «costituzionalizzazione della persona»<sup>12</sup>. Ci si vuole riferire con tale espressione allo “spodestamento” dell’individuo astratto delle costituzioni liberali ad opera della persona, essere umano in carne ed ossa inserito in una rete di relazioni sociali rilevanti per il diritto (il c.d. *homme situé*), il cui «pieno sviluppo» (volendo usare le parole dell’art. 3, comma 2, della Costituzione italiana) richiede, per essere adeguatamente perseguito, che sia costituzionalizzata anche l’eguaglianza sostanziale, evocatrice della dimensione di bisogni (e diritti) *sociali*, a fronte di cui i poteri pubblici sono chiamati ad intervenire attivamente, dando altresì impulso al doveroso concorso di tutti i consociati<sup>13</sup>. Si rivela così il volto di una dignità umana fortemente connotata in senso sociale e relazionale, tanto da far affermare in dottrina che «è proprio l’autonomia dell’*homme situé* a riempire di senso il principio della “dignità dell’uomo”, definito dalla dottrina costituzionalistica come una sorta di norma di chiusura dell’ordinamento costituzionale o come un principio che non è soggetto a bilanciamento [...]»<sup>14</sup> e da fare individuare nella «concretezza» la direttrice di sviluppo della dignità, che si affianca a quella rappresentata dall’«idea di persona»<sup>15</sup>.

Tali sviluppi si sono saldati con l’apertura internazionalistica che contraddistingue le principali carte costituzionali contemporanee, tra cui quella italiana (con, *in primis*, i suoi artt. 10 e 11), in cui tale apertura risulta permeata di un’evidente volontà di proiettare nella sfera delle relazioni e del diritto internazionale i valori e principi di libertà, eguaglianza e solidarietà sui quali si era voluto fondare il nuovo edificio costituzionale<sup>16</sup>, al fine di assicurare ai diritti della persona una più piena ed effettiva garanzia. A ciò fa riscontro, sul versante “esterno”

---

<sup>12</sup> Prendo in prestito tale locuzione da S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, Laterza, 2012, pp. 148 ss.

<sup>13</sup> Non è un caso che l’art. 2 della Costituzione italiana contenga, l’uno a fianco all’altro, quelli che sono stati definiti, da M. FIORAVANTI, *Costituzione italiana: articolo 2*, Carocci, Roma, 2017, *passim*, i «due lati» del progetto costituzionale rappresentato dalla Carta del 1948: da una parte, l’inviolabilità dei diritti; dall’altra, la solidarietà. Sulla stretta correlazione disegnata dal testo costituzionale tra diritti e doveri e sulle difficoltà che tale correlazione rivela nel passaggio dall’enunciazione alla concreta attuazione, si veda, di recente, E. ROSSI, *La doverosità dei diritti: analisi di un ossimoro costituzionale?*, in F. MARONE (a cura di), *La doverosità dei diritti. Analisi di un ossimoro costituzionale?*, Atti del Seminario di Napoli, 19 ottobre 2018, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, p. 9 ss. Il raccordo tra art. 2, che afferma la centralità della persona, e art. 3, comma 2, Cost., che esige un impegno della Repubblica volto alla rimozione degli ostacoli che impediscono il pieno sviluppo di quella stessa persona è ben evidenziato da F. PIZZOLATO, *Finalismo dello Stato e sistema dei diritti nella Costituzione italiana*, Milano, Vita e Pensiero, 1999, p. 133.

<sup>14</sup> G. D’AMICO, *Stato e persona. Autonomia individuale e comunità politica*, in F. CORTESE-C. CARUSO-S. ROSSI (a cura di), *Immaginare la Repubblica. Mito e attualità dell’Assemblea Costituente*, Milano, Franco Angeli, 2018, p. 113. Sulla duplicità di dimensioni, oggettiva e individuale, costitutive della dignità umana e in una prospettiva che ne riconosce la imprescindibile correlazione con la libertà, quale libertà che si alimenta di relazionalità e responsabilità, si veda P. RIDOLA, *La dignità dell’uomo e il «principio libertà» nella cultura costituzionale europea*, cit. p. 295.

<sup>15</sup> Così G.M. FLICK, *Elogio della dignità*, Città del Vaticano, Libreria Editrice Vaticana, 2015, pp. 29-30. In una prospettiva non molto differente, G. REPETTO, *op. cit.*, pp. 254-255, afferma che «se si vuole cogliere il ruolo del principio-dignità nelle tradizioni costituzionali europee non si può fare a meno di considerare che la sua accezione difensiva, espressione di una garanzia di «non ritorno al passato», convive con ed è anzi qualificata da questa rifondazione dell’individuo titolare di diritti in uno spazio di relazione».

<sup>16</sup> Come rilevato da A. CASSESE, *Lo Stato e la Comunità internazionale (Gli ideali internazionalistici del costituente)*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, Zanichelli-II Foro italiano, 1975, p. 469, il quale evidenzia, tra i fattori più rilevanti nell’ambito del dibattito costituente, «l’intendimento di trasferire sul piano internazionale quei principi di libertà, di eguaglianza e di sostanziale rispetto della persona umana, che si voleva affermare ed attuare nell’ordine interno».

del processo di generalizzazione dei diritti, il cammino intrapreso in direzione di una sempre più intensa “internazionalizzazione dei diritti umani”, in grado di far uscire la persona dal cono d’ombra in cui la relegava il diritto internazionale classico post-vestfaliano. In un clima contraddistinto dalla forte presenza nel dibattito pubblico di istanze giusnaturalistiche, a manifestarsi è stata nel secondo dopo-guerra, una forte tensione verso l’affermazione di un principio di universalità dei diritti umani. Si tratta di un principio, esplicitamente “recepito” anche nella giurisprudenza costituzionale italiana<sup>17</sup>, a proposito del quale mi pare fruttuoso un approccio che radichi l’universalità dei diritti umani nel riferimento al concetto di “comunanza”. Un concetto che, presupponendo la rilevanza delle differenze (personali, sociali, culturali ecc.), evoca un’universalità connessa ad un’idea di dignità da intendersi come correlata ad un orizzonte di intesa tra diversi intorno a «ciò che è *umano* nel senso più elementare e basilare»<sup>18</sup>.

Tale prospettiva non mi sembra distante da quella sottesa all’idea di «esperienza universale elementare», a cui collegare l’individuazione del *proprium* dei diritti umani, da riconoscere a tutte le persone in quanto tali, ovunque esse vivano<sup>19</sup>, idea sostenuta da chi ha altresì rilevato che «la distinzione tra un livello universale elementare e una dimensione storica e culturale dei diritti potrebbe utilmente contribuire a mantenere un sistema equilibrato di rapporti nell’ambito dei sistemi multilivello della tutela dei diritti, quale è ad esempio quello europeo»<sup>20</sup>.

La succitata nozione di «esperienza universale elementare» risulta particolarmente adatta a definire il significato che può riconoscersi ai contenuti della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani del 1948. Significativamente, a proposito della Carta delle Nazioni Unite e della Dichiarazione Universale è stato affermato che si tratta di documenti che «intendono dare determinazione ed espressione ai bisogni obiettivi ed elementari che l’umanità ha avvertito, rischiarata dalle esperienze che ha fatto»<sup>21</sup>. Di fronte a questi bisogni, qualificati co-

---

<sup>17</sup> Il riferimento è alla sentenza n. 105/2001 della Corte costituzionale, laddove, nel sostenere senza esitazioni che le garanzie della libertà personale di cui all’art. 13 Cost. non possono subire attenuazioni in riferimento agli stranieri, afferma che «per quanto gli interessi pubblici incidenti sulla materia della immigrazione siano molteplici e per quanto possano essere percepiti come gravi i problemi di sicurezza e di ordine pubblico connessi a flussi migratori incontrollati, non può risultarne minimamente scalfito il carattere universale della libertà personale, che, al pari degli altri diritti che la Costituzione proclama inviolabili, spetta ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani» (corsivo mio).

<sup>18</sup> F. VIOLA, *L’universalità dei diritti umani: un’analisi concettuale* (in F. BOTTURI-F. TOTARO (a cura di), *Universalismo ed etica pubblica*, Milano, Vita e Pensiero, p. 155 ss.), consultato nella versione reperibile in [http://www1.unipa.it/viola/Universalita\\_dei\\_diritti.pdf](http://www1.unipa.it/viola/Universalita_dei_diritti.pdf), p. 13. A conclusioni nella sostanza simili mi pare pervenga P. RIDOLA, *La dignità dell’uomo e il «principio libertà» nella cultura costituzionale europea*, cit. p. 295.

<sup>19</sup> M. CARTABIA, *L’universalità dei diritti umani nell’età dei “nuovi diritti”*, in *Quad. cost.*, n. 3/2009, in part. p. 558 ss. Nell’ambito di un percorso argomentativo prioritariamente interessato al processo di definizione del contenuto dei diritti all’interno di un determinato sistema costituzionale, ma in grado di proiettare la sua valenza al di là di tale orizzonte, mi pare convergente l’idea espressa da A. RUGGERI, *Cosa sono i diritti fondamentali e da chi e come se ne può avere il riconoscimento e la tutela*, in V. BALDINI (a cura di), *Cos’è un diritto fondamentale?*, cit., p. 340-341, il quale perviene a definire «i diritti fondamentali quali i bisogni elementari di ciascun essere umano senza il cui riconoscimento (e [...] l’effettiva tutela) non potrebbe aversi un’esistenza libera e dignitosa».

<sup>20</sup> M. CARTABIA, *op. cit.*, p. 561.

<sup>21</sup> G. CAPOGRASSI, *La Dichiarazione Universale dei Diritti dell’Uomo e il suo significato*, in U. VILLANI (a cura di), *«La città fraterna»*. Per il quarantesimo anniversario della dichiarazione universale dei diritti dell’uomo, Milano, Giuffrè, 1988, p. 63.

me oggetto di diritti, la Dichiarazione Universale si pone nel punto di confluenza tra i processi di generalizzazione (sino al limite dell'universalizzazione) e di positivizzazione dei diritti umani<sup>22</sup>, non a caso collocandosi nel Preambolo della Dichiarazione e all'art. 1 della medesima un riferimento di valenza non solo simbolicamente eminente alla dignità umana.

Mentre, peraltro, in ordine al processo di generalizzazione la Dichiarazione si qualifica come punto di arrivo di cui è arduo immaginare un superamento, con riguardo al processo di positivizzazione essa, come è noto priva di formale vincolatività giuridica, si pone soprattutto come punto di partenza di un successivo percorso di piena giuridificazione delle statuizioni in materia di protezione dei diritti umani e di garanzia della loro effettività. Un percorso che è chiamato a dipanarsi in coerenza con quella che è stata definita «la doppia vocazione del costituzionalismo europeo», che implica la sua articolazione in una dimensione più eminentemente garantistica e in una che potremmo definire democratico-partecipativa, connessa con la necessità che il potere sia non solo assoggettato a limitazioni (da far valere per via primariamente giurisdizionale), ma anche esercitato assicurando il concorso effettivo dei membri di una determinata comunità politica<sup>23</sup>. Quest'ultima dimensione si sostanzia anche di istanze non riconducibili alla sfera della tutela dei diritti individuali, bensì ad altri valori che accedono al patto costituente e lo conformano di sé, quali quelli sottesi al principio solidaristico e al profilo relazionale degli stessi diritti<sup>24</sup>.

Se guardiamo al testo della Dichiarazione, la presenza della dimensione garantistica del costituzionalismo non necessita di essere dimostrata, connettendosi all'affermazione dell'antiorità dei diritti umani rispetto ad ogni ordine politico-istituzionale, statale e non statale, che conferisce a tali diritti, come sappiamo, l'attitudine ad assumere la valenza di diritti "fondamentali"<sup>25</sup>. Quanto alla dimensione democratico-partecipativa, è opportuno fare riferimento, in primo luogo, al rilievo riconosciuto alla fondatività della volontà popolare rispetto all'autorità del governo (art. 21, comma 3). Vi si può scorgere non solo una diretta conse-

---

<sup>22</sup> Così N. BOBBIO, *Presente e avvenire dei diritti dell'uomo*. in N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, cit. p. 23, che a proposito della Dichiarazione, ne parla come di un documento indicativo di una fase «in cui l'affermazione dei diritti è insieme universale e positiva: universale nel senso che destinatari dei principi ivi contenuti non sono più soltanto i cittadini di questo o quello stato ma tutti gli uomini; positiva nel senso che essa pone in moto un processo alla fine del quale i diritti dell'uomo dovrebbero essere non più soltanto proclamati o soltanto idealmente riconosciuti ma effettivamente protetti anche contro lo stesso stato che li ha violati» (corsivo dell'Autore).

<sup>23</sup> Così M. FIORAVANTI, *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Roma-Bari, Laterza, 2009, p. 150, il quale individua, sinteticamente, in «resistenza e partecipazione» i «due movimenti» del costituzionalismo.

<sup>24</sup> Cfr. in proposito G. PALOMBELLA, *È possibile una legalità globale? Il Rule of Law e la governance del mondo*, Bologna, il Mulino, 2012, pp. 246-247, il quale afferma che «i diritti sono stati concepiti nelle tradizioni europee continentali come parte della struttura del pubblico, del diritto pubblico, e non solo come ciò che vi si oppone o lo limita», così che «essi non assolvono solo una funzione meramente anti-istituzionale, ma sono concepiti come parte del bene comune, se non dell'interesse pubblico» e «non viene assicurata loro una priorità assoluta ed incondizionata rispetto ad altri valori comuni», considerato, tra l'altro, che «dal punto di vista etico-giuridico, anche l'idea di dovere (si pensi all'influenza della stessa riflessione kantiana) contribuisce alla comprensione profonda di quella dei diritti: i doveri non sono solo la conseguenza sugli altri del diritto soggettivo di un individuo».

<sup>25</sup> Come ricordato da P. COSTA, *I diritti di tutti e i diritti di alcuni*, Modena, Mucchi Editore, 2018, p. 55, il quale afferma che «enunciati dalla Dichiarazione universale dei diritti umani, sostenuti dalla cultura anti-totalitaria del secondo dopoguerra, i diritti "umani" assumono anche il ruolo di diritti "fondamentali", di nervature essenziali di specifici e localizzati ordinamenti».

guenza della proclamazione del diritto di ciascun individuo a «partecipare al governo del proprio paese, sia direttamente, sia attraverso rappresentanti liberamente scelti» (art. 21, comma 1), ma anche, come è stato notato, «l'affermazione fondamentale che il Governo ha la sua legittimazione in una entità diversa dai diritti, e cioè nella volontà popolare [...]»<sup>26</sup>. Ad essere così evocato è, in sostanza, il dinamismo intrinseco alla relazione tra sfera dei diritti e sfera dell'elaborazione dell'indirizzo politico, che ricorda quello ben visibile, per esempio, nella trama dei primi tre articoli della Costituzione italiana. La rilevanza della seconda dimensione del costituzionalismo si connette poi, in maniera indiretta, anche alla scelta della Dichiarazione di riferirsi, oltre che a quelli civili e politici, ai diritti economici, sociali e culturali (artt. 22-27)<sup>27</sup>, i quali, in maniera più intensa di altri, richiedono, in vista di una tutela effettiva, l'operare di strumenti di garanzia diversi da quelli giurisdizionali ed efficacemente attivabili all'interno di contesti differenti da quello globale, in cui possano strutturarsi relazioni intersoggettive incardinate su una comunanza di diritti e doveri e sul contestuale operare di poteri chiamati ad assicurare l'unità e la coesione sociale di una determinata comunità.

Accanto al rilevante cammino di adempimento delle «promesse» contenute nella Dichiarazione Universale che si è andato sviluppando al livello del diritto internazionale «universale» (si pensi in primo luogo ai Patti internazionali del 1966), a proposito del quale non può trascurarsi il punto di vista di chi nota che i diritti definibili come «cosmopolitici» tendono a configurarsi come «eterei» all'esito del «processo di *astrazione* che i diritti subiscono nel passaggio dall'ordinamento giuridico originario all'ordinamento giuridico cosmopolitico» (corsi dell'Autore)<sup>28</sup>, devono richiamarsi gli effetti di quella tendenza, segnalata in dottrina<sup>29</sup>, alla «regionalizzazione» dei diritti umani. Nel «regionalizzarsi», i diritti umani tendono a divenire meno eterei, soprattutto quando il vincolo inter-statale al rispetto dei diritti si radica all'interno di un'organizzazione sovranazionale dotata almeno di alcuni dei tratti propri della statualità.

A quest'ultimo proposito, l'esperienza europea si rivela particolarmente interessante. Si sta parlando infatti di un contesto la cui analisi consente di comprendere potenzialità e, al contempo, difficoltà riscontrabili in ordine allo sviluppo di differenti sistemi di garanzia dei diritti umani (*rectius*, fondamentali), che vedono intersecarsi le loro rispettive sfere di operativi-

---

<sup>26</sup> P. MADDALENA, *La Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo e la Costituzione della Repubblica italiana. Giudizio di equità ed identità tra equità e diritto*, in *Il Politico*, n. 3/2009, p. 35.

<sup>27</sup> Si possono ricordare, tra gli altri, il diritto alla sicurezza sociale, il diritto al lavoro, il diritto alla salute e il diritto all'istruzione.

<sup>28</sup> G. AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Roma-Bari, Laterza, 2013, p. 64, il quale rileva che «quei diritti, storicamente realizzatisi in contesti politici e culturali specifici, e valse a qualificare l'ordinamento giuridico in relazione a uno spazio territorialmente chiuso e omogeneo, nel momento in cui vengono proiettati nei grandi spazi, perdono i loro più profondi legami con la concretezza della politica e con i soggetti politici che entro lo Stato avevano operato al fine di farli prevalere». Cfr. anche F. RIMOLI, *Sulla retorica dei diritti*, Mucchi Editore, Modena, 2018, pp. 23-24, il quale evidenzia, dal proprio punto di vista, l'elevato livello di retoricità degli impliciti riferimenti ad una cittadinanza cosmopolitica, sottesi all'esaltazione della dimensione universalistica dei diritti fondamentali, a cui è attribuita la definizione di «diritti umani», considerato che «tale concezione, oltre a ignorare il profilo della sostenibilità concreta di un'estensione *realmente* universale dei diritti, prescinde dall'ancoramento di questi agli apparati di garanzia propri di una dimensione statale, o almeno sovrastatale».

<sup>29</sup> A. CASSESE, *I diritti umani oggi*, Laterza, Roma-Bari, 2005, p. 71 ss.

tà, ciò costituendo peraltro un aspetto essenziale dell'«identità culturale europea», definita come «gioco dialettico contestuale di unità e pluralità»<sup>30</sup>. È all'interno di tale «gioco», in ordine al quale emerge l'ineludibile fattore delle divergenze e anche di una (possibile) vera e propria conflittualità, che devono funzionare, tra l'altro, i sistemi di tutela dei diritti a livello continentale, nell'intreccio di contributi provenienti dagli ordinamenti nazionali, dal sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) e dall'ordinamento dell'Unione Europea. Una conflittualità che si configura – è bene sottolinearlo sin da ora – non come un'anomalia, bensì come normale portato del dispiegarsi di dinamiche relazionali inter-ordinamentali. Più del sistema della CEDU, ad apparire particolarmente significativa, nell'ottica del discorso che sto cercando di sviluppare in questo lavoro, risulta l'esperienza dell'ordinamento dell'Unione Europea. Vi si riscontra infatti, in una forma peculiare, quell'interrelazione tra le due dimensioni del costituzionalismo richiamate nelle pagine precedenti, che non risulta invece riscontrabile (o lo risulta in maniera molto parziale e indiretta) in un contesto privo di organi abilitati a produrre diritto, quale il sistema della CEDU.

## **2. La protezione dei diritti fondamentali nel contesto dell'Unione Europea: il ruolo propulsivo della Corte di Giustizia**

Approcciare il tema dei diritti fondamentali in relazione al contesto costituito dall'ordinamento (prima comunitario e adesso) dell'Unione Europea significa, come è noto, confrontarsi con la questione del rapporto fra obiettivi e principi posti alla base della Comunità che si procedeva ad istituire e ruolo della tutela dei diritti all'interno di tale Comunità, in origine puramente «economica». Se il Trattato di Roma, istitutivo, nel 1957, della Comunità Economica Europea (CEE) richiamava, nel suo Preambolo, tra le altre, la finalità, perseguita dagli Stati stipulanti, di rafforzare «le difese della pace e della libertà», quest'ultima interpretabile come evocatrice dei diritti fondamentali complessivamente considerati, ad essere poi garantite dal Trattato, in quanto strettamente funzionali agli obiettivi di integrazione economica perseguiti dal suddetto e connesse alle competenze devolute alle istituzioni comunitarie, erano soltanto alcune libertà economiche, in raccordo con il principio di eguaglianza/non discriminazione in ordine all'esercizio delle stesse<sup>31</sup>. Mancava invece, ed è mancata sino a tempi abbastanza recenti, la previsione di un catalogo giuridicamente vincolante di diritti fondamentali propri dell'ordinamento comunitario. Nell'accettare «limitazioni di sovranità» (così si esprime l'art. 11 della Costituzione italiana), attraverso il conferimento di potestà, innanzitutto normative, alla Comunità in riferimento a determinati ambiti, gli Stati considerarono dunque implicitamente estranea alla «materia comunitaria» la tutela dei diritti fondamentali,

---

<sup>30</sup> P. HÄBERLE, *Per una dottrina della costituzione come scienza della cultura*, Roma, Carocci, 2001, p. 121, il quale, nella pagina successiva, ribadisce con altre parole che «la pluralità culturale degli ordinamenti nazionali è un elemento dell'identità della cultura giuridica europea» (corsivi dell'Autore).

<sup>31</sup> Si tratta, naturalmente, della libera circolazione delle merci, delle persone (e in particolare dei lavoratori), dei servizi e dei capitali.

pur naturalmente suscettibili di essere lesi anche per il tramite dell'esercizio di competenze conferite alle istituzioni sovranazionali (o di competenze statali esercitate in obbligatoria attuazione di diritto sovranazionale).

Si potrebbe, in altri termini, affermare che l'ordinamento comunitario conosceva, nella sua conformazione originaria, i diritti come prodotto della politica, ovvero dell'esercizio delle funzioni normative conferite alle istituzioni comunitarie; non conosceva invece, quanto meno in maniera espressa, i diritti, salvo le quattro libertà economiche prima richiamate, come limite opponibile alla politica stessa, a protezione di beni fondamentali riferibili alla persona umana. Quest'ultima dimensione dei diritti restava così patrimonio riservato degli Stati membri, chiamati ad operare nel rispetto tanto delle proprie fonti interne di rango costituzionale, quanto dei vincoli derivanti dal diritto internazionale (con particolare riguardo per le convenzioni in materia di diritti umani, a cominciare naturalmente dalla CEDU). Risultando circoscritti i propri poteri a quelli specificamente conferiti dai trattati<sup>32</sup>, la Comunità non disponeva di una specifica base giuridica su cui radicare un potere di intervento generale in materia di tutela dei diritti fondamentali.

