

Diritti fondamentali europei e Trattato costituzionale

di *Silvio Gambino* *

(Università della Calabria)

Sommario: 1. La Carta europea dei diritti: un documento politico che diviene testo giuridico – 2. Costituzione o processo costituente? – 3. Il ‘Trattato che istituisce una Costituzione per l’Unione’: Trattato o Costituzione? – 4. Realtà, prospettive e limiti nella formazione e nella (presente) evoluzione del diritto costituzionale comune europeo – 5. Trattato costituzionale e diritti sociali comunitari – 6. Il Progetto di Trattato che istituisce una Costituzione per l’Europa: il dibattito e le raccomandazioni accolte nella ‘Relazione finale del Gruppo II – Carta’ – 6.1. La incorporazione della ‘Carta di Nizza’ all’interno del Trattato costituzionale – 6.2. L’adesione dell’Unione europea alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo – 6.3. Ricorso alla Corte di Giustizia ed effettività della tutela giudiziaria – 7. Diritti fondamentali e spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia (nuove positivizzazioni comunitarie e incerte protezioni giurisdizionali)

1 La Carta europea dei diritti: un documento politico che diviene testo giuridico

Pur dovendosi sottolineare le significative discontinuità rispetto alle previsioni anteriori in materia di riconoscimento/protezione comunitaria dei diritti fondamentali, non pare potersi affermare che le soluzioni accolte nella ‘Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea’ (7-9 dicembre 2000) possano ritenersi adeguate a farsi carico della esigenza del definitivo superamento a livello comunitario delle asimmetrie previste nella disciplina dei diritti fondamentali con riferimento alle maggioritarie esperienze costituzionali europee. Ciò soprattutto se si considera il regime giuridico previsto per i diritti politici e sociali comunitari, per come definiti – questi ultimi – sia nella Carta di Nizza che nella Convenzione di Roma e nelle Carte sociali (sottoscritte dalla gran parte degli stati membri dell’Unione europea).

In assenza di una compiuta costituzionalizzazione dei diritti fondamentali comunitari a seguito della incorporazione della Carta europea dei diritti fondamentali (che avverrà solo con la ratifica e la vigenza del ‘Trattato che istituisce una Costituzione per l’Europa’, ai sensi dell’art. IV-447 TC), nella presente fase, la disciplina di tali diritti costituisce già una importante apertura al tema del bilanciamento fra valori economicistici e valori sociali dell’ordinamento comunitario originario (1). Questi ultimi, così, registrano una novità particolarmente signifi-

* Il par. 6 (6.1, 6.2 e 6.3) è stato redatto unitamente alla dott.ssa MARIAELENA FERIGO, autrice di una valida tesi su "Il Bill of rights della Costituzione europea" (Università della Calabria, a.a. 2002-2003).

1 Sulla rilevanza delle positivizzazioni dei diritti, sulla "scrittura" degli stessi, cfr. C. Pinelli, "La Carta dei diritti, la cittadinanza, la vita democratica dell’Unione", in F. Bassanini e G. Tiberi, *La Costituzione europea. Un primo commento*, Bologna, 2004; dello stesso autore, *Il momento della scrittura*, Bologna, 2002. Sulle »domande inappagate sulla Costituzione europea e il tempo lungo del dibattito sulle tradizioni comuni», dell’Autore appena citato cfr. anche "Il dibattito sulla Costituzione europea e le virtù trasformative delle tradizioni costituzionali comuni", Relazione al Seminario A.I.C. (Fiesole, 14/5/2004), ora anche in www.associazionedeicostituzionalisti.it; cui *adde*, almeno, oltre all’ormai classico A. Pizzorusso (*Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna, 2002), P. Ridola, "I diritti di cittadinanza, il pluralismo ed il 'tempo' dell’ordine costituzionale europeo. Le 'tradizioni costituzionali comuni' e l’identità culturale europea in una prospettiva storica" (paper), nonché L. Lacchè, "Europa una et diversa. A proposito di jus commune europaeum e tradizioni costituzionali comuni", in *Teoria del diritto e dello Stato*, 2003, p. 40 ss.

cativa, almeno sotto il profilo simbolico, presentandosi come contenuto fondamentale del 'patrimonio costituzionale comune' europeo (2). D'altronde, la stessa dottrina che è stata impegnata validamente nel sostenere le ragioni della necessarietà della 'Carta dei diritti' non omette di ricordare come lo stesso art. 136 TCE (vers. cons.) – ove si prevede che la Comunità e gli Stati membri si impegnano a 'tenere presenti' i diritti sociali nel perseguimento degli obiettivi di politica sociale definiti nella medesima disposizione – esclude "tassativamente dalle competenze comunitarie le materie delle retribuzioni, del diritto di associazione, del diritto di sciopero, ecc." (3).

Uno dei problemi di maggior rilievo in materia, tuttora aperti, è dato dalla definizione della posizione della Carta europea dei diritti nell'ambito della gerarchia delle fonti di diritto comunitario (4). Benché la volontà della Commissione, del Parlamento Europeo e di alcuni Stati (tra cui l'Italia) fosse quella di un inserimento della 'Carta' nel *corpus* dei trattati comunitari, e benché anche l'organo costituito per la sua redazione abbia lavorato sul presupposto della sua efficacia vincolante, il Consiglio europeo, a Nizza, si era limitato a 'proclamare' solennemente la Carta dei diritti fondamentali, senza assumerne l'integrazione/incorporazione nei trattati comunitari. Così, deve sottolinearsi che la Carta dei diritti fondamentali potrà assumere, nell'ambito della gerarchia delle fonti di diritto comunitario, la natura e il ruolo di componente essenziale di una quasi-Costituzione europea (ancorché non ancora formalmente legittimata come tale, per le ragioni che in seguito richiameremo, sia pure in modo essenziale). Il Consiglio di Colonia (3/4 giugno 1999), nelle sue conclusioni, aveva precisato, in proposito che, solo dopo la proclamazione comune della 'Carta' ad opera del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione, si sarebbe potuto "esaminare se, ed eventualmente in quale modo, la 'Carta' possa essere integrata nei trattati".

Allo stato, pur non avendo natura giuridica ed efficacia vincolante, dunque, bisognerà cogliere, nelle more della piena vigenza del Trattato costituzionale (d'ora in poi TC), il 1° novembre 2006 ("se tutti gli strumenti di ratifica sono stati depositati; altrimenti il primo giorno del secondo mese successivo all'avvenuto deposito dello strumento di ratifica da parte dello Stato firmatario che procede per ultimo a tale formalità", ai sensi dell'art. IV-447.2), quale ruolo è stato riservato alla 'Carta' nella prassi applicativa (5). Se, infatti, in quest'ultima, e

Per una lucida analisi sul futuro dei diritti fondamentali nell'ottica della loro positivizzazione nel Trattato costituzionale e nella prospettiva della globalizzazione, di recente, cfr. anche G. Azzariti, "Il futuro dei diritti fondamentali nell'era della globalizzazione", in *Pol. del dir.*, 2003, 3, secondo il quale le peculiari tecniche di positivizzazione dei diritti accolte nel TC, non sempre omologhe per tutti i diritti positivizzati, portano ad affermare che "pur se inserita nei trattati ... la copertura 'costituzionale' e le garanzie effettivamente e direttamente fornite dalla Carta dei diritti fondamentali – almeno con riferimento a molti dei classici diritti sociali – non appare soddisfacente, non si mostra neppure in grado di assicurare il livello di protezione attualmente esistente nel diritto dell'Unione, non può infine nemmeno aspirare a proporsi come vincolo nei confronti di eventuali violazioni o modifiche peggiorative della tutela dei diritti operate nelle legislazioni e prassi degli Stati membri" (p. 339).

2 Cfr. Pizzorusso A., *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna, 2001; M. Patrono, *I diritti dell'uomo nel Paese d'Europa. Conquiste e nuove minacce nel passaggio da un millennio all'altro*, Padova, 2000.

3 Cfr. Manzella A., "Agnizione e innovazione: nascita di una Costituzione", in AA.VV. (a cura di E. Paciotti), *La Costituzione europea. Luci e ombre*, Roma, 2003; Rodotà S., "La Carta come atto politico e documento giuridico", in AA.VV. (A. Manzella – P. Melograni – E. Paciotti – S. Rodotà), *Riscrivere i diritti in Europa*, Bologna, 2001; Bifulco R. - Cartabia M. - Celotto A., *Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'UE*, Bologna, 2001.

4 Fra gli altri, P. Caretti, "I riflessi del nuovo sistema delle fonti comunitarie sul diritto interno" (Relazione al Seminario di Pisa sulle fonti comunitarie, del 5 novembre 2004, *paper*) e M. Cartabia, "I diritti fondamentali e la cittadinanza dell'Unione", in F. Bassanini e G. Tiberi, *La Costituzione europea. Un primo commento*, Bologna, 2004.

5 Cfr. A. Celotto e G. Pistorio, "L'efficacia giuridica della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (rassegna giurisprudenziale 2001-2204)" in corso di pubblicazione in *Giur. it.*; M. Cartabia e A. Celotto, "La giustizia costituzionale in Italia dopo la Carta di Nizza", in *Giur. cost.*, 2002; B. Randazzo, "Giudici comuni e corti europee dei diritti", in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2002; C. Di Turi, "La prassi giudiziaria relativa all'applicazio-

soprattutto nella giurisprudenza della Corte comunitaria, potessero individuarsi concrete modalità applicative, la ‘Carta’ – a mò di *Bill of rights* del costituzionalismo comunitario – rappresenterebbe un passo significativo verso una futura Costituzione sovranazionale europea, rendendo più chiara l’esigenza di ripensare se non a forme di statualità compiute, almeno ad un nuovo e peculiare costituzionalismo inclusivo della relativa legittimazione costituzionale (6). In diversa ipotesi, il rischio sarebbe quello che la ‘Carta’ resti una dichiarazione d’intenti o di diritti non cogenti, di cui è ricca la storia delle organizzazioni internazionali, che spiega in modo semplificato diritti, del resto già riconosciuti in tutti gli Stati della Unione europea (7).

Tuttavia, è da rilevare che la ‘Carta’, quale ‘ricognizione’ di un comune patrimonio costituzionale europeo, inizia già a costituire un importante punto di riferimento, soprattutto in sede giurisdizionale, ancorché ciò non possa affermarsi per la giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee. Già, nelle sue conclusioni nella causa *BECTU vs. Secretary of State for Trade and Industry* (8), l’Avvocato Generale della Corte di Giustizia Antonio Tizzano, fondandosi sull’art. 31.2 della ‘Carta’, ad esempio, dava piena conferma della natura di diritto sociale con riferimento al diritto alle ferie annuali retribuite, quando affermava “... ancor più significativo, peraltro, mi pare il fatto che detto diritto trovi oggi una solenne conferma nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea ... Certo, al pari di alcuni degli atti precedentemente citati, anche la Carta dei diritti fondamentali dell’UE non si è vista riconoscere autentica portata normativa, è rimasta cioè priva, dal punto di vista formale, di autonomo valore vincolante. Tuttavia, anche a non voler entrare qui nell’ampio dibattito già in corso circa gli effetti che, in altre forme e per altre vie, la ‘Carta’ potrebbe comunque produrre, *resta il fatto che essa racchiude enunciazioni che appaiono in gran parte come ricognitive di diritti già altrove sanciti* (9) ... Credo quindi (che) in un giudizio che verte sulla natura e sulla portata di un diritto fondamentale non si possano ignorare le pertinenti enunciazioni della ‘Carta’, né soprattutto se ne possa ignorare l’evidente vocazione a fungere, quando le sue disposizioni lo consentono, da sostanziale parametro di riferimento per tutti gli attori – Stati membri, istituzioni, persone fisiche e giuridiche – della scena comunitaria. In questo senso, quindi, ritengo che la ‘Carta’ ci fornisca la più qualificata e definitiva conferma della natura di diritto fondamentale che riveste il diritto a ferie annuali retribuite”.

In precedenza, uno specifico riferimento alla Carta dei diritti era stato fatto dal *Tribunal Constitucional* spagnolo (10), che, in data addirittura antecedente alla proclamazione della ‘Carta’ stessa, aveva affermato testualmente, al punto 8 della motivazione: “*Por último, otro tanto ocurre en el ámbito comunitario, con la Directiva 95/46, sobre protección de las perso-*

ne della Carta di Nizza”, in *Dir. Un. eur.*, 2002; M. Cartabia e A. Ninatti, “L’efficacia giuridica della Carta dei diritti: un problema del futuro o una realtà del presente?”, in *Quad. cost.*, 2001.

6 Cfr. L.S. Rossi, “‘Constitutionnalisation’ de l’Unione européenne et des droits fondamentaux, in R.T.D.E., 2002, 1, p. 27, nonché *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione dell’Unione europea*, Milano, 2002

7 Cfr. A. Pace (in “A che serve la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea? Appunti preliminari”, in *Giur. cost.*, 2001, p. 194) evidenzia come già in passato importanti dichiarazioni politiche, ancorché esplicitamente prive di efficacia giuridica (es. la Dichiarazione Universale dei diritti dell’uomo del 1948), hanno costituito un “riferimento ‘retorico’ di grande importanza”. Inoltre, l’Autore sottolinea come “è ben difficile che un documento solennemente proclamato e che sia stato predisposto ricorrendo alla tecnica giuridica ... non assuma *di fatto* rilevanza giuridica (nonostante che nelle intenzioni dei suoi autori, tale documento dovesse rivestire solo un’importanza politica), costituendo quanto meno un immediato ausilio interpretativo per ‘rafforzare’ conclusioni raggiungibili comunque su altre basi”. L’Autore, infine, non esclude che in futuro possano esserci applicazioni maggiormente rilevanti della Carta “man mano che ci si distacchi dal contesto storico-politico nell’ambito del quale quel documento è stato proclamato”. Nella stessa direzione cfr. anche G.G. Florida, “‘Nell’intenzione dell’artista, e agli occhi degli abitanti’ (osservazioni sulla ‘Dichiarazione dei diritti’ di Nizza)”, in *Dir. pub. comp. ed europeo*, 2001, n. 1, p. 163 ss.

8 *Causa C-173/99*.

9 *Corsivi nostri*.

10 STC 292/2000, del 30 novembre 2000.

nas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y la libre circulación de estos datos, así como con la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea del presente año, cuyo art. 8 reconoce este derecho, precisa su contenido y establece la necesidad de una autoridad que vele por su respeto". La stessa Corte costituzionale italiana, nell'iter argomentativo di una sua recente sentenza (11) in tema di libertà di domicilio, ha fatto ricorso alla 'Carta' con un ragionamento *ad adiuvandum*, sottolineando che "l'ipotizzata restrizione della tipologia delle interferenze della pubblica autorità nella libertà domiciliare non troverebbe riscontro né nella Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (art. 8), né del Patto internazionale sui diritti civili e politici (art. 17), né, infine, nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza nel dicembre 2000 (artt. 7 e 52), qui richiamata – ancorché priva di efficacia giuridica – per il suo carattere espressivo di principi comuni agli ordinamenti europei" (punto 2.1 del considerato in diritto). In precedenza, un 'richiamo' alla Carta dei diritti era stato fatto, in una sua ordinanza, dalla Corte di appello di Roma, che, in un suo considerando, si richiamava alla Carta dei diritti, rispetto alla quale si sosteneva che, "anche se non ancora inserita nei trattati, è ormai considerata pienamente operante come punto di riferimento essenziale non solo per l'attività delle istituzioni comunitarie, ma anche per l'attività interpretativa dei giudici europei".

Benché tale orientamento non sia ancora seguito dalla Corte di Giustizia delle Comunità europee, che in merito si attiene ad un prudente *self-restraint* (12), secondo parte della dottrina, esso offre il vantaggio di consentire una fissazione chiara e definitiva dei diritti fondamentali, assicurandone l'indivisibilità (fra diritti civili, economici e sociali) e l'inscindibilità rispetto ai valori e alla pregressa esperienza comunitaria (13), in maniera tale da permettere di stabilizzare un processo, a volte tumultuoso, che ha permesso al giudice comunitario di travalicare i limiti dei trattati e di spingersi oltre mediante un procedimento d'interpretazione indubbiamente 'progressivo'. È pur vero però che, in astratto, una fissazione rigida dei diritti fondamentali potrebbe rischiare di comportare una riduzione di tutela, in quanto limitata a quanto espressamente stabilito nella 'Carta' (14). Altri, ancora, hanno osservato che la 'Carta' si riduce ad una elencazione di diritti, senza nessuna previsione di doveri o quantomeno di limiti all'esercizio degli stessi (ad es., nel caso del diritto di proprietà e di iniziativa economica, non è stato previsto il limite della 'funzione sociale', necessario a legittimare gli interventi legislativi di conformazione dei diritti medesimi a finalità sociali).

A fronte di tale orientamento, tuttavia, non manca chi autorevolmente si richiami alle origini per così dire giusnaturalistiche dei diritti nell'ambito del costituzionalismo europeo come anche in quello americano. In tale contesto, i diritti costituiscono un *acquis* consolidato "che limita e relativizza qualsiasi sovranità ... essi sono per così dire l'antisovrano" (15), ed ecco perché "scrivere una carta europea dei diritti significa (e ha significato) non tanto redigere un testo su cui dovesse esprimersi una volontà legislativa, ma trovare e raccogliere, nel secolare 'deposito' della tradizione costituzionale – fatta di carte, di testi, ma anche e soprattutto di giurisprudenza, sia essa dei giudici nazionali o comunitari o della Corte di Strasburgo – ciò che vi è di essenziale e di comune: un'opera, appunto, prevalentemente ricognitiva" (16).

Le disposizioni della 'Carta', nella previsione accolta a Nizza, hanno un ambito di applicazione limitato agli atti delle Istituzioni e degli Organi dell'Unione e agli atti degli Stati mem-

11 Corte cost., sent. n. 135/2002.

12 Superato, tuttavia, dal Tribunale di primo grado, almeno in due pronunce: *causa T-54/99* del 30 gennaio 2002 e *causa T-177-01* del 3 maggio 2002.

13 Cfr. M. Cartabia, "I diritti fondamentali ... cit.", p. 62 ss.

14 Cfr. Pizzorusso A., "La codificazione internazionale dei diritti fondamentali e la loro influenza sugli ordinamenti nazionali" (*paper*).

15 Cfr. V. Onida, "Il difficile compito della Convenzione sull'avvenire dell'Europa", in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2004.

16 *Ult. op. cit.*

bri che danno attuazione al diritto dell'Unione, così come previsto espressamente all'art. 51, par. 1, della stessa 'Carta', mentre il par. 2 della medesima disposizione afferma che la 'Carta' non introduce nuove competenze per l'Unione, né apporta modifiche ai compiti definiti dai Trattati. Il nuovo documento, peraltro, non richiede modifiche delle costituzioni degli Stati membri, né (naturalmente) si sostituisce ad esse, limitandosi a proporre una sistemazione (visibilità) che offre uno spazio comune di diritti, un denominatore comune fra tradizioni giuridiche e sensibilità diverse, diventando, in tal modo, premessa di una (quasi) compiuta 'cittadinanza europea' (17).

In ogni caso, la 'Carta' ha già oggi una sua valenza, a testimoniare quel sentimento comune europeo che è costituito di diritti e di importanti conquiste civili e a manifestare quello che è il carattere profondo di una Europa, non solo economica ma sempre più aperta alla ricerca di tradizioni costituzionali comuni che possano costituire l'*ethos* condiviso dei diversi popoli europei riuniti giuridicamente attraverso le istituzioni comunitarie. La soluzione al problema della natura giuridica della 'Carta' (e di conseguenza il problema della sua collocazione nell'ambito della gerarchia delle fonti comunitarie), pertanto, è rinviato ad una fase successiva (ed è appunto oggetto di disciplina nel Trattato costituzionale, di cui si dirà in seguito).

In relazione al connesso profilo riguardante l'ambito di applicazione della 'Carta', è stato osservato che alcune disposizioni della stessa sembrerebbero disciplinare materie di più ampio respiro rispetto al nucleo delimitato delle competenze dell'Unione. Era stata, a tal fine, predisposta una 'clausola orizzontale', secondo la quale la 'Carta' non ha la finalità di modificare le competenze dell'Unione, in quanto una siffatta innovazione potrebbe essere introdotta solo attraverso l'attivazione dell'apposito *iter* procedimentale di revisione dei trattati. In conclusione, appare certo come il presente sforzo di positivizzare le 'tradizioni costituzionali comuni' dei Paesi membri dell'Unione europea in materia di diritti fondamentali consegna alla Carta europea dei diritti fondamentali un evidente ruolo di 'ponte fra passato e futuro dell'Europa'. Non appare dubbio, così, che l'Europa si lascia alle spalle un complesso ordinamento giuridico pensato soprattutto per le merci e i capitali, e si profila all'orizzonte (più o meno vicino, più o meno chiaro) una Europa dei cittadini e dei diritti. Una Europa che potrà attrarre le sensibilità e le culture dei popoli europei, molto più di quanto non ha potuto e saputo fare l'Europa dei mercati (e dei mercanti).

In tale nuovo scenario, importanti scelte di fondo riguardano il contenuto, l'estensione, le garanzie giurisdizionali dei singoli diritti intesi non come mere questioni tecnico-redazionali ma nel loro significato assiologico-oggettivo (18). Esse hanno un primario carattere politico, proponendosi, perfino, come momento fondativo di un ordinamento democratico-costituzionale (quasi) pienamente compiuto e, pertanto, autoreferenziale.

17 Cfr. M. Cartabia, "I diritti fondamentali e la cittadinanza dell'Unione", in F. Bassanini e G. Tiberi, *La Costituzione europea ... cit.*; Gambino S., "Cittadinanza e diritti sociali fra neoregionalismo e integrazione comunitaria", in *Quaderni costituzionali*, 2003, n. 1; Gambino S., "Il diritto costituzionale europeo: principi strutturali e diritti fondamentali", in Gambino S. (a cura di), *Costituzione italiana e diritto comunitario*, Milano, 2002; Gambino S., "Los derechos fundamentales comunitarios: entre Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, tratados y Bill of rights", in *Revista Vasca de Administraciòn pública*, 2003, Vol. 65 (II); C. Amirante, "Cittadinanza (teoria generale)", in *Enciclopedia Giuridica* (Aggiorn. XII), 2004; V. Lippolis, "La cittadinanza europea", in *Quaderni costituzionali*, 1993, n. 1, p. 136.

18 Cfr. Ruggeri A., "Quale Costituzione per l'Europa", Relazione al Convegno (Messina, 19 dicembre 2003) su "Una Costituzione per l'Europa: quali prospettive?" (*paper*), nonché "Carta europea dei diritti e integrazione interordinamentale: il punto di vista della giustizia e della giurisprudenza costituzionale", in AA.VV., *Riflessi della Carta europea dei diritti sulla giustizia e la giurisprudenza costituzionale: Italia e Spagna a confronto*, Milano, 2003. Nel Volume appena citato cfr., inoltre, almeno, i contributi di R. Romboli, "Carta europea dei diritti e garanzie giurisdizionali (notazioni introduttive)" (p. 107 ss.), nonché A. Spadaro, "Verso la Costituzione europea: il problema delle garanzie giurisdizionali dei diritti" (p. 115 ss.)

