



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI PADOVA

Sede Amministrativa: Università degli Studi di Padova
Dipartimento di Diritto pubblico, internazionale e comunitario

CORSO DI DOTTORATO DI RICERCA IN GIURISPRUDENZA
CICLO XXXI

MULTILEVEL CONSTITUTIONALISM E DIRITTI FONDAMENTALI

Coordinatore: Ch.mo Prof. Roberto E. Kostoris

Supervisore: Ch.mo Prof. Mario Bertolissi

Dottorando: Giovanni Comazzetto

Alla mia famiglia

MULTILEVEL CONSTITUTIONALISM E DIRITTI

FONDAMENTALI

*«Ma infine ricordiamoci anche della verità, oltre che della sua mistificazione. La giustizia che abbiamo immaginato ha inizio con quella che sembra una proposizione inattaccabile: che il governo deve trattare coloro che sono sotto il suo dominio con eguale considerazione e rispetto. Questa giustizia non costituisce un pericolo per la nostra libertà, ma la espande. Non sacrifica la libertà all'eguaglianza, né il contrario. Non svantaggia chi si dà da fare a favore degli impostori. Non favorisce né il governo minimo né quello esteso, ma solo il governo giusto. Deriva dalla dignità e mira alla dignità. Rende più facile e più probabile per ciascuno di noi vivere una buona vita. Si ricordi, anche, che i rischi sono più che esiziali. Senza dignità le nostre vite sono solo un battere di ciglia. Ma se riusciamo a vivere bene una buona vita, creiamo qualcosa di più. Scriviamo un sottotesto alla nostra mortalità. Facciamo delle nostre vite dei piccoli diamanti nelle sabbie del cosmo» (R. DWORKIN, *Giustizia per i ricci*, 2013, p. 478).*

SOMMARIO

<i>ABSTRACT IN LINGUA ITALIANA</i>	I
<i>ABSTRACT IN LINGUA INGLESE</i>	III
INTRODUZIONE	1
La questione costituzionale in Europa.....	1
La crisi della certezza del diritto.....	2
Il punto di vista.....	4
Piano d'indagine.....	6
Perché <i>multilevel</i> ?.....	7
CAPITOLO I. <i>Multilevel Constitutionalism in the European Union: un costituzionalismo senza Costituzione?</i>	9
1. L'eclissi dell'idea di Costituzione nel pensiero giuridico post-moderno.....	11
2. Brevi riflessioni sulle origini e sullo sviluppo dell'idea di Costituzione	15
2.1 – <i>I mille volti della Verfassung</i>	15
2.2 – <i>Costituzionalismo antico e moderno</i>	20
2.3 – <i>Concetto valutativo e concetto a-valutativo di Costituzione</i>	25
2.4 – <i>La teoria costituzionale democratica e i suoi nemici</i>	29
2.5 – <i>Livellamento e liberalizzazione del concetto di Costituzione</i>	36
3. Il dibattito sulla Costituzione europea	40
3.1 – <i>Quo vadis, Europa?</i>	40
3.2 – <i>«The founding fathers, maybe»</i>	45
3.3 – <i>Grimm vs Habermas</i>	54
3.4 – <i>Visioni della Costituzione europea</i>	60

4. <i>Multilevel constitutionalism</i> : origini, contenuti e sviluppo di una teoria	66
4.1 – <i>Staatenverbund o Verfassungsverbund?</i>	68
4.2 – <i>Un sistema costituzionale composito</i>	71
4.3 – <i>Connessioni eterarchiche e identità multiple</i>	74
5. Cinque osservazioni critiche sul <i>multilevel constitutionalism</i>	78
5.1 – <i>Il soggetto assente</i>	78
5.2 – <i>Finzioni</i>	81
5.3 – <i>Asimmetrie</i>	83
5.4 – <i>Cittadinanza e identità</i>	85
5.5 – <i>Un paradigma in crisi?</i>	87
CAPITOLO II, Sezione I. <i>Origine e struttura del sistema di tutela multilivello dei diritti fondamentali</i>	89
1. I diritti fondamentali: prospettive teoriche	91
2. Origini e sviluppo della tutela dei diritti fondamentali nell'UE.....	100
3. Il concetto di tutela multilivello dei diritti fondamentali.....	111
4. Oltre il monismo e il dualismo: verso un ordinamento giuridico «integrato».....	115
5. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: una Costituzione «parziale» e post-moderna?.....	126
5.1 – <i>Le ambizioni costituzionali della Carta, nel segno della continuità</i>	126
5.2 – <i>Il «pomo della discordia», ovvero l'ambito di applicazione della Carta ai sensi dell'art. 51</i>	130
5.3 – <i>Struttura degli enunciati e tecniche di positivizzazione: una Carta innovativa?</i>	134
CAPITOLO II, Sezione II. <i>Ordering Pluralism: il difficile coordinamento tra livelli nello «spazio costituzionale europeo»</i>	139

1. La dottrina <i>Solange</i> e la <i>peer review</i> tra ordinamenti nello spazio costituzionale europeo	141
2. Sul concetto di «livello di protezione» dei diritti fondamentali, tra ricerca del <i>maximum standard</i> e salvaguardia della <i>primacy</i>	149
3. L'art. 53, la «dottrina <i>Melloni</i> » e le relazioni interordinamentali	159
3.1 – Breve storia dell'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione .	160
3.2 – « <i>Il n'y a pas de hors-texte</i> »	163
3.3 – <i>La saga Melloni e il difficile dialogo con la Corte di giustizia</i>	166
4. Diritti fondamentali e identità costituzionali. Appunti per un superamento della dottrina <i>Melloni</i>	170
CAPITOLO III. Luci e ombre del «dialogo tra Corti» sui diritti fondamentali	177
1. Il <i>legal reasoning</i> della Corte di giustizia	179
2. Le tecniche di bilanciamento dei diritti	189
2.1 – Diritti fondamentali «classici» e libertà economiche: i casi <i>Omega e Schmidberger</i>	193
2.2 – Diritti sociali e libertà economiche: il bilanciamento «asimmetrico» nelle sentenze <i>Viking e Laval</i>	197
2.3 – Il bilanciamento dei diritti dopo il Trattato di Lisbona	206
3. Corte di giustizia e Corti costituzionali nazionali: una relazione difficile	210
3.1 – <i>La trasformazione delle corti costituzionali nazionali: dalla sentenza Simmenthal alla sentenza Global StarNet</i>	211
3.2 – <i>La persistenza della supremacy e la saga Taricco</i>	220
3.3 – <i>La giustizia costituzionale dopo Nizza e Lisbona: riflessioni a partire dalla sent. 269/2017 della Corte costituzionale italiana</i>	230
4. Considerazioni conclusive.....	237

<i>4.1 – Una Costituzione, sì (ma quale costituzione?)</i>	237
<i>4.2 – I diritti fondamentali nelle intersezioni tra livelli</i>	243
<i>4.3 – Le aporie del punto di vista comune</i>	248
<i>4.4 – Per l’alto mare aperto del pluralismo costituzionale</i>	251
BIBLIOGRAFIA	255

ABSTRACT IN LINGUA ITALIANA

Obiettivo di questo lavoro è analizzare, dal punto di vista del diritto costituzionale, alcuni profili del sistema di tutela multilivello dei diritti fondamentali che si è consolidato nello scenario giuridico europeo negli ultimi decenni. La ricerca muove dall'analisi di alcuni aspetti del processo di «costituzionalizzazione» dell'ordinamento dell'Unione europea alla luce dell'intensa polisemia del concetto di costituzione e del dibattito sorto negli anni Novanta in merito alla possibilità di concepire una Costituzione europea. Successivamente si procede a descrivere ed indagare la moltiplicazione delle sedi di tutela dei diritti fondamentali, concentrando l'attenzione sull'effettivo «livello di protezione» che tale struttura reticolare può garantire. L'ultima parte è infine dedicata allo studio di alcuni conflitti costituzionali che hanno visto contrapporsi negli ultimi anni, sul punto della ricostruzione delle relazioni intersistemiche ovvero sullo standard di protezione dei diritti fondamentali, la Corte di giustizia dell'Unione e le Corti costituzionali nazionali.

ABSTRACT IN LINGUA INGLESE

The aim of this thesis is to analyze, from a constitutional point of view, some features of the multilevel system of fundamental rights protection which has recently developed in the composite 'European constitutional space'. To do this, after considering the constitutionalizing process in the EU, in light of the polysemous concept of 'Constitution', the debate about the European Constitution will be extensively investigated. Then the work focuses on the abundance of catalogues of rights in order to study if the multiplication of this latter might strengthen their legal protection. Finally, critical considerations about the resolution of conflicts between the national Courts and the European Court of Justice will be provided.

INTRODUZIONE

La questione costituzionale in Europa

Esiste ancora in Europa una *questione costituzionale*? Da più di un decennio i cittadini d'Europa sembrano vivere un'era di «disincanto costituzionale», visto il fallimento del progetto di dare all'Unione una costituzione formale e l'approdo al più «prosaico» – in quanto depurato della simbologia costituzionale – Trattato di Lisbona. Eppure non è scomparso il lessico costituzionalistico dagli scritti che trattano di Unione europea; si scrivono libri sul costituzionalismo europeo o sul diritto costituzionale europeo, si continua a parlare di una costituzione materiale europea; i conflitti tra la massima giurisdizione europea e i tribunali costituzionali nazionali sono definiti «conflitti costituzionali». Ma all'orizzonte non si profilano nuovi processi costituenti. Nessun progetto ambizioso di riforma sembra all'ordine del giorno, stando alle proposte presentate di recente dalle massime istituzioni dell'Unione¹.

L'Unione europea sta affrontando forse la maggiore crisi della sua storia: la ripresa dalla crisi finanziaria è lenta e con effetti troppo disomogenei; la crisi dei rifugiati è la più grave dal secondo dopoguerra; numerosi attentati terroristici hanno insanguinato alcune delle principali città europee, determinando la riproposizione di politiche securitarie restrittive dei diritti fondamentali; l'Unione fatica a proporsi come soggetto unitario in un contesto geopolitico globale sempre più teso; alcuni Stati membri, peraltro, sembrano vivere una svolta illiberale cui l'UE non sta reagendo con efficacia; *dulcis in fundo*, poco più di due anni fa uno Stato membro ha votato l'uscita dal progetto d'integrazione sovranazionale.

La crisi dell'Unione sembra essere dunque *complessiva* e non limitata solo ad alcuni fronti, rivelando così i sintomi di un'autentica *crisi d'identità*. Se è senz'altro vero che il

¹ V. ad esempio i cinque scenari immaginati per il 2025 dalla COMMISSIONE EUROPEA, *Libro bianco sul futuro dell'Europa e sulla via da seguire. Riflessioni e scenari per l'UE a 27 verso il 2025*, presentato l'1 marzo 2017, reperibile in https://ec.europa.eu/commission/white-paper-future-europe-reflections-and-scenarios-eu27_it.

percorso dell'UE è stato connotato fin dall'inizio da una logica incrementale, fatta di piccoli passi, talvolta brusche frenate e inopinate ripartenze, è altrettanto innegabile che l'attuale architettura istituzionale mostra crescenti segni di debolezza. Questa è emersa in particolare quando, nel 2012, si è trattato di istituire il *Meccanismo europeo di stabilità* e il *Fiscal Compact*, entrambi strumenti di diritto internazionale estranei alla cornice dei trattati, nonostante coinvolgessero alcuni organi dell'Unione. La sfiducia nelle istituzioni europee, nel frattempo, è costantemente cresciuta: al giorno d'oggi solo un terzo dei cittadini dichiara di avere fiducia nell'UE, contro la metà di soli dieci anni fa. Come ricorda anche il *Libro bianco sul futuro dell'Europa* del 2017, per la prima volta dalla seconda guerra mondiale vi è un rischio reale che la generazione attuale di giovani adulti si ritrovi in condizioni economiche peggiori rispetto a quella dei genitori.

Per quale ragione dovremmo analizzare il sistema giuridico dell'Unione in termini di diritto costituzionale? Che cosa ci induce, anche in tempi di disincanto politico e di ristretti orizzonti concettuali, a cercare risposte nelle costituzioni – nazionali e, forse, sovranazionali?

La crisi della certezza del diritto

Questa crisi complessiva sembra invero riflettersi anche sulle basi filosofiche e concettuali del costituzionalismo sovranazionale. Si afferma che «it is necessary to rethink the basic conceptual framework that is used to describe and interpret national constitutional practice in order to make sense of the idea of constitutionalism beyond the state»², e che «constitutionalism [...] needs to take a Copernican turn». Tuttavia si fatica a scorgere un costituzionalismo «al di là dello Stato» che sia all'altezza degli ideali di emancipazione sottesi alla teoria costituzionale democratica. È a tutti noto il

² M. KUMM, *The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism: On the Relationship between Constitutionalism in and beyond the State*, in J.L. DUNOFF-J.P. TRACHTMAN (a cura di), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, 263.

processo di *judicialization*³ delle culture politiche su scala mondiale, nel quale le corti costituzionali rivestono chiaramente un ruolo di primo piano⁴; è stato detto, condivisibilmente, che ci si trova dinanzi ad un mutamento epocale, il passaggio graduale da un diritto inteso come norma a un diritto inteso come giustizia, e lo stesso diritto costituzionale «sempre più oggi è identificabile attraverso le sequenze di una giustizia costituzionale consegnata non solo alle corti costituzionali statali, ma anche ad un circuito giudiziario assai più ampio»⁵. Il ruolo assunto dalle corti è tuttavia ambivalente: da un lato, i loro poteri sembrano raggiungere la massima espansione, al punto che al loro giudizio è affidata finanche la ricostruzione delle sempre più intricate relazioni interordinamentali; dall'altro lato, nei processi di *judicial comity* e *cross-fertilization* sembra appannarsi la supremazia rivendicata dagli organi di vertice di ciascun sistema costituzionale. È finita l'epoca del diritto all'ultima parola o dei poteri ultimi in Europa?⁶ Di certo questo scenario caotico, frastagliato e in continuo mutamento, connotato da un crescente pluralismo ordinamentale, sembra disorientare più i giuristi di *civil law*, vincolati ai testi e al concetto di autorità, che i loro colleghi di *common law*, pur in un contesto di diffusa percezione dell'inadeguatezza dei tradizionali schemi del *legal reasoning*.

Questa crisi *generalizzata*, che investe non solo diversi piani e diversi settori della vita sociale, ma anche i relativi tentativi di concettualizzazione, può rappresentare agli occhi dello studioso del diritto un «momento costituzionale»⁷, ovvero un momento che

³ Si vedano, *ex multis*, le note riflessioni proposte da R. HIRSCHL, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge (Massachusetts), Harvard University Press, 2004.

⁴ «Se la costituzione che sempre più avremo non è altro che il risultato di un continuo lavoro d'interpretazione e di concretizzazione condotto a partire da alcune grandi, e necessariamente assai generali, norme di principio, non si giunge forse alla conclusione che l'indirizzo fondamentale, o costituzionale, e in definitiva la costituzione stessa come *Grundordnung*, è in realtà determinato dalla giurisprudenza, soprattutto da quella della Corti Supreme?», M. FIORAVANTI, *Quale futuro per la 'Costituzione'?*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1992, 629.

