

“Unita nella diversità”: il rapporto tra la Costituzione europea e le Costituzioni nazionali*.

di Marta CARTABIA

prof. Straord. di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università di Milano-Bicocca.

SOMMARIO: Introduzione. 1. L'approccio tradizionale al rapporto tra Costituzione europea e Costituzioni nazionali: primato, controlimiti e competenze. 1.1. Il primato assoluto e il primato con riserva 1.2. Primato e competenze 2. Il rapporto tra Costituzione europea e Costituzioni nazionali nel Trattato costituzionale di Roma 2.1. Il principio della supremazia del diritto europeo sulle Costituzioni nazionali (art. I-6) 2.2. Il rispetto delle identità costituzionali degli Stati membri e il “primato invertito” (art. I-5) 2.3. Le clausole orizzontali della Carta dei diritti. 2.4. La *déclaration* del Tribunale costituzionale spagnolo sulla ratifica del Trattato costituzionale europeo 3. Le incursioni interpretative tra ordinamenti costituzionali. 3.1 Il Trattato costituzionale europeo come enunciato di valori condivisi 3.2. L'armonizzazione in sede interpretativa: gli artt. II-112 e II-113 3.3. *Viva vox constitutionis*: la decisione del *Conseil constitutionnel* francese .

Introduzione

Il rapporto tra il Trattato costituzionale europeo e le Costituzioni nazionali può essere analizzato da molteplici angolature.

Si potrebbe pensare ad un confronto di tipo sostanziale condotto con metodo comparatistico, in cui gli istituti, gli organi e i principi del Trattato costituzionale europeo sono raffrontati con quelli di una o più Costituzioni nazionali. Così ad esempio, si può analizzare l'organizzazione del Parlamento europeo o la forma di governo europea in rapporto alla tradizione italiana del parlamentarismo e valutarne le somiglianze e le differenze; si può paragonare l'assetto dei principi e dei valori

* In corso di pubblicazione sulla rivista “Diritto dell'Unione europea”, 2005. Questo lavoro è stato presentato alla Giornata di studio in ricordo di Alberto Predieri, *Sul Trattato che istituisce una Costituzione per l'Unione europea*, Firenze 18 febbraio 2005. Ringrazio calorosamente gli organizzatori del Convegno e tutti i partecipanti, in particolare i proff. Antonio Tizzano, Giorgio Gaja e Andrea Simoncini, per le preziose osservazioni critiche espresse in sede di discussione. I loro interventi mi hanno indotto ad una più approfondita riflessione su aspetti centrali delle tesi qui esposte, delle quali naturalmente mi assumo la totale responsabilità.

prescelto dal Trattato costituzionale europeo e confrontarlo con l'assetto culturale della Carta fondamentale italiana del 1948; il medesimo esercizio potrebbe essere ripetuto per moltissimi aspetti del nuovo ordinamento costituzionale dell'Unione europea che emergerà con l' (eventuale) entrata in vigore del Trattato costituzione di Roma del 29 ottobre 2004.

Simile, ma non del tutto coincidente, potrebbe essere l'opzione di accostarsi al Trattato costituzionale europeo per valutare il suo possibile impatto su diversi aspetti della Costituzione nazionale. Quanto inciderà l'entrata in vigore della Carta dei diritti sul sistema di protezione dei diritti fondamentali in Italia? Quanto e in che senso risulterà condizionata la giustizia costituzionale italiana? Quante e quali trasformazioni subirà la forma di governo italiana a causa del nuovo assetto di poteri degli organi costituzionali europei, quali il Consiglio, la Commissione, il Parlamento europeo? E ancora, quale sarà la fisionomia delle competenze delle Regioni, del sistema delle fonti, del sistema della finanza pubblica, dei poteri degli organi giurisdizionali, con l'entrata in vigore del Trattato costituzionale di Roma?

Di grande interesse, poi, sarebbe un'indagine sulla influenza che le Costituzioni nazionali e le interpretazioni che ad esse è stata data dai rispettivi organi di giustizia costituzionale hanno esplicato nella elaborazione del Trattato costituzionale europeo, esportando, così, nell'Unione europea, e indirettamente in tutti i 25 Stati membri principi e istituti di origine nazionale¹.

In queste brevi riflessioni non sarà possibile accostarsi al tema del rapporto tra Costituzione europea e Costituzioni nazionali secondo tutte le prospettive appena ricordate, se non occasionalmente per qualche necessaria esemplificazione. Più limitatamente, intendo affrontare un solo, preliminare, interrogativo: se l'approvazione del Trattato costituzionale europeo è destinato a modificare l'attuale rapporto tra ordinamento costituzionale europeo e costituzionali nazionali, così come risulta configurato nell'*acquis communautaire*, dopo un'esperienza ormai quasi cinquantennale. In questa breve analisi ci si domanda, dunque, se l'approvazione del Trattato costituzionale europeo di Roma è destinato a produrre significativi

¹ Di grande interesse, in questa direzione, l'analisi di J. Ziller, *Il ruolo dei concetti costituzionali nazionali nella nuova costituzione per l'Europa*, in *Quaderni costituzionali* n. 1 del 2005.

cambiamenti nell'assetto fino ad ora consolidatosi attraverso il graduale evolvere della giurisprudenza delle Corti europee e nazionali in relazione ai rapporti tra l'ordinamento costituzionale europeo e le Costituzioni nazionali.

Nella prima parte si richiamerà, con una breve sintesi, il quadro attuale dei rapporti tra Costituzione europea e Costituzioni nazionali. Nella seconda, si analizzeranno le disposizioni del Trattato che si occupano della problematica qui in esame, per valutare le modificazioni che sono state introdotte rispetto all'attuale diritto vigente. Nella terza parte saranno prese in considerazione alcune disposizioni del trattato e alcuni orientamenti giurisprudenziali che potranno influire indirettamente, ma in modo decisivo, sul riassetto dei rapporti tra Unione europea e Stati membri a livello costituzionale.

1. L'approccio tradizionale al rapporto tra Costituzione europea e Costituzioni nazionali: primato, controlimiti e competenze.

Per valutare le possibili implicazioni del Trattato costituzionale europeo di Roma sulle Costituzioni nazionali, occorre rammentare brevemente lo stato attuale dei rapporti tra Costituzione europea e Costituzioni nazionali, come risulta dalla evoluzione delle giurisprudenze costituzionali nazionali ed europee.

1.1. Il primato assoluto e il primato con riserva.

La dimensione costituzionale dei rapporti tra ordinamento europeo e ordinamenti nazionali si è manifestata come diretta conseguenza dell'affermazione del principio della *primauté* del diritto comunitario. Già nella sua formulazione originaria nella sentenza Costa Enel del 1964, e ancor più esplicitamente nella sue successive applicazioni sul terreno della tutela dei diritti fondamentali, la supremazia del diritto comunitario formulata dalla Corte di giustizia europea si dichiarava capace di produrre effetti anche sulle Costituzioni nazionali², in considerazione del fatto che il diritto

² Esplicita la posizione della Corte di giustizia in particolare a partire dalla sentenza 17 dicembre 1970, Internationale Handelsgesellschaft, causa 11/70.

comunitario per essere tale – cioè un diritto davvero comune – non può soffrire deroghe o eccezioni nei singoli Stati membri, neppure per ragioni di ordine costituzionale, pena la perdita della sua stessa ragion d'essere. Benché i Trattati fondativi non avessero esplicitamente affrontato tale problematica, la Corte di giustizia europea non ebbe esitazioni a dichiarare la supremazia del diritto comunitario su tutto il diritto nazionale, compreso quello di rango costituzionale. Per le medesime ragioni, in altre occasioni la Corte di giustizia ebbe ad esprimere in altri termini un corollario del medesimo principio, per cui la struttura ontologica del diritto europeo esige che nessuno Stato membro possa addurre ragioni di ordine interno, neppure di rango costituzionale, per giustificare il proprio inadempimento ad un obbligo comunitario³.

Il potenziale costituzionale del principio della supremazia del diritto comunitario suscitò le note reazioni delle Corti costituzionali italiana e tedesca relative ai cosiddetti “controlimiti”. Come in una fuga a due voci, le due Corti nazionali intervenivano su questo terreno, a salvaguardia dei principi costituzionali irrinunciabili e dei diritti fondamentali protetti dalle Costituzioni nazionali, con decisioni ferme nel ribadire l'affermazione di principio dal punto di vista astratto, ma che mutavano continuamente di segno quanto alla praticabilità in concreto del principio astrattamente enunciato.

La Corte costituzionale tedesca è intervenuta ripetutamente su questo terreno, dapprima dichiarando la propria competenza a verificare la compatibilità di tutto il diritto comunitario con i principi costituzionali interni tramite gli atti statali di esecuzione; poi per temperare le proprie posizioni, alla luce dell'evoluzione rassicurante dell'ordinamento europeo in relazione alla protezione dei diritti fondamentali; successivamente per ravvivare il dibattito in occasione dei passaggi più impegnativi dell'integrazione comunitaria consacrati nel trattato di Maastricht ed infine di nuovo per rinunciare ad ogni contesa con la Corte di giustizia⁴. La Corte costituzionale italiana, da parte sua, evocava la tematica dei controlimiti dapprima come rimedio estremo per ipotesi di improbabili conflitti insanabili tra il diritto comunitario e i diritti costituzionali garantiti dalla Costituzione italiana; successivamente, modulando diversamente il

³ Corte di giustizia europea, 6 maggio 1980, causa 102/79, Commissione contro Belgio.

