

INCROCI PERICOLOSI: CEDU, CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI E COSTITUZIONE ITALIANA TRA CORTE COSTITUZIONALE, CORTE DI GIUSTIZIA E CORTE DI STRASBURGO*

Sommario: 1. La “questione dei diritti” dopo la svolta del 2007 della Corte costituzionale. - 2. I pregi della soluzione accolta dalle sentenze 348 e 349 del 2007 in tema di trattamento delle norme Cedu. - 3. Conseguenze dell’entrata in vigore del Trattato di Lisbona: dal piano Cedu a quello del diritto dell’Unione. - 3.1 La dimensione “orizzontale” della tutela dei diritti fondamentali: Carta dei diritti e trattati. - 3.2 Dalla dimensione “orizzontale” a quella “verticale”: i problemi di una tutela multi-livello dei diritti fondamentali. - 4. I meccanismi di raccordo tra ordinamento italiano ed ordinamento dell’Unione europea. - 5. Brevi osservazioni conclusive provvisorie.

1. La “questione dei diritti” dopo la svolta del 2007 della Corte costituzionale

La svolta operata dalla Corte costituzionale con le sentenze 348 e 349 del 2007 può essere valutata in modi abbastanza diversificati¹. Pare difficile contestare, tuttavia, la sua idoneità a riportare la “questione dei diritti” al centro della giustizia costituzionale. In altre parole, grazie al mutamento della propria giurisprudenza, la Corte si è efficacemente reinserita all’interno delle dinamiche della garanzia giurisdizionale dei diritti fondamentali, lasciandosi alle spalle la “marginalizzazione” che l’aveva afflitta (o meglio, che si era inflitta) nel recente passato².

Si può dire oggi con sufficiente tranquillità che la tutela costituzionale dei diritti è tornata ad essere oggetto centrale del giudizio di costituzionalità delle leggi, riequilibrando il rapporto tra “giudice dei conflitti” e “giudice dei diritti”, che negli ultimi anni si era pericolosamente spostato a favore del primo dei due termini.

Le numerose questioni relative ai diritti fondamentali alla luce delle disposizioni CEDU esaminate dalla Corte nel periodo 2008 – 2010 costituiscono una riprova di questo assunto. Ci si può, anzi, spingere oltre, fino ai confini di una provocazione problematica, ed evidenziare come la svolta giurisprudenziale del 2007 ed il ritorno della “questione dei diritti” innanzi alla Corte per il tramite della Cedu abbiano evidenziato una serie di manchevolezze ed insufficienze del nostro ordinamento che non possono non far riflettere il costituzionalista.

E’ stato, infatti, grazie all’utilizzazione delle norme della Cedu come parametro interposto di costituzionalità che si è potuta sanzionare la retroattività della confisca reale quale misura di sicurezza³. Analogamente, solo grazie alla Cedu si è potuto affermare nel nostro ordinamento l’obbligo di restituzione in termini per l’impugnazione del contumace incolpevole⁴ ovvero l’obbligo di pubblicità delle udienze nei

* Relazione tenuta al convegno “Le Corti europee e le Corti costituzionali dopo il Trattato di Lisbona” organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza dell’Università di Verona il 24 giugno 2010 ed in corso di pubblicazione nel volume che raccoglie gli atti del convegno.

¹ Per una valutazione in termini positivi, cfr., per tutti, F. SORRENTINO, *Apologia delle “sentenze gemelle” (brevi note a margine delle sentenze nn. 348 e 349/2007 della Corte costituzionale)*, in *Dir. soc.*, 2009, p. 213 ss. Per argomenti critici nei confronti dell’impianto delle decisioni, cfr. invece A. RUGGERI, *Ancora in tema di rapporti tra Cedu e Costituzione: profili teorici e questioni pratiche*, in *Pol. dir.*, 2008, 443 ss. (ora anche in *Id.*, “*Itinerari di una ricerca sul sistema delle fonti. XII. Studi dell’anno 2008*”, Torino, 2009, 87 ss.); *Id.*, *Corti costituzionali e Corti europee: il modello, le esperienze, le prospettive*, Relazione al Convegno del Gruppo di Pisa 2010 *Corte costituzionale e sistema istituzionale*, p. 14 ss. del paper.

² Su tale marginalizzazione, cfr., per tutti, M. CARTABIA – A. CELOTTO, *La giustizia costituzionale in Italia dopo la Carta di Nizza*, in *Giur. cost.*, 2002, p. 4484 ss.

³ Sent. n. 196 del 2010.

⁴ Sent. n. 317 del 2009.

procedimenti di applicazione delle misure di prevenzione⁵. Allo stesso modo, è stata la forza pervasiva della Cedu che ha consentito la dichiarazione di illegittimità costituzionale delle disposizioni che subordinavano il godimento dell'assegno di invalidità civile al possesso della carta di soggiorno⁶.

Per chi, come lo scrivente, resta convinto della elevata fattura tecnica delle disposizioni costituzionali italiane in tema di protezione dei diritti fondamentali, che nulla hanno da invidiare alle previsioni o, almeno, a molte delle previsioni della Cedu (così come della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea)⁷, si tratta di una constatazione amara, che pure, per serietà di metodo, bisogna essere pronti a fare: soltanto la valorizzazione del vincolo esterno ha consentito di rimuovere disposizioni che la raffinata intelaiatura di protezione della Carta costituzionale italiana non era riuscita ad espungere dal nostro ordinamento.

2. I pregi della soluzione accolta dalle sentenze 348 e 349 del 2007 in tema di trattamento delle norme Cedu

Come è noto, le "sentenze gemelle" n. 348 e 349 del 2007 hanno valorizzato in modo netto il sindacato accentrato della Corte costituzionale sulle questioni di rispetto della normativa Cedu (nonché, a quanto sembra, delle altre norme internazionali pattizie che trovano copertura nell'art. 117, primo comma, Cost.⁸) da parte della legislazione italiana.

Hanno trovato così smentita i tentativi di applicazione diretta dell'art. 117, primo comma Cost., da parte dei Giudici, nella forma della disapplicazione della normativa interna contrastante⁹.

La soluzione del sindacato accentrato valorizzata dalla Corte merita, a parere dello scrivente, apprezzamento. Essa in primo luogo persegue (e, ciò che più conta, raggiunge) lo scopo di offrire *certezza del diritto* in una materia intrinsecamente problematica come quella che ci occupa e nella quale, come vedremo, la stessa Corte costituzionale sarà presumibilmente chiamata a delicate operazioni interpretative e di contemperamento di livelli di tutela differenziati, con riferimento al medesimo diritto nonché tra diritti diversi nel sistema *multi-level* di protezione dei diritti fondamentali in Europa.

Ci si trova di fronte, infatti, ad un materiale normativo e giurisprudenziale non facile da maneggiare per il Giudice italiano, per il quale occorre affinare strumenti interpretativi adeguati nelle opportune sedi¹⁰.

Benché occorra sempre premettere che la tutela costituzionale dei diritti è, in primo luogo, tutela diffusa, realizzata presso i singoli giudici¹¹ e che il sindacato accentrato rappresenta comunque una deroga all'altra, più *naturale*, sede di protezione dei diritti¹², resta la circostanza che il sindacato accentrato appare,

⁵ Sent. n. 93 del 2010.

⁶ Sentt. n. 306 del 2008 e 187 del 2010.

⁷ Sul punto, è d'obbligo il rinvio alle considerazioni di A. PACE, *La limitata incidenza della C.E.D.U. sulle libertà politiche e civili in Italia*, *Dir. pubbl.*, 2001, p. 1 ss.

⁸ Questo secondo punto è in realtà meno chiaro e convincente: l'idoneità di qualunque trattato internazionale a trovare copertura nell'art. 117, primo comma Cost., per porsi quale norma interposta rispetto alla legislazione ordinaria, lascia perplessi. Tale interpretazione estensiva del portato della norma costituzionale risulta comunque confermata nella sent. n. 227 del 2010 della Corte costituzionale.

Per l'osservazione speculare che "almeno alcuni patti" internazionali risultino provvisti di una copertura costituzionale ulteriore rispetto all'art. 117, primo comma, menzionandosi l'art. 11 Cost. (oltre agli artt. 10, primo comma e 2 Cost. [che risultano però meno convincenti...]), cfr. A. RUGGERI, *Dimensione europea della tutela dei diritti fondamentali e tecniche interpretative*, in *Dir. un. eur.*, 2009, p. 140 s. (ora anche in ID. *Itinerari di una ricerca sul sistema delle fonti. XIII. Studi dell'anno 2009*, Torino, 2010, p. 453 ss.). E' evidente che la Cedu si ponga come candidata ideale a fruire di tale rafforzata tutela costituzionale.