⁵ M.R. FERRARESE, *Dal «verbo» legislativo a chi dice l'«ultima parola»: le corti costituzionali e la rete giudiziaria*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 2011, 66.

⁶ Lo afferma M. CARTABIA, *Unità nella diversità: il rapporto tra la Costituzione europea e le Costituzioni nazionali*, in *Dir. un. eur.*, 3/2005, 595.

⁷ G. TEUBNER, *Il costituzionalismo della società mondiale: cinque tesi sulle costituzioni degli spazi sociali transnazionali*, in G. BARCELONA-R. DI MARIA (a cura di), *Costituzione e globalizzazione. Atti*

lascia intravedere non il pericolo astratto di un crollo, ma *proprio il crollo imminente*. È questa l'occasione migliore, allora, per un'inversione di marcia radicale, che porti ad un ripensamento delle categorie tradizionali del costituzionalismo democratico? Si potrebbe pensare, in questo senso, ad un mutamento di paradigma analogo a quello descritto da Kuhn in ambito scientifico, fenomeno in forza del quale «le deviazioni dal paradigma dominante sono interpretate come anomalie finché la catastrofe della teoria non ottiene il cambiamento del paradigma»⁸. Quel che è certo, è che le nuove e più ardite concettualizzazioni del pluralismo europeo devono muovere dalla consapevolezza che noi non possiamo pensare se non attraverso il linguaggio che abbiamo ereditato – heideggerianamente, il linguaggio che da sempre «abitiamo» –, e che quindi «le proclamazioni volte a sbarazzarsene di fronte al carattere inedito dei problemi (che è un topos stucchevole di molta letteratura) rappresentano solo una fuga dalla responsabilità dello scienziato»⁹.

Il punto di vista

Nel celebre saggio *La scienza come professione*, Max Weber rigetta sia l'idea che la scienza possa porsi al servizio di posizioni politiche contingenti, sia la convinzione da taluno manifestata che la stessa debba essere del tutto «scevro di presupposti»¹⁰. In ogni lavoro scientifico, infatti, «si presuppone sempre la validità delle regole della logica e della metodologia, di questi fondamenti generali del nostro orientamento nel mondo». Il rigore dell'analisi scientifica, se certo non consente di fare propaganda di una certa visione del mondo – mestiere che si addice piuttosto a «profeti e demagoghi» –, impone di *disvelare i propri presupposti*, poiché ciascuno muove da una determinata

della Giornata di Studi su «La sfida della transnazionalizzazione tra teoria delle fonti e dottrina della costituzione» - Enna 16 maggio 2009, Enna, Euno Edizioni/Kore University Press, 2012, 82.

⁸ *Ibidem*.

⁹ M. DOGLIANI, *Può la costituzione europea non essere una costituzione in senso moderno?*, in *Dem. dir.*, 2/2003, 81.

¹⁰ M. WEBER, *Wissenschaft als Beruf*, 1919; tr. it., *La scienza come professione*, Torino, Einaudi, 2004, 26.

prospettiva e da un *contesto*, e da essi è inevitabilmente condizionata qualsiasi ricerca, che si tratti di storiografia, sociologia, dottrina dello Stato o diritto costituzionale.

L'indagine che segue, tra una «dommatica priva di qualunque sensibilità storico-istituzionale, votata a risolvere ogni questione giuridica in termini di combinato disposto»¹¹, e il punto di vista di «chi sa perfettamente che gli enunciati normativi rappresentano un *testo*, che va collocato in un *contesto*, il quale è naturalmente esposto al cambiamento», ambisce a collocarsi nella seconda prospettiva. Il metodo prescelto è così incline ad aprirsi ad uno spazio disciplinare che, pur dovendo rimanere giuridico, non può non avvalersi de «gli strumenti della storia costituzionale, delle discipline politologiche, della stessa filosofia politica intesa quale costante rilettura della grande tradizione politica-intellettuale europea»¹², secondo l'insegnamento degli ultimi grandi esponenti della *Staatsrechtslehre* tedesca.

La ricchezza, molteplicità e complessità delle riflessioni sui conflitti costituzionali che attraversano lo scenario europeo «multilivello» rendono sempre meno eludibile la ricerca di un adeguato inquadramento concettuale delle relazioni tra gli ordinamenti e tra le corti ove siano «in gioco» i diritti fondamentali dei cittadini europei. In questo senso, non si può che condividere l'osservazione per cui «l'assenza di punti di riferimento sufficientemente stabili può essere di ostacolo ad un ordinato evolversi della vita sociale e politica»¹³, in quanto le difficoltà di elaborazione teorica di uno scenario costantemente *in progress* non solo rispecchiano le inquietudini della comunità dei giuristi, ma possono anche determinare «una situazione caotica che, in fin dei conti, rischia di corrodere la fiducia e la lealtà dei cittadini nei confronti delle istituzioni»¹⁴. Sempre nell'orizzonte di un disvelamento quanto più possibile esaustivo del punto di vista di seguito adottato, si precisa che a percorrere queste riflessioni è un concetto «ambizioso» di Costituzione e costituzionalismo, intesi come espressione di un progetto di emancipazione sociale e di autogoverno democratico. In questo senso, occorre

¹¹ M. BERTOLISSI, *Piccoli principi. Notabilato locale e crisi della rappresentanza politica*, Padova, Libreriauniversitaria.it, 2016, 38.

¹² M. FIORAVANTI, *Quale futuro per la 'Costituzione'?*, cit., 636.

¹³ M. DANI, *Il diritto pubblico europeo nella prospettiva dei conflitti*, Padova, Cedam, 2013, 63.

¹⁴ *Ibidem*, 64.

sempre tenere presente che «la *quantità* dei diritti e la *pluralità* degli strumenti di tutela non sono in rapporto diretto con la *qualità* della protezione della persona»¹⁵; che l'aspirazione alla linearità delle forme e all'*ordinatio* degli strumenti di tutela non rappresenta un «reliitto del passato», neppure in un contesto plurilivellare; che se si confida ancora nei valori ispiratori del costituzionalismo, occorre tra diverse opzioni teoriche abbracciare quelle più vicine a quell'ideale di emancipazione, nell'orizzonte della salvaguardia, in altre forme ed entro contesti sempre nuovi, delle conquiste più grandi del costituzionalismo democratico.

Piano d'indagine

La prima parte della trattazione è dedicata ad una riflessione, necessariamente parziale e sintetica, sul concetto di costituzione e sulle implicazioni dell'uso di questa espressione in relazione all'ordinamento giuridico dell'Unione europea. Particolare attenzione è rivolta ai termini del dibattito sorto negli anni Novanta a proposito delle ambizioni costituzionali dell'UE, e alcune osservazioni critiche sono articolate in relazione alla teoria del *multilevel constitutionalism* di Ingolf Pernice.

Nel secondo capitolo, a seguito di un sintetico affresco della complessiva architettura del sistema multilivello di tutela dei diritti fondamentali in Europa, si indagheranno le principali difficoltà di coordinamento «tra Carte e tra Corti» nello spazio costituzionale europeo, evidenziando in particolare le aporie derivanti da un approccio, peraltro molto diffuso in dottrina, a norma del quale lo studio dei diritti fondamentali e dei relativi *standard* di tutela risulta scisso dalla considerazione delle forme di organizzazione del potere pubblico nazionale e sovranazionale. Speciale attenzione sarà poi rivolta a quelle

¹⁵ M. LUCIANI, *Costituzione, integrazione europea, globalizzazione*, in *Questione giustizia*, 6/2008, 72; condivisibile altresì il rilievo di M. NISTICÒ, *Limiti e prospettive del circuito di tutela su più livelli dei diritti fondamentali*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2018, 256, per cui «il moltiplicarsi delle istanze giurisdizionali cui è possibile rivolgersi – l'aumentare, insomma, dei giudici che possono avere *voce in capitolo* rispetto alla medesima domanda di tutela o vicenda della vita – è un fatto certamente notevole sul piano tanto sostanziale che processuale, ma *neutro* sul piano invece *valutativo*: non è per nulla scontato, cioè, che all'aumentare dei giudici potenzialmente interrogabili debba migliorare anche, di pari passo, il *grado* di tutela dei diritti (di *tutti* i diritti e dei diritti di *tutti*)».

che, con Hermann Heller, potremmo definire le «lacune giuridiche assolute» del sistema coordinato di tutela multilivello, attinenti in particolare a quella «linea di faglia» costituita dai *controlimiti* all'integrazione europea – foriera, com'è noto, di significativi conflitti costituzionali negli ultimi decenni.

Il terzo e ultimo capitolo sarà invece dedicato all'analisi di alcune sentenze della Corte di giustizia e delle Corti costituzionali nazionali. La selezione delle decisioni esaminate è stata operata in funzione dell'enucleazione e approfondimento di alcune tematiche essenziali della tutela multilivello, concernenti in particolare i criteri di determinazione degli *standard* di tutela dei diritti fondamentali da parte della Corte di giustizia, le tecniche di bilanciamento tra diritti da essa adottate e, infine, l'impatto che ha avuto l'equiparazione del valore giuridico della Carta dei diritti fondamentali a quello dei Trattati sul ruolo della giustizia costituzionale nazionale nello scenario *multilevel*.

Perché *multilevel*?

Le considerazioni conclusive di questa *ouverture* sono dedicate alle ragioni della scelta del titolo *Multilevel constitutionalism e diritti fondamentali*. La congiunzione «e» può conferire diverse sfumature di significato alla relazione tra i due elementi: le *nuances* vanno dalla mera giustapposizione all'intreccio, passando per gradi di minore o maggiore interferenza. La molteplicità di livelli di lettura dei rispettivi romanzi, insieme all'impossibilità di interpellare gli autori in merito alle ragioni della loro scelta, rende particolarmente arduo ad esempio attribuire un significato universalmente condiviso a titoli come «Il rosso e il nero» o «Guerra e pace». In questo caso invece l'interpretazione risulta decisamente più agevole, per quanto non del tutto improduttiva di equivoci. L'espressione *multilevel constitutionalism* allude ad una teoria del costituzionalismo europeo elaborata negli anni Novanta dal giurista tedesco Ingolf Pernice. La specificità dell'impianto teorico che ne è alla base, e che sarà analizzato con ampiezza nel prosieguo, non ha impedito che quest'espressione subisse, in ragione del

successo e delle controversie cui dava luogo la dottrina di Pernice, una progressiva rarefazione semantica e concettuale. Le espressioni *multilevel constitutionalism* e *multilevel governance* designano attualmente qualsivoglia teoria del costituzionalismo e, rispettivamente, del governo, sovranazionale. Il paradigma *multilevel* può allora scindersi in due modelli, l'uno molto più generico e ampio dell'altro. Quale dei due modelli è oggetto della presente indagine?

Nel primo capitolo saranno articolate delle osservazioni critiche in merito ad alcuni degli assi portanti della teoria del *multilevel constitutionalism*, così come elaborata e affinata negli anni da Ingolf Pernice; tuttavia un confronto più o meno manifesto con essa correrà nell'arco dell'intero lavoro. Giova ad ogni modo sottolineare che non sempre il termine *multilevel* sarà utilizzato nella sua accezione concettualmente pregnante, accogliendosi la prassi oramai invalsa in dottrina di separare almeno in parte questa espressione dalla complessa impalcatura filosofico-giuridica entro cui essa era stata coniata, conferendole così un significato concettualmente più neutrale e, al contempo, meno «significante».

CAPITOLO I

Multilevel Constitutionalism in the European Union: un costituzionalismo senza Costituzione?

«Perciò, poiché intorno si ammassano, in chiarezza,
i culmini dei tempi, e chi più si ama
vive vicino, esausto su
monti separatissimi,
allora da', acqua innocente,
dacci ali per partire e ritornare
più fedeli al senso.»

(Friedrich Hölderlin, *Patmos*.

Al langravio di Homburg)

SOMMARIO: 1 – L’eclissi dell’idea di Costituzione nel pensiero giuridico post-moderno. 2 – Brevi riflessioni sulle origini e sullo sviluppo dell’idea di Costituzione. 2.1 – I mille volti della *Verfassung*. 2.2 – Costituzionalismo antico e moderno. 2.3 – Concetto valutativo e concetto a-valutativo di Costituzione. 2.4 – La teoria costituzionale democratica e i suoi nemici. 2.5 – Livellamento e liberalizzazione del concetto di Costituzione. 3 – Il dibattito sulla Costituzione europea. 3.1 – *Quo vadis, Europa?* 3.2 – «*The founding fathers, maybe*». 3.3 – Grimm vs Habermas. 3.4 – Visioni della Costituzione europea. 4 – *Multilevel constitutionalism*: origini, contenuti e sviluppo di una teoria. 4.1 – *Staatenverbund* o *Verfassungsverbund*? 4.2 – Un sistema costituzionale composito. 4.3 – Connessioni eterarchiche e identità multiple. 5 – Cinque osservazioni critiche sul *multilevel constitutionalism*. 5.1 – Il soggetto assente. 5.2 – Finzioni. 5.3 – Asimmetrie. 5.4 – Cittadinanza e identità. 5.5 – Un paradigma in crisi?

1. L’eclissi dell’idea di Costituzione nel pensiero giuridico post-moderno

Perché, e soprattutto *in che senso*, parlare di «eclissi», «crisi» o «tramonto» dell’idea di Costituzione?

Seguendo l’ordine delle parole, possiamo osservare come l’etimologia di eclissi (dal latino *eclipsis*, gr. *ékleipsis*) rimandi all’idea di «abbandono». In campo astronomico, l’eclissi designa il fenomeno di temporaneo oscuramento, totale o parziale, di un astro ad opera dell’interposizione di altro corpo celeste. In senso figurato essa allude invece ad una parabola discendente, all’idea di declino e decadenza, anche irreversibile. Nell’ambito di questo secondo spettro di significati, parlare di «eclissi» dell’idea di Costituzione può pertanto riferirsi ad un fenomeno, non necessariamente temporaneo, di indebolimento della sua forza ordinante, di progressiva svalutazione dei suoi paradigmi, di crescente messa in discussione dei suoi principi. La parabola del costituzionalismo avrebbe pertanto concluso il suo percorso?¹ Oppure trattasi di un semplice «oscuramento» che non ne preclude la reviviscenza?

¹ G. AZZARITI-S. DELLAVALLE, *Crisi del costituzionalismo e ordine giuridico sovranazionale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2014, 23 ss.

Sfumature non dissimili si rinvencono nell'accostamento della parabola discendente del costituzionalismo e delle costituzioni alle immagini del «tramonto» o del «crepuscolo»². Al «tramonto dell'Occidente» è dedicata l'omonima, discussa, celebre opera di Oswald Spengler; in *Also sprach Zarathustra* Nietzsche insiste molto sull'immagine del tramonto, ove afferma che «nell'uomo si può amare che egli sia una *transizione* e un *tramonto*»³; la stessa discesa iniziale di Zarathustra tra gli uomini è descritta come un tramonto. Tramonto come congedo dalla scena occidentale, tramonto come superamento, tramonto come transizione verso il nuovo che si profila all'orizzonte. Non vi è pertanto necessariamente un'accezione negativa, essendo il tramonto dell'«ultimo uomo» un passaggio necessario per l'affermazione dell'*Übermensch*, essendo lo Zarathustra «tramontante» il messaggero dell'uomo «a venire».