Alla luce di ciò, durante il primo decennio di vita della CEE, la Corte di Giustizia, che andava chiarendo in quegli anni, dal proprio punto di vista, la natura del rapporto tra diritto comunitario e diritto interno degli Stati membri, enunciando i principi degli "effetti diretti" (sentenza 5 febbraio 1963, causa 26/62, *Van Gend en Loos*) e della prevalenza (o primato) del diritto comunitario sul diritto degli Stati (sentenza 15 luglio 1964, causa 6/64, *Costa c. Enel*) aveva negato di essere competente ad occuparsi di questioni concernenti il rispetto dei diritti fondamentali, ritenendo circoscritta la sua funzione a quella di custode dei trattati, nei quali, come si è detto, non trovava spazio un catalogo di diritti<sup>33</sup>. Premesso che peraltro, come rilevato in dottrina, le decisioni di questo primo filone non possono pianamente essere pianamente richiamate come prova dell'insensibilità della Corte di Giustizia nei confronti della questione della tutela dei diritti fondamentali<sup>34</sup>, tale posizione non era in grado di reggere, se

---

<sup>32</sup> Ciò si proietta nell'affermata vigenza del principio di attribuzione, attualmente esplicitato dall'art. 5 del Trattato sull'Unione Europea (TUE), pur mitigato dalla previsione della c.d. "clausola di flessibilità" di cui all'art. 235 del Trattato CEE, adesso disciplinata, in forma quasi invariata dall'art. 352 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), il quale disciplina una specifica procedura atta a consentire all'Unione (e prima alla Comunità) di intervenire ove «un'azione dell'Unione appare necessaria, nel quadro delle politiche definite dai trattati, per realizzare uno degli obiettivi di cui ai trattati senza che questi ultimi abbiano previsto i poteri di azione richiesti a tal fine».

<sup>33</sup> Si possono citare, tra le altre, la sentenza 4 febbraio 1959, causa, 1/58, *Stork*, e la sentenza 15 luglio 1960, cause 36-38 e 40/59, *Comptoirs de Vente de la Ruhr*.

<sup>34</sup> Così P. COSTANZO, *La dimensione dei diritti della persona nel diritto dell'Unione europea*, relazione al convegno *Nel sessantesimo della costituzione italiana e della Dichiarazione universale*, Bologna 9 giugno 2008 in *Consulta OnLine* (<http://www.giurcost.org/studi/CostanzoBologna.htm>), il quale, dopo aver notato, in termini generali, doversi «preliminarmente riconoscere nella giustamente elogiata funzione pretoria della Corte di Lussemburgo non tanto un'attività creativa a tutto tondo, che [...] avrebbe spinto le critiche, sia degli Stati membri, sia delle altre Istituzioni comunitarie, ben oltre quanto di fatto poi avvenuto, quanto la tipica opera giurisdizionale di bilanciamento tra esigenze tutte ritenute originariamente compresenti negli stessi Trattati fondativi», rileva, più specificamente, che in quelle prime decisioni la Corte di Lussemburgo, più che mostrare insensibilità verso i diritti, era impegnata a perseguire un altro obiettivo, affermando che «specie infatti nelle decisioni *Stork* (C-1/58), *Nold* (C-36, 37, 38 e 40/59), e *Sgarlata* (C-40/64), la Corte era sembrata piuttosto maggiormente preoccupata di definire esattamente il suo ruolo di giudice esclusivo nell'ambito di quell'ordinamento giuridico di nuovo conio di cui

è vero che, a differenza di molti altri trattati mancanti di riferimenti a diritti umani da garantire, il Trattato CEE «was not after all a mere coordinatory treaty: It was a treaty of governance»<sup>35</sup>. Era, cioè, un trattato, abilitante, se pure in maniera settorialmente circoscritta, all'esercizio di funzioni normative e "di governo", tra l'altro, attraverso la produzione di norme dotate, a certe condizioni, di effetti diretti (in grado di incidere direttamente su situazioni giuridiche individuali) e in grado di prevalere su norme prodotte da fonti interne (anche costituzionali). Tali tratti distintivi del diritto prodotto dalle istituzioni comunitarie e la stessa grande espansione del medesimo resero sempre meno agevole eludere la questione della previsione di rimedi nei confronti della possibile lesione di diritti fondamentali ad opera di norme di produzione sovranazionale, sotto la spinta altresì della posizione assunta da alcune corti costituzionali, tra cui quella tedesca e quella italiana, che andavano affermando la propria competenza a far prevalere, in deroga al principio del primato del diritto comunitario, i "principi supremi" (entro cui ricadono i diritti inviolabili della persona) dei propri ordinamenti costituzionali di riferimento rispetto a norme comunitarie che con i suddetti principi fossero risultate incompatibili, in applicazione della c.d. "dottrina dei controlimiti"<sup>36</sup>.

Di fronte ad una tale potenziale minaccia nei confronti del pieno dispiegarsi del principio del primato del diritto comunitario, la risposta della Corte di Giustizia è consistita, a partire dalla fine degli anni '60, nella formulazione (e applicazione) di una propria dottrina della protezione dei diritti fondamentali, considerati parte integrante dei "principi generali del diritto comunitario" (e poi dell'Unione Europea), di cui la suddetta Corte è chiamata ad assicurare l'osservanza<sup>37</sup>, utilizzandoli come parametro per giudicare circa la legittimità di atti comunitari. E non si è peraltro mancato di rilevare che, al di là della necessità di scongiurare il materializzarsi dello spettro dei controlimiti, sin dalle origini del processo di integrazione comunitaria, mediante la creazione di un mercato comune, poteva intravedersi come indispensabile l'apporto dei diritti fondamentali al funzionamento di uno spazio comune europeo anche in ordine alle sue originarie finalità di natura prettamente economica<sup>38</sup>. Nel corso degli anni successivi, dopo che sulla scia della giurisprudenza appena citata si era collocata la Dichiarazione comune di Parlamento Europeo, Consiglio e Commissione sul rispetto dei diritti fondamentali del 5 aprile 1977, pur priva di vincolatività giuridica<sup>39</sup>, soprattutto a partire dagli

---

s'era ragionato nella non meno famosa decisione [Van Gend & Loos](#) del 5 febbraio 1963 (C-26/62), e quindi la propria incompetenza a far valere direttamente regole e principi appartenenti alle singole costituzioni nazionali».

<sup>35</sup> J.H.H. WEILER, *On Europe's Values, Virtues and Vices*, reperibile in [https://www.biu.ac.il/law/cjdl/master\\_class/Weiler%20-%20The%20Values%20Virtues%20and%20Vices%20of%20Europe.pdf](https://www.biu.ac.il/law/cjdl/master_class/Weiler%20-%20The%20Values%20Virtues%20and%20Vices%20of%20Europe.pdf), p. 40.

<sup>36</sup> Si possono in proposito richiamare, per quanto riguarda la Corte costituzionale italiana, la sentenza n. 98/1965, da cui traspariva un orientamento poi maggiormente articolato dalla sentenza n. 183/1973 e sostanzialmente confermato dalla successiva giurisprudenza costituzionale.

<sup>37</sup> Cfr. sentenza 12 novembre 1969, causa 29/69, *Stauder*, e sentenza 17 dicembre 1970, causa 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*.

<sup>38</sup> S. GAMBINO, *I diritti fondamentali dell'Unione europea fra «trattati» (di Lisbona) e Costituzione*, in *Riv. Dir. Cost.*, 2009, p. 75, il quale rileva, a proposito dei diritti fondamentali, che «un ruolo riconoscimento e garanzia nei soli livelli nazionali avrebbe comportato [...] dei riflessi negativi, dei veri e propri impedimenti, nella creazione di uno spazio più ampio di ambito europeo».

<sup>39</sup> Come rilevato da P. COSTANZO, *op. cit.*, il quale afferma che «con la Dichiarazione comune delle tre Istituzioni del 5 aprile 1977, viene [...] ripresa da tali decisioni in maniera solenne l'idea che l'ordinamento comu-

anni '80, la Corte di Giustizia, elaborando, come è noto, la dottrina conosciuta come dell'*incorporation*, ha poi chiarito, in diverse occasioni, che anche gli Stati membri hanno l'obbligo di rispettare i diritti fondamentali comunitari (e poi euro-unitari) sia quando operano per dare attuazione al diritto della Comunità/Unione<sup>40</sup>, sia quando interpretano e applicano norme interne che cadono nell'ambito di operatività del diritto comunitario/euro-unitario<sup>41</sup>, sia, infine, quando invocano una delle possibilità previste dai trattati europei per derogare dal diritto sovranazionale, limitando una delle libertà economiche fondamentali previste dagli stessi trattati<sup>42</sup>.

Sulla base di questo approccio, e attraverso articolati percorsi giurisprudenziali qui impossibili da approfondire, la Corte di Giustizia ha innegabilmente posto in essere un'importante attività di enucleazione, per via giurisprudenziale, di "diritti fondamentali europei", cosa che ha fatto parlare di un suo contributo alla «"umanizzazione" della Comunità»<sup>43</sup>. Non si può peraltro fare a meno di notare che, in concreto, come è stato rilevato in dottrina, «l'attivismo della Corte di giustizia si manifesta preferibilmente nei casi in cui si contesta un'azione statale, mentre toni più cauti e sommessi contraddistinguono le sentenze in cui l'oggetto del giudizio sono gli atti delle istituzioni comunitarie»<sup>44</sup>. Si è dovuta infatti attendere la seconda metà degli anni 2000 per alcune significative decisioni del Tribunale e della Corte di Giustizia aventi ad oggetto atti prodotti dalle istituzioni comunitarie e, in particolare, decisioni con cui sono stati annullati atti comunitari relativi a misure anti-terroristiche, per contrasto con principi enunciativi di diritti fondamentali<sup>45</sup>.

Per quanto riguarda le fonti dei principi generali enucleati dalla Corte del Lussemburgo, le troviamo ben individuate nella sentenza *Nold* (sentenza 14 maggio 1974, caso 4/73), in cui si fa riferimento alle «tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri» e ai contenuti

---

nitario non si esaurisca nelle norme dei Trattati e delle fonti derivate, ma comprenda anche i principi generali del diritto e, in particolare, i diritti fondamentali, non diversamente – si sottolinea – da quanto accade per il diritto costituzionale degli Stati membri» e aggiunge che «non è solo rispetto a questo profilo che la Dichiarazione comune rappresenta un'ulteriore espansione rispetto alla giurisprudenza comunitaria, ma anche nella parte relativa alla CEDU, dal momento che sembra attribuire a tale Convenzione non un mero ruolo di orientamento, ma un valore sostanzialmente prescrittivo per le Istituzioni comunitarie».

<sup>40</sup> Cfr., tra le altre, la sentenza n. 13 luglio 1989, causa C-5/88, *Wachauf*, la sentenza 24 marzo 1994, causa C-2/92 *Bostock*, e la sentenza 12 dicembre 2002, causa C-442/00, *Caballero*.

<sup>41</sup> Cfr. per esempio, la sentenza 20 maggio 2003, Cause riunite C-465/00, C-138/01 e C-139/01, *Rundfunk* e la sentenza 6 novembre 2003, causa C-101/01, *Lindqvist*.

<sup>42</sup> Cfr., tra le altre, la sentenza 18 giugno 1991, causa 260/89, *Elliniki Radiophonia Tileorassi*, la sentenza 26 giugno 1997, causa 368/95, *Familiapress*, e la sentenza 11 luglio 2002, causa 60/00, *Carpenter*.

<sup>43</sup> L. MEZZETTI, *Principi costituzionali e forma dell'Unione*, in P. COSTANZO-L. MEZZETTI-A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione Europea*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 113.

<sup>44</sup> M. CARTABIA, *op. cit.*, p. 545, secondo la quale, dunque, «se l'originario vuoto di tutela riguardava essenzialmente la garanzia dei diritti nei riguardi degli atti delle istituzioni europee, non si può dire che l'originaria carenza sia del tutto sanata». Cfr., in questo senso, anche R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, Milano, Franco Angeli, 2018, pp. 82-83.

<sup>45</sup> Il riferimento è alla sentenza 12 dicembre 2006 del Tribunale, causa T-228/02, *Organisation des Modjahedines du Peuple d'Iran* e alla sentenza 3 settembre 2008 della Corte di Giustizia, cause C-402/05 P e C-415/2005, *Kadi*, sentenza quest'ultima che non avrebbe peraltro chiuso una vicenda giudiziaria poi protrattasi sino al 2013. Sulla lunga vicenda *Kadi*, cfr. V. SCIARABBA, *La Corte di giustizia, le misure antiterrorismo, i diritti fondamentali e la "Carta di Nizza": l'epilogo della vicenda Kadi*, in *Forum di Quaderni costituzionali – Rassegna*, n. 1/2014.

dei trattati internazionali in materia di diritti umani a cui gli Stati membri avevano aderito, tra cui, in primo luogo, la CEDU. Emerge chiaramente, anche da questo punto di vista, la peculiarità, rispetto a quelle statuali, di una entità politica, come quella (comunitaria e poi) euro-unitaria, in relazione a cui poteri e diritti entrano in gioco non contemporaneamente, bensì in tempi diversi, quali elementi portanti della sua struttura costituzionale: titolare di *poteri* “ceduti” dagli Stati, al patrimonio costituzionale di questi ultimi (integrato dal diritto internazionale) essa poi attinge al fine di colmare la carenza riscontrabile sul fronte dei *diritti*. Senza sottovalutare il pregio di perplessità autorevolmente espresse circa la possibilità stessa di individuare tradizioni costituzionali effettivamente «comuni» a tutti gli Stati membri dell’Unione<sup>46</sup>, è difficile immaginare che, in mancanza di una positivizzazione di situazioni giuridiche soggettive realizzata per via normativa, si sarebbero potute percorrere vie diverse da quella giurisprudenziale seguita dalla Corte di Lussemburgo, pur non esente da problematicità, in vista dell’integrazione in ambiente comunitario della finalità di accordare protezione ai diritti fondamentali.

Tale articolazione del sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali non ha subito variazioni in seguito all’entrata in vigore, nel 1993, del Trattato di Maastricht (Trattato sull’Unione Europea), che ha sostanzialmente “incorporato” al suo interno, mettendolo nero su bianco, il portato della giurisprudenza della Corte di Giustizia, dando vita ad un assetto normativo confermato dal Trattato di Amsterdam, entrato in vigore nel 1999. L’art. 6, comma 2, del TUE post Amsterdam, identico all’art. F, comma 2, del Trattato di Maastricht, statuiva infatti che «l’Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario». Il primo comma del medesimo articolo stabiliva inoltre che «l’Unione si fonda sui principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, e dello stato di diritto, principi che sono comuni agli Stati membri».

Se il contenuto dei diritti continuava a dover essere tratto da materiali “esterni” rispetto al diritto dell’Unione, l’esigenza che essi fossero rispettati diveniva significativamente principio fondamentale espresso di tale diritto (e non più mero richiamo “preambolico”), perciò in grado, almeno potenzialmente, di rafforzare la posizione dei diritti fondamentali diversi dalle quattro libertà economiche protette dai trattati nell’ambito delle operazioni di bilanciamento demandate alla Corte di Giustizia in collaborazione con i giudici comuni dei vari Stati membri,

---

<sup>46</sup> S. GAMBINO, *I diritti fondamentali fra Unione europea e Costituzioni nazionali*, in *Dir. pubbl. comp. eur.* Fasc. Spec., maggio 2019, p. 271, rileva che «l’analisi comparatistica, infatti, riconosce modelli differenziati di positivizzazione dei diritti sia attraverso previsioni specifiche di disposizioni all’interno delle Carte costituzionali sia nell’ambito delle legislazioni nazionali» e aggiunge che «inoltre, le Costituzioni dei Paesi europei non prevedono garanzie estese all’insieme dei diritti, limitandosi al loro riconoscimento sulla base di *standard* differenziati, secondo la tradizione politica e culturale di ciascun singolo Paese». Cfr. anche S. GAMBINO, *Costituzione, integrazione europea e crisi economica: presente e futuro dei diritti sociali*, in *Riv. Dir. Sicur. Soc.*, n. 1/2019, pp. 67-68, ove si evidenzia come la difficoltà di individuare tradizioni costituzionali comuni risulti particolarmente accentuata in riferimento ai diritti sociali.

abilitati, come noto, ad adirla attraverso il canale del rinvio pregiudiziale, d'interpretazione o di validità.

Tale sviluppo, su basi integralmente giurisprudenziali, di un sistema euro-unitario di tutela dei diritti fondamentali, pur di innegabile rilievo e coerente con la peculiare natura del processo costituzionale europeo<sup>47</sup>, evidenziava una certa dose di (inevitabile) indeterminazione quanto alla individuazione dei contenuti dei diritti e di fragilità quanto al livello di protezione degli stessi diritti fondamentali<sup>48</sup>. Non può, inoltre, trascurarsi, accanto alla peculiare forza assiologica, nell'ordinamento euro-unitario, dei principi connessi al funzionamento del mercato comune, un'altra importante caratteristica del sistema di tutela dei diritti che si è sinteticamente tratteggiato. Mi riferisco alla mancata attribuzione di un qualunque ruolo esplicito alle istituzioni politiche dell'Unione nel processo di «concretizzazione dei diritti fondamentali»<sup>49</sup>, a differenza di quanto avviene a livello statale in riferimento ai diritti costituzionali, laddove gli organi politici, a cominciare naturalmente dai parlamenti, svolgono un ruolo essenziale nel processo di attuazione delle norme statuenti diritti (fondamentali)<sup>50</sup>. Si tratta di un aspetto di particolare rilievo, se è vero che, «è importante non solo quello che fa e decide il giudice, ma anche *chi* stabilisce i termini del bilanciamento e attraverso *quale* procedura», dovendosi affermare che «i diritti fondamentali, visti in un'ottica "procedimentale" che tenga conto delle interazioni sistemiche complessive, non sono una faccenda che riguardi solo le Corti»<sup>51</sup>. E deve altresì essere notato che, dal punto di vista delle persone titolari di diritti fondamentali, una protezione di tipo "indiretto" degli stessi, quale quella assicurata dalla Cor-

---

<sup>47</sup> G. SILVESTRI, *Verso uno ius commune europeo dei diritti fondamentali*, in *Quad. Cost.*, n. 1/2006, p. 12, rileva che «il processo costituzionale europeo presenta la specificità di non dover ancora assumere la forma di una solenne «rottura con il passato» (l'oppressione coloniale, l'assolutismo regio, la dittatura politica), ma, al contrario, di dover segnare la sempre maggiore diffusione e la sempre più intensa tutela di alcuni valori fondamentali già presenti, anche se *in nuce*, nel tessuto ordinamentale di partenza del processo costruttivo unitario», come attestato chiaramente dal riferimento, prima a livello giurisprudenziale e poi anche normativo, alle «tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri».

<sup>48</sup> S. DOUGLAS-SCOTT, *The European Union and Human Rights after the Treaty of Lisbon*, in *Human Rights Law Review*, vol. 11, n. 4/2011, p. 649, giunge ad affermare che «protection of fundamental rights in the EU has evolved in an ad hoc, confusing, incremental way and that there exists no clear, conceptual underpinning to the rights protected under EU law».

<sup>49</sup> La locuzione adoperata nel testo riprende il titolo del volume V. BALDINI, *La concretizzazione dei diritti fondamentali. Tra limiti del diritto positivo e sviluppi della giurisprudenza costituzionale e di merito*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015.

<sup>50</sup> Così P. CARETTI-G. TARLI BARBIERI, *I Diritti fondamentali. Libertà e Diritti sociali*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 164. Cfr., in generale, sul ruolo del legislatore nel processo di concretizzazione dei diritti enunciati nelle carte costituzionali, V. BALDINI, *La concretizzazione dei diritti fondamentali*, cit., p. 101, il quale, ricordando il valore che la previsione nella Costituzione italiana di riserve di legge nelle disposizioni sui diritti fondamentali conferisce all'intervento del legislatore ordinario in vista dell'assicurazione dell'effettiva operatività della tutela, afferma che «la giurisprudenza costituzionale [...] ha rimarcato la necessità di siffatto intervento come condizione per un'attuazione piena ed effettiva di diritti fondamentali, implicitamente, così ammettendo, in assenza di quest'ultimo, una garanzia solo parziale connessa ai diritti in questione».

<sup>51</sup> O. CHESSA, *La tutela dei diritti oltre lo Stato. Fra «diritto internazionale dei diritti umani» e «integrazione costituzionale europea»*, in R. NANIA-P. RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 263, il quale rileva poi che «il fatto che i criteri di formazione degli atti normativi della UE – la sede in cui avviene il primo bilanciamento del diritto, su cui successivamente si appunterà il controllo di proporzionalità della Corte di Lussemburgo – differiscano in maniera netta da quelli relativi agli atti normativi (primari) interni quanto a dialetticità e, in sostanza, a democraticità, è un dato che fatalmente si ripercuote negativamente sul sistema complessivo di tutela dei diritti fondamentali».

te di Giustizia su basi puramente giurisprudenziali, si rivelava non pienamente adeguata a rispondere al bisogno di accedere agevolmente ad un rimedio rispetto ad asserite lesioni. Ciò in considerazione anche del fatto che, per le persone fisiche e giuridiche, non era così agevole come per istituzioni comunitarie e Stati membri accedere alla Corte, potendo le stesse percorrere la via dell'azione di annullamento, peraltro finalizzata all'esercizio di un «controllo di legittimità sugli atti» e non specificamente alla tutela dei diritti, soltanto in riferimento ad atti specificamente adottati nei propri confronti o che comunque, pur di natura normativa, le riguardassero direttamente e individualmente (così l'art. 230 TCE).

Merita poi dedicare almeno un cenno alla questione, che pur non potrà essere approfondita in questa sede come meriterebbe, della protezione dei diritti sociali e, tra questi, in particolare dei c.d. «diritti a prestazione», costitutivi dei sistemi di welfare, in relazione ai quali i limiti del sistema di garanzia sviluppatosi a livello comunitario si manifestano in maniera particolarmente (e peculiarmente) accentuata<sup>52</sup>. Se la dimensione sociale era originariamente evocata, nel Preambolo del Trattato di Roma, laddove si affermava che gli Stati firmatari assegnavano «ai loro sforzi per scopo essenziale il miglioramento costante delle condizioni di vita e di occupazione dei loro popoli»<sup>53</sup>, l'art. 117, dopo aver ribadito in sostanza tale obiettivo al primo comma, statuiva al secondo comma che «gli Stati membri ritengono che una tale evoluzione risulterà sia dal funzionamento del mercato comune, che favorirà l'armonizzarsi dei sistemi sociali, sia dalle procedure previste dal presente Trattato e dal ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative». Tale impostazione, mentre riponeva fiducia in un progresso sul piano sociale quale frutto essenzialmente dei prefigurati sviluppi sul piano dell'integrazione economica e normativa<sup>54</sup>, lasciava agli Stati la piena competenza in materia di politiche sociali e occupazionali (e di garanzia dei relativi diritti) e delle, strettamente correlate, politiche fiscali e di bilancio. Alla Comunità (e in particolare alla Commissione) l'art. 118 assegnava, per parte sua, «il compito di promuovere una stretta collaborazione tra gli Stati membri nel campo sociale». A fronte di un tale tipo di approccio, l'introduzione, ad opera del Trattato di Maastricht, delle politiche di coesione economica e sociale tra quelle di pertinenza delle Comunità europee e gli ulteriori interventi in materia di politiche sociali e occupazionali operati con il Trattato di Amsterdam, pur evidenziando un deciso incremento di attenzione nei confronti del versante sociale dell'integrazione europea, non modificavano in maniera significativa l'assetto delle competenze normative in materia di politica sociale. La mancata previsione nel TUE adottato a Maastricht di un riferimento alla Carta sociale europea, adottata nell'ambito del Consiglio d'Europa nel 1961 e

---

<sup>52</sup> In generale, sul rapporto tra Stato sociale e contesto euro-unitario, cfr., rispettivamente, S. GIUBBONI, *Stato sociale e integrazione europea: una rivisitazione teorica*, in AA.VV., *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*. 46. *Giuristi e Stato sociale*, Tomo I, Milano, Giuffrè, 2017, pp. 553 ss.