⁹ Sul punto, efficacemente, cfr. E. LAMARQUE, *Gli effetti delle sentenze della Corte di Strasburgo secondo la Corte costituzionale italiana*, in *Corr. giur.*, 2010, p. 957.

Per un'importante opera di verifica nell'operato dei Giudici comuni del "seguito" delle sentenze n. 348 e 349, cfr. I CARLOTTO, *I giudici comuni e gli obblighi internazionali dopo le sentenze n. 348 e 349 del 2007 della Corte costituzionale: un'analisi sul seguito giurisprudenziale*, in *Pol. dir.*, 2010, p. 41 ss e p. 285 ss. Cfr. anche i casi di perdurante disapplicazione di norme interne contrastanti con la Cedu menzionati da G. MARTINICO, *Il trattamento nazionale dei diritti europei: Cedu e diritto comunitario nell'applicazione dei giudici nazionali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2010, p. 702 s. e da C. DOMENICALI, *Il seguito della giurisprudenza costituzionale sul ruolo della Cedu nell'ordinamento italiano*, in www.forumcostituzionale.it.

¹⁰ Tra queste sedi un particolare ruolo dovrebbe spettare alle Scuole di Specializzazione per le Professioni Legali che sono chiamate a formare (tra gli altri) magistrati ed avvocati consapevoli della dimensione sempre più europea della tutela dei diritti fondamentali; una dimensione alla quale applicare, adattandole e senza disperderle, le categorie di analisi e gli strumenti interpretativi "classici" - e pur sempre preziosi - del giurista di formazione continentale ed italiano in particolare.

¹¹ Con riferimento agli elementi di sindacato diffuso sulle leggi presenti nell'ordinamento costituzionale vigente, cfr. ora R. MANFRELLOTTI, *Giustizia della funzione normativa e sindacato diffuso di legittimità*, Napoli, 2008, cap. IV.

¹² Sul modello di sindacato diffuso di legittimità costituzionale, la sua nascita e diffusione, nonché sui limiti strutturali che hanno portato all'affermazione del sindacato accentrato, cfr. la ricostruzione di P.F. GROSSI, *Alle origini del processo di legittimità costituzionale delle leggi*, in *Rass. parl.*, 2002, p. 434 ss.

nell'ambito che ci interessa, tecnicamente sostenibile, sulla base dei caratteri del nostro sistema di giustizia costituzionale e decisamente preferibile rispetto alle possibili alternative. Con le caratteristiche sue proprie, esso offre, tra l'altro, un provvidenziale argine alle interpretazioni fantasiose in tema di diritti fondamentali¹³ spesso presenti in giurisprudenza; interpretazioni che troverebbero una potente linfa di alimentazione nella evidenziata problematicità della materia e nella difficoltà di raggiungere concretamente il principio di "massima espansione delle tutele" ambiziosamente enunciato dalla sent. n. 317 del 2009 della Corte costituzionale.

Se in passato l'esito estremo dell'approccio "creativo" al tema della tutela dei diritti fondamentali è stato, come è noto, quello che tende a vedere nell'art. 2 Cost. le radici ultime e seminali dell'intero ordinamento giuridico (con il rischio di svalutare il significato e la portata garantistica dell'art. 2 stesso¹⁴), occorre oggi evitare una *relativizzazione* della tutela dei diritti che scaturisca paradossalmente dalla loro moltiplicazione in numero e quindi in possibilità di punti di intersezione e di limitazione reciproca. Occorre, in altri termini, evitare il rischio di una tutela a mosaico, se non puntiforme, dei diritti conseguente a tale relativizzazione, ove ogni tessera mancante non si traduce soltanto in un *vulnus* al principio oggettivo della certezza del diritto ma anche in una mancata garanzia di situazioni soggettive protette¹⁵.

La possibile attenuazione del meccanismo del sindacato accentrato in singole ipotesi, fondata sul principio di specialità *ratione personae* o *materiae*, ovvero sul criterio dell'abrogazione per incompatibilità puntuale¹⁶ non pare in grado di scardinare tale impianto, potendosi richiamare a questo proposito riflessioni consolidate sulla priorità logica della soluzione delle antinomie in termini di antinomie apparenti rispetto a quelle reali¹⁷, ovvero la – forse un po' più problematica – priorità dell'applicazione del criterio cronologico di risoluzione delle antinomie, rispetto a quelli di gerarchia o competenza¹⁸.

Al fine di attenuare una certa rigidità insita nel sindacato accentrato, anche la dottrina del "margine di apprezzamento"¹⁹ a favore del Giudice comune nella soluzione delle questioni di conformità a Convenzione

¹³ Su questo rischio, cfr. M. CARTABIA, *Le sentenze «gemelle»: diritti fondamentali, fonti, giudici*, in *Giur. cost.*, 2007, p. 3565..

In generale, sui rischi dell'attivismo giudiziario in materia di diritti fondamentali, quando non sia esercitato in modo tecnicamente consapevole, cfr. E. LAMARQUE, *L'attuazione giudiziaria dei diritti costituzionali*, in *Quad. cost.*, 2008, p. 269 ss. ed in una prospettiva ancora più generale, M. CARTABIA, *L'universalità dei diritti umani nell'età dei "nuovi diritti"*, in *Quad. cost.*, 2009, p. 537 ss, ove si evidenzia la duplice direzione dei sistemi europei ad esaltare, da un lato, il ruolo delle Corti europee e dall'altro a privilegiare il rapporto di queste con i giudici ordinari, scavalcando le Corti costituzionali (p. 542).

L'ampiezza dei margini di bilanciamento tra diritti fondamentali che tradizionalmente hanno matrice giurisprudenziale, con il rischio di privilegiare "quelli di carattere economico sui diritti civili e su quelli più schiettamente sociali" è sottolineata da F. SORRENTINO, *I diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona (considerazioni preliminari)*, in *Corr. giur.*, 2010, p. 146, mentre i rischi di un "eccesso di documenti e carte in tema di diritti [che] potrebbe anche trasformarsi in fattore non secondario di indebolimento della posizione del cittadino europeo" è evidenziato, dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, da M. CARTABIA, *I diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona: verso nuovi equilibri ?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, p. 223.

Per un esempio in cui disposizioni della Cedu e della Carta dei diritti fondamentali sono state evocate in modo abbastanza generico ed impreciso, andando incontro ad una dichiarazione di inammissibilità della questione con riferimento al parametro dell'art. 117, primo comma, Cost., cfr. la decisione n. 138 del 2010 della Corte costituzionale italiana sul matrimonio tra persone dello stesso sesso.

¹⁴ E' evidente da quanto si afferma nel testo l'adesione di chi scrive ad una configurazione "chiusa" del sistema dei diritti di libertà garantiti dalla Costituzione italiana (sulla quale cfr. P.F. GROSSI, *I diritti di libertà ad uso di lezioni*, I, 1, Torino, 1991, p. 167). All'interno di questa concezione, per il significato dell'art. 2 Cost., si rinvia sempre a, P.F. GROSSI, *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, Padova, 1972, cap. V, p. 145 ss.

¹⁵ Cfr., a questo proposito, l'icastica immagine del "regno di Pangloss" che scaturirebbe da certe tendenze interpretative volte a "liberare" i giudici nazionali da supposti vincoli statualistici in tema di garanzia dei diritti, utilizzata da C. PINELLI, *Sul trattamento giurisprudenziale della CEDU e delle leggi con essa confliggenti*, in *Giur. cost.*, 2007, p. 3523.

¹⁶ Ipotesi richiamate da E. LAMARQUE, *Il vincolo alle leggi statali e regionali derivante dagli obblighi internazionali nella giurisprudenza comune*, relazione presentata al Seminario organizzato dalla Corte costituzionale "Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguate", p. 12 ss. del *paper*. Cfr. per un riferimento anche U. DE SIERVO, *Recenti sviluppi della giurisprudenza della Corte costituzionale in relazione alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in www.cortecostituzionale.it.

¹⁷ Cfr. per tutti, V. CRISAFULLI, *Lezioni di Diritto costituzionale*, VI ed. agg. a cura di F. CRISAFULLI, II, 1 – *L'ordinamento costituzionale italiano (Le fonti normative)*, Padova, 1993, p. 208.