⁴ *BVG*, sent. 29 maggio 1974, Solange I; *BVG*, sent. 22 ottobre 1986, Solange II; *BVG*, sent. 12 ottobre 1993, Maastricht-Urteil, *BVG*, sent. 3 giugno 2000, Bananenmarkt.

medesimo tema, la Corte italiana sembrava mettersi in condizione di effettuare un controllo ordinario sulla costituzionalità degli atti normativi comunitari; infine, pur senza dichiarare esplicitamente alcun mutamento giurisprudenziale, la Corte costituzionale italiana sembra aver privato di ogni mordente la propria giurisprudenza sui controlimiti, seguitando a richiamare la propria posizione quasi si trattasse di una mera clausola di stile⁵.

Benché la dottrina dei controlimiti risulti da tempo “disinnescata” e di fatto non sia mai stata applicata, tuttora essa costituisce uno dei punti di maggior attrito nella costruzione dei rapporti tra Costituzione europea e Costituzioni nazionali. Dal punto di vista dell’ordinamento europeo risulta impossibile giustificare l’esistenza di una zona immune dalla supremazia del diritto europeo negli ordinamenti nazionali, anche se si tratta di una zona circoscritta e di livello apicale, quale è quella dei principi e dei diritti fondamentali, come emerge anche da recentissime decisioni degli organi giudiziari europei pronunciate nell’anno corrente⁶. D’altra parte, dal punto di vista degli ordinamenti costituzionali nazionali, l’esigenza della salvaguardia del nucleo intangibile dei principi e dei diritti costituzionali, pur priva di applicazioni concrete, stenta a sradicarsi e al contrario pare diffondersi vieppiù anche in ordinamenti tradizionalmente indifferenti ad essa. E’ significativa, in proposito la decisione del 10 giugno 2004 in cui anche il *Conseil constitutionnel* francese si allinea in certa misura alle giurisprudenze italiana e tedesca, riservandosi in alcuni casi la possibilità di sindacare la compatibilità del diritto comunitario con la Costituzione francese⁷. Anche la Spagna, come vedremo meglio tra breve, si è unita al coro delle altre Corti costituzionali, enunciando esplicitamente la riserva nazionale sui controlimiti, nella decisione del dicembre 2004 sul Trattato costituzionale europeo⁸. Si può comprendere la ragione di un tale *appeal* del principio di cui si discute: in una fase della evoluzione dell’ordinamento costituzionale europeo in cui la tendenza alla omologazione dei valori costituzionali sul continente europeo subisce una forte accelerazione a causa della scrittura di un testo costituzionale,

⁵ Sent. 183 del 1973; sent. n. 170 del 1984; sent. n. 232 del 1989.

⁶ Tribunale di prima istanza, ord. 2 aprile 2004, causa T-231/02, Gonnelli contro Commissione, che esplicitamente si oppone alla riserva della Corte costituzionale italiana rispetto agli atti comunitari che violano i diritti fondamentali protetti dalla Costituzione italiana.

⁷ *Conseil constitutionnel* 10 giugno 2004, n. 2004-496 DC, Considérant 7.

⁸ Tribunale costituzionale spagnolo Déclaration del 13 dicembre 2004, 1/2004.

la riserva sulla interpretazione e sulla salvaguardia dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale nazionale costituisce uno strumento – forse l'unico strumento – per proteggere l'identità costituzionale nazionale. E' certo una forma di "patriottismo costituzionale" nazionale, per usare un'espressione cara a Habermas, risvegliata in occasione del processo di costituzionalizzazione europeo.

La portata della supremazia del diritto comunitario sulle Costituzioni nazionali è dunque ancora oggetto di divergenze interpretative, poiché le Corti costituzionali nazionali limitano in varia misura la gettata del principio del primato in ambito interno, mentre la Corte di giustizia europea assolutizza invece gli effetti del medesimo principio, il quale per ragioni ontologiche non potrebbe subire deroghe o eccezioni.

Come è stato efficacemente scritto di recente, su questo terreno si è dispiegato un "duplice monologo" giurisprudenziale⁹ tra Corti nazionali e Corte europea. Un duplice monologo in verità non privo di importanti effetti pratici, ma che non ha finora generato concessioni di principio da parte di nessuno dei due interlocutori.

1.2. Primato e competenze.

L'altro terreno di potenziale divergenza tra le Corti nazionali e la Corte di giustizia europea in ordine ai rapporti tra Costituzioni nazionali e ordinamento costituzionale europeo riguarda il terreno delle competenze.

Anche in questo caso si constata una curiosa contrapposizione di principio tra le Corti costituzionali nazionali e la Corte di giustizia europea, anch'essa priva di implicazioni pratiche. Dal punto di vista europeo, la Corte di giustizia ha perentoriamente e ripetutamente affermato di essere l'unica autorità giurisdizionale abilitata a sindacare la validità degli atti europei¹⁰, sotto ogni profilo, compreso quello del rispetto delle competenze attribuite agli organi dell'Unione. D'altra parte il monopolio giurisdizionale della Corte europea sul terreno delle competenze è stato apertamente sfidato dapprima dalla Corte costituzionale tedesca nella sentenza sul

⁹ P. Paul Cassia, *L'article I-6 du traité établissant une Constitution pour l'Europe et la hiérarchie des normes*, in *JurisClasseur – Europe*, n. 12, Déc. 2004, 12 ss.

¹⁰ Decisione 22 ottobre 1987, Foto/Frost, causa 314/85.

trattato di Maastricht, e successivamente, con argomentazioni in larga misura coincidenti, dalla Corte suprema danese¹¹, nel caso Carlsen.

In effetti, la sopravvivenza delle Costituzioni nazionali come norme supreme di riferimento per gli ordinamenti interni dipende tanto dalla salvaguardia dei diritti e principi supremi, quanto (e forse ancor più) dal rispetto degli argini materiali di intervento del diritto comunitario. La supremazia del diritto comunitario, anche nella sua versione assoluta predicata dalla Corte di giustizia europea, non costituirebbe una minaccia alle Costituzioni nazionali se mantenuta entro i confini delle competenze attribuite all'Unione europea. Per questo, le Corti nazionali si mostrano così sensibili al tema delle competenze e a quello della individuazione del soggetto chiamato a vigilarne il rispetto. Ma anche qui, la pretesa della Corte di giustizia si scontra con una pretesa uguale e contraria da parte di alcune Corti nazionali.

Come in una zona sismica, l'attuale configurazione dei rapporti tra ordinamento europeo e ordinamento nazionale a livello costituzionale si è stabilizzata in un equilibrio sempre a rischio di essere sconvolto da una nuova repentina scossa tellurica: i fattori di una potenziale instabilità, fino ad oggi silenti e mai tradottasi in atto, si collocano da un lato nella questione del diritto all'ultima parola sul riparto di competenze, particolarmente sentita in Germania e in Danimarca; e d'altro lato nella problematica dei "controlimiti", ovverosia nel problema della salvaguardia dei principi fondamentali degli ordinamenti costituzionali nazionali, cara soprattutto alle Corti costituzionali italiana e tedesca, ma poi diffusa anche in altri sistemi, come quello francese, svedese ed altri ancora.

2. Il rapporto tra Costituzione europea e Costituzioni nazionali nel Trattato costituzionale di Roma.

A seguito della firma del Trattato costituzionale di Roma del 29 ottobre 2004 occorre domandarsi se tale assetto del rapporto tra le Costituzioni nazionali e l'ordine costituzionale europeo, basato essenzialmente sull'intreccio dei principi del primato,

¹¹ Corte suprema danese, decisione del 6 aprile 1998, n. 361/97, *Carlsen e altri contro Rasmussen*.

della separazione di competenze e dei controlimiti, sia ancora attuale o sia di contro destinato a tramontare, per lasciar spazio a nuovi scenari.

Per affrontare questa problematica occorre analizzare il dato normativo del Trattato costituzionale europeo, ed in particolare gli artt. I-2, I-5, I-6, I-9, II-111, II-112, II-113, senza dimenticare che tale nuovo tessuto normativo sarà chiamato ad interagire con la situazione pregressa, in particolare con la giurisprudenza della Corte di giustizia europea.

2.1. Il principio della supremazia del diritto europeo sulle Costituzioni nazionali (art. I-6)

Nel corso del processo di elaborazione del Trattato costituzionale europeo molta attenzione è stata prestata alla formulazione dell'attuale art. I-6, contenente il principio della supremazia del diritto europeo. Molti hanno colto una somiglianza con la *supremacy clause* della Costituzione americana o di altre Costituzioni federali¹² e paventano il rischio che attraverso tale principio si introduca una ristrutturazione in senso definitivamente gerarchico tra la Costituzione europea e le Costituzioni nazionali.