<sup>53</sup> Nel Preambolo del Trattato istitutivo della Comunità Economica Europea si affermava altresì il proposito di «rafforzare l'unità delle loro economie e di assicurarne lo «viluppo armonioso riducendo le disparità fra le differenti regioni e il ritardo di quelle meno favorite».

<sup>54</sup> S. GAMBINO, *Costituzione, integrazione europea e crisi economica*, cit., p. 69, nota che «probabilmente [...] i primi costituenti europei avevano manifestato una fiducia eccessiva sul ruolo autopropulsivo del mercato e sulla relativa capacità di creare condizioni sociali adeguate nella direzione della coesione e della integrazione sociale ed economica».

successivamente integrata, analogo a quello, più sopra richiamato, alla CEDU<sup>55</sup>, ha privato poi la Corte di Giustizia di un appiglio testuale a cui ancorare un eventuale, e comunque molto arduo, tentativo di estendere all'area dei diritti sociali l'ambito di operatività di una giurisprudenza maturata prendendo essenzialmente a riferimento i diritti di libertà. E deve, d'altronde, tenersi conto anche del fatto che in quello in esame risulta, più che in altri settori, difficile individuare tradizioni costituzionali comuni. Non può quindi meravigliare molto che, nella persistente mancanza di una politica fiscale comune e di un bilancio comune e adeguato a sostenere adeguate politiche di solidarietà di livello comunitario, a partire dall'entrata in vigore degli atti (Atto unico europeo e Trattato di Maastricht) che hanno arricchito i trattati di riferimenti al sociale, «quel rapporto di virtuosa non interferenza tra sistemi sociali, consegnati all'autonomia degli Stati membri, e sfera del mercato, affidata alla forza integrativa del diritto sovranazionale, è venuto meno, rovesciandosi nel suo contrario»<sup>56</sup>.

A fronte di quanto rilevato in questo paragrafo, ci si deve chiedere quali innovazioni abbia portato, nel contesto descritto, l'adozione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (d'ora in poi CDFUE) e, successivamente, la parificazione del suo valore giuridico a quello dei trattati.

### 3. La CDFUE nella sua dimensione enunciativa, tra continuità e cambiamento

Richiamando le coordinate analitiche adoperate nel primo paragrafo del presente saggio, si può affermare che per un periodo molto lungo, al livello dell'UE, il processo di positivizzazione dei diritti *umani* non è passato per l'assunzione di specifiche decisioni volte a definire un catalogo di propri diritti *fondamentali*, bensì, in massima parte, per un'opera, per così dire, di "riutilizzo" per via giurisprudenziale, entro i confini disegnati dalle norme dei trattati che della UE definiscono i poteri e con adattamento alle esigenze dell'ordinamento in

---

<sup>55</sup> A. CIANCIO, *All'origine dell'interesse dell'Unione europea per i diritti sociali*, in P. BILANCIA (a cura di), *I diritti sociali tra ordinamento statale e ordinamento europeo*, in *federalismi.it*, Numero Speciale n. 4/2018, p. 22 ricorda come l'Atto Unico Europeo del 1986 richiamasse nel suo Preambolo anche la Carta sociale europea, accanto alla CEDU. In generale, sulla Carta sociale europea, cfr. C. PANZERA-A. RAUTI-C. SALAZAR-A. SPADARO (a cura di), *La carta sociale europea tra universalità dei diritti ed effettività delle tutele*, Atti del Convegno di studi di Reggio Calabria, 26 febbraio 2016, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016.

<sup>56</sup> M. CINELLI-S. GIUBBONI, *Cittadinanza, lavoro, diritti sociali. Percorsi nazionali ed europei*, Torino, Giapichelli, 2014, p. 22, i quali rilevano che «questo rovesciamento degli assetti costituzionali originari è stato determinato – su di un piano precipuamente giuridico – da due processi tra loro strettamente convergenti: da un lato, dall'impatto crescente e sempre più costrittivo, per il tramite della giurisprudenza della Corte di giustizia e delle politiche di liberalizzazione dei mercati patrocinata dalla Commissione europea, delle libertà economiche fondamentali e delle regole comuni in tema di concorrenza; dall'altro lato, dal progetto della moneta unica, così come congegnato dal Trattato di Maastricht», processi che hanno prodotto «una progressiva, inarrestabile erosione dell'autonomia già goduta da parte degli Stati membri nel campo delle rispettive politiche fiscali e sociali [...], perdita tuttavia non compensata dalla ricostruzione di un congruo apparato per interventi di "integrazione positiva" al livello dell'Unione europea» (pp. 22-23). Una posizione che sottolinea fortemente l'inadeguatezza, riscontrabile lungo tutto il suo percorso evolutivo, del sistema normativo euro-unitario ad assicurare effettiva tutela ai diritti sociali cfr. anche M. BENVENUTI, *Libertà senza liberazione (a proposito dell'introvabile "dimensione sociale europea")*, in *Studi in onore di Francesco Gabriele*, Bari, Cacucci Editore, 2016, Tomo I, pp. 35 ss.

esame, di diritti definiti altrove. Considerazioni analoghe possono svolgersi in relazione al processo di generalizzazione, che si è tradotto in un processo di recezione (e, inevitabilmente, altresì di adattamento), anche in questo caso per via giurisprudenziale, di contenuti già previamente “generalizzati” (tali essendo quelli delle «tradizioni costituzionali comuni» e quelli delle disposizioni della CEDU). In dottrina si è parlato, a proposito della fluida definizione di un catalogo di diritti fondamentali comunitari (e poi euro-unitari), di «un itinerario sviluppatosi lungo due direttrici di fondo: quella, essenzialmente giurisprudenziale, della “comparazione selettiva [...]” della CEDU e delle tradizioni costituzionali comuni alla luce delle finalità istituzionali dell’Unione, codificata dopo Maastricht dall’art. 6 TUE; e quella della crescente significanza “valoriale” dei diritti europei, testimoniata dalla struttura della Carta di Nizza [...]»<sup>57</sup>. Ci si imbatte così in un atto, la CDFUE<sup>58</sup>, adottato, come è noto, nel 2000, all’esito dei lavori di una Convenzione appositamente nominata, potenzialmente in grado, per il fatto stesso della sua introduzione, quale frutto di una scelta consapevolmente mirante a definire un catalogo di diritti, di generare un mutamento di scenario.

Per quanto riguarda i suoi contenuti, a parte il titolo conclusivo, dedicato a disposizioni generali sulla sua interpretazione e applicazione, la CDFUE si articola in sei titoli che raccolgono le disposizioni intorno ad alcuni valori/ambiti (dignità, libertà, uguaglianza, solidarietà, cittadinanza e giustizia)<sup>59</sup>. Trovano spazio così all’interno di un unico documento diritti civili, politici, economici, sociali e culturali<sup>60</sup>, senza trascurare i riferimenti, innovativi rispetto a molte costituzioni nazionali, ad alcuni “nuovi” diritti, come quello alla protezione dei dati personali, alla cui previsione se ne affiancano alcune rilevanti nell’area della bioetica. A proposito di questa scelta, che supera “classiche” articolazioni incardinate su riferimenti a tipologie (e “generazioni”) di diritti, si può evidenziare come essa rispecchi l’idea di indivisibilità dei diritti fondamentali, come propri della persona in quanto tale, a prescindere da ogni categoria di appartenenza. Si tratta di un’idea che trova un chiarissimo riscontro nella centralità assicurata dalla Carta alla dignità umana<sup>61</sup>, la quale, ai sensi dell’art. 1, «è inviolabile» e «deve essere rispettata e tutelata», previsione il cui contenuto corrisponde, quasi testualmente, a quello del primo comma dell’art. 1 della Legge Fondamentale della Repubblica federale di Germania, secondo il quale «la dignità dell’uomo è intangibile. È dovere di ogni potere stata-

---

<sup>57</sup> P. RIDOLA, *Diritti fondamentali e «integrazione» costituzionale in Europa*, cit., p. 383.

<sup>58</sup> Sulla CDFUE la letteratura è sterminata. Tra i volumi più recenti, si vedano R. MASTROIANNI-O. POLLICINO-S. ALLEGREZZA-F. PAPPALARDO-O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea*, Milano, Giuffrè, 2017 e V. PICCONE-O. POLLICINO (a cura di), *La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea. Efficacia ed effettività*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018.

<sup>59</sup> Come rilevato da G. ROLLA, *La tutela dei diritti costituzionali*, Roma, Carocci, 2012, pp. 23-24, la CDFUE «tenta di ricondurre a unità le molteplici posizioni soggettive attraverso il riferimento ad alcuni valori, quali la dignità, la libertà, l’eguaglianza, la solidarietà, la cittadinanza, la giustizia», potendosi così affermare che «la Carta europea delinea, cioè, una struttura piramidale che ha al suo vertice la persona, la cui tutela presuppone il riconoscimento attivo di determinati valori, i quali – a loro volta – vengono realizzati attraverso il riconoscimento di specifici diritti».

<sup>60</sup> Sul significato e l’impatto della previsione nella CDFUE della “dimensione sociale”, cfr. A.O. COZZI, *Diritti e principi sociali nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, Napoli, Jovene, 2017.

<sup>61</sup> Come evidenziato da M. DI CIOMMO, *op. cit.*, p. 120, il quale rileva come «la Carta sia legata al valore della dignità da un rapporto di stretta implicazione» (corsivo dell’Autore).

le rispettarla e proteggerla». La nozione di dignità umana è dunque significativamente recepita «sia in una disposizione autonoma, posta all'inizio della Carta medesima, sia in uno dei sei titoli in cui i diritti da essa previsti sono raggruppati»<sup>62</sup>.

Non manca chi evidenzia, in proposito, i profili di criticità di «un cambio di paradigma nella concezione dei diritti» rispetto a quanto desumibile dalla maggior parte delle costituzioni nazionali, tra cui quella italiana: nella CDFUE si sarebbe accolto, da questo punto di vista, un impianto classificatorio che, neutralizzando ogni differenza tra i diritti, avrebbe dato luogo ad uno scenario abitato da «diritti indistinti», privi di radicamento nella storia dei conflitti che ne hanno alimentato in passato i processi di affermazione, scenario nel quale sarebbe demandato ai giudici (e, *in primis*, alla Corte di Giustizia) l'onere di un bilanciamento sostanzialmente libero<sup>63</sup>, anche in ragione della mancanza nella Carta, rilevata anch'essa in dottrina, di «principi fondamentali che possano porsi come criterio ermeneutico da seguirsi (soprattutto da parte delle giurisdizioni costituzionali nonché di quelle europee), nel bilanciamento fra le diverse protezioni previste in materia di diritti fondamentali europei»<sup>64</sup>. Con la conseguenza, in quest'ottica, che dunque la positivizzazione dei diritti all'interno di un testo scritto abbia mutato nella sostanza il precedente equilibrio tra potere politico e potere giurisdizionale in ordine alla tutela dei diritti fondamentali<sup>65</sup>.

La portata di tali rilievi non può certamente essere sottovalutata. Ferma la consapevolezza dei consistenti limiti attualmente riscontrabili in riferimento allo stato di avanzamento del processo di integrazione politica e sociale a livello europeo e dell'inadeguatezza della via puramente giurisprudenziale a superare molti dei suddetti limiti, non si può però negare la rilevanza della scelta di dare ingresso nella CDFUE alla vita umana nella pluralità e nella concretezza delle sue dimensioni anche economiche e sociali, come evidenziate, tra l'altro, dai riferimenti alle specifiche condizioni di bambini, anziani e persone con disabilità (artt. 24, 25 e 26) e al concetto di «esistenza dignitosa», reperibile all'interno della disposizione che si occupa di «sicurezza sociale e assistenza sociale» (art. 34)<sup>66</sup>, cui si correla una visione ampia dei diritti sociali, inclusiva di aspetti ulteriori rispetto a quelli direttamente concernenti il lavoro<sup>67</sup>.

---

<sup>62</sup> M. OLIVETTI, *Diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 177.

<sup>63</sup> G. AZZARITI, *op. cit.*, pp. 82-84, il quale, a p. 83, parla, a proposito di quella che emergerebbe dalla Carta, di «visione in sostanza indeterminata dei diritti, i quali appartengono a tutti indistintamente», così che «ogni persona è assunta come un individuo senza più storia né relazioni sociali da far valere nella lotta per i propri diritti contro gli altrui diritti».

<sup>64</sup> S. GAMBINO, *Costituzione, integrazione europea e crisi economica*, cit., p. 70.

<sup>65</sup> Secondo G. AZZARITI, *Verso un governo dei giudici? Il ruolo dei giudici comunitari nella costruzione dell'Europa politica*, in *Riv. Dir. Cost.*, 2009, pp. 7-8, «la redazione della Carta dei diritti [...] ha contribuito essenzialmente a sanzionare lo stato di cose presenti e a favorire per il prossimo futuro un possibile ampliamento – legittimato dalle norme – dei poteri decisori delle Corti e pertanto – indirettamente almeno – un'ulteriore delega di competenze proprie del potere politico a quello giudiziario».

<sup>66</sup> Il riferimento alla dignità, come si è visto concetto di eminente rilievo nell'architettura della CDFUE, è richiamato altresì all'art. 25, dove si parla di «diritto degli anziani di condurre una vita dignitosa e indipendente» e all'art. 31, che si riferisce alle «condizioni di lavoro sane, sicure e dignitose» a cui ha diritto «ogni lavoratore».

<sup>67</sup> Così S. RODOTÀ, *op. cit.*, pp. 35-37, il quale sottolinea anche come, a seguito della revisione cui la Carta è stata sottoposta nel 2007, i riferimenti all'«individuo» siano stati sostituiti, nella versione in italiano del documento, da riferimenti alla «persona», scelta che costituirebbe «conferma dell'allontanarsi all'astrazione, di

Quanto alla concreta incidenza della CDFUE rispetto al complessivo funzionamento del sistema euro-unitario di tutela dei diritti fondamentali, la sua adozione, contestualmente alla stipula del Trattato di Nizza, senza che alla medesima fosse conferita un'efficacia giuridicamente vincolante, non cambiava radicalmente il quadro sinora delineato. Nel Preambolo è indicata del resto la finalità di «rafforzare la tutela dei diritti fondamentali [...] rendendo tali diritti *più visibili* in una Carta» (corsivo mio) e si aggiunge che «la presente Carta *riafferma* [...] i diritti derivanti in particolare dalle tradizioni costituzionali e dagli obblighi internazionali comuni agli Stati membri, dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, dalle carte sociali adottate dall'Unione e dal Consiglio d'Europa, nonché dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea e da quella della Corte europea dei diritti dell'uomo» (corsivo mio). Pur fornendo ai giudici il suo testo, sin dai primi anni successivi all'adozione, un autorevole ausilio per l'interpretazione di altre fonti normative utilizzate al fine di individuare principi generali del diritto dell'Unione Europea, l'adozione della CDFUE non comportava una modifica quanto alla posizione dei diritti fondamentali nell'ordinamento euro-unitario<sup>68</sup>.

A cambiare significativamente tale assetto è stato, come è noto, il Trattato di Lisbona, entrato in vigore nel 2009. In conseguenza delle innovazioni introdotte dal suddetto, mentre con il comma 3 del novellato art. 6 TUE è stato sostanzialmente assicurato un ancoraggio testuale al “vecchio” canale giurisprudenziale di produzione (e protezione) di diritti fondamentali<sup>69</sup>, all'art. 6, comma 1, si stabilisce che «l'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea [...], che ha lo stesso valore giuridico dei trattati», facendo assurgere il testo dalla CDFUE al rango di una vera e propria fonte del diritto, in grado di dispiegare effetti non solo sul piano ermeneutico, bensì anche su quello propriamente normativo, vincolando tanto gli organi della produzione quanto quelli dell'applicazione del diritto. Si può, a proposito di tale innovazione, senz'altro concordare, su un piano generale, con chi rileva che «con la positivizzazione dei diritti fondamentali a livello di Unione [...] alla previgente funzione di mero limite all'adozione di atti comunitari in eventuale loro violazione si accompagna, ora, una di tipo positivo, quella di costituire uno spazio comune di libertà, sicurezza e giustizia, capace di guidare lo stesso esercizio da parte delle istituzioni dell'Unione delle competenze loro riconosciute»<sup>70</sup>. Se, dunque, la parificazione giuridica della Carta ai trattati non può evidentemente consentire di affermare la superiorità delle norme desumibili dalla stessa rispetto a quelle contenute nei trattati, a cominciare dalle

---

una “deformalizzazione” che pone la Carta in sintonia con le dinamiche del più recente costituzionalismo, con quel costituzionalismo dei bisogni, della vita materiale, che connota ormai le carte costituzionali più recenti, che spingono il loro sguardo proprio verso il concreto vissuto delle persone» (p. 37).

<sup>68</sup> Il ruolo della Carta era inoltre rimasto immutato a seguito della mancata entrata in vigore, in ragione di vicende note a tutti, del «Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa», stipulato a Roma nel 2004, il quale ne aveva previsto l'incorporazione all'interno dei trattati.

<sup>69</sup> Tale disposizione statuisce che «i diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali».

<sup>70</sup> S. GAMBINO, *I diritti fondamentali dell'Unione europea fra «trattati» (di Lisbona) e Costituzione*, cit., p. 72.

norme relative alle libertà economiche ivi disciplinate, il nuovo assetto fornito ai diritti fondamentali con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona chiama senza dubbio i soggetti dotati di potestà normativa a considerare i diritti come oggetto specifico di normazione volta ad assicurare le condizioni della loro effettività.

Lo stesso comma 1 dell'art. 6 TUE non manca peraltro di precisare che «le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati», statuizione ripresa con maggiore ampiezza dall'art. 51 della stessa CDFUE, dedicato all'«ambito di applicazione». Quest'ultima disposizione stabilisce infatti, al primo comma, che «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», prima di statuire altresì che «i suddetti soggetti rispettano i diritti, osservano i principi e ne promuovono l'applicazione secondo le rispettive competenze e nel rispetto dei limiti delle competenze conferite all'Unione nei trattati», mentre, al secondo, che «la presente Carta non estende l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione al di là delle competenze dell'Unione, né introduce competenze nuove o compiti nuovi per l'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti nei trattati»<sup>71</sup>. I confini dell'operatività della CDFUE – si ribadisce – coincidono con quelli propri del diritto euro-unitario complessivamente considerato, come individuabili sulla base dei trattati e sottolineati dal succitato art. 51, nella parte in cui statuisce, come si è visto, che la Carta vincola, oltre alle istituzioni europee, gli Stati membri «esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione».

Lasciando da parte in questa sede le, pur molto interessanti e rilevanti, questioni sollevate dall'adesione dell'Unione alla CEDU, prefigurata dall'art. 6, comma 2, TUE (e sinora non realizzata), alla luce di previsioni come quelle sopra richiamate, non parrebbero esservi margini per la realizzazione di effetti, per così dire, “federalizzanti” da parte di una CDFUE ormai giuridicamente vincolante e alla quale poter perciò riconoscere l'attitudine ad un'applicazione al di là dei confini stabiliti dalle disposizioni dei trattati che disegnano le competenze dell'Unione. La volontà sembrerebbe, anzi, quella di tenere, se possibile, ancora più nettamente distinti di quanto desumibile dalla dottrina giurisprudenziale dell'*incorporation* gli ambiti di pertinenza della tutela, rispettivamente, euro-unitaria e nazionale dei diritti fondamentali, lasciando alle norme dei trattati relative alle competenze dell'Unione il ruolo di *dominae* (anche) dell'area di riferimento delle previsioni in materia di diritti fondamentali. In verità, non sono però mancate in dottrina posizioni propense ad interpretare l'innovazione introdotta dal nuovo “valore” riconosciuto alla Carta in modo aperto ad evoluzioni differenti da quelle prospettabili in base alla lettura appena delineata delle disposizioni sopra richiamate.

Si è infatti sottolineato, per un verso, che, entrata con il Trattato di Lisbona la tutela dei diritti fondamentali tra i fini e principi generali dell'Unione (artt. 1, 3 e 6 TUE), un intervento della Corte di Giustizia in merito ad atti interni in materie di competenza statale ma inci-

---

<sup>71</sup> Sul ruolo della CDFUE, con particolare riguardo ai profili qui richiamati, cfr., ampiamente, N. LAZZERINI, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. I limiti di applicazione*, Milano, Franco Angeli, 2018.

denti sui diritti previsti dalla CDFUE non comporterebbe un ampliamento delle competenze dell'Unione, assumendo tali atti di per sé rilevanza anche per l'ordinamento euro-unitario<sup>72</sup>. Ciò potendosi affermare, secondo la dottrina qui richiamata, anche alla luce di una giurisprudenza della Corte di Lussemburgo ai sensi della quale i principi generali del diritto dell'Unione devono essere rispettati dagli Stati membri anche quando si versi al di fuori delle competenze euro-unitarie<sup>73</sup>, «purché la situazione sia in qualche modo ricollegabile all'ordinamento dell'Unione, in modo da garantire l'effetto utile del diritto dell'Unione, ivi compresi i suoi principi generali, tra cui rientrano indubbiamente i diritti sanciti dalla Carta»<sup>74</sup>.

Ponendosi, per altro verso, dal punto di vista del giudice comune di uno degli Stati membri, chiamato, come è noto, ad applicare il diritto euro-unitario *self-executing*, applicando con contestuale disapplicazione (*rectius*, non applicazione) di quello interno incompatibile, è stato affermato che «le norme della Carta non sono oggi più suscettibili di applicazione solamente quando il giudice dirime una controversia in base ad altre norme dell'Unione *self-executing* ma sono esse stesse applicabili al caso concreto in regime di preferenza rispetto a quelle interne», naturalmente nei casi in cui si tratti di disposizioni aventi «una struttura linguistica tale da poter essere applicata come regolativa del caso sottoposto alla sua cognizione [cioè alla cognizione del giudice comune]»<sup>75</sup>. Parrebbe, questa, una conseguenza ineludibile dell'assimilazione del valore normativo della Carta a quello dei trattati, in grado, dal punto di vista qui riportato, di mettere in crisi la stessa dottrina dell'*incorporation*, come nel tempo delineata dalla Corte di Giustizia<sup>76</sup>.

Quale che sia la lettura che ciascuno può essere, in astratto, più propenso ad accogliere, la nuova valenza attribuita alla CDFUE dal Trattato di Lisbona rende necessario confrontarsi con la proiezione degli effetti di questa innovazione in ordine alle modalità di svolgimento delle funzioni giurisdizionali volte ad assicurare la tutela dei diritti fondamentali. Il riferimento è, naturalmente, in primo luogo, al ruolo esercitabile dalla Corte di Giustizia, quale garante dell'unitarietà del sistema normativo euro-unitario. Rilevano poi, sul versante interno, il ruolo spettante ai giudici comuni degli Stati membri, operanti, in quanto giudici euro-unitari, in raccordo con la Corte di Giustizia attraverso il canale del rinvio pregiudiziale, e quello spettante alle corti costituzionali (qui mi concentrerò sul ruolo della Corte costituzionale italiana), gli uni e le altre adesso in grado di entrare in rapporto diretto con una fonte nor-

---

<sup>72</sup> G. STROZZI, *Il sistema integrato di tutela dei diritti fondamentali dopo Lisbona*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, n. 4/11, p. 847.

<sup>73</sup> Cfr., tra le altre, la sentenza 22 novembre 2005, causa C-144/04, *Mangold*, e la sentenza 19 gennaio 2010, causa C-555/07, *Kücükdeveci*.

<sup>74</sup> G. STROZZI, *op. cit.*, p. 848.

<sup>75</sup> A. CARDONE, *La tutela multilivello dei diritti fondamentali*, Milano, Giuffrè, 2012, rispettivamente, p. 45 e p. 46.