Secondo parte della dottrina (19) – le cui argomentazioni, tuttavia, in assenza di un compiuto procedimento costituente (che segna l'impervia via delle assemblee costituenti ovvero quella, più domestica, del referendum confermativo o meglio ancora della recezione del trattato con legge costituzionale), non riteniamo di poter condividere (salvo a considerarle come espressione di un mero 'fatto' costituzionale o, meglio ancora, come espressione di un costituzionalismo consuetudinario, ormai pienamente riconosciuto dagli stessi Stati membri dell'Unione europea) –, la Carta dei diritti, in tal senso, potrebbe trasformare la stessa fonte di legittimazione dell'ordinamento europeo, che passerebbe in tal modo dalla volontà degli Stati membri a quella dell'Unione.

Pur dovendo prendere atto della evidenza della effettività osservabile, oltre che nel processo (20), nella (pienamente conseguita e riconosciuta) normatività costituzionale europea, in senso diverso, a noi pare doversi sottolineare che la incorporazione della Carta dei diritti all'interno dei trattati comunitari deve affrontarsi con riferimento alle problematiche costituzionali poste dalla legittimazione costituzionale del (nuovo) ordinamento costituzionale comunitario, come appunto il diritto comunitario si presenterà al giudice comunitario ma anche a quelli ordinari e costituzionali dei singoli Paesi dell'Unione europea.

Analogo percorso argomentativo, peraltro, può seguirsi, in via generale, anche per le transizioni costituzionali o per l'instaurazione di nuovi ordinamenti costituzionali (21), ancorché tale orientamento sia contrastato da chi osserva come non sia affatto scontato ai fini della legittimazione dei nuovi ordinamenti costituzionali – sia per le transizioni europee del secondo dopoguerra sia per quelle della transizione post-comunista degli anni Novanta – il ricorso ad assemblee costituenti, e dovendosi, per questo, sottolineare come "negli stati membri dell'Unione, il potere costituente si è estrinsecato in una pluralità di forme, il cui tendenziale *quid* comune è costituito dalla deliberazione dell'atto da parte di un'assemblea parlamentare, non importa se appositamente costituita, e dalla successiva approvazione con referendum popolare" (22).

2. *Costituzione o processo costituente?*

Come si può cogliere, dunque, la questione rinvia espressamente alla peculiare natura del processo costituente comunitario in corso da anni e che l'integrazione della 'Carta' nei trattati comunitari accentuerebbe e in qualche modo definirebbe in modo sostantivo. La questione, in altri termini, rinvia al tema (mitico?) del potere costituente (23). Essa spinge ad interrogarsi se

19 Così A. Baldassarre, "La Carta europea dei diritti", resoconto (a cura di F. Politi e G. Scaccia) dell'incontro tenuto presso la L.U.I.S.S. il 28 maggio 1999 nell'ambito del Seminario su "I mutamenti costituzionali in Italia nel quadro dell'integrazione europea", in www.luiss.it/semecost/europa/carta/index.html.

20 Cfr. A. Spadaro, "Dalla Costituzione come 'atto' (puntuale nel tempo) alla Costituzione come 'processo' (storico). Ovvero della continua evoluzione del parametro costituzionale attraverso i giudizi di costituzionalità", in *Quad. cost.*, 1998, p. 343 ss.; dello stesso autore "Il caso esemplare della Costituzione europea come 'insieme di atti' (puntuali nel tempo) e 'insieme di processi' (storici): dalle C.E.E. alla C.E., all'U.E.", in AA.VV., *Verso una Costituzione europea*, Roma, 2003, p. 721 ss.

21 Cfr. Gambino S., *Costituzionalismo europeo e transizioni democratiche*, Milano, 2003.

22 Cfr. C. Pinelli, "Ratifica e referendum: verso la conclusione del processo costituente europeo?" (*paper*), p. 2.

23 Cfr. A. Barbera, "La Carta dei diritti dell'Unione europea", Relazione al Convegno in memoria di Paolo Barile, Firenze 25 giugno 2001, ora in <http://www.paolobarile.unifi.it/progr.htm>; G. De Minico, "Dal Libro Bianco sulla 'governanza' al processo costituente europeo" (*paper*); G. De Minico, "L'approvazione e la ratifica ... cit.;" Ch. Franck, "Traité et Constitution: les limites de l'analogie", in P. Magnette (ed.), *La constitution de l'Europe*, Bruxelles, 2002; P. Caretti, "I riflessi del nuovo sistema ... cit.;" C. Pinelli, "Ratifica e referendum ... cit.."

Dalla considerazione secondo cui sempre più diffusamente il dibattito dottrinario in tema di integrazione comunitaria rinvia, più che a precise disposizioni e principi costituzionali, a 'tradizioni costituzionali comuni' di origine giurisprudenziale, G. Silvestri (nella "Relazione conclusiva", in AA.VV., a cura di P. Falzea, A. Spada-

il 'Trattato costituzionale' comunitario, nel portare a completamento un (ricercato, positivo e risalente) processo di costruzione comunitaria, non debba inquadrarsi come espressivo di una orami compiuta 'discontinuità' costituzionale, e come tale "non sanabile, dal punto di vista dell'ordine costituzionale ormai travolto, per il mero fatto dell'utilizzo di questo o quello strumento comunque espressivo di potere costituito (e non appunto costituente)" (24). Detto in altri termini, si ripropone la questione centrale "se il nuovo Trattato costituzionale si ponga, per natura giuridica ed effetti, al fianco (o al posto) dei vecchi trattati ovvero se non sia ad essi accostabile ... il che è come dire se possa, esso pure, farsi riportare sotto la 'copertura' dell'art. 11, nel segno della continuità, ovvero se debordi irreparabilmente dall'alveo tracciato nella Carta del 1948, siccome appunto fattore di discontinuità" (25).

L'approccio appena richiamato, a partire dall'apparente natura quasi-costituzionale (e dall'autodefinizione come tale) che il nuovo Trattato assume (soprattutto) in ragione della incorporazione della 'Carta', argomenta, dunque, nel senso dell'avvenuta discontinuità rispetto alla previgente formazione del diritto comunitario per via di 'trattati non costituzionali', sottolineando che la 'forza simbolica' di tale scelta sarebbe tale da assicurare piena legittimazione alla "nascita in via consuetudinaria di una nuova norma di riconoscimento della Costituzione europea".

Rispetto a tale (pur autorevole) orientamento dottrinario, tuttavia, si deve osservare come continuo a non trovare risposte quelle censure che insistono sulla precarietà, sul *deficit* costituzionale, di un simile processo costituente, nell'ambito costituzionale europeo, quasi ovunque caratterizzato dalla rigidità delle costituzioni e garantito da sistemi di giustizia costituzionale (26).

ro, L. Ventura, *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, Torino, 2003) trae la stessa conclusione del "tramonto del positivismo giuridico applicato al diritto costituzionale", affermatosi a cavallo fra Ottocento e Novecento, in favore di un ritorno ("grande rivincita") della scuola storica del diritto. In tale nuovo orizzonte teorico-dogmatico, l'Autore spiega come una simile nuova architettura interpretativa degli ordinamenti nazionali, nel loro processo di integrazione con quello comunitario e internazionale, impongano, probabilmente, la stessa revisione del concetto di Costituzione "come atto di rottura con il passato", che si era appunto affermata in dottrina allo scopo di "fissare i diritti fondamentali e i principi rispetto ad un passato nei confronti del quale si voleva segnare una discontinuità precisa con un atto che avesse una efficacia preclusiva ... (ed) ecco perché è difficile ipotizzare, anche sul piano politico-pratico, che una costituzione europea, con il suo catalogo di diritti fondamentali, possa venire da un'assemblea costituente" (p. 591). Ma tale ripensamento – aggiunge ancora l'Autore – non deve preoccupare o 'scandalizzare il giurista', il quale, "una volta liberato dall'idea della Costituzione come atto puntuale, fissato nel tempo, (deve) acquisire la consapevolezza della forza propulsiva dei principi" (p. 593), non legandosi ad alternative impossibili da dipanare – quella a favore della sovranità o a favore dei diritti – ma piuttosto deve assumere come "bussola di orientamento" quella costituita dal principio della massima espansione dei diritti. Ed è appunto sulla scorta di tale idea-guida che il costituzionalista deve rileggere la risalente teoria dei contro-limiti; se quest'ultima – conclude l'Autore – "si basasse sui diritti (piuttosto che sulla sovranità), ci sarebbe una spiegazione che potremmo continuare a percorrere, ossia quella della oggettivazione della sovranità nei diritti sostanziali, nei valori" (p. 595).

24 Cfr. Ruggeri A., "Quale Costituzione ... cit.

25 Ult. *op. cit.*, p. 16.

26 Per un approccio teorico e problematico alle nozioni di 'Stato di diritto', 'democrazia' e 'diritti fondamentali' accolte nei trattati comunitari, e ora nel TC, cfr., di recente, S. Stamatì, "Stato di diritto e principio di legalità nell'evoluzione della forma di Stato europea", in corso di pubblicazione in *Rassegna parlamentare*, 2004, 4. Secondo l'Autore, il modello dell'ordinamento giuridico comunitario fuoriesce dalle forme classiche individuate in dottrina per lo Stato di diritto tradizionale, rispetto alle quali "si caratterizza negativamente per l'assenza di profili essenziali alle stesse, per esempio quello della separazione dei poteri, che si manifesta nella forma particolare dell'attribuzione di una funzione normativa più forte a un potere non rappresentativo, titolare di altre funzioni, per esempio quella di governo" (p. 4). Tuttavia, esso dimostra una incomparabile superiorità rispetto a tale modello originario dello Stato di diritto nel suo saper "accordare ai diritti che vi sono riconosciuti una tutela più significativa di quella che poteva ad essi essere garantita nella prima forma dello Stato di diritto, a causa della posizione preminente, comparativamente senz'altro più solida e più garantita che vi occupa il potere giuridizionale, il quale non è tenuto solo a vigilare sull'applicazione del diritto comunitario, ma può intervenire correttivamente anche sui prodotti non validi ai quali abbiano messo capo le fonti legalmente riconosciute che alimentano quello stesso diritto" (p. 4).

La Convenzione ha indubbiamente spostato in avanti la frontiera dell'integrazione comunitaria attraverso i diritti e di ciò, naturalmente, non può che prendersi atto da parte della stessa dottrina costituzionale più riottosa rispetto alle forme fin qui seguite, debitrice a loro volta della cultura e delle connesse flessibilità proprie del diritto pattizio connotante l'approccio internazionalistico. Tuttavia, rimane "la debolezza del riferimento alla concreta interazione politica, in altri termini dei diritti politici dei cittadini" (27); pertanto, rimane tuttora posto il dubbio "che il fine non sia stato conseguito in modo soddisfacente e che anzi la retorica unitaria altro non sia che un paravento dietro al quale nascondere la mancanza di una reale democratizzazione delle istituzioni" (28).

Che di Costituzione vera e proprio non si tratti, in verità, costituisce ormai orientamento comune condiviso nella dottrina, ivi compreso in quella componente della stessa che sottolinea come "l'attuale stadio evolutivo dell'Unione non è paragonabile a quello in cui si trovavano gli Stati all'epoca della fondazione costituzionale" (29). Che si tratti di un processo costituente atipico, in senso descrittivo (per usare una formula usata da G. U. Rescigno nell'analisi delle transizioni costituzionali del secondo dopo-guerra), volto a consolidare una evoluzione della integrazione comunitaria pare parimenti condiviso, almeno a partire dal Trattato di Maastricht in poi. È indubbio infatti come, a partire dal novellato TC, intere parti della Costituzione italiana (e degli altri Paesi membri dell'UE) registrino significative influenze e di ciò non potranno che aversi riscontri nella giurisprudenza comunitaria ma anche nella espansione delle funzioni giurisdizionali degli stessi giudici nazionali (ordinari e costituzionali) in sede di applicazione nel diritto interno della novellata normativa comunitaria (primaria e secondaria).

Rimane aperta, nella fase attuale, la questione relativa alle ulteriori fasi, necessarie, ai fini di un più compiuto e perfezionato processo di integrazione comunitaria.

In tale direzione muovono argomentazioni a favore del referendum come "elemento aggiuntivo essenziale al perfezionamento dell'atto in corso" (30), di "un riallineamento della nostra Costituzione del 1948 a quanto il processo di integrazione europeo ha già prodotto e a quanto ancor più produrrà in futuro, abbandonando la strada sin qui seguita di abbandonare questo riallineamento a quell'unica disposizione contenuta nell'art. 11, che è norma idonea a consentire, a certe condizioni, cessioni di sovranità, ma del tutto inidonea a riconformare quegli aspetti del disegno costituzionale originario più esposti agli effetti che quelle cessioni hanno prodotto" (31) – in ciò collocandosi sulla scia di altre esperienze europee come quella francese, tedesca, spagnola e portoghese – ed infine opinioni volte a sostenere la necessità di spingersi oltre, optando "per la ratifica e il recepimento del Trattato costituzionale europeo con legge costituzionale ... (che) consentirebbe di formalizzare l'eguale dignità delle costituzioni nazionali e della Costituzione europea, facilitando l'interpretazione armonizzatrice da parte dei giudici, necessaria in un sistema che intende ispirarsi al *multilevel constitutionalism*" (32).

Con riferimento alla natura del presente Trattato, dunque, se ne deve concludere che la riorganizzazione dei trattati, perseguita mediante abrogazione di quelli precedenti e la loro riformulazione in un unico Trattato che ne assicuri una migliore leggibilità, non costituisce di

27 Cfr. Dellavalle S., "Normatività ed effettività nel processo costituzionale europeo", Relazione al Convegno (Salerno, 2/4 ottobre 2003) su "Dimensioni dell'effettività tra teoria generale e politica del diritto" (*paper*), p. 4; G. Ferrara, "I diritti politici nell'ordinamento europeo", in A.I.C., *Annuario 1999 - La costituzione europea*, Padova, 2000; E. Grosso, "La limitata garanzia dei diritti di partecipazione politica nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea", in G. Zagrebelsky, *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea*, Roma-Bari, 2003.

28 Ult. op. cit., p. 1.

29 Cfr. C. Pinelli, C. Pinelli, "Ratifica e referendum ... cit.", p. 12.

30 Cfr. G. De Minico, "L'approvazione e la ratifica ... cit.", p. 239.

31 Cfr. P. Caretti, "I riflessi del nuovo sistema ... cit.", p. 4; Ruggeri A., "Quale Costituzione ... cit., *passim*."

32 Cfr. M. Cartabia, "La ratifica del Trattato costituzionale europeo e la volontà costituente degli Stati membri", in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2004; F. Sorrentino, "La tutela multilivello dei diritti", in Atti Convegno A.I.C. 2004, ora anche in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

per sé argomento e indice risolutivi a favore di una loro trasformazione in un testo (formalmente) costituzionale.

In realtà, a ben cogliere, argomenti in favore di tale trasformazione erano già presenti sia nella giurisprudenza di alcune corti costituzionali europee, come quella tedesca – secondo la quale i trattati comunitari costituirebbero in qualche modo la costituzione di questo ordinamento (sentenze del 18 ottobre 1967 e del 9 giugno 1971), "in quanto le regole giuridiche sancite dalle istituzioni comunitarie ... costituiscono un ordine giuridico proprio che non deriva né dal diritto internazionale pubblico né dal diritto nazionale degli stati membri" – sia nella stessa affermazione pretoria del giudice comunitario che, unitamente all'affermazione del primato e della diretta applicabilità del diritto comunitario, e sulla base del controllo giurisdizionale previsto nello stesso Trattato, conclude per la qualificazione dell'ordinamento comunitario come "carta costituzionale di base" (33), o come "carta costituzionale di una comunità di diritto" (34).

Tuttavia, tali affermazioni, fondate sulla 'analogia' fra le disposizioni dei trattati e quella delle costituzioni nazionali, pur incontestabili, non appaiono risolutive ai fini della individuazione dei profili distintivi fra le due tipologie di atti, di tal che, in definitiva, "solo l'esistenza di un aspetto formale di costituzione – un ordine giuridico autonomo dotato di un proprio controllo giurisdizionale – imporrebbe la questione della costituzionalizzazione del trattato" (35); tale aspetto formale non riceverebbe risposta finché un altro elemento formale di costituzione non sia previsto, quello appunto del potere costituente.

Sotto questo profilo, non risultano dunque convincenti né risolutive le argomentazioni di un orientamento diffuso che si sofferma a sottolineare quanto, in realtà, nessuno nega in dottrina – l'esistenza cioè di un ordinamento autonomo, quello comunitario – che produce effetti giuridici sugli ordinamenti interni dei Paesi membri; tali effetti sono pienamente riconosciuti negli ordinamenti interni e come tali fatti valere (36). Ma può dirsi che questo faccia perdere ogni distinzione fra trattato e costituzione, come pure taluno assume?

A rischio di iscriversi in un orientamento dottrinario (che appare) conservatore (di risalenti categorie e connesse certezze giuridiche), così, pare necessario sottolineare come una Costituzione – in quanto atto giuridico fondativo di un ordinamento giuridico primario e di quest'ultimo costituente parte integrante fondamentale nella sua componente di *inner law* – non possa che procedere da una volontà costituente.

Lungo questo percorso analitico, indubbiamente, sono da superare risalenti rigidità di tipo procedurale delle categorie dogmatiche, come quelle di assumere come fondativo di nuovi ordinamenti costituzionali il solo pronunciamento di tale volontà mediante assemblee costituenti, idoneamente costituite allo scopo. A tanto muove non tanto e non solo il riconoscimento delle peculiarità storiche delle assemblee costituenti delle fasi post-belliche quanto la considerazione che anche prima di tale periodo evolutivo del costituzionalismo contemporaneo, in quello originario risultava prevalente una natura 'flessibile' delle costituzioni rigide moderne (37).

Rimane in ogni caso che un pronunciamento costituente alla base di un nuovo ordinamento costituzionale, che garantisca al contempo anche una nuova gerarchia fra gli ordinamenti nazionali e quello comunitario, risulta necessario al fine di risolvere tutte le possibili antinomie

33 Sent. *Les Verts c/ Parlement européen*, 22 aprile 1986.

34 Parere 1/91, *Espace économique européen*, 14 dicembre 1991.

35 Cfr. Ch. Franck, *Traité et Constitution ...cit.*, p. 36.

36 In generale sul punto cfr. almeno AA.VV. (a cura di P. Falzea, A. Spadaro, L. Ventura), *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, Torino, 2003, nonché AA.VV. (a cura di A. Pizzorusso, R. Romboli, A. Ruggeri, A. Saitta, G. Silvestri), *Riflessi della Carta europea dei diritti sulla giustizia e la giurisprudenza costituzionale*, Milano, 2003 (il volume è edito anche in spagnolo dall'editore tirant lo blanch, 2003)

37 Cfr. A. Pace, *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, Padova, 2002; dello stesso autore cfr. anche "Potere costituente e revisione costituzionale" (2001, *paper*)

che una mancata legittimazione di tale gerarchia comunque presenterebbe. D'altra parte, in quali disposizioni del Trattato costituzionale è possibile riconoscere al Parlamento europeo una forza propria, costituente e/o di 'revisione costituzionale', tale da imporsi sulle 'Alte Parti contraenti' (che sono appunto i governi nazionali, e solo indirettamente i Parlamenti nazionali)? Anche sotto questo profilo, pertanto, deve osservarsi come la mera elezione a suffragio universale del Parlamento europeo e la naturale (pretesa) competenza costituente dello stesso non costituisce argomento risolutivo ai fini della garanzia di esercizio da parte dello stesso di un potere costituente. Il Parlamento europeo, nella concreta realtà, esercita i soli poteri che i signori dei trattati gli riconoscono.

L'argomento risolutivo in tale ottica ritorna, in tal modo, a riproporsi come necessarietà di una legittimazione democratica e costituente da parte dei popoli europei, che si esprimono sia attraverso i parlamenti nazionali, sia attraverso i propri eletti nel Parlamento europeo sia, nella fase individuata come veramente costitutiva del nuovo costituzionalismo europeo, attraverso modalità diretta dei cittadini dei paesi membri.

Ma, come si è già sottolineato, l'ipotesi di un referendum europeo, che è pregno di evocazioni costituenti, non è stato ancora ritenuto, almeno in questa fase, necessario (né concretamente praticabile). Al pari della nozione di cittadinanza europea, esso è ancora destinato a fungere da "premessa ideologica", volta a sostenere "una tensione crescente a selezionare valori e idee comuni ad un popolo di Europa in senso stretto (che) si va affiancando alla consapevolezza della identità nazionale" (38).

Anche sotto questo profilo, non può che sottolinearsi nuovamente come l'orizzonte costituente, con buona pace delle opinioni in senso contrario, sia mancato anche nella ulteriore, attuale ed importante, fase di sviluppo della integrazione comunitaria (39). I problemi non sarebbero certo mancati in assenza di una disciplina comunitaria in materia e di soggetti legittimati ad indirlo a livello comunitario. Rimane così il solo orizzonte nazionale; tuttavia, lo svolgimento di referendum nazionali non potrebbe certo surrogare l'atteso effetto legittimante "della funzione nominalmente costituente esercitata dal binomio Convenzione-CIG, (potendo unicamente intervenire) sul piano degli strumenti impiegati da ciascuno Stato per immettere il diritto comunitario all'interno del proprio ordinamento" (40).

Per tornare alle tesi già richiamate in precedenza, pertanto, e salvo a convenire (come non si ritiene di poter fare in presenza di istituzioni nazionali pienamente operanti nell'ambito della garanzia costituzionale dei diritti fondamentali), l'orientamento che pare più convincente e argomentato è quello che porta a sottolineare come i lavori della Convenzione avrebbero concretizzato poco più che una riorganizzazione normativa dei trattati delle Comunità e dell'Unione europea. "Ciò non toglie, infatti, – come è stato bene osservato – che continuiamo ad avere a che fare con un testo che è oggettivamente impossibile chiamare Costituzione, perché una Costituzione è tale non solo per il fatto di avere questo genere di contenuti, ma anche e soprattutto perché rappresenta il risultato di un processo che nasce, dal popolo, con l'intenzione di essere un processo costituente, con una legittimazione, quella del titolare della sovranità, che non può dare adito a dubbi, con una forza conformante dirompente, proprio perché basata sulla volontà del *demos*. In altri termini, per poter affermare che un determinato testo normativo è una Costituzione, e, nel caso di specie, è la Costituzione europea, è necessario che esso sia elaborato ad opera di un'Assemblea costituente europea, eletta a suffragio u-

38 Cfr. G. De Minico, "L'approvazione e la ratifica ... cit.", p. 240.

39 Ult. *op. cit.*, secondo cui " ... solo un vero momento costituente nel senso più stretto avrebbe consentito una simile scelta", p. 242.

40 Ult. *op. cit.*, p. 242; G. Allegri, "La domanda inevasa del referendum del PS francese sulla Costituzione europea: quale Europa ai giorni d'oggi?", in *federalismi.it*, 2004, 24.

niversale diretto da un popolo europeo che si dovrebbe caratterizzare per un *idem sentire* che, ad oggi, non è dato rintracciare” (41).