Si è seguita con attenzione e con qualche inquietudine¹³ la migrazione della *supremacy clause* dall'originario art. 10 del progetto elaborato dalla Convenzione, rubricato sotto il titolo III della Parte prima, relativo alle *Competenze dell'Unione*, verso la sua nuova sede, nell'art. 5 a, poi divenuto art. I-6, collocato nel più generale Titolo I della parte Prima, relativo a *Definizione e obiettivi dell'Unione*: la nuova sede della *supremacy clause* è stata da taluno ritenuta carica di importanti implicazioni sul piano sistematico: mentre l'originaria localizzazione del principio del primato sottolineava che esso era destinato ad esplicare la sua efficacia all'interno del principio di attribuzione di competenze, la nuova collocazione, sembra invece allentare il nesso tra il primato e la delimitazione delle competenze. In effetti, benché l'interpretazione

¹² Sembra suggerire una tale similitudine ad esempio LUIS MARIA DIEZ PICAZO, *Treaty or Constitution? The Status of the Constitution for Europe*, in *Jean Monnet Working Papers n. 5/04*, in www.jeanmonnetprogram.org p. 5 ss.

¹³ Si vedano soprattutto le acute osservazioni di Jacques Ziller, *La nuova costituzione europea*, 2° edizione, Bologna, Il Mulino, 2004, p. 140 ss.

più accreditata del rapporto tra principio del primato e delimitazione delle competenze dell'Unione sia quella di ricondurre l'ambito di operatività di tale principio entro i confini delle competenze dell'Unione resi più rigorosi proprio dal Trattato costituzionale, non si può fare a meno di notare che non manca qualche elemento di ambiguità in relazione al rapporto tra principio del primato e competenze.

Nessun dubbio che il diritto derivato possa godere della qualità della supremazia solo se e nella misura in cui rispetti la delimitazione di competenze tracciata dal Trattato costituzionale europeo. Condizione di validità della legislazione derivata dell'Unione europea è che essa possa esibire una specifica base giuridica nel testo del Trattato, cosicché il problema della sua prevalenza sul diritto nazionale non si pone nemmeno se a priori si rinviene un vizio di incompetenza. Il tenore letterale dell'art. I-6 è chiarissimo su questo punto: “[...] il diritto adottato dalle istituzioni dell'Unione *nell'esercizio delle competenze a questa attribuite* preval[e] sul diritto degli Stati membri”¹⁴. Il primato del diritto europeo derivato opera solo all'interno del principio di attribuzione di competenze. Meno evidente è invece il rapporto tra Costituzione europea e diritto nazionale.

Da una parte è più che evidente che non ha alcun senso porsi il problema del rispetto del principio delle competenze attribuite da parte del Trattato costituzionale europeo, posto che esso stesso è l'atto con cui gli Stati membri conferiscono le competenze all'Unione europea. Per definizione esso agisce nell'ambito delle competenze dell'Unione. Infatti, l'art. I-6 chiaramente riferisce la tematica delle competenze al solo diritto derivato: “La Costituzione e il diritto adottato dalle istituzioni dell'Unione nell'esercizio delle competenze a questa attribuite prevalgono sul diritto degli Stati membri”. La Costituzione prevale comunque sul diritto degli Stati membri, senza necessità di porre il problema del rispetto delle competenze. D'altra parte se questo fosse sempre vero, si produrrebbero conseguenze inaccettabili: il primato del diritto costituzionale europeo si attergerebbe proprio a quella supremazia assoluta e senza limiti della Costituzione europea sulle Costituzioni nazionali che i primi commentatori speravano di poter scongiurare. Se il principio delle competenze non fosse in grado di contenere in nessun modo la supremazia della Costituzione europea

¹⁴ Art. I-6, corsivo aggiunto.

ciò significherebbe che i valori, i principi, le libertà fondamentali, i diritti fondamentali dell'Unione europea avrebbero sempre la meglio sui loro corrispondenti iscritti nelle Costituzioni nazionali. All'orizzonte si affaccerebbe lo spettro della "tirannia della Costituzione europea" – parafrasando la celebre espressione di Carl Schmitt.

Come vedremo più avanti, il problema è stato affrontato in altra parte del testo Trattato costituzionale europeo, senza però sciogliere definitivamente tutti i motivi di ambiguità.

Proprio alla luce di queste incertezze si comprende, allora, che nell'ambito della discussione sulla natura del Trattato costituzionale molti commentatori abbiano sottolineato con enfasi l'importanza dell'art. I-6, cogliendo in esso un inequivocabile segno di una autentica costituzionalizzazione dell'Unione europea.

In effetti non si può negare che tale principio contenga il seme di un ulteriore sviluppo prefederativo del sistema comunitario europeo come ci aveva avvertito anni fa Alberto Predieri¹⁵.

Se le relazioni tra Costituzione europea e Costituzioni nazionali si risolvessero totalmente nel principio della supremazia, l'art. I-6 direbbe infatti l'ultima parola sulle relazioni tra Costituzione europea e Costituzioni nazionali, sancendo definitivamente la totale subordinazione delle seconde alla prima, senza via d'uscita, senza possibili eccezioni, in una prospettiva di purismo monistico. La scrittura del principio della supremazia del diritto europeo e soprattutto l'esplicito riferimento alla supremazia del diritto europeo sulle Costituzioni nazionali contenuto nella disposizione testuale dell'art. I-6 sembrano infatti offrire spunti a questo tipo di interpretazione. Se così fosse il nostro ragionamento potrebbe finire qui, con una sorta di *de profundis* per le Costituzioni nazionali.

Tuttavia, a temperare la severità di questa conclusione vi sono molteplici considerazioni che sembrano almeno parzialmente falsificare tale ipotesi interpretativa.

La prima, apparentemente banale, considerazione deriva dalla funzione ricognitiva attribuita al Trattato costituzionale europeo. Non bisogna mai dimenticare

¹⁵ A. Predieri, *La giurisprudenza della Corte costituzionale sulla gerarchia e sulla competenza di ordinamenti o di norme nelle relazioni fra Stato e Comunità europea*, in *La Corte costituzionale tra diritto interno e diritto comunitario*, Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, il 15 e 16 ottobre 1990, Milano, Giuffrè 1991, 93 ss.

che il mandato della Convenzione istituita a Laeken era in gran parte ricognitivo dei principi costituzionali vigenti nell'ordinamento europeo. Di conseguenza, fin dove possibile, laddove il Trattato costituzionale ripete principi costituzionali vigenti – come è il caso del primato - occorre interpretare il testo scritto alla luce *dell'acquis communautaire*, stratificatosi nel corso degli anni. Se questo è vero in generale, a maggior ragione tale regola deve valere per il principio del primato, perché così risulta formalmente sancito dalla Dichiarazione n. 1, voluta soprattutto dal governo britannico¹⁶, e allegata al testo firmato a Roma: “La Conferenza constata che l’art. I-6 rispecchia la giurisprudenza esistente della Corte di giustizia delle Comunità europee e del Tribunale di primo grado”.

Letto alla luce di questa dichiarazione il principio scritto all’art. I-6 del trattato costituzionale nulla aggiunge e nulla toglie rispetto alla situazione esistente: con ogni probabilità la Corte di giustizia seguirà ad attribuire alla supremazia del diritto europeo un valore assoluto, mentre le Corti nazionali, o almeno alcune di esse, non smetteranno di tentare di circoscrivere la sua portata almeno dal punto di vista teorico, ponendo le riserve sopra ricordate.

2.2. Il rispetto delle identità costituzionali degli Stati membri (art. I-5) e il “primato invertito”.

Altri elementi normativi giocano però nell’interpretazione del principio della supremazia del diritto europeo ed introducono novità significative per il tema delle relazioni tra Costituzione europea e Costituzioni nazionali.

Il più importante è contenuto nell’art. I-5 del Trattato costituzionale europeo. In esso si legge che: “L’Unione rispetta l’eguaglianza degli Stati membri davanti alla Costituzione e la loro identità nazionale, insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, compreso il sistema delle autonomie regionali e locali”. Se è vero che questa disposizione normativa non è del tutto inedita, perché costituisce un diretto sviluppo dell’attuale art. 6, par. 3 del Tr.UE – “L’Unione rispetta l’identità nazionale dei suoi stati membri” -, è anche vero che nuovo è invece il riferimento alla

¹⁶ Si veda il documento CIG 52/03 ADD 1, del 25 novembre 2003.

struttura costituzionale degli Stati membri. L'impegno che l'Unione già si era assunta con l'art. 6, par. 3 del Tr. UE di rispettare l'identità nazionale degli Stati membri si precisa in un precetto normativo dotato di maggior mordente giuridico proprio grazie al riferimento che la disposizione contiene al rispetto della struttura costituzionale nazionale degli Stati membri contenuto nell'art. I-5 del Trattato costituzionale di Roma. Questa variazione testuale rispetto al precedente art. 6 del Tr.UE è decisiva: non si tratta più soltanto di un richiamo ad un rispettoso quanto generico atteggiamento di tolleranza verso il multiculturalismo che contraddistingue la società europea, ma di un principio spendibile interamente sul piano giuridico. L'identità nazionale cui fa riferimento l'art. I-5 ha ora un suo nucleo giuridicamente afferrabile ed è costituito dalle scelte di valore espresse dalle Costituzioni nazionali. In qualche misura, la nuova formulazione dell'art. I-5 sembra ispirarsi a quella corrente del costituzionalismo, ormai largamente diffusa e condivisa, che legge nelle Costituzioni nazionali un precipitato della cultura di un'intera società, uno scrigno in cui il patrimonio culturale viene preservato e tramandato in termini anche giuridici.