<sup>76</sup> A. CARDONE, *op. cit.*, pp. 46-48, rileva che il raggiungimento di tale conclusione non sarebbe ostacolato dalla statuizione di cui all'art. 52, comma 5, della Carta, ai sensi della quale le disposizioni della Carta contenenti «principi» possono essere attuate da atti delle istituzioni europee o, ove diano attuazione ad atti euro-unitari, da atti degli Stati membri e possono «essere invocate dinanzi a un giudice solo ai fini dell'interpretazione o del controllo di legalità di detti atti», data la difficoltà di distinguere praticamente i diritti dai principi e data, altresì, la difficoltà di delimitare l'area degli atti attuativi del diritto euro-unitario, in considerazione anche della «nuova dimensione teleologica» acquisita dall'ordinamento UE, dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona.

mativa (scritta) contenente prescrizioni sui diritti fondamentali euro-unitari, prima, in quanto principi generali del diritto dell'Unione, interamente padroneggiati dalla Corte di Lussemburgo<sup>77</sup>. L'apprezzabile introduzione di un testo normativo specificamente dedicato ai diritti fondamentali pone infatti i presupposti per una possibile, almeno parziale, rimodulazione dei rapporti tra organi giurisdizionali appartenenti alle diverse tipologie sopra richiamate. È il caso di volgere, a questo punto, lo sguardo proprio alle dinamiche applicative della Carta, anche al fine di trarne spunti di riflessione di carattere generale in merito ai temi trattati in questo lavoro.

#### **4. La CDFUE nella sua dimensione applicativa, tra collaborazione e conflittualità intergiurisdizionale**

##### ***4.1. I confini dell'uso della CDFUE nella giurisprudenza della Corte di Giustizia e in quella dei giudici italiani (comuni e costituzionali)***

Guardando al versante applicativo della CDFUE e ai più recenti percorsi giurisprudenziali, numerosi sono i profili sui quali è opportuno riflettere, allo scopo di provare a cogliere gli elementi caratterizzanti dell'impatto effettivo dell'innovazione realizzata a Lisbona sul funzionamento del sistema euro-unitario di tutela dei diritti fondamentali, il quale opera in uno stretto (e a volte problematico) rapporto con i sistemi nazionali di garanzia di tali diritti, tra i quali una specifica attenzione si appunterà qui su quello italiano. La CDFUE, del resto, non manca di introdurre disposizioni specificamente finalizzate ad orientare i processi interpretativi-applicativi delle sue previsioni, con lo scopo, tra l'altro, oltre che, come si è visto, di individuare i confini di operatività della Carta (art. 51), sia di assicurare l'armonia tra diritti enunciati dalla CDFUE e corrispondenti diritti enunciati dalla CEDU o risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri (art. 52, commi 3 e 4)<sup>78</sup>, sia di impedire che, attraverso l'interpretazione delle disposizioni contenute nella Carta, si determini un'attenuazione della tutela dei diritti garantiti dalle fonti internazionali e dalle costituzioni nazionali (art. 53)<sup>79</sup>.

---

<sup>77</sup> Come è noto, Corte di Giustizia e Corte costituzionale possono adesso entrare in una relazione diretta tra loro attraverso il canale del rinvio pregiudiziale, in conseguenza della "svolta" operata dalla Corte costituzionale, con la sentenza n. 102/2008 (con riferimento al giudizio in via principale) e con l'ordinanza n. 207/2013 (con riferimento al giudizio in via incidentale), all'esito della quale il giudice delle leggi si ritiene adesso abilitato a rivolgersi alla Corte di Giustizia attraverso il canale del rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE. Si veda, in merito a tali sviluppi, R. ROMBOLI, *Corte di giustizia e giudici nazionali: il rinvio giudiziale come strumento di dialogo*, in *Rivista Aic*, n. 3/2014.

<sup>78</sup> Il comma 3 dell'art. 52 stabilisce che «laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione», aggiungendo che «la presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa», mentre l'art. 52, comma 4, statuisce che «laddove la presente Carta riconosca i diritti fondamentali quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, tali diritti sono interpretati in armonia con dette tradizioni».

<sup>79</sup> L'art. 53 stabilisce che «nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione o tutti gli Stati

Disposizioni di tale tenore forniscono certamente indicazioni utili agli operatori giuridici (e, in primo luogo, agli organi giurisdizionali). Questi ultimi sono orientati in direzione di interpretazioni delle disposizioni della CDFUE coerenti con i contenuti delle fonti da cui sono desumibili diritti corrispondenti a quelli enunciati dalla suddetta, e, per altro verso, non potranno desumere dalla CDFUE significati che implicino una riduzione (e, tanto meno, un'assenza) di tutela rispetto a quella assicurata ai diritti umani dal diritto internazionale e dalle costituzioni degli Stati membri. In questo modo le persone dovrebbero essere poste al riparo da attenuazioni di garanzie già desumibili da norme diverse da quelle della Carta, almeno teoricamente e al netto dei necessari bilanciamenti con esigenze sottese ad altri diritti o principi cui in concreto l'applicazione di un diritto non va quasi mai esente, e vedere arricchito il proprio patrimonio di tutele da diritti "nuovi", eventualmente introdotti dalla Carta. Per altro verso, le indicazioni rivolte ai giudici dalle disposizioni sopra citate dovrebbero raggiungere l'obiettivo di scongiurare preventivamente i conflitti tra i diversi organi giurisdizionali o quanto meno di limitarne significativamente la portata.

A fronte di quanto appena affermato, è necessario, però, notare che le divergenze e i conflitti interpretativi non possono *a priori* essere impediti da previsioni normative finalizzate ad orientare l'attività interpretativa, le quali, al di là dei profili attinenti alla loro formulazione, sono, per così dire, intrinsecamente inadeguate a predeterminare senza possibilità di discontinuazione gli esiti o anche solamente i percorsi della succitata attività<sup>80</sup>. E va altresì rimarcato, ancora in via preliminare, che le divergenze tra gli organi giurisdizionali di vari sistemi di garanzia dei diritti tra loro interrelati sono, inevitabilmente, il normale portato anche della non perfetta coincidenza dei cataloghi di situazioni giuridiche soggettive tutelate e della necessità per i giudici di operare facendo riferimento ad una pluralità di "carte" e rispettando vincoli imposti da ordinamenti differenti. Ciò detto, con specifico riguardo al contesto qui esaminato, va rilevato che, oltre ad essere, sin dall'alba della storia comunitaria parte di quel confronto tra corti costituzionali e Corti di Giustizia in cui le tappe di tale storia si sono radicate<sup>81</sup>, i conflitti in tema di tutela dei diritti fondamentali risultano non meno, bensì sempre più probabili per effetto dell'accentuarsi dell'integrazione prodotta, prima, dalla giurisprudenza di Lussemburgo e, adesso, dalla CDFUE, in conseguenza dell'incremento delle occasioni in cui gli organi giurisdizionali sono chiamati a decidere in ordine all'applicazione dei medesimi testi normativi<sup>82</sup>. La complessità delle relazioni e dei contributi ora evocata è stata peraltro, per così dire,

---

membri sono parti, in particolare dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, e dalle costituzioni degli Stati membri».

<sup>80</sup> Cfr. in proposito, per esempio, L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, il Mulino, 1996, p. 108, il quale, soffermandosi sull'articolazione delle attività interpretative e sul ruolo delle loro regole e dei loro criteri, a partire da una riflessione sull'art. 12 delle Preleggi, giunge a rilevare «l'impossibilità – logica e pratica nel medesimo tempo – di governare dal di fuori, una volta per tutte, i criteri e gli esiti delle attività in questione».

<sup>81</sup> Così M. CARTABIA, *Convergenze e divergenze nell'interpretazione delle clausole finali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, in *Rivista Aic*, n. 2/2018, p. 3.

<sup>82</sup> Così G. MARTINICO, *Pluralismo costituzionale e pluralismo agonistico: un ripensamento del ruolo dei conflitti costituzionali?*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, n. 3/2018, p. 784, il quale nota che, mentre nel primo periodo delle relazioni tra Corti (caratterizzati dal palesarsi della dottrina dei controlimiti) i conflitti erano connessi alla scarsa attenzione del livello comunitario nei confronti dei diritti fondamentali, «oggi, invece, i conflitti sono il prodotto dell'avvenuta costituzionalizzazione europea o, in altre parole, sono dovuti alla concorrenza interpretativa

recepita e codificata all'interno del TUE, il quale contiene, dopo le innovazioni introdotte con il Trattato di Lisbona, una disposizione (l'art. 4, comma 2), ai sensi della quale l'Unione, in rapporto agli Stati membri, rispetta «la loro identità nazionale, insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale». Viene così infatti elevata a parte integrante del diritto dell'Unione la differenza costituzionale espressa da ciascun ordinamento nazionale, sino alla discussa prospettabilità di una c.d. "europeizzazione dei controlimiti"<sup>83</sup>.

Passando adesso a soffermarsi, più concretamente, su alcuni significativi aspetti dell'impatto della CDFUE sull'operare del sistema di tutela dei diritti fondamentali euro-unitari, bisogna in primo luogo dire qualcosa su una prima tipologia di interventi della Corte di Giustizia, non prima di aver ricordato che quest'ultima è ora divenuta più agevolmente accessibile in maniera diretta da parte di persone fisiche e giuridiche<sup>84</sup>. Ci si riferisce a decisioni in cui disposizioni della CDFUE vengono utilizzate come parametro per valutazioni circa la validità di atti di diritto derivato euro-unitario, in risposta a sollecitazioni provenienti da corti supreme o costituzionali nazionali che la presenza di un testo in cui i diritti euro-unitari sono adesso (innanzitutto) reperibili pare aver contribuito a rendere più attive su questo fronte<sup>85</sup>. Deve inoltre essere rilevato l'impegno profuso dalla Corte di Giustizia in ordine alla definizione dell'ambito di applicazione della CDFUE, come sappiamo, disciplinato dall'art. 51 della stessa. Gli orientamenti in merito all'individuazione dei presupposti per poter parlare di «attuazione del diritto dell'Unione», e quindi per poter applicare la CDFUE agli Stati membri (e, dunque, a controversie implicanti l'applicazione di diritto da essi prodotto), hanno oscillato tra letture più o meno restrittive della sopra citata disposizione, condizionate anche dalle specificità dei casi, ma che non hanno mai rinunciato ad affermare l'indispensabilità di «un collegamento tra un atto di diritto dell'Unione e il provvedimento nazionale in questione che vada al di là dell'affinità tra le materie prese in considerazione o dell'influenza indirettamente esercitata da una materia sull'altra»<sup>86</sup>.

Concentrando l'attenzione sull'ordinamento italiano, quel collegamento pare invece risultare alquanto debole in un vasto numero di decisioni adottate da giudici comuni. Questi

---

esistente fra giudici nazionali e Corte di Lussemburgo con riferimento all'interpretazione di quei principi divenuti comuni (fra cui, appunto, quelli relativi alla protezione dei diritti fondamentali)».

<sup>83</sup> Sul concetto di identità costituzionale, come delineato nell'ambito dell'ordinamento euro-unitario, in rapporto alla nozione di controlimiti, si veda adesso, per tutti, S. POLIMENI, *Controlimiti e identità costituzionale nazionale. Contributo per una ricostruzione del "dialogo" tra le Corti*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018.

<sup>84</sup> Come ricordato da V. ZAGREBELSKY-R. CHENAL-L. TOMASI, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Bologna, il Mulino, 2016, p. 69, il Trattato di Lisbona ha modificato la disciplina dell'azione di annullamento, contenuta nell'art. 263 TFUE, ampliando le possibilità di accesso delle persone fisiche e di quelle giuridiche per tale via, prevedendo, in relazione agli «atti regolamentari», che riguardino direttamente la persona e non richiedano misure di esecuzione, ma senza più richiamare il requisito dell'interesse individuale.

<sup>85</sup> M. CARTABIA, *Convergenze e divergenze*, cit., p. 2, richiama in proposito la sentenza 8 aprile 2014, *Digital Rights Ireland*, cause riunite C-293/12 e C-594/12, con cui la Corte di giustizia ha annullato integralmente una direttiva europea per contrasto con le norme della Carta in materia di diritto alla privacy e alla tutela dei dati personali.

<sup>86</sup> Il brano, tratto dalla sentenza della Corte di Giustizia n. 10 luglio 2014, causa C-198/13, *Hernandez*, è richiamato da E. MALFATTI, *I "livelli" di tutela dei diritti fondamentali nella dimensione europea*, Torino, Giappichelli, 2018, pp. 241-242, secondo la quale tale decisione «è sembrata voler appalesare, facendo una sorta di "punto" giurisprudenziale, il significato dell'art. 51, par. 1, della Carta» (p. 241).

ultimi hanno fatto in diversi casi ricorso alla CDFUE, negli anni immediatamente successivi all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, al fine di procedere alla disapplicazione di norme interne per incompatibilità con prescrizioni della suddetta, ritenute in grado di produrre effetti diretti, o alla promozione di questioni di costituzionalità davanti alla Corte costituzionale, assumendo come parametro (anche) disposizioni della Carta, con la conseguenza, secondo una dottrina fortemente critica di tale tendenza, di «un ripetuto effetto di *traboccamento* della Carta, un vero e proprio *spill-over* della stessa»<sup>87</sup>. In maniera più o meno approfonditamente argomentata, molti giudici comuni paiono dunque aver inteso la CDFUE come una fonte capace di dispiegare i propri effetti di fatto a tutto campo, avvertendosi in tali orientamenti l'eco di posizioni dottrinali come quelle in precedenza richiamate per sottolinearne l'apertura ad una valorizzazione particolarmente accentuata del ruolo della Carta. A fronte di ciò, il riferimento, quali norme interposte richiamate come parametro per la via dell'art. 117, comma 1, Cost., a disposizioni della CDFUE nell'ambito di atti di promovimento di giudizi di costituzionalità ha offerto lo spunto al giudice delle leggi per richiamare tutti gli operatori giuridici ad un'interpretazione che non privi sostanzialmente di portata normativa l'art. 51 della Carta (e la connessa previsione di cui all'art. 6, comma 1, TUE) e a considerare dunque rigorosamente l'esigenza che la Carta sia applicata solo quando gli Stati membri agiscono in applicazione del diritto dell'Unione (*rectius*, di diritto prodotto dai trattati o che, in quanto diritto derivato, in essi, e non nella Carta di per sé considerata, trovi comunque le sue basi)<sup>88</sup>.

Se in questo modo la Corte costituzionale ribadisce, per così dire, in coerenza con la cautela espressa dalle sopra citate previsioni della Carta e del TUE, quello che potremmo definire il primato dei trattati sulla CDFUE (pur dotata del medesimo valore giuridico dei primi) in relazione alla definizione dell'area di operatività del diritto euro-unitario (e del suo primato), è il caso di prendere ora in considerazione alcuni sviluppi giurisprudenziali interni (all'ordinamento italiano) di particolare importanza, molto noti agli studiosi di questi temi e qui solamente accennabili in maniera sintetica. Si tratta di sviluppi che lasciano trasparire tracce di quella che parrebbe una (parziale) rilettura, indotta dalla rinnovata forza acquisita dai diritti fondamentali in ambito euro-unitario, della concreta attuazione di fondamentali criteri ordinatori dell'ordinamento dell'Unione e dei suoi rapporti con gli ordinamenti degli Stati membri, quali quelli del primato del diritto sovranazionale e degli effetti diretti. Una rilettura che, senza peraltro mettere esplicitamente in discussione i suddetti criteri, passa, come si dirà, attraverso

---

<sup>87</sup> A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo tra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, in *Quad. Cost.*, n. 1/2018, p. 153.

<sup>88</sup> Il riferimento è soprattutto alla sentenza n. 63/2016, che si pone sulla scia della sentenza n. 80/2011. Nella decisione del 2016 si può infatti leggere che «a norma del suo art. 51 (nonché dell'art. 6, paragrafo 1, primo alinea, del Trattato sull'Unione europea e della Dichiarazione n. 1 allegata al Trattato di Lisbona) e di una consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, le disposizioni della Carta sono applicabili agli Stati membri solo quando questi agiscono nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione», precisando, mediante un richiamo testuale della sentenza del 2011, che «perché la Carta dei diritti UE sia invocabile in un giudizio di legittimità costituzionale, occorre [...] che la fattispecie oggetto di legislazione interna «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» (punto 7 del Considerato in diritto).

so una rimodulazione dei rapporti tra organi giurisdizionali, promossa soprattutto da recenti orientamenti della Corte costituzionale, in grado di incidere sul modo di atteggiarsi dell'effettivo funzionamento del sistema di garanzia dei diritti fondamentali, nell'interrelazione tra ordinamento euro-unitario e ordinamento italiano.

#### **4.2. Diritto euro-unitario e diritti fondamentali dal punto di vista della Corte costituzionale: verso una nuova configurazione dei rapporti tra organi giurisdizionali?**

Un primo nodo problematico su cui è opportuno soffermarsi richiama l'attenzione su una tematica "classica" delle relazioni tra diritto euro-unitario e diritto di uno Stato membro. Si tratta della tematica, già precedentemente richiamata, del possibile contrasto tra diritto euro-unitario, a cominciare da quello primario, e diritto interno (nella fattispecie, italiano), in rapporto alla questione della tutela dei diritti fondamentali. Un contrasto considerato dall'angolo visuale della invocabilità da parte di uno Stato membro dei c.d. controlimiti, quale presupposto per erigere una barriera rispetto al primato del diritto sovranazionale, a tutela dei "principi supremi" dell'ordinamento costituzionale, nel cui ambito rientrano i diritti "inviolabili" dell'uomo garantiti a livello costituzionale. A proposito, in generale, del concretizzarsi della possibilità di un ricorso ai controlimiti, in dottrina si è parlato, giudicandolo salutare, di «brusco risveglio» per coloro che avrebbero nutrito una, in quest'ottica, mal riposta fiducia nei confronti dell'attitudine dei progressi compiuti dall'Unione sul fronte della tutela dei diritti a prevenire questo genere di evenienze<sup>89</sup>. Non mancano in dottrina posizioni molto diverse, meno disposte a considerare con soddisfazione l'affacciarsi di un possibile effettivo ricorso ai controlimiti e più propense a considerare la mutua apertura dell'ordinamento nazionale e di quello euro-unitario l'elemento che primariamente ne contraddistingue i rapporti e che, soprattutto, si porrebbe alla base di una sostanziale disattivazione della logica dei controlimiti<sup>90</sup>.

---

<sup>89</sup> Così M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *Rivista Aic*, n. 2/2016, *passim*, il quale, alle pp. 6-7, radica la *ratio* dei controlimiti nel principio dell'appartenenza della sovranità al popolo, a cui farebbe riferimento l'art. 11 Cost., quando parla di «Italia» anziché di «Stato», inteso come Stato persona, a proposito dell'entità che accetta le «limitazioni di sovranità», di una sovranità che può appunto essere limitata, ma non ceduta, e «nelle forme e nei limiti della Costituzione», così che, «se, dunque, la stessa Costituzione stabilisce limiti alla propria rivedibilità, quei medesimi limiti devono valere nei confronti della c.d. "apertura internazionalista" della Repubblica» (p. 7).

<sup>90</sup> Il riferimento è, tra gli altri, ad A. RUGGERI, *Una Costituzione ed un diritto costituzionale per l'Europa unita*, in P. COSTANZO-L. MEZZETTI-A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione Europea*, cit., pp. 20-21, il quale, riprendendo il filo di un'impostazione articolata in numerosi suoi scritti, rifiuta un approccio alla dottrina dei controlimiti attestante una visione rigida dei rapporti tra ordinamenti, reputandolo incompatibile con la constatata reciproca apertura del diritto costituzionale italiano e del diritto euro-unitario (e, più in generale, internazionale e sovranazionale), apertura ancorata, dal punto di vista interno, ad una lettura dell'art. 11 Cost. come enunciativo di principi (quelli della pace e della giustizia tra le Nazioni) non meno "supremi" degli altri e con questi dunque bilanciabili e tale da consentire di parlare di un vero e proprio «diritto "intercostituzionale"» (corsivo dell'Autore).

Comunque la si pensi sul piano teorico, non si può evitare di confrontarsi con la vicenda conosciuta come “caso Taricco”<sup>91</sup>, in cui la questione dei controlimiti si è concretamente posta.

A proposito della notissima e molto discussa sentenza Taricco della Corte di Giustizia, sono state avanzate, tra le numerose fortemente critiche dei contenuti della stessa, letture che ne hanno censurato il loro esorbitare dai confini della consolidata *ratio* della dottrina degli effetti diretti. Affermatasi nella giurisprudenza comunitaria come presidio a tutela di diritti soggettivi connessi alla determinazioni di corrispondenti obblighi a carico di singoli, Stati membri o istituzioni dell’Unione, tale dottrina – si è notato – sarebbe stata riletta dai giudici di Lussemburgo come tale da comportare un dovere di disapplicazione del diritto interno «anche quando le disposizioni europee non fissano divieti cui corrispondono precisi e chiari diritti delle persone»<sup>92</sup>. Per altro verso, è stato rilevato il potenziale “sovversivo” della succitata sentenza nei confronti dei precedenti equilibri tra i principi che disciplinano il rapporto tra ordinamento euro-unitario e ordinamento costituzionale italiano, con specifico riguardo alla sfera penale<sup>93</sup>. Senza entrare qui nel merito di tali (come di altri possibili) rilievi, si può sostanzialmente concordare con chi ritiene che, focalizzando l’attenzione sulla questione dei controlimiti, non si debba indugiare sulla condivisibilità o meno dall’angolo visuale del diritto euro-unitario o della maggiore o minore innovatività dal punto di vista della giurisprudenza della Corte di Giustizia della sentenza in esame, dal momento che «*il giudice italiano [...] è tenuto a prendere la sentenza per quello che è: come una pronuncia resa dalla Corte di giustizia nella sua più autorevole composizione (la Grande Sezione), e dunque come una pronuncia dell’istituzione dell’Unione che ha, in forza dei trattati, il compito di interpretare il diritto UE con effetto vincolante per le autorità degli Stati membri, compresi i giudici [...]»*<sup>94</sup> (corsivi dell’Autore). È appunto a fronte dei risvolti di tale effetto vincolante che i giudici comuni han-

---

<sup>91</sup> Dal nome di una delle parti del caso affrontato da Corte di giustizia, sentenza 8 settembre 2015, C-105/14, *Taricco et al.* Sul caso Taricco, in merito al quale i contributi della dottrina sono stati numerosissimi, cfr. almeno i saggi contenuti in A. BERNARDI-C. CUPELLI (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L’ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, Atti del Convegno del Dottorato di ricerca «Diritto dell’Unione europea e ordinamenti nazionali» del Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università di Ferrara, 24 febbraio 2017, Napoli, Jovene, 2017.

<sup>92</sup> R. BIN, *Taricco, una sentenza sbagliata: come venne fuori?*, in A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Atti del Convegno del Dottorato di ricerca «Diritto dell’Unione europea e ordinamenti nazionali» del Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università di Ferrara. Ferrara 7-8 aprile 2016, Napoli, Jovene, 2017, p. 298.

<sup>93</sup> V. MANES, *La «svolta» Taricco e la potenziale «sovversione di sistema»: le ragioni dei controlimiti*, in A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, cit., p. 2017, afferma che «la pronuncia *Taricco* – più che mettere pesantemente in discussione i “controlimiti” all’integrazione europea fissati dalla Corte costituzionale a partire dalla sentenza *Granital* (n. 170 del 1984) – supera l’idea stessa della Costituzione (nazionale) come limite al diritto penale, che pur si è tentato di riproporre al cospetto delle diverse Carte sovranazionali dei diritti (*in primis*, CEDU e CDFUE), travolgendone tutti gli assiomi: la primazia della riserva di legge come *lex parlamentaria* e il rifiuto della giurisprudenza come fonte; la rinuncia ad obblighi positivi di tutela penale e la scelta di campo per la sussidiarietà; l’idea di colpevolezza e la funzione rieducativa della pena come limiti agli impulsi della prevenzione generale; sullo sfondo, la sottoposizione del giudice alla legge e la stessa separazione dei poteri».