¹⁸ Sulla frequente e quasi naturale applicazione del criterio temporale di risoluzione delle antinomie con priorità rispetto agli altri, cfr. V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., 223; G.U. RESCIGNO, *Abrogazione*, in *Diz. Dir. Pubbl.* (diretto da S. CASSESE), Milano, I, 2006, p. 31. Entrambi gli autori, tuttavia, ricordano la presenza di significative eccezioni a tale principio: la principale di queste è proprio il caso dell'illegittimità costituzionale sopravvenuta, ove viene in gioco l'esclusiva competenza della Corte costituzionale a giudicare delle questioni di conformità alla Costituzione (cfr. specialmente V. CRISAFULLI, *op. cit.*, p. 226 ss.). E tali conclusioni sembrano pienamente applicabili all'ipotesi di cui si discorre nel testo.

¹⁹ Sull'utilizzazione del "margine di apprezzamento" ad opera della Corte costituzionale, cfr. sent. n. 317 del 2009, a proposito della quale cfr. O. POLLICINO, *Margine di apprezzamento, art. 10, c.1 Cost. e bilanciamento "bidirezionale": evoluzione o svolta nei rapporti tra diritto interno e diritto convenzionale nelle due decisioni n. 311 e 317 del 2009 della Corte costituzionale ?*, in www.forumcostituzionale.it

di leggi nazionali – dottrina della quale sono stati evidenziati i vantaggi, anche in termini di minore esposizione della Corte costituzionale di fronte a questioni controverse²⁰ – può essere valorizzata. Bisogna, però, subito aggiungere che essa non può essere portata oltre un certo limite, tramutandosi, altrimenti, in un fattore di incertezza ed *indecisione* in una materia che non ha certo bisogno di ulteriori elementi di problematicismo.

Continuando a muoverci in questa linea, sembra anzi auspicabile, al fine di non contrastare questo processo, che la Corte non utilizzi in modo eccessivamente “esigente” quello che può essere definito il terzo requisito di ammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale in via incidentale, ovvero il “filtro” dell’interpretazione conforme a Costituzione, che, in questo caso, per l’operare della norma interposta, diventa anche, ma non solo, interpretazione conforme alla Convenzione richiamata²¹.

Si tratta di evitare, in altri termini, di rendere eccessivamente ardua un’interpretazione che gioca su tre coordinate (oggetto, parametro interposto della Cedu, norma costituzionale) con l’effetto di scoraggiare, in ipotesi, il giudice a sollevare questione di legittimità costituzionale, tentando di risolvere egli stesso i problemi di individuazione del punto di equilibrio della tutela da assicurare nel caso concreto, con una soluzione che potrebbe rilevarsi inadeguata ed essere in seguito essa stessa censurata dalla Corte di Strasburgo, aggiungendo inconveniente ad inconveniente²².

Ovviamente nulla impedisce che anche la soluzione fondata sull’interpretazione offerta dalla Corte costituzionale possa presentare tali difetti, ma sarebbe ipocrita negare che il rischio appare minore. E, del resto, la Corte, graduando il peso della propria pronuncia – ad esempio ricorrendo ad una sentenza interpretativa – potrebbe limitarsi a tracciare una (più sicura) linea entro la quale il Giudice *a quo* potrà inserirsi, sfruttando il prudente “margine di apprezzamento” che la Corte può ad esso lasciare.

In conclusione, se è lecito istituire un paragone, l’uso di un filtro relativamente leggero sul requisito dell’interpretazione conforme a Convenzione-Constituzione può contribuire a fare della Corte costituzionale un regolatore delle “questioni di convenzionalità”, così come il filtro decisamente leggero della Corte di giustizia sui requisiti di ammissibilità del rinvio pregiudiziale ha consentito il decollo di questo potentissimo strumento di conformazione tra ordinamenti²³.

3. Conseguenze dell’entrata in vigore del Trattato di Lisbona: dal piano Cedu a quello del diritto dell’Unione

La soluzione dalle sentenze gemelle del 2007 si presenta, però, come una soluzione destinata a vedere limitata la propria sfera di operatività con l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona e l’acquisizione di piena rilevanza giuridica della Carta dei diritti fondamentali²⁴.

²⁰ C. DOMENICALI, *Il seguito della giurisprudenza costituzionale sul ruolo della Cedu nell’ordinamento italiano*, cit., p. 8 s.

²¹ Per un’applicazione, cfr. la sent. n. 239 del 2009 della Corte costituzionale, ove si afferma che è *dovere* “del giudice comune ... interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale, entro i limiti nei quali ciò è permesso dai testi delle norme e qualora ciò non sia possibile, ovvero dubbi della compatibilità della norma interna con la disposizione convenzionale “interposta”, egli deve investire questa Corte delle relative questioni di legittimità costituzionale rispetto al parametro dell’art. 117, primo comma Cost.”.

Sul tema dell’interpretazione conforme a Costituzione, cfr. ora i contributi raccolti in AA.VV. (a cura di M. D’AMICO – B. RANDAZZO), *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, Torino, 2009.

²² L’attivismo dei Giudici comuni nell’interpretazione della Cedu è invece fortemente auspicata da R. CONTI, *Cedu e interpretazione del Giudice: gerarchia o dialogo con la Corte di Strasburgo*, in *Federalismi.it*, n. 6/2010.

²³ Sui caratteri del rinvio pregiudiziale e sul suo significato nell’esperienza europea, cfr. J.H.H. WEILER, *Il contesto istituzionale dell’Unione europea*, in M. CARTABIA – J.H.H. WEILER, *L’Italia in Europa. Profili istituzionali e costituzionali*, Bologna, 2000, p. 61 ss. ed *ivi* la sottolineatura che, attraverso il rinvio pregiudiziale, la Corte di Giustizia ottiene che l’importante risultato per cui l’effetto obbligatorio ed il valore di decisione delle proprie pronunce passa attraverso una sentenza del Giudice dello Stato membro; sentenza alla quale, in uno Stato di diritto, le altre articolazioni del potere pubblico non possono sottrarsi.

Sull’assenza di sindacato da parte del Giudice europeo in ordine alle valutazioni che hanno spinto il Giudice nazionale a sollevare la questione pregiudiziale e, conseguentemente, sull’inconfigurabilità di un sindacato di ricevibilità della questione stessa, cfr. per tutti, R. ADAM – A. TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell’Unione europea*, 2ª ed., Torino, 2010, p. 340 s.

²⁴ Nel testo si fa riferimento alla “piena” rilevanza giuridica della Carta dei diritti fondamentali, essendo difficile negare, prima del 1° dicembre 2009, ogni rilievo alla stessa. Per il tentativo di individuare sei diversi possibili livelli di rilevanza giuridica della Carta, quattro dei quali potevano esplicitarsi anche prima del Trattato di Lisbona, sia consentito il rinvio a E. GIANFRANCESCO, *Some considerations on the juridical value of the Charter of fundamental rights before and after the Lisbon Treaty*, in www.forumcostituzionale.it, p.2 ss. (in corso di pubblicazione in lingua italiana in *Scritti in onore di Alessandro Pace*).

Quanto appena affermato sul rilievo giuridico della Carta anche prima dell’entrata in vigore del Trattato di Lisbona non vale comunque a parificarne gli effetti a quelli di un atto normativo. Prima del 1° dicembre 2009 non si poteva, infatti, sostenere che la Carta attingesse la sfera della normatività. Sul rischio di confondere positività e parapositività degli atti giuridici nell’esperienza giuridica contemporanea,

A partire dal 1° dicembre 2009, il meccanismo delle sentenze gemelle continua ad essere operante nella sua interezza per i rapporti diretti ordinamento italiano – ordinamento Cedu; quei rapporti, cioè, non intermediati dall'operatività del diritto comunitario, che utilizza altri e più problematici meccanismi di coordinamento tra livello nazionale dei diritti e livello sovranazionale.

Nonostante la qualificazione dei diritti fondamentali della Cedu quali principi generali del diritto dell'Unione e la futura adesione dell'Unione stessa alla Cedu, non soltanto i due sistemi normativi (diritto europeo e diritto Cedu) restano distinti per gli Stati che aderiscono ad entrambi, ma resta intatta la possibilità di rapporti immediati e diretti di uno Stato (membro dell'Unione europea) con il sistema Cedu di protezione dei diritti fondamentali, senza l'intermediazione del diritto dell'Unione. Finché, infatti, il principio di attribuzione, pur con tutte le sue problematichità, resta il criterio di riparto delle competenze tra Unione e Stati membri²⁵ la normativa nazionale manterrà un rapporto diretto con la convenzione Cedu. Ciò vale anche con riferimento agli ambiti in cui l'Unione può estendere la propria azione sulla base della competenza concorrente ex art. 2, secondo comma, del Trattato sul funzionamento dell'Unione e nel rispetto dei criteri fissati dall'art. 3, terzo e quarto comma, del Trattato sull'Unione, "fino a quando e nella misura in cui" l'Unione non ritenga di intervenire.