La nuova formulazione della clausola delle identità nazionali non è affatto passata inosservata, talchè molti commentatori hanno voluto leggere in essa il riconoscimento normativo nell'ordinamento europeo della dottrina dei controlimiti, della inviolabilità, cioè, dei principi costituzionali fondamentali di ogni Stato membro.

In questa chiave, l'art. I-5 costituirebbe una – forse la principale - nota in contrappunto¹⁷ al principio di supremazia. Grazie anche alla nuova collocazione sistematica del principio della supremazia del diritto europeo, che segue appunto il principio delle identità costituzionali degli Stati membri, le due disposizioni sarebbero da leggere in combinato, producendo un principio unitario secondo il quale il diritto europeo, pur prevalendo su tutto il diritto interno degli Stati membri, si arresterebbe sempre di fronte ai principi inviolabili di ogni ordinamento costituzionale. Come è stato detto, si sarebbe passati da una situazione di contrapposizione tra il principio di supremazia e il controlimiti – “*primauté versus controlimiti*” – ad una situazione in cui

¹⁷ L'idea del contrappunto è attribuibile a M. Poiars Maduro, *Contrapunctual Law: Europe's Constitutional Pluralism in Action*, in N. Walker (ed), *Sovereignty in Transition*, 501 ss, Oxford, 2003.

il principio del primato abbraccia la dottrina dei controlimiti – “primauté e controlimiti”¹⁸. In altri termini, i principi costituzionali fondamentali degli Stati membri non sarebbero più solo un limite *nazionale* al diritto europeo, ma anche un limite al diritto europeo, all’interno dell’Unione stessa¹⁹.

Indubbiamente l’art. I-5 con il suo richiamo alla struttura costituzionale degli Stati membri sarà – dovrà essere - un elemento chiave nella costruzione dei rapporti tra Costituzione europea e Costituzioni nazionali. In qualche misura tale disposizione suona come una concessione o un riconoscimento nei confronti delle Corti costituzionali nazionali che hanno caparbiamente fatto quadrato intorno al nucleo fondamentale delle Costituzioni nazionali con le coraggiose pronunce giurisprudenziali degli anni 70 e 80, ricordate in apertura.

Resta una insidia, acutamente percepita da taluno²⁰, che potrebbe neutralizzare in gran parte i punti di vantaggio conquistati dalle Costituzioni nazionali grazie all’art. I-5 del Trattato costituzionale di Roma: chi sarà l’interprete e il portavoce delle “strutture costituzionali nazionali” nell’ordinamento europeo? Tale compito sarà riconosciuto – come sembrerebbe logico – a chi negli ordinamenti nazionali svolge il ruolo di custode della Costituzione? Oppure si potrà ripetere in qualche misura la saga dei diritti fondamentali, in cui al riconoscimento delle giuste esigenze di tutela dei diritti fondamentali più volte reclamate dalle Corti nazionali, si è accompagnata una “comunitarizzazione” degli stessi ad opera della Corte di giustizia? Si può immaginare che anche in riferimento all’interpretazione delle strutture fondamentali degli ordinamenti costituzionali nazionali la Corte di giustizia divenga l’interprete unico o ultimo o privilegiato? L’interrogativo, per quanto possa suonare paradossale, non è affatto peregrino. Se da un lato sembra contraddittorio affidare alla Corte di giustizia l’interpretazione delle identità costituzionali nazionali, d’altra parte se si concedesse ai

¹⁸ A. Celotto e T. Groppi, *Diritto Ue e diritti nazionali: Primauté vs. controlimiti*, in corso di pubblicazione in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*; così anche P. Paul Cassia, *L’article I-6 du traité établissant une Constitution pour l’Europe*, cit.

¹⁹ M. Luciani, Audizione parlamentare del 1 dicembre 2004, III Commissione affari esteri e comunitari, Camera dei deputati.

²⁰ R. Alonso Garcia, nel seminario svoltosi presso l’Università Carlos III di Madrid del 5-7 settembre 2004, *The National Constitutional Reflection of the European Union Constitutional Reform*.

singoli giudici nazionali il diritto all'ultima parola sui valori imprescindibili del proprio ordinamento costituzionale da opporre al primato del diritto europeo si esporrebbe l'ordinamento comunitario ad un insostenibile rischio di disgregazione.

Come vedremo nel prosieguo dell'analisi, anche in questo caso si dimostrerà che in Europa è finita l'epoca del diritto all'ultima parola o dei poteri ultimi.

2.3. Le clausole orizzontali della Carta dei diritti.

La lettura coordinata degli artt. I-5 e I-6 del Trattato costituzionale europeo esprimono in modo chiaro che l'ordinamento costituzionale dell'Unione europea è stato progettato in modo da non svalutare le Costituzioni nazionali, evitando di subordinarle ad una Costituzione comune superiore. Il modello gerarchico poco riesce a spiegare del rapporto tra Costituzione europea e Costituzioni nazionali. Le Costituzioni nazionali, infatti, lungi dall'essere degradate o squalificate dalla approvazione del Trattato costituzionale europeo, sono invece da esso espressamente riconosciute e valorizzate quali elementi portanti di un tessuto costituzionale europeo, di cui le Costituzioni nazionali costituiscono la trama e la Costituzione europea l'ordito.

In questa prospettiva spingono, oltre all'art. I-5 poco sopra analizzato, anche altre disposizioni del testo costituzionale europeo. Brevemente, si possono ricordare l'art. I-2 che nell'enunciare i valori dell'Unione, riconosce che essi sono comuni agli Stati membri. Similmente l'art. I-9, relativo alla protezione dei diritti fondamentali, mantiene viva la fonte più feconda di tali diritti nell'ordinamento europeo, costituita dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, scongiurando il rischio di una sua atrofizzazione a seguito della scrittura della Carta dei diritti, incorporata nella parte II del Trattato costituzionale.

Ancora più espliciti sono le clausole finali o orizzontali della parte II del Trattato costituzionale, relativa alla tutela dei diritti fondamentali. Non occorre qui intrattenersi diffusamente su tali disposizioni, ampiamente dibattute per la loro straordinaria importanza. Ai limitati fini della problematica che si sta qui esaminando è sufficiente richiamare sinteticamente alcuni punti cardine in esse contenuti.

Anzitutto, l'art. II-111 affronta il problema capitale del rapporto tra la costituzionalizzazione dei diritti fondamentali in un sistema composito e il riparto delle competenze tra il livello di governo superiore e le entità statali. Forti di altre esperienze federali, gli autori della Carta dei diritti hanno precisato con termini perentori che la scrittura del nuovo *Bill of Rights* europeo non determina alterazioni nel riparto di competenze tra Unione europea e Stati membri:

“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 nelle altre parti della Costituzione” (art. II - 111. par. 2).

Ancor più rilevante per il problema delle relazioni tra Costituzione europea e Costituzioni nazionali qui affrontato è il primo paragrafo del medesimo art. II-111, dove si delinea un'immagine di coordinamento tra la tutela dei diritti fondamentali europei e i diritti fondamentali protetti dalle Costituzioni nazionali chiaramente basato sul sistema della divisione di competenze:

“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. Pertanto, 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 nelle altre parti della Costituzione”.

La Carta dei diritti sembra dunque destinata a rivolgersi alle sole istituzioni europee, sia come limite e quindi come criterio di validità degli atti da esse adottati, sia come compito o obiettivo da perseguirsi con attività promozionali, fermi restando i limiti di competenza su di esse gravanti in virtù di altre disposizioni del Trattato costituzionale.

Le Costituzioni nazionali, invece, mantengono intatto il loro ambito di operatività, nei confronti delle istituzioni e dei soggetti statali, nelle zone dell'ordinamento non interessate dal diritto comunitario. Questa geometrica delimitazione degli ambiti di operatività delle Carte dei diritti europea e nazionali subisce un'importante eccezione, nei casi di azioni o atti statali adottati in applicazione

di normative europee e perciò attratte nella sfera di applicazione della Carta dei diritti europea, secondo la tradizionale dottrina *dell'incorporation*.

Infatti, quando l'art. II-111, par. 1 sopra richiamato afferma che le disposizioni della Carta dei diritti europea "si applicano .. pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione, si consente un'incursione dell'ordinamento costituzionale europeo negli ordinamenti nazionali potenzialmente molto pervasiva. Come già si è avuto modo di constatare nell'esperienza fin qui condotta, la dottrina dell'incorporation, apparentemente limitata agli atti statali di stretta esecuzione del diritto dell'Unione, tende inesorabilmente ad espandere l'influenza dei diritti fondamentali europei su tutti gli atti e le attività statali (regionali e locali), che in una forma o nell'altra interferiscono con il diritto dell'Unione europea, anche solo incidentalmente o marginalmente

Ecco allora riemergere la necessità di un presidio a garanzia dei diritti fondamentali derivanti dalle Costituzioni nazionali, affinché il rispetto delle identità costituzionali nazionali sottolineato dall'art. I-5 non risulti svuotato o impraticabile nella vita concreta dell'ordinamento.