<sup>94</sup> F. VIGANÒ, *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni, e sulla reale posta in gioco*, in A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, cit., p. 243.

no invocato davanti alla Corte costituzionale il ricorso ai controlimiti, mettendo così in moto un'articolata interlocuzione tra Corte di Giustizia e Corte costituzionale.

A venire in rilievo è in primo luogo l'ordinanza n. 24/2017, con cui, mediante il canale del rinvio pregiudiziale, il giudice delle leggi chiedeva alla Corte di Giustizia di chiarire se l'art. 325 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (TFUE) e la sentenza *Taricco*, emessa dalla Corte di Lussemburgo nel settembre 2015, dovessero essere interpretati come implicanti il dovere di non applicare norme interne incompatibili (in materia di prescrizione penale), anche in mancanza di una base legale sufficientemente determinata, con conseguente contrasto con l'identità costituzionale italiana e, in particolare, con i principi supremi di legalità (intesa come irretroattività e determinatezza) in materia penale (art. 25, comma 2, Cost.) e della soggezione del giudice soltanto alla legge (art. 101, comma 2, Cost.). Non si mancava di sottolineare, richiamata anche la riconducibilità dei principi sopra ricordati alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, come dalle norme costituzionali italiane si desumesse un livello di protezione più elevato per i diritti delle persone di quello assicurato dall'art. 49 CFUE<sup>95</sup> (e dalle norme CEDU), da garantirsi ai sensi dell'art. 53 della CFUE, disposizione il cui richiamo, forse non casualmente non riproposto nella successiva sentenza della Corte di cui tra poco si dirà, contribuiva a lasciar trasparire la disponibilità a risolvere entro i confini e ricorrendo alle logiche di funzionamento del sistema euro-unitario (anziché mediante il ricorso ai controlimiti) la questione sottoposta all'attenzione del massimo organo giurisdizionale dell'Unione<sup>96</sup>. Come è stato opportunamente rimarcato, nel porre la questione della difesa dell'identità costituzionale italiana, «lungi dal sostituirsi alla Corte di Giustizia nell'interpretazione del diritto euro-unitario, la Corte Costituzionale sembra invitare i Giudici di Lussemburgo ad operare *un'integrazione bidirezionale delle tutele*, utilizzando le *tradizioni costituzionali* (in questo caso evidentemente intese anche come "parte" dell'identità costituzionale italiana) come elementi per implementare i principi già presenti nell'ordinamento eu-

---

<sup>95</sup> La disposizione, dedicata ai «principi della legalità e della proporzionalità dei reati e delle pene» sta-tuisce: «Nessuno può essere condannato per un'azione o un'omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o il diritto internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso. Se, successivamente alla commissione del reato, la legge prevede l'applicazione di una pena più lieve, occorre applicare quest'ultima».

<sup>96</sup> A proposito dell'art. 53 della CFUE, C. CHIARIELLO, *Il valore costituzionale della Carta di Nizza: un problema ancora aperto anche alla luce della sentenza n. 269/2017 della Corte costituzionale*, in *Consulta online*, n. 2/2018 (<http://www.giurcost.org/studi/chiariello.pdf>), p. 384, ha sottolineato che, con riguardo ai rapporti UE-Stati membri, tale disposizione integrerebbe, in un certo senso, all'interno del diritto euro-unitario la dottrina dei controlimiti, «visti però non più in chiave statica, ossia come momenti di estrema difesa dell'ordinamento nazionale, quanto piuttosto in chiave dinamica, come momenti di raccordo finalizzati a garantire il massimo di tutela ai diritti dell'individuo». Il significato dell'art. 53 della CFUE è riconosciuto come di particolare rilevanza da G. SILVESTRI, *op. cit.*, p. 15, il quale, richiamando «il principio della "presunzione della massima espansione delle libertà costituzionali"», enucleato da Paolo Barile nei suoi scritti in materia di diritti fondamentali, rileva come dal succitato articolo della CFUE «possiamo trarre il divieto di diminuzione del livello di protezione rispetto ad un coacervo di disposizioni appartenenti ad ordinamenti e fonti diverse, cui specificamente e congiuntamente rinvia l'articolo in questione», giungendo poco dopo ad affermare che «se questo criterio di scelta [cioè quello che impone al giudice di optare per la tutela più elevata] diventasse *communis opinio* di tutti i giudici, nazionali ed europei, si potrebbe dire che nell'ordinamento europeo – così come in quelli nazionali – il tradizionale principio della certezza del diritto tenderebbe ad evolversi in un più adeguato principio di *certezza e massimizzazione della tutela*» (p. 16).

ro-unitario, ampliandone la portata e intensificando, così, la relativa tutela» (corsivi dell'autrice)<sup>97</sup>.

La Corte di Lussemburgo<sup>98</sup> ha accolto in buona sostanza l'impostazione emergente dal testo del ricorso della Consulta, rilevando come il principio di legalità in materia penale trovi un fondamento sia nell'art. 49 della CDFUE sia nelle tradizioni costituzionali dei Paesi membri e come resti «consentito alle autorità e ai giudici nazionali applicare gli standard nazionali di tutela dei diritti fondamentali, a patto che tale applicazione non comprometta il livello di tutela previsto dalla Carta, come interpretata dalla Corte, né il primato, l'unità o l'effettività del diritto dell'Unione» (punto 47). La conclusione, che nella sua formulazione coniuga evidentemente le istanze sottese al primato del diritto euro-unitario e all'esigenza di tutela dei diritti fondamentali, è l'affermazione che il giudice nazionale è tenuto a disapplicare le norme interne confliggenti con le rilevanti norme del TFUE (commi 1 e 2 dell'art. 225), «a meno che una disapplicazione siffatta comporti una violazione del principio di legalità dei reati e delle pene a causa dell'insufficiente determinatezza della legge applicabile, o dell'applicazione retroattiva di una normativa che impone un regime di punibilità più severo di quello vigente al momento della commissione del reato». Mentre la Corte di Giustizia nega esplicitamente che la “regola Taricco” possa applicarsi a fatti compiuti prima della sentenza Taricco (punto 60), risulta così demandato ai giudici comuni il compito di decidere, di fronte a casi che lo esigano, l'eventuale disapplicazione della succitata regola in relazione ai fatti successivi a quella stessa pronuncia (del settembre 2015), in caso di riscontrata carenza dei «requisiti di prevedibilità, determinatezza e irretroattività inerenti al principio di legalità dei reati e delle pene», cioè di violazione del principio di legalità dei reati e delle pene quale principio generale del diritto dell'Unione, codificato adesso dalla CDFUE.

In proposito, in dottrina si è evidenziato come sia stata così in pratica riconosciuta ai giudici nazionali la potestà di esercitare una sorta di controllo diffuso di compatibilità del diritto euro-unitario direttamente efficace con principi “costituzionali” dell'ordinamento dell'Unione connessi alla garanzia di diritti fondamentali<sup>99</sup>. Si tratta di una forma di controllo che, passando per il conferimento di un determinato orientamento all'attività interpretativa giudiziale, raggiunge il risultato sostanziale di accordare preminenza alla prospettiva assiologica rispetto a quella formale, incentrata sulla affermata equiordinazione tra le norme della Carta e quelle dei trattati. Si è parlato poi, in riferimento alla scelta operata dalla Corte di Giustizia, di opzione in favore di un “temperamento” del principio dell'uniforme applicazione del diritto euro-unitario in nome del rispetto di diritti fondamentali<sup>100</sup>, opzione che ha riscosso

---

<sup>97</sup> S. POLIMENI, *L'identità costituzionale come controlimite*, in *IANUS*, n. 15-16/2017, pp. 67-68.

<sup>98</sup> Corte di Giustizia (Grande Sezione), sentenza 5 dicembre 2017, causa C-42/17, *M.A.S. e M.B.*

<sup>99</sup> O. CHESSA, *Intervento*, in Forum di discussione *La saga Taricco a una svolta: in attesa della decisione della Corte costituzionale*, in *Rivista di Diritti Comparati*, n. 1/2018, p. 8, riferendosi alla sentenza *M.A.S. e M.B.*, afferma che essa «asserisce [...] che i diritti euro-fondamentali possono determinare la disapplicazione di norme europee auto-applicative e ciò senza passare per il tramite di una previa sentenza della Corte europea di giustizia, ma esercitando un controllo diffuso di validità del diritto europeo secondario».

<sup>100</sup> Il riferimento è al quesito 1) rivolto ai partecipanti al Forum di discussione della *Rivista di Diritti Comparati* sulla sentenza *M.A.S. e M.B.*, pubblicato nel n. 1/2018 della medesima Rivista, formulato nei seguenti termini: «Quale significato assume, nella specifica vicenda in esame e nel quadro dei più generali rapporti tra

l'apprezzamento di chi, opportunamente, ha rilevato che «se il riconoscimento dei diritti fondamentali ha un senso nell'ordinamento dell'Unione europea, ciò vuol dire che la loro garanzia deve essere fatta valere, anche a costo di attenuare – come avviene sempre tra principi costituzionali, nella logica del bilanciamento – uno dei principi-cardine su cui quell'ordinamento si è tradizionalmente fondato»<sup>101</sup>.

Quella indicata dalla Corte di Lussemburgo, interna alle logiche di funzionamento del diritto euro-unitario, è una soluzione che non è parsa pienamente soddisfacente alla Corte costituzionale. Quest'ultima infatti, nella sentenza n. 115/2018<sup>102</sup>, se è approdata ad una decisione di infondatezza, prestando formale ossequio al *decisum* del giudice del Lussemburgo, da cui viene desunto, adesivamente, l'orientamento nel senso della contrarietà della “regola Taricco” (oltre che con il diritto costituzionale italiano, anche) con il diritto euro-unitario, ha però seguito un *iter* argomentativo che presuppone, in disaccordo con la Corte di Giustizia, un'inapplicabilità *integrale* della succitata regola, compresa la parte che lascerebbe ai giudici comuni degli spazi di discrezionalità decisionale<sup>103</sup>. Lasciando da parte, i pur significativi, profili strettamente processuali<sup>104</sup>, con la sentenza n. 115/2018 la Corte costituzionale entra di fatto, pur non dichiarandolo, in frizione con la logica sottesa al primato della Corte di Giustizia in materia di interpretazione dei trattati. Lo fa in nome della difesa di un'«identità

---

Corti costituzionali e Corte di giustizia, la scelta di quest'ultima volta a temperare il principio dell'uniforme applicazione del diritto UE in nome del rispetto di diritti fondamentali?».

<sup>101</sup> N. LUPO, *Intervento*, in Forum di discussione *La saga Taricco a una svolta: in attesa della decisione della Corte costituzionale*, cit., pp. 38-39, il quale soggiunge che «sarebbe curioso se l'apodittica affermazione del primato del diritto UE fosse tale da potersi estendere in modo indiscriminato e assolutizzante, comprimendo i diritti fondamentali dei cittadini, per come garantiti (storicamente, anzitutto) dalle Costituzioni nazionali e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea» (p. 39).

<sup>102</sup> L'orientamento espresso in tale decisione è stato confermato *in toto* dalla sentenza n. 243/2018, in cui la Corte afferma di soffermarsi su questioni «del tutto analoghe».

<sup>103</sup> Il duplice volto della decisione adottata dalla Consulta emerge bene anche dalla sola lettura del punto 14 del Considerato in diritto, che precede immediatamente il dispositivo, nel quale si legge prima che «l'inapplicabilità della “regola Taricco”, secondo quanto riconosciuto dalla sentenza *M.A. S.*, ha la propria fonte non solo nella Costituzione repubblicana, ma nello stesso diritto dell'Unione, sicché ha trovato conferma l'ipotesi tracciata da questa Corte con l'ordinanza n. 24 del 2017, ovvero che non vi sia alcuna ragione di contrasto», affermazione che vorrebbe evidenziare una piena convergenza con la Corte di Giustizia, e subito dopo che «ciò comporta la non fondatezza di tutte le questioni sollevate, perché, a prescindere dagli ulteriori profili di illegittimità costituzionale dedotti, la violazione del principio di determinatezza in materia penale sbarra la strada senza eccezioni all'ingresso della “regola Taricco” nel nostro ordinamento», affermazione la quale contraddice il *decisum* della Corte di Lussemburgo nella parte in cui interpreta la “regola Taricco” come tale da riconoscere un ruolo fondamentale ai giudici comuni, come ben evidenziato da S. POLIMENI, *Il caso Taricco e il gioco degli scacchi: l'“evoluzione” dei controlimiti attraverso il “dialogo” tra le Corti, dopo la sentenza n. 115/2018*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 2/2018, p. 22, ove si nota che «affermare che la *disapplicazione* della “regola Taricco” non ammetta eccezioni vuol dire, in breve, *disattendere* la decisione della Corte di giustizia e il principio del primato, proprio in virtù dell'applicazione dei controlimiti», dovendosi perciò riconoscere che «la sentenza è di rigetto, ma produce *de facto* gli stessi effetti di un accoglimento: l'espunzione della “regola Taricco” dall'ordinamento, attraverso una *disapplicazione* che non ammette eccezioni (come se fosse stata dichiarata l'incostituzionalità parziale della legge n. 130/2008, che contiene l'ordine di esecuzione del TFUE)».

<sup>104</sup> Si può legittimamente argomentare in favore della possibilità (e forse del dovere) per la Corte di dichiarare l'irrelevanza della questione, dal momento che i fatti da cui originavano i giudizi *a quo* erano tutti precedenti rispetto alla data di emissione della prima sentenza Taricco della Corte di Giustizia e dunque sottratti, già in ragione della decisione adottata in Taricco II del 5 dicembre 2017, all'applicazione della “regola Taricco”. In questo senso si veda, tra gli altri, P. FARAGUNA, *Roma locuta, Taricco finita*, in *Diritti Comparati*, 5 giugno 2018, reperibile in <http://www.diritticomparati.it/roma-locuta-taricco-finita/>.

costituzionale» che la stessa Unione «rispetta» (art. 4, comma 2, TUE) e di cui perciò la Consulta può ergersi a custode, “predicandola” con toni che evocano la collaborazione (parendo quasi assimilarne peraltro la nozione a quella di «tradizioni comuni», sebbene solo ai «paesi di tradizione continentale»)<sup>105</sup>, ma “praticandola” in maniera sostanzialmente contrappositiva, come è proprio della logica dei controlimiti<sup>106</sup>.

Pare infatti, come rilevato in dottrina, che, approfittando anche della carenza di precisi e robusti argomenti nelle decisioni della Corte di Lussemburgo a sostegno della diretta efficacia della “regola Taricco” (come rimodulata nel 2017), il giudice delle leggi abbia, in maniera discutibile, usato il riscontro del difetto di determinatezza come via per giungere di fatto a negare alla succitata regola la natura di norma direttamente efficace, riconosciuta invece dalla Corte di Giustizia<sup>107</sup>. Si ha l'impressione che la Corte costituzionale abbia fatto

---

<sup>105</sup> È quanto pare emergere, per esempio, da un passaggio del punto 11 del Considerato in diritto, ove si afferma che «la sentenza M.A. S. ha enfatizzato [...] la necessità che le scelte di diritto penale sostanziale permettano all'individuo di conoscere in anticipo le conseguenze della sua condotta, in base al testo della disposizione rilevante, e, se del caso, con l'aiuto dell'interpretazione che ne sia stata fatta dai giudici (paragrafo 56)», aggiungendosi che «perlomeno nei paesi di tradizione continentale, e certamente in Italia, ciò avvalorava (finanche in seno al diritto dell'Unione, in quanto rispettoso dell'identità costituzionale degli Stati membri) l'imprescindibile imperativo che simili scelte si incarnino in testi legislativi offerti alla conoscenza dei consociati».

<sup>106</sup> A RUGGERI, *Taricco, amaro finale di partita*, in *Consulta online*, n. 3/2018, p. 490, rileva criticamente, a proposito del riferimento all'identità costituzionale operato dalla Corte, che «la pronuncia in commento non spende alcuna parola in merito al rilievo che per la stessa Unione va assegnato ai principi di struttura degli ordinamenti degli Stati membri, in quanto fatti oggetto di richiamo nell'art. 4.2 TUE», nulla dicendosi «circa la c.d. “europeizzazione” dei controlimiti che, a stare ad una certa ricostruzione teorica, si sarebbe avuta per effetto del disposto in parola, la cui interpretazione [...], a motivo della natura del documento che lo ospita, è in primo luogo rimessa proprio alla Corte dell'Unione» e circa il «concorso che, per la sua parte, il giudice lussemburghese potrebbe offrire alla messa a punto degli equilibri tra gli ordinamenti laddove siano in gioco i principi suddetti», sollecitato di norma dai giudici comuni degli Stati membri. Fortemente critico nei confronti di una lettura dell'art. 4, comma 2, TUE come indicativo di una europeizzazione dei controlimiti è G. DI FEDERICO, *Identità nazionale e controlimiti: l'inapplicabilità della “regola Taricco” nell'ordinamento italiano e il mancato ricorso (per ora) all'art. 4, par. 2, TUE*, in *federalismi.it*, n. 4/2019, p. 3, il quale, dopo aver notato che «il diritto dell'Unione europea non ammette i controlimiti» considerato che «essi, nell'ottica della leale cooperazione, non possono che intervenire *ex post*, come *extrema ratio*, e restano pertanto una opzione nucleare da evitare a tutti i costi», afferma che «l'art. 4, par. 2, TUE, dunque non può essere interpretato come una loro interiorizzazione da parte dell'ordinamento dell'Unione», mentre «la funzione della norma, di contro, è quella di evitare i conflitti inter-ordinamentali e agevolare la soluzione senza rinunciare all'effettività del diritto dell'Unione, ma sempre nel rispetto della componente internazionalistica di quest'ultimo, che non può non trovare fondamento e legittimazione nelle costituzioni degli Stati membri».

<sup>107</sup> Così D. GALLO, *Efficacia diretta del diritto UE, procedimento pregiudiziale e Corte costituzionale: una lettura congiunta delle sentenze n. 269/2017 e 115/2018*, in *Rivista Aic*, n. 1/2019, pp. 242-243, il quale afferma che «la Corte costituzionale, escludendo la determinatezza del precetto, *de facto*, nega che esso sia sufficientemente chiaro, preciso e soprattutto incondizionato, cioè direttamente efficace», rilevando che «piuttosto che identificare un nuovo presupposto dell'effetto diretto, si serve di un concetto differente per pervenire alla medesima conclusione» e che dunque «a ben vedere, la determinatezza, al cuore del ragionamento della Corte costituzionale sull'efficacia interna dell'art. 325 TFUE, in quanto associata al principio della riserva di legge, sembra fungere da controlimite, implicito, generalizzato e *pro futuro*, al riconoscimento dell'effetto diretto di una norma UE (articolo 325 TFUE) e della giurisprudenza che intende interpretarla (regola *Taricco*), piuttosto che alla penetrazione di una norma – ritenuta direttamente efficace dalla Corte di giustizia – nel nostro ordinamento. Del riferimento al principio di determinatezza delle norme incriminatrici è stata, per altro verso, evidenziata la fragilità da A RUGGERI, *Taricco, amaro finale di partita*, cit., pp. 493-494, il quale, dopo aver notato che, a dispetto della rigorosa fermezza mostrata dalla Consulta nella parte motiva della decisione in esame, «numerose sono [...] le norme incriminatrici che rimettono al giudice apprezzamenti anche largamente discrezionali, a riempimento di un quadro di cui la legge consegna agli operatori unicamente la cornice», fa di tale rilievo un ulteriore argomento a supporto della tesi secondo cui obiettivo del giudice delle leggi sarebbe stato quello di «appiattare, fino ad azzerare e svilire, il

prevalere l'esigenza sostanziale di raggiungere, senza attivare espressamente i controlimiti, il risultato della tutela di beni ritenuti di essenziale rilevanza costituzionale, non ritenuti adeguatamente garantiti dalla soluzione elaborata dalla Corte di Lussemburgo, su quella della salvaguardia di un assetto dei rapporti inter-ordinamentali pienamente coerente con i presupposti teorici e i criteri che lo reggono, dai quali comunque il giudice delle leggi non prende le distanze in maniera aperta. In attesa di capire quali scenari potrà aprire questo approccio della Consulta, non si può negare che il tentativo di concentrare in capo al giudice delle leggi, pur senza applicare esplicitamente i controlimiti, significativi poteri in materia di interpretazione del diritto euro-unitario (e della giurisprudenza di Lussemburgo), nei casi di prospettabile contrasto con i principi supremi del sistema costituzionale italiano, potrà raggiungere rilevanti risultati di ordine sistemico, inevitabilmente, soltanto avvalendosi del concorso dei giudici comuni, a cui spetta in ogni caso portare davanti alla Corte costituzionale questioni simili a quelle originate dal caso Taricco, così come "gestire il seguito" di sentenze della Consulta che, come in questo caso, optino per una dichiarazione di infondatezza.

Quanto proprio ai giudici comuni, infatti, "il messaggio" desumibile dalla sentenza n. 115/2018 è dotato di un certo grado di ambivalenza. Per un verso, si invitano (non potendosi obbligarli), in un certo senso, i suddetti giudici a (continuare a) rivolgersi alla Corte, al fine di chiedere una verifica circa l'attivabilità dei controlimiti, onde consentire alla Consulta di valutare la compatibilità del diritto euro-unitario con i principi supremi dell'ordinamento costituzionale italiano<sup>108</sup>, e a preferire dunque questa via a quella interna al circuito Corte di Giustizia-giudici comuni, basata sull'interpretazione e immediata applicazione di norme dell'Unione direttamente efficaci, lette alla luce delle norme euro-unitarie sui diritti fondamentali (tra cui quelle della CDFUE), via, come si ricorderà indicata dalla Corte di Giustizia nella sentenza *M.A.S. e M.B.*; per un altro verso, dichiarando infondate le questioni sollevate nel caso di specie dai giudici *a quo* e dichiarando altresì di aderire all'impostazione fatta propria dalla Corte di Lussemburgo nella sentenza *M.A. S.* (da cui pure nell'ambito del suo percorso argomentativo si discosta), il giudice delle leggi pare indicare di fatto ai giudici comuni la possibilità di risolvere da soli, in raccordo con la Corte di Giustizia, questioni analoghe a quelle sollevate in relazione al caso Taricco.

Mentre dunque, nell'affermare l'*assoluta* inapplicabilità della "regola Taricco" per il suo contrasto con il principio di legalità-determinatezza di cui all'art. 25, comma 2, Cost. (letto in raccordo con l'art. 101, comma 2, Cost.), la Corte evoca la logica dei controlimiti, la me-

---

ruolo dei giudici comuni, senza peraltro [...] far espandere, per la legge del contrappasso, quello del legislatore», considerato che, nella sentenza n. 115/2018, «non s'indirizza, neppure in modo blando e sfumato, alcuna sollecitazione al legislatore perché riveda la disciplina della materia e ne colmi le rilevate e gravi carenze».