Altrettanto ambivalente l'utilizzo del termine «crisi»; alla crisi dello Stato era dedicata la celebre prolusione pisana di Santi Romano⁴. Ma di quale Stato? L'intervento romaniano si riferiva allo Stato che si presentava alla dottrina giuspubblicistica agli albori del XX secolo, attraversato da spinte disgregatrici quali il corporativismo e il sindacalismo⁵. La constatazione di questa crisi tuttavia «non sgomentava [...] lo studioso siciliano, la cui riflessione non solo risultava improntata ad un sostanziale ottimismo, ma si concludeva con un forte ed aperto richiamo alla fiducia»⁶. Se è vero che, da allora, tutto è mutato, e lo Stato ha subito una seconda crisi e ne sta vivendo una terza⁷, la stessa riflessione di Santi Romano disvela due diverse accezioni del termine in

² V. *ex multis* P. DOBNER-M. LOUGHLIN (a cura di), *The Twilight of Constitutionalism?*, Oxford, Oxford University Press, 2010.

³ F. NIETZSCHE, *Also sprach Zarathustra. Ein Buch für Alle und Keinen*, 1891, tr. it. *Così parlò Zarathustra. Un libro per tutti e per nessuno*, Milano, Adelphi, 2007²⁸, 8.

⁴ S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1910, 87 ss.

⁵ S. CASSESE, *La prolusione romaniana sulla crisi dello stato moderno e il suo tempo. Conclusioni alla giornata di studio su "Lo Stato moderno e la sua crisi" a un secolo dalla prolusione romana di Santi Romano*, Consiglio di Stato, Roma 30 novembre 2011, 7; sul tema v. anche ID., *Lo Stato, "stupenda creazione del diritto" e "vero principio di vita", nei primi anni della rivista di diritto pubblico (1909-1911)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1987, 501-518; P. GROSSI, *Lo Stato moderno e la sua crisi (a cento anni dalla prolusione pisana di Santi Romano)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1/2011, 1-22.

⁶ M. LUCIANI, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, 125.

⁷ S. CASSESE, *La prolusione romaniana sulla crisi dello stato moderno*, cit., 7.

questione: da una parte, una rottura che segna anche una discontinuità formale tra il vecchio e il nuovo stato delle cose, e dall'altra – appunto, nel senso romaniano – una fase di difficoltà, che può alternativamente condurre al pieno recupero delle condizioni di partenza ovvero alla fine dello stato o dell'oggetto originari⁸.

Se l'idea del «tramonto» nel senso nietzscheano di «oltrepassamento» risulta inadeguata a descrivere la parabola del costituzionalismo occidentale, non intravedendosi se non a prezzo di inammissibili forzature alcuna autentica «supercostituzione» che ne rappresenti un credibile punto d'arrivo, e se la parola «crisi» contiene anch'essa un'irrimediabile ambivalenza, sembra più opportuno mutuare dal significato originario di eclissi l'idea di «abbandono», di progressivo oscuramento e ritiro della *vis* ordinante propria del costituzionalismo prescrittivo sorto dalle rivoluzioni settecentesche, e dell'armamentario lessicale politico-giuridico che ne era il portato più rilevante nella scienza del diritto pubblico. Una sorta di *melancholia constitutionalis*⁹ attraversa l'intero Novecento giuridico. Ciò che più colpisce di tale «abbandono» è purtuttavia il suo coesistere con l'apparente affermazione, con l'eccezione di pochissimi Stati, del «modello Costituzione» come assolutamente egemone, se non proprio irrinunciabile, nell'odierno scenario giuridico europeo e mondiale. Non a caso gli ultimi anni del secolo Ventesimo sono stati definiti come la «Weltstunde des Verfassungsstaates»¹⁰.

L'apice del successo del modello della Costituzione scritta, generalmente suddivisa in due parti rispettivamente dedicate all'elencazione dei diritti e libertà fondamentali dei cittadini e alla disciplina dell'organizzazione dello Stato¹¹, sembra coincidere con

⁸ M. LUCIANI, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, cit., 130.

⁹ *Ibidem*, 126.

¹⁰ P. HÄBERLE, *Verfassungsentwicklungen in Osteuropa – aus der Sicht der Rechtsphilosophie und der Verfassungslehre*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 2/1992, 170.

¹¹ «Si può dire che oggi la redazione di una costituzione scritta articolata in due parti, contenenti l'una la carta dei diritti e dei doveri, l'altra le linee generali dell'organizzazione costituzionale, rappresenta un passaggio normale delle procedure da attuare in vista della realizzazione di uno stato democratico moderno. Naturalmente, ciò non esclude che, nella fase che si è attraversata (e che appare tuttora ben lungi dal potersi dire compiuta), dall'epoca in cui i principi fondamentali della democrazia liberale furono enunciati nel quadro delle dottrine illuministiche a quella della loro progressiva affermazione in Europa e nel mondo, sono state seguite anche soluzioni diverse, per cui non mancano ancor oggi paesi in cui un assetto tendenzialmente democratico-liberale delle istituzioni è operante senza che si sia provveduto

l'inizio del declino della Costituzione schmittianamente intesa come «decisione totale sulla specie e la forma dell'unità politica»¹², o quantomeno del declino del senso originario del suo determinarsi ed affermarsi nell'impresa di pensare un nuovo fondamento e una nuova legittimazione dell'ordine giuridico-politico. Nelle parole di Dieter Grimm, l'«external success» del costituzionalismo non deve fuorviare, accompagnandosi ad esso una «internal erosion»¹³ che si concreta in un indebolimento della cornice statale entro la quale il costituzionalismo aveva finora collocato i propri paradigmi e i propri orizzonti di sviluppo, pur senza mai negare un principio di apertura all'esterno che si coglie *in nuce* già in una delle pagine albeggianti del costituzionalismo moderno, la *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* del 1789.

Ecco allora che questo silenzioso processo, altrove denominato di *decostituzionalizzazione*¹⁴, sembra vivere più nella consapevolezza e nelle preoccupazioni dei giuristi che nella quotidianità giuridica dell'*idem sentire de Constitutione*; può anzi agevolmente prevedersi ancora una straordinaria longevità per lo strumentario di concetti e categorie del diritto costituzionale così come consolidatosi negli ultimi due secoli, in una, tuttavia, con la preoccupazione che esso si trovi, a seguito di un processo senz'altro graduale e difficile a cogliersi nei suoi sviluppi, a designare oggetti del tutto differenti, «altri» rispetto a quelli per cui esso era stato modellato. Finiremo pertanto per conservare, della concettualità del costituzionalismo occidentale, soltanto i «nudi nomi»? Diverranno, se non sono già divenute, le categorie più rilevanti della scienza giuspubblicistica «stelle di cui continuiamo a vedere la luce solo perché lontanissime»¹⁵?

all'adozione di una costituzione scritta dotata di tali caratteristiche»: così A. PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna, Il Mulino, 2002, 42-43. Nel senso, invece, che le costituzioni possano stabilire autentiche condizioni di efficacia «senza per questo includere una carta dei diritti formalizzata» N. MACCORMICK, *Questioning Sovereignty. Law, State, and Nation in the European Commonwealth*, Oxford, Oxford University Press, 1999, tr. it. *La sovranità in discussione. Diritto, stato e nazione nel «commonwealth» europeo*, Bologna, Il Mulino, 2003, 207.

¹² C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, 1928; tr. it. *Dottrina della costituzione*, Milano, Giuffrè, 1984, 38 ss.

¹³ D. GRIMM, *The Achievement of Constitutionalism and its Prospects in a Changed World*, in P. DOBNER-M. LOUGHLIN (a cura di), *The Twilight of Constitutionalism?*, cit., 2 ss.

¹⁴ A. BRANDALISE, *Democrazia e deconstituzionalizzazione*, in *Filosofia politica*, 3/2006, 403-414.

¹⁵ M. DOGLIANI, *Deve la politica democratica avere una sua risorsa di potere separata?*, in S. CASSESE-G. GUARINO, *Dallo Stato monoclasse alla globalizzazione*, Milano, Giuffrè, 2000, 65.

2. Brevi riflessioni sulle origini e sullo sviluppo dell'idea di Costituzione

Tratteggiare una genealogia del concetto di Costituzione è impresa che, senza ombra di dubbio, esula dalle finalità e dalle possibilità del presente lavoro. Giova tuttavia, nell'orizzonte di una migliore comprensione della disamina che verrà successivamente condotta in ordine alla teoria del *multilevel constitutionalism*, ripercorrere alcune tappe fondamentali del sentiero su cui si è incamminata la dottrina giuspubblicistica, dagli albori del costituzionalismo fino al suo presunto crepuscolo. Non lo si può senza dubbio ritenere un sentiero lineare; è tuttavia possibile rinvenire dei *Wegmarken*¹⁶ («segnavia»), ovvero tracce e indicazioni che ci consentano di non perdere la strada in un viaggio tortuoso e complesso, talvolta labirintico. Percorrere questo itinerario significa altresì immergersi in uno spazio disciplinare che, pur dovendo rimanere giuridico, non può non avvalersi di «gli strumenti della storia costituzionale, delle discipline politologiche, della stessa filosofia politica intesa quale costante rilettura della grande tradizione politica-intellettuale europea»¹⁷, secondo l'insegnamento degli ultimi grandi esponenti della *Staatsrechtslehre* tedesca.

2.1 – I mille volti della *Verfassung*

È senz'altro meritevole della massima considerazione il fatto che ciò che costituisce l'oggetto primario della scienza giuspubblicistica, ovvero la Costituzione, sia anche il suo concetto più enigmatico e controverso¹⁸, e certamente quello che più dà da

¹⁶ L'espressione richiama, ovviamente, il titolo dell'opera di M. HEIDEGGER, *Segnavia*, Milano, Adelphi, 1987.

¹⁷ M. FIORAVANTI, *Quale futuro per la 'Costituzione'?*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1992, 636.

¹⁸ V. *ex multis* M. AINIS (a cura di), *Dizionario costituzionale*, Roma-Bari, Laterza, 2007, 122: «il concetto di Costituzione appare come uno dei più complessi e sfuggenti dell'intera teoria del diritto».

*pensare*¹⁹. Non risulta infatti agevole, se non a prezzo di inammissibili forzature, modellare una definizione dello stesso che ne ricomprenda anche solo in parte la straordinaria ricchezza semantica quale si è sedimentata, anche tumultuosamente, nei secoli; riesce altresì straordinariamente difficile gettare un ponte tra la concezione pre-moderna e quella moderna di Costituzione, per poi arrivare finanche a tratteggiarne una nozione post-moderna. Potrebbe ad esempio dirsi che la Costituzione

ha a che fare con istituzioni, per mezzo delle quali comunità sociali agiscono in maniera politica organizzata. Una condizione minima di questa organizzazione istituzionale è la determinazione giuridica o vincolo giuridico, sia esso di diritto consuetudinario, discendente da un contratto, posto attraverso un ordinamento o anche solo scritto²⁰.

Ma anche così si corre il rischio di offrire definizioni che peccano di eccessiva ampiezza e genericità. Se non ci si vuole limitare a conferire al concetto di Costituzione un significato assolutamente arbitrario, tale da potersi attagliare a pressoché qualsivoglia struttura ordinamentale²¹, sia essa o meno statale, occorre non rifuggire dalla *complessità*, facendo al contempo attenzione a non smarrirsi nell'inconcludenza della ricerca di una sintesi perfetta che potrebbe non giungere mai²².

Può forse affermarsi con maggiore serenità che in epoca antica e pre-moderna il concetto di Costituzione si caratterizzava per una notevole «multiformità», mentre la nozione moderna e contemporanea si è delineata in base ad una «generalità con pretese di universalità»²³. Per quanto nel corso dell'Ottocento il progressivo enuclearsi, dal

¹⁹ Afferma che «non esiste uno schema condiviso dai costituzionalisti che li ordini [i diversi significati del termine Costituzione, n.d.A.], con il risultato che proprio la parola chiave della disciplina è anche una delle più oscure» M. DOGLIANI, *Introduzione al diritto costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 1994, 11.

²⁰ La definizione, enunciata dal filosofo Reinhart Koselleck in un Convegno dell'Associazione per la Storia costituzionale, è riportata in H. MOHNHAUPT-D. GRIMM, *Verfassung: Zur Geschichte des Begriffs von der Antike bis zur Gegenwart*, Berlin, Duncker & Humblot GmbH, 2002, tr. it. *Costituzione, Storia di un concetto dall'Antichità a oggi*, Roma, Carocci, 2008, 14-15.

²¹ Come disse un Ministro degli Esteri britannico al tempo della discussione sulla Costituzione europea, «anche un Golf Club ha una costituzione, in senso lato»: v. M. KUMM, *Beyond Golf Clubs and the Judicialization of Politics: Why Europe has a Constitution Properly So Called*, in *Am. J. Comp. L.*, 2006, 505.

²² Cfr. M. DOGLIANI, *Introduzione al diritto costituzionale*, cit., 9.

²³ *Ibidem*, 15.

coacervo di possibili significati del termine Costituzione, del senso di «atto normativo fondamentale dello Stato» abbia senz'altro concorso ad una riduzione del pressoché indeterminato spettro di significati proprio della nozione pre-moderna, non si è in ogni caso mai davvero sopito il contrasto tra gli studiosi in ordine a cosa sia la Costituzione. In questo senso il dibattito di cui dà conto Carl Schmitt nella sua straordinaria *Verfassungslehre* dimostra ancora una volta che la perimetrazione semantica che caratterizza il concetto moderno di Costituzione, nel suo collegamento con lo Stato nazionale, non ha conchiuso, neppure in via soltanto provvisoria, tutte le controversie sul medesimo. Nel 1868 Held distingue quattro significati del termine *Verfassung*²⁴. La testé citata *Dottrina della Costituzione* schmittiana – definita come «uno dei tentativi più analitici e più solidamente architettonici di organizzare la materia»²⁵ – esordisce con questo avvertimento:

La parola «costituzione» ha più di un significato. In un'accezione generale della parola tutto, uomini e cose, aziende e società, è in una «costituzione» e tutto ciò è possibile può avere una costituzione. Da ciò non vien fuori nessun concetto specifico. La parola «costituzione» deve essere limitata alla costituzione dello Stato, cioè all'unità politica di un popolo, se la si vuol rendere intelligibile²⁶.

Nel corso della trattazione anche Schmitt giunge ad enucleare quattro diversi concetti di Costituzione: uno assoluto, uno relativo, uno positivo e uno ideale. L'insoddisfazione per la nebulosità che contraddistingue il concetto e per l'assenza di uno schema condiviso al riguardo traspare altresì dal seguente passo di Crisafulli:

Diversi sono i significati che la parola «costituzione» assume nell'ambito del pensiero politico-giuridico...Diversi, un po' a causa della varietà (subiettiva) delle concezioni che ne sono state elaborate nella dottrina e dei relativi presupposti, anche di ordine gnoseologico e

²⁴ J. VON HELD, *Grundzüge des Allgemeinen Staatsrechts oder Institutionen des öffentlichen Rechts*, Leipzig, 1868, 345.

²⁵ M. DOGLIANI, *Introduzione al diritto costituzionale*, cit., 228.