Si pensi, a questo proposito, ai settori della cooperazione giudiziaria²⁶ e della politica estera e di sicurezza europea²⁷, quali ambiti di sicuro interesse costituzionalistico²⁸, nei quali, fino al momento di concreto esercizio o di attivazione di competenze dell'Unione²⁹, lo Stato membro resta comunque soggetto alle prescrizioni della Cedu (ad esempio ex art. 6 della Convenzione).

Non vi è dubbio, comunque, che l'entrata in vigore della Carta dei diritti fondamentali con lo "stesso valore giuridico dei trattati", secondo quanto art. 6 del Trattato sull'Unione, arricchisca il quadro, costituito ora da tre livelli di tutela (od anche di più negli ordinamenti federali che conoscono da sempre la differenziazione tra livello statale e livello federale di tutela dei diritti fondamentali³⁰); livelli tra loro variamente interferenti.

3.1 La dimensione "orizzontale" della tutela dei diritti fondamentali: Carta dei diritti e trattati

Va subito rilevato come la tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento dell'Unione europeo implichi il coinvolgimento di un maggior numero di fonti di disciplina rispetto a quanto avviene nel sistema Cedu.

La Convenzione di Roma del 1950, infatti, isolatamente considerata ed a prescindere, quindi, dal suo richiamo da parte del diritto dell'Unione, istituisce, delle relazioni essenzialmente lineari tra le proprie disposizioni e gli ordinamenti dei paesi che l'hanno ratificata: gli Stati sottoscrittori di essa sono tenuti, in tutti

cfr. le puntuali considerazioni di M. LUCIANI, *Positività, metapositività e parapositività dei diritti fondamentali*, in AA.VV., *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, Napoli, 2009, p. 1055 ss.

²⁵ Sui margini di problematicità di tale riparto, con un'analisi che giunge fino al Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, ma con argomentazioni che mantengono intatta la loro attualità anche dopo il Trattato di Lisbona, cfr. S. MANGIAMELI, *La competenza europea, il suo esercizio e l'impatto sugli ordinamenti degli Stati membri*, in ID., *L'esperienza costituzionale europea*, Roma, 2008, p. 131 ss. Per una prima analisi del riparto di competenze nel Trattato di Lisbona, cfr. U. DRAETTA, *Le competenze dell'Unione europea nel Trattato di Lisbona*, in *Dir. comm. sc. int.*, 2008, p. 245 ss.; L. SALTARI, *Il riparto di competenze tra l'Unione europea e gli Stati: ossificazione o fluidità?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, p. 231 ss.

²⁶ Si tratta di un settore che si inserisce nella "materia" di competenza concorrente "Spazio di libertà, sicurezza e giustizia" di cui all'art. 4, 2° comma, lett. j) del Trattato sul Funzionamento dell'Unione.

²⁷ Per la Pesc l'art. 2, comma 4, del Trattato sul Funzionamento dell'Unione delinea una competenza *sui generis* dell'Unione.

²⁸ Un'attenta analisi dell'evoluzione della disciplina in tema è operata da R. CALVANO, *La cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale*, in AA.VV. (a cura di S. MANGIAMELI), *L'ordinamento europeo *** Le politiche dell'Unione*, Milano, 2008, p. 1095 ss. Per le prospettive aperte dal Trattato di Lisbona che, come è noto, ha segnato il definitivo superamento del sistema a pilastri, cfr. F. CLEMENTI, *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, in AA.VV. (a cura di F. BASSANINI – G. TIBERI), *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, 2ª ediz., Bologna, 2010, p. 201 ss.

Per la materia Pesc, sia consentito il rinvio a E. GIANFRANCESCO, *La politica estera e di sicurezza*, in AA.VV. (a cura di S. MANGIAMELI), *L'ordinamento europeo *** Le politiche dell'Unione*, cit., p. 1129 ss. (pubblicato anche con il titolo *La politica estera e di sicurezza europea. Rilevi costituzionalistici*, in *Rass. parl.*, 2009, p. 359 ss.).

²⁹ Più probabili nel campo della cooperazione di polizia e giudiziaria, più problematiche nel campo Pesc. Per l'analisi del già avanzato stato di integrazione tra gli ordinamenti degli Stati membri nel campo della cooperazione penale, cfr. E. PISTOIA, *Cooperazione penale nei rapporti fra diritto dell'Unione europea e diritto statale*, Napoli, 2008.

³⁰ Per il parallelo tra integrazione dei sistemi di tutela dei diritti fondamentali nell'esperienza europea ed ordinamenti federali classici, mi permetto di rinviare alle sintetiche considerazioni svolte in E. GIANFRANCESCO, *Some considerations on the juridical value of the Charter of fundamental rights*, cit. p. 4 ss. ed alla letteratura *ivi* citata.

i loro atti e comportamenti, ivi compresi gli atti normativi, a rispettare le previsioni della Cedu, pena l'attivazione dei meccanismi di responsabilità dalla stessa Convenzione previsti.

Il quadro si complica, invece, con riferimento al diritto dell'Unione europea, che consta di diritto primario (i Trattati ed ora la Carta dei diritti fondamentali) le cui previsioni in tema di diritti fondamentali si impongono al diritto derivato della stessa Unione, ma che vincolano anche gli Stati membri, allorché agiscono per attuare il diritto dell'Unione³¹. D'altro canto, non solo il diritto primario, ma anche il diritto derivato dell'Unione - conforme al diritto primario - "prevale" sul diritto nazionale e, quindi, il vincolo operante nei confronti degli Stati membri è duplice: tanto il diritto primario quanto quello derivato individuano livelli di tutela che interferiscono con il quadro nazionale delle garanzie, valendosi della forza pervasiva propria del vincolo comunitario.

Vedremo in seguito come non si tratti soltanto di una mera circostanza "quantitativa", ma come diverse appaiano anche le relazioni reciproche tra fonti europee e fonti nazionali.

Cercando di procedere con ordine, i primi elementi di problematicità emergono già da una lettura "isolata" della Carta dei diritti fondamentali. Essi sono ovviamente destinati a ripercuotersi nei rapporti di questo livello con gli altri livelli (quello costituzionale nazionale e quello Cedu).

Le peculiarità del sistema di tutela dei diritti fondamentali della Carta dei diritti fondamentali sono note e ripetutamente evidenziate nella riflessione scientifica. Questo è tanto più vero in Italia, attesa la già ricordata distanza del modello costituzionale italiano da quello europeo.

In questa sede non ci si può ovviamente dedicare ad un'analisi approfondita del tema³², potendosi soltanto richiamare i profili maggiormente problematici e destinati ad incidere sulla tutela "multi-livello" dei diritti fondamentali.

Proprio in questa prospettiva, e dando per acquisita la *Drittwirkung* dei diritti della Carta³³, acquisisce rilievo l'"aggregazione" delle situazioni protette intorno sei poli – corrispondenti ai primi sei titoli – della Carta stessa, evocativi di valori fondanti dell'Unione. Sennonché, taluni diritti appaiono molto vicini al valore di riferimento, rispecchiandone l'ampiezza del fondamento assiologico, ma anche una certa debolezza di capacità prescrittiva³⁴. Ne deriva, come è facile immaginare, un ampliamento del ruolo dell'interprete (del Giudice, europeo e nazionale) nella concreta applicazione di tale diritto-valore, moltiplicandosi i possibili punti di intersezione e di equilibrio con altre situazioni protette nella Carta (od in altri livelli di tutela). Si pensi all'ampiezza della tutela della dignità di cui all'art. 1, che sembra assunta dalla Carta più a principio oggettivo, direttamente espressivo di un valore supremo³⁵, che di un diritto soggettivo, ovvero ai diritti alla libertà e alla sicurezza di cui all'art. 6 che anche sembrano essere più facilmente inquadrabili in termini di principi-valore di natura oggettiva che di concrete situazioni di favore azionabili dall'individuo³⁶.

Una certa "monodimensionalità" insita nella Carta emerge anche dalla più volte evidenziata assenza di vincoli della Carta stessa in ordine alle forme ed alle ragioni sostanziali di limitazione dei diritti. L'assenza di riserve di disciplina che noi definiremmo rinforzate e, di converso, una generale previsione di riserva di legge (da intendersi probabilmente in senso materiale e non formale) contenuta nella disposizione "orizzontale" dell'art. 52, che si stende in modo indifferenziato su tutte le previsioni dei sei titoli precedenti della Carta, ne costituisce la riprova più visibile³⁷.

³¹ Art. 51, comma 1, della Carta. Sull'interpretazione estensiva di tale disposizione, cfr. la giurisprudenza richiamata da M. CARTABIA, *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione europea*, in AA.VV. (a cura di M. CARTABIA), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, 2007, p. 27 ss.