La prima garanzia di sopravvivenza delle Costituzioni nazionali e dei diritti fondamentali ivi protetti è data proprio dall'art. II-111, par. 2 che sembra voler preservare una zona immune dall'efficacia della Carta dei diritti europea, in cui le Costituzioni nazionali mantengono intesa la loro funzione e la loro efficacia nei settori di esclusiva competenza statale.

Anche nel successivo art. II-113 compare il riconoscimento delle Costituzioni nazionali con l'intento di preservarne l'operatività nei casi in cui permettano un miglioramento nella tutela dei diritti fondamentali della persona:

"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 membri sono parti, in particolare la Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dalle costituzioni degli Stati membri".

Anche qui, come nel caso dell'art. I-5 già analizzato, il Trattato costituzionale sembra preservare i diritti inviolabili (i controlimiti) protetti dalle Costituzioni

nazionali come elementi di chiusura del rapporto tra ordinamenti nazionali ed europeo, secondo quanto richiesto da alcune Corti costituzionali, secondo una sorta di gerarchia invertita.

In altri termini, riassumendo gli esiti dell'analisi fin qui condotta, il Trattato costituzionale sembrerebbe voler delineare un razionale e prevedibile rapporto tra Costituzione europea e Costituzioni nazionali, così riassumibile, alla lettura degli artt. I-5 e I-6 da un lato e II-111 e II-113 dall'altro, secondo la seguente triade di principi.

- Principio di competenza: il primo principio che deve guidare l'interprete nel ricomporre i rapporti tra Costituzione europea e Costituzioni nazionali è quello della suddivisione dei rispettivi ambiti di operatività in base ad un principio di competenza, rimanendo ciascun ordinamento fondato su una propria Carta costituzionale e orientato al rispetto dei principi in essa contenuti.
- Primato della Costituzione europea: nei casi, misti, in cui si intrecciano e si sovrappongono i vari ordinamenti giuridici, ed in particolare quando le autorità nazionali operano nell'ambito del diritto comunitario, la Costituzione europea deve avere supremazia e prevalenza sulle Costituzioni nazionali;
- Primato invertito: la supremazia della Costituzione europea deve però lasciare spazio ad una sorta di "*primato invertito*" quando si entra nella zona proibita dei "controlimiti", cioè dei diritti fondamentali e dei principi supremi immutabili degli ordinamenti costituzionali nazionali, perché in tal caso il diritto all'ultima parola spetterebbe alle Costituzioni nazionali.

2.4. La déclaration del Tribunale costituzionale spagnolo sulla ratifica del Trattato costituzionale europeo.

Tale sembrerebbe essere l'interpretazione accolta dal Tribunale costituzionale spagnolo in occasione della ratifica del Trattato costituzionale europeo, nella decisione resa il 13 dicembre 2004.

Il Tribunale costituzionale spagnolo si è pronunciato sulla compatibilità del principio del primato del diritto comunitario come formulato nell'art. I-6 del Trattato

costituzionale, su sollecitazione del Consiglio di Stato²¹, nell'ambito di una procedura diretta a valutare in via preventiva²² la compatibilità del Trattato costituzionale europeo con la Costituzione spagnola, al fine di effettuare una eventuale revisione della Costituzione spagnola da far precedere alla ratifica del Trattato stesso. La decisione del Tribunale costituzionale non rileva motivi di incompatibilità tra le due Carte costituzionali e dunque non ritiene necessaria la revisione della Costituzione spagnola in vista della ratifica (a differenza di quanto è stato deciso invece dal *Conseil constitutionnel* francese). La decisione si rivela di grande interesse nell'ambito della problematica che qui si affronta, perché il punto principale su cui il Tribunale costituzionale spagnolo è stato chiamato a pronunciarsi è proprio quello della compatibilità tra il principio di supremazia del Trattato costituzionale enunciato all'art. I-6 con la supremazia della Costituzione spagnola. Entrambe le Carte costituzionali vantano la pretesa di autorità ultima, sul piano normativo, nei rispettivi ordinamenti di riferimento. E tale pretesa non può sorprendere, perché tutte le Costituzioni vantano questo significato fondativo o di chiusura, sia che lo affermino esplicitamente, sia che lo sottintendano, come accade nella maggior parte dei casi.

Il Tribunale costituzionale spagnolo non ravvisa alcun motivo di attrito tra la primazia del Trattato costituzionale europeo e la supremazia della Costituzione spagnola, grazie ad una originale interpretazione del principio del primato della Costituzione europea che ne delimita l'operatività in ragione degli ambiti di competenza dell'Unione europea e grazie alla formulazione di limiti (controlimiti) sostanziali ai trasferimenti di sovranità a favore delle istituzioni europee.

Muovendo da quest'ultimo aspetto, il Tribunale costituzionale spagnolo afferma anzitutto che la cessione delle competenze alle istituzioni dell'Unione, autorizzata dall'art. 93 della Costituzione, incontra dei limiti materiali, anche se non espressi nel testo costituzionale, che consistono precisamente nel rispetto delle strutture costituzionali fondamentali e del sistema dei valori e principi fondamentali consacrati nella Costituzione, tra cui i diritti fondamentali²³. In tal modo, il Tribunale

²¹ Consiglio di Stato spagnolo, Dictamen del 21 ottobre 2004

²² Procedura prevista dall'art. 95. par. 2 della Costituzione spagnola.

²³ Par. 2, ultimo capoverso, della motivazione in diritto.

costituzionale spagnolo si allinea alla giurisprudenza consolidata di alcune Corti costituzionali, tra cui quella italiana e tedesca, facendo valere, dall'interno dell'ordinamento costituzionale nazionale la necessità di salvaguardare il nucleo inderogabile della Costituzione. Ma ancor più interessante, per alcuni aspetti, è il successivo passaggio in cui il Tribunale costituzionale spagnolo interpreta proprio l'art. I-5 del Trattato costituzionale europeo come un riconoscimento anche a livello europeo della dottrina dei controlimiti:

“En otros términos, los límites a que se referían las reservas de dichas jurisdicciones constitucionales aparecen ahora proclamados de modo in equívoco por el propio Tratado sometido a nuestra consideración, que ha venido a acomodar sus disposiciones a las exigencias de las Constituciones de los estados miembros”²⁴.

Le disposizioni del Trattato costituzionale europeo si adattano, dunque, nell'interpretazione proposta dal giudice spagnolo, alle esigenze delle Costituzioni nazionali, almeno nel loro contenuto fondamentale.

Per il resto, quando cioè non entrino in gioco i valori o le strutture fondamentali della Costituzione nazionale, il principio della supremazia ex art. I-6 del Trattato Costituzionale europeo è considerato operante non in base ad un criterio gerarchico, che detterebbe una subordinazione delle Costituzioni nazionali a quella europea, ma entro il prevalente criterio della delimitazione delle competenze. In un lungo passaggio di teoria delle fonti, il Tribunale costituzionale indugia nella distinzione tra la *supremazia* – tipica della Costituzione nazionale – e la *primazia* – tipica del Trattato costituzionale europeo. Le due categorie si distinguerebbero²⁵ proprio perché la prima opera secondo una logica gerarchica, mentre la seconda secondo una logica di competenze attribuite:

“Primacía y supremacía son categorías que se desenvuelven en órdenes diferenciados. Aquélla, en el de la aplicación de normas válidas; ésta, en el de los procedimientos de normación. La supremacía se sustenta en el carácter jerárquico

²⁴ Par. 3, ultimo capoverso, della motivazione in diritto.

²⁵ Critici in generale su questo passaggio della decisione gli osservatori spagnoli. Si vedano ad es. A. Saiz Arnaiz, *De primacía, supremacía y derechos fundamentales en la Europa integrada: la declaración del Tribunal Constitucional de 13 de diciembre de 2004 y el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*, in corso di pubblicazione, p. 16 del dattiloscritto; I. Gómez Fernandez, *Una svolta nella giurisprudenza comunitaria del Tribunal Constitucional spagnolo: la declaración 1/2004*, in corso di pubblicazione in *Quaderni costituzionali* n. 2/2005. E' interessante anche osservare che la Declaracion è stata resa a maggioranza, con alcune opinioni dissenzienti.

superior de una norma y, por ello, es fuente de validez de las que le están infraordenadas, con la consecuencia, pues, de la invalidez de éstas si contravienen lo dispuesto imperativamente en aquélla. La primacía, en cambio, no se sustenta necesariamente en la jerarquía, sino en la distinción entre ámbitos de aplicación de diferentes normas, en principio válidas, de las cuales, sin embargo, una o unas de ellas tienen capacidad de desplazar a otras en virtud de su aplicación preferente o prevalente debida a diferentes razones.”

E’ proprio grazie a questo duplice contenimento delle potenzialità della primazia della Costituzione europea in termini di delimitazione delle competenze e di rispetto delle strutture e dei valori fondamentali delle Costituzioni nazionali che il Tribunale costituzionale spagnolo esclude ogni conflitto costituzionale.