Seguendo un orientamento già autorevolmente argomentato dalla migliore dottrina costituzionale italiana (42) e straniera (43), può sottolinearsi, così, che il tema dei rapporti fra diritti e Costituzioni nel nuovo ordinamento comunitario – e con esso il tema della ‘giustiziabilità’ dei diritti accolti nella Carta di Nizza (e ora nel Trattato costituzionale) – non ha ancora trovato soluzioni pienamente soddisfacenti. Si pensi in tal senso alle problematiche costituzionali sollevate dagli artt. 51 e 52 della Carta di Nizza e non ancora pienamente risolte dal nuovo Trattato costituzionale, ivi considerando le integrazioni apportate all’art. 52, nonché il ruolo assegnato alle ‘Spiegazioni’ del Presidium della Convenzione sulla interpretazione della ‘Carta’. Ciò ha portato autorevole dottrina ad interrogarsi sulla necessità di dar vita ad una sorta di “super-Corte europea per regolare i problemi, una specie di tribunale dei conflitti costituzionali europei con il compito di armonizzare i cataloghi e le giurisprudenze delle diverse Corti” (44).

Ma ciò che maggiormente rileva di tale rapporto, con peculiare riferimento alla garanzia delle posizioni giuridiche soggettive costituzionalmente garantite, in passato solo rinviato con la nota giurisprudenza sui ‘controlimiti’ (45), pare da individuare nella necessità (costituzionale ma anche politica) di una “riforma costituzionale sia a livello europeo che a livello na-

41 Cfr. Salmoni F., “La sesta Conferenza intergovernativa e la modifica dei Trattati del 1957: l’importanza di chiamarsi Costituzione”, in *costituzionalismo.it* (13/12/2003).

42 Cfr. Zagrebelsky G. (a cura di), *Diritti e Costituzione nell’Unione europea*, Roma-Bari, 2003; De Schutter O., “La garanzia dei diritti e principi sociali nella Carta dei diritti fondamentali”, in G. Zagrebelsky, *Diritti e Costituzione nell’Unione Europea*, Roma-Bari, 2003; De Schutter O., “Les droits fondamentaux dans le projet européen”, in O. de Schutter e P. Nihoul, *Une Constitution pour l’Europe*, Bruxelles, 2004; De Siervo U., “I diritti fondamentali europei e i diritti costituzionali italiani (a proposito della Carta dei diritti fondamentali)”, in Zagrebelsky G. (a cura di), *Diritti e Costituzione... cit.*; De Siervo U., “L’ambigua redazione della Carta dei diritti fondamentali dell’UE”, in *Dir. pubb.*, 2001; Pizzorusso A., “Il difficile cammino della Costituzione europea”, in *Scritti in onore di Francisco Rubio Llorente* (in corso di stampa); Pizzorusso A., “Una Costituzione ‘ottratta’”, in AA.VV. (a cura di E. Paciotti), *La Costituzione europea ... cit.*; ; Onida V., “Il difficile compito della Convenzione ‘sull’avvenire dell’Europa’”, in www.associazioneitalianadeicostituzionalisti.it; Onida V., “Il problema della giurisdizione”, in AA.VV. (a cura di E. Paciotti), *La Costituzione europea ... cit.*

43 Cfr. Favoreu L., “I garanti dei diritti fondamentali europei”, in AA.VV. (a cura di G. Zagrebelsky), *Diritti e Costituzione ... cit.*

44 *Ult. op. cit.*

45 In una lucida analisi sulle ‘sorti’ dei ‘controlimiti’ nell’ottica della positivizzazione dell’art. II-53 nel TC, A. Celotto e T. Groppi (in “Diritto UE e diritto nazionale: primauté vs controlimiti”, in <http://www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/Celotto.doc>) sottolineano tutti i paradossi della giurisprudenza costituzionale in materia (sia di quella nazionale che delle altre corti costituzionali europee). Da una parte, infatti, “i ‘controlimiti’ sono da intendere come rigurgito di orgoglio nazionale (... soprattutto in ragione della considerazione secondo cui è ormai chiaro come) l’intervento del diritto comunitario non costituisca un attentato agli ordinamenti costituzionali nazionali, bensì, piuttosto, uno strumento di notevole potenzialità per dare sviluppo a principi a valori presenti nelle Costituzioni, ma spesso negletti o dimenticati” (§ 4). Dall’altra, è da sottolineare “la inutilità di questi indirizzi, in quanto nessuno Stato ha avuto il ‘coraggio’ davvero di dichiarare la prevalenza di un ‘controlimite’ sulle norme comunitarie (§ 4) ... il diritto comunitario (infatti) ‘aggira’ le garanzie poste a tutela della rigidità delle Costituzioni, grazie ai principi di *primauté* e di efficacia diretta, che non possono non valere anche rispetto alle norme di rango costituzionale”, come il caso Kreil ha bene dimostrato. Ne segue una considerazione nella quale si sottolinea come “i controlimiti si avviano a divenire non più il rigido muro di confine fra ordinamenti, ma il punto di snodo, la cerniera nei rapporti fra UE e Stati membri ... Una UE che tende alla formazione di un vero Stato unitario di tipo federale non può non consentire che i singoli Stati membri, soprattutto in materia di diritti, non applichino le proprie disposizioni che riconoscono livelli di protezione più elevati, al pari di quanto avviene tradizionalmente negli Stati federali ... (in questa ottica, pertanto) i ‘controlimiti’ acquistano una propria legittimazione, quale forma dinamica di prevalenza del diritto nazionale, rispetto al caso concreto; la *primauté* assume contenuti nuovi e differenti, ammettendo deroghe a livello nazionale” (§ 4). Sul tema cfr. anche, fra gli altri, F. Salmoni, “La Corte costituzionale, ma Corte di Giustizia delle Comunità Europee e la tutela dei diritti fondamentali”, in AA.VV. (a cura di P. Falzea, A. Spadaro, L. Ventura), *La Corte costituzionale e le Corti d’Europa*, Torino, 2003.

zionale” (46), non potendosi continuare ad ipotizzare/praticare un processo di integrazione comunitaria, che diviene *in itinere* (quasi fattualmente) processo di costituzionalizzazione comunitaria piena, in assenza di una legittimazione democratica adeguatamente rappresentativa, come solo le procedure costituenti possono assicurare, e attenta “a progettare un sistema di garanzie davvero funzionale” (47).

Al momento, queste ultime risultano assenti nella previsione comunitaria *de jure condendo*, la quale si limita “ad affermare libertà e diritti, allorché il moderno costituzionalismo esige quanto meno che nelle disposizioni di garanzia si predeterminino anche le categorie dei limiti che potranno essere successivamente sviluppate dal legislatore alle situazioni soggettive di vantaggio. Analogamente assai importante nel moderno costituzionalismo appare l’esatta predeterminazione dei casi nei quali l’esercizio dei poteri limitativi delle libertà sarà riservato alle sole autorità giurisdizionali piuttosto che alle autorità amministrative. Il rischio conseguente è che tutta una serie di importanti libertà possono essere in concreto garantite assai meno che nel nostro ordinamento” (48).

3. Il ‘Trattato che istituisce una Costituzione per l’Europa’: Trattato o Costituzione?

Le considerazioni che saranno di seguito sviluppate si incentrano, senza presunzione di completezza, sull’analisi (soprattutto alla luce dei trattati comunitari e della giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee) di alcune delle problematiche relative ai rapporti fra processo di integrazione comunitaria, affermazione del primato del diritto comunitario e garanzie assicurate ai diritti fondamentali nelle costituzioni nazionali. Il processo di integrazione comunitaria, come si è ricordato, si caratterizza tuttora come un processo denso di ambiguità, soprattutto se considerato rispetto alle tecniche seguite dal costituzionalismo originario, e da quello contemporaneo, per la fondazione della sovranità degli Stati e la legittimazione democratica di nuovi ordinamenti costituzionali.

La riflessione sul tema impone, pertanto, una previa analisi che consenta un inquadramento – sia pure essenziale e problematico – delle sue tematiche evolutive. Innanzitutto, è da osservare come un simile processo di integrazione sovranazionale fra ordinamenti nazionali si accompagni ad una contestuale crisi (di forma e di contenuti, ma anche di categorie interpretative) degli Stati nazionali, il cui rapporto con le classiche categorie del territorio, del popolo e della sovranità veniva, per questo, assiologicamente inquadrato come Stato-Nazione e declinato nella specificità, esclusività, di ogni singola esperienza nazionale. Sono ormai disponibili ampi dati materiali (normativi, dottrinari e giurisprudenziali) per affrontare tale inquadramento utilizzando nozioni aperte alle più attuali ricostruzioni teorico-dogmatiche, tuttora senza un consenso definitivamente conseguito in dottrina.

La questione coinvolge la stessa questione teorica della natura giuridica del ‘Trattato che istituisce una Costituzione per l’Unione’ e del relativo inquadramento nella tipologia dei trattati o in quella, ben diversa, delle costituzioni. La risposta a tali interrogativi teorico-dogmatici, naturalmente non scevri di conseguenze per il tema oggetto di analisi, vede tuttora la dottrina, come si è già in parte osservato, incerta e articolata su posizioni notevolmente differenziate. In un primo orientamento, infatti, ritroviamo approcci che, nell’analisi del processo di integrazione comunitario, e soprattutto nella disciplina comunitaria del ‘riconoscimento’ e della protezione dei diritti fondamentali, sottolineano l’esigenza che lo stesso debba piegarsi alle regole del ‘costituzionalismo rigido’ e alle procedure stringenti del potere costituente (e dovremmo aggiungere a quelle della giustizia costituzionale). Tali temi sono stati sostanzialmente elusi dal dibattito che ha accompagnato l’adozione del Progetto di Trattato che istituì-

46 Cfr. De Siervo U., “I diritti fondamentali europei ... cit., p. 259.

47 Ult. *op. cit.*, p. 259.

48 Ult. *op. cit.*, p. 266.

sce una Costituzione per l'Europa' (anche perché nessun mandato era stato previsto, in tal senso, a Laeken).

Rispetto a tale profilo, si sottolinea correttamente che la legittimazione costituzionale comunitaria deve inquadrarsi nel contesto della evoluzione registrata nell'ambito delle categorie del diritto pubblico europeo, da ciò facendosi partire una riflessione generale preliminare secondo cui "... non stiamo lavorando nel vuoto e che la materia di cui trattiamo ha una sua insopprimibile e specifica densità di ordine storico ... che è quel particolare tipo storico di diritto pubblico che si è affermato in Europa negli ultimi due secoli, in una parola dopo la Rivoluzione francese" (49). Si nega, in tale approccio, che si possa procedere ad un "approdo progressivo alla 'Costituzione' (europea)" senza abbandonare "definitivamente e completamente l'origine del Trattato, ovvero un intero politico non dimentico delle parti che lo compongono, e che anzi presuppone la loro permanente esistenza" (50).

L'approdo più recente del processo di integrazione europea, così, – pur registrando un processo che è di indubbia discontinuità con la fase precedente, soprattutto quando si consideri la 'faticosa marcia' dei diritti sociali fondamentali della 'Carta di Nizza' ora definitivamente incorporati all'interno del Trattato costituzionale – lascia tuttora aperto il problema di un non superato *deficit* costituzionale, che potrebbe trovare soluzione, pertanto, solo ricorrendo alle più garantistiche procedure costituenti classiche (51) o, almeno, ad "una deliberazione popolare sulla Costituzione europea ... con apposite deliberazioni da tenere lo stesso giorno, con regole comuni, elaborate a livello europeo" (52).

A sottolineare tale *deficit* costituzionale, e pertanto la natura giuridica di trattato, sotto cui occorre continuare ad inquadrare il più recente (e avanzato) esito del processo comunitario, sovviene la corretta sottolineatura secondo la quale il 'Trattato costituzionale' non può aspirare a definirsi 'Costituzione', in ragione del fatto che esso difetta tuttora di un elemento coesenziale delle costituzioni, quello dei principi costituzionali, posti alla base del processo di attuazione comunitaria e di interpretazione da parte del giudice comunitario (o di altro giudice comunitario cui si volesse riconoscere in futuro l'esercizio di una simile, necessaria, funzione). Come è stato bene sottolineato, infatti, molti elementi del costituzionalismo sono previsti, e fra essi rilevano indubbiamente i diritti fondamentali, "ma complessivamente il salto che non si compie è quello dai principi generali del diritto dell'Unione ai principi costituzionali, ovvero nel testo non si ha l'emancipazione di un nucleo forte di principi costituzionali direttamente fondato sulla Costituzione stessa, e non più sui meccanismi noti del diritto comunitario" (53). Si osserva, sotto tale profilo, come il Trattato costituzionale, oltre ai richiamati diritti fondamentali, si limita a disciplinare soltanto 'valori' (I.2) e 'obiettivi' (I.3). Di null'altro, pertanto, può parlarsi, con riferimento alla più recente evoluzione in materia, che di un trattato. Se proprio si volesse accogliere il *nomen juris* proprio delle costituzioni, al massimo si tratterebbe di una "Costituzione ottriata", come bene sottolinea A. Pizzorusso (54), ma anche tale approccio non appare risolutivo nel farsi carico delle problematiche poste, nella presente fase di evoluzione del processo costituzionale europeo, rispetto al rapporto fra ordinamenti costituzionali nazionali e quello comunitario.

49 Cfr. M. Fioravanti, "Un ibrido fra 'Trattato' e 'Costituzione'", in AA.VV. (a cura di E. Paciotti), *La Costituzione europea ... cit.*, p. 19. Dello stesso autore cfr. anche "Il processo costituente europeo", in *L'ordine giuridico europeo: radici e prospettive*, "Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno", 31, 2002, Milano, 2003, t. I, pp. 273 ss.

50 Cfr. M. Fioravanti, "Un ibrido fra 'Trattato' ... cit.", p. 19.

51 ancorché i problemi politici della integrazione, letti anche nell'ottica dell'allargamento dei confini della Unione europea, non consentano realisticamente di ipotizzarli come praticabili nell'immediato.

52 *Ult. op. cit.*, p. 25.

53 *Ult. op. cit.*, p. 23.

54 Cfr. A. Pizzorusso, "Una Costituzione 'ottriata'", in E. Paciotti (a cura), *La Costituzione europea. Luci e ombre*, Roma, 2003, p. 39.

A fonte di tale approccio – strettamente adesivo alle categorie dogmatiche classiche del costituzionalismo moderno – si colloca un altro orientamento del tutto aperto al “valore innovativo dell’agnizione costituzionale, della rivelazione di un ordinamento costituzionale nascosto” (55), che – sulla base della ‘natura speciale’ del trattato in considerazione – già si interroga sugli effetti abrogativi di un simile ordinamento rispetto alle costituzioni nazionali, assumendo una conferma della natura costituzionale dello stesso nella nuova previsione del diritto di recesso volontario (I.60). Secondo tale lettura del processo, l’unificazione politica europea non segue le strade già note al costituzionalismo classico ma quelle (radicalmente nuove nelle forme) della legittimazione dei cittadini “che agiscano attraverso i diritti (e perfino contro i propri Stati)” (56) e della legittimazione assicurata attraverso i rappresentanti eletti degli Stati all’interno delle *constituencies* europee, “emerge(ndo) dunque dal progetto un persuasivo tentativo per giungere, attraverso convergenti percorsi, all’unità ordinamentale e politica della Unione, su cui basare la nuova-vecchia Costituzione europea” (57).

Se si parte dalla esperienza costituzionale del Novecento, come *tertium comparationis*, saremmo in presenza, così, di una perdita di significatività, più o meno rilevante, delle più ricorrenti categorie analitiche fin qui utilizzate nell’indagine giuspubblicistica, che si può cogliere, al contempo, oltre che come crisi dello Stato-Nazione, anche come crisi dello Stato sociale (58) e dello Stato dei partiti, che hanno costituito, almeno per mezzo secolo, categorie interpretative del costituzionalismo ampiamente ricorrenti nell’analisi dottrina. Il dibattito, pertanto, deve inquadrare tale approccio nell’ambito delle modalità conosciute dagli ordinamenti costituzionali per guidare il cambiamento costituzionale.

Quest’ultimo tema, come si è già ricordato, appare, in assoluto, fra quelli maggiormente trascurati, o esplicitamente svalorizzati, da parte di un’ampia dottrina costituzionale. Nel sottolineare l’originalità del processo di integrazione comunitaria e la natura peculiare dell’ordinamento comunitario (nel suo dinamico sviluppo), una viepiù crescente area della dottrina gius-pubblicistica pare sempre più disponibile, in modo poco comprensibile, a sottovalutare (quasi fino a prescindere) la prescrittività delle regole costituzionali in tema di revisione costituzionale e i limiti, soprattutto impliciti, alla revisione costituzionale. Una sottovalutazione – quest’ultima – che ha come presupposto e come conseguenza la scarsa considerazione teorica delle esigenze della rigidità costituzionale nel suo rapportarsi all’integrazione comunitaria. Più correttamente, tale problematica appare affrontata e risolta in altri ordinamenti, come quello spagnolo, francese, portoghese e tedesco, nei quali si procede alla contestuale revisione costituzionale quando si recepiscono trattati le cui norme (o solo parte di esse) risultino eventualmente in contrasto con il dettato costituzionale.

55 Cfr. Manzella A., “Agnizione e innovazione: nascita di una Costituzione”, in AA.VV. (a cura di E. Paciotti), *La Costituzione europea. Luci e ombre*, Roma, 2003.

56 *Ult. op. cit.*, p.39.

57 *Ult. op. cit.*, p. 28.

58 Per una bibliografia essenziale sul punto cfr. almeno L. Ferrajoli, “Stato sociale e Stato di diritto”, in *Politica del diritto*, 1982, 1; S. Bonfiglio, “Lo Stato sociale in trasformazione: un problema attuale”, in *Il Politico*, 1993, 4; P.G. Grasso, “Stato di diritto e Stato sociale nell’attuale ordinamento italiano”, in *Il Politico*, 1961, 1; AA.VV. (a cura di A. Cantaro e M. Degni), *Il principio federativo. Federalismo e Stato sociale*, Molfetta, 1995; AA.VV. (I.S.R. - C.N.R.), *Regionalismo, federalismo e welfare state*, Milano, 1997; C. Colapietro, *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello Stato sociale*, Padova, 1996; G. Corso, “I diritti sociali nella Costituzione italiana”, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1981; F. Modugno, “La tutela dei ‘nuovi diritti’”, in AA.VV., *Nuovi diritti dell’età tecnologica*, Milano 1991; M. Luciani, “Salute. I) Diritto alla salute - Dir. cost.”, in *Enc. giur.*, XXVII, Roma, 1991; A. Baldassarre, “Diritti sociali”, in *Enc. giur.*, XI, Roma, 1989; M. Luciani, “Nuovi diritti fondamentali e nuovi rapporti fra cittadino e pubblica amministrazione”, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985; M. Luciani, “Sui diritti sociali”, in *Dem e dir.*, 1994, 4 e 1995. Da ultimo cfr. anche AA.VV. (a cura di L. Chieffi), *I diritti sociali tra regionalismo e prospettive federali*, Padova, 1999 e a cura dello stesso Autore, *Evoluzione dello Stato delle autonomie e tutela dei diritti sociali*, Padova, 2001; B. Pezzini, *La decisione sui diritti sociali*, Milano, 2001.

4. *Realtà, prospettive e limiti nella formazione e nella (presente) evoluzione del diritto costituzionale comune europeo*

Accostandoci più da vicino al tema ora oggetto di analisi, così, si deve sottolineare come la ratifica del Trattato sottoscritto a Maastricht (il 7 luglio 1992) e il nuovo Trattato di Amsterdam (in vigore dal maggio 1999) costituiscano una tappa fondamentale nella evoluzione del diritto costituzionale europeo e, al contempo, una nuova fase nel processo di consolidamento di una Unione sempre più stretta tra i popoli dell'Europa (artt. I.1 e I-2 TC). L'Unione europea – per la prima volta in modo tanto solenne (art. 6 TUE, vers. cons., ora art. I-9 TC) – s'impegna a rispettare “*i diritti fondamentali* quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali ... e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, *in quanto principi generali del diritto comunitario*”.

Con le scelte fin qui operate e con le altre che sono *in itinere* di perfezionamento normativo, i governi e i parlamenti europei hanno, dunque, avviato una trasformazione sostanziale del diritto comunitario nella direzione della formazione (sia pure ancora incompiuta) di un diritto costituzionale comune europeo (59), assicurando la forza propria del dato normativo positivo ad una giurisprudenza comunitaria che aveva già pienamente conseguito una simile tutela.

In tale quadro evolutivo, i parlamenti europei sono sempre più rapportati all'esigenza di assicurare, con le opportune misure costituzionali, il processo di modificazione delle proprie costituzioni per armonizzarle con i principi appena evocati. Molti Stati hanno già proceduto alle necessarie revisioni costituzionali; gli altri saranno chiamati (prima o poi) a farlo. La dottrina costituzionale e in particolare quella comparatistica dispongono di ampio materiale su cui esercitare la propria ricerca nell'analisi delle opportunità ma anche dei vincoli costituzionali al processo di integrazione comunitaria, nonché delle vie seguite (e da seguire), certo non di poco influenti sugli esiti finali del processo, solo che si pensi – oltre alle problematiche già richiamate di una costruzione eminentemente giurisprudenziale di tale diritto – alla combinazione della via parlamentare e referendaria e all'impatto che necessariamente esse avranno nella formazione di un'opinione pubblica e ancora di più di una vera e propria coscienza costituzionale comunitaria, in una parola, di uno “spirito comunitario”.

Le soluzioni seguite sono variegate. Può ricordarsi, ad esempio, come il ‘ritardo’ di alcuni Paesi in materia di integrazione comunitaria – come la Francia – sia stato ampiamente colmato con tutta una serie di atti sia positivi (trattati, accordi), sia giurisprudenziali sia, infine, di revisione costituzionale. L'allineamento del Paese appena richiamato alle posizioni giuridiche degli altri Stati membri dell'UE può dirsi conseguito (60). La scelta seguita, con l'art. 88.1

59 Cfr. M. Scudiero (a cura di), *Il diritto costituzionale comune europeo. Principi e diritti fondamentali*, Napoli, 2002, 5 Voll.; S. Gambino (a cura di), *Costituzione italiana e diritto comunitario. Principi e tradizioni costituzionali comuni. La formazione giurisprudenziale del diritto costituzionale europeo*, Milano, 2002.

Nell'ampia bibliografia sul punto, oltre a M. Cartabia (*Principi ... cit.*), cfr. almeno G. Tesaurò, “Il ruolo della Corte di Giustizia nell'elaborazione dei principi generali dell'ordinamento europeo e dei diritti fondamentali”, in AA.VV. (A.I.C.), *La costituzione europea ... cit.*, p. 297 ss.; G. Recchia, “Corte di Giustizia delle Comunità europee e tutela dei diritti fondamentali nella giurisprudenza costituzionale italiana e tedesca. Verso un ‘catalogo’ europeo dei diritti fondamentali?”, in AA.VV., *La Corte costituzionale tra diritto interno e diritto comunitario*, Milano, 1991; G. Gaja, “Aspetti problematici della tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario”, in *Rivista di diritto internazionale*, 1988; E. Pagano, “I diritti fondamentali nella Comunità europea dopo Maastricht”, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 1996, n. 1; M. Scudiero, “Comunità europea e diritti fondamentali: un rapporto ancora da definire”, in *Rivista di diritto europeo*, 1996; F. Zampini, “La Cour de justice des Communautés européennes, gardienne des droits fondamentaux ‘dans le cadre du droit communautaire’”, in *Rev. trim. droit eur.*, 1999, n. 35.