<sup>108</sup> Al punto 8. del Considerato in diritto della sentenza n. 115/2018 si legge infatti, a proposito del compito demandato alle autorità giudiziali nazionali dalla sentenza *M.A.S.* in relazione alla valutazione circa la compatibilità della "regola Taricco" con il principio di determinatezza, che «l'autorità competente a svolgere il controllo sollecitato dalla Corte di giustizia è la Corte costituzionale, cui spetta in via esclusiva il compito di accertare se il diritto dell'Unione è in contrasto con i principi supremi dell'ordine costituzionale e in particolare con i diritti inalienabili della persona» e che «a tale scopo il ruolo essenziale che riveste il giudice comune consiste nel porre il dubbio sulla legittimità costituzionale della normativa nazionale che dà ingresso alla norma europea generatrice del preteso contrasto».

desima lascia poi spazio, in pratica, per il futuro a soluzioni tutte interne al circuito giudiziario euro-unitario giudici comuni-Corte di Giustizia. Lascia spazio, in altri termini, a soluzioni non fondate sulla possibile esclusione dell'applicazione del diritto euro-unitario, a tutela dei principi supremi del sistema costituzionale italiano, bensì sul funzionamento dell'ordinario meccanismo della disapplicazione ad opera dei giudici comuni, previo eventuale rinvio pregiudiziale, del diritto interno contrastante con diritto sovranazionale dotato di efficacia diretta. Meccanismo "integrato", per così dire, dall'operatività dei limiti che alla suddetta disapplicazione possano derivare dalla necessità di assicurare il rispetto di diritti fondamentali basati su norme euro-unitarie (che si tratti di previsioni della CDFUE o di "principi generali" del diritto dell'Unione) oppure il rispetto dell'«identità nazionale, insita nella [...] struttura fondamentale, politica e costituzionale» di uno Stato membro (art. 4, comma 2, TUE), configurato come doveroso ai sensi dello stesso diritto euro-unitario<sup>109</sup>.

Alla luce di quanto appena detto a proposito del ruolo decisivo da riconoscersi in ogni caso ai giudici comuni, chiamati a confrontarsi con orientamenti centralizzatori della Corte costituzionale, risulta particolarmente interessante volgere adesso lo sguardo ad un altro approccio recentemente emerso nella giurisprudenza della Corte, in grado di incidere proprio sul rapporto tra quest'ultima, i giudici comuni e la Corte di Giustizia, sempre in relazione a casi in cui vengano in rilievo norme in materia di tutela dei diritti fondamentali.

Il riferimento è, come agevolmente immaginabile, all'approccio emergente da un *obiter dictum* contenuto nella sentenza n. 269/2017 (punto 5.2. del Considerato in diritto, con integrazione nel punto 5.3.)<sup>110</sup>. Con tale decisione la Corte costituzionale ha introdotto, per così dire, una deroga rispetto all'ordinario configurarsi del rapporto tra giudice e legge applicabile al caso concreto, ove venga in rilievo un profilo di incompatibilità con il diritto euro-unitario. A tale deroga ne è strettamente correlata un'altra in riferimento all'orientamento del giudice delle leggi in materia di c.d. "doppia pregiudizialità" tra questioni interpretative (o di validità) sottoponibili alla Corte di Giustizia in merito a fonti del diritto euro-unitario, al fine di

---

<sup>109</sup> Sul significato della clausola dell'«identità nazionale», cfr., tra gli altri, G. MARTINICO, *Il potenziale sovversivo dell'identità nazionale alla luce dell'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, in A. BERNARDI-C. CUPPELLI (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, cit., pp. 247-249, secondo cui l'introduzione della suddetta, prima nell'art. 6 del TUE pre-Lisbona e poi nell'art. 4 del TUE post-Lisbona, avrebbe segnato «un punto di svolta con riferimento alla dottrina del primato assoluto» (p. 247) e «l'esito di un lungo processo dialettico iniziato negli anni settanta, che ha condotto al progressivo «ingentilimento» del primato comunitario» (p. 248), senza che possa considerarsi smarrito il legame originario con la dottrina dei controlimiti (p. 249). La differenza tra clausola dell'identità nazionale e controlimiti è sottolineata da G. DI FEDERICO, *Il ruolo dell'art. 4, par. 2, nella soluzione dei conflitti interordinamentali*, in *Quad. Cost.*, n. 2/2019, p. 334, il quale afferma che «se letto attraverso il prisma della sussidiarietà – e non del primato – il dovere di rispettare l'identità nazionale perde i connotati di una clausola generale di salvaguardia e può assurgere a *norma di equilibrio* capace (*i*) di segnare i limiti (*intra vires*) dell'azione, normativa e giurisdizionale, delle istituzioni senza minare l'impianto costituzionale dell'ordinamento Ue, nonché (*ii*) di evitare una indebita attivazione dei controlimiti, nelle varie declinazioni che questa teoria trova all'interno dei ventotto – forse, a breve, ventisette – Stati membri».

<sup>110</sup> Tra i numerosi commenti, possono vedersi su questa sentenza R. MASTROIANNI, *Da Taricco a Bolognesi, passando per la Ceramica Sant'Agostino: il difficile cammino verso una nuova sistemazione del rapporto tra Carte e Corti*, in *Osservatoriosullefonti.it*, n. 1/2018, in partic. pp. 21 ss., G. SCACCIA, *Giudici comuni e diritto dell'Unione europea nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017* e G. REPETTO, *Concorso di questioni pregiudiziali (costituzionale ed europea), tutela dei diritti fondamentali e sindacato di costituzionalità*, entrambi in *Giur. Cost.*, n. 6/2017, rispettivamente, pp. 2948 ss. e 2955 ss.

decidere poi in ordine all'eventuale non applicazione di norme interne incompatibili, e questioni di costituzionalità prospettabili in merito alle medesime norme interne. Orientamento che prevede (e adesso dobbiamo dire: prevedeva) un vincolo ad assicurare priorità al ricorso pregiudiziale davanti alla Corte di Lussemburgo<sup>111</sup>.

A rilevare è il passaggio della sentenza n. 269/2017 in cui il giudice delle leggi, notato che la CDFUE è «dotata di caratteri peculiari in ragione del suo contenuto di impronta tipicamente costituzionale» e che, qualora si versi in ambito di rilevanza euro-unitaria, «può darsi il caso che la violazione di un diritto della persona infranga, ad un tempo, sia le garanzie presidiate dalla Costituzione italiana, sia quelle codificate dalla Carta dei diritti dell'Unione», afferma che, in relazione a violazioni di diritti della persona, previsti tanto dalla Costituzione quanto dalla CDFUE, deve ritenersi indispensabile un intervento *erga omnes* della Corte, «anche in virtù del principio che situa il sindacato accentrato di costituzionalità delle leggi a fondamento dell'architettura costituzionale (art. 134 Cost.)» (punto 5.2. del Considerato in dritto). Alla luce di ciò, al giudice comune parrebbe risultare preclusa, nella prospettiva fatta propria dal giudice delle leggi, la possibilità di procedere immediatamente alla disapplicazione, previo eventuale rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, del diritto interno reputato incompatibile con norme della Carta di cui si possa affermare la diretta efficacia<sup>112</sup>, dovendo invece il suddetto giudice sollevare la questione di costituzionalità, così da consentire alla Corte di giudicare in merito alla questione «alla luce dei parametri interni ed eventualmente di quelli europei (ex artt. 11 e 117 Cost.), secondo l'ordine di volta in volta appropriato, anche al fine di assicurare che i diritti garantiti dalla citata Carta dei diritti siano interpretati in armonia con le tradizioni costituzionali» (punto 5.2. del Considerato in diritto). Consentire al giudice di procedere mediante la non applicazione del diritto interno contrastante con disposizioni della CDFUE significherebbe – si precisa nella decisione in esame – consentire che si trasmodi in «una sorta di inammissibile sindacato diffuso di costituzionalità della legge» (punto 5.3. del Considerato in diritto). Al giudice resterebbero aperte – afferma la Corte, richiamando in proposito alcune decisioni del giudice di Lussemburgo, che ammettono come legittima la previsione nazionale di una priorità della questione di costituzionalità rispetto al rinvio pregiudiziale<sup>113</sup> – la possibilità di rivolgersi alla Corte di Giustizia mediante il rinvio pregiudiziale, in qualunque fase (e anche al termine) del procedimento in via incidenta-

---

<sup>111</sup> Cfr. E. Malfatti-S. Panizza-R. Romboli, *Giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 107, ove si ricorda che «la Corte costituzionale ha ritenuto che la soluzione della pregiudizialità comunitaria, incidendo [...] sulla rilevanza della questione di costituzionalità, debba precedere temporalmente la pregiudizialità costituzionale».

<sup>112</sup> *Nulla quaestio* naturalmente per le norme non direttamente efficaci, la cui preminenza rispetto a disposizioni legislative è stata sempre affermabile per la sola via del giudizio di costituzionalità.

<sup>113</sup> Il riferimento è a Corte di Giustizia dell'Unione Europea, quinta sezione, sentenza 11 settembre 2014, causa C-112/13, *A contro B e altri* e a Corte di Giustizia dell'Unione Europea, grande sezione, sentenza 22 giugno 2010, cause C-188/10, *Melki*, e C-189/10, *Abdeli*, da cui si desumerebbe che, a determinate condizioni (tra cui la possibilità di operare in qualunque fase del procedimento in via incidentale il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia), «il diritto dell'Unione "non osta" al carattere prioritario del giudizio di costituzionalità di competenza delle Corti costituzionali nazionali». A venire in rilievo, in tali circostanze, erano – è opportuno comunque ricordarlo – disposizioni legislative nazionali finalizzate a conferire natura prioritaria alla questione di costituzionalità e non orientamenti giurisprudenziali del giudice delle leggi.

le e quella «di disapplicare, al termine del giudizio incidentale di legittimità costituzionale, la disposizione legislativa nazionale in questione che abbia superato il vaglio di costituzionalità, ove, per altri profili, la ritengano contraria al diritto dell'Unione» (corsivo mio)<sup>114</sup>.

Pare volersi così scongiurare il rischio, per la Corte costituzionale, di vedersi confinata nella, pur fortificata, ridotta dei controlimiti, in relazione alle questioni concernenti la tutela dei diritti fondamentali, e di essere, in sostanza, espropriata di buona parte della capacità di operare come giudice dei diritti<sup>115</sup>. In proposito, vi è stato chi ha cercato per l'approccio del giudice delle leggi un fondamento giustificativo non tanto nei connotati della materia di per sé considerata (i diritti) di cui la CDFUE si occupa, bensì nella natura "aperta" delle sue disposizioni, che non risponderebbero alle stesse esigenze di regolazione uniforme proprie delle norme dei trattati finalizzate alla realizzazione del mercato comune<sup>116</sup>. Resta comunque la problematica sostenibilità di un approccio che, se letto, quanto ai suoi presupposti e alle sue implicazioni, nella maniera da ultimo prospettata, parrebbe di fatto sottrarre alla Corte di Giustizia il potere esclusivo di giudicare, in raccordo con i giudici comuni, circa la diretta efficacia o meno di tutte le norme prodotte da fonti euro-unitarie<sup>117</sup>.

---

<sup>114</sup> Sui profili relativi all'atteggiarsi delle dinamiche del giudizio di costituzionalità in via incidentale, in correlazione con il nuovo orientamento della Corte, cfr. R. ROMBOLI, *Dalla "diffusione" all' "accentramento": una significativa linea di tendenza della più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Foro italiano*, n. 7-8/2018, c. 2226 ss.

<sup>115</sup> O. CHESSA, *Intervento*, cit., p. 10, il quale assume una posizione favorevole all'approccio adottato dal giudice delle leggi, dopo aver rilevato che la Corte costituzionale avrebbe in sostanza applicato alle norme della CDFUE corrispondenti a norme costituzionali lo stesso schema che, in relazione a queste ultime, che esprimano "regole" oppure "principi", richiede comunque un intervento della Consulta volta ad eliminare dall'ordinamento una norma legislativa incompatibile, afferma che «insomma, non si poteva fare altrimenti, poiché l'alternativa sarebbe stata quella di amputare una parte importante della "Costituzione dei diritti" dal novero delle norme che possono fungere da parametro del giudizio di costituzionalità, per diventare parametro di un giudizio diffuso di validità euro-unitaria del diritto interno (o, se si preferisce, di un giudizio diffuso volto a risolvere il contrasto tra fonte interna e diritto dell'Unione)».

<sup>116</sup> Così A. GUAZZAROTTI, *La sentenza n. 269 del 2017: un «atto interruttivo dell'usucapione» delle attribuzioni della Corte costituzionale?*, in *Quad. Cost.*, n. 1/2018, p. 196, il quale afferma che rileva che, a differenza dei – potremmo dire – "normali" atti di diritto euro-unitario, «la CDFUE [...] anche se giuridificata e posta allo stesso livello dei Trattati, non risponde alle stesse esigenze di uniformità di alcune norme dei Trattati aventi effetto diretto, ossia alle esigenze tipiche di un mercato unico», dal momento che «la Carta, in altre parole, non mirava e non mira a stabilire standard uniformi di tutela dei diritti fondamentali in tutti gli Stati membri (cfr. gli artt. 52 e 53 CDFUE, in quanto norme regolatrici dei rapporti con la CEDU, a sua volta priva di intenti uniformatori: si veda l'art. 53 CEDU nonché la dottrina della Corte EDU sul *margin d'apprezzamento* degli Stati)». Si vedano anche le riflessioni di G. REPETTO, *Concorso di questioni pregiudiziali*, cit., p. 2961, secondo cui la posizione assunta dal giudice delle leggi dovrebbe intendersi come riferita esclusivamente ai casi di «atti normativi interni che, per il fatto di non risultare interamente vincolati ai contenuti della Carta, sono frutto di un'attività discrezionale del legislatore interno e che quindi, come tali, non possono ricadere unicamente nel sindacato della Corte di giustizia» e che è dunque opportuno leggere la sentenza n. 269/2017 «nel senso che essa non preclude *in ogni caso* al giudice comune di provvedere alla non applicazione e non lo obbliga *sempre* a sollevare prioritariamente questione alla Corte costituzionale quando viene in gioco la CDFUE, potendosi questo più utilmente rivolgersi alla Corte di giustizia (e provvedere autonomamente alla non applicazione del diritto nazionale) in ogni caso in cui l'atto interno pone problemi di compatibilità con regole della Carta dei diritti che, anche se radicate in atti di diritto derivato, non involgono apprezzamenti discrezionali del legislatore nazionale».

<sup>117</sup> C. SCHEPISI, *I futuri rapporti tra le Corti dopo la sentenza n. 269/2017 e il controllo erga omnes alla luce delle reazioni dei giudici comuni*, in *federalismi.it*, n. 22/2018, pp. 22-23, nota, tra l'altro, come possano rilevarsi casi specifici in cui l'obbligo di dare priorità alla questione di costituzionalità rispetto al rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE risulta inconciliabile con alcune modalità (e finalità) del rinvio pregiudiziale, casi, cioè, «in cui la pregiudiziale "comunitaria" deve precedere l'incidente di costituzionalità o non può comunque attendere l'esito del

Consapevole, dunque, di muoversi su un terreno alquanto sdruciolevole, in cui risulta peraltro priva di strumenti che possano fare leva su un potere diverso da quello persuasivo ed esposta altresì alle conseguenze di un effetto *boomerang* prospettato in dottrina<sup>118</sup>, la Consulta circonda l'enunciazione del suo orientamento, come si è visto, di richiami alla stessa giurisprudenza euro-unitaria e alla natura pluralistica dell'insieme delle fonti euro-unitarie sui diritti, tra cui, accanto alla Carta, si collocano le tradizioni costituzionali comuni, alla cui formazione il giudice delle leggi afferma implicitamente di temere di non poter continuare a concorrere adeguatamente, se tagliato fuori dal processo di risoluzione di molti casi di rilevanza costituzionale<sup>119</sup>.

Tale consapevolezza sembra trasparire in maniera ancora più accentuata all'interno della sentenza n. 20/2019, in cui, d'altra parte, come segnalato criticamente da parte della dottrina<sup>120</sup>, a cui fanno riscontro posizioni, invece, favorevoli a tale sviluppo<sup>121</sup> la Corte pare significativamente ampliare la portata dell'orientamento enunciato due anni prima anche a

---

vaglio di legittimità», rilevando che «l'art. 267, comma 4 TFUE (e l'art. 23-bis dello Statuto della Corte di giustizia) prevede, ad esempio, che la questione sollevata dal giudice nazionale sia trattata con un procedimento accelerato (la Corte "statuisce il più rapidamente possibile"<sup>68</sup>) quando riguardi una *persona in stato di detenzione*» e che, per altro verso, «qualora un rinvio pregiudiziale sollevi una o più questioni relative allo *spazio di libertà, sicurezza e giustizia* (titolo V, parte terza del TFE) questo "può essere trattato, su domanda del giudice del rinvio o, in via eccezionale, d'ufficio, con procedimento d'urgenza" (art. 107 del Reg. procedura e art. 23-bis dello Statuto)» (corsi dell'Autrice), per aggiungere altresì che «il meccanismo introdotto con la sentenza n. 269/2017 non sarebbe, inoltre, facilmente conciliabile neppure con il rinvio pregiudiziale di validità», riferibile «al caso in cui una norma interna sia il frutto della trasposizione di una direttiva ed il giudice nutra un dubbio sulla compatibilità della prima norma sia con diritti protetti dalla Costituzione che della Carta e che per quest'ultimo profilo abbia preliminarmente necessità di sapere se la direttiva sia valida».

<sup>118</sup> In particolare, da A. RUGGERI, *Dopo Taricco: identità costituzionale e primato della Costituzione o della Corte costituzionale?*, in *Osservatoriosullefonti.it*, n. 3/2018, pp. 19-20, il quale afferma che, a fronte della «manovra di "riaccentramento" posta in essere con la 269 del 2017», «è [...] da mettere in conto che si attivino meccanismi difensivi che potrebbero avvalersi, sia pure facendone un uso improprio, di tecniche decisorie di cui, per ironia della sorte (una vera nemesi storica...), la stessa Consulta ha – come si sa – caldeggiato un largo utilizzo (ad es., sollecitandosi oltre misura il ricorso all'interpretazione conforme, si da riconciliare a forza enunciati normativi in realtà reciprocamente incompatibili). La qual cosa potrebbe, dunque, portare all'effetto di quella fuga dal giudizio di costituzionalità che proprio l'obiettivo del "riaccentramento" vorrebbe scongiurare».

<sup>119</sup> Come rilevato da D. TEGA, *La sentenza n. 269 del 2017: il concorso di rimedi giurisdizionali costituzionali ed europei*, in *Quad. Cost.*, n. 1/2018, p. 200, la quale afferma che, mediante il riferimento alle tradizioni costituzionali, «evidentemente i giudici di Palazzo della Consulta tengono al loro ruolo di *viva vox constitutionis* anche quando si tratta di illustrare all'Europa ciò che non solo dà struttura all'identità nazionale italiana, ma contribuisce a conformare gli stessi diritti fondamentali come principi generali del diritto UE (artt. 4, § 2, e 6, § 3, TUE)».

<sup>120</sup> A. RUGGERI, *La Consulta rimette a punto i rapporti tra diritto eurounitario e diritto interno con una pronuncia in chiaroscuro (a prima lettura di Corte cost. sent. n. 20 del 2019)*, in *Consulta online*, n. 1/2019, in partic. pp. 114 ss. (<http://www.giurcost.org/studi/ruggeri88.pdf>). Cfr., per un approccio critico al percorso argomentativo seguito dalla Corte costituzionale, anche O. POLLICINO-G. REPETTO, *Not to be Pushed Aside: the Italian Constitutional Court and the European Court of Justice*, in *Verfassungsblog on matters constitutional*, 27 febbraio 2019 (<https://verfassungsblog.de/not-to-be-pushed-aside-the-italian-constitutional-court-and-the-european-court-of-justice/>), in partic., pp. 2 ss.

<sup>121</sup> S. CATALANO, *Doppia pregiudizialità: una svolta 'opportuna' della Corte costituzionale*, in *federalismi.it*, n. 10/2019, pp. 12-13, afferma che «se si pone mente alle ragioni [...] che hanno condotto la Corte ad invertire la rotta rispetto al passato, con l'obiettivo di reagire alla propria emarginazione dalle questioni che attengono alla tutela dei diritti costituzionali, pare preferibile la conclusione secondo cui il giudice dovrebbe sollevare questione di costituzionalità anche qualora vi siano norme diverse da quelle contenute nella Carta di Nizza, come ad esempio quelle di un regolamento, almeno quando si possa ritenere che, nella sostanza, vi sia un contrasto proprio con la CDFUE».

casi in cui rilevino norme derivanti da fonti di diritto euro-unitario derivato, ove, come nel caso di specie, «in singolare connessione con le pertinenti disposizioni della CDFUE» (punto 2.1 del Considerato in diritto). A fronte di ciò, infatti, il giudice delle leggi, in primo luogo, sul piano dei “toni”, passa dall’affermare che le violazioni dei diritti della persona (nei casi di duplice contrasto con la Costituzione e con la Carta) «*postulano la necessità* di un intervento erga omnes di questa Corte» (punto 5.2 del Considerato in diritto della sentenza n. 269/2017) all’affermare che «*va preservata l’opportunità* di un intervento con effetti erga omnes di questa Corte» (punto 2.1 del Considerato in diritto della sentenza n. 20/2019) (cor-sivi miei). In secondo luogo, in riferimento ai contenuti del proprio orientamento, omette nella decisione più recente ogni richiamo all’inciso «per altri profili», cioè diversi da quelli valutati nel giudizio in via incidentale, con riguardo alla possibilità per il giudice comune di disapplicare, al termine del giudizio davanti alla Consulta, norme di diritto interno per incompatibilità con norme di diritto euro-unitario direttamente efficace, previo eventuale rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia. Stimolati probabilmente anche da segnali non favorevoli provenienti dalla Corte di Lussemburgo<sup>122</sup>, i giudici costituzionali italiani hanno voluto attenuare una posizione difficilmente difendibile (e concretamente fragilissima). Risultava infatti oggettivamente molto arduo mantenere ferma una posizione la quale, oltre che invitare i giudici comuni a concedere alla Corte costituzionale «la “prima parola”», come fatto dal TAR del Lazio sollevando la questione che ha portato alla sentenza n. 20/2019 (la locuzione è adoperata al punto 2.3. del Considerato in diritto di tale sentenza), si pretendesse per la Consulta, in relazione a questioni del tipo indicato nelle due decisioni sopra richiamate, sempre e comunque anche l’“ultima parola”.

Nell’alveo dell’orientamento inaugurato con la sentenza n. 269/2017, e “corretto” con la decisione del 2019 appena richiamata, si sono collocate la sentenza n. 63/2019, la sentenza n. 112/2019 e l’ordinanza n. 117/2019, decisione, quest’ultima, con la quale il giudice delle leggi ha operato un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, sollecitando dalla stessa una pronuncia relativa all’interpretazione di una direttiva dell’Unione Europea e, subordinatamente al tipo di risposta fornita alla tale domanda, sottoponendo ai giudici lussemburghesi altresì una questione di validità in ordine alla medesima direttiva, con riguardo ad un suo possibile contrasto con norme della CDFUE<sup>123</sup>. Nella sentenza n. 63 la Corte, nel rigettare

---

<sup>122</sup> Sentenza del 20 dicembre 2017, causa C-322-16, *Global Starnet*, e, sentenza del 24 ottobre 2018, causa C-234/17, *XC, YB e ZA c. Austria*.