Certamente questa linea interpretativa sarà tenuta in debito riguardo anche dalla Corte costituzionale italiana qualora dovesse essere chiamata a pronunciarsi su tali problematiche, perché nella decisione del Tribunale spagnolo si colgono due elementi cari anche alla giurisprudenza costituzionale italiana sui rapporti con l’ordinamento comunitario: il dualismo – ripreso dal Tribunale spagnolo sotto le vesti della divisione degli ambiti di competenza – e il “primato con riserva” , cioè a dire la teoria dei controlimiti. Se così fosse, la convivenza fra i due ordini costituzionali sarebbe prevedibile ed ordinata, una “armonia fra diversi”, come si ebbe a scrivere qualche tempo fa, con uno spirito spiccatamente pacificatore²⁶.

3. Le incursioni interpretative tra ordinamenti costituzionali.

Sicuramente il coordinamento normativo che sembra emergere dalla lettura delle disposizioni del Trattato costituzionale europeo e che il Tribunale costituzionale spagnolo ha avallato costituisce l’ossatura fondamentale del pluralismo costituzionale europeo – per usare una felice espressione di Enzo Cannizzaro²⁷ – da cui ogni interprete deve muovere.

Vi sono tuttavia alcuni fattori che potrebbero introdurre qualche elemento di disordine, scardinando i confini tra Costituzione europea e Costituzioni nazionali, così

²⁶ V. Onida, “*Armonia tra diversi*” e *problemi aperti*, in Quaderni costituzionali 2002, 549 ss.

²⁷ E. Cannizzaro, *EU Law and National Constitution. A Pluralist Constitution for a Pluralist Legal Order?* National Report – Italy, Fide 2002, in www.fide2002.org .

razionalmente individuati. Si tratta principalmente della naturale vocazione espansiva dei valori e dei principi costituzionali da un lato, e degli strumenti di raccordo interpretativo tra ordinamenti esplicitamente previsti dal Trattato costituzionale europeo dall'altro.

3.1. Il trattato costituzionale europeo come enunciato di valori condivisi.

In un testo così vario e disomogeneo come quello del Trattato costituzionale europeo, accanto a regole specifiche, si incontra anche una ricca scelta di principi e valori costituzionali fraseggiati in modo assai ampio. Il trattato costituzionale del 2004 è particolarmente sovrabbondante a questo riguardo, perché del costituzionalismo tale Trattato ha voluto mutuare non solo il linguaggio, ma anche la funzione culturale, enunciando un sostrato di valori condivisi o condivisibili da parte di tutti i popoli europei, corredato da numerosi simboli in funzione identitaria. Segnali di questa valenza culturale del processo di costituzionalizzazione dell'Unione si colgono ad esempio nell'inserimento nel testo costituzionale dei simboli dell'Unione (art. I-8: la bandiera, l'inno, il motto, la moneta, la festa "nazionale"), nella reiterazione pleonastica degli articoli sui diritti fondamentali e sulla cittadinanza nella prima parte del Trattato, laddove essi erano già enunciati nella seconda e, in modo ancor più inequivocabile, nella lettura del contestato e discutibile Preambolo. Tutto il dibattito sulla individuazione delle radici culturali da inserire nel preambolo²⁸ dipende infatti dalle diverse valutazioni che si confrontano attorno al problema di come ricomporre una unità culturale in una Europa sempre meno omogenea: laddove alcuni ritengono che una matrice comunemente condivisa di valori richieda che siano smorzati gli aspetti più caratterizzanti delle diverse identità, altri – tra cui chi scrive – pensano viceversa che le "identità prese sul serio" siano una premessa indispensabile per trovare un terreno culturalmente condiviso con l'altro. Ad ogni modo, quale che sia l'apprezzamento che si vuole esprimere a riguardo del Preambolo, certo è che l'intento di creare un sostrato di valori costituzionali generalmente condivisi in una società tutt'altro che omogenea

²⁸ Su cui per tutti si veda J.H.H. Weiler, *Un'Europa cristiana*, Milano, 2003.

rispetto agli orientamenti morali, filosofici, religiosi, ideologici è chiaramente perseguito dal Trattato costituzionale.

Eloquenti in particolare sono l'art. I-2, e la Carta dei diritti incorporata nella parte seconda. Leggiamo la prima di queste disposizioni:

“L'Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti ad una minoranza. Questi valori sono comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini”.

La Costituzione europea ha voluto esplicitare i valori comuni e lo ha fatto evocando concetti largamente indeterminati. Per quanto il costituzionalista sia avvezzo a trattare con norme dalla struttura lessicale ampia ed aperta, non si può nascondere una certa perplessità quanto alla spendibilità sul piano giuridico di valori enunciati in termini così generali da risultare generici²⁹. La medesima suscita la lettura della Carta dei diritti, ove in molti casi – benché non sempre – i diritti sono espressi con formule sintetiche e vaghe: “La dignità umana è inviolabile”. “Ogni persona ha diritto alla libertà e alla sicurezza”. “Ogni persona ha il diritto alla vita” “Ogni persona ha il diritto al rispetto della vita privata e familiare”, e così via.

D'altra parte, a ben riflettere non è poi così sorprendente che nella Costituzione dell'Europa la struttura linguistica dei valori condivisi sia più ampia che nelle Costituzioni nazionali: essa riflette puramente e semplicemente la difficoltà di trovare un terreno di valori condiviso in tutti i 25 Stati dell'Unione. Se già è complesso scrivere una Carta fondamentale per un solo paese; se molteplici concessioni e compromessi sono indispensabili per arrivare ad un accordo su una Costituzione nazionale – come ben sa il costituzionalista italiano – immaginiamo quale può essere la difficoltà di condensare in un unico testo i valori davvero comuni a tutti gli Stati membri dell'Europa contemporanea.

Benché la giurisprudenza della Corte di giustizia europea abbia lavorato attorno alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, ciò non è bastato a spianare del

²⁹ Sul drafting della Carta di Nizza si veda la tesi di dottorato di Lara Trucco, *La Carta di Nizza tra tecnica normativa e politica di integrazione europea*, Genova 14 aprile 2005.

tutto gli ostacoli e le difficoltà ai redattori del Trattato costituzionale. Altro è un generico richiamo ad un sostrato di valori comuni in Europa, altro è declinare tali valori in un testo normativo scritto, valido per giunta per l'Europa del post-allargamento. Di qui l'inevitabile indeterminatezza linguistica del trattato costituzionale europeo nei suoi enunciati più pregnanti sul piano assiologico.

Di fronte ad un testo così strutturato, si possono dare solo due grandi alternative: o si tratta di una sequenza di formule destinate a non incidere mai sul terreno dell'effettività, enunciazioni retoriche, prive di vitalità e perciò inutili; oppure è inevitabile che le componenti del Trattato costituzionale linguisticamente più indeterminate accentuino il compito dei soggetti chiamati ad applicarlo³⁰. La "mitezza"³¹ delle formulazioni scritte esalterà il potere decisionale delle autorità giurisdizionali chiamate a forgiare il loro significato. In particolare, per una serie di ragioni che risulteranno chiare tra breve, tutta l'effettività giurisdizionale della Costituzione europea, quindi anche dei suoi valori e dei suoi diritti, dipenderà principalmente dall'importante opera della Corte di giustizia europea, sempre più investita di funzioni tipiche di una Corte costituzionale³² dell'Europa unita. Su di essa graverà l'onere di catalizzare ed armonizzare le diverse sensibilità culturali e costituzionali degli Stati membri. Ma per svolgere adeguatamente questo compito la Corte di Giustizia avrà bisogno di solidi interlocutori a livello nazionale.

Occorrerebbe anche tenere presente che questa importantissima e potentissima funzione interpretativa dei valori costituzionali da parte della Corte europea finirà per contaminare significativamente le sfere costituzionali nazionali ed europee, grazie ai molteplici collegamenti che uniscono i giudici nazionali alla Corte di Lussemburgo, aprendo numerose brecce lungo la linea di divisione tra Costituzione europea e Costituzione nazionali, apparentemente tracciata nel Trattato costituzionale del 2004 e

³⁰ In questo senso si vedano le interessanti osservazioni di S. Douglas-Scott, *The Charter of Fundamental Rights as a Constitutional Document*, in *Eur. Human Rights Law Rev.*, 2004, 37 ss.

³¹ Il riferimento è naturalmente a G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Torino, 1992.

³² Critico sul cumulo di funzioni diverse in capo alla Corte di giustizia, in particolare verso la commistione di funzioni di natura costituzionale con altre di natura ordinaria, tra gli altri R. Alonso Garcia, *Il giudice nazionale come giudice europeo alla luce del Trattato costituzionale*, in *Quad. Cost.* 2005.

avallata dalla lettura che di essa ha dato il Tribunale costituzionale spagnolo. Come è stato efficacemente detto, la divisione tra Unione europea e Stati membri, non è a compartimenti stagni, ma somiglia piuttosto ad una rete, all'intreccio di una ragnatela³³. E ciò si riscontra in modo più evidente proprio a livello costituzionale, specie in riferimento alla tutela dei diritti fondamentali.