³² Sul tema, di recente, con approfondita analisi, V. SCIARABBA, *Tra fonti e corti. Diritti e principi fondamentali in Europa: profili costituzionali e comparati degli sviluppi internazionali*, Padova, 2008; D. BUTTURINI, *La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento costituzionale italiano ed europeo*, Napoli, 2009.

³³ Sul punto, per le argomentazioni a supporto dell'affermazione contenuta nel testo, cfr. E. GIANFRANCESCO, *Some considerations on the juridical value of the Charter of fundamental rights*, cit. A conclusioni non diverse giunge anche V. SCIARABBA, *Tra fonti e corti*, cit., p. 157.

³⁴ V. SCIARABBA, *op. cit.*, p. 134 attribuisce, invece, a tali principi-valori una preminenza in sede interpretativa che rischia, però, ad avviso di chi scrive, di accentuare i margini di elasticità interpretativa ed il peso delle opzioni soggettive dell'interprete nel ricostruire il concreto quadro sistematico della Carta. In termini affini a quanto si sostiene nel testo, cfr., invece, D. BUTTURINI, *La tutela dei diritti fondamentali*, cit., p. 201 ss.

³⁵ "Il «supervalore» da cui tutti i valori si tengono, al momento in cui chiedono di esser fatti valere nell'esperienza" secondo A. RUGGERI, *Interpretazione conforme e tutela dei diritti fondamentali, tra internazionalizzazione (ed "europeizzazione") della Costituzione e costituzionalizzazione del diritto internazionale e del diritto comunitario*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, p. 17.

³⁶ La sommarietà (art. 1) ed assenza di coordinamento sistematico (art. 6) delle disposizioni della Carta ricordate nel testo è sottolineata da U. DE SIERVO, *Costituzionalismo e diritto costituzionale negli Stati integrati d'Europa. Una introduzione generale*, in www.astrid-online.it.

³⁷ Per l'ampia letteratura sul punto, rinvio ai richiami contenuti in E. GIANFRANCESCO, *op. cit.* ed in V. SCIARABBA, *op. cit.*, p. 169 s.

La distinzione, valorizzata dalla versione della Carta del 2007, tra diritti in senso proprio e principi (art. 52, quinto comma) - anche se può essere di molto ridimensionata dal giurista italiano, attingendo alla riflessione scientifica ed all'elaborazione giurisprudenziale che ha caratterizzato l'affermazione della piena prescrivibilità della nostra Costituzione, nella sua interezza³⁸ - non può, a sua volta, non porre inediti problemi in tema di relazioni tra diritti e principi *nella* Carta, (oltre che tra Carta e diritto *dell'Unione* ed, ancora una volta, tra Carta, livello nazionale di tutela e Cedu).

Il tema della collisione tra situazioni protette dalla Carta è quello che riassume e porta alle naturali conseguenze i profili problematici fin qui accennati. Come i casi *Laval*, *Viking* e *Rüffert* hanno definitivamente dimostrato, i diritti fondamentali comunitari possono confliggere tra loro per come vengono interpretati ed attuati dal diritto derivato dell'Unione e la "monodimensionalità" che li caratterizza non aiuta l'interprete ad individuare i punti di equilibrio di questa reciproca e continua tensione³⁹.

A rendere ancor meno lineare il quadro interviene la considerazione che anche rimanendo all'interno del diritto europeo, la Carta dei diritti fondamentali non costituisce l'unico paradigma di riferimento nella protezione dei diritti fondamentali, operando in modo rilevante altre fonti di alimentazione del sistema, attraverso l'introduzione di ulteriori situazioni protette in grado di entrare in connessione sistematica con quelle della Carta, ovvero di criteri ricostruttivi dei diritti della Carta vincolati all'utilizzazione di elementi provenienti da altri ordinamenti.

Nel primo senso, si deve menzionare il caso degli *altri* diritti riconosciuti e garantiti nei trattati, secondo quanto rimarcato dal secondo comma dell'art. 52 della Carta; diritti in grado, comunque, di entrare in relazione sistematica con quelli della Carta, senza che si possa aprioristicamente affermare la primazia di quest'ultima nei confronti delle altre previsioni di garanzia contenute nei trattati.

Nella seconda direzione, va, invece, il contributo che si trae dalla Cedu in forza del terzo comma dell'art. 52 della Carta, anche se occorre sottolineare come i diritti Cedu vengano qui assunti essenzialmente come criterio per interpretare i diritti *della* Carta (significato e portata di essi⁴⁰), non ponendosi (ancora) problemi di coordinamento tra diritti della Carta e differenti diritti della Cedu, come invece avviene nella previsione del successivo art. 53⁴¹.

In modo analogo, si può aggiungere, si pone il rinvio alle tradizioni costituzionali comuni di cui al quarto comma dell'art. 52 medesimo, quale strumento interpretativo dei diritti *della* Carta⁴².

E' appena il caso di osservare che il meccanismo di appropriazione da parte dell'ordinamento dell'Unione dei contenuti (dei meri contenuti..) dei diritti previsti dalla Cedu dovrebbe consentire un trattamento di essi da parte degli operatori del diritto dell'Unione e, tra questi, principalmente della Corte di

³⁸ Il riferimento è ovviamente a V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952 ed alla sent. n. 1 del 1956 della Corte costituzionale italiana.

³⁹ Per alcuni esempi di diritti (e principi) che possono entrare in conflitto tra loro, cfr. art. 7 (rispetto vita privata e familiare) vs. art. 11 (libertà di espressione e informazione); art. 10 (libertà pensiero, coscienza e religione) vs. art. 11 [nel caso della satira in materia religiosa]; art. 14 (diritto all'istruzione secondo determinazioni dei genitori) vs. art. 24 (diritti del minore); art. 16 (libertà di impresa) vs. art. 28 (diritto di azione collettiva) od art. 37 (principio tutela ambientale); art. 16 vs. art. 38 (elevata protezione dei consumatori).

Un effetto moltiplicatore dei conflitti assume la portata generale del principio di non discriminazione (art. 21), in grado di interagire con le diverse situazioni garantite. Sulla portata di tale principio nel diritto europeo, cfr. E. DI SALVATORE, *Principio di non discriminazione, diritto comunitario e Carta dei diritti fondamentali dell'Ue*, in AA.VV. (a cura di A. D'ATENA – P.F. GROSSI), *Diritto, diritti e autonomie tra Unione europea e riforme costituzionali. In ricordo di Andrea Paoletti*, Milano, p. 131 ss. Recentemente, cfr. anche C. FAVILLI, *La non discriminazione nell'Unione europea*, Bologna, 2008, la quale evidenzia, da un lato, le difficoltà di ratifica del protocollo n. 12 alla Cedu in tema di divieto di discriminazione, dall'altro, l'accresciuto ruolo della Corte di Giustizia dell'Unione europea successivamente all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona ed alla conseguente acquisizione di piena rilevanza giuridica della Carta.

⁴⁰ Secondo la formula dello stesso art. 52, terzo comma, della Carta. Sull'interpretazione di tale disposizione, cfr. le indicazioni contenute nelle *Spiegazioni* della Carta, il cui valore condizionante per gli operatori giuridici resta però dubbio ed, anzi, in una prospettiva costituzionalistica (a differenza di una internazionalistica) non dovrebbe essere sopravvalutato. Accenna infine a tale limitata efficacia lo stesso V. SCIARABBA, *op. cit.*, p. 267 che pure conduce nelle pagine precedenti una approfondita analisi delle *Spiegazioni* stesse e della loro evoluzione dalla versione originaria alla versione che accompagna la Carta nel momento della sua entrata in vigore grazie al Trattato di Lisbona.

Per una critica alla formulazione dell'art. 52, terzo comma, che condurrebbe ad un appiattimento delle garanzie della Carta dei diritti fondamentali sulle meno garantistiche previsioni della Cedu e per il tentativo di invertire tale conclusione facendo leva proprio sul valore giuridico della Carta dopo Lisbona (in particolare, sul periodo finale del comma terzo dell'art. 52), cfr. P. SANDRO, *Alcune aporie e un mutamento di paradigma nel nuovo art. 6 del Trattato sull'Unione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2009, p. 875 ss.

⁴¹ Sulla quale, cfr. subito *infra* nel testo.

⁴² Le cui potenzialità vengono notevolmente, forse sin troppo, valorizzate da V. SCIARABBA, *op. cit.*, p. 186.