<sup>123</sup> Alla luce del significato che deve riconoscersi all’indirizzo giurisprudenziale esaminato nel testo, rileva l’opportunità di un ricorso frequente al rinvio pregiudiziale da parte della Corte costituzionale S. CATALANO, *Rinvio pregiudiziale nei casi di doppia pregiudizialità. Osservazioni a margine dell’opportuna scelta compiuta con l’ordinanza n. 117 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Osservatorio Costituzionale*, n. 4/2019, p. 7, il quale nota che «la possibilità, ammessa come noto anche dalla giurisprudenza della Corte di giustizia (sia pur a determinate condizioni), che la Corte costituzionale possa avere il diritto alla ‘prima parola’ rischia di essere un “regalo avvelenato”», dal momento che, «in un simile quadro, è del tutto possibile che i giudici comuni possano ‘ribellarsi’ alla decisione della Corte costituzionale, eventualmente coinvolgendo la Corte di giustizia», con la conseguenza che «ove i Giudici di Lussemburgo fossero chiamati in causa e si esprimessero con una valutazione diversa da quella della Corte costituzionale, il giudice comune italiano si troverebbe in una situazione scomoda, perché esso dovrebbe assecondare il *decisum* della Corte di giustizia, sconfessando la Corte costituzionale, ovvero adire nuo-

un'eccezione di inammissibilità relativa alla sussistenza dei suoi poteri di sindacato in merito a profili di compatibilità con disposizioni della CDFUE, ribadisce la propria competenza generale ad occuparsi di tali questioni, anche quindi ove si tratti di disposizioni produttive di effetti diretti, «fermo restando il potere del giudice comune di procedere egli stesso al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE, anche dopo il giudizio incidentale di legittimità costituzionale, e – ricorrendone i presupposti – di non applicare, nella fattispecie concreta sottoposta al suo esame, la disposizione nazionale in contrasto con i diritti sanciti dalla Carta» (punto 4.3. del Considerato in diritto).

A proposito di tale passaggio argomentativo, richiamato poi dalla ordinanza n. 117/2019, in dottrina è stata valorizzata l'affermazione della Corte che i giudici comuni possano ricorrere al rinvio pregiudiziale ed, eventualmente, alla non applicazione di disposizioni nazionali contrastanti con la CDFUE «anche dopo il giudizio incidentale» per scorgervi l'indizio di un riconoscimento, reputato innovativo rispetto a quanto desumibile dalle decisioni precedenti, del potere del giudice comune di interpellare la Corte di Giustizia in ogni tempo, non solo, quindi, durante e dopo il giudizio davanti alla Corte costituzionale, ma anche prima di sollevare una questione di costituzionalità<sup>124</sup>. In verità, il sopra citato «anche dopo il giudizio in via incidentale» potrebbe forse leggersi, non meno plausibilmente, come un mero richiamo, in forma più sintetica, a quanto già affermato nelle sentenze nn. 269/2017 e 20/2019, senza che il giudice delle leggi abbia voluto perciò fare un passo indietro rispetto alla sua preferenza per il sollevamento in via prioritaria della questione di costituzionalità. Mi pare essere, più marcatamente, il periodo successivo a lasciar trasparire, in ultima analisi, la piena consapevolezza dell'impossibilità di imporre in capo ai giudici un vincolo a rivolgersi prioritariamente ai giudici di Piazza del Quirinale e della possibilità di rimuovere semplicemente un ostacolo, prima sussistente, rispetto all'ammissibilità di una questione di costituzionalità prospettabile in presenza delle condizioni delineate nella sentenza n. 269/2017. Dopo aver ribadito quali siano i poteri del giudice comune (di ricorrere in via pregiudiziale alla Corte di Giustizia e di non applicare, in presenza dei necessari presupposti, le norme interne in contrasto con disposizioni della CDFUE), la Corte afferma infatti che «laddove però sia stato lo stesso giudice comune a sollevare una questione di legittimità costituzionale che coinvolga anche le norme della Carta, questa Corte non potrà esimersi, eventualmente previo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE, dal fornire una risposta a tale questione con gli strumenti che le sono propri [...]»: sembra evidente che la Corte riconosca così espresamente al giudice la facoltà di adire la Corte di Giustizia in via pregiudiziale e/o di non appli-

---

vamente quest'ultima, affinché possa valutare se: a) trasformare la decisione di infondatezza in una di accoglimento; b) ci si trovi in una situazione nella quale possano essere invocati i controllimiti».

<sup>124</sup> Così A. RUGGERI, *I rapporti tra Corti europee e giudici nazionali e l'oscillazione del pendolo*, in *Consulta online*, n. 1/2019, p. 169-170, il quale afferma altresì che «la circostanza per cui il rinvio stesso può aversi anche prima della remissione degli atti al giudice costituzionale spiana la via – a me pare – alla disapplicazione immediata della norma nazionale, ove quest'esito sia sollecitato dalla risposta del giudice eurounitario» (p. 170). Sulla ordinanza n. 117/2019, cfr. A. RUGGERI, *Ancora un passo avanti della Consulta lungo la via del "dialogo" con le Corti europee e i giudici nazionali (a margine di Corte. Cost. n. 117 del 2019)*, in *Consulta online*, n. 2/2019, pp. 242 ss.

care il diritto interno contrastante con la CDFUE senza previamente aver sollevato questione di costituzionalità.

A ben vedere, peraltro, tali considerazioni assumono valore nell'esclusiva ottica di un'analisi degli approcci argomentativi della Corte. Resta fermo infatti che, come già qui più sopra rilevato e come esplicitato anche nella sentenza n. 20/2019<sup>125</sup>, l'orientamento inaugurato con la sentenza n. 269/2017 si risolve (e non avrebbe potuto che risolversi) nell'affermazione dell'ammissibilità (e non dell'obbligatorietà) del ricorso in via prioritaria alla Corte costituzionale da parte dei giudici comuni, quando si versi in casi di "doppia pregiudizialità" e a venire contemporaneamente in rilievo sia la compatibilità di disposizioni legislative tanto con disposizioni costituzionali quanto con disposizioni della CDFUE, anche se produttive di effetti diretti. Cionondimeno, i riferimenti, nella sentenza n. 269/2017, per un verso, alla intersezione tra i principi e i diritti enunciati dalla Carta (di cui si evidenziano i «caratteri peculiari in ragione del suo contenuto di impronta tipicamente costituzionale») e quelli garantiti dalla Costituzione e, per altro verso, alla sussistenza nel nostro ordinamento del «principio che situa il sindacato accentrato di costituzionalità delle leggi a fondamento dell'architettura costituzionale» sono stati posti alla base, nell'approccio fatto proprio dalla Corte, di quella che deve, in ogni caso, reputarsi una non trascurabile modifica apportata all'assetto dei rapporti tra diritto euro-unitario e diritto interno.

Se tale assetto era basato, come è noto, da decenni sulla centralità del giudice comune, chiamato, in quanto giudice (comunitario e poi) euro-unitario, ad applicare, senza frapporte ostacoli, il diritto dell'Unione dotato di effetti diretti, salvo il caso dell'invocazione dei controlimiti, adesso infatti i giudici comuni sono sollecitati (sebbene non obbligati), e dunque di fatto abilitati, ad accantonare, presumibilmente in una parte molto rilevante dei casi in cui venga in rilievo l'applicazione della CDFUE, il loro "dovere euro-unitario" di applicare immediatamente *tutto* il diritto dell'Unione direttamente efficace. Sembrerebbe che, in un certo senso, il giudice delle leggi abbia in pratica conferito alle norme della CDFUE uno statuto particolare. Uno statuto contraddistinto, secondo un punto di vista formulato in dottrina, dal riconoscimento alle stesse di un rango di fatto inferiore rispetto a quello proprio delle norme costituzionali di contenuto sostanzialmente corrispondente, nel quadro di una "gerarchia *soft*", diversa da quella che può esplicitarsi attraverso il ricorso ai controlimiti, e alla Corte costituzionale di un ruolo preminente nell'interpretazione (anche) della Carta dei diritti<sup>126</sup>. In conseguenza di ciò – è stato affermato – «il diritto dei principi europei rischia di essere *degradato al rango delle norme internazionali pattizie*: superiori alla legislazione ordinaria, ma

---

<sup>125</sup> Al punto 2.3. del Considerato in diritto) ci si riferisce ad una "prima parola" che la Corte si accingeva a pronunciare «per volontà esplicita del giudice a quo».

<sup>126</sup> Così, se non si è inteso male, A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. Cost.*, n. 2/2019, p. 260, il quale, a proposito dell'orientamento emergente dalle sentenze richiamate in queste pagine, afferma che «nella posizione della Corte costituzionale [...] tutto spinge a prescrivere un ordine gerarchico *tra* la costituzione formale e la carta dei diritti (e, più in generale, i principi europei)» e aggiunge che «affermare il primato della costituzione, che nessuno vuol negare (salvo la precisazione che farò fra poco), non solo equivale a ritenere la carta dei diritti *priva di valore prescrittivo immediato* nei confronti dei giudici comuni (e dell'amministrazione) ma, altresì, serve ad attribuirne *alla Corte costituzionale stessa l'interpretazione e l'applicazione*».

soggette a *tutte* le disposizioni della costituzione e non solo ai *controlimiti* (allargando corrispondentemente l'area dell'identità nazionale ex art. 4.2 TUE)» (corsivi dell'Autore)<sup>127</sup>.

In attesa di capire, a questo punto, quali potranno essere gli ulteriori sviluppi giurisprudenziali in ordine all'orientamento accolto dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 269/2017, alcune considerazioni paiono opportune. Pare opportuno, in particolare, rilevare che, se è vero che «la sopravvenienza delle garanzie approntate dalla CDFUE rispetto a quelle della Costituzione italiana genera [...] un concorso di rimedi giurisdizionali», il quale «arricchisce gli strumenti di tutela dei diritti fondamentali e, per definizione, esclude ogni preclusione» (sentenza n. 20/2019, punto 2.3. del Considerato in diritto), al di là delle perplessità manifestabili, come visto, a proposito dell'orientamento in esame, vi sarà da capire quale equilibrio potrà nei fatti realizzarsi tra i due possibili percorsi di tutela dei diritti fondamentali (anche) euro-unitari che si incardinano, rispettivamente, in un circuito che coinvolge esclusivamente giudici comuni e Corti di Giustizia e in uno che coinvolge anche la Corte costituzionale. È evidente che, se prevalessero orientamenti giudiziari eventualmente propensi a risolvere per intero all'interno delle logiche di funzionamento dell'ordinamento dell'Unione (*in primis*, facendo leva sulla CDFUE) le questioni concernenti la compatibilità di norme legislative interne con norme euro-unitarie direttamente applicabili relative ai diritti fondamentali (anche se di contenuto analogo a quello di norme costituzionali), il ruolo della Consulta tenderebbe a restare in ombra, con conseguente inabissamento (anche) della prospettiva di un ricorso, aperto o dissimulato, ai controlimiti ad opera del giudice delle leggi.

## **5. Tra unità e differenze. Il volto necessariamente pluralistico dei “diritti costituzionali europei”, tra dinamiche giurisdizionali e indispensabile contributo della politica**

È il caso di provare, a questo punto, a riflettere sul significato complessivo e – potremmo dire – sistemico dei più recenti orientamenti della Corte costituzionale in ordine alla materia della tutela dei diritti fondamentali, nell'interrelazione tra livello nazionale e livello euro-unitario, anche al fine di formulare alcune considerazioni conclusive dell'intero percorso analitico seguito nel presente saggio, senza trascurare di accennare, molto brevemente, anche ad aspetti rimasti più in ombra nelle pagine precedenti.

Mi pare che dall'analisi dei suddetti orientamenti si possa trarre conferma, anche alla luce del ruolo indubbiamente esercitato dalla CDFUE, del carattere intrinsecamente e inevi-

---

<sup>127</sup> A. MORRONE, *op. cit.*, pp. 260-261, secondo cui «il punto di equilibrio, che adesso si incrina, e proprio questo: giudici nazionali e Corte di giustizia assicurano l'integrazione mediante l'applicazione diretta e continuativa del diritto europeo, mentre alle corti costituzionali resta la custodia dei *controlimiti*» (p. 260), mentre «la supremazia della costituzione rende il controllo di costituzionalità un principio-*limite*, che non può essere derogato di fronte agli opposti principi del primato del diritto europeo e di necessaria applicazione della norma europea», dovendosi però precisare che «non è un *controlimite* nel senso cui normalmente si usa questa espressione; o, meglio, il principio del sindacato accentrato è in sé un *controlimite* che, però, comporta la subordinazione a *tutta* la costituzione delle norme europee in qualche modo interessate da principi, diritti e valori della carta di Nizza» (corsivi dell'Autore).

tabilmente pluralistico del sistema europeo (*rectius*, euro-unitario) di tutela dei diritti fondamentali. Ciò è vero tanto con riguardo al piano della definizione del contenuto dei diritti effettivamente tutelati, cui continuano a concorrere, ai sensi dello stesso TUE e della Carta dei diritti, fonti diverse da quest'ultima, tra loro in rapporto di reciproca influenza<sup>128</sup>, quanto in riferimento al piano dei soggetti (giudici comuni e Corti) che partecipano al circuito interpretativo-applicativo. In relazione a questo secondo profilo, al paradigma pluralistico sono riconducibili tutte le diverse gradazioni della dialettica e anche della conflittualità intergiurisdizionale, da quelle più agevolmente riconducibili ai criteri di cui alle sentenze *Simmenthal* e *Granital*<sup>129</sup> sino a quelle proprie di orientamenti che da quei criteri tendono, più o meno significativamente, a discostarsi (sebbene in maniera non esplicita), ma che, anche laddove esprimano istanze che appaiono come marcatamente "identitarie", contribuiscono in ogni caso ad alimentare un confronto fruttuoso, nonostante divergenze e conflitti tra Corti, per il processo di integrazione europea, al quale si addice particolarmente la chiave di lettura fornita dalla nozione di «pluralismo agonistico»<sup>130</sup>.

Mentre dunque anche le divergenze e i conflitti tra organi si pongono, in vario modo, al servizio del processo di integrazione europea, nella necessaria convivenza tra esigenza di unità e istanza di preservazione delle differenze<sup>131</sup>, si può, per altro verso, sostenere che il ruolo esercitato (e difeso) dalla Corte costituzionale come giudice dei diritti fondamentali, il quale evidenzia tra l'altro l'insopprimibilità di un certo margine di «relatività spaziale» della nozione di diritto fondamentale<sup>132</sup>, si colloca all'interno di un sistema che vedrà verosimil-

---

<sup>128</sup> Se per esempio i diritti riconosciuti dalla Carta risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni devono essere interpretati in armonia con tali tradizioni (art. 52, comma 4, della Carta), incidendo così sull'interpretazione delle disposizioni della Carta, è innegabile che, per altro verso, il processo di interpretazione-applicazione delle disposizioni della Carta, ad opera dei diversi operatori giuridici nazionali, concorra a sua volta ad alimentare le tradizioni comuni, poi riconosciute come tali a livello euro-unitario.

<sup>129</sup> Come noto, si tratta della sentenza della Corte di giustizia del 9 marzo 1978, causa 106/77, *Simmenthal*, e della sentenza n. 170 del 1984 della Corte costituzionale, conosciuta come sentenza *Granital*.

<sup>130</sup> Sul punto riprendo la definizione e le riflessioni di G. MARTINICO, *Pluralismo costituzionale e pluralismo agonistico*, cit., *passim* e, in partic., p. 811, il quale afferma che «dialogo e conflitto non devono essere visti come concetti antitetici, dato che anche la minaccia dei conflitti può essere funzionale allo scambio di argomenti e quindi a dinamiche cooperative» e che, se si definisce il dialogo come un «duraturo scambio di argomenti fra soggetti che si riconoscono reciprocamente come interlocutori dotati di pari dignità e legittimazione», si può giungere alla conclusione che «in questo contesto i conflitti non sono elementi di disturbo nella strada verso la coerenza del sistema, ma possono anche giocare un ruolo fondamentale nello sviluppo dell'ordinamento».

<sup>131</sup> La valorizzazione di tale istanza contribuisce, tra le altre cose, a rendere cauta la Corte di Lussemburgo nell'utilizzo del concetto di dignità e nella costruzione di una sua nozione esclusivamente euro-unitaria, ancorata all'art. 1 della CDFUE, come evidenziato da G. REPETTO, *La dignità umana e la sua dimensione sociale*, cit., p. 301, il quale afferma che «il rifiuto di fare propria una accezione della dignità assiologicamente orientata si comprende considerando che essa rischierebbe di offrire alla Corte un fortissimo strumento di integrazione giurisprudenziale: la sua pretesa assolutezza e il consenso intorno ad essa finirebbero infatti per attrarre a livello sovranazionale ambiti e materie che invece richiedono di essere demandate ai diversi livelli di governo coinvolti e, ancora prima, alle diverse premesse di valore che danno forma ai diversi modelli di tutela dei diritti (anche e soprattutto in campo sociale)».

<sup>132</sup> E. STRADELLA, *op. cit.*, p. 35, ragionando in termini generali intorno alla nozione di diritto fondamentale, rileva la permanenza, anche a fronte di processi globalizzazione e di integrazione sovranazionale, di un insopprimibile ruolo degli Stati nel definire cosa debba considerarsi "fondamentale", affermando che «se uno dei motori principali della relatività temporale è certamente l'interpretazione evolutiva, la relatività spaziale non sembra essere messa in discussione né dalla proliferazione delle proclamazioni che a livello sovranazionale e internazionale tendono a globalizzare i diritti né dal processo di integrazione europea: che si ritenga o meno di sposare in linea

mente crescere, se pure in modo graduale e temperato, il ruolo dei giudici comuni. Questi ultimi, soprattutto attraverso l'uso della CDFUE, potrebbero essere in grado, senza nulla togliere all'importanza del canale del giudizio in via incidentale, di rendere un servizio immediato alle istanze di tutela dei diritti. Ciò potrebbe avvenire, tra l'altro, nei casi di rilevanza euro-unitaria in cui ci si trovasse di fronte a disposizioni della Carta di natura auto-applicativa (e i giudici comuni decidessero di non percorrere la via "consigliata" dal giudice delle leggi nelle sentenze n. 269/2017 e nn. 20, 63 e 117/2019), così come in quelli in cui le disposizioni della Carta, quando non auto-applicative, potrebbero, oltre che, se del caso, indurre a rivolgersi alla Consulta, alimentare comunque processi interpretativi che spesso richiederebbero un bilanciamento delle istanze espresse dalle disposizioni dalla Carta con quelle sottese a norme desumibili dai trattati euro-unitari, in rapporto di equiordinazione con la CDFUE<sup>133</sup>, considerato, naturalmente, anche come molte singole disposizioni della Carta di Nizza e il suo stesso art. 52, comma 6, statuiscono che i diritti vanno riconosciuti e garantiti tenendo conto delle prassi e delle legislazioni nazionali<sup>134</sup>. Senza dimenticare la possibilità per i succitati giudici di veicolare, attraverso la propria attività interpretativa finalizzata all'applicazione, una lettura orientata dalle norme sui diritti fondamentali euro-unitari delle disposizioni normative contenute in fonti dell'Unione, contribuendo così, in altra maniera, a rendere un buon servizio ai diritti. E i giudici comuni potrebbero inoltre, rendendo tale servizio, concorrere altresì al rafforzamento del senso di una comune cittadinanza europea, in molti casi attraverso il riconoscimento di diritti immediatamente percepiti come europei<sup>135</sup>.

Evocare tale scenario e ritenerlo per molti versi auspicabile non significa peraltro indulgere, quasi fideisticamente, ad un atteggiamento di fiducia nei confronti di "magnifiche sorti e progressive", per quanto un po' accidentate, di un'integrazione europea da realizzarsi preminentemente, se non addirittura esclusivamente, per via giurisdizionale<sup>136</sup>. A tenere a

---

teorica la ben nota idea dei controlimiti, non vi è dubbio che sia rispetto agli organi dell'Unione Europea, sia rispetto alla Cedu (sulla quale ci si soffermerà in seguito), resta, in termini diversi, la capacità degli Stati di continuare a definire la propria concezione di fundamentalità».

<sup>133</sup> In proposito, ci si potrebbe, volendo, soffermare, sul piano puramente teorico, sulle peculiarità di un ordinamento che, compiuti rilevanti progressi sul fronte della sua "costituzionalizzazione", vede tuttora (e continuerà presumibilmente a lungo a vedere) convivere, all'interno delle sue fonti apicali, disposizioni di natura sostanzialmente costituzionale (quelle contenute nella Carta e in diverse disposizioni dei trattati) e disposizioni di natura sostanzialmente "legislativa", ma dotate di rango formalmente costituzionale (la parte maggioritaria delle disposizioni dei trattati).

<sup>134</sup> A. CASSESE, *I diritti umani oggi*, cit., p. 80, rileva, a proposito del rinvio di molte disposizioni della Carta ad altre fonti, che ad esso si ricorre «senza però indicare entro quali limiti esse possono restringere o limitare i diritti fondamentali», cosa che «può consentire un certo arbitrio del legislatore, ma soprattutto porta a una disparità di trattamento a seconda della legislazione nazionale applicabile».

<sup>135</sup> Così G. BRONZINI, *La Carta dei diritti nella crisi del processo di integrazione: la discutibile svolta della giurisprudenza costituzionale*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 373/2018 ([http://csdle.lex.unict.it/Archive/WP/WP%20CSDLE%20M%20DANTONA/WP%20CSDLE%20M%20DANTONA-IT/20181015-100123\\_Bronzini\\_n373-2018itpdf.pdf](http://csdle.lex.unict.it/Archive/WP/WP%20CSDLE%20M%20DANTONA/WP%20CSDLE%20M%20DANTONA-IT/20181015-100123_Bronzini_n373-2018itpdf.pdf)), p. 10.

<sup>136</sup> D'altronde, della imprescindibilità del ruolo del legislatore è consapevole la stessa Corte di Giustizia, come emerge anche da decisioni recenti, su cui ci siamo soffermati in precedenti paragrafi di questo lavoro. Il contributo di estrema rilevanza che, accanto a quello proprio degli organi giurisdizionali, deve essere fornito dal legislatore in vista della tutela dei diritti fondamentali, è evidenziato, tra gli altri, da N. LUPO, *Intervento*, cit., p. 40, il quale coglie infatti proprio lo spunto del commento ai passaggi della sentenza *M.A.S. e M.B.* della Corte di Giustizia del 2017 in cui si rileva il ruolo spettante *in primis* al legislatore nell'adempiere gli obblighi discendenti da

freno queste possibili tentazioni non è la sola constatazione, su un piano fattuale, delle difficoltà in cui versa attualmente l'Unione Europea<sup>137</sup>. Tornando con la mente alla considerazione della duplice dimensione, garantistica e più puramente politica, del costituzionalismo, si può ricordare che la stessa Dichiarazione Universale dei Diritti Umani del 1948 mostra evidente consapevolezza di tale duplicità. Mentre infatti mira a scolpire, a caratteri cubitali e visibili a tutti gli abitanti della Terra, i tratti di quel punto di convergenza che si è definito, nella parte iniziale del saggio, richiamando il concetto di «esperienza universale elementare», reca al contempo tracce evidenti della consapevolezza di un cammino da seguire lungo molteplici e variegati percorsi. Percorsi che avrebbero dovuto necessariamente temperare, attraverso il contributo, oltre che di organismi riconducibili all'ONU, di Stati (con le proprie fonti interne, in primo luogo costituzionali, e attraverso la stipula di trattati) e di organizzazioni internazionali, le istanze sottese a due dimensioni: quella della ricerca (e auspicabile stabilizzazione) di denominatori comuni, alimentata dal modello costituito dalla stessa Dichiarazione, quanto all'enucleazione di cataloghi di diritti da assicurare a tutti, e quella del rispetto di differenze politiche (e giuridiche), costitutive di identità che, sebbene aperte, si strutturano in ogni caso, inevitabilmente, intorno a relazioni socio-politiche portatrici di differenti concezioni e idee della comunità, del potere e degli stessi diritti, radicate nella storia di gruppi umani tra loro distinti e dotati di proprie forme di organizzazione politica.