3.2. L'armonizzazione in sede interpretativa.

Alle considerazioni sulla struttura lessicale dei diritti e dei valori della Costituzione europea, già di per sé sufficienti a far vacillare l'idea di una netta divisione tra ambito di operatività delle Costituzioni nazionali ed europea, si aggiungono anche alcune esplicite disposizioni del Trattato costituzionale che alludono proprio ad una ricomposizione sul piano interpretativo-giurisdizionale di ciò che apparentemente sembra distinto sul piano normativo e delle competenze.

Si tratta in particolare dell'art. II-112, parr. 3, 4, 5 e l'art. II- 113.

Leggiamo la più esplicita di queste disposizioni. L'art. II-112, par. 4:

“Laddove la presente Carta riconosce i diritti fondamentali quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri tali diritti sono interpretati in armonia con dette tradizioni”.

Questa disposizione si completa con l'art. I-9, già citato, che afferma che:

“I diritti fondamentali [...] risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali”.

Disposizioni analoghe valgono in relazione alla Convenzione europea dei diritti dell'Uomo.

Non è difficile pronosticare che saranno queste disposizioni a disinnescare il potenziale rischio di conflitti costituzionali. L'antidoto risiede nell'obbligo di armonizzare in sede interpretativa le tradizioni costituzionali degli Stati membri, tra di loro e con la tradizione dell'Unione europea, che certamente la Corte di giustizia onorerà con ogni mezzo a sua disposizione. Questo è quanto già si è verificato in

³³ S. Douglas-Scott, *The Charter of Fundamental Rights as a Constitutional Document*, cit., 48.

passato – nei casi irlandesi Grogan e Groener degli anni 90, ma anche più recentemente nel caso austriaco Schmidberger sul conflitto tra la libertà di circolazione delle merci e la libertà di riunione³⁴ – quando si sono presentati casi di conflitti tra valori costituzionali nazionali ed europei, in cui si è evitato di attingere al rischioso terreno dei controlimiti, grazie al sapiente bilanciamento tra valori costituzionali effettuato dalla Corte di giustizia. Una delle ragioni per cui l’arma dei controlimiti, sempre paventata, mai è stata utilizzata da nessuna Corte costituzionale nazionale dipende anche da questa naturale propensione all’armonizzazione interpretativa da parte della Corte di giustizia, ora formalizzata anche nel Trattato costituzionale europeo³⁵.

Il rischio che si può prefigurare, e che occorre scongiurare, è quello di uno stemperamento dei valori costituzionali nazionali in questa armonizzazione europea, di cui giudice ed interprete supremo è la Corte di giustizia. Che l’interpretazione dei diritti e dei valori costituzionali da parte della Corte di giustizia non venga condotta secondo i canoni del metodo comparatistico, ma si concretizzi piuttosto in una libera ispirazione alle Costituzioni nazionali, i cui principi vengono sapientemente ricollocati nel contesto europeo da parte della Corte di giustizia, è un fatto noto a tutti coloro che hanno seguito sin dai primi anni la giurisprudenza sulle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri come fonte della protezione dei diritti fondamentali a livello europeo. Lungo la rotta migratoria dal contesto nazionale a quello europeo spesso i valori costituzionali perdono le loro peculiarità e vengono rimodulati secondo le esigenze comunitarie. Non si tratta di un problema del passato o di un fenomeno collegato solo al carattere non scritto dei principi costituzionali europei, destinato a svanire a fronte della scrittura della Costituzione. Sono di pochi mesi fa i passaggi argomentativi con cui la Corte di giustizia nel caso Omega³⁶, relativo al rispetto della dignità umana nei giochi d’azzardo

³⁴ Corte di giustizia 12 giugno 2003, causa C-112/00, Schmidberger.

³⁵ Tuttavia non si può fare a meno di ricordare che quando il contrasto tra valori costituzionali europei e Costituzioni nazionali era irrimediabile sul piano interpretativo, esso si è risolto con la revisione della Costituzione nazionale, come è accaduto nel caso Tanjia Kreil. Sul punto si vedano le belle osservazioni di S. Ninatti, *Azioni positive e discriminazioni per sesso nel diritto comunitario*, in *Quaderni costituzionali*, 2000, 465 ss.

³⁶ Sentenza sent. 14 ottobre 2004, causa C-36/02, *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs GmbH* con le osservazioni di M. E. Gennusa, *Valori costituzionali versus libertà fondamentali: la dignità umana vista dal Lussemburgo*, in corso di pubblicazione in *Quaderni costituzionali* n. 2 del 2005.

con omicidi simulati, ha forgiato il principio europeo del rispetto della dignità umana, facendo proprio un elemento tipico di una Costituzione nazionale – nel caso quella tedesca – elevandolo a principio europeo. In tale decisione, la Corte di giustizia e soprattutto l'Avvocato generale hanno intenzionalmente voluto “europeizzare” il principio del rispetto della dignità umana, benché tale principio sia tipicamente tedesco e raramente reperibile in altre Costituzioni nazionali degli Stati membri negli stessi termini. Certo, la Corte di giustizia si giovava anche della Carta dei diritti che nel frattempo era stata approvata a Nizza e che proclama la tutela della dignità umana proprio nella sua disposizione di apertura. Ciò non toglie significato, peraltro, al fatto che la Corte di Giustizia reputi che nonostante un dato principio o diritto fondamentale sia riconosciuto solo in uno o pochi Stati membri esso possa assurgere a principio costituzionale dell'Unione europea, *via* tradizioni costituzionali comuni.

Né può stupire questa libertà interpretativa della Corte di giustizia. Come ben sanno gli osservatori dei sistemi di *common law*³⁷, una delle principali ragioni che spiegano l'ampiezza della discrezionalità esercitata dai giudici in quei sistemi è la possibilità che ad essi è offerta di attingere ad una pluralità di fonti per l'esercizio del *judicial review*. Prima ancora che la questione della scrittura del diritto, è la molteplicità di fonti concorrenti a caratterizzare il mondo della *common law* rispetto a quello della *civil law*, con le note ricadute sul piano dei poteri dei giudici.

A livello di principi e diritti costituzionali, l'Unione europea somiglia certo più ad un sistema di *common law* che ad un tradizionale modello continentale: come si è già notato sopra, i valori comuni sono il prodotto di un'ampia gamma di fonti concorrenti, che comprendono le 25 Costituzioni nazionali, le giurisprudenze delle loro Corti supreme, la Convenzione europea dei diritti e delle libertà fondamentali, la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, e – non certo ultimo - il testo del Trattato costituzionale europeo che funge da catalizzatore. Un vero arcipelago delle fonti, per usare un'espressione cara al prof. Alberto Predieri.

³⁷ Si veda, recentemente, lo splendido affresco di M. Rosenfeld, *Constitutional adjudication in Europe and in the United States: paradoxes and contrasts*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2004, 633, specie 646.

Questa pluralità di fonti costituzionali da armonizzare fra loro e l'ampiezza del tenore letterale dei valori e dei diritti europei sono ragioni più che sufficienti per attendersi un importante ruolo creativo della Corte di giustizia a livello costituzionale.

Questa caratteristica multilivello e dinamica dell'ordinamento costituzionale europeo contiene però, come si diceva, il germe di un potenziale rischio di omologazione culturale per il tramite delle istituzioni comunitarie. Non si tratterà di una omologazione forzata o plateale, con aspri conflitti, vinti (le Costituzioni nazionali) e vincitori (i valori costituzionali europei). Si tratterà piuttosto di una garbata rimodulazione dei contenuti e dei significati dei valori costituzionali alla luce di quelli europei, interpretati dalla Corte di giustizia. Se il principale artefice di una tale tendenza ad uniformare i valori costituzionali può essere solo la Corte di giustizia di Lussemburgo, i principali canali di importazione dei diritti e dei principi "omologati" saranno naturalmente i giudici nazionali, che entrano ormai quotidianamente a contatto con il diritto comunitario grazie ai principi dell'effetto diretto e dell'obbligo di interpretazione conforme.

Quali possibilità permangono, dunque, affinché la ricchezza costituzionale dei vari Stati membri europei non si perda?

3.3. Viva vox constitutionis: la decisione del Conseil constitutionnel francese.

Nell'ambito delle recenti vicende legate alla ratifica del Trattato costituzionale europeo vi è un fatto interessante, degno di segnalazione e di riflessione, che potrebbe indicare la strada da percorrere per non disperdere la ricchezza culturale del pluralismo costituzionale europeo. Lo spunto è offerto dalla decisione del *Conseil constitutionnel* francese, relativo appunto al Trattato costituzionale di Roma³⁸. La decisione è conosciuta soprattutto per la parte in cui riscontra alcuni punti di attrito tra il Trattato costituzionale e la Costituzione francese, concludendo nel senso della necessità che la ratifica di tale Trattato sia preceduta da una revisione della Costituzione francese, come era accaduto anche all'epoca del Trattato di Maastricht. Meno nota è la prima parte

³⁸ Decisione 19 novembre 2004, n. 2004-505 DC, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*.

della decisione, quella relativa alla Carta dei diritti. Con una pronuncia che nel linguaggio della giustizia costituzionale italiana sarebbe definita come “interpretativa di rigetto”, il Conseil constitutionnel nega ogni conflitto di valore tra diritti proclamati nella Carta europea e la Costituzione francese, non prima però di aver letteralmente imposto ai principi europei una lettura nazionale, per via interpretativa.