60 Cfr., da ultimo, *Conseil constitutionnel*, 2004-505 DC; per un primo commento A. Schillaci, “Il Conseil constitutionnel si pronuncia sul Trattato che istituisce una costituzione per l'Europa”, in *associazionedeicostituzionalisti.it* (Cronache).

Cost., infatti, è stata la medesima seguita dalla Germania (art. 23 LFB) (61), dalla Spagna (art. 95, 96 e 10.2 Cost.) (62) e dal Portogallo (art. 7.6 Cost.): una scelta che si può ritenere rispettosa della sovranità nazionale ma inquadabile, al contempo, come un segnale esplicito e senza incertezze verso l'integrazione europea.

Alcuni problemi, tuttavia, permangono. Le Carte costituzionali, benché revisionate, non possono tutto; restano limiti alla cessione della sovranità (in materia di principi supremi e di diritti fondamentali); in una parola, rimane confermato che la Costituzione s'impone al diritto comunitario in materia di diritti fondamentali e di principi costituzionali. Né convincono pienamente sul punto gli orientamenti dell'autorevole dottrina che, nell'argomentare l'esistenza di una (pressoché compiuta) Costituzione europea, ricorda come, in base ai principi sanciti dalla Corte di Giustizia in tema di primato sul diritto interno (benché non previsti formalmente dai trattati istitutivi della CEE), fin dai primi anni Sessanta (sent. *Van Gend e/Amministrazione delle Finanze olandese, Costa c/ENEL*), i trattati e i regolamenti comunitari siano dotati di diretta applicazione, producendo una deroga al diritto interno e resistendo alle stessi leggi di rango costituzionale.

Al pari di quanto si può affermare per i rapporti Stato-Chiesa, alla luce dell'art. 7 Cost., in tale approccio, si fa correttamente osservare che l'ordinamento comunitario conosce, nell'art. 11 Cost., un mero "limite e non una base di legittimazione". Così, se può affermarsi che le norme costituzionali positivizzate nella Carta, per disciplinare i rapporti fra la sovranità dello Stato e la sovranità di altri ordinamenti sovranazionali e internazionali, fondano un'idea di sovranità concepita non come principio supremo dell'ordinamento costituzionale (e pertanto disponibile in capo allo stesso legislatore), quello che non appare sufficientemente argomentato in tale orientamento dottrinario è l'atteggiamento teorico-dogmatico circa l'esistenza di un nucleo di principi inviolabili che, come afferma la Corte costituzionale, resistono alla stessa revisione costituzionale, appartenendo "all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana" (63).

All'interrogativo se "esiste una Costituzione europea?" o a quello, in assenza di Costituzione formale, di "chi, in breve, rilascia il 'visto d'ingresso alle norme comunitarie: l'apposita norma legittimante delle varie costituzioni nazionali od ormai l'Unione europea, per forza costituzionale propria" (64), si potrebbe allora rispondere che tale soggetto è l'Unione europea, ma a condizione di sottolineare che tale 'autorizzazione' conosce dei limiti inderogabili, quelli appunto di principi supremi degli ordinamenti nazionali, che non certo un giudice può rimuovere ma solo un procedimento, una decisione costituente, che rinvii ai popoli-sovrani dell'Europa.

La risoluzione di tali problematiche di legittimazione costituzionale, dunque, non può avvenire che ricorrendo al ('pur problematico' nelle forme del suo esercizio) potere costituente originario. Come si deve osservare, infatti, non è appropriatamente di *deficit* democratico che

61 Di recente cfr. anche A. Di Martino, "Il Tribunale costituzionale tedesco delimita gli effetti nel diritto interno delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo", in *associazionedeicostituzionalisti.it*, 2004 (Cronache).

62 Di recente cfr. anche A. Schillaci, "Il Tribunale costituzionale spagnolo e la Costituzione europea", in *associazionedeicostituzionalisti.it*, 2004 (Cronache).

63 Corte cost., sent. n. 1146 del 1988, par. 2.1 della motivazione, in *Giur. cost.*, p. 5565, con nota critica di S. Bartole "La Corte pensa alle riforme istituzionali?". La Corte costituzionale aveva già affermato tale orientamento a partire dai primi anni '70, sia con riferimento alle disposizioni sul Concordato, per le quali, pur venendo riconosciuta una particolare 'copertura costituzionale', la Corte sancisce come le stesse "non si sottraggano all'accertamento della loro conformità ai 'principi supremi dell'ordinamento costituzionale (cfr. sentt. nn. 30 del 1971, 12 del 1972, 175 del 1973, 1 del 1997, 18 del 1982), sia quando ha affermato che la legge di esecuzione del Trattato CEE può essere assoggettata al sindacato costituzionale 'in riferimento ai principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e ai diritti inalienabili della persona umana'" (cfr. sentt. Nn. 183 del 1973, 170 del 1984). Cfr. anche Cartabia M., *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, 1995.

64 L'interrogativo è di A. Barbera, in "Esiste una 'costituzione europea?', in *Quad. cost.*, 2000, p. 67.

può correttamente parlarsi quando si affrontano le tematiche dei rapporti fra Costituzione nazionale e diritto comunitario quanto piuttosto di *deficit* costituzionale, che risulta solo superabile con il rinvio ai soggetti che unicamente possono risolvere tale *deficit* di legittimazione costituzionale: i popoli europei, sovrani decisori della Costituzione europea.

È pur vero, sotto tale profilo, che i conflitti fra gli ordinamenti – nazionali e comunitario – sono molto più paventati che effettivi. In tale contesto, i giudici nazionali sono chiamati a conciliare regole costituzionali e diritto comunitario, assicurando la primazia e la diretta applicabilità del diritto comunitario (regolamenti comunitari ma anche direttive *self-executing*) ma, al contempo, azionando, nel caso si renda necessario, il sindacato delle leggi di recezione dei trattati, almeno rispetto ai profili riguardati dal giudizio in corso. Omologo percorso dovrà seguire la giurisprudenza della Corte di Giustizia a sostegno del primato del diritto comunitario su quello degli Stati membri dell'Unione.

La giurisprudenza costituzionale italiana in tema di contrasto fra norme comunitarie e principi supremi dell'ordinamento costituzionale (65), partendo dall'orientamento nel quale (66), con la sanzione del principio della diretta applicabilità e del primato delle norme comunitarie, si limita ad ipotizzare l'incostituzionalità delle legge di esecuzione del Trattato (67), rinvia ad un controllo di costituzionalità che si estende a qualsiasi norma del Trattato per come è interpretata e applicata dalle istituzioni comunitarie. La Corte, in tal senso, "non intende più soltanto svolgere un controllo, necessariamente di carattere eccezionale, sul rispetto delle condizioni di costituzionalità dell'adesione dell'Italia alla Comunità europea, ma si riserva la possibilità di svolgere un ordinario controllo di legittimità costituzionale del diritto comunitario, anche se in riferimento ai soli principi e diritti fondamentali della Costituzione ... vale a dire quei principi che la Corte stessa, con giurisprudenza ormai costante, considera incomensurabili rispetto alle altre norme costituzionali" (68).

D'altra parte, la previsione, nel Trattato dell'UE, della disposizione sulle '*tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri*', come vedremo meglio in seguito, non può che fondare (sia prima che dopo il recente TC) principi generali del diritto a cui la Corte di Giustizia deve attenersi nella propria giurisdizione, facendo sì che, in conclusione, i timori di vedere violata la Costituzione da parte del diritto comunitario dovrebbero scemare di molto, quasi fino a scomparire (69).

Circa il ruolo che la Corte di Giustizia potrà ulteriormente svolgere nella (recente) recezione nel 'Trattato costituzionale' della Carta europea dei diritti, ad ulteriore sviluppo delle forme di tutela dei diritti fondamentali e nello stesso consolidamento del diritto costituzionale comune europeo avremo modo di ritornare in seguito, sia pure in modo necessariamente essenziale. Rimane del tutto aperta, comunque, la questione della giustiziabilità degli atti del diritto comunitario derivato, che in Italia ha trovato soluzione sulla debole base dell'art. 11 Cost., nella parte in cui autorizza la immissione di norme in contrasto con la Costituzione, soggette, tuttavia, al sindacato della Corte costituzionale (mentre questa strada, ad esempio, rimane impercorribile per l'ordinamento francese, attesa la natura del controllo *a priori* svolto dal *Conseil constitutionnel*). Una questione, quest'ultima, che suggerisce, in modo più convincente – come si è già ricordato –, un più esplicito rispetto del principio di democraticità mediante una previa revisione e un adattamento delle costituzioni nazionali (comunque nel rispetto dei relativi limiti impliciti ed espliciti) al fine di stabilire la possibilità di un controllo *a*

65 In particolare nella sent. n. 232/1989, su cui cfr., fra gli altri, M. Cartabia, *Principi ... cit.*, p. 112 ss.

66 Sent. n. 183/1973 (caso *Frontini*) e n. 170/1984 (caso *Granital*).

67 Sentenze *Frontini* n. 183/1973 e *Granital* n. 170/1984.

68 Cfr. M. Cartabia, *Principi ... cit.*, pp. 116 ss.

69 Fra gli altri, cfr. anche M.E. Bartoloni, "La competenza della Corte di Giustizia ad interpretare il diritto nazionale 'modellato' sulla normativa comunitaria", in *Il dir. dell'Unione*, 2001, 2-3; A. Adinolfi, "I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e la loro influenza sugli ordinamenti degli stati membri", in *Riv. it. dir. pub. com.*, 1994.

priori degli atti comunitari diversi dai trattati in senso stretto, nonché, ovviamente, di questi ultimi.

Le Corti costituzionali, in questo scenario, sono chiamate, molto più di quanto avviene attualmente, a marcare i limiti dello sviluppo del diritto comunitario, provocando una presa di coscienza più netta del fatto che, di volta in volta, è necessario rivedere la Costituzione se si vuole far progredire l'integrazione comunitaria. "La Costituzione europea – come è stato bene osservato, riflettendo sulle problematiche francesi – non può progredire senza periodiche revisioni delle costituzioni nazionali" (L. Favoreu). La Francia e alcuni pochi altri Paesi europei (Germania, Spagna, ma anche Portogallo), hanno avviato un proficuo percorso costituzionale in tale direzione. L'Italia aveva affrontato tale questione nell'art. 61 del testo di revisione costituzionale proposto dalla Commissione bicamerale (Commissione D'Alema) (70), ma il fallimento dell'intera proposta di revisione ha fatto rinviare ad un futuro indefinito una più organica riconsiderazione del problema, con la non irrilevante conseguenza che è dato assistere, da una parte, a vere e proprie declamazioni retoriche di tipo 'europeistico' circa la esigenza di spingere oltre il processo di integrazione comunitaria e, dall'altra, disporre ancora a tal fine di disposizioni costituzionali pensate dai costituenti per dirimere le controversie internazionali e concorrere ad assicurare la pace e la giustizia fra le Nazioni, che solo mediante una 'forzatura' interpretativa hanno potuto essere utilizzate per legittimare la stipula del Trattato di Roma (e di quelli che successivamente lo hanno integrato e modificato).

5. *Trattato costituzionale e diritti sociali comunitari*

Sia pure con una gradualità che è chiamata a farsi carico delle differenziate modalità di tutela dei diritti nelle costituzioni nazionali, a livello comunitario è dato ormai registrare (tale affermazione avrà piena effettualità solo a seguito della ratifica e della entrata in vigore del Trattato costituzionale ai sensi dell'art. IV-447 TC, le cui previsioni in tema di diritti fondamentali saranno in seguito meglio approfondite) una positivizzazione costituzionale dei diritti fondamentali classici, mentre si registrano tuttora ritardi nel pieno riconoscimento dei cataloghi dei diritti politici (71) e sociali previsti nelle costituzioni europee (72), la cui "minorità comunitaria", rispetto ai modelli costituzionali nazionali (soprattutto italiano, spagnolo e tedesco), risulta confermata dalla disciplina dell'art. 136 TCE (vers. cons.) (ora art. III-209 TC) (73).

Secondo tale disposizione, infatti, "la Comunità e gli Stati membri, *tenuti presenti i diritti sociali fondamentali*, quali definiti nella Carta sociale europea firmata a Torino il 18 ottobre 1961 e nella Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori del 1989, hanno come obiettivo la promozione dell'occupazione, il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro ... una protezione sociale adeguata, il dialogo sociale, lo sviluppo delle risorse umane atto a consentire un livello occupazionale elevato e duraturo e la lotta contro

70 Cfr. R. Mastroianni, "Disciplina degli accordi internazionali e partecipazione dell'Italia al processo di integrazione europea nel testo della Commissione bicamerale", in S. Gambino (a cura di), *La riforma della Costituzione nelle proposte della Commissione bicamerale per le riforme costituzionali della XIII Legislatura*, Roma, 1998.

71 Cfr. F. Ferrara, "I diritti politici nell'ordinamento europeo ... cit.,"; E. Grosso, "La limitata garanzia dei diritti di partecipazione politica nella Carta dei diritti fondamentali ... cit."

72 Cfr. J. Iliopoulos Strangas (ed.), *La protection des droits sociaux fondamentaux dans les Etats membres de l'Union européenne*, Bruxelles, 2000; J.F. Flauss (dir.), *Droits sociaux et droit européen. Bilan et perspectives de la protection normative*, Bruxelles, 2002; AA.VV. (Actes Conférence organisée par le Secrétariat de la Charte sociale européenne, Sofia, Bulgarie, 5/7 juillet 2000), *La protection des droits sociaux fondamentaux en Europe par la Charte sociale européenne*, Strasbourg; 2001.

73 Cfr. Luciani M., "Diritti sociali e integrazione europea", in *Politica del diritto*, 2000; Giubboni S., "I diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario", in *Il diritto dell'UE*, 2003, nn. 2/3; Bronzini G., "Il modello sociale europeo", in AA.VV. (a cura di E. Paciotti), *La Costituzione europea ... cit.*

l'emarginazione"; al II co., tuttavia, si aggiunge che, nella realizzazione di un simile complesso obiettivo, sia la Comunità che gli Stati membri attuano misure compatibili con la diversità delle prassi nazionali e idonee a farsi carico "della *necessità di mantenere la competitività dell'economia della Comunità*" (74). D'altra parte, la giurisprudenza comunitaria aveva già offerto un chiaro riscontro di tale bilanciamento fra esigenze economiche e diritto alla contrattazione collettiva, nel caso *Albany International BV* (75).

Il quadro normativo comunitario in materia di diritti sociali solleva molteplici perplessità, sia per quanto riguarda la disciplina positiva di tali (peculiari) situazioni giuridiche, sia per quanto riguarda l'effettiva loro 'giustiziabilità'. Tale preoccupazione, peraltro, appare condivisa dalla stessa dottrina che ha partecipato ai lavori della *Convenzione* incaricata di redigere il progetto della 'Carta europea dei diritti', benché da parte di tale dottrina si faccia osservare che la *ratio* che ha guidato i lavori della Convenzione non poteva che ispirarsi ad un necessario 'compromesso costituzionale' (76).

Le previsioni dell'art. 20 della 'Carta' (uguaglianza davanti alla legge) (ora art. II-80 TC), infatti, se paragonate con la ricchezza normativa del I e del II comma dell'art. 3 della Costituzione, appaiono operare un arretramento di almeno due secoli del dibattito e delle tutele assicurate dal costituzionalismo moderno e contemporaneo (77). Le problematiche della armonizzazione fra ordinamenti (costituzioni nazionali e Unione europea) sono, ancora una volta, rinviate ad un futuro indefinito, prevedendosi da parte della Carta dei diritti, all'art. 53 (ora art. II-113 TC), una (evidentemente) necessaria clausola di salvaguardia dei diritti per come sono costituzionalmente e internazionalmente protetti.

Pertanto, come è stato bene sottolineato, la disciplina comunitaria dei diritti sociali, se non contrasta, di certo non corrisponde, nel fondo, con la loro concezione negli ordinamenti costituzionali nazionali a base sociale (fra cui certamente l'Italia, la Spagna e la Germania), nei quali "i diritti sociali sono immaginati come una condizione a priori dell'azione dei pubblici poteri e gli interessi sociali ad essi connessi come semplici *reflexinteresse*" (78).

Ciò che rileva di tali diritti nell'azione e per la realizzazione delle finalità dell'ordinamento comunitario è, dunque, la loro strumentalità (si direbbe, perfino, la loro 'funzionalizzazione') alle esigenze dello sviluppo economico e alle esigenze di competitività proprie del mercato comune europeo. In una simile ottica, i diritti sociali – nell'ambito più generale della politica sociale comunitaria, disciplinata nel nuovo Cap. I del Tit. XI del Trattato CE (art. 136-145), e nella reiterata sottolineatura (ora anche nel Trattato costituzionale, art. III-219) che il loro riconoscimento costituzionale non modifica l'assetto delle competenze comunitarie – si trasformano in meri parametri di legittimità normativa di questa ultima, assumendo per questo non più una validità in sé, bensì la natura di diritti complementari alle libertà economiche, riservandosene il relativo riconoscimento e la tutela al solo ambito interno degli Stati membri, mentre l'intervento normativo e giurisprudenziale europeo rimane esterno e subordinato alle tutele assicurate dalle legislazioni e dalle giurisdizioni degli Stati membri.

74 Corsivi nostri.

75 *Causa C-67/96*, del 21 settembre 1999. Sul punto cfr. anche G. Bronzini, "Il 'modello sociale europeo'", in E. Paciotti (a cura di), *La Costituzione europea ... cit.*; S. Giubboni, *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell'integrazione comunitaria*, Bologna, 2003; M. Barbera, *Dopo Amsterdam: i nuovi confini del diritto sociale comunitario*, Brescia, 2000;

76 Cfr. Rodotà S., "La Carta come atto politico e documento giuridico", in AA.VV., *Riscrivere i diritti... cit.*; Petrangeli F., *Una Carta per l'Europa. Diritti fondamentali e mercato nel processo d'integrazione*, Roma, 2001; Paciotti E. (a cura di), *La Costituzione europea ... cit.*

77 Sul punto cfr. anche G. Azzariti, "Uguaglianza e solidarietà nella Carta dei diritti di Nizza", in M. Siclari (a cura di), *Contributi allo studio della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Torino, 2003; G. Azzariti, "La Carta dei diritti fondamentali dell'U.E. nel 'processo costituente europeo'", in *Rassegna di diritto pubblico comunitario*, 2002, 1.

78 Cfr. Luciani M., "Diritti sociali e ... cit.

I diritti sociali, pertanto, nella costruzione dell'ordinamento comunitario, assumono una natura di diritti 'residuali' e strumentali agli obiettivi economici del mercato unico europeo (79). La normativa comunitaria in materia sociale, in tal senso, si limiterebbe a disciplinare mere disposizioni programmatiche, prevedendo poco più che semplici 'obiettivi'. In altri termini, mancherebbero veri e propri contenuti prescrittivi per le istituzioni comunitarie nel dare attuazione alle stesse se non nell'ottica della più volte richiamata 'funzionalità sociale' del mercato economico, nel senso della già sottolineata idoneità ad assicurare la "competitività della economia della Comunità".

La Corte di Giustizia, come si è ricordato, ha fatto proprio tale indirizzo, quando, dopo un primo orientamento nel quale assume l'esistenza di limiti ai diritti fondamentali nella sola materia dei diritti economici (80), ha sancito che "i diritti fondamentali riconosciuti dalla Corte non risultano ... essere prerogative assolute e devono essere considerati in relazione alla funzione da essi svolta nella società" (81). È pertanto possibile operare restrizioni all'esercizio di detti diritti, in particolare nell'ambito di una organizzazione comune di mercato, purché dette restrizioni rispondano effettivamente a finalità d'interesse generale perseguite dalla Comunità e non si risolvano, considerato lo scopo perseguito, in un intervento sproporzionato e inammissibile che pregiudicherebbe la stessa sostanza di tali diritti" (82).

La natura giuridica imprecisa e incerta di tali disposizioni pare, dunque, unicamente superabile con la loro (innovata) positivizzazione in un più compiuto 'catalogo' di diritti sociali, all'interno di una rivisitata 'Carta dei diritti', su cui le istituzioni europee e la dottrina vanno discutendo negli ultimi anni (conoscendo, tuttavia, forti resistenze di alcuni Paesi membri, fra cui soprattutto la Gran Bretagna). Evidentemente, l'adeguatezza di una simile Carta dei diritti sociali è funzione delle scelte politiche e costituzionali sul futuro dello Stato sociale in Europa; ciò soprattutto se si considerano le esigenze integratrici alla base del recente allargamento del *parterre* europeo a dieci nuovi stati membri.

In definitiva, dunque, il futuro dei diritti sociali nel processo di costruzione comunitaria non pare ulteriormente affidabile alla sola giurisprudenza pretoria della Corte di Giustizia e ai relativi, sempre possibili, conflitti con le giurisdizioni costituzionali nazionali, dovendosi prevedere una loro positivizzazione normativa capace di farsi carico – in modo più convinto (certo e garantito) rispetto al regime giuridico vigente e a quello *de jure condendo* – delle più avanzate 'tradizioni costituzionali comuni' in questa materia (83). Solo a partire da una disciplina comunitaria capace di conformarsi al più avanzato patrimonio costituzionale europeo in materia di diritti e di giustizia sociale, potranno ritenersi risolte le problematiche poste dall'esercizio dello stesso diritto alla tutela giudiziaria effettiva in tale ambito (principio, pe-

79 Cfr. nello stesso senso, anche, G. Maestro Buelga, "Los derechos sociales en la Union Europea: una perspectiva constitucional", in *Revista vasca de administration publica*, 1996, n. 46, p. 119 ss

80 Sent. 14 maggio 1974, *Nold*, causa 4/73, in *Racc. Uff.*, 1974, p. 491; sent. 13 dicembre 1979, *Hauer*, causa 44/79, in *Racc. Uff.*, 1979, p. 3727, su cui cfr. fra gli altri F. Mancini, "La tutela dei diritti dell'uomo: il ruolo della Corte di Giustizia delle Comunità europee", in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1989, n. 1.

81 Corsivi nostri

82 *Wachauf*, sent. 13 luglio 1989, *causa 5/88*, in *Racc. Uff.* 1988, p. 2609, nella quale, da parte della CGCE, si riconosce che "i diritti fondamentali costituiscono parte integrante dei principi generali del diritto di cui la Corte garantisce l'osservanza. In tale compito essa è tenuta ad uniformarsi alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, di guisa che non possono essere ammessi nella Comunità provvedimenti incompatibili con i diritti fondamentali riconosciuti dalle costituzioni di detti stati".

83 Come è stato ben osservato, infatti, (A. Baldassarre, "La Carta europea dei diritti ... cit., p. 3) "è difficile cogliere una tradizione comune ed il significato più probabile da ricondurre ad essa ... non è quello che fa riferimento alla formazione di un patrimonio comune europeo su questi diritti ma al patrimonio dei diritti dello Stato che meglio si adatta alla soluzione del caso all'esame della Corte". Nello stesso anche F. Sorrentino, "La Costituzione italiana di fronte al processo di integrazione europea", in *Politica del diritto*, 1993, p. 11 e A. Cannizzaro, "Principi fondamentali della Costituzione e Unione Europea", in *Riv. it. dir. pub. com.*, 1994, p. 1176.

raltro, affermato come fondamentale dalla Corte di Giustizia) sia con riferimento ai diritti c.d. negativi, sia e soprattutto ai diritti a prestazioni da parte dei pubblici poteri comunitari (84).