²⁶ C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, cit., 15.

metodologico; molto, però, e soprattutto, per la ben più profonda ragione che, dietro la parola, non c'è – neppure circoscrivendo l'indagine al fenomeno «Stato» quale si configura nell'era moderna – un solo, pur se complesso, oggetto (e già tale sua complessità giustificherebbe la varietà dei punti di vista dai quali è suscettibile di essere riguardato). Il fatto è che gli oggetti cui si allude, accomunandoli sotto il medesimo segno linguistico, sono più di uno, dando luogo, per ciò stesso, a concetti distinti e diversi (anche se tra loro interferenti e influenzantisi a vicenda...)²⁷.

La straordinaria varietà di *nuances* che caratterizza questi esercizi definitivi è pari soltanto ai tentativi di sistematizzare la disciplina in questione, tramite innumerevoli – e tra loro talvolta radicalmente divergenti – proposte di periodizzazione e di categorizzazione. L'approccio più fecondo ai nostri fini può rinvenirsi nel metodo della storia dei concetti (*Begriffsgeschichte*). In un contesto che vede delinearci, parallelamente all'«estinguersi della forza formante di quelle che sono state chiamate le categorie del politico o, per meglio dire, il complessivo impianto concettuale della scienza politica moderna»²⁸, un analogo processo di decomposizione dell'assetto teorico che sorreggeva la cultura della *Verfassung* moderna, sembra quanto mai opportuno trattare la materia in oggetto attingendo ai suggerimenti dell'istanza *begriffsgeschichtlich* di chi ha rigettato il «riferimento a idealtipi storicamente disincarnati o alla rappresentazione di catene evenemenziali che illudano di poter risolvere il problema della causalità storica appiattendolo su quello della continuità»²⁹. In questo senso, il metodo della storia dei concetti muove dalla piena consapevolezza «dello scollamento, della non-adesività, tra i concetti di cui si serve lo storico ed i

²⁷ V. CRISAFULLI, *Costituzione*, in *Enciclopedia del Novecento*, vol. I, Roma, 1975, 1030.

²⁸ A. BRANDALISE, *Il tempo della pratica. Lacan, Wirkungstheorie*, in *International Journal of Žižek Studies*, 4/2012, 1; nello stesso senso G. DUSO, *Historisches Lexicon e storia dei concetti*, in *Filosofia politica*, 1/1994, 113, ove afferma che nella contemporaneità sembra di assistere «più che al mutamento, al rapido deperimento e all'inefficacia ermeneutica del bagaglio concettuale formatosi nella modernità; tuttavia tale bagaglio condiziona ancora il nostro linguaggio e il modo di intendere la società e la politica».

²⁹ S. CHIGNOLA, *Storia dei concetti e storiografia del discorso politico*, in *Filosofia politica*, 3/2006, 105.

concetti delle fonti che egli indaga, ciò che [...] apre lo spazio per la rappresentazione storiografica»³⁰. Del resto è proprio

nello spazio di *tensione* tra storia sociale e semantica storica che la «Begriffsgeschichte» costruisce invece la propria proposta metodologica. A differenza di quanto accade nella storiografia del discorso, il problema del mutamento concettuale viene ricondotto [...] a sommovimenti e dislocazioni delle sottostrutture «materiali» della semantica, che precedono e ricomprendono, proprio in forza della loro costitutiva *indisponibilità*, i processi di concettualizzazione della storia. I «concetti» rappresentano in quest'ottica la griglia modulare di intersezione e consistenza in cui precipita, per esservi storiograficamente trattenuta in forma complanare e focalizzata attorno ad una specifica scansione della propria storia, la mappa topologica dei singoli sistemi concettuali (a loro volta percepibili come multipli e temporalizzati) che articolano il processo complessivo dell'esperienza storica³¹.

Occorre allora, *mutatis mutandis*, collocare le diverse dimensioni o accezioni del concetto di Costituzione nel contesto in cui esse sono state modellate, maturando la consapevolezza della loro *relatività* e *determinatezza*. L'adozione di un metodo siffatto in relazione ad un tentativo di ricostruzione dei principali significati del termine Costituzione presenta ad ogni modo dei rischi. Questi risiedono principalmente nella tendenza, cui con difficoltà costituzionalisti e storici del diritto rinunciano, a ravvisare ad ogni costo proiezioni di continuità nelle mutazioni di significato che percorrono la storia del concetto, nonché a ricercare affinità, quando non vere e proprie omogeneità, tra apparati teorici «non sempre, in concreto, linearmente comunicanti tra di loro»³². In questo senso, il problema del concetto di Costituzione si dibatte proprio «in questa alternativa tra un universalismo che proietta su tutte le epoche e tutte le culture i nostri propri concetti, e un relativismo che vieta persino di compararli a quelli altrui»³³. Una via d'uscita a questa alternativa può allora consistere nel dare conto, con approccio

³⁰ *Ibidem*, 108.

³¹ *Ibidem*, 119.

³² *Ibidem*, 120.

³³ M. BARBERIS, *Progetto per la voce «costituzione» di una enciclopedia*, in *Filosofia politica*, 2/1991, 352.

prevalentemente – ma non esclusivamente – diacronico, degli usi effettivi di Costituzione «senza costringerli dentro una definizione universale, ma anche senza frantumarli in una miriade di definizioni particolari»³⁴.

Bisogna tener presente a questo proposito come sia avvenuto nel corso del XVIII secolo un mutamento radicale nella concettualità politica, al punto che antiche parole hanno assunto un significato profondamente diverso da quello tradizionale³⁵; si è trattato di una «soglia epocale», una *Sattelzeit* in cui si sono formati alcuni concetti fondamentali del lessico politico-giuridico moderno, tali da condizionare fino ad oggi l'immaginario costituzionale. Una disamina delle varie accezioni di *Verfassung* non può allora prescindere dall'osservazione di questa «linea di faglia», che segna il passaggio ad una concezione inedita dell'artificialità dell'ordine giuridico-politico. Questo accostamento alla materia, sia pure entro i limiti e le finalità del presente lavoro, deve allora mettere senz'altro al centro quei «casi centrali per i quali l'impiego del concetto è relativamente indiscusso [...] per arrivare alla *penumbra* dei casi più contestati»³⁶.

2.2 – Costituzionalismo antico e moderno

Può discorrersi, alla luce di quanto finora detto, di «costituzione» prima del costituzionalismo moderno? Oppure questo termine, con cui oggi designiamo i principi fondamentali dell'organizzazione politica, prima del secolo XVIII si riferiva ad un oggetto «altro», sì che la persistenza del primo nelle diverse epoche storiche cela in verità una radicale discontinuità a livello semantico, tale da impedirci di vedere ad esempio nel concetto greco di *politeia* e nella romana *constitutio* alcunché di comparabile alla moderna *Verfassung*?

L'ambivalenza che caratterizza il concetto nel linguaggio giuridico, per cui esso designa sia «la natura, la composizione, il modo d'essere, l'insieme delle caratteristiche così come tramandate, la “naturale ossatura” dell'organizzazione politica», sia

³⁴ *Ibidem*, 353.

³⁵ G. DUSO, *Historisches Lexicon e storia dei concetti*, cit., 111 ss.

³⁶ M. BARBERIS, *Progetto per la voce «costituzione» di una enciclopedia*, cit., 355.

«l'insieme di regole che “fanno essere in un certo modo” l'organizzazione politica perché la “creano” e dunque ne pre-determinano in modo giuridicamente vincolante le caratteristiche principali»³⁷, è un'ambivalenza che ricorre anche nel linguaggio ordinario, tra l'attività dell'erigere e dell'ordinare da una parte, e le proprietà della cosa ordinata dall'altra, tra l'*ordinare* e l'*esser così* della cosa (ordinata). Nella celebre disamina di Charles H. McIlwain si nega che tracce della concezione moderna di costituzione possano essere rinvenute nel pensiero greco, in particolare nell'apparato concettuale orbitante intorno alla nozione di *politeia*. Quest'ultima, secondo lo studioso americano, si riferisce allo Stato quale è, ricomprendendo tutte le caratteristiche che ne denotano la peculiare natura, anche la struttura sociale ed economica³⁸. Trattasi pertanto di «un termine descrittivo, che comprende tutto ciò che abbraccia la nostra stessa parola costituzione, allorché con essa indichiamo in generale la struttura dell'uomo o della materia»³⁹; non c'è spazio per una costituzione intesa come *vinculum iuris*, in quanto costituzione è piuttosto l'*ethos* di un popolo; il primo uso della parola costituzione nel senso moderno si deve, sempre secondo McIlwain, soltanto a Cicerone, ove questi dice «haec constitutio primum habet aequabilitatem quandam magnam»⁴⁰. Si profila così una duplice distinzione, che purtuttavia non corre su binari paralleli: il costituzionalismo è la teoria giuridica dei limiti del potere politico, essendone il più persistente dei caratteri essenziali «la limitazione del governo mercé il diritto»⁴¹, ovvero il porsi in antitesi al governo arbitrario; esso può essere ulteriormente suddiviso in *antico* (romano-medievale) e *moderno*. Di «costituzione» si può parimenti parlare avendo riguardo al concetto *antico* (greco) ovvero a quello *moderno* (dall'epoca romana in avanti, di qui l'asimmetria), precisando tuttavia che alla base del costituzionalismo vi è soltanto il concetto *moderno* di costituzione. Estraneo sarebbe alla concezione greca, secondo

³⁷ M. DOGLIANI, *Introduzione al diritto costituzionale*, cit., 33-34; v. anche C.H. MCILWAIN, *Constitutionalism: Ancient and Modern*, New York, Cornell University Press, 1947, tr. it. *Costituzionalismo antico e moderno*, Bologna, Il Mulino, 1990.

³⁸ C.H. MCILWAIN, *Constitutionalism: Ancient and Modern*, cit., 48.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ «Cicerone aggiunge che nessuno Stato può mai porre in atto una legge vincolante in deroga a quella di natura: un'affermazione che nessun greco del quinto secolo ha forse mai pensato di poter fare, posto che potesse comprenderla» (*ibidem*, 59).

⁴¹ *Ibidem*, 44.

questa linea teorica, il pensiero costituzionalistico rettamente inteso, poiché era in essa assente l'idea del limite giuridico al potere politico. La parte forse meno persuasiva di questa celebre classificazione risiede nell'individuazione di un nesso particolarmente pregnante tra la concezione moderna della costituzionalità, l'esistenza di rimedi avverso gli atti incostituzionali e l'idea di «legge naturale». Può infatti condividersi l'obiezione in base alla quale, se ritenessimo essenziale il nesso tra costituzionalismo e legge di natura,

tutta l'esperienza giuridica dell'Europa continentale, a partire dai primi decenni del secolo scorso fino ai nostri giorni, sarebbe estranea al «vero» costituzionalismo: non è infatti giusnaturalistico né il costituzionalismo della restaurazione, né quello liberale e nemmeno quello dello stato sociale [...]. Se, per altro, si considerasse essenziale il nesso tra costituzionalismo e sanzione delle fonti incostituzionali, gli sarebbe rimasto estraneo tutto il costituzionalismo francese (capostipite di quello europeo continentale) fino all'avvento del *Conseil constitutionnel* con la V repubblica⁴².

La stessa tesi dell'insussistenza di un'idea di «legge superiore» nel senso moderno (dal momento che, come accennato, McIlwain ascrive anche la *constitutio* romana al concetto moderno di costituzione), nel pensiero greco, merita invero di essere problematizzata, e con essa la più o meno sovrapponibile – e particolarmente controversa – questione della possibilità di distinguere tra costituzione in senso *descrittivo* e costituzione in senso *prescrittivo*. Quanto al primo punto, se per McIlwain il costituzionalismo antico ricorre ove non solo si possano dedurre dei principi fondamentali dalle consuetudini e leggi esistenti, ma queste ultime siano anche intese nel loro insieme a formare un nucleo dotato di valore prescrittivo, allora non vi sono motivi per collocarne l'inizio a partire dal pensiero ciceroniano, potendosi individuare anche nel dispiegarsi nei secoli del pensiero politico greco accezioni del termine *politeia*

⁴² M. DOGLIANI, *Introduzione al diritto costituzionale*, cit., 65-66; nel senso che una concezione prescrittiva della costituzione sia stata elaborata già da Aristotele, in particolare nel passo della *Politica* ove afferma che «dove le leggi non imperano non c'è costituzione», M. LUCIANI, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, cit., 128.

che si avvicinano significativamente alla *core idea* del costituzionalismo – ovvero quella «trascendenza» rispetto ai singoli *nomoi*, accompagnata dai caratteri della convenzionalità e del primato, che consente di accertare qualcosa di più di un’assonanza con le caratteristiche che attribuiamo, nel pensiero moderno, al concetto di costituzione. Se infatti si ritiene che caratteristica essenziale del concetto moderno di costituzione sia l’indisponibilità, per il potere politico, di un nucleo di regole fondamentali, esprimenti una certa consapevolezza di sé da parte della comunità politica di riferimento⁴³, non si vede come si possa affermarne l’assoluta estraneità rispetto alla multiforme nozione di *politeia*, e all’enuclearsi nel tempo di una sua «normatività autonoma distinta da quella delle singole leggi, prodotta dai suoi elementi: la rappresentazione che i cittadini si facciano della coerenza tra di esse [...] e la possibilità, pratica, di difendere tale coerenza contro le deviazioni»⁴⁴.

Quanto al secondo punto sopra anticipato, anche la distinzione, invero ancora piuttosto diffusa in dottrina, tra costituzione in senso prescrittivo e costituzione in senso descrittivo, merita una più attenta considerazione. Cosa possiamo intendere per costituzione in senso *descrittivo*? Se si intende con questo concetto ad esempio il complessivo assetto giuridico-politico di un qualsivoglia ordinamento, non si può fare a meno di osservare come all’esito del procedimento di enucleazione dei principi che ne governano il funzionamento non si possa non presentare un *quantum*, anche minimo, di *prescrittività*: anche volendo abbracciare una concezione «a-valutativa» di costituzione, che obliteri la connotazione *lato sensu* politica che ha caratterizzato la formazione del suo concetto moderno, non può mai mancare la considerazione di siffatti principi come obbliganti, ovvero come «performanti» – nel senso di istituire un *dover essere* – la realtà sociale alla quale si applicano. Se così non fosse, verrebbe meno la stessa connotazione normativa del concetto di costituzione, e si svolgerebbe un’indagine estranea all’ambito costituzionalistico.

Più condivisibile pertanto l’idea che, una volta superata la distinzione tra costituzione in senso descrittivo e prescrittivo, approdando alla constatazione che *una costituzione è*

⁴³ M. DOGLIANI, *Introduzione al diritto costituzionale*, cit., 193.