Prendiamo due passaggi cruciali: quello relativo ai diritti delle minoranze e quello relativo alla laicità.

Tradizionalmente il costituzionalismo francese non sopporta il riconoscimento ufficiale delle minoranze etniche, linguistiche, culturali e religiose, a causa della tradizionale nozione unitaria del popolo francese, della nazione. Il Trattato costituzionale europeo, invece, in ossequio ad un orientamento largamente condiviso nella maggior parte degli Stati membri, ha riconosciuto ripetutamente i diritti delle minoranze, in particolare l’art. II-82, ai sensi del quale l’Unione si impegna a rispettare “la diversità culturale, religiosa e linguistica” e l’art. I-2 che tra i valori fondamentali dell’Unione enuncia, in chiusura, il rispetto “dei diritti delle persone appartenenti ad una minoranza”. Ora, è evidente che tali previsioni avrebbero potuto porre un serio problema costituzionale per la Francia: o modificare un principio costituzionale più che bicentenario relativo alla concezione del popolo francese, con serie conseguenze politiche a livello interno, oppure mettere in discussione il vincolo comunitario, come consente ora l’art. I-60 del Trattato costituzionale europeo. Ma il *Conseil* sceglie una strada diversa. Nel Considérant n. 16, il Conseil richiama l’art. II-112 del Trattato costituzionale che impone l’armonizzazione per via interpretativa dei valori costituzionali europei e nazionali e alla luce di esso conclude che « sont dès lors respectés les articles 1^{er} à 3 de la Constitution qui s'opposent à ce que soient reconnus des droits collectifs à quelque groupe que ce soit, défini par une communauté d'origine, de culture, de langue ou de croyance ». Il Trattato dunque non riconosce, secondo il Conseil, alcun diritto collettivo a gruppi etnici, culturali, linguistici o religiosi. Evidentemente, il Conseil legge il Trattato costituzionale europeo adeguandone i contenuti alle esigenze della Costituzione francese. Vero è che a rigore il Trattato costituzionale europeo non parlava di diritti collettivi delle minoranze, ma semmai di diritti (individuali) delle persone appartenenti ad una minoranza. Tuttavia è chiaro

l'intento del Conseil constitutionnel di anticipare ogni possibile interpretazione delle norme costituzionali europee in senso inaccettabile per la Costituzione francese. Si potrebbe dire che questa decisione il Conseil ha enunciato un "controlimite" francese, di cui la giurisprudenza europea non potrà non tener conto, quando si presenterà l'occasione di interpretare le norme del Trattato costituzionale relative ai diritti delle minoranze.

Analoga la dinamica in materia di libertà religiosa e di laicità dello Stato. Anche in materia di libertà religiosa sono numerosi i richiami del Trattato costituzionale. Si osservi, oltre all'art. I-3, in particolare l'art. II-70 del Trattato costituzionale sulla libertà di pensiero, di coscienza e di religione che riconosce esplicitamente, tra l'altro, "la libertà di manifestare la propria religione o la propria convinzione individualmente o collettivamente, in pubblico o in privato, mediante il culto, l'insegnamento, le pratiche e l'osservanza dei riti". Evidentemente una tale previsione potrebbe porre qualche difficoltà al principio della laicità dello Stato come si è consolidato in Francia, che tende ad espungere da tutti i luoghi pubblici l'elemento religioso, come ben testimonia la scelta del legislatore francese sui simboli religiosi nelle scuole, ed in particolare sul velo islamico. Ma anche qui, il Conseil constitutionnel, che non si lascia sfuggire il problema, fa leva su una serie di rinvii interpretativi, suggeriti dal Trattato costituzionale stesso, alla Convenzione europea dei diritti dell'Uomo e alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo che in materia di libertà religiosa lascia un ampio margine di apprezzamento ai singoli Stati, per concludere che: « sont respectées les dispositions de l'article 1^{er} de la Constitution aux termes desquelles « la France est une République laïque », qui interdisent à quiconque de se prévaloir de ses croyances religieuses pour s'affranchir des règles communes régissant les relations entre collectivités publiques et particuliers »³⁹. Dunque anche l'interpretazione francese della laicità dello Stato è stata messa al riparo da ogni interferenza europea, grazie all'intervento del Conseil constitutionnel.

Non voglio entrare qui nel merito delle scelte del Conseil constitutionnel in tema di minoranze e di libertà religiosa, se non per segnalare che una tale interpretazione potrebbe creare qualche imbarazzo ad altri Stati, in primis l'Italia, dove le minoranze

³⁹ Decisione 505-2004 DC, Considérant n. 18.

sono riconosciute esplicitamente come gruppi da una Costituzione, nota per la sua incondizionata apertura al pluralismo sociale e dove il principio di laicità è stato inteso in termini ben diversi dalla giurisprudenza costituzionale italiana, tesa più a valorizzare il pluralismo religioso che ad imporre una visione agnostica negli spazi pubblici (sent. 203 del 1989).

Quale che sia, comunque, la nostra posizione sulle due tematiche evocate dal *Conseil constitutionnel*, ciò che colpisce positivamente è la capacità che tale istituzione ha avuto di esprimere senza esitazioni la *viva vox constitutionis* ⁴⁰della Francia nell'arena costituzionale europea.

Nella decisione del *Conseil constitutionnel*, certo, non mancano aspetti discutibili. Il primo motivo di perplessità è la forzatura del testo. Sia nelle parti riguardanti le minoranze linguistiche, sia soprattutto nelle parti riguardanti la laicità dello Stato, il *Conseil constitutionnel* non si è accontentato di utilizzare i margini di discrezionalità interpretativa concessi dal tenore letterale del Trattato costituzionale europeo, ma sembra aver forzato anche le disposizioni testuali. L'art. II-70 del Trattato costituzionale europeo con i suoi riferimenti a tutte le forme espressive dell'appartenenza religiosa, anche in pubblico, non pare davvero così facilmente conciliabile con le più recenti espressioni legislative della laicità nell'ordinamento francese.

Inoltre, un secondo motivo di perplessità è legato al tono "difensivo" che permea tutta la decisione del *Conseil*. Ferma restando l'importanza che ogni componente di questo arcipelago costituzionale che è l'Europa esprima senza timidezze la voce della propria tradizione, si deve osservare che il *Conseil* sembra utilizzare questa possibilità di espressione più per piegare – oltre il limite consentito dai canoni dell'ermeneutica giuridica – il trattato costituzionale europeo ad esigenze nazionali che per far confluire la tradizione nazionale di cui è portavoce in una casa comune. Per questo la decisione che si commenta mostra un intento difensivo di alcune scelte tipicamente francesi,

⁴⁰ L'espressione rinvia, naturalmente, alle pubblicazioni annuali curate da V. Onida e B. Randazzo, che recano il medesimo titolo.

anziché, come avrebbe dovuto e potuto essere, un atteggiamento costruttivo dell'ordinamento costituzionale europeo⁴¹.

Tuttavia, questi aspetti criticabili della decisione non debbono offuscare la sua importanza paradigmatica per le altre Corti costituzionali nazionali. La decisione del *Conseil* sul Trattato costituzionale è un notevole esempio di capacità di candidare la tradizione costituzionale francese, per il tramite del suo interprete e custode privilegiato, a porsi come interlocutore autorevole e forte della Corte di giustizia di Lussemburgo, chiamata a far vivere i valori costituzionali comuni. Sapranno le altre Corti costituzionali seguire questo esempio?

La Corte costituzionale italiana ha mostrato consapevolezza di questa nuova sfida aperta dalla firma del Trattato costituzionale europeo nella sentenza n. 45 del 2005, che ha valorizzato l'art. II-63 del Trattato costituzionale, sul rispetto dell'integrità della persona fisica, leggendo l'ordinamento costituzionale italiano alla luce di tale disposizione costituzionale europea. Tale decisione potrebbe costituire l'avvio di una nuova stagione europea della giurisprudenza costituzionale italiana.

Il volto futuro della Costituzione europea dipenderà a questo punto dalle Corti supreme. Tanto più esse sapranno esprimere fieramente la tradizione costituzionale del proprio ordinamento per costruire un bene comune, tanto più l'ordinamento costituzionale europeo somiglierà all'immagine che ambiziosamente ritrae il volto dell'Europa: unita nelle diversità. Tanto meno le tradizioni costituzionali nazionali troveranno una voce autorevole che le esprima, tanto più velocemente si disperderà la ricchezza del pluralismo e culturale e costituzionale della futura Europa, lasciando spazio o ad una omologazione culturale determinata dalle voci più forti, oppure a sterili battaglie di retroguardia, arroccate sulla contrapposizione tra Costituzioni nazionali ed Europa, degne di ingloriose epoche, ormai superate.

⁴¹ Come osserva P. Caretti, *I riflessi sulle Costituzioni nazionali del nuovo Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa: in margine a due importanti decisioni del Tribunal Constitucional spagnolo e del Conseil constitutionnel francese*, in corso di pubblicazione in *Quaderni costituzionali* n. 2 del 2005, che afferma efficacemente, che tra le costituzioni nazionali e la Costituzione europea intercorre un *rapporto di filiazione*.