A partire da tale disciplina positiva, potrà conoscersi una limitazione della giurisprudenza comunitaria, nel senso che la Corte di Giustizia si vedrebbe legittimata nella sua interpretazione, fin qui orientata alla realizzazione delle finalità del mercato unico in ossequio ai valori di base accolti nei trattati comunitari originari, ad aprirsi ad una lettura delle disposizioni del Trattato capace di assicurare la garanzia dei diritti per sé considerati.

Tuttavia, tale orientamento che, nel fondo fa proprie le conclusioni cui era pervenuto il Rapporto del *Comitato Simitis*, nel suo farsi promotore di un forte invito alla Convenzione incaricata di redigere la 'Carta' ad operare "una ricomposizione dei valori fondamentali del modello sociale europeo nel nome della unità e delle complementarità dei diritti di prima, seconda e terza generazione" (85), non intende affatto sottovalutare il significato importante delle scelte operate dalla 'Carta' in materia di diritti sociali, significativamente disciplinati, in parte, al titolo III (Uguaglianza) per quanto concerne i diritti sociali incondizionati (divieto di discriminazione), e in parte al titolo IV (Solidarietà) per quanto concerne sia i diritti sociali c.d. incondizionati che quelli c.d. condizionati.

Una parte di tali disposizioni riguarda il diritto del lavoro (ma non il diritto al lavoro) (art. II-75 TC), concretizzandosi in previsioni volte a garantire il diritto dei lavoratori all'informazione e alla consultazione nell'ambito dell'impresa (art. II-87 TC), il diritto alla negoziazione e alle azioni collettive (art. II-88 TC), il diritto di accesso ai servizi di collocamento (art. II-89 TC), la tutela in caso di licenziamento ingiustificato (art. II-90 TC), le condizioni di lavoro giuste ed eque (art. II-91 TC), il divieto di lavoro minorili e la protezione dei giovani sul lavoro (art. II-92 TC). Altre disposizioni riguardano invece, sia pure con diversa modalità di protezione, la vita familiare e professionale (art. II-93 TC), la sicurezza e l'assistenza sociale (art. II-94 TC), la protezione della salute (art. II-95 TC), l'accesso ai servizi di interesse economico generale (art. II-96 TC), la tutela dell'ambiente (art. II-97 TC) e la protezione dei consumatori (art. II-98 TC).

Con tali disposizioni di protezione, come è stato bene osservato, si determina il "transito simbolico dall'integrazione attraverso il mercato a quella attraverso i diritti" (86). In tale nuovo ambito normativo, i diritti sociali, sia pure con modalità e contenuti assolutamente non comparabili alle più avanzate discipline costituzionali europee, risultano disciplinati in modo non differenziato rispetto agli altri diritti fondamentali e alle libertà economiche comunitarie, condividendone ormai la natura pienamente costituzionale e concorrendo a ripensare *funditus* il concetto di cittadinanza comunitaria "a partire dalla sua capacità di effettiva inclusione sociale" (87). Rimane confermato, in ogni caso, che tale ricostruzione rischia di restare astratta in assenza di una compiuta vigenza del TC, pur non negandosi il valore di *moral suasion* che simili disposizioni della 'Carta' avrebbero comunque per il giudice e le istituzioni comunitarie nel loro complesso.

84 Cfr. J. Lozano Miralles, "Lo Stato di diritto come Stato garantista: il valore giustizia (art. 1.1CE) ed il principio-diritto alla tutela giudiziaria effettiva (art. 24 CE)", in S. Gambino (a cura di), *Costituzione italiana e diritto comunitario ... cit.*; nonché G. Moschella, "La giustizia nell'ordinamento costituzionale europeo" (*paper*).

85 Cfr. Giubboni S., "I diritti sociali ... cit.

86 Cfr. Giubboni S., "I diritti sociali ... cit.;" AA.VV. (A. Manzella – P. Melograni – E. Paciotti – S. Rodotà), *Riscrivere i diritti in Europa*, Bologna, 2001; Azzena L., *L'integrazione attraverso i diritti. Dal cittadino italiano ai mercati comunitari*, Torino, 1988;

87 Cfr. Giubboni S., "I diritti sociali ... cit.

6. *Il Progetto di Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa: il dibattito e le raccomandazioni accolte nella 'Relazione finale del Gruppo II – Carta'*

6.1. *La incorporazione della 'Carta di Nizza' all'interno del Trattato costituzionale*

Nella trattazione del tema è stato preliminarmente sottolineato come il riconoscimento dei diritti fondamentali a livello comunitario costituisca il risultato di una giurisprudenza pretoria. Pur in assenza di disposizioni specifiche nei trattati comunitari, a partire dai primi anni Settanta, la Corte di Giustizia delle Comunità Europee, come è noto, ha proceduto alla ricostruzione giurisprudenziale di principi generali del diritto comunitario e, all'interno di questi ultimi, al riconoscimento e alla garanzia dei diritti fondamentali comunitari (88).

Con il Trattato di Maastricht, prima, e di Amsterdam, poi, verrà dato seguito in termini di positivizzazione a tali tutele (artt. 6 e 7 del TUE). A partire da tali risultati, l'esigenza di un catalogo di diritti fondamentali comunitari appariva strettamente necessario, anche al fine di riconoscere alle istituzioni rappresentative dell'Unione europea quel necessario protagonismo istituzionale che appariva idoneo al superamento della (reiterata) critica di *deficit* (democratico e) costituzionale delle istituzioni comunitarie nel loro complesso.

Nella Conferenza intergovernativa di Colonia, così, si ritenne di dare soluzione a tale problema avviando un processo che avrebbe portato, con il Trattato di Nizza, a farsi carico di un catalogo dei diritti e delle libertà fondamentali da assumere come *Bill of rights* di un costituzionalismo europeo più maturo, ancorché seguendo la strada della ulteriore integrazione dei trattati e non per via del ricorso a procedure costituenti (89).

Il Parlamento europeo, il Consiglio e la Commissione adottavano solennemente (Trattato di Nizza) la Carta dei diritti fondamentali (8 dicembre del 2000); si trattava di una 'dichiarazione politica' ancora non dotata di valore giuridico vincolante, sebbene, come si è già detto e si dirà meglio in seguito, nei fatti giuridicamente vincolante, in ragione della considerazione secondo cui tale catalogo altro non sarebbe che una sorta di *summa* della giurisprudenza comunitaria consolidata, includendosi nella stessa sia le 'tradizioni costituzionali comuni' agli Stati membri, sia la CEDU, che la giurisprudenza della Corte dei diritti umani di Strasburgo.

A Nizza, inoltre, erano stati individuati ulteriori punti di raccordo con la tematica della positivizzazione dei diritti, che saranno ripresi come punti fondativi della Dichiarazione di Laeken sull'avvenire dell'Unione (15 dicembre 2001). In tale testo figura, per la prima volta in maniera esplicita, il termine Costituzione, e si pone la questione se la 'Carta' debba essere integrata nei Trattati di base, e se l'Unione debba aderire alla CEDU, in breve, se lo stesso processo di riforma dei trattati non debba portare all'adozione di un testo costituzionale. L'idea dell'istituzione di una Convenzione nasceva, in tale ottica, per rispondere ad alcuni interrogativi fondamentali sul futuro dell'Unione. Le conclusioni dei lavori della stessa avrebbero dovuto costituire la base per le future discussioni della CIG, la sola legittimata ad adottare le decisioni finali. La Convenzione, infine (20 giugno 2003), presentava il risultato dei suoi lavori al Consiglio europeo di Salonicco, in un documento rubricato 'Progetto di Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa'.

Se una più adeguata considerazione dei diritti fondamentali a livello comunitario rappresentava un improrogabile appuntamento nel processo di integrazione europea, la formulazione di una Carta dei diritti e la volontà d'inserirla in un vero e proprio 'Progetto costituzionale

88 Cfr. Gambino S., "Verso il diritto costituzionale comune europeo. Diritto e diritti (fondamentali) nella prospettiva comunitaria", in Gambino S., *Diritto pubblico comparato ed europeo*, Milano, 2004, nonché "Il diritto costituzionale europeo: principi strutturali e diritti fondamentali", in S. Gambino, *Costituzione italiana e diritto comunitario ... cit.*

89 Cfr. Floridia G., "'Nell'intenzion dell'artista, e agli occhi degli abitanti' (osservazioni sulla 'Dichiarazione dei diritti' di Nizza)", in *Dir. pub. comp. ed europeo*, 2001, n. 1; Montanari L., "I sistemi di tutela dei diritti in Europa: alcune note sui rapporti tra i giudici", in Gambino S. (a cura di), *La protezione dei diritti fondamentali. Europa e Canada a confronto*, Milano, 2004.

dell'Unione europea' testimoniano la importanza del progresso compiuto verso la realizzazione di una integrazione politica fondata sul rispetto e sulla valorizzazione dei diritti fondamentali. In tale ottica, può chiedersi se sia lecito affermare che l'intenzione reale delle istituzioni comunitarie fosse quella di rifondare l'Unione su nuove basi e nuovi valori legati al rispetto e alla promozione dei diritti e delle libertà fondamentali dell'uomo, ovverossia se l'obiettivo non fosse piuttosto quello di continuare ad attingere alla più avanzata tradizione costituzionale delle democrazie pluralistiche che la compongono. Le risposte a tali interrogativi non sono scevri di conseguenze anche ai fini ermeneutici del *'Progetto di Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa'* che sarà ora oggetto di un'analisi essenziale, unitamente al lavoro della Convenzione che lo ha prodotto.

Prima di procedere all'analisi delle questioni specificamente affrontate dai membri della Convenzione europea e, prima ancora, dai membri del 'Gruppo di lavoro II – Carta' (istituito all'interno della stessa), si rivelano opportune alcune ulteriori considerazioni generali circa il significato stesso di costituzionalizzazione dei diritti fondamentali, rispetto a cui l'inserimento di un catalogo dei diritti fondamentali in un testo scritto di rilievo costituzionale/comunitario costituisce una condizione necessaria ma non sufficiente (come è stato già osservato) al compimento di detto processo e alla costruzione di quel legame inscindibile fra diritti e Costituzione che costituisce una delle più tradizionali quanto attuali affermazioni del costituzionalismo europeo (90).

Che la tutela dei diritti fondamentali chiami in causa il livello della Costituzione costituisce un punto fermo della dottrina giuridica; per cui non ha senso alcuno metterlo in discussione. Spesso, però, tale inscindibilità viene data per scontata, non facendosi carico delle ragioni profonde di tale legame. In tal senso, la costituzionalizzazione dei diritti comporta il condizionamento della ulteriore produzione di diritto, entrando a far parte degli stessi criteri di definizione della sua identità. In tal modo, i diritti positivizzati vengono incorporati nell'ordinamento giuridico nella forma di vincoli alla produzione giuridica (diritto comunitario oggettivo), entrando a far parte anche di quella particolare categoria di norme sulla produzione che stabiliscono – a livello comunitario come già in quelli nazionali – come una prescrizione debba essere prodotta per potersi considerare valida.

Così essenzialmente richiamato il legame strutturale che lega i diritti alla Costituzione – qualsiasi catalogo e qualsiasi Costituzione – la questione particolare della 'costituzionalizzazione' della Carta dei diritti fondamentali acquisisce termini di riferimento più chiari, rivelando, nel contempo, tutta la sua complessità e, soprattutto, evidenziando la carica problematica del salto di qualità che si richiede ad una Unione volta a conseguire un processo rifondativo, basato sul presupposto del legame inscindibile diritti/Costituzione.

Ciò sottolinea anche come l'obiettivo della realizzazione di una Comunità politica basata sulla valorizzazione dei diritti fondamentali e sulla loro effettività – in uno sforzo di sintesi che traduca realmente il patrimonio costituzionale (91) dei Paesi membri e lo ponga a fondamento del suo stesso esistere – costituisca una 'sfida' di portata sicuramente maggiore rispetto a quelle affrontate fin qui dalla Unione europea e richieda riforme ben più ampie e scelte più nette da parte degli Stati. Nella Dichiarazione di Laeken sul futuro dell'Unione europea (15 dicembre 2001), nella parte in cui vengono indicate le varie riforme necessarie per intraprendere il "percorso verso una Costituzione per i cittadini europei", si ricorda, infatti, come una delle questioni principali da affrontare riguardi la possibilità che la Carta di Nizza venga incorporata nei trattati o in un eventuale Trattato costituzionale.

In un documento della Convenzione contenente il mandato del 'Gruppo di lavoro II – Carta' (92), l'interrogativo posto a Laeken in relazione al destino della 'Carta' e alla necessità

90 Sul punto cfr. anche Tizzano A., "Prime note sul progetto di Costituzione europea", in *Il diritto dell'Unione europea*, 2003, nn. 2/3.

91 Cfr. Pizzorusso A., *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna, 2001.

92 CONV 72/02.

della stessa adesione della Comunità/Unione alla CEDU è definito in maniera più approfondita, precisandosi che dette questioni sono complementari, nonostante debbano essere affrontate distintamente e successivamente. Per quanto riguarda la decisione politica vera e propria in merito all'integrazione e all'adesione, essa non avrebbe dovuto costituire oggetto di dibattito all'interno del 'Gruppo', dovendosi – quest'ultimo (e in generale la Convenzione) – occupare delle sole questioni tecniche attinenti alle stesse. Successivamente, le problematiche che sarebbero state oggetto di dibattito per il 'Gruppo di lavoro II – Carta' vengono definite in maniera molto particolareggiata, attraverso la proposizione di alcune possibili modalità risolutive ma anche attraverso la rilevazione di altre questioni strettamente collegate alle prime: si tratta della eventuale riformulazione dell'art. 6, c. 2, TUE, in caso di integrazione della 'Carta' nel Trattato/i; della posizione e del ruolo del Preambolo della Carta dei diritti; del problema delle cosiddette 'duplicazioni' dei diritti già sanciti nel TCE, cui la 'Carta' opera un semplice rinvio, delle 'Spiegazioni' che dovrebbero guidare gli organi giurisdizionali comunitari. Nel prosieguo saranno brevemente esaminate le tappe e i contributi più significativi del dibattito svoltosi all'interno del 'Gruppo di lavoro II', passando poi in rassegna (e discutendo) le soluzioni adottate dalla Convenzione e inserite nel 'Progetto di Trattato per una Costituzione europea'.

Nella Relazione finale 'Gruppo di lavoro II', chiamata a pronunciarsi nel merito, tutti i membri del 'Gruppo' si esprimono nel senso di una "decisa approvazione sull'incorporazione della 'Carta' (nel Trattato costituzionale) *secondo modalità che conferiscano a quest'ultima carattere giuridicamente vincolante e status costituzionale*" (93). A giudizio del 'Gruppo' esistono diverse modalità per raggiungere tale obiettivo, ma resta comunque centrale come esso costituisca *condicio sine qua non* dello sviluppo ulteriore del processo di integrazione comunitaria.

Le modalità tecniche per perseguire l'obiettivo della incorporazione della 'Carta' nel Trattato costituzionale potrebbero basarsi, secondo tale orientamento, su almeno due opzioni: inserendone il testo all'inizio del Trattato costituzionale (in un titolo o in un capo specifico) ovvero, in alternativa, individuando una disposizione di richiamo nel Trattato costituzionale, o ancora prevedendo l'allegazione della 'Carta' medesima in un Protocollo *ad hoc* (94). Per un membro del 'Gruppo', sarebbe da ipotizzare un mero "riferimento indiretto" alla 'Carta', in modo da renderla giuridicamente vincolante ma senza attribuirle *status* costituzionale (95).

Se la prima delle due opzioni avrebbe, secondo alcuni membri del 'Gruppo', il vantaggio di rendere possibile la previsione di emendamenti e aggiornamenti della 'Carta' secondo le stesse modalità ipotizzate per la revisione costituzionale, nonché una maggiore visibilità per i cittadini in ragione della sua maggiore chiarezza, trasparenza e comprensibilità, la maggior parte dei membri del 'Gruppo', tuttavia, si dimostra propensa a non attribuire molta differenza fra l'incorporazione della 'Carta' nella forma di Protocollo separato annesso al Trattato e l'inserimento delle disposizioni della 'Carta' all'interno del Trattato.

Ciò che è importante per rendere "attiva" la 'Carta' e far valere i meccanismi dalla stessa previsti è il conferimento del carattere vincolante, il quale non potrebbe venire in rilievo se si "allegasse" la 'Carta' al Trattato nella forma di una "solenne dichiarazione" o tramite un semplice riferimento. Dalla accettazione di queste opzioni, infatti, deriverebbe la collocazione della 'Carta' fuori dal Trattato costituzionale, quale una delle risorse di ispirazione dei diritti fondamentali riconosciuti dalla Unione. Simili scelte non riproporrebbero la centralità dell'impegno dell'Unione per la tutela dei diritti fondamentali, il che avverrebbe, invece, con la incorporazione della 'Carta' nel Trattato. Il mancato inserimento della 'Carta' tramite un'opzione che le garantisca inequivocabilmente una valenza giuridica, così, rappresentereb-

93 In corsivo nella stessa Relazione, CONV 354/02.

94 Cfr. Arnulf A., "From Charter to Constitution and beyond: fundamental rights in the new European Union", in *Public law*, winter 2003, p. 774.

95 CONV 116/02.

be una significativa esclusione e allontanerebbe le scelte costituzionali dell'Unione, già per molti aspetti inedite, da una delle più importanti tradizioni del moderno costituzionalismo europeo (96).

Sulla base di tali raccomandazioni del 'Gruppo', l'orientamento favorevole alla incorporazione veniva accolto dalla Convenzione. Il percorso, così, si compiva negli ultimi mesi della Convenzione tramite l'inserimento della 'Carta' nella Parte II del Progetto di Trattato e la modifica dell'art. 5, nella versione che figura nell'attuale art. 7 del Progetto di Trattato costituzionale. Se si ha riguardo alla volontà maggioritaria della Convenzione, tale soluzione si rivela, oltre che inevitabile, la più conveniente fra tutte le proposte originariamente avanzate. "Articolare la 'Carta' come Parte II del testo del Trattato – come è stato bene osservato – implica di dotarne il contenuto di una propria identità, differenziata sia dalla Parte I, che contiene i fondamenti della Unione europea, e nella quale i diritti trovano un trattamento speciale sotto forma di Titolo separato che rinvia alla 'Carta' (art. 7.1), che dalle altre due che compongono il Trattato; la Parte III che fa riferimento alle politiche e al funzionamento dell'Unione, e la Parte IV, relativa alle Disposizioni generali e finali" (97).

Ciò non vuol dire, però, che l'opzione prescelta dalla Convenzione per l'integrazione della 'Carta' non sollevi problemi. Innanzitutto, stante l'impossibilità di modificare la sostanza della 'Carta', ci si trova dinnanzi ad un "cuore costituzionale" (Prima e Seconda Parte del Trattato), costituito per metà da statuizioni sui diritti e, per l'altra metà, dalla definizione di altri principi strutturali dell'ordinamento europeo.

Il problema maggiormente enfatizzato dalla dottrina, tuttavia, riguarda, sotto il profilo in considerazione, la *duplicazione* della disciplina dei diritti in più disposizioni del Trattato costituzionale (98). In conseguenza del fatto che la 'Carta' è stata elaborata quale strumento autonomo e completo, "come se ..." dovesse avere un immediato valore giuridico, essa contiene molte disposizioni che duplicano (a volte si sovrappongono, altre volte si ripetono in forma diversa), ovvero, addirittura, appaiono in contrasto con le disposizioni del TCE (99).

Nonostante lo stesso 'Gruppo di lavoro' si fosse pronunciato sulla inevitabilità di un certo livello di *duplication* per (non meglio definite) 'ragioni legali', quest'ultima risulta altamente discutibile in un testo costituzionale che dovrebbe contribuire ad una maggiore chiarezza del diritto dell'Unione europea (100). Nel complesso, le ragioni che sostengono l'accettabilità di tali duplicazioni, ossia il loro possibile venire in rilievo nella Parte III quale *lex specialis*, non presentano significative obiezioni, fermo restando la preferibilità per quell'operazione di *cleaning-up*, di cui attenta dottrina (101) mostra la necessità e che viene ripresa da buona parte degli studiosi ascoltati nelle *hearings* del 'Gruppo'.

96 Cfr. De Búrca G., "Fundamental rights and citizenship", in B. de Witte, *Ten reflections on the Constitutional Treaty for Europe*, Conv 703/03.

97 Cfr. Arnaiz A.S., "I diritti fondamentali nel Trattato per l'istituzione di una Costituzione per l'Europa (un bilancio della Convenzione)", in Gambino S. (a cura di), *La protezione dei diritti... cit.*, p. 250.

98 Cfr. Arnaiz A.S., "I diritti fondamentali ... cit.", p. 251 ss.; Arnall A., "From Charter to Constitution and beyond: fundamental rights in the new European Union", in *Public law*, winter 2003; De Búrca G., "Fundamental rights and citizenship ... cit.

99 Nell'ampia bibliografia in materia, cfr.: Garcia R.A., "Le clausole orizzontali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea", in *Riv. ital. dir. pubb. com.*, 1/2002; AA.VV., *Commento alla Carta dei diritti ... cit.*, Triantafyllou D., "The European Charter of fundamental rights and the rule of law: restricting fundamental rights by reference", in *Comm. mark. law rev.*, 2002; Lijsberg J.B., "Does the European Charter of fundamental rights threatened the supremacy of community law?", in *Comm. mark. law rev.*, 2001; De Siervo U., "L'ambigua redazione della Carta ... cit."; Baer S., "La Carta dei diritti fondamentali o dell'ambivalenza", in *Dir. pubb.*, 3/2001; AA.VV., *The european Charter of fundamental rights*, London, 2001; I.J. Patrone, "La protezione giurisdizionale dei diritti nei lavori della Convenzione", in <http://www.magistraturademocratica.it/md.php/8/277>.

100 Cfr. Arnall A., "From Charter to ... cit.

101 Cfr. de Búrca G., "Fundamental rights and ... cit.

Accanto a tali problematiche, il ‘Gruppo’ sottolineava come la incorporazione della ‘Carta’ non dovesse comportare modifiche nel riparto delle competenze fra l’Unione e gli Stati membri. Di tale preoccupazione, che è risalente nel dibattito istituzionale comunitario, e che tiene pienamente conto del principio di sussidiarietà, nonché “delle legislazioni e pratiche nazionali” (art. 52, par. 6), costituisce rispecchiamento evidente l’art. 51, par. 2, del Progetto di Trattato, nella parte in cui si prevede che “La presente ‘Carta’ non estende l’ambito di applicazione del diritto dell’Unione al di là delle competenze dell’Unione, né introduce competenze nuove o compiti nuovi per l’Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti nelle altre parti della Costituzione”. L’art. 52, par. 2, che riformula parzialmente l’art. 52.2 della Carta di Nizza, inoltre, ribadisce la piena compatibilità fra i (nuovi) diritti fondamentali, sanciti nel Trattato costituzionale, e quelli “per i quali altre parti della Costituzione prevedono disposizioni”, esercitandosi alle condizioni e nei limiti definiti da tali parti pertinenti (art. 52, par 2, del Trattato costituzionale). Si ribadisce, così, come già osservato in precedenza che, per quanto riguarda tali *dédoublements* fra la ‘Carta’ e altre parti del Trattato costituzionale, possano verificarsi dei doppioni di disciplina giuridica dei diritti, ma che gli stessi appaiono, in qualche misura, “inevitabili per motivi giuridici ma non dannosi, in quanto, come proposto, una clausola di rinvio assicurerà la compatibilità” (102)

Alcune altre questioni tecniche collegate all’inserimento della ‘Carta’ come Parte II del Trattato hanno costituito motivo di approfondimento nel ‘Gruppo di lavoro’. Si tratta del ruolo del Preambolo e del destino dell’attuale art. 6, II co., del TUE. In relazione al primo, il ‘Gruppo’ si è pronunciato nel senso di una sua conservazione integrale nel Trattato, ricordando che “il Preambolo della ‘Carta’ formula la natura fondamentale dell’Unione in termini che superano ampiamente i diritti fondamentali” (103). Né bisogna dimenticare, inoltre, come lo stesso avesse costituito una delle condizioni essenziali per la formazione del consenso nell’ambito della Convenzione che aveva elaborato la ‘Carta’, anche se la sua conservazione, con alcune poco rilevanti modifiche, determinerebbe il paradosso “di un testo con due Preamboli: quello che apre la Costituzione e quello presente nella parte introduttiva della dichiarazione di diritti” (104).