Per la considerazione che il rinvio alle tradizioni costituzionali comuni eviti di fatto pietrificazioni dei diritti riconosciuti dalla Carta, a causa del ruolo che il Giudice, ed in genere l'interprete, riveste nell'individuazione di tali tradizioni, cfr. A. RUGGIERO, *Il bilanciamento degli interessi nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Osservazioni di diritto comparato a margine dell'art. 52*, Padova, 2004, p. 108.

Giustizia, maggiormente libero da vincoli di conformità alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo rispetto a quanto avviene allorché i diritti della Cedu vengano richiamati in quanto tali, ex art. 53 della Carta, come si vedrà tra breve.

Non solo: trattandosi di diritto dell'Unione, seppure costruito utilizzando elementi provenienti da ordinamenti diversi da quello europeo, non vi è ragione per negare ai diritti così configurati, la capacità di produrre per l'ordinamento italiano l'obbligo di disapplicazione-non applicazione del diritto nazionale con essi contrastanti. Solo all'apparenza si tratterebbe di disapplicazione di diritto interno per tutelare diritti Cedu, essendo, come si è visto, la disciplina della Cedu utilizzata solo come oggetto di rinvio per configurare diritti dell'Unione i quali, se dotati del carattere *self-executing*, dovrebbero essere corredati della particolare capacità tipica delle norme così caratterizzate⁴³.

Considerazioni analoghe a quelle appena svolte sembrano valere anche per "i principi generali del diritto dell'Unione" che vengono ricostruiti attraverso il riferimento ai diritti sanciti nella convenzione Cedu operato dall'ultimo comma dell'art. 6 del Trattato sull'Unione: si tratta pur sempre di diritto dell'Unione – ancorché rielaborato in termini di principi di diritto oggettivo – che "reagisce" sistematicamente con le previsioni della Carta, nonostante il contenuto sia "estratto" dai diritti fondamentali garantiti dalla Cedu.

Anche in una prospettiva in cui, a fini sperimentali e di comodità di analisi, si è supposta l'autosufficienza della Carta e del diritto europeo a tracciare un sistema di tutela dei diritti fondamentali, non può farsi a meno di rilevare la centralità dell'opera dell'interprete, e quindi del Giudice, nella concreta delineazione di tale sistema di garanzie. Una centralità che è incrementata e non ridotta dal "rinvio" a sistemi esterni per ricostruire taluni elementi del quadro complessivo o dalla conversione di diritti soggettivi in principi generali del diritto, come nel caso dell'art. 6, ultimo comma, del trattato sull'Unione⁴⁴.

Sono queste le ragioni per cui mi sembra colga nel segno l'osservazione di chi ha rilevato che la Carta potenzia e non riduce il ruolo del Giudice, *in primis* di quello comunitario ma, comunque, del giudice che è chiamato ad applicare il diritto dell'Unione alla luce della Carta e dei Trattati, non segnandosi una discontinuità rispetto al sistema di tutela dei diritti fondamentali anteriore al "momento della scrittura" della Carta dei diritti⁴⁵.

3.2 Dalla dimensione "orizzontale" a quella "verticale": i problemi di una tutela multi-livello dei diritti fondamentali

Ad un primo piano di tutela imperniato sulle previsioni della Carta e dei Trattati, in vario modo ricostruiti, se ne aggiungono altri due chiamati a fissare livelli di protezione che la Carta non può derogare *in peius*, con un effetto di verticalizzazione del sistema di protezione che si apre alla considerazione di altri ordinamenti in modo più accentuato di quanto visto nel precedente paragrafo.

Si tratta in primo luogo degli *altri* diritti previsti dalla Cedu - diversi da quelli identici o corrispondenti a quelli presenti nella Carta – che sono richiamati dall'art. 53 della Carta. In secondo luogo, si possono menzionare i diritti sanciti dalle Costituzioni nazionali, ai quali fa rinvio il medesimo art. 53⁴⁶.

Non solo, quindi, un duplice ordine di fonti (diritto dell'Unione primario e derivato) gravano sul quadro costituzionale di tutela dei diritti fondamentali, ma tali fonti intrattengono rapporti complessi con sistemi esterni (quello della Cedu) e con le stesse Costituzioni nazionali.

Una precisazione si rende, a questo punto, necessaria. Con riferimento al richiamo delle garanzie della Cedu, anche se si tratta di situazioni soggettive garantite in ambiti esterni a quello dell'Unione europea,

⁴³ Per un riferimento a questa eventualità, cfr. E. LAMARQUE, *Gli effetti delle sentenze della Corte di Strasburgo*, p. 963. Non sembra potersi interpretare come un caso di applicazione dell'art. 52, terzo comma, della Carta la decisione del Consiglio di Stato italiano, e si presta, pertanto a critiche, la sent. 2 marzo 2010, n.1220, commentata da G. COLAVITTI – C. PAGOTTO, *Il Consiglio di Stato applica direttamente le norme CEDU grazie al Trattato di Lisbona: l'inizio di un nuovo percorso?*, in www.associazioneitalianadeicostituzionalisti.it.

⁴⁴ Alcuni commenti critici alle decisioni della Corte di Giustizia (a partire dalla decisione Mangold [C-144/05]) facenti leva sulla categoria dei principi generali del diritto dell'Unione, in ragione dell'artificialità della stessa, sono ricordati da G. MARTINICO, *Il trattamento nazionale dei diritti europei*, cit., p. 717.

⁴⁵ In questi termini, M. CARTABIA, *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione europea*, cit., p. 23; A. BUTTURINI, *La tutela dei diritti fondamentali*, cit., cap. IV. In questo senso mi sono espresso in E. GIANFRANCESCO, *op. cit.*, p. 13.

⁴⁶ L'art. 53 menziona ulteriori fonti produttive di diritti che si impongono al rispetto ad opera delle disposizioni della Carta. E' interessante notare come, oltre ad una serie di fonti esterne (diritto internazionale, convenzioni internazionali, diverse dalla Cedu, delle quali l'Unione o tutti gli Stati membri sono parte) viene menzionato lo stesso "diritto dell'Unione", con una formula di difficile coordinamento con il secondo comma dell'art. 52.

la disposizione dell'art. 53 pone pur sempre un limite al diritto dell'Unione ed, in questo senso, si muove all'interno di esso. Lo fa sicuramente in modo diverso dal precedentemente ricordato art. 52, terzo comma, della Carta ed accentuando il rilievo della provenienza esterna del limite (il diritto soggettivo in quanto tale previsto dalla Cedu o dalle Costituzioni nazionali, nel significato concretamente assunto nell'ordinamento di origine) ma il limite resta pur sempre un limite che il diritto primario dell'Unione pone liberamente a se stesso ed in questo senso è da considerare interno⁴⁷.

Come si è accennato in precedenza, il rinvio a diritti di sistemi esterni in funzione di limite all'operatività dei diritti riconosciuti dalla Carta può essere inteso in questo caso in senso più ampio, comprensivo della prassi interpretativa relativa al diritto richiamato nel sistema di origine e, quindi, nel caso della Cedu, alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, nonché, nel caso dei diritti nazionali, alle interpretazioni giurisprudenziali prevalenti nell'ordinamento nazionale di riferimento e, tra queste, soprattutto a quelle dei giudici costituzionali.

L'unico modo per cercare di imprimere un ordine ad un coacervo di disposizioni tra loro potenzialmente contraddittorie è quello di delineare un sistema di protezione a doppio livello minimo (Cedu e Costituzioni nazionali, oltre alle altre fonti menzionate nell'art. 53), ovvero di sistemi distinti ma coordinati, ove le clausole di coordinamento sono rappresentate dall'art. 51, che rappresenta la norma che fissa la *Kompetenz-kompetenz* e dall'art. 53 che opera come clausola di salvaguardia di livelli essenziali (ma non necessariamente minimi, per quanto riguarda le Costituzioni nazionali) di tutela⁴⁸.

Nonostante questo sforzo "sistematizzante", non si possono sottacere i profili problematici intrinsecamente presenti in ogni sistema di questo tipo⁴⁹. In particolare, per quanto qui interessa, è sufficiente accennare alle difficoltà che si determinano se i diritti, provenienti da diversi livelli, si intrecciano tra loro: la maggiore ampiezza di un diritto "nazionale equivalente" potendo determinare la minore ampiezza di un diritto "europeo" o viceversa.