⁴⁴ *Ibidem*, 72.

e non può non essere prescrittiva, abbia maggiore valore euristico soffermarsi sulla distinzione – più chiaramente tracciabile – tra costituzionalismo antico (o pre-moderno) e moderno. In questo senso, lo spartiacque sopra accennato, connesso alla *Sattelzeit* collocata tradizionalmente intorno al XVIII secolo, induce a ritenere il costituzionalismo moderno come indissolubilmente legato ad una nuova concezione dell'artificialità dell'ordine giuridico-politico, nella quale il processo di secolarizzazione dei concetti della scienza politica ha «incrociato» la straordinaria elaborazione teorica che precedeva le vicende rivoluzionarie francese e americana. Una siffatta cesura, seppure non tale – come sopra accennato – da impedire di rinvenire nei periodi greco, romano e medievale tracce, indizi e «antecedenti» del concetto moderno di costituzione, conferisce a quest'ultimo un *ri-orientamento semantico* in un senso che si potrebbe definire «paradigmatico» e «valutativo», con il duplice effetto di accrescerne il livello di astrazione – separandone così le sorti dal più angusto significato tecnico diffuso nel periodo medievale –, e di illuminare retrospettivamente di un senso costituzionalistico concetti più antichi e solo in parte comparabili⁴⁵.

Vi è altresì una «zona grigia» nella storia del concetto – in un certo senso a cavallo tra il concetto pre-moderno e quello moderno –, connotata dall'uso del termine «costituzione» che era invalso nel Medioevo: *constitutio* quale denominazione di atti amministrativi secolari, in particolare delle disposizioni imperiali⁴⁶, come avveniva nel diritto romano. Similmente, il diritto canonico definiva *constitutiones* tutte le norme ecclesiastiche, rivolte sia alla Chiesa universale sia alle diocesi⁴⁷. Ciò non significa che l'idea di *higher law* fosse del tutto estranea al pensiero medievale; solo, essa era designata con termini diversi⁴⁸. Soltanto nella seconda metà del XVIII secolo si delinea

⁴⁵ M. BARBERIS, *Progetto per la voce «costituzione» di una enciclopedia*, cit., 356.

⁴⁶ H. MOHNHAUPT-D. GRIMM, *Verfassung*, cit., 39.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ «[...] la costituzione come regolamentazione e decisione complessiva, riguardo all'organizzazione e all'esercizio del potere politico di decisione e di governo, è in questo periodo ancora sconosciuta; ci sono solo singoli contratti, accordi e “leggi” di carattere costituzionale. Questi atti regolano determinati rapporti lineari di dominio che intercorrono tra titolari di un potere di dominio posti in posizione superiore (re, signore territoriale) e titolari di un potere di dominio posti in posizione subordinata; in casi isolati, si tratta anche di rapporti tra rappresentanti di comunità giurisdizionali rurali e rappresentanti di distretti amministrativi regi o signorili. Vengono designati con nomi molto diversi; si trovano così le

dunque quella che si potrebbe definire una *Umwertung* dei concetti fondamentali del lessico politico-giuridico, quando «vecchie definizioni si separano dai loro contesti precedenti, e si trasformano in maniera evidente in chiare componenti di un nuovo – in verità nella *nostra* interpretazione del – mondo politico»⁴⁹, così che dalle *leges fundamentales* degli antichi regni emerge il «singolare collettivo della Costituzione»⁵⁰; avvengono ridefinizioni che fanno «di un semplice sinonimo di *edictum* o *decretum* uno dei termini-chiave del lessico giuspolitico occidentale»⁵¹. Anticipazioni di questo innalzamento concettuale verso una *lex fundamentalis* generale si rintracciano ad esempio in Emer De Vattel (*Droit des gens*), secondo il quale nella Costituzione dello Stato

si mostra la forma sotto la quale una nazione agisce nella sua veste di ente politico, come e da parte di chi un popolo dovrebbe essere governato, quali siano i diritti ed i doveri dei governanti. Questa Costituzione è fondamentalmente nient'altro che l'esposizione dell'ordine in base al quale una nazione si propone di voler operare congiuntamente per il conseguimento dei vantaggi in ragione dei quali la comunità politica è posta in essere⁵².

2.3 – Concetto valutativo e concetto a-valutativo di Costituzione

Sarebbe chiaramente un errore considerare monoliticamente l'esistenza di una linea concettuale che dal pensiero politico rivoluzionario conduce ai giorni nostri, senza dare conto non solo della straordinaria evoluzione del paradigma in questione, ma anche

espressioni “*Charta*”, “privilegio”, “promessa” (*Handfest*), “intesa” (*Vergleich*), “forma di governo” e altri»; così E.W. BÖCKENFÖRDE, *Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*, Frankfurt a. Main, Suhrkamp, 1991, tr. it. *Stato, costituzione, democrazia. Studi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2006, 30.

⁴⁹ H. HOFMANN, *Riflessioni sull'origine, lo sviluppo e la crisi del concetto di Costituzione*, in S. CHIGNOLA-G. DUSO (a cura di), *Sui concetti giuridici e politici della costituzione dell'Europa*, Milano, Francoangeli, 2005, 227.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ M. BARBERIS, *Progetto per la voce «costituzione» di una enciclopedia*, cit., 356.

⁵² E. DE VATTEL, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle*, Leide, 1758, 15, riportato in H. HOFMANN, *Riflessioni sull'origine, lo sviluppo e la crisi del concetto di Costituzione*, cit., 228; sui concetti di *Konstitution* e *Nation* in De Vattel v. anche H. MOHNHAUPT-D. GRIMM, *Verfassung*, cit., 103 ss.

della coesistenza di altre correnti di pensiero dirette a concettualizzare l'ordine giuridico-politico secondo forme e architetture affatto diverse. L'enucleazione di un «paradigma francese» consente tuttavia di apporre uno dei *Wegmarken* sopra citati, alla luce del quale analizzare wittgensteinianamente «somiglianze e differenze» tra i diversi concetti di costituzione. È infatti solo con l'affermarsi del paradigma rivoluzionario francese che

quello della costituzione si afferma come il problema centrale della politica dell'Occidente: ciò che produce l'ulteriore risultato – solo apparentemente paradossale – di rendere essenzialmente contestabile il concetto stesso di costituzione, la cui definizione diviene terreno di scontro politico. In effetti, sarà solo quando la Rivoluzione francese avrà generalizzato un concetto di costituzione come documento scritto istitutivo e limitativo del potere che diverranno proponibili questioni prima stravaganti, quali quella se l'Inghilterra abbia davvero una costituzione, o se l'avesse la stessa Francia d'*ancien régime*. La stessa concepibilità di questioni cosiffatte costituisce, a ben vedere, la riprova del carattere paradigmatico assunto dall'uso francese del termine: manifestamente, esso ha ormai acquistato tale autorità da revocare in dubbio tutti gli altri⁵³.

Nel paradigma francese una Costituzione sussiste solo ove siano garantiti i diritti fondamentali e vi sia un certo grado di separazione dei poteri: lo afferma con decisione la celeberrima *Déclaration* francese del 1789, all'art. 16: *Toute société dans la quelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution*⁵⁴. Il concetto di Costituzione non designa qualsivoglia regime politico, ma è definito in base alle sue finalità, ovvero l'organizzazione del potere politico nell'orizzonte della garanzia della sicurezza e libertà individuali. Il costituzionalismo è «tecnica di libertà», diviene portatore di un preciso valore politico,

⁵³ M. BARBERIS, *Progetto per la voce «costituzione» di una enciclopedia*, cit., 359.

⁵⁴ Ritengono fondamentale questo articolo ai fini della definizione del concetto di Costituzione, se non addirittura come la «norma-manifesto» del costituzionalismo prescrittivo, *ex multis*, C. DE FIORES, *L'Europa alla ricerca del suo "We the people"*, in *Dem. dir.*, 3/2010, 78 ss.; M. LUCIANI, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, cit., 128; A. PACE, *Le sfide del costituzionalismo nel XXI secolo*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2003, 4 ss.; G.U. RESCIGNO, *Corso di diritto pubblico*, Bologna, Zanichelli, 1997⁴, 201 ss.

caricandosi di significato valoriale; per potersi «riscontrare» una Costituzione, questa deve essere scritta, esprimere la volontà popolare e garantire i diritti fondamentali.

Come anticipato, premesse necessarie per l'elaborazione di questo apparato concettuale sono il riconoscimento di un'originaria condizione di libertà e uguaglianza giuridica degli individui, considerati come isolati gli uni dagli altri, e la teoria del contratto sociale, inteso come strumento per la costruzione della società o dello Stato⁵⁵. A dispetto delle oscillazioni che pure hanno caratterizzato fin dall'inizio l'enucleazione dei caratteri essenziali di questo nuovo *topos* della scienza giuridica⁵⁶, il lascito dell'esperienza francese si è concretato in una teoria *democratica* della Costituzione, con delle conseguenze ben precise: la Costituzione non si limita a modellare e limitare un potere già esistente, in quanto essa stessa per prima provvede appunto a *constituire e statuire* i poteri decisionali pubblici⁵⁷. Gli individui pertanto, unendosi tramite il patto sociale, traggono da sé il nuovo ordinamento politico, e la costituzione così generata acquista inevitabilmente un carattere a tutti gli effetti *fondativo*, non meramente organizzativo di entità politiche preesistenti. Non esistono «titoli giuridici valevoli “precedentemente” o “esternamente” alla costituzione, che potrebbero autorizzare l'operare legittimo di organi statali»⁵⁸: in ciò consiste la differenza fondamentale tra la monarchia costituzionale e la costituzione democratica, in quanto nella prima la costituzione vale a delimitare e organizzare un potere *già esistente*, al quale sono riservati ambiti in un certo senso «sottratti» alla costituzionalizzazione⁵⁹. Evidente, in questo senso, nonché tale da segnare per i secoli a venire l'immaginario giuridico rispetto alla natura e alla forma (dell'esito) dell'atto costituente, la connessione con la nozione di *pouvoir constituant*, così come l'impulso all'affermazione di una concezione *documentale*, piuttosto che sostanziale, di costituzione. L'«eccedenza» dell'atto

⁵⁵ E.W. BÖCKENFÖRDE, *Staat, Verfassung, Demokratie*, cit., 46 ss.

⁵⁶ Soprattutto nei primi mesi di attività della Costituente dominava ancora una teoria costituzionale rispettosa della legittimità della monarchia, diretta pertanto a stabilizzare e «istituzionalizzare» il potere tradizionale del Re piuttosto che a rovesciarlo creando dal nulla un nuovo ordine: v. M. BARBERIS, *Progetto per la voce «costituzione» di una enciclopedia*, cit., 360 ss.

⁵⁷ E.W. BÖCKENFÖRDE, *Staat, Verfassung, Demokratie*, cit., 47 ss.

⁵⁸ *Ibidem*, 48.

⁵⁹ *Ibidem*.

costituente rispetto all'ordinaria legislazione deriva infatti sia dalla sua origine, individuata nel momento creativo e irripetibile dell'espressione della sovranità popolare (il potere costituente, appunto), sia dal suo porsi quale «piano della nazione per la sua aspirazione verso la felicità»⁶⁰, diretto a modellare il futuro garantendo la propria preminenza e stabilità in ragione della forma scritta e della posizione sovraordinata nella gerarchia delle fonti.

Quanto al primo aspetto, giova sottolineare che l'idea, esposta talvolta in maniera semplicistica, della creazione *ex nihilo* dell'ordine politico-giuridico da parte di un *pouvoir constituant* sciolto da vincoli e libero nel fine, è riconducibile generalmente alla volontà di legittimare il *passage à l'acte* rivoluzionario e il nuovo ordine così originato in netta opposizione rispetto al regime preesistente⁶¹, e non dev'essere perciò sopravvalutata ai nostri fini. In questo senso, la ricerca di limiti *giuridici* alla potenza irrefrenabile del potere costituente, siano essi esterni o intrinseci, può risultare oziosa ove si consideri da una parte il *background* teorico e culturale del paradigma francese, incentrato sulle teorie contrattualistiche e sulla garanzia dei diritti individuali – con un'evidente densità valoriale che smentisce l'assoluta libertà dei fini del potere costituente –, dall'altra l'ovvia premessa di qualsivoglia *constitutional moment*, necessariamente carico di promesse, aspirazioni, idealità che si riversano nell'atto che risulta all'esito del processo di creazione ordinamentale. Più in generale, come è stato correttamente osservato, «nel concetto di potere costituente è già pensata e presupposta una certa misura di costituzionalità, che significa una delimitazione di fronte a un potere e a un dominio arbitrari»⁶²; un potere assoluto, per contro, non si lascia *costituzionalizzare*.

Quanto invece alla *vexata quaestio* del rapporto tra costituzione e scrittura, può senz'altro osservarsi come sia stata proprio la consuetudine rivoluzionaria di scrivere le costituzioni ad accentuare una deriva semantica che porta tutt'ora a ritenere ineludibile

⁶⁰ E. DE VATEL, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle*, cit.

⁶¹ «L'affermazione secondo la quale il potere costituente del popolo sarebbe completamente libero era dunque diretta sul piano politico contro un'unica direzione: i tradizionali vincoli delle *lois fondamentales*»; così H. HOFMANN, *Riflessioni sull'origine, lo sviluppo e la crisi del concetto di Costituzione*, cit., 232.

⁶² E.W. BÖCKENFÖRDE, *Staat, Verfassung, Demokratie*, cit., 136.

il «momento della stesura» ogniqualvolta si intenda mutare, più o meno radicalmente, un regime politico – giudicando per contro eccezionale, se non eccentrico, il paradigma inglese. Indubbiamente vi è una consequenzialità tra l'enfasi posta sul momento costitutivo dell'ordine politico e la redazione di un atto che ne rappresenti l'*higher law*; come sottolinea McIlwain⁶³, la lezione di Thomas Paine sul rapporto tra costituzione e governo, per quanto discutibile e discussa sul piano teorico, e a prescindere dall'ascrizione della paternità di quest'ideale al paradigma francese ovvero all'esperienza statunitense, «è forse più strettamente conforme di ogni altra all'attuale sviluppo del costituzionalismo dall'inizio del secolo decimonono». Dalle rotture rivoluzionarie settecentesche in avanti, la norma per gli Stati è stata l'adozione di costituzioni scritte, volte a definire e limitare i governi. Risponde tutt'ora al *common sense* riconoscere l'esistenza di una Costituzione ove sia adottato un documento contenente tendenzialmente un catalogo dei diritti fondamentali e (soprattutto) i tratti essenziali dell'organizzazione del potere pubblico, salvo poi accertare che sussista anche un apparato di garanzie tale da conferire un *quantum*, anche minimo, di effettività alle previsioni costituzionali: è il noto problema delle «costituzioni senza costituzionalismo».

2.4 – La teoria costituzionale democratica e i suoi nemici

Se per Arthur Young la nozione francese di costituzione era un termine nuovo, meritevole di disprezzo poiché usato «come se la costituzione fosse una torta da preparare secondo una ricetta», per il già citato Thomas Paine le costituzioni scritte francesi e americane erano le sole degne di questo nome. Fu proprio la connessione di questo rivoluzionario concetto di costituzione con le teorie illuministiche e contrattualistiche ad attirare gli strali dei filosofi dello stato della Controrivoluzione⁶⁴, in particolare di Joseph de Maistre, il quale nei suoi *Scritti politici* fissa la regola

⁶³ C.H. MCILWAIN, *Constitutionalism: Ancient and Modern*, cit., 38.