Con riferimento alla seconda questione approfondita dal ‘Gruppo’, era d’uopo chiedersi se, in caso di integrazione della ‘Carta’, il Trattato costituzionale dovesse mantenere i riferimenti alle due risorse d’ispirazione esterne figuranti nell’art. 6, II co.: la CEDU e le tradizioni costituzionali comuni. Chi sosteneva l’opportunità della loro permanenza argomentava che ciò avrebbe potuto essere utile al fine di completare la protezione offerta dalla ‘Carta’, chiarendo, inoltre, che il diritto dell’Unione potrebbe continuare ad evolversi parallelamente alla CEDU e alla legislazione dei Paesi membri in materia di diritti fondamentali.

Il ‘Gruppo’ si astiene, però, su questo punto dal fornire definitive raccomandazioni, mentre in base alla soluzione adottata dalla Convenzione ed espressa nell’art. I-9.3 del Trattato costituzionale “i diritti fondamentali garantiti dalla CEDU e risultati dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri fanno parte del diritto dell’Unione in quanto principi generali” del diritto comunitario. Inoltre, l’art. II-112.3 del Trattato costituzionale, nel prevedere che “la presente disposizione non preclude che il diritto dell’Unione conceda una protezione più ampia”, si preoccupa di chiarire come i diritti garantiti dalla ‘Carta’, e ora dal Trattato costituzionale, debbano rispecchiare i livelli di tutela più avanzati della normativa comunitaria, assicurando in tal modo garanzia e sviluppo dell’*acquis communautaire* in materia di diritti fondamentali.

La Corte di Giustizia, chiamata ad intervenire in una questione attinente al diritto dell’Unione, dovrebbe inequivocabilmente applicare la ‘Carta’. Nel caso in cui tale applicazione confliggesse con la tutela offerta in uno Stato membro al medesimo diritto, la Corte po-

102 *Relazione finale del Gruppo II*, CONV 354/02

103 *Ult. op. cit.*

104 Cfr. Arnaiz A.S., “I diritti fondamentali ... cit.,” p. 251.

trebbe anche richiamare le ‘tradizioni costituzionali’ degli Stati membri in quanto principi generali del diritto dell’Unione (art. II-112.4 TC). Come si sottolinea nella Relazione finale del Gruppo II, secondo tale previsione, il Giudice comunitario, “piuttosto che seguire un rigido approccio consistente nella ricerca di ‘un minimo comune denominatore’, dovrebbe interpretare i diritti della ‘Carta’ in modo da offrire un elevato *standard* di protezione, adeguato al diritto dell’Unione e in armonia con le comuni tradizioni costituzionali” (105), già confermata dall’art. 6, II co., del TUE.

Ciò, se per un verso esplicherebbe degli effetti positivi, rendendo più flessibile l’applicazione della ‘Carta’ a vantaggio delle peculiarità della tutela offerta negli Stati membri, dall’altra, farebbe riemergere situazioni di ambiguità e di incertezza giuridica. Da ciò discende il fondamentale interrogativo di chi si chiede se sia “compatibile il riconoscimento delle virtualità dell’art. 7.3, accolto nella Nota esplicativa, con l’ovvia finalità di arginare il pretore lussemburghese che attinge alle disposizioni orizzontali della ‘Carta’ e del relativo Preambolo” (106).

Una questione di non minore importanza, sotto tale profilo, attiene al ruolo delle ‘Spiegazioni’ della ‘Carta’ rielaborate nell’ambito della Convenzione. Nella Relazione finale del ‘Gruppo’ viene attribuito alle ‘Spiegazioni’ il valore di “importante strumento di interpretazione che garantisce l’esatta comprensione della ‘Carta’”, benché lo stesso ‘Gruppo’ sia cosciente che le stesse non dispongano di valore giuridico.

È stato opportunamente notato come il riferimento alle ‘Spiegazioni’ della ‘Carta’ (107), inserito nel Preambolo della stessa (Parte II), costituisca un punto centrale per il raggiungimento del consenso sul Progetto di Trattato da parte della Convenzione. Nella stessa (breve) Relazione del Presidente della Convenzione, Giscard d’Estaing, che accompagna il Progetto di Trattato, allorché esso viene consegnato al Consiglio europeo, si legge che “La Costituzione integra, come Parte II, la Carta dei diritti fondamentali sancita dal Consiglio europeo di Nizza. La Convenzione rileva che le ‘Spiegazioni’ elaborate su impulso del Presidium della Convenzione della ‘Carta’, aggiornate e consolidate sotto la direzione del Presidium della Convenzione europea, rappresentano uno strumento interpretativo importante della ‘Carta’ stessa” (108). Il fatto che le ‘Spiegazioni’ si rivolgano alle autorità giudiziarie comunitarie potrebbe essere salutato con favore con riguardo alla finalità di arginare l’eccessiva discrezionalità (da più parti criticata) delle citate autorità in materia di diritti fondamentali.

Peraltro, le ‘Spiegazioni’ non possono definirsi quali autentiche norme di interpretazione, in grado quindi di vincolare formalmente il giudice comunitario (o nazionale). Da tutto ciò consegue l’impossibilità di delimitare e, in un certo senso, anticipare, quali potranno essere gli effetti del riferimento alle ‘Spiegazioni’ della ‘Carta’ contenute nel Preambolo e la necessità di attendere gli eventuali sviluppi della prassi interpretativa delle autorità giudiziarie con riferimento alle Spiegazioni della ‘Carta’.

Per quanto riguarda l’adattamento delle clausole orizzontali con riferimento alla integrazione della ‘Carta’ nel Trattato costituzionale, le questioni ad esso connesse rivelano una problematicità certamente più elevata, prestando il fianco a numerosi rilievi critici, i quali, a loro volta, erano già stati formulati con una certa forza dalla più attenta dottrina in seguito alla proclamazione della ‘Carta’.

Un ultimo profilo appare opportuno da richiamare, ed è quello relativo alla distinzione fra ‘diritti’ e ‘principi’ operata sia nella Relazione finale che nel testo del Trattato costituzionale (art. II-111 TC). Tale distinzione ha originato uno dei motivi di maggiore riflessione problematica nella dottrina costituzionalistica.

105 Ult. *op. cit.*, p. 256.

106 Ult. *op. cit.*, p. 253.

107 CONV 851/03.

108 CONV 851/03

Richiamandosi al Preambolo e all'art. 51, par. 1, della 'Carta', la Relazione finale del Gruppo II si preoccupa di sottolineare "l'importanza della distinzione fra 'diritti' e 'principi'", suggerendo una disposizione (che sarà poi accolta nell'art. II-112.5 del Trattato costituzionale) finalizzata ad assicurare "la certezza del diritto nella prospettiva di una 'Carta' giuridicamente vincolante e dotata di *status* costituzionale".

Già in base all'art. II-111 TC, i 'diritti' devono essere 'rispettati, mentre i 'principi' osservati e promossi nella loro applicazione secondo le rispettive competenze, potendo la loro attuazione richiedere il ricorso ad atti legislativi o esecutivi e pertanto ricadendo, sotto tale profilo, nella competenza degli organi giurisdizionali in sede di interpretazione. Per la Relazione finale, ciò risulta "coerente sia con la giurisprudenza della Corte di Giustizia sia con l'approccio dei sistemi costituzionali degli Stati membri ai 'principi', in particolare nel campo del diritto sociale".

Il Trattato costituzionale recepisce tale raccomandazione, prevedendo, all'art. II-112.5 (di nuova formulazione rispetto al testo della 'Carta'), che "... le disposizioni della presente 'Carta' ... possono essere invocate dinanzi a un giudice solo ai fini dell'interpretazione e del controllo della legalità di detti atti".

La disposizione ora in considerazione, come si è già ricordato, ha costituito (e costituisce tuttora) oggetto di vaglio particolarmente problematico da parte della dottrina, ancorché, a ben vedere, ciò non debba destare molta meraviglia quando si consideri la peculiarità del sistema costituzionale europeo. Semmai, la *ratio* che può guidare nella lettura di una simile disposizione è quella di un estremo tentativo (probabilmente destinato a fallire nella prassi giurisprudenziale) di limitare l'ambito della interpretazione giudiziaria e con essa il rischio di un *gouvernement des juges* a livello europeo, le cui premesse, come si è già visto in precedenza, sono ampiamente presenti nella creazione pretoria dei diritti fondamentali.

Sotto tale profilo, è stato autorevolmente ricordato che la disposizione – a fronte delle potenzialità della interpretazione giudiziaria – sembra ricorrere alla tecnica del *référé législatif*, con il quale il legislatore francese del periodo post-rivoluzionario riteneva di poter assicurare "l'applicazione delle leggi secondo le intenzioni di coloro che le avevano approvate, sopprimendo il potere d'interpretazione del giudice" (109).

È stato anche osservato, in termini fortemente problematici, come la distinzione fra 'diritti' e 'principi' indebolisca fortemente proprio l'ambito dei diritti sociali, che, come è noto, richiedono appunto per il loro concreto esercizio un disposto legislativo (attuativo del principio costituzionale) e un *facere* amministrativo (servizi pubblici); ne seguirebbe, pertanto, la necessità di una esclusione della richiamata clausola, in quanto contraddittoria e pericolosa, in quanto "inidonea a declassare la portata dei diritti e principi della 'Carta'".

Quanto alla portata e ai limiti della interpretazione dei 'diritti' e dei 'principi' comunitari, si osserva, altresì, che le previsioni dell'art. II-111 del Trattato costituzionale, fanno comunque salvi i diritti fondamentali riconosciuti nella CEDU (art. II-112.4) – trovando "significato e portata degli stessi uguale a quella loro conferita dalla suddetta Convenzione" –, quelli che trovano fondamento nei trattati e infine tutti gli altri diritti, individuabili per esclusione, i quali incontrano i limiti e le condizioni previste dal I co., per il quale il relativo esercizio deve essere tale da rispettare "il contenuto essenziale di detti diritti e libertà" (art. II-112.1), ancorché risulti del tutto ambigua la previsione di limitazioni ulteriori che gli stessi possano conoscere qualora queste stesse appaiono necessarie (clausola del tutto indeterminata e per questo indubbiamente pericolosa per il contenuto dei diritti) e "rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui" (anche in questo caso, trattasi di una clausola generale e senza previsione di gerarchie di valori al fine del bilanciamento da parte del giudice comunitario).

109 Cfr. Pizzorusso A., "Una Costituzione 'ottriata'", in AA.VV (a cura di E. Paciotti), *La Costituzione europea ... cit.*;

Come si può osservare, non mancano legittime preoccupazioni quanto all'ambito e alla portata delle possibili limitazioni al diritto e alle libertà comunitarie, pur così innovativamente riportate al rango costituzionale comunitario. Tali preoccupazioni, peraltro, risultano alimentate da ulteriori previsioni in materia del Trattato costituzionale, come, ad esempio, quando quest'ultimo rinvia, per la previsione di limiti, alle indeterminate "condizioni" stabilite nel diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali. Una disciplina – quest'ultima – ben distante dalla più puntuale previsione delle costituzioni europee, e di quella italiana in particolare, nella disciplina della riserva di legge applicata ai diritti, che è sempre tipizzata e teleologicamente motivata in sede costituzionale.

Così sottolineati i più gravi limiti di una simile disciplina comunitaria nella materia dei diritti, si può fare proprio, per concludere, quell'autorevole orientamento che, rispetto alla (pur discutibile) distinzione fra 'diritti' e 'principi', osserva come, a ben vedere, non saremmo molto distanti dalle problematiche già conosciute nell'ordinamento interno con riferimento ai principi fondamentali sanciti nella Costituzione.

L'art. II-112.5 del Trattato costituzionale, così, pare voler "semplicemente escludere che dalla enunciazione di un principio nella 'Carta' (di un principio e non di un diritto), si possano ricavare conseguenze immediate e dirette circa posizioni soggettive concrete azionabili in giudizio, se non passando attraverso la *interpositio legislatoris*. Da un principio costituzionale (non da una norma costituzionale attributiva di diritti) un giudice non può ricavare direttamente una posizione giuridica soggettiva azionabile che non abbia alcuna altra base. La potrà ricavare interpretando le leggi, ed ecco il valore interpretativo della Costituzione, in quello che non è tanto un controllo diffuso di costituzionalità, quanto un uso della Costituzione ai fini della applicazione delle leggi ordinarie; oppure potrà invocare il principio ai fini del sindacato di costituzionalità sulla legge: là dove cioè una previsione legislativa appaia in contrasto con il principio. Non mi sembra si tratti di qualcosa di molto diverso da ciò che siamo abituati a pensare riguardo ai principi costituzionali" (110).

Il vero nodo in materia sembra posto dalla previsione di norme in materia di giurisdizione comunitaria dei diritti e di mancata disciplina dei rapporti fra questa e la giurisdizione costituzionale nazionale, da una parte, e quella della Corte europea dei diritti dell'uomo (ma sul punto interverremo in seguito, dopo aver affrontato le problematiche poste dalla adesione della Comunità/Unione alla CEDU).

In conclusione, l'analisi della Relazione finale del Gruppo II svolta in controluce alle previsioni del Progetto di Trattato ha consentito, fin qui, di individuare alcuni primi orientamenti del processo modificativo dei trattati comunitari, che sono risultati particolarmente innovativi con riferimento alla costituzionalizzazione comunitaria dei diritti fondamentali, ancorché in presenza di evidenti (e gravi lacune) quanto alla disciplina comunitaria della definizione delle limitazioni al loro concreto esercizio e della loro 'giustiziabilità' effettiva.

Ci si può anche interrogare, come è stato anche fatto, se alla luce delle 'Spiegazioni' (integrate ad opera della Convenzione) l'interpretazione dei diritti della 'Carta' potrà avvenire seguendo (o meno) l'approccio del più elevato *standard* di protezione, che sia anche adeguato al diritto dell'Unione e in armonia con le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri. Se da un punto di vista teorico, tale interpretazione potrebbe risultare accettabile, nella pratica, essa risulta criticabile nel suo far ricorso a concetti poco chiari, sia singolarmente considerati, sia, ancor più, nel momento in cui essi devono trovare contestuale riscontro applicativo. Innanzitutto, l'elevato *standard* di protezione, come ben argomentato da una autorevole dottrina (111), si caratterizza per la sua unidimensionalità, quasi che il livello di tutela di un diritto potesse essere misurato in termini quantitativi; in secondo luogo, la 'ossessione' della Corte co-

110 Cfr. Onida V., "Il problema della giurisdizione", in AA.VV. (a cura di E. Paciotti), *La Costituzione europea ... cit.*

111 Cfr. Weiler J.H.H., "A Constitution for Europe: some hard choices", in *Journal of Common Market studies*, 2002.

munitaria per l'armonizzazione dei diritti fondamentali comunitari con le 'tradizioni costituzionali comuni' non ha (ancora) portato ad un reale chiarimento circa la definizione di dette tradizioni, pur richiamate in maniera pedissequa dalla stessa istituzione sia nel Preambolo della 'Carta', sia in alcune sue disposizioni, nonché nelle clausole orizzontali della stessa e nel nuovo articolo 7, par. 2, del Progetto di Trattato. Inoltre, se alla formulazione del par. 5 viene affidato l'importante compito di definire il grado di esigibilità dei diritti e dei principi stabiliti nella 'Carta', coerentemente con la giurisprudenza della Corte di giustizia e con i sistemi costituzionali sociali degli Stati membri, tale tentativo rivela tutta la sua problematicità, dal momento che la questione della giustiziabilità dei diritti economici e sociali è tutt'ora dibattuta negli stessi Stati membri, soprattutto in seguito alla crisi dei sistemi di ~~WesjgnitStato~~ del testo dell'articolo risulta chiaro solo dal punto di vista secondo cui i principi della 'Carta' non possono essere fatti valere dinnanzi ai giudici, ai quali, peraltro, viene ancora attribuito l'arduo compito di stabilire quali disposizioni debbano essere considerate affermazione di principi e quali meno. È opportuno notare, inoltre, che stante l'impossibilità del diritto dell'Unione di rendere concretamente attuabili molte di tali affermazioni, sia per limiti di risorse sia per difetto di competenze, esse rischiano di restare lettera morta. In ogni caso, come è stato notato, il principale scopo della formulazione del par. 5 sembrerebbe quella di non rendere 'giustiziabili' molti dei diritti economici e sociali e non solo (112).

Attraverso le proposte del 'Gruppo', in conclusione, sembra perseguito l'obiettivo di evitare che i principi siano ritenuti direttamente applicabili o che funzionino come parametri nella valutazione della legalità del diritto secondario non adottato sulla base diretta di queste disposizioni, ma anche di prevenire che tali disposizioni servano come punto di riferimento nell'interpretazione dell'altro diritto primario e secondario. Il risultato è decisamente problematico, pur accogliendosi le convincenti osservazioni, già richiamate, della più autorevole dottrina italiana.

Per quanto riguarda infine l'art. II-112.6 TC è stato già sottolineato come esso costituirebbe un'altra espressione del principio di sussidiarietà, citato nel Preambolo e nell'art. 51 della 'Carta'. Ciò è tanto più vero se si considerano i termini generali in cui le legislazioni e le pratiche nazionali vengono richiamate. Gli adeguamenti redazionali alle disposizioni della 'Carta', infatti, mirando a "confermare e a rendere assolutamente chiari e giuridicamente inequivocabili alcuni elementi chiave del consenso globale sulla 'Carta' già raggiunto dalla precedente Convenzione", vengono sostanzialmente accettati in sessione plenaria dai membri della Convenzione, anche da parte di alcuni membri del 'Gruppo' che non le ritengono utili ma neanche pregiudizievoli. Come si fa rilevare, infatti, "se contribuiscono a creare consenso sull'incorporazione della 'Carta', quale testo giuridico vincolante, possono essere accolte" (113).

6.2. *L'adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*

Così ricostruiti, sia pure essenzialmente, i risultati del 'Gruppo di lavoro II' in tema di incorporazione della 'Carta' nei trattati comunitari e dei connessi problemi di armonizzazione, si impone ora di richiamare le questioni poste al 'Gruppo', con riferimento alla adesione alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Rispetto ai quesiti posti dal 'Mandato del Gruppo Carta' (114), si trattava di approfondire le "conseguenze di una eventuale adesione della Comunità/Unione alla CEDU", dovendosi sottolineare, in particolare, "in quale misura l'adesione possa conciliarsi con il principio dell'"autonomia del diritto comunitario", se tale adesione possa rischiare di modificare il riparto delle competenze fra l'Unione e gli Stati

112 Cfr. De Búrca G., "I diritti fondamentali nel Trattato per l'istituzione di una Costituzione europea", CONV 703/03.

113 CONV 378/02.

114 CONV 72/02.

membri, e se non debbano prevedersi meccanismi in alternativa alla adesione alla CEDU. Su ognuno di tali questioni il 'Gruppo' si è espresso e le conclusioni generali e le relative raccomandazioni sono state accolte nella Relazione finale e, in parte almeno, nel testo del Progetto di Trattato.

Posto che spettava alla Convenzione in seduta plenaria la decisione politica rispetto all'adesione dell'Unione alla CEDU, come rispetto alla integrazione della 'Carta', il 'Gruppo di lavoro' procedeva all'esame di alcune questioni tecniche relative alle modalità e conseguenze di tale adesione. Più specificatamente, premettendo che compete alla Convenzione soltanto la decisione in merito all'inserimento nel Trattato di una *clausola di autorizzazione* all'adesione, si precisava che dovrebbe spettare alle istituzioni di fissare le condizioni, le modalità e le forme di una tale clausola (spetta poi alle istituzioni dell'Unione e segnatamente al Consiglio, con deliberazione all'unanimità, avviare i negoziati per un trattato di adesione e definire il quadro preciso in cui gli stessi si inscriverebbero).

Il 'Gruppo', nella sua interezza, si dichiarava nettamente favorevole alla introduzione di una disposizione autorizzante l'Unione ad aderire alla CEDU. La motivazione di una simile convinta adesione del 'Gruppo' si fonda sulle argomentazioni secondo cui: a) l'adesione alla CEDU, unitamente alla incorporazione della 'Carta' nei trattati, "costituirebbe un segnale politico importante della coerenza fra l'Unione e la 'grande Europa', rispecchiato nel Consiglio d'Europa e nel relativo sistema paneuropeo dei diritti umani"; b) l'adesione alla CEDU assicurerebbe ai cittadini, rispetto all'azione dell'Unione, il medesimo livello di protezione di cui già beneficiano negli Stati membri; c) "l'adesione – infine – costituirebbe lo strumento ideale per assicurare uno sviluppo armonioso della giurisprudenza delle due Corti europee competenti in materia di diritti umani".

Quanto, poi, alle possibili conseguenze dell'adesione alla CEDU per il principio di autonomia del diritto comunitario, è convinta opinione del 'Gruppo' che tale principio non frapponga ostacoli giuridici di sorta. Secondo la Relazione finale del Gruppo II, "... dopo l'adesione, la Corte di Giustizia continuerebbe ad essere l'unico arbitro supremo delle questioni relative al diritto dell'Unione e della validità degli atti della Unione stessa; la Corte europea dei diritti dell'uomo non potrebbe pertanto essere qualificata un tribunale superiore, ma piuttosto un tribunale specializzato che esercita un controllo esterno sugli obblighi di diritto internazionale dell'Unione derivanti dalla sua adesione alla CEDU. Lo *status* della Corte di Giustizia sarebbe analogo a quello attuale delle corti costituzionali o delle giurisdizioni supreme nazionali rispetto alla Corte di Strasburgo".

Ne consegue – per la Relazione finale – che la incorporazione della 'Carta' nei trattati e l'adesione dell'Unione alla CEDU non devono essere considerate come misure alternative bensì complementari, nell'ottica della garanzia del pieno rispetto dei diritti fondamentali da parte dell'Unione; tali misure condurrebbero ad una situazione comparabile a quella in cui versa ogni Stato membro che preveda nel suo ordinamento costituzionale la protezione dei diritti fondamentali ma, al contempo, si sottopone al controllo supplementare esterno dei diritti umani previsto dal sistema giurisdizionale di Strasburgo.