Non si tratta di una prospettiva soltanto teorica. Non mancano, infatti, esempi di tali conflitti nella giurisprudenza della Corte di Giustizia: basti pensare all'impatto sulle discipline costituzionali di molti Stati membri in materia sindacale delle sentenze *Laval*, *Viking Rüffert*, ovvero, in materia di orientamento sessuale, principio di non discriminazione e prestazioni sociali agli effetti delle decisioni *K.B. e Richards* nonché *Maruko*⁵⁰. Né sembra che un rilevante apporto chiarificatore possa venire, in questo ambito, dall'identificazione di una serie di diritti Cedu con i diritti previsti dalla Carta ex art. 52, terzo comma, alla luce della già accennata ampia possibilità di rielaborazione da parte del Giudice comunitario dei diritti fondamentali della Carta, sulla base dell'incerta nozione delle tradizioni costituzionali comuni (ex art. 52, quarto comma, della Carta medesima).

La tranquillizzante formula dell'art. 51, primo e, soprattutto, secondo comma, che vorrebbe immutati gli ambiti di competenza tra Unione e Stati membri, in conseguenza del nuovo quadro di tutela dei diritti fondamentali, non riesce, infine, a dissipare i timori di un'espansione del livello europeo sul livello nazionale sulla base della dottrina dell'incorporazione⁵¹ ed il conseguente atteggiarsi dei due livelli secondo ispirazioni simili a quelle dei federalismi storici che hanno visto spesso recessivo il livello locale rispetto a quello centrale⁵².

4. I meccanismi di raccordo tra ordinamento italiano ed ordinamento dell'Unione europea

⁴⁷ *Mutatis mutandis*, l'art. 53 della Carta pone un limite al diritto dell'Unione rispetto a fonti esterne analogo a quello che l'art. 117, primo comma Cost., pone al legislatore italiano.

⁴⁸ Sui principi di sussidiarietà e di protezione progressiva dei diritti come principi sottostanti ed ispiratori del sistema multilivello di tutela dei diritti, cfr. F. ROSSI, *The Progress of Integration between the European Convention of Human Rights and the Italian Constitutional Order in the Protection of Fundamental Rights in the Eu*, in *Amministrazioneincammino.it*, p. 11.

⁴⁹ Con riferimento all'esperienza di un ordinamento federale classico, cfr. le pagine di K. STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/2. Allgemeine Lehren der Grundrechte* (unter Mitwirkung M. Sachs), München, 1994, pp. 1409 ss.

⁵⁰ Sulle prime due decisioni, cfr. M. CARTABIA, *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione europea*, cit., p. 51 ss. Sulla decisione *Maruko*, cfr. L. RONCHETTI, *I due volti dell'Europa: il principio di non discriminazione tra libertà e uguaglianza. A proposito delle sentenze Maruko e Rüffert della Corte di Giustizia*, in *Giur.it*, 2009, p. 3 ss.

⁵¹ A proposito della quale, cfr. M. CARTABIA, *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione europea*, cit., p. 27.

⁵² Per ulteriori, anche se sintetiche, riflessioni sul punto, rinvio a E. GIANFRANCESCO, *Some considerations on the juridical value of the Charter of fundamental rights*, cit., p. 13.

Se guardiamo alla stratificazione dei livelli di tutela dei diritti fondamentali sopra ricordata dal punto di vista del trattamento del diritto dell'Unione nell'ordinamento italiano, si pone in modo urgente l'esigenza di individuare strumenti di raccordo volti a recuperare certezza del diritto (o, più realisticamente, a ridurre al massimo i margini di incertezza).

Per quanto riguarda il diritto *non self-executing*, la possibilità (o meglio, l'obbligo per il Giudice *a quo*) di sollevare la questione di legittimità costituzionale per questioni relative all'eventuale contrasto tra normativa nazionale ed il diritto dell'Unione, ivi comprese le disposizioni della Carta e dei Trattati in tema di tutela dei diritti, sembra incanalare entro binari più consolidati la soluzione dei problemi di raccordo tra ordinamenti, almeno per quanto riguarda la fase che si svolge in ambito nazionale.

Se ne hanno già riscontri giurisprudenziali nella specifica materia dei diritti⁵³ ed anzi, nella recentissima sentenza n. 227 del 2010 in tema di mandato di arresto europeo, la Corte costituzionale sembra fare tale soluzione oggetto di una lettura estensiva, applicabile alla materia penale, nonché, con affermazione che merita sottolineatura - anche se dovrà essere messa a fuoco dalla futura giurisprudenza - al principio di non discriminazione⁵⁴ in quanto tale, e quindi indipendentemente dalla natura *non self-executing* della normativa europea, almeno in alcuni casi.

L'accentramento presso la Corte costituzionale del giudizio sugli eventuali contrasti tra diritto nazionale legislativo e disciplina dell'Unione non auto-applicativa in tema di diritti fondamentali, per il tramite degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost., fa (opportunamente) gravare sul giudice costituzionale la ricerca del punto di equilibrio anche in caso di divergenza tra sistema costituzionale e sistema europeo. Spetterà quindi alla Corte declinare nei singoli casi il principio di "massima espansione delle tutele" affermato dalla sent. n. 317 del 2009; un principio di non facile applicazione in concreto, se si considera l'interconnessione sistematica di tutti i diritti fondamentali, a vario livello situati, che possono venire in gioco.

L'affermazione contenuta nella sent. n. 227 del 2010⁵⁵ secondo cui "l'esercizio dei poteri normativi delegati [sic!] all'Unione europea trova un limite esclusivamente nei principi fondamentali dell'assetto costituzionale e nella *maggior tutela dei diritti inalienabili della persona*", può essere vista come un'opzione a favore della salvaguardia di *maggiori* livelli di garanzia eventualmente contenuti nella Costituzione rispetto a quelli esterni (Ue o anche Cedu se richiamati dal diritto dell'Unione), valorizzando così, in una prospettiva interna, la formula dell'art. 53 della Carta. In questo senso, con affermazione ancora più rimarchevole perché riferita al diritto Ue, la Corte potrebbe aver sciolto alcuni margini di ambiguità individuabili nella precedente sent. n. 317, la quale esigeva che "il risultato complessivo delle garanzie dell'ordinamento deve essere di segno positivo, nel senso che dall'incidenza della singola norma Cedu sulla legislazione italiana deve derivare un *plus* di tutela per tutto il sistema dei diritti fondamentali"⁵⁶.

In ogni caso, anche se tale giurisprudenza dovesse effettivamente fissare nella Costituzione italiana⁵⁷ il baricentro delle operazioni di confronto tra livelli di tutela, non tutti i problemi interpretativi ed applicativi verrebbero ad essere risolti, potendo l'ancoraggio di una disciplina (europea o nazionale di attuazione) ad un diritto fondamentale dell'Unione avere conseguenze divergenti su di una pluralità di diritti costituzionalmente garantiti, ampliandone uno e restringendone un altro, essendo comunque la Corte comunque chiamata a sciogliere l'intreccio.

Il meccanismo di canalizzazione centralizzatrice verso la Corte costituzionale del quale si è fin qui discusso non opera per il diritto dell'Unione *self-executing* per il quale gli operatori giuridici italiani sono chiamati ad operare la tradizionale disapplicazione/non applicazione della norma contrastante con il parametro comunitario.

Si presentano in quest'ambito i rischi di incertezza nella concreta delineazione di questioni attinenti l'interpretazione da parte del Giudice, di qualunque Giudice, del sistema di protezione dei diritti fondamentali dell'Unione europea con riferimento al diritto europeo e nazionale che ad esso è soggetto e delle relazioni di tale sistema con il quadro costituzionale nazionale delle garanzie e con la tutela offerta dalla Cedu; due sistemi distinti e coordinati con quello dell'Unione che lo stesso diritto europeo primario, come si è

⁵³ Cfr. sent. n. 28 del 2010.

⁵⁴ Art. 18 Tfu.

⁵⁵ N. 7 del *Considerato in diritto*. Il corsivo è aggiunto.

⁵⁶ N. 7 del *Considerato in diritto*.

⁵⁷ Restando da chiarire se alla stregua di tale giurisprudenza tale baricentro vada rinvenuto nei singoli diritti fondamentali, come sembrerebbe preferibile dal punto di vista dell'interpretazione letterale della sent. n. 227, ovvero del sistema dei diritti fondamentali nel suo complesso, con il che la distanza rispetto alla sent. n. 317 del 2009 si ridurrebbe in modo notevole.

sottolineato più volte, richiama secondo diverse possibili tecniche (art. 52, terzo e quarto comma, e 53 della Carta; art. 6 del Trattato sull'Unione).

Non abbisogna di molte dimostrazioni la difficoltà di tenere insieme questi diversi sistemi nell'opera interpretativa ed il rischio che torni ad affacciarsi anche con riferimento al diritto dell'Unione una visione puntiforme della tutela dei diritti fondamentali, a seconda del livello di equilibrio che il singolo Giudice individuerà nel caso di specie, coinvolgendo gli stessi diritti di provenienza Cedu, in questa sede utilizzati come elemento di conformazione del parametro comunitario di tutela dei diritti⁵⁸.