⁶⁴ Sui quali v. la celebre disamina di C. SCHMITT ne *Le categorie del 'politico'*, Bologna, Il Mulino, 1972, 75-86.

generale per cui «l'uomo non può fare una costituzione e nessuna costituzione legittima sarà mai stata scritta»⁶⁵; irride Paine e l'idea che la costituzione esista solo se la si può «mettere in tasca»⁶⁶; in generale, ritiene che non si possa «con un po' di inchiostro nero e una penna»⁶⁷ stabilire una sola dottrina con chiarezza, e di una certa durata. Non così distante, quantomeno nell'avversione verso il costituzionalismo democratico-rivoluzionario, la posizione di Edmund Burke: l'autore delle celebri *Reflections on the Revolution in France* definisce la Costituzione come «il lavoro di secoli», non certo compendiabile in un documento redatto al termine di un processo rivoluzionario.

Non sorprende, d'altro canto, che il valore paradigmatico assunto dalla concezione democratica e pienamente valutativa della costituzione, tale per cui solo in presenza di determinati caratteri si può riconoscere la sussistenza di una Costituzione in senso proprio, abbia incontrato una notevole resistenza sia a livello teorico sia nell'esperienza politica concreta, innescando operazioni di *neutralizzazione del suo contenuto valoriale*. Da questo punto di vista, tre ulteriori profili meritano di essere presi in considerazione.

In primo luogo, la connessione con lo Stato-nazione. Già marcata da Hegel, questa spinta verso la *nazionalizzazione* del concetto, non particolarmente rilevante all'inizio⁶⁸, è presente quantomeno *in nuce* nelle vicende rivoluzionarie francesi e americane, così come nelle precedenti rivoluzioni inglesi del 1648 e 1689; si accentua e consolida nel corso dell'Ottocento, al punto da rendere indissolubile il nesso Costituzione-Stato nazionale e ridimensionare quell'ambigua e irrisolta proiezione verso l'esterno che caratterizzava, fin dal titolo, la *Déclaration* francese. Da questo momento in avanti la Costituzione tende a *rappresentare* lo spirito di un popolo, pur mantenendosi una divisione tra modelli di nazione etno-naturalistici *à la Burke* e altri modelli maggiormente orientati in senso artificialista e volontarista⁶⁹. Non è certo originale osservare che proprio questa connessione ha determinato alcune difficoltà nella

⁶⁵ J. DE MAISTRE, *Scritti politici*, Siena, Cantagalli, 2000, 37.

⁶⁶ *Ibidem*, 44.

⁶⁷ *Ibidem*, 56.

⁶⁸ Hofmann non la rinviene, significativamente, né in Vattel né in Rousseau (v. *Riflessioni sull'origine, lo sviluppo e la crisi del concetto di Costituzione*, cit., 231).

⁶⁹ M. DOGLIANI, *Può la Costituzione europea non essere una costituzione in senso moderno?*, in *Dem. dir.*, 2/2003, 81.

discussione intorno alla Costituzione europea⁷⁰. Di notevole rilievo è altresì la questione dell'*antecedenza* dell'un concetto rispetto all'altro: seppure esposta in termini non perfettamente sovrapponibili, la si ritrova già nei *Rights of man* di Paine, ove questi afferma che la Costituzione *precede* sempre il governo di uno Stato, nel senso di priorità *anche* – ma non soltanto – temporale. Ciò corrisponde del resto alla sovraesposta concezione dell'autore britannico in ordine al processo costituente, inteso come atto consapevole di creazione dell'edificio politico-istituzionale. Un più ampio concetto di Costituzione, che veda quale tratto essenziale piuttosto quello della *limitazione* dei poteri istituiti che la genesi degli stessi a partire da un processo costituente democratico-popolare, tenderà a ritenere questa precedenza soltanto su un piano logico e di gerarchia delle fonti del diritto, non anche temporale⁷¹. Se nella teoria democratica della costituzione vi è senza dubbio una «priorità» della Costituzione rispetto allo Stato, diversamente si declina il concetto e il ruolo delle costituzioni nelle cosiddette monarchie costituzionali del XIX secolo, ove le prime si delineano, più modestamente, come forme di «limitazione della pienezza del potere monarchico»⁷². Il potere monarchico non deriva dalla Costituzione, poiché è piuttosto quest'ultima a presupporre le prerogative del monarca e a limitarne l'estensione a favore dei cittadini-sudditi. Sempre nel secolo della Restaurazione la costituzione statale è concettualizzata altresì come «contratto costituzionale»⁷³: essa non è dunque «ottriata», ma frutto di un compromesso tra il monarca e i rappresentanti del popolo, così che la questione della sovranità resta *indecisa*, se non indecidibile, alla luce del dualismo tra i poteri costituenti. In entrambi i casi si registra una crescente tendenza ad intendere la Costituzione «conformemente al paradigma della neutralizzazione della contrapposizione tra la sovranità popolare e quella delle case regnanti, all'interno del concetto di sovranità statale come una legge dello Stato»⁷⁴, al punto che verso la fine del

⁷⁰ H. HOFMANN, *Riflessioni sull'origine, lo sviluppo e la crisi del concetto di Costituzione*, cit., 231.

⁷¹ C.H. MCILWAIN, *Constitutionalism: Ancient and Modern*, cit., 44.

⁷² E.W. BÖCKENFÖRDE, *Staat, Verfassung, Demokratie*, cit., 88.

⁷³ *Ibidem*, 39.

⁷⁴ H. HOFMANN, *Riflessioni sull'origine, lo sviluppo e la crisi del concetto di Costituzione*, cit., 233.

XIX secolo «il concetto di Costituzione si riduce ad un attributo dello Stato»⁷⁵. Non è certo casuale che nella grande tradizione tedesca della *Staatsrechtslehre*, che tanta parte ha avuto nella modellazione della scienza giuspubblicistica europea degli ultimi due secoli, sia stata nettamente prevalente, anche nel corso del Novecento, la concezione statualistica che ha predicato la «priorità dello “Stato” come rappresentazione della unità politica del popolo sulla costituzione come norma giuridica, che ha sempre sostenuto la priorità dell’elemento “politico” della costituzione su quello “giuridico”, che ha sempre tradotto il moderno pluralismo politico e sociale in “occupazione” del “politico” da parte degli interessi organizzati»⁷⁶. È solo con l’avvento della dottrina costituzionalistica weimariana che «il concetto di Stato diviene assolutamente problematico»⁷⁷. Lo si nota fin dai titoli delle maggiori opere dei costituzionalisti dell’epoca, che tendono a smarcarsi dai problemi concettuali posti dalla crisi della statualità: dalle opere di Rudolf Smend (ad esempio *Verfassung und Verfassungsrecht*, 1928) alla più volte citata *Verfassungslehre* schmittiana. Si assiste così, progressivamente, ad un ritorno della priorità del concetto di Costituzione.

Il secondo profilo degno di nota riguarda l’ascesa e il declino del positivismo giuridico. Se già al tempo della restaurazione monarchica in Francia i teorici dello Stato di diritto borghese tentavano di concettualizzare la costituzione come sistema di norme e leggi, in quanto tali *sovrane* – si da risolvere con il motto «né il principe né il popolo, ma è sovrana la Costituzione»⁷⁸ il dualismo dei poteri testé evidenziato –, uno dei paradigmi della concezione positivista della Costituzione si rinviene naturalmente nella *Dottrina dello Stato* kelseniana. La profonda analisi del giurista austriaco, per quanto non priva di aporie⁷⁹, si mantiene entro un tentativo di definizione che, con

⁷⁵ *Ibidem*; quivi Hofmann cita una frase di Bismarck, pronunciata davanti al Reichstag nel 1881, quale espressione di questa corrente di pensiero: «Erigiamo innanzi tutto una costruzione stabile, protetta dall’esterno, solida internamente, tenuta insieme dal vincolo nazionale, e poi voi domanderete ..., con quali disposizioni costituzionali più o meno liberali la casa dovrà essere ammobiliata».

⁷⁶ M. FIORAVANTI, *Quale futuro per la ‘Costituzione’?*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1992, 634.

⁷⁷ H. HOFMANN, *Riflessioni sull’origine, lo sviluppo e la crisi del concetto di Costituzione*, cit., 234.

⁷⁸ C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, cit., 21.

⁷⁹ Sono note le difficoltà di Kelsen nel definire il concetto di «norma fondamentale», in particolare nell’enucleare il principio logico alla base dell’unità dello Stato inteso come sistema di norme, così come

Schmitt, potremmo definire di un concetto *assoluto* di costituzione⁸⁰. Per contro, la deriva normativistica conduce perlopiù a risolvere il concetto di costituzione nella molteplicità delle leggi costituzionali (che sempre Schmitt definisce concetto *relativo* di costituzione), per le quali il criterio di identificazione risiede in caratteristiche puramente formali⁸¹. Quest'ultimo è senza dubbio il concetto più problematico, poiché il criterio di identificazione della legge costituzionale prescinde del tutto dall'aspetto contenutistico, equiparando tra loro tutte le norme di carattere super-primario; l'insoddisfazione per questo tipo di concettualizzazione è emersa tanto a livello teorico quanto a livello pratico, se solo si pensa, con riguardo al secondo profilo, alla giurisprudenza costituzionale di molti paesi europei che nel corso della seconda metà del Novecento ha rinvenuto in via pretoria dei «superprincipi» costituzionali che costituiscono il nucleo duro della decisione costituente – finendo così per istituire una gerarchia normativa all'interno della stessa normazione di rango costituzionale. Per quanto concerne il dibattito italiano, il tentativo di pervenire ad una definizione «avalutativa» di Costituzione, depurata di qualsivoglia connotazione assiologica nell'orizzonte della designazione del mero *mode d'existence* dell'ordinamento statale, contrappone ad esempio Norberto Bobbio a Nicola Matteucci: il primo ritiene contrario alla necessaria «neutralità scientifica», nonché fuorviante e foriero di gravi conseguenze di ordine metodologico, «l'uso del termine “costituzione” in significato non neutrale, cioè per indicare solo le costituzioni che noi preferiamo [...]. Tutti gli stati hanno una costituzione, per il semplice fatto che tutti gli stati hanno delle norme fondamentali»⁸². Quest'uso «neutrale» attraversa peraltro per intero lo scenario giuridico novecentesco, ove «tanto i processi di codificazione quanto i processi di costituzionalizzazione [...] sembrano risolversi in un unico gigantesco processo di positivizzazione, per il quale il

le affermazioni del giurista austriaco in merito alla sensazione dei fautori del positivismo giuridico dinanzi alla vertigine del potere, ove diritto e forza diventano indistinguibili e si intravede la «testa di Gorgone»: v. H. Kelsen, *Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung*, in *Verhandlungen der Tagung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Berlin-Leipzig, De Gruyter, 1927, 55.

⁸⁰ C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, cit., 22 ss.

⁸¹ *Ibidem*, 26 ss.

⁸² N. BOBBIO, *Lettera di Norberto Bobbio a Nicola Matteucci. Breuil 25.7.1963*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2/2000, 422-423.

diritto, e la stessa costituzione, si sono incorporati in documenti e hanno finito per vigere *esclusivamente* in virtù di tale incorporazione»⁸³. Contro questa crescente formalizzazione del concetto si sono levati, tra i tanti, alcuni dei più grandi costituzionalisti del fecondo periodo weimariano, in particolare Smend, Heller e il più volte citato Schmitt: il recupero della dimensione «sostanziale» del concetto ha tuttavia determinato una influenza più duratura e pervasiva nella scienza politica⁸⁴ – ove è invalso l'uso della locuzione «costituzione materiale» in un'accezione talmente lata da apparire ormai anch'essa «a-valutativa», e solo lontanissima parente dell'analoga espressione mortatiana – che nella scienza giuridica.

Un'ultima notazione riguarda l'ulteriore spartiacque, questa volta *interno* alla stessa teoria democratica della Costituzione, che si verifica soprattutto a partire dal secondo dopoguerra. Böckenförde individua il punto di partenza della teoria dei diritti fondamentali dello Stato sociale in due ordini di fattori: da un lato, le implicazioni della teoria liberale dei diritti fondamentali e dell'apparato di garanzie costruito sulla base di essa; dall'altro lato, il progressivo sviluppo di uno «spazio vitale caratterizzato dalle effettive prestazioni e relazioni di tipo sociale»⁸⁵ al posto di uno dominato dall'autarchia individuale. In ciò si rivela tutta l'inadeguatezza delle garanzie apprestate dallo Stato di diritto borghese ai fini del pieno sviluppo della personalità individuale; la teoria dei diritti fondamentali dello Stato sociale mira proprio a superare questa frattura tra la «libertà in diritto» e la «reale libertà dei diritti fondamentali»⁸⁶. La considerazione dell'insufficienza della teoria liberale dello Stato e della Costituzione conduce, in questo senso, a riconoscere un mutamento nel rapporto tra la Costituzione e la società. Allargando ulteriormente la prospettiva, può dirsi che nella seconda metà del Novecento muta la stessa estensione della «protezione costituzionale» rispetto ai diversi settori

⁸³ M. BARBERIS, *Progetto per la voce «costituzione» di una enciclopedia*, cit., 365.

⁸⁴ Per quest'uso a-valutativo e sociologizzante dell'espressione «costituzione materiale», intesa come complesso delle forze sociali, economiche e politiche che determinano la vita costituzionale dello Stato, in accordo ovvero in contrapposizione alla Costituzione formale, v. *ex multis* A. NEGRI, *L'inverno è finito. Scritti sulla trasformazione negata (1989-1995)*, Roma, Castelvechi, 1996, 266 ss. e soprattutto ID., *Il potere costituente. Saggio sulle alternative del moderno*, Roma, Manifestolibri, 2002.

⁸⁵ E.W. BÖCKENFÖRDE, *Staat, Verfassung, Demokratie*, cit., 176.

⁸⁶ *Ibidem*, 177.

della vita sociale. Un'anticipazione di queste problematiche si era posta in verità già nella situazione politico-costituzionale tedesca del primo dopoguerra. Il pericolo della disgregazione pluralistica dell'unità politica, l'alto livello di conflittualità e di disconoscimento reciproco tra classi sociali e tra partiti, nonché il progressivo indebolimento di convinzioni radicate nella società dell'epoca, orientavano il compromesso costituzionale verso l'individuazione di valori condivisi, sottratti al voto e alla situazione politica contingente; il contenuto della stessa Carta fondamentale diventava la «struttura materiale fondamentale della convivenza sociale in genere», riflettendosi la sua volontà ordinante in ogni ambito della vita. Una costituzione così intesa non può risolversi allora in una mera regolazione e organizzazione del potere politico in funzione della garanzia dei diritti individuali; essa pretende di proiettarsi, con la sua volontà conformativa, verso la società nel suo complesso, nell'orizzonte di una progressiva e incessante realizzazione dei propri contenuti valoriali. È proprio «valore» (*Wert*) il termine-chiave di questa mutazione di significato: costituzione «non è soltanto forma giuridica e documento giuridico, ma, in questo e oltre a questo, è anche “fondamento di valori” (*Wertgrundlage*) e “ordinamento di valori” (*Wertordnung*) della comunità»⁸⁷.