In tal senso, risulta opportuno sottolineare quanto affermano, in proposito, alcuni membri del 'Gruppo'. Innanzitutto, la relazione fra la Corte di giustizia e la Corte europea dei diritti dell'uomo non può essere descritta in termini gerarchici; quest'ultima, infatti, può solo sanzionare le violazioni della CEDU, ma non ha il potere d'intervenire sulla validità dell'interpretazione delle norme delle parti contraenti. In ogni caso, in un suo parere, la Corte di giustizia ha riconosciuto che le competenze dell'Unione nel settore delle relazioni internazionali comportano la possibilità di sottomettersi alle decisioni di una Corte designata da un determinato accordo al fine di interpretare le disposizioni dell'accordo medesimo.

I membri del 'Gruppo' ritengono che già nell'attuale situazione esista un controllo della Corte di Strasburgo, diretto o indiretto, sugli atti dell'Unione, ma tali istituzioni non hanno la possibilità di difendersi adeguatamente dinnanzi alla Corte di Strasburgo, il che si ripercuote

sugli Stati membri, responsabili, in alcuni casi, di atti od omissioni rispetto ai quali hanno poca o nessuna influenza. Tale situazione, dunque, potrebbe trovare parziale soluzione in seguito alla adesione della Unione europea alla CEDU.

Con riferimento ai potenziali sviluppi della adesione rispetto alla modifica della ripartizione delle competenze fra Unione e Stati membri, e delle rispettive posizioni di questi ultimi rispetto alla CEDU, la maggior parte del ‘Gruppo’ e la Relazione finale ribadisce come la ‘portata giuridica’ dell’adesione sarebbe limitata a questioni che rilevano dalle competenze della Unione, le quali non verrebbero ampliate, né verrebbe stabilita una competenza generale della Unione in tema di diritti fondamentali. Si sottolinea altresì come l’adesione alla CEDU da parte della Unione non implichi che questa ultima debba diventare membro del Consiglio d’Europa, né che debba diventare un attore politico generale a Strasburgo, dovendosi piuttosto rilevare come l’Unione e il relativo diritto “saranno piuttosto associati (nei limiti delle competenze ad essa attribuite) al sistema specifico di controllo giuridico dei diritti dell’uomo sancito dalla CEDU”.

Per quanto riguarda, poi, l’influenza dell’adesione sulla posizione che gli Stati membri hanno rispetto alla Convenzione stessa, la maggior parte del ‘Gruppo’ evidenzia come le suddette posizioni resterebbero intatte; in particolare, nella Relazione finale del ‘Gruppo’, si fa riferimento alle decisioni degli Stati sulla ratifica di alcuni protocolli addizionali, delle riserve manifestate in ordine alla ratifica della CEDU, nonché di taluni protocolli addizionali e del diritto di adottare misure derogatorie.

Tali azioni ineriscono, infatti, alla sfera del diritto interno e l’adesione non produrrebbe effetti giuridici se non quando venga in rilievo il diritto dell’Unione europea. In realtà, nonostante le ben argomentate analisi offerte sia dagli studiosi consultati, sia da alcuni membri del ‘Gruppo’ favorevoli all’adesione rispetto ad alcuni interrogativi cruciali relativi alle conseguenze dell’adesione stessa, è stato correttamente obiettato che se anche “la Corte di Strasburgo non interpreta il diritto nazionale (e in futuro non interpreterà il diritto dell’Unione), lo tiene presente nella sua decisione; – se anche – non giudica la validità di tale diritto, quando è necessario si esprime più o meno indirettamente sulla sua compatibilità alla Convenzione. Quale altra conclusione può e deve trarsi dalla sentenza della Corte europea dei diritti dell’uomo nel caso *Matthews* del 18 febbraio 1999?” (115).

Il ‘Gruppo’ considerava, infine, i meccanismi proposti come alternativa all’adesione alla CEDU, ma, alla luce delle testimonianze rese dagli esperti (Schoo, Piris e Petite), non raccomandava nessuno dei meccanismi presi in considerazione, come, ad es., una procedura speciale di rinvio o di consultazione dalla Corte di Giustizia alla Corte di Strasburgo, un *panel/camera* comune composto di giudici di entrambe le Corti europee (116).

Sulla base di tali raccomandazioni del ‘Gruppo’, la Convenzione incaricata di predisporre il testo di Progetto di trattato proponeva una formulazione dell’art. 7, par. 2, secondo la quale “L’Unione persegue l’adesione alla Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell’Unione definite nella Costituzione”. Se l’uso del verbo “perseguire” sembra riflettere il generale compromesso raggiunto dai membri del ‘Gruppo di lavoro II – Carta’, l’estrema sinteticità di tale formulazione non consente di chiarire alcune condizioni pure ritenute imprescindibili per gli stessi ‘convenzionali’.

Nel corso del dibattito in sede plenaria, così, era stato evidenziato come l’autonomia del diritto della Unione e lo *status* della Corte di giustizia non dovrebbero essere pregiudicati dall’adesione, il che – si faceva rilevare – sarebbe possibile solo tramite l’inserimento di adeguate clausole di salvaguardia. Se la seconda parte del par. 2 dovrebbe effettivamente prevenire una eventuale modifica tacita delle competenze dell’Unione, essa non sembra, al contra-

115 Cfr. Arnaiz A.S., “I diritti fondamentali ... cit., p. 265.

116 *Relazione finale del Gruppo di lavoro II.*

rio, offrire molti lumi sulla ridefinizione dei rapporti fra Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte di giustizia.

Sia nella relazione finale del 'Gruppo' che durante le discussioni in sede plenaria emerge, inoltre, la necessità di non pregiudicare le posizioni degli Stati rispetto alla CEDU e ai suoi Protocolli. L'art. 7, però, non accenna minimamente a tali garanzie. Alcuni membri della Convenzione avevano suggerito, inoltre, di estendere la clausola di cui all'art. 7, par. 2, al fine di legittimare l'Unione a concludere anche altri accordi internazionali in materia di diritti dell'uomo (o aderire a organizzazioni internazionali), come del resto era stato a suo tempo proposto dagli stessi componenti del 'Gruppo di lavoro II – Carta'.

Quanto, infine alla dibattuta questione se la introduzione della Carta dei diritti fondamentali annullasse gli altri riferimenti ai medesimi diritti richiamati all'art. 6 TUE, o comportasse una 'cristallizzazione' della giurisprudenza in materia di diritti fondamentali, rispetto soprattutto a quella elaborata dalla Corte di giustizia, veniva accolta dalla Convenzione, e poi nel testo del Trattato costituzionale una clausola che fa riferimento ai principi generali dell'Unione europea, ispirati ai trattati internazionali sui diritti fondamentali e alle tradizioni costituzionali comuni dei Paesi membri. L'art. I-9.3 TC, in tal senso, statuisce che "I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali di diritto comunitario".

6.3. *Ricorso alla Corte di Giustizia ed effettività della tutela giudiziaria*

Bisogna chiedersi, in conclusione, quali siano gli strumenti approntati dalla Convenzione affinché la Corte di Giustizia delle Comunità Europee (ma anche il Tribunale di primo grado) possa assolvere ai delicati compiti che la sua trasformazione in Tribunale costituzionale dell'Unione – da taluno prospettata – richiederebbe. Sulla questione, ma più in generale sulle 'vie di ricorso' di cui dispongono i singoli, in particolare alla luce del diritto fondamentale comunitario ad una tutela giudiziaria effettiva, come si è già osservato, esiste in dottrina (come già nel 'Gruppo di lavoro') un intenso dibattito, che ha toccato sia l'ipotesi della previsione di una procedura speciale dinanzi alla Corte di Giustizia ai fini della tutela dei diritti fondamentali, sia la questione della necessità (o meno) di una riformulazione delle condizioni alle quali una persona fisica o giuridica possa adire giurisdizionalmente la Corte (art. 230, IV co., TCE), sempre ai fini di una efficace tutela dei diritti fondamentali (117).

117 Sulla 'fluidità' e 'ambiguità' delle prospettazioni in sede di tutela effettiva dei diritti fondamentali comunitari cfr. anche I.J. Patrone, "La protezione giurisdizionale dei diritti nei lavori della Convenzione", in <http://www.magistraturademocratica.it/md.php/8/277>. Sui rischi di una positivizzazione comunitaria dei diritti senza la previsione di un contestuale, coerente ed organico sistema di giurisdizione cfr. anche G. Zagrebelsky, "Corti europee e corti nazionali" (Seminario organizzato dalla LUISS, il 12 gennaio 2001, nel resoconto redatto da R. Calvano e M. Corrado), secondo il quale una simile situazione finirebbe per operare una duplice delegittimazione, sia del sistema comunitario che dei sistemi politici nazionali. L'autore sottolinea, tuttavia, come l'orientamento giurisprudenziale del giudice delle leggi in materia di 'controlimiti' (sent. 170 del 1984 e successive) verrebbe inevitabilmente travolto a seguito della incorporazione della Carta dei diritti nel TC, che produrrebbe "il risultato di tagliare fuori la Corte costituzionale da tutte le controversie sui diritti fondamentali". In un simile scenario, che è appunto quello attuale, la stessa giurisprudenza costituzionale che, pur esprimendo forte sensibilità verso la CEDU, ne ha comunque riconosciuto mera natura legislativa (e non certo costituzionale), ora non potrebbe che dover prendere atto che "per quanto riguarda la CGCE e la Corte di Strasburgo si tratta di veri corti costituzionali, quanto meno dal punto di vista del diritto che usano e che fanno valere. E' facilmente comprensibile come una concorrenza di giurisprudenze sfasate produrrebbe la delegittimazione della nostra Corte nazionale. C'è una logica in queste vicende per cui la legittimità superiore, che coinvolge più soggetti statali, prevale sulla legittimità del singolo, a meno di una rivolta generalizzata, che però è inimmaginabile". Quanto infine alle possibili 'interferenze' fra le giurisprudenze delle Corti di Lussemburgo e di Strasburgo (come il Caso Matthews vs Regno Unito evidenzia), non può trascurarsi come una evoluzione significativa in materia sia già presente. La Corte di Strasburgo già esercita le sue competenze sul diritto comunitario derivato per come attuato negli ordinamenti nazionali e per come interpretato dai giudici nazionali e comunitari (sent. Cantoni vs Francia, del 1996).

Tuttavia, sia pure con argomentazioni diverse, il ‘Gruppo’ non è riuscito a trovare una sintesi accettabile per tutti i membri, astenendosi, pertanto, dal formulare raccomandazioni concrete, pur auspicando che la centrale questione dell’eventuale riforma del richiamato art. 230, IV co, del TUE “fosse ulteriormente esaminata dalla Convenzione in un contesto appropriato”.

Se la formulazione dell’art. I-9 del Trattato costituzionale richiederebbe indubbiamente una migliore definizione del sistema giudiziario europeo, al fine di chiarire i ruoli delle rispettive Corti nell’ambito della tutela dei diritti fondamentali, e in particolare i limiti alla attività interpretativa delle stesse, la necessità di riformare alcuni aspetti dello stesso sistema giurisdizionale deriva soprattutto dall’inserimento degli articoli della ‘Carta’ nel Trattato costituzionale e dal ‘perseguimento’ dell’adesione alla CEDU statuito nella richiamata disposizione.

Tali riforme si rivelano indispensabili se si considerano le statuizioni dell’art. 47 della ‘Carta’, nonché degli artt. 6.1 e 13 della CEDU. Come si può osservare, l’art. 47 pone una ulteriore condizione rispetto all’art. 13 della CEDU, e cioè che la garanzia del diritto ad un rimedio effettivo debba essere giudiziaria; diversamente, la tutela del diritto non corrisponderebbe al diritto sancito nell’art. 47 della ‘Carta’ (118).

Se all’inizio dei lavori della Convenzione non si era proceduto all’istituzione di un apposito ‘Gruppo’ che si occupasse della possibile riforma di alcuni aspetti del sistema giurisdizionale dell’Unione, conformemente a quanto, peraltro, era stato stabilito per le altre istituzioni, dai dibattiti nella seduta plenaria della Convenzione emerge la necessità di esaminare più attentamente le implicazioni che alcune proposte avanzate nell’ambito della Convenzione potrebbero avere sul funzionamento della Corte comunitaria.

Considerata, inoltre, l’importanza di dar voce anche alla Corte di giustizia (e al Tribunale di primo grado) su questioni che direttamente la riguardano, il Presidium della Convenzione riteneva opportuno creare un Circolo di discussione *ad hoc* sul funzionamento della Corte di giustizia. Per ciò che interessa particolarmente la tutela dei diritti fondamentali, i punti da approfondire vengono identificati: a) nella riformulazione dell’art. 230, par. 4, TCE, sui ricorsi diretti di persone fisiche e giuridiche contro atti delle istituzioni di portata generale, nonché b) nella predisposizione di un più efficace meccanismo sanzionatorio in caso di mancato rispetto di una sentenza della Corte di giustizia (119).

7. Diritti fondamentali e spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia (nuove positivizzazioni comunitarie e incerte protezioni giurisdizionali)

Se l’incorporazione nel TC della Carta dei diritti fondamentali dell’U.E., cioè la ‘scrittura’ di questi ultimi in un ampio (benché ancora incompleto) catalogo, che riepiloga, positivizza e

Se a tale tendenza si aggiunge il dato processuale, ne consegue in modo assolutamente inevitabile che l’adesione dell’UE alla CEDU porrebbe (almeno in via astratta) la Corte di Strasburgo “in una posizione superiore rispetto a quella di Lussemburgo, se non altro perché la prima può essere investita dalla decisione solo una volta esaurite le vie di ricorso interne, compreso il rinvio pregiudiziale al giudice dell’Unione, come prescrive l’art. 35 CEDU” (in tal senso I.J. Patrone, “La protezione giurisdizionale dei diritti ... cit.”). Sul punto, in generale, cfr. anche A. Ruggeri, “Carta europea dei diritti e integrazione interordinamentale: il punto di vista della giustizia e della giurisprudenza costituzionale ... cit, nonché G. De Muro, “I rapporti fra CGCE e Corte europea dei diritti dell’uomo”, in AA.VV. (a cura di P. Falzea, A. Spadaro, L. Ventura), *La Corte costituzionale e le Corti ... cit.*

118 Cfr. anche P. Biavati, “L’art. 47 della Carta dei diritti e il processo comunitario”, in AA.VV. (a cura di M. Taruffo e V. Varano), *Diritti fondamentali e giustizia civile in Europa*, Torino, 2002; L.P. Comoglio, “L’effettività della tutela giurisdizionale nella Carta dei diritti fondamentali dell’UE”, in AA.VV. (a cura di M. Taruffo e V. Varano), *Diritti fondamentali e giustizia civile in Europa*, Torino, 2002; F. Carpi, “Prime considerazioni sulle garanzie processuali dell’U.E.”, in AA.VV. (a cura di M. Taruffo e V. Varano), *Diritti fondamentali e giustizia civile in Europa*, Torino, 2002; N. Trocker, “Il diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva nell’opera creatrice della CGCE”, in AA.VV. (a cura di M. Taruffo e V. Varano), *Diritti fondamentali e giustizia civile in Europa*, Torino, 2002.

rende visibile la giurisprudenza del giudice di Lussemburgo (120) e di quello di Strasburgo – alla cui formazione hanno contribuito le tradizioni costituzionali comuni agli stati membri per come lette dal giudice comunitario – non consente ancora di poter essere assunta quale espressione di una piena costituzionalizzazione dell'ordinamento comunitario, indubbiamente essa incide in modo rilevante nel 'processo di costituzionalizzazione' dello stesso, costituendone momento decisivo (121).

Con la positivizzazione comunitaria dei diritti fondamentali può affermarsi, infatti, che alla previgente funzione di mero limite all'adozione di atti comunitari in eventuale loro violazione si accompagna, ora, una di tipo positivo, quella di costituire uno spazio comune di libertà, sicurezza e giustizia, capace di guidare lo stesso esercizio da parte delle istituzioni comunitarie delle competenze loro riconosciute (122). Così, se gli stessi hanno svolto fin qui una funzione per così dire strumentale, in ragione delle esigenze connesse ai progressi della costruzione del mercato comune europeo, il loro inserimento all'interno del TC ne disvela una nuova vocazione capace di assicurare maggiore linfa e smalto a concetti ugualmente centrali nel processo di costruzione europea, come la cittadinanza dell'Unione o il significato della *reciproca fiducia tra gli Stati in uno spazio comune di libertà, di sicurezza e di giustizia*. I diritti fondamentali, pertanto, non costituiscono più un mero limite, imposto all'azione delle istituzioni comunitarie o degli Stati membri nel campo d'applicazione del diritto dell'Unione. Al previgente obbligo (di non violare i diritti fondamentali) imposto alle istituzioni e agli organi dell'Unione come anche agli stati membri in sede di attuazione del diritto comunitario, ne segue uno di tipo promozionale, quello secondo cui "i suddetti soggetti rispettano i diritti, osservano i principi e ne *promuovono* (123) l'applicazione secondo le rispettive competenze" (art. 51.1 Carta, ora art. II-111.1 TC).

Come è stato già sottolineato negli studi in materia, nella dinamica evolutiva che ha preceduto l'attuale fase di positivizzazione sono bene evidenziabili tre stadi/dinamiche, due delle quali sono state maggiormente approfondite dalla dottrina. La prima è costituita dalla giurisprudenza creatrice degli stessi da parte del giudice comunitario fondata sulla loro individuazione, come un contenuto necessario, all'interno dei principi generali del diritto (124). Tale

120 Cfr. Sent. *Stauder* del 12 novembre 1969, causa 29/69, in *Racc. Uff.* 1969, p. 420; sent. *Internationale Handelsgesellschaft* del 17 dicembre 1970, causa 11/70, in *Racc. Uff.* 1979, p. 1125; sent. *Hauer*, causa 44/1979, in *Racc. Uff.* 1979, p. 3727. In dottrina cfr., fra gli altri, E. Pagano, "I diritti fondamentali nella Comunità europea dopo Maastricht", in *Il diritto dell'Unione Europea*, 1996, n. 1, p. 164 ss.; G. Tesaurò, "Il ruolo della Corte di Giustizia ... *cit.*", p. 305 ss.; A. Adinolfi, "I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e la loro influenza sugli ordinamenti degli stati membri", in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1994, p. 525 ss.; G. Gaja, "Principi del diritto (dir. intern.)", in *Enc. dir.*, p. 542; A. Adinolfi, "I principi generali ... *cit.*", p. 561 ss.; P. Pescatore, "Le recours, dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, à des normes déduites de la comparaison de droits des Etats membres", in *Revue internationale de droit comparé*, 1980, p. 337 ss.; V. Capelli, "I principi generali come fonte di diritto", in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1986, p. 541; G. Gaja, "Aspetti problematici della tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario", in *Rivista di diritto internaz.*, 1988, p. 574; P. Mengozzi, "La tutela dei diritti dell'uomo e il rapporto di coordinamento-integrazione funzionale fra ordinamento comunitario e ordinamenti degli Stati membri nei recenti sviluppi della giurisprudenza italiana e tedesca", in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1987; M. Cartabia, *Principi inviolabili ... cit., passim*; F. Mancini, "La tutela dei diritti dell'uomo: il ruolo della Corte di Giustizia delle Comunità Europee", in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1989, n. 1; A. Rizzo, "L'Unione Europea e la Carta dei diritti fondamentali. Un rapporto ancora da definire", in *La Comunità internazionale*, 2001, n. 1, p. 112; F. Coccozza, *Diritto comune delle libertà in Europa*, Torino, 1994, p. 132; G. Maestro Buelga, "Los derechos sociales en la Union Europea: una perspectiva constitucional", in *Revista vasca de administration pública*, 1996, n. 46, p. 119 ss.

121 Cfr. M. Cartabia, "I diritti fondamentali ... *cit.*", p. 57; G. Zagrebelsky, "Corti europee e corti nazionali" (Seminario organizzato dalla LUISS, il 12 gennaio 2001, nel resoconto redatto da R. Calvano e M. Corrado).

122 Cfr. De Schutter O., "Les droits fondamentaux dans le projet ... *cit.*", p. 81 ss.

123 Corsivo nostro

124 Fra gli altri cfr. anche Gambino S., "Il diritto costituzionale europeo: principi strutturali e diritti fondamentali" in Gambino S. (a cura di), *Costituzione italiana e diritto comunitario ... cit.*

dinamica si ricollega alla volontà della Corte di giustizia delle Comunità europee di rispondere alla stessa minaccia che incombeva sull'affermazione del primato del diritto comunitario sull'insieme del diritto nazionale degli Stati membri, soprattutto rispetto a quegli ordinamenti nazionali le cui Costituzioni si pongono come "controlimiti" all'azione delle istituzioni comunitarie. Una seconda dinamica, a partire dal Trattato di Maastricht, si è sviluppata con la creazione della nozione di cittadinanza dell'Unione europea. Tale nozione non si sostituisce a quella nazionale, ma viene ad aggiungere, a beneficio dei cittadini degli Stati membri, un certo numero di diritti, creando al contempo un sentimento d'appartenenza comune. In tale ambito, i cittadini dell'Unione si vedono riconosciuti il diritto di circolare e soggiornare liberamente sul territorio degli Stati membri e quello di votare ed essere eletti alle elezioni municipali degli Stati membri in cui ogni cittadino risiede, il diritto di beneficiare della protezione diplomatica o consolare da parte delle autorità di qualsiasi Stato europeo.

Una terza dinamica appare maggiormente rilevante ai fini della stessa comprensione della innovativa giurisprudenza pretoria in tema di diritti fondamentali. In essa si evidenzia come i diritti fondamentali siano colti come strumento costitutivo di uno spazio comune, relativamente omogeneo, fra gli Stati membri dell'Unione. Si tratta di una dinamica indubbiamente complessa, coincidente con il fine ultimo dell'Unione, che è quello di creare le condizioni per una libera circolazione dei fattori produttivi tra gli Stati membri, accompagnato dall'eliminazione delle principali fonti di distorsione della concorrenza. Tale spazio, a partire dal Trattato di Amsterdam, si è arricchito con l'obiettivo di conseguire uno spazio di libertà, di sicurezza e di giustizia, "nel segno del quale è assicurata la libera circolazione delle persone accompagnandosi con misure idonee in tema di controllo delle frontiere esterne, di asilo, di immigrazione come anche di prevenzione della criminalità e di lotta contro la stessa". Il Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa completa questo scenario, sancendo, all'art. I-3.2, che "L'Unione offre ai suoi cittadini uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere interne, e un mercato interno nel quale la concorrenza è libera e non è falsata".

In altri termini, con tale affermazione si vuole sottolineare come alcune libertà fondamentali fossero state accolte fin dall'origine della costruzione comunitaria (Trattato di Roma, 1957). Fra queste ultime, accanto alle libertà economiche, figurano libertà classiche come il diritto dei lavoratori a ricercare un impiego in altro Stato membro (facendosi divieto pertanto di discriminazioni fondate sulla nazionalità), la libera prestazione dei servizi, la libertà di concorrenza, e il divieto di abuso di una posizione predominante. Tali libertà rappresentano lo strumento di realizzazione del mercato comune, costituendo componente essenziale dell'armamentario giuridico del mercato stesso.