Se si tiene presente la duplicità sopra richiamata e se ne declinano le implicazioni in riferimento al contesto europeo, non può non constatarsi la complessità dell'esperienza (prima comunitaria e poi) euro-unitaria. Essa è maturata attraverso lo sviluppo di una peculiare entità politico-istituzionale, che si distingue tanto dal *genus* Stato contemporaneo (quello emerso dopo le rivoluzioni di fine XVIII secolo), in relazione al quale il processo di costituzionalizzazione determina una combinazione, variamente articolata, di garanzia dei diritti e organizzazione del potere (si ricordi il testo dell'art. 16 della Dichiarazione dei diritti del 1789), quanto dal modello delle limitate strutture organizzative strettamente funzionali al perseguimento degli obiettivi propri dei trattati internazionali finalizzati alla garanzia di diritti umani. Con riguardo alla costruzione comunitaria/euro-unitaria, la dimensione garantistica (dei diritti) e quella politica si sono sommate e combinate tra loro, come è proprio degli ordinamenti statali e non dei sistemi basati su trattati (meramente) finalizzati alla tutela di un nucleo essen-

---

previsioni dei trattati (nel caso specifico dall'art. 325 TFUE), tenendo conto anche delle esigenze di protezione dei diritti, per ricordare, in termini generali, che «resta [...] essenziale, sia sul piano teorico, sia, soprattutto, in concreto, che il legislatore non rinunci al proprio ruolo di soggetto chiamato ad invero e ad attuare i diritti fondamentali "in prima battuta", lasciando poi ai giudici, costituzionali e non, il compito di valutare, di regola "in seconda battuta", se e in che misura la tutela apprestata dal legislatore risulti essere adeguata e in linea con le enunciazioni contenute – a seconda delle fattispecie concrete in giudizio – nella Convenzione EDU, nella Carta dei diritti fondamentali o nella Costituzione italiana».

<sup>137</sup> Il riferimento è, tra l'altro, sia alle difficoltà, accentuate dalla lunga crisi economica di questi anni, non adeguatamente fronteggiata (per non dire aggravata) dall'operare dalle regole di coordinamento delle politiche economiche dei Paesi membri dell'Unione, sia all'emergere di contrasti perfino in ordine all'attuazione di principi fondamentali dell'UE, quali quelli concernenti il rispetto dei diritti umani e dello Stato di diritto (art. 2 TUE), che hanno portato sino all'approvazione, il 12 settembre 2018, da parte del Parlamento Europeo della proposta di avvio del procedimento ex art. 7 TUE, che ha, come presupposto, la constatazione di «un evidente rischio di violazione grave da parte di uno Stato membro dei valori di cui all'articolo 2».

ziale di diritti, cosa che rende dunque possibile parlare, ambientando il concetto nel quadro della peculiare architettura politico-istituzionale euro-unitaria, di una “forma di governo” dell’Unione Europea<sup>138</sup>. Si tratta di una differenza rilevante rispetto alla conformazione di sistemi quale, per esempio, quello incardinato sulla CEDU, che impegna gli Stati aderenti, dotati peraltro, come è noto, di un “margine di apprezzamento” in rapporto alla conformazione dell’obbligo di rispetto delle disposizioni della Convenzione, esclusivamente a non scendere sotto lo standard di tutela fissato a livello convenzionale, senza che siano assegnati al Consiglio d’Europa poteri normativi o esecutivi in vista dell’applicazione delle prescrizioni pattizie<sup>139</sup>.

Si può indubbiamente concordare con chi sostiene che il primato (o la «primazia», come la dottrina qui richiamata ritiene preferibile dire) del diritto euro-unitario sia un meccanismo regolativo dei rapporti tra fonti «indispensabile per garantire un’applicazione uniforme, ma non pretende affatto di essere espressione di sovranità, di essere cioè ‘primo’ perché espressione di una volontà politica e costituzionale gerarchicamente sovraordinata rispetto alle volontà nazionali»<sup>140</sup>. Ciò però non toglie che, da una parte, le espressioni normative dell’*istanza unitaria* di cui il primato è portatore risultano potenzialmente in grado, come sappiamo, di entrare, in casi verosimilmente (e auspicabilmente) poco numerosi, in diretto attrito con le *garanzie costituzionali specifiche* proprie di uno Stato membro, poste a tutela di diritti inviolabili; che, dall’altra, la conformazione ed il funzionamento del sistema euro-unitario di protezione dei diritti fondamentali, sviluppatosi prima per via giurisprudenziale e che ha poi trovato un più saldo ed evidente ancoraggio nella CDFUE, non risultano riconducibili all’area di operatività della logica del *minimum standard* quanto ai livelli di garanzia dei diritti da assicurare alle persone da parte degli Stati.

Premesso che vincolano innanzitutto le stesse istituzioni dell’Unione, le norme euro-unitarie in materia di diritti fondamentali mirano a dare compimento, sul fronte delle garanzie, ad una costruzione già dotata di un’articolata componente politico-decisionale. Il fine dunque è quello di “coprire” in maniera “completa” (non solo cioè in vista della determinazione di un *minimum standard* di tutela di un circoscritto numero di diritti reputati essenziali), sebbene con esclusivo riferimento alla sfera di competenza dell’Unione, lo spettro delle garanzie, integrando pienamente nel sistema euro-unitario un’istanza, quella della tutela dei diritti fondamentali, altrimenti in buona parte lasciata nel campo degli Stati membri, abilitati in quel

---

<sup>138</sup> Si vedano adesso, ampiamente, sulle declinazioni, concettuali e pratiche, della forma di governo nell’articolato panorama dell’Unione Europea e degli Stati membri, i contributi contenuti in R. IBRIDO-N. LUPO (a cura di), *Dinamiche della forma di governo tra Unione europea e Stati membri*, il Mulino, Bologna, 2019.

<sup>139</sup> Cfr., sul punto, J.H.H. WEILER, *Diritti umani, costituzionalismo ed integrazione: iconografia e feticismo*, in *Quad. Cost.*, n. 3/2002, p. 536, il quale rilevando l’esistenza di «una differenza decisiva tra il sistema della Convenzione europea per la protezione dei diritti fondamentali ed il sistema dell’Unione europea», afferma che: «Il sistema della CEDU è realizzato da e per gli Stati. Il Consiglio d’Europa stesso non è una comunità politica, non è una forma di organizzazione dei poteri, non ha né poteri legislativi né poteri esecutivi. Al contrario, l’Unione europea è una forma di organizzazione dei poteri, se non addirittura una forma di governo, ed è dotata di considerevoli competenze legislative ed esecutive».

<sup>140</sup> M. FIORAVANTI, *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, cit., p. 145, il quale afferma che «l’Europa è una forma politica intera entro cui stanno gli Stati nazionali», chiarendo che «è *un intero composto di parti distinte*, che tali rimangono, pur trovando sempre più significato solo all’interno dell’intero».

caso a soddisfarla in una prospettiva “reattiva” e dall’esterno rispetto al diritto dell’Unione. È in quest’ottica che si comprende la logica del principio di massima estensione del livello di tutela, quale clausola di contemperamento di unità e differenze, espresso chiaramente dall’art. 53 della CDFUE. La problematicità della sua attuazione, data la mancata piena coassialità tra le carte dei diritti (e le corrispondenti giurisprudenze) euro-unitaria e nazionali<sup>141</sup>, frutto di storie e quindi di compromessi “costituzionali” differenti, mantiene il sistema euro-nazionale in un equilibrio non completamente stabilizzato (né, *rebus sic stantibus*, stabilizzabile), connotando, come si è visto, in senso, anche marcatamente, “agonistico” il pluralismo proprio del contesto in esame. In tale ottica, non si può sottovalutare che al riferimento all’identità nazionale operato dall’art. 4, comma 2, TUE potrebbe riconoscersi il valore di una previsione che «riflette la natura composita, multilivello – locale, regionale, nazionale, sovranazionale – dell’ordinamento dell’Unione ed esprime l’essenza dei delicati equilibri che devono essere trovati per assicurarne la sopravvivenza e lo sviluppo»<sup>142</sup>, come rilevato in dottrina da chi ha altresì sottolineato il nesso virtuoso che potrebbe instaurarsi tra clausola del rispetto dell’identità nazionale contenuta nel TUE clausole europee delle costituzioni nazionali<sup>143</sup>.

Con riguardo ai tratti caratteristici del sopra richiamato contesto, è innegabile che, dopo il Trattato di Lisbona, «l’esplicita riconduzione della tutela dei diritti alle finalità generali dell’Unione può essere in grado di stabilire un diverso equilibrio tra questa finalità e quelle di natura economica»<sup>144</sup>. È però altresì indubbio che sarebbe necessario un significativo progresso, che passasse anche per opportune innovazioni apportate alla cornice normativa costituita dai trattati, sul versante dell’integrazione politica e di quella socio-economica, al fine di modificare in modo più concretamente rilevante l’equilibrio fra le due finalità sopra indicate (quella attinente alla garanzia dei diritti e quella economica), tra l’altro, attraverso una valorizzazione del ruolo degli organi politico-rappresentativi euro-unitari (e, *in primis*, del Parlamento Europeo) come attori essenziali, accanto agli organi giurisdizionali, dei processi volti ad assicurare un’effettiva garanzia dei diritti. Ciò si rivela indispensabile soprattutto allo scopo di rafforzare, all’interno del catalogo dei diritti fondamentali, la posizione dei diritti sociali anch’essi nel novero di quelli proclamati dalla CDFUE (oltre che, come si ricorderà, dalla stessa Dichiarazione Universale del 1948), e per la cui piena ed effettiva tutela il ruolo del pilastro politico del sistema di garanzia dei diritti risulta di particolare rilievo, per non dire senz’altro imprescindibile.

---

<sup>141</sup> Evidenziata da R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, cit., p. 69-74.

<sup>142</sup> G. DI FEDERICO, *Il ruolo dell’art. 4, par. 2, nella soluzione dei conflitti interordinamentali*, cit., p. 351, il quale aggiunge che «il dovere di rispettare l’identità nazionale degli Stati membri viene in rilievo tanto nel processo di formazione degli atti, quanto nella fase interpretativa e applicativa del diritto dell’Unione».

<sup>143</sup> G. DI FEDERICO, *Il ruolo dell’art. 4, par. 2, nella soluzione dei conflitti interordinamentali*, cit., p. 352, afferma infatti che «la clausola identitaria, letta in combinato disposto con le clausole europee contenute nelle costituzioni degli Stati membri (che prescrivono un atteggiamento cooperativo nei confronti dell’Ue) e il principio di leale collaborazione, offre un importante spazio giuridico di confronto e pacificazione».

<sup>144</sup> P. CARETTI-G. TARLI BARBIERI, *op. cit.*, p. 168, i quali ritengono che possa essere corretta «per questa via quella concezione funzionalistica che [...] ha sin qui caratterizzato la giurisprudenza del giudice comunitario».

In proposito, non si può – mi pare – che concordare con chi afferma che «sia che si preferisca valorizzare la metà “piena” del bicchiere (relativa alle previsioni sociali contenute nei Trattati e nella Carta dei diritti fondamentali) o, viceversa, denunciarne la metà “vuota” (relativa agli aspetti mercantilistici e di rigore finanziario dell’ordinamento europeo), rimane fermo il dato di fatto (quindi di diritto e, *in primis*, di rilievo costituzionale) della via “secondaria” e “riflessa” con la quale la dimensione sociale ha trovato ingresso in Europa in rapporto alla “originaria” e “predominante” impronta economicista»<sup>145</sup>. Ed è stato, in altri termini, affermato che i diritti sociali sono la cartina di tornasole dell’imperfezione del lungo processo di integrazione europea<sup>146</sup>. Se si considera, in particolare, la giurisprudenza della Corte di Giustizia, con specifico riguardo a quella degli anni più recenti (gli stessi anni che hanno fatto seguito al conferimento della piena vincolatività giuridica alla CDFUE e, dunque, anche ai suoi enunciati in materia di diritti sociali), si possono operare alcune importanti constatazioni. Si può infatti constatare, senza che sia qui possibile approfondire l’analisi delle decisioni adottate, accanto ad una evidente fragilità dei diritti sociali nell’ambito di giudizi di proporzionalità in cui siano coinvolte, sull’altro versante, libertà economiche, gli innegabili limiti di filoni giurisprudenziali che, anche quando veicolano incrementi nel livello di tutela dei diritti sociali, restano, in parte inevitabilmente (dato l’attuale assetto dell’Unione Europea), ancorati ad un’impostazione che lascia trasparire un’idea individualistica della giustizia, ruotante intorno al principio di non discriminazione, di risalente radicamento nell’ordinamento euro-unitario, e alla sua applicazione ai casi vertenti su questioni di accesso transfrontaliero alle prestazioni di welfare, un’idea di giustizia concretamente configurata come «giustizia d’accesso», anziché come «giustizia sostanziale»<sup>147</sup>. In riferimento poi alle c.d. “misure di austerità” adottate dagli Stati in attuazione, per un verso, di decisioni assunte al livello di operatività di meccanismi come il MES (Meccanismo europeo di stabilità) o, per un altro, di decisioni del Consiglio nell’ambito della procedura per disavanzo eccessivo, la Corte di Giustizia ha evitato di entrare nel merito delle loro compatibilità o meno con i diritti sociali euro-unitari, affermando, nel

---

<sup>145</sup> N. MACCABIANI, *Verso una nuova “sensibilità sociale” nell’Unione economico-monetaria*, in *costituzionalismo.it*, n- 2/2016, p. 24. Per un quadro relativo allo “statuto” dei diritti sociali nell’ordinamento euro-unitario, aggiornato ai primi anni successivi all’entrata in vigore del Trattato di Lisbona, cfr. D. TEGA, *I diritti sociali nella dimensione multilivello tra tutele giuridiche e crisi economica*, in E. CAVASINO-G. SCALA-G. VERDE (a cura di), *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia: il ruolo della giurisprudenza*, Convegno annuale del Gruppo di Pisa – Trapani 8-9 giugno 2012, Napoli, Editoriale Scientifica, 20113, pp. 67 ss.

<sup>146</sup> Così A. SPADARO, *La crisi, i diritti sociali e le risposte dell’Europa*, in C. PANZERA-A. RAUTI-C. SALAZAR-A. SPADARO (a cura di), *La carta sociale europea tra universalità dei diritti ed effettività delle tutele*, cit., p. 37, il quale rileva che «se l’Unione è stata in grado di operare un’ampia redistribuzione “territoriale” di aiuti finanziari (c.d. politiche di coesione sociale), più o meno bene gestiti da Stati e Regioni, essa però non è ancora riuscita a costruire un verso sistema di attribuzione “individuale” di diritti sociali», incidendo, da questo punto di vista, sul permanere dell’imperfezione citata nel testo «1) l’adozione di una moneta unica senza una vera politica economico-finanziaria e fiscale comune (cosa che ha riverberi drammatici sulla “sostenibilità” per tutti proprio dei diritti sociali) e 2) il riconoscimento limitato dei diritti sociali stessi, per la presa di distanza – c.d. clausola di *opting out* – di alcuni Paesi»..

<sup>147</sup> Così M. CINELLI-S. GIUBBONI, *op. cit.*, p. 188, i quali parlano di «un modello sociale che, in quanto basato essenzialmente sul principio di non discriminazione, se assicura il libero accesso transnazionale al mercato dei servizi, anche sociali, e finanche alla sfera più “interna” delle prestazioni assistenziali, non si misura con i risultati redistributivi, in termini appunto di “giustizia sostanziale”, che l’apertura laterale di tali spazi di solidarietà viene a determinare».

primo caso, che non si potessero ritenere misure attuative del diritto dell'Unione e, nel secondo, che le decisioni non fossero in grado di produrre effetti diretti sulle situazioni soggettive dei ricorrenti, dato l'ampio potere discrezionale rimesso allo Stato in sede attuativa<sup>148</sup>.

Alla luce di ciò, è comprensibile che si guardi con attenzione ai segnali percepibili sul fronte dell'attività degli organi politici dell'Unione, dalla quale è recentemente scaturita la definizione, nella forma della raccomandazione della Commissione 2017/761, e poi la proclamazione, il 17 novembre 2017, come impegno inter-istituzionale di Parlamento Europeo, Consiglio e Commissione, del «Pilastro europeo dei diritti sociali»<sup>149</sup>. Il Pilastro, il quale «mira a fungere da guida per realizzare risultati sociali e occupazionali efficaci in risposta alle sfide attuali e future così da soddisfare i bisogni essenziali della popolazione e per garantire una migliore attuazione e applicazione dei diritti sociali» (punto 12) del Preambolo), per quanto apprezzabile in ragione della forte sollecitazione a dare consistenza alla “dimensione sociale” dell'integrazione europea<sup>150</sup>, rappresenta, in ogni caso, un intervento che opera sul piano del *soft law*<sup>151</sup>, sebbene siano riscontrabili opinioni differenti circa la valenza da riconoscere al documento<sup>152</sup>, e che non può quindi ritenersi, di per sé, decisivo in ordine alle prospettive

---

<sup>148</sup> Lo rileva N. MACCABIANI, *op. cit.*, pp. 36 ss., cui si rinvia anche per i riferimenti specifici alle decisioni della Corte di Giustizia.

<sup>149</sup> Si tratta di un documento che, dopo un Preambolo, è articolato in venti punti in cui si enunciano diritti correlati a differenti settori e condizioni e, nel dettaglio, nei seguenti: 1. Istruzione, formazione e apprendimento permanente; 2. Parità di genere; 3. Pari opportunità; 4. Sostegno attivo all'occupazione; 5. Occupazione flessibile e sicura; 6. Retribuzioni; 7. Informazioni sulle condizioni di lavoro e sulla protezione in caso di licenziamento; 8. Dialogo sociale e coinvolgimento dei lavoratori; 9. Equilibrio tra attività professionale e vita familiare; 10. Ambiente di lavoro sano, sicuro e adeguato e protezione dei dati; 11. Assistenza all'infanzia e sostegno ai minori; 12. Protezione sociale; 13. Prestazioni di disoccupazione; 14. Reddito minimo; 15. Reddito e pensioni di vecchiaia; 16. Assistenza sanitaria; 17. Inclusione delle persone con disabilità; 18. Assistenza a lungo termine; 19. Alloggi e assistenza per i senzatetto; 20. Accesso ai servizi essenziali.

<sup>150</sup> S. GIUBBONI, *Appunti e disappunti sul pilastro europeo dei diritti sociali*, in *Quad. Cost.*, n. 4/2017, p. 958, evidenzia peraltro, criticamente, che «priorità assiologica [...] (anche nei singoli enunciati normativi) la raccomandazione [...] intende sistematicamente assegnare, già *in apicibus*, ai diritti ed ai principi che attengono a quella che è stata chiamata la “giustizia d'accesso”, per distinguerla nettamente (e a ben vedere per contrapposizione) alla giustizia sociale, sostanziale o materiale» e afferma che è tale priorità, connessa ad un'assiologia neolibérale, «a spiegare la collocazione nel Capo I della raccomandazione dei principi di pari opportunità e non discriminazione nell'accesso al mercato del lavoro come anche dei diritti, ad essi strumentali, di istruzione, formazione e apprendimento permanente e di sostegno attivo all'occupazione» e a spiegare altresì il riferimento al punto 5, all'obiettivo di «assicurare una “occupazione flessibile e sicura”».

<sup>151</sup> Allo stesso punto 14) del Preambolo, dopo l'affermazione che il Pilastro «ribadisce alcuni dei diritti già presenti nell'acquis dell'Unione» e «Aggiunge nuovi principi per affrontare le sfide derivanti dai cambiamenti sociali, tecnologici ed economici», troviamo quella che «Affinché i principi e i diritti siano giuridicamente vincolanti, è prima necessario adottare misure specifiche o atti normativi al livello appropriato».

<sup>152</sup> Propenso a considerare il Pilastro un documento capace di uno scarsissimo impatto è S. GIUBBONI, *Appunti e disappunti sul pilastro europeo dei diritti sociali*, cit., p. 960, secondo il quale «*animula vagula blandula*, il pilastro percorre a ritroso la via della costituzionalizzazione dei diritti sociali, affidandoli ad una raccomandazione e ad una proclamazione inter-istituzionale dopo che, in una lunga marcia durata trent'anni, essi erano riusciti a farsi faticosamente strada (in astratto) nel corpo del diritto primario dell'Unione, grazie alla Carta di Nizza e al Trattato di Lisbona». Mostra invece un approccio teso a valorizzare maggiormente il documento in esame J. LUTHER, *Il futuro dei diritti sociali dopo il “social summit” di Goteborg: rafforzamento o impoverimento?*, in P. BILANCIA (a cura di), *I diritti sociali tra ordinamento statale e ordinamento europeo*, cit., p. 55, il quale, dopo aver rilevato trattarsi di atto espressivo di *soft law*, afferma che «questo atto atipico non rappresenta solo un patto politico, ma produce in virtù dei principi di leale collaborazione e di certezza giuridica anche un auto-vincolo delle stesse istituzioni nell'interpretazione del diritto dell'UE, potendo dare inizio a un procedimento di formazione di consuetudini

di sviluppo dell'ordinamento euro-unitario verso un sistema di piena ed effettiva tutela dei diritti sociali (fondamentali). Sarebbe perciò senz'altro auspicabile (per quanto oggettivamente arduo *rebus sic stantibus*) che il processo di concretizzazione dei diritti fondamentali facesse, in relazione ai diritti sociali, dei rilevanti passi avanti, lungo percorsi di "solidificazione" normativa delle forme di protezione, accompagnati da una necessaria riconfigurazione, quantitativa e qualitativa, delle politiche economico-finanziarie e fiscali euro-unitarie<sup>153</sup>.

Solo il tempo potrà dire lungo quali percorsi il cammino dei diritti fondamentali, complessivamente considerati, potrà proseguire nell'ambito dell'Unione Europea, all'interno di un più ampio contesto che trascende i confini dell'Unione. Non può intanto che rilevarsi come lo sviluppo sinora determinatosi di un sistema di garanzia dei diritti fondamentali a livello euro-unitario abbia, senza ombra di dubbio, pur non senza criticità, difficoltà e limiti, costituito un originale e apprezzabile canale di affermazione di quel duplice movimento, verso la positivizzazione e la generalizzazione, dei diritti umani, di cui la Dichiarazione Universale dei Diritti Umani del 1948 è stata, allo stesso tempo, espressione (punto di arrivo) e propulsore (punto di partenza).

---

interpretative condivisibili dagli stati membri» e che «il valore giuridico del pilastro è quello di un programma di azioni di governance che legittima e rafforza la validità di tutti gli atti destinati alla sua attuazione».

<sup>153</sup> Si vedano, per esempio, a tal proposito, le riflessioni di A. SPADARO, *op. cit.*, pp. 33-35, il quale avanza alcune proposte in vista di auspicabili sviluppi futuri, affermando, in primo luogo, che «è urgente e improcrastinabile la *positivizzazione comunitaria della CSE*, ossia la ricezione della Carta sociale europea nei Trattati UE, esattamente allo stesso livello dell'adesione fatta nel Trattato di Lisbona per la Cedu» (p. 33); in secondo luogo, che sarebbe necessario individuare dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti sociali a livello europeo, con riferimento ai «LEP assolutamente indispensabili a cui nessun Paese del vecchio continente può derogare», potendo ciò avvenire «in modo diretto ed esplicito, per via legislativa (comunitaria)» oppure «in modo indiretto ed implicito, per via giurisprudenziale e, si badi, anche dottrinale» (pp. 33-34); infine, che «urge una politica finanziaria ed economica unitaria dei 27 Stati UE» e «in particolare dei 17 [...] Stati che condividono la moneta unica», dovendo giudicarsi «paradossale e schizofrenica la "coesistenza" di una moneta *unica* sovranazionale e di finanze nazionali....*separate*».