Neppure questa evoluzione è stata esente da accese discussioni e contrasti: si pensi alle conclusioni di Ernst Forsthoff, addirittura liquidatorie dell'esperienza dello Stato sociale di diritto sulla base dell'esaltazione della costituzione dell'età liberale quale unica, in assoluto, possibile⁸⁸ e del ridimensionamento di quanto vi si è successivamente sovrapposto – inteso come mero «programma» immeritevole di assurgere alla dignità di principio costituzionale. Celebri altresì le critiche schmittiane (contenute in particolare in *Die Tyrannei der Werte*) alla «filosofia dei valori» sottesa a questa nuova concezione dello Stato costituzionale, nella quale il giurista tedesco intravede il pericolo di una moralizzazione estesa ad ogni ambito della vita sociale, nonché il tentativo di colorare

⁸⁷ *Ibidem*, 54.

⁸⁸ Forsthoff parla a questo proposito di «grave incertezza nel diritto costituzionale», aggiungendo che «il metodo scientifico-spirituale, cioè della gerarchia dei valori, rende insicuro il diritto costituzionale, dissolvendo la legge costituzionale nella casistica» (E. FORSTHOFF, *Stato di diritto in trasformazione*, Milano, Giuffrè, 1973, 223-224); v. sul punto anche M. FIORAVANTI, *Quale futuro per la 'Costituzione'?*, cit., 627 ss.

di oggettività posizioni puramente e semplicemente soggettive, in funzione di criminalizzazione delle pretese avversarie. Di più, può senz'altro dirsi che la critica allo Stato sociale di diritto (in particolare delle previsioni contenute nella Costituzione weimariana) articolata da Schmitt nella precedente *Verfassungslehre* costituisce la base della nota – e tutt'ora non priva di seguaci – distinzione tra norme costituzionali «precettive» e norme «programmatiche»⁸⁹. La presunta incompatibilità tra la piena prescrittività della costituzione e l'ulteriore svolgimento determinato dall'avvento dello Stato sociale merita tuttavia una più attenta considerazione: come giustamente osservato, l'evoluzione verso lo Stato sociale, ben lungi dall'essere una deviazione del tutto eccentrica rispetto alla linearità delle forme dello Stato liberale, «era dischiusa già sin dal momento della commistione fra principio di libertà, principio di eguaglianza e principio democratico»⁹⁰.

2.5 – Livellamento e liberalizzazione del concetto di Costituzione

Concetto antico e concetto moderno di Costituzione, concetto assoluto e concetto relativo, concetto prescrittivo e concetto descrittivo; costituzione in senso formale e costituzione in senso materiale, costituzione scritta e costituzione non scritta, costituzione in senso strutturale e costituzione in senso funzionale. Questa elencazione, sia pure parziale, dà l'idea di quante dicotomie e classificazioni siano state proposte dalla scienza giuspubblicistica al fine di mettere ordine nella selva di opinioni sulla definizione di Costituzione. Quasi tutte le susedite coppie di concetti mantengono una loro validità e attualità nella teoria costituzionale. Alcune di esse sono tutt'ora discusse non solo rispetto alla definizione dei *termini della contrapposizione*, ma anche rispetto alla stessa *sussistenza di una contrapposizione*: quanto alla distinzione tra costituzione materiale e costituzione formale, ad esempio, può affermarsi che siffatti concetti non sono «necessariamente contrari, perché possono essere visti, anche, come concetti

⁸⁹ M. LUCIANI, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, cit., 126 ss.

⁹⁰ *Ibidem*, 129.

contraddittori. La differenza è grande. Fra i contraddittori *tertium non datur*; non così fra i contrari: fra il dolce e l'amaro ci sono gradi intermedi»⁹¹.

Si possono ripetere pertanto, senza timore di indulgere all'anacronismo, le parole contenute nella celebre enciclopedia *Brockhaus*, edizione del 1830, al primo punto della voce *Konstitutionen*:

in quest'epoca non c'è nessuna parola che, profondamente legata a tutti i movimenti dell'età nuova, comprenda, quasi da sola e in maniera così completa il loro carattere come la parola *Konstitution*. Tuttavia, non ne esiste neanche una, sul senso della quale si è più in disaccordo⁹².

La rassegna di concetti di costituzione finora esposta ha disvelato le straordinarie difficoltà che qualsiasi tentativo definitorio in questo campo necessariamente comporta. Di certo lo scopo di questa breve disamina non era la ricerca del significato «corretto» del termine: si condivide la convinzione secondo cui i diversi concetti di costituzione sono piuttosto «strumenti complementari per accedere alla comprensione del fenomeno della unione sociale e della disciplina giuridica dei suoi processi costitutivi»⁹³, e che «il miglior concetto di costituzione è quello che risulta dalla totalità dei concetti di costituzione, utilizzati in modo complementare»⁹⁴.

In quali condizioni attualmente versano gli studi sul concetto di Costituzione? Se sulla dottrina costituzionalistica insiste l'ombra lunga delle concezioni avalutative di carattere formalistico, la scienza politica mutua dal pensiero giuridico weimariano, nella sua versione «mortatiana», un concetto sostanziale ed empirico-fattuale, progressivamente svuotato di contenuto valoriale. Quale dunque il destino delle concezioni valutative di costituzione, in particolare del concetto derivato dalle teorie democratiche-rivoluzionarie di fine Settecento? Ridurre le costituzioni a sistemi di norme identificate in base a criteri puramente formali, come sopra accennato, rischia di

⁹¹ M. DOGLIANI, *Costituzione in senso formale, materiale, strutturale e funzionale: a proposito di una riflessione di Gunther Teubner sulle tendenze autodistruttive dei sistemi sociali*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2009, 2.

⁹² *Brockhaus*, II, 1830⁷, v. *Konstitutionen*.

⁹³ M. DOGLIANI, *Introduzione al diritto costituzionale*, cit., 18.

⁹⁴ *Ibidem*.

obliterare il senso originario della *Sattelzeit* della concettualità politica moderna, ovvero il problema della limitazione giuridica del potere politico e della sua origine democratico-popolare. Seguendo la concezione formalistica, la costituzione «non fornirebbe alcuna garanzia circa la limitazione del potere», e si finirebbe per dire «della costituzione nel senso paradigmatico e valutativo del termine la stessa cosa che oggi può dirsi del diritto naturale: l'una e l'altro sembrano aver esaurito la propria funzione storica nel legittimare codificazioni ormai vigenti a prescindere dalla loro legittimazione originaria»⁹⁵. Se, come detto, non esistono concezioni «errate» di costituzione, occorre tuttavia tentare di spiegare la persistente «eccedenza» del concetto di costituzione, tale da far ritenere sempre incomplete le definizioni che si pretendono puramente avalutative del fenomeno in questione.

A questo scopo soccorrono le più attente analisi della «crisi della costituzione». Una diagnosi della crisi in questione non può che muovere da una concezione *valutativa* del fenomeno: non avrebbe senso, infatti, discorrere di crisi di un paradigma identificato in base a criteri puramente formali. La crisi del concetto è generalmente ascritta a cause *interne* ed *esterne*. Sotto il primo profilo, l'azione disgregatrice di quelli che, con Luhmann e Teubner, potremmo definire i sottosistemi sociali autoregolantisi in base a meccanismi di produzione autopoietica del diritto, determina un ovvio indebolimento della cornice normativa di matrice statale e quindi costituzionale: ciò che è in crisi sembra essere pertanto il concetto di costituzione intesa modernamente come *Grundordnung*, come ordinamento complessivo della vita sociale, alla cui influenza nulla si sottrae. Si moltiplicano strutture di potere che le costituzioni moderne difficilmente raggiungono con la loro pretesa ordinante e normativizzante; altri attori si affiancano nello scenario giuridico, molto spesso tramite strumenti di normazione difficilmente inquadrabili negli schemi tradizionali, altre volte ponendosi quali compartecipi del *law-making process*, screziando e complicando ulteriormente la già traballante e sempre più barocca costruzione a gradi del sistema delle fonti; si ha la percezione che i singoli sottosistemi, in campo tecnologico, così come finanziario e

⁹⁵ M. BARBERIS, *Progetto per la voce «costituzione» di una enciclopedia*, cit., 367.

dell'informazione, tendano sempre più a respingere una regolazione «totalizzante» come quella costituzionale, preferendo ad essa il *proprio diritto* e le proprie strutture di potere⁹⁶. Il carattere tendenzialmente transnazionale o sovranazionale di questi sottosistemi conduce, intrecciandosi ad esso, al secondo profilo sopra citato: le cause «esterne» della crisi. Tra queste, se guardiamo al costituzionalismo moderno nella sua declinazione europea, è inevitabile concentrare l'attenzione sul fenomeno di creazione e consolidazione di strutture giuridiche sovranazionali, che a tutt'oggi, in ragione del grado di integrazione raggiunto degli ordinamenti interessati, costituisce senza ombra di dubbio un *unicum* nello scenario giuridico globale. L'erosione di competenze statali dovuta al processo di integrazione europea, per quanto almeno in parte compensata dall'incremento della rilevanza degli Stati membri rispetto a questioni sulle quali, *uti singuli*, non potrebbero più incidere, ha – *ça va sans dire* – un impatto notevole sulle costituzioni nazionali intese come regolazioni di cornice della vita sociale, politica ed economica dei loro rispettivi cittadini. Al contempo, le sempre più «parziali» costituzioni nazionali tendono a non riconoscere un primato assoluto alle fonti normative sovranazionali, riservando a se stesse l'«ultima parola», non solo nel senso della notissima teoria dei controlimiti all'integrazione, ma, in senso più profondo, nella persistente autoqualificazione di ciascuna come *fons fontium*, ordinamento originario rispetto al quale qualsivoglia ordinamento sovranazionale resta essenzialmente *derivato*.

Se, dunque, le costituzioni nazionali si indeboliscono senza che il diritto costituzionale europeo ottenga il valore della ultima e suprema normatività, e se il «singolare collettivo della Costituzione» sembra regredire in una molteplicità di *leges fundamentales* similmente alla situazione pre-moderna⁹⁷, il rischio, più che concreto, è che anche la teoria costituzionale si adagi nella rassegnazione acritica verso un presente «sempre meno costituzionalmente normativizzabile»⁹⁸. Tutto ciò premesso, è possibile estendere la nozione di costituzione agli ordinamenti sovranazionali? È possibile parlare di Costituzione europea? Se sì, che cosa si intende designare con questa espressione?

⁹⁶ M. FIORAVANTI, *Quale futuro per la 'Costituzione'?*, cit., 632.

⁹⁷ H. HOFMANN, *Riflessioni sull'origine, lo sviluppo e la crisi del concetto di Costituzione*, cit., 237.

⁹⁸ M. FIORAVANTI, *Quale futuro per la 'Costituzione'?*, cit., 633.

Quando si ragiona di una Costituzione per l'Europa, sia essa già ritenuta esistente ovvero «di là da venire», è senz'altro opportuno chiarire quale dei tanti concetti di costituzione si ha in mente. Per via delle implicazioni che ciascuna accezione porta con sé, per via della teoria dei limiti al potere politico che a ciascuna, anche alla più «neutrale» e «scientifica», è inevitabilmente sottesa.

3. Il dibattito sulla Costituzione europea

Non è possibile comprendere i termini del dibattito senza fare riferimento al noto confronto tra Dieter Grimm e Jürgen Habermas sulla Costituzione europea, svoltosi nel corso degli anni Novanta⁹⁹. Prima di affrontarne i contenuti, giova purtuttavia esporre brevi cenni storici sulle aspirazioni costituzionali dell'Unione europea, a partire dalle origini del processo di integrazione sovranazionale, passando per alcune capitali sentenze della Corte di giustizia dell'Unione, e approdando all'adozione del Trattato di Lisbona.

3.1 – *Quo vadis, Europa?*

Trascurando le prime proposte, di natura confederalista, di istituzione di una «Paneuropa» o «Unione Paneuropea»¹⁰⁰, già emerse a cavallo tra le due guerre, è indubbiamente il celebre *Manifesto di Ventotene*, redatto nel 1941 da Altiero Spinelli,

⁹⁹ Cfr. C. DE FIORES, *L'Europa alla ricerca del suo "We the people"*, cit., 62 ss; per il resoconto del dibattito tra i due Autori citati, v., tra i molti contributi, in particolare D. GRIMM, *Does Europe Need a Constitution?*, in *European Law Journal*, 3/1995, 282-302 e J. HABERMAS, *Remarks on Dieter Grimm's "Does Europe Need a Constitution?"*, in *European Law Journal*, 3/1995, 303-307; per la traduzione italiana v. D. GRIMM, *Una costituzione per l'Europa?*, in G. ZAGREBELSKY-P.P. PORTINARO-J. LUTHER (a cura di), *Il futuro della costituzione*, Torino, Einaudi, 1996, 339-367 e ivi J. HABERMAS, *Una costituzione per l'Europa? Osservazioni su Dieter Grimm*, 369-375.

¹⁰⁰ La proposta di costituire un'Unione federale europea, ispirata alle idee del filosofo austriaco Coudenhove-Kalergi, fu avanzata ad esempio dal Ministro degli Esteri francese Aristide Briand nel maggio del 1930 davanti ai paesi europei e alla Società delle nazioni: v. B. OLIVI-R. SANTANIELLO, *Storia dell'integrazione europea. Dalla guerra fredda ai giorni nostri*, Bologna, Il Mulino, 2015³, 15 ss.; G. LIZZA (a cura di), *Paneuropa: geografia e storia di un'idea*, Torino, UTET, 2004.

Ernesto Rossi ed Eugenio Colomi, il riferimento ideale del processo costituente europeo. Quivi si individua il problema supremo di quella che sarà l'Europa del dopoguerra – essendo ancora in corso il conflitto mondiale al tempo della stesura del *Manifesto* – nella «definitiva abolizione della divisione dell'Europa in stati nazionali sovrani»; obiettivo che si può raggiungere solo tramite una «riorganizzazione federale dell'Europa», in particolare con la creazione di

un largo stato federale, il quale disponga di una forza armata europea al posto degli eserciti nazionali, spazzi decisamente le autarchie economiche, spina dorsale dei regimi totalitari, abbia gli organi e i mezzi sufficienti per fare eseguire nei singoli stati federali le sue deliberazioni, dirette a mantenere un ordine comune, pur lasciando agli Stati stessi l'autonomia che consente una plastica articolazione e lo sviluppo della vita politica secondo le peculiari caratteristiche dei vari popoli.

Nel settembre del 1946 Winston Churchill, nella celebre allocuzione all'Università di Zurigo, parla degli «Stati Uniti d'Europa» come rimedio al dramma di quegli anni, e come strumento per permettere alla famiglia dei popoli europei di vivere in pace, in sicurezza e in libertà. Accanto a queste talvolta utopiche riflessioni proliferano nell'immediato dopoguerra movimenti e opinioni variamente ascrivibili al movimento federalista, spesso accomunate dall'obiettivo della «distruzione dello Stato»; una ulteriore corrente, più moderata e vicina alla visione «confederale», mira a forme di cooperazione tra gli Stati che non siano tali da inficiarne l'autonomia e la sovranità; un ultimo indirizzo di pensiero, che può essere denominato «funzionalista», vede in Robert Schuman e Jean Monnet i principali ispiratori, e si articola intorno alla proposta di avviare «integrazioni settoriali» riguardanti ambiti specifici della vita economica e sociale, secondo un metodo *progressivo*, nella convinzione che questo processo possa indurre, quasi naturalmente, forme crescenti di integrazione politica tra gli Stati coinvolti. Una siffatta concezione emerge con chiarezza dalla celeberrima *Dichiarazione Schuman* (alla cui redazione aveva contribuito Jean Monnet) del 9 maggio 1950. Vi è contenuto, *in nuce*, quello che sarà il percorso dell'integrazione

europea negli anni a venire: pur mantenendo quale orizzonte la creazione di una Federazione europea, il progetto monnetiano ritiene necessario muovere da «realizzazioni concrete» e dalla creazione di una «solidarietà di fatto»: la priorità in quel momento è la riconciliazione franco-tedesca. Da questa iniziativa nasce nel 1951, come noto, la Comunità europea del carbone e dell'acciaio.