I diritti fondamentali sono stati progressivamente riconosciuti, pertanto, come dei complementi indispensabili dello spazio unico europeo, benché ancora non omogeneo. Le differenze da Stato membro a Stato membro nel campo della tutela di questa categoria di diritti non potevano che richiamare in causa l'idea di uno spazio unico, creando pertanto delle interdipendenze tra Stati, tali che le realizzazioni di ciascuno Stato in tale ambito producano necessariamente delle conseguenze in tutti gli altri Stati, in ciò concependosi come vere e proprie limitazioni delle autonomie/sovranità di questi ultimi. L'obiettivo di specifiche direttive adottate in tale ambito è appunto quello di evitare un *dumping sociale* che può verificarsi a causa delle legislazioni degli Stati che non riconoscono delle garanzie minime ai lavoratori, dal punto di vista delle remunerazioni, delle ore di lavoro, della durata del congedo pagato, ecc. Esse pertanto consentono anche di "favorire il rispetto di taluni diritti sociali fondamentali dei lavoratori", rinviando per le relative misure attuative alla disciplina nazionale (125).

La creazione di tale spazio di libertà, sicurezza e giustizia fra gli Stati membri, e la stessa idea di una rete fiduciaria che si crea fra gli stessi, trova poi un suo ulteriore fondamento nell'appartenenza di tali Stati alla CEDU ed alle altre Carte internazionali di protezione dei lavo-

ratori (e non solo), con l'assoggettamento da parte di questi ultimi a taluni *standards* minimi. La disciplina comunitaria in materia di diritto di asilo e di immigrazione costituiscono una buona esemplificazione di tale affermazione. In assenza di una competenza esclusiva, l'iniziativa comunitaria in materia deve conformarsi al rispetto del principio di sussidiarietà, giustificandosi i propri interventi sulla considerazione che una mancata armonizzazione fra gli stati membri in tali materie può produrre distorsioni, "di tal ché le scelte di ogni Stato producono necessariamente ripercussioni nei confronti di tutti gli altri stati che condividono il medesimo spazio" (126).

In conclusione, si deve sottolineare come nella *ratio* sottostante alla creazione di uno spazio comune per il mercato europeo, alla base dei primi trattati comunitari, non possa non rilevarsi un apporto almeno comparabile a favore dei diritti fondamentali. Un loro riconoscimento e garanzia nei soli livelli nazionali avrebbe infatti comportato dei riflessi negativi, dei veri e propri impedimenti, nella creazione di uno spazio più ampio di ambito europeo. Ne segue, così, per richiamare la tesi conclusiva di questo orientamento dottrinario, che sia pure in ambiti limitati (protezione dei dati personali, protezione dei diritti dei lavoratori), "l'armonizzazione di tali diritti sul piano dell'Unione europea si giustifica ... sulla base della necessità di superare quell'ostacolo che l'attuazione decentrata dei diritti fondamentali può costituire per l'emersione di uno spazio davvero unico" (127).

Un profilo di pari rilevanza rispetto a quello ora in considerazione è posto dalla clausola (di cui all'art. 51.2 della Carta, ora II-111.2 TC) secondo cui la Carta "non introduce competenze nuove o compiti nuovi per la Comunità o per l'Unione, né modifica competenze e i compiti definiti dai trattati"; una clausola – quest'ultima – da interpretare alla luce anche dell'art. 11.2 Carta (ora art. I-12.2 TC), in base al quale "l'Unione e gli stati membri possono legiferare e adottare atti giuridicamente vincolanti in tali settori. Gli stati membri esercitano la loro competenza nella misura in cui l'Unione non ha esercitato la propria o ha deciso di cessare di esercitarla".

Già altri hanno autorevolmente osservato, sotto tale profilo, come le richiamate disposizioni della Carta, in presenza dell'ampia flessibilità accolta nelle stesse, si prestino in "modo inevitabile" ad influenzare la natura e i compiti dell'Unione (128). L'ambito di tali competenze concorrenti, infatti, è piuttosto ampio. Le competenze condivise tra gli Stati membri e l'Unione, attengono principalmente al mercato interno, allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, alla politica sociale per gli aspetti definiti nella terza parte della Costituzione. L'Unione dispone di una serie di possibilità al fine di realizzare i valori iscritti nella Carta; l'inserimento della Carta nella Costituzione/Trattato ne incoraggerà l'utilizzo. Si possono ricordare in tal senso le disposizioni accolte negli artt. III-123 TC, II-105 TC, il cap. I del Titolo III del TC, III -209 e III-210 TC, a cui si devono aggiungere le previsioni secondo le quali, fatto salva la clausola di salvaguardia per cui le misure da adottarsi non possono comportare una armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri nei casi in cui la Costituzione lo esclude, si prevede che "se un'azione dell'Unione appare necessaria, nel quadro delle politiche definite nella parte III, per realizzare uno degli obiettivi di cui alla Costituzione ... il Consiglio dei Ministri, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione europea e previa approvazione del Parlamento europeo, adotta le misure appropriate" (art. 308 TCE, ora I-18 TC).

Nonostante un simile quadro normativo, che facultizza le istituzioni comunitarie ad attivarsi nella lotta contro le discriminazioni e le esclusioni sociali, di ogni tipo, e nonostante le aspettative della prima ora e quella di molti fra i convenzionali, rimane che l'orizzonte normativo accolto nel nuovo TC non colloca l'attuazione della Carta dei diritti fra gli obiettivi del-

126 *Ult. op. cit.*, p. 91; COM (2001) 287, 18 luglio 2001.

127 *Ult. op. cit.*, p. 92.

128 Cfr. G. De Burca, "Fundamental rights and Citizenship", in B. De Witte (éd), *Ten Reflections on the Constitutional Treaty for Europe*, Fiesole, 2003, p. 11.

l'Unione. Cioché la conclusione che può trarsi rimane ancora quella accolta nel Rapporto Duff al Parlamento europeo secondo cui "la Carta non attribuisce competenze all'Unione; al contrario, essa ha come effetto di limitare l'esercizio del potere delle istituzioni europee in ragione dell'obbligo loro fatto di rispettarla", ancorché nello stesso Rapporto si aggiunga che "nel quadro delle proprie competenze, le istituzioni hanno parimenti il dovere di promuovere il rispetto delle sue disposizioni" (129). D'altra parte, ciò è quanto risulta dalla previsione di cui all'art. II-111 TC).

Possiamo, ora, trarre qualche orientamento conclusivo di ordine generale e astratto, anche richiamando la più autorevole dottrina che si è fin qui espressa in materia. La questione centrale da dipanare – già posta con riferimento all'art. II-112 del Trattato costituzionale – rimane quella del rapporto esistente fra la tutela comunitaria dei diritti fondamentali, le altre disposizioni europee e le 'tradizioni costituzionali comuni' agli Stati membri, nonché quella, strettamente connessa, se sia stato previsto un controllo di costituzionalità sugli atti normativi 'ordinari'. La risposta che se ne dà è nel senso assertivo; e da ciò se ne trae la conclusione da parte di qualche studioso che tale controllo costituisce sintomo ed evidenziazione di un compiuto processo di costituzionalizzazione europea. Come è stato autorevolmente osservato, "... questo mi sembra il momento essenziale in cui nasce una vera Costituzione: finché non c'è nessun giudice che può utilizzare la Costituzione per contestare la legalità di un altro atto, anche legislativo, il documento rimane una mera enunciazione politica; si trasforma in un documento giuridico quando questo controllo è possibile" (130).

Che pertanto si dia una competenza (di giurisdizione costituzionale europea) in capo alla Corte di Giustizia pare problema non più revocabile in dubbio. Che tale competenza confonda in una sola giurisdizione competenze di merito (a risolvere la causa) e competenze di legittimità (degli atti comunitari ai Trattati) è parimenti indubitabile. Ciò che costituisce, al momento, un problema aperto (e che potrà accompagnarsi con eventuali pronunce divergenti fra le diverse giurisdizioni in sede di applicazione del diritto comunitario) – più che l'incerta individuazione del contenuto dei singoli diritti (che pure è problema aperto) – è quello, risalente e ancora senza soluzione, del "rapporto fra le diverse enunciazioni degli stessi diritti e fra le diverse giurisdizioni sui diritti", e in particolare del rapporto fra giudice comunitario, Corti costituzionali nazionali e Corte europea dei diritti dell'uomo (131).

Rispetto a tali problematiche, autorevole dottrina (132) sottolinea la forte problematicità delle soluzioni di riforma avanzate dalla Convenzione al fine di garantire l'effettiva tutela dei diritti iscritti nella 'Carta' nell'ambito dello spazio giuridico europeo. La Corte di Lussemburgo sarebbe inevitabilmente chiamata a svolgere il delicato compito di garantire i contenuti normativi della Carta dei diritti; né appare proponibile (o auspicabile) l'attribuzione di tale incombenza alla Corte di Strasburgo, ovvero, ancora, ad una Corte appositamente creata, una sorta di 'Corte europea bis' (133). Molteplici elementi osterebbero, però, all'efficace svolgimento di tale compito cui i nuovi articoli del Trattato non aggiungerebbero nessuna reale garanzia di miglioramento.

D'altra parte, i giudici nazionali, chiamati a fare riferimento alla 'Carta' nell'ambito di applicazione del diritto comunitario, non avrebbero competenza per sottoporre al controllo di

129 *Rapport sur l'impact de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et son statut futur* (§ M del considerato in diritto) (2002/2139/INI; Doc. final A5-0332/2002, 8 ottobre 2002)

130 Cfr. Onida V., Il problema della giurisdizione ... cit., p. 134.

131 Cfr. M.P. Chiti, "Le norme sulla giurisdizione", in F. Bassanini e G. Tiberi, *La Costituzione europea. Un primo commento*, Bologna, 2004.

132 Cfr. Favoreu L., "I garanti dei diritti fondamentali europei, in AA.VV. (a cura di G. Zagrebelsky), *Diritti e Costituzione ... cit.*

133 Sulla natura "praticamente velleitaria" del tentativo di pervenire per via ermeneutica a qualsiasi razionalizzazione dei rapporti in essere fra le diverse Corti europee cfr., da ultimo, A. Spadaro, "Una (sola) Corte per l'Europa", in AA.VV. (a cura di P. Falzea, A. Spadaro, L. Ventura), *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, Torino, 2003.

tutela dei diritti gli atti dell'Unione; le Corti nazionali non potrebbero, quindi che limitarsi al controllo dell'attività degli organi degli Stati membri.

In verità, non manca sul punto chi si interroghi autorevolmente sulla questione se il nuovo ordinamento comunitario dei diritti fondamentali non autorizzi gli stessi giudici nazionali, in un controllo che diverrebbe così di costituzionalità diffusa, alla disapplicazione del diritto nazionale in contrasto con quello comunitario nell'ambito della stessa materia dei diritti fondamentali (134). “Altro è, infatti, – osserva convincentemente Onida – dare la prevalenza a una specifica norma europea su quella nazionale contrastante, per la risoluzione di un caso concreto, altro negare applicazione a una norma nazionale per contrasto con un principio generale del diritto europeo. Parimenti, non si può immaginare che il giudice, invocando tali principi, possa negare applicazione a una legge europea ritenendola in contrasto con essi, senza provocare il controllo della Corte di giustizia sulla validità della legge stessa” (135).

Negli ordinamenti europei, si dischiude in tal modo una inedita via a forme di controllo diffuso della costituzionalità delle leggi, “che certamente riceverà un incremento, mano a mano che i magistrati e gli avvocati dei vari Paesi realizzeranno una piena maturazione culturale che li porterà a utilizzare meglio queste tecniche fino ad ora, a mio parere, poco conosciute. In Italia, tale prospettiva è stata recentemente rafforzata, tra l'altro, dalla modifica dell'art. 117 della Costituzione che ha introdotto un primo comma che sembra possa consentire sviluppi di questo tipo, per quanto la giurisprudenza non si sia ancora pronunciata in proposito. Quando le disposizioni del Trattato in preparazione entreranno in vigore, inclusa la Carta dei diritti, queste opportunità probabilmente cresceranno e la prospettiva di sviluppo della giurisdizione costituzionale diffusa potrà probabilmente avere ragione anche della modificazione apportata all'art. 52 della 'Carta', di cui si è detto sopra. Per non dire che, se per avventura tale disposizione funzionasse nel senso di escludere la possibilità di utilizzare le norme della 'Carta', in loro vece ben potrebbero essere utilizzate moltissime altre norme di carattere internazionale di analogo contenuto che sono comunque in vigore anche negli ordinamenti statali. Ci sono ormai decine di testi internazionali che, in un modo o in un altro, sono stati recepiti nel diritto interno di molti Stati e ciò fa sì che il mondo del diritto sia ormai quasi sempre permeabile a questo tipo di esigenze, per cui le idee che si sono concretizzate in un modo o nell'altro in questi testi hanno grandi possibilità di trovare attuazione soprattutto nella misura in cui esiste una maturazione culturale degli operatori che rende tutto questo possibile (insieme ovviamente con tutte le altre circostanze che si possono presentare nel corso della storia dei singoli Paesi)” (136).

Tali autorevoli orientamenti nel senso di una apertura al nuovo quadro normativo europeo – che continua a restare, per molti profili, incerto e ambiguo per quanto concerne il tema della effettività della protezione giurisdizionale dei diritti – pertanto, non fanno che sottolineare, sia pure in modo implicito, il persistente *deficit* regolativo in tema di verifica degli atti comunitari e di insufficienza delle vie di ricorso disponibili per far valere i diritti fondamentali. La Convenzione non ha compiuto grandi passi in avanti sotto questo profilo.

La stessa considerazione secondo cui il lavoro cui è soggetta la Corte sia già troppo gravoso non può offrire una risposta sufficiente alle critiche che vengono poste allo stesso *locus standi* dell'art. 230 TCE (ora art. III-365 TC). Esso induce solo a riflettere sul fatto che il sistema giudiziario dell'Unione richiede una riforma più radicale di quella apportata a Nizza,

134 Cfr. Pizzorusso A., “Una Costituzione ‘ottriata’”, in AA.VV (a cura di E. Paciotti), *La Costituzione europea ... cit.*; Onida V., “Il problema della giurisdizione”, in AA.VV (a cura di E. Paciotti), *La Costituzione europea ... cit.*

135 Cfr. Onida V., *Il problema della giurisdizione ... cit.*, p. 137.

136 Cfr. Pizzorusso A., “Una Costituzione ‘ottriata’”, in AA.VV (a cura di E. Paciotti), *La Costituzione europea ... cit.*, p. 49; M.P. Chiti, “Le norme sulla giurisdizione”, in AA.VV. (a cura di F. Bassanini e G. Tiberi), *La Costituzione europea ... cit.*

che pure non è stata irrilevante. La Convenzione europea, anche sotto questo aspetto, sembra aver perduto un'occasione importante.

Inoltre, la elaborazione di un nuovo Trattato costituzionale, che colloca la protezione dei diritti fondamentali in una posizione centrale e che incorpora la Carta dei diritti fondamentali, non potrebbe non far propria una *mainstreaming clause* concernente tutte le altre politiche, interne ed esterne, della Unione (137). Una clausola di tal genere troverebbe un fondamento reale solo se si costituzionalizzasse una disposizione che definisse la protezione dei diritti fondamentali come un obiettivo basilare dell'Unione. Sulla base dei trattati comunitari e dell'Unione che sono attualmente in vigore, tale oggettivizzazione non esiste. È pur vero che l'adozione della Carta di Nizza avrebbe potuto porsi significativamente alla base di un'evoluzione in tal senso, ma ciò non si è realizzato. Un indizio ancora più importante risiederebbe nella previsione di doveri di protezione e garanzie di effettività dei diritti sociali (138). Lo sviluppo di una politica dei diritti fondamentali è stato vigorosamente propugnato da parte della dottrina costituzionale e comunitaria, ribaltando la prospettiva dalla quale comunemente vengono rivolte le maggiori critiche alla tutela dei diritti fondamentali nell'Unione europea, ossia, come si è già visto, quella della tutela giurisdizionale (139). Si sostiene, in tal senso, che la questione dovrebbe riguardare tutti gli organi politici e amministrativi che operano nell'ambito della Unione.

In conclusione, pertanto, se già un'attenta considerazione delle disposizioni della 'Carta' e degli articoli del TC che si riferiscono ai diritti fondamentali rivelano un certo 'stridore' fra l'elaborazione di una Carta dei diritti, il suo inserimento in un Trattato costituzionale e le cautele di cui tali testi vengono circondati con riferimento ai soggetti chiamati a tutelarli e a promuoverli, l'analisi del sistema giurisdizionale emerso dai lavori della Convenzione solleva perplessità ancora maggiori. Come si fa bene osservare, "Un catalogo dei diritti in assenza di un assetto giurisdizionale chiaro, con una permanente tensione (non risolta attraverso i canali democratici, ma affidata al cosiddetto dialogo fra le Corti) tra competenza statale e competenza comunitaria, caratterizzato per di più da un'incertezza attorno al sistema delle fonti e ai procedimenti di formazione delle medesime, non può che accrescere lo sbilanciamento fra coinvolgimento politico-democratico a livello europeo e ruolo della giurisprudenza comunitaria" (140).

Tali affermazioni riportano, ancora una volta, alla questione della positivizzazione di adeguate tutele giurisdizionali dei diritti fondamentali, la garanzia dei quali non può che chiamare in causa il livello della Costituzione. Laddove esiste una Dichiarazione di diritti e una Costituzione non può che esistere anche una qualche forma di separazione dei poteri, un regolare circuito democratico, una disciplina degli stessi che si avvalga di strumenti generali e astratti quali le leggi, in breve, di quei principi strutturali che definiscono tutti i moderni ordinamenti costituzionali.

Si ribadisce, in conclusione, come parlare di diritti e di Costituzione nell'ambito dell'Unione europea voglia dire porsi degli interrogativi sulla natura stessa dell'integrazione europea, superando l'approccio funzionalista che l'ha caratterizzata fin dalle origini per ride-

137 Cfr. De Búrca G., "Fundamental rights and ... cit.;" Weiler J.H.H., "A Constitution for Europe: some hard choices", in *Journal of Common Market studies*, 2002; M. Cartabia, "I diritti fondamentali ... cit.", p. 65 ss.

138 Cfr. R. Greco, "Diritti sociali, logiche di mercato e ruolo della Corte costituzionale", in *Questioni Giustizia*, 1994, n. 2-3; A. Di Giovine e M. Dogliani, "Dalla democrazia emancipante alla democrazia senza qualità?", in *Questione Giustizia*, 1993.

139 Cfr., fra gli altri, G. Morbidelli, "La tutela giurisdizionale dei diritti nell'ordinamento europeo", in AA.VV. (A.I.C.), *Annuario 1999. La Costituzione europea*, Padova, 2000; B. Nascimbene, "Tutela dei diritti fondamentali, sanzioni e controllo della Corte di Giustizia. Verso il Trattato di Amsterdam", in *Dir. dell'U.E.*, 1997; P. Caretti, "I diritti fondamentali nell'ordinamento nazionale e nell'ordinamento comunitario: dume modelli a confronto", in *Diritto pubblico*, 2001.

140 Cfr. Balduzzi R., "La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: un esempio di constitutional drafting?", in *Studi in onore di F. Cuocolo*, Milano, 2004.

finirne le fonti di legittimazione e i valori fondanti (rispettando ed esprimendo realmente le tradizioni costituzionali comuni degli Stati).

La garanzia costituzionale dei diritti esige innanzitutto chiarezza sulle responsabilità istituzionali. Le tecniche di garanzia, a loro volta, dipendono irrimediabilmente dalla rigidità o flessibilità del sistema delle disposizioni costituzionali, quindi dalla configurazione del sistema delle fonti, nonché dai poteri riconosciuti in materia agli organi giurisdizionali.

In effetti, alla luce della introduzione della Carta dei diritti nel Trattato costituzionale e nella prospettiva di una (futura) ratifica e vigenza dello stesso, riesce difficile ignorare come sia i valori che gli obiettivi dell'Unione europea abbiano percorso molta strada rispetto alla loro originaria definizione nei trattati fondativi dell'Unione, trasformandone radicalmente contenuti e obiettivi. Se non può ancora parlarsi di una 'Comunità di diritti fondamentali', i tentativi per una migliore definizione della tutela di tali diritti sono stati comunque molteplici e significativi.

In tale ottica, la costituzionalizzazione della 'Carta' rappresenta un cambiamento importante, sia nella sua portata simbolica e identitaria (– i diritti fondamentali assunti come base ed espressione di un *ethos* e di uno spazio pubblico europeo –) sia in quella di parametro di interpretazione del giudice comunitario e di ispirazione per il legislatore europeo; essa pone ancora quesiti e dilemmi sul processo di integrazione e sulla configurazione ultima della Unione europea, soprattutto per quanto concerne l'attuazione di un compiuto 'modello sociale europeo' (141).

Le perplessità aumentano se si prova ad intravedere, in un prossimo futuro, il profilarsi di un'entità a fini generali che ruota attorno all'obiettivo prioritario della tutela dei diritti fondamentali. Ciò che osta maggiormente alla realizzazione di una simile prospettiva è la considerazione in base alla quale ciò metterebbe in ombra la 'Costituzione dei diritti fondamentali' degli Stati membri.

La introduzione di una 'macro politica' dei diritti fondamentali forte e onnicomprensiva, infatti, verrebbe inevitabilmente, ad alterare in modo consistente "l'equilibrio costituzionale all'interno dell'Unione; si porrebbe in contrasto col principio di sussidiarietà e potrebbe attentare alla garanzia dell'autonomia costituzionale come parte dell'identità nazionale" (142). Un aspetto, quello dell'impatto dell'adozione della Carta dei diritti sui diritti costituzionali nazionali e sui sistemi di garanzia degli stessi, spesso, non tenuto adeguatamente in considerazione. Si pensi, ancora, alla già richiamata tecnica normativa adottata nella formulazione di molte disposizioni sostanziali della 'Carta', laddove queste ultime si definiscono come affermazioni di diritti e libertà senza che vengano prefigurate adeguate categorie di limiti suscettibili di essere poi sviluppati dal legislatore – prassi riconducibile, invece, ad una delle più importanti tradizioni del costituzionalismo moderno (143). Al legislatore europeo, in tale quadro, spetterebbe il delicatissimo compito di decidere sul bilanciamento fra libertà e relativi limiti. Lo stesso potere valutativo della Corte di giustizia risulterebbe accresciuto: come si è già avuto modo di riflettere, infatti, le cautele con le quali vengono circondate le possibili limitazioni dei diritti *ex art. II-112 TC* sembrano rivolgersi più alle autorità giurisdizionali che al potere legislativo.

Com'è stato giustamente osservato, poi, la *primauté* dei diritti fondamentali sulla politica presupporrebbe un consenso solido su valori comuni, ma è quantomeno opinabile il fatto che

141 Cfr. Bronzini G., "Il modello sociale europeo e il processo costituente", in *magistraturademocratica.it* (2/5/2004).

142 Cfr. Bogdandy A., "Comunità di diritti ... cit., nonché dello stesso Autore, "L'europeizzazione dell'ordinamento giuridico come minaccia per il consenso sociale?", in AA.VV. (a cura di G. Zagrebelsky), *Diritti e Costituzione ... cit.*; M. Cartabia e A. Celotto, "La giustizia costituzionale dopo Nizza", in *Giur. cost.*, 2002; M. Cartabia, "I diritti fondamentali ... cit.", p. 64.

143 Cfr. De Siervo U., "I diritti fondamentali europei ... cit.", p. 266 ss.

questo consenso esista già in Europa, se non altro perché i canali democratici esistenti nell'Unione sono ancora insufficienti per offrire una risposta soddisfacente in proposito.