Un'alternativa altrettanto inquietante potrebbe essere quella di una proliferazione di questioni di legittimità costituzionale in via incidentale, invocandosi da parte del Giudice la violazione di "controlimiti" ad opera del diritto europeo *self-executing*, non solo direttamente nei confronti delle disposizioni della Costituzione italiana relative ai diritti, ma anche in forza del richiamo alle Costituzioni nazionali operato dall'art. 53 della Carta e, quindi, per una sorta di "rinvio di ritorno" che l'ordinamento dell'Unione effettuerebbe nei confronti di quelli nazionali.

Tutte queste ipotesi vanno viste con preoccupazione.

Quella della tutela puntiforme ed a mosaico dei diritti fondamentali lo è per le ragioni più volte esposte in precedenza. Ma anche la valorizzazione dello strumento dei "controlimiti", nonostante all'apparenza sembri soddisfare le esigenze di certezza insite nel sindacato accentrato, appare dubbia, allorché ci si riferisce al diritto *self-executing*.

Sicuramente tale ultima soluzione appare non corretta se si cerca di utilizzare l'art. 53 della Carta come una sorta di "clausola di rinazionalizzazione" del sindacato sugli atti comunitari: il rispetto del livello di tutela previsto dalle Costituzioni nazionali opera pur sempre come limite che l'ordinamento dell'Unione pone agli atti di esercizio della propria competenza (ex art. 51 della Carta dei Diritti fondamentali) e per quanto si utilizzi un parametro esterno (le Costituzioni nazionali, come i diritti della Cedu in quanto tali facenti corpo con la giurisprudenza della Corte di Strasburgo) esso resta un limite di legittimità del diritto europeo, interno al sistema europeo.

Una proliferazione delle ipotesi di invocazione dei "controlimiti" nei confronti del diritto *self-executing*, su base esclusivamente nazionale, invocando la priorità ed inderogabilità del livello di protezione della Costituzione italiana "per forza propria" presenta, invece, il rischio di inceppare il potente strumento di conformazione dell'ordinamento nazionale a quello europeo rappresentato dalla disapplicazione/non applicazione, compromettendo il principio della preminenza del diritto comunitario ed esponendo la Corte costituzionale italiana, che tale orientamento avallasse, a critiche e smentite da parte della Corte di Giustizia dell'Unione.

Nella prospettiva di questo lavoro, lo strumento più efficace al fine di ridurre il rischio di logoranti conflitti interpretativi sul livello di protezione da preferirsi nei singoli casi, va ricercato - oltre che in una rigorosa dogmatica della tutela multilivello dei diritti fondamentali, spazio precipuo per il diritto pubblico europeo⁵⁹ - in una valorizzazione delle sedi accentrate di decisione giudiziaria sui conflitti tra diritti, pur se sulla base di meccanismi di collegamento - e quindi di cooperazione - tra i diversi ordini di giudici coinvolti.

Escluso il sindacato accentrato di legittimità della Corte costituzionale per il caso del diritto dell'Unione *self-executing*⁶⁰, la bussola di orientamento per l'operatore pratico dovrebbe essere rappresentato dal *rinvio pregiudiziale* ai giudici europei, chiamati ad elaborare linee interpretative coerenti in ordine al rapporto tra diritti fondamentali dell'Unione, diritti Cedu richiamati dal diritto dell'Unione e costituzioni nazionali operanti ex art. 53 quale limite all'operatività dei diritti fondamentali dell'Unione.

Si tratta di una linea di tendenza alla quale sarebbe bene che partecipasse la stessa Corte costituzionale, quando ad esempio verrà investita di questioni nelle quali si invochino i controlimiti⁶¹ (ipotesi che avrà sicuramente possibilità di presentarsi di frequente, in futuro) oppure su questioni relative a diritto

⁵⁸ Resta, inoltre, la peculiarità di trattamento del diritto Cedu che in, sé considerato, alla stregua delle sentenze "gemelle" del 2007 resta subordinato alle previsioni costituzionali, mentre se entra a comporre il parametro di legittimità del diritto dell'Unione europeo ex artt. 52 e 53 della Carta, si espone al solo ostacolo dei controlimiti nell'ordinamento italiano.

⁵⁹ Sul punto, per i compiti che spettano agli studiosi del Diritto pubblico europeo, cfr. H.J. BLANKE, *Protection of Fundamental Rights afforded by the European Court of Justice in Luxembourg*, in H.J. BLANKE - S. MANGIAMELI (Eds.), *Governing Europe under a Constitution. The Hard Road from European Treaties to a European Constitutional Treaty*, Berlin-Heidelberg, 2006, p. 265 ss.

⁶⁰ Tralasciando le aperture della sentenza n. 227 del 2010 che si è sopra richiamata.

⁶¹ Controlimiti che assumerebbero, in questa prospettiva, il carattere di strumento di dialogo e raccordo tra giudici nazionali ed europei, anziché di strumenti meramente oppositivi. Sul punto, cfr. le osservazioni di G. MARTINICO, *Il trattamento nazionale dei diritti europei*, cit., p. 731.

non *self-executing*, oltre che in via principale (secondo quanto già ammesso dalle sent. n. 102 ed ord. n. 103 del 2008⁶²).

Un notevole elemento di chiarificazione, anche se non risolutivo, di questo intricato intreccio di fonti e di giudici può venire, infine, dall'adesione dell'Unione alla Convenzione Cedu.

Per quanto non ci si possa nascondere la problematicità politica di tale adesione, che vedrebbe l'Unione sottoposta al giudizio di un consesso di Stati più ampio dell'Unione stessa ed alcuni dei quali sono candidati *sub judice* all'ingresso nell'Unione, si tratterebbe di un importante meccanismo di razionalizzazione del sistema. In particolare, l'atto di adesione potrebbe – e dovrebbe – definire i rapporti tra le due Corti, di Strasburgo e di Lussemburgo, rendendo responsabile l'Unione in quanto tale per i suoi atti rispetto alle previsioni della Cedu e liberando conseguentemente gli Stati dalla responsabilità per violazione della Convenzione in sede di attuazione del diritto comunitario.

Nulla impedisce che tale atto di adesione costruisca meccanismi di raccordo che assicurino un coinvolgimento della Corte di Strasburgo nei processi di “trattamento” del diritto Cedu in applicazione dell'art. 52, terzo comma della Carta dei diritti fondamentali, nonché di operatività del limite ex art. 53 della medesima Carta. Pur trattandosi, infatti, come si è detto di limiti interni al sistema interno dell'Unione, non vi sono ostacoli a che, soprattutto nel secondo caso, il diritto Ue stesso coinvolga un soggetto esterno particolarmente qualificato – la Corte di Strasburgo, appunto – nel processo di concretizzazione del limite.

5. Brevi osservazioni conclusive provvisorie

Non vi è dubbio che ci troviamo di fronte ad un sistema tutto da costruire, al quale tanto la teoria delle fonti quanto la teoria della giustizia costituzionale debbono dare il loro apporto.

Il modello ideale pare veramente difficile da raggiungere: l'ottimo paretiano della massima espansione delle tutele, in cui tutti i diversi livelli coinvolti vengono a godere di un ampliamento dei diritti in essi previsti pare quasi una quadratura del cerchio, almeno in una visione di sistema che non sia limitata ad una singola fattispecie o frammento di diritto.

Vi è invece un'esigenza pratica maggiormente perseguibile e che merita l'attenzione soprattutto degli operatori pratici: la ricerca volta all'individuazione della “norma vera” intesa in questo contesto, si badi, come una norma dal significato sufficientemente determinato che sia applicabile al maggior numero di fattispecie dal maggior numero di interpreti: una “norma vera”, in senso pragmatico, quindi, senza alcuna implicazione di corrispondenza a significati astrattamente “esatti” e predeterminati.

Tale esigenza pratica richiede di tracciare un percorso adeguato allo scopo: essenzialmente strumenti processuali adeguati che facilitino l'individuazione della “norma vera” pragmaticamente intesa.

In questo contributo, si è cercato di evidenziare quali siano almeno alcuni di questi strumenti, a fronte di rilevanti – ed affascinanti – problemi ricostruttivi sul piano sostanziale che terranno non poco occupati gli studiosi e gli operatori pratici negli anni a venire.

⁶² Per l'esito di tale vicenda, cfr. ora la sent. n. 216 del 2010 nella quale la Corte costituzionale, a seguito della sentenza 17 novembre 2009, C-169/08 della Corte di Giustizia, dichiara l'illegittimità costituzionale della legge regionale impugnata.