Già nel 1953, purtroppo, si assiste al primo tentativo di creazione di un potere politico unificato a livello europeo: in occasione del dibattito sulla creazione della Comunità europea di difesa (CED), Alcide De Gasperi, ispirandosi alle proposte di Altiero Spinelli, ottiene che il progetto di Trattato sia integrato con una previsione relativa all'elaborazione (da parte dell'istituenda Assemblea parlamentare della CED) di una futura struttura di carattere federale o confederale. Un progetto di Comunità politica europea è effettivamente approvato il 10 marzo 1953, ma resta privo di effetto in ragione del fallimento della CED – il relativo Trattato, infatti, cade davanti all'Assemblea nazionale francese il 30 agosto 1954. È abortito così il primo progetto di dare una struttura federale alla comunità europea; un fallimento che peserà a lungo sulle iniziative comunitarie di questo tenore.

Iniziative di ampio respiro politico riprendono solamente negli anni Ottanta, anche grazie al progressivo rafforzamento del Parlamento europeo. In un contesto di crescente «disagio costituzionale» e di rinnovamento delle riflessioni sul disegno istituzionale delle comunità e sulle necessità di riforma, si inseriscono in particolare la *Dichiarazione solenne sull'Unione europea* del giugno 1983 (nota anche come «Dichiarazione di Stoccarda») e il *Progetto di Trattato sull'Unione europea* del febbraio 1984 (animato di nuovo da Altiero Spinelli), quest'ultimo approvato a larghissima maggioranza dal Parlamento europeo ma presto accantonato dal Consiglio europeo di Fontainebleau. Iniziative che, per quanto prive di conseguenze politiche immediate, segnano una ripresa del processo costituente¹⁰¹. Ulteriori ragioni per un ripensamento dell'architettura istituzionale europea provengono dall'adozione dell'*Atto unico europeo* nel 1987: questo apporta notevoli modifiche ai Trattati, in particolare l'ampliamento dei

¹⁰¹ G. MARAZZITA, *La Costituzione europea*, Roma-Bari, Laterza, 2006, 36 ss.

poteri del Parlamento, l'introduzione della Politica estera e di sicurezza comune (PESC) e soprattutto una sostanziale modifica del processo decisionale del Consiglio dei ministri (con il passaggio dall'unanimità alla maggioranza qualificata). Quest'ultima riforma, salutata con entusiasmo in quanto preludio al superamento della storica lentezza dei processi decisionali, ha tuttavia l'effetto di portare alla luce – se non proprio di far emergere per la prima volta in tutta la sua portata – la questione della *legittimazione democratica* delle istituzioni comunitarie¹⁰². Fino a quel momento la regola in seno al Consiglio era stata l'unanimità, e in questo senso la catena di legittimazione che dalla volontà popolare conduceva ai rappresentanti dei governi nazionali era, almeno teoricamente, garantita. La riforma operata dall'Atto unico europeo rompe questa catena, rendendo possibile l'evenienza che a uno Stato membro sia imposta una normativa comunitaria da esso non solo non approvata, ma addirittura avversata all'interno dei competenti organi decisionali.

Per rispondere a questa e ad altre esigenze di rafforzamento della legittimità democratica delle istituzioni comunitarie e per riequilibrare una condizione di insostenibile asimmetria tra una sempre maggiore unità economica – di lì a pochi anni ulteriormente rafforzata dall'unificazione monetaria – e un grado insufficiente di unità politica, si provvede alla storica creazione dell'Unione europea, al termine di un travagliato procedimento di ratifica. Pur non rinunciando al «sentiero funzionalista» monnetiano, il Trattato di Maastricht, entrato in vigore nel 1993, abbraccia una prospettiva decisamente più ampia della talvolta asfittica dimensione economica che connotava le riforme precedenti: ne è testimonianza evidente l'approccio «paracostituzionalistico» dell'esordio, in cui ci si riferisce *ai principi della libertà, della democrazia e del rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali nonché dello Stato di diritto*, nonché la sempre più evidente ambizione di unificazione politica che parimenti si desume dalle notevoli innovazioni istituzionali ivi previste. La peculiarità dell'architettura istituzionale eurounitaria rispetto alle tradizionali concettualizzazioni delle esperienze federali e confederali, e la sfida da essa lanciata alla dottrina

¹⁰² D. GRIMM, *The Constitution of European Democracy*, Oxford, Oxford University Press, 2017, 10 ss.

costituzionalistica, risultano altresì dal passaggio dalla logica *lato sensu* federale che ispirava il cosiddetto «metodo comunitario» di decisione, ad una decisamente più complessa, nella quale il suddetto metodo è riservato al cosiddetto «primo pilastro» (riguardante le materie pienamente comunitarizzate), applicandosi invece ai due restanti pilastri (ovvero PESC e Cooperazione nei settori della giustizia e affari interni) un metodo nuovamente intergovernativo. Può allora senz'altro dirsi che il Trattato di Maastricht, «pur segnando un importante progresso nell'integrazione degli Stati europei, introduce la non facile convivenza di procedimenti deliberativi ispirati a modelli diversi – comunitario/federale o intergovernativo/confederale – e quindi di diverse forme di governo a seconda della competenza che viene esercitata»¹⁰³. A dispetto delle aspettative degli autori del Trattato, ovvero l'aumento della legittimazione democratica della neonata Unione e il suo avvicinamento ai cittadini nell'orizzonte della *ever closer union*, Maastricht segna paradossalmente un passo indietro in termini di consenso popolare¹⁰⁴. Già all'indomani della sua approvazione, il Trattato viene perlopiù considerato come «un infelice episodio già archiviato dalla storia»¹⁰⁵; la distanza tra cittadini europei e istituzioni comunitarie, nel corso degli anni Novanta, si fa sempre più insostenibile¹⁰⁶, come testimoniano in modo inequivocabile l'affluenza alle urne per le elezioni del Parlamento europeo nel 1999 (ove si raggiunge il minimo storico) e i voti contrari all'ingresso nella «zona euro» da parte dei popoli di Danimarca e Svezia. La risposta a questa ennesima crisi di consenso e di legittimazione è la soluzione costituzionale: l'integrazione attraverso la Costituzione¹⁰⁷.

¹⁰³ G. MARAZZITA, *La Costituzione europea*, cit., 40.

¹⁰⁴ D. GRIMM, *The Constitution of European Democracy*, cit., 11.

¹⁰⁵ L. BERTI, *Moneta e integrazione europea*, in L. BERTI-A. FUMAGALLI, *L'antieuropa delle monete*, Roma, Manifestolibri, 1993, 85.

¹⁰⁶ C. DE FIORES, *Il fallimento della Costituzione europea*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 1/2008, 64 ss.

¹⁰⁷ *Ibidem*; v. anche S. RODOTÀ, *La Carta come atto politico e documento giuridico*, in AA.VV., *Riscrivere i diritti in Europa*, Bologna, Il Mulino, 2001, 59: «l'idea di costituzione era la sola ad avere la sufficiente forza simbolica per ridare slancio a una politica europea nella quale i cittadini avrebbero potuto riconoscersi».

3.2 – «The founding fathers, maybe»¹⁰⁸

Se entrambi i successivi Trattati (Amsterdam e Nizza) provvedono ad una stabilizzazione e razionalizzazione delle novità di Maastricht, è soprattutto il secondo ad apportare, sia pure timidamente, un nuovo impulso alla costituzionalizzazione dell'UE: a Nizza infatti viene proclamata la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, allo scopo di rendere più visibile¹⁰⁹ quel catalogo di libertà e diritti «inventato»¹¹⁰ dalla Corte di giustizia dell'Unione europea in via pretoria nei decenni precedenti, traendo ispirazione soprattutto dalle costituzioni degli Stati membri e dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali – sia pure con la nient'affatto trascurabile precisazione che la tutela dei diritti fondamentali dovesse essere «garantita entro l'ambito della struttura e delle finalità della Comunità»¹¹¹. Il valore giuridico della Carta di Nizza costituisce, fin dall'inizio, un enigma per i commentatori: essa non è inserita nei Trattati né adottata in forma di atto normativo vincolante, e rappresenta pertanto, almeno secondo una lettura formalistica, mero *soft law*. Ben lungi dall'essere, tuttavia, una mera trasposizione pletorica di garanzie già altrove assicurate, essa si dimostra particolarmente innovativa sia nella struttura, ad esempio nel controverso aspetto della «indivisibilità dei diritti», sia nei contenuti, soprattutto ove considera i nuovi diritti connessi alla sempre crescente dimensione tecnologica della comunicazione e dell'informazione. Più in generale, l'adozione della Carta di Nizza rappresenta per l'Unione l'occasione per discutere ed enucleare i propri principi fondativi e rinsaldare la propria legittimità agli occhi dei cittadini europei, e

¹⁰⁸ Titolo dell'*Economist* del 23 febbraio 2002, cit. in P. BILANCIA (a cura di), *Il processo costituente europeo*, Milano, Giuffrè, 2002, 120.

¹⁰⁹ «La tutela dei diritti fondamentali costituisce un principio fondatore dell'Unione europea e il presupposto indispensabile della sua legittimità. L'obbligo dell'Unione di rispettare i diritti fondamentali è confermato e definito dalla Corte di giustizia europea nella sua giurisprudenza. Allo stato attuale dello sviluppo dell'Unione è necessario elaborare una Carta di tali diritti al fine di sancirne in modo visibile l'importanza capitale e la portata per i cittadini dell'Unione» (Consiglio europeo di Colonia, 3-4 giugno 1999, Conclusioni della Presidenza, Allegato IV, *corsivo nostro*).

¹¹⁰ Il termine è utilizzato nel senso illuminato da Paolo Grossi ne *L'invenzione del diritto*, Bari-Roma, Laterza, 2017.

¹¹¹ Corte giust., 17 dicembre 1970, causa 11-70, *Internationale Handelsgesellschaft mbH contro Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*.

funge da preludio alla vera stagione costituente, che infatti si aprirà di lì a breve. Non solo: la scelta di far redigere la Carta ad una «Convenzione», sottraendola così agli abituali negoziati tra i rappresentanti dei governi, è indice della chiara volontà dei «padri costituenti europei» di collocarsi nel solco della tradizione del costituzionalismo moderno¹¹².

Se già nel corso degli anni Novanta il Parlamento europeo aveva più volte affermato la necessità di dotare l'Unione di una Costituzione democratica, perlopiù tramite risoluzioni, all'inizio del nuovo millennio un grande dibattito sulle riforme istituzionali è percepito come imprescindibile e non più rinviabile, anche alla luce delle deludenti e tutt'altro che risolutive modifiche dei Trattati stabilite nell'ultimo decennio. In un celebre discorso pronunciato alla Humboldt-Universität nel maggio del 2000 l'allora Ministro degli Esteri tedesco Joschka Fischer afferma che

la soluzione del problema della democrazia e il riordino sostanziale delle competenze sia orizzontalmente, cioè fra le istituzioni europee, sia verticalmente, quindi tra Europa, Stato nazionale e regioni, potranno riuscire solo tramite una rifondazione costituzionale dell'Europa, quindi attraverso la realizzazione del progetto di una Costituzione europea il cui nucleo deve essere l'ancoraggio dei diritti fondamentali, dei diritti dell'uomo e civili, di una suddivisione equilibrata dei poteri fra le istituzioni europee e di una delimitazione precisa fra il livello europeo e quello nazionale. L'asse principale di questa Costituzione europea sarà data dal rapporto fra Federazione e Stato nazionale.

Rigettando «l'immagine che è prevalsa sino ad ora di uno Stato federale europeo, che sostituisce, come nuovo depositario della sovranità, i vecchi Stati nazionali e le loro democrazie» in quanto elucubrazione artificiale, che si colloca al di fuori delle realtà europee consolidate, Fischer ritiene che la realizzazione dell'integrazione europea sia pensabile con successo solo se avverrà «sulla base di una ripartizione della sovranità fra l'Europa e lo Stato nazionale»; non soccorrono dunque le classiche configurazioni delle

¹¹² Sottolinea questo richiamo evocativo dei «gloriosi trascorsi del costituzionalismo rivoluzionario», all'interno di un discorso complessivamente critico nei confronti dell'approccio «costituente» delle istituzioni europee, C. DE FIORES, *Il fallimento della Costituzione europea*, cit., 65.

Federazioni di Stati; urge dare vita ad un modello originale. Dinanzi alle principali sfide poste all'UE, quali l'introduzione della moneta comune, l'avvio dell'allargamento ad Est, la bassa popolarità del Parlamento Europeo e delle elezioni europee e le guerre nei Balcani, occorre pertanto riproporre insieme la forza utopica e il pragmatismo monnetiano, superando al contempo i limiti della sua logica, e completare il processo di integrazione mediante l'approdo ad una integrazione finalmente *politica*.

La prospettiva della Costituzione europea, rilanciata da Fischer, contribuisce a ravvivare il dibattito sul tema, e trova sponde nient'affatto trascurabili nel Presidente della Repubblica francese Jacques Chirac (il quale tuttavia prende le distanze dal modello federale), così come nel Presidente della Repubblica italiana Carlo Azeglio Ciampi, il quale si pronuncia più volte a favore di un testo costituzionale europeo. Che il «tempo della Costituzione» si stia avvicinando è reso ancora più chiaro dalla celebre *Dichiarazione di Laeken*, approvata dal Consiglio europeo del dicembre 2001, sull'onda della Dichiarazione n. 23 allegata al Trattato di Nizza. Quest'ultima ribadiva la necessità di ridefinire le fondamenta dell'Unione in vista della successiva CIG, abbandonando però «le tradizionali procedure di modificazione dei trattati»¹¹³ e chiedendo «un dibattito approfondito dei deputati nazionali e dell'opinione pubblica (mondo politico ed economico, università, società civile) sulla questione di come la “Grande Unione” debba essere delineata dopo l'allargamento». A Laeken si decide appunto di convocare una Convenzione sull'avvenire dell'Europa, aperta ai contributi della società civile. «A cinquant'anni dalla sua nascita», si legge nel documento, «l'Unione si trova [...] ad un crocevia, in un momento cruciale della sua esistenza». Per rispondere alla duplice sfida dell'aumento della legittimità democratica e della trasparenza delle sue istituzioni da una parte, e della ridefinizione del ruolo dell'UE nel mondo globalizzato dall'altra, nel quadro di un allargamento senza precedenti della composizione dell'organizzazione sovranazionale, è necessario agire affinché l'immagine di un'Europa democratica e impegnata su scala mondiale, secondo le attese

¹¹³ T. OPPERMAN, *Il processo costituzionale europeo dopo Nizza*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2/2003, 358.

dei suoi cittadini, divenga realtà. A questo scopo, il Consiglio europeo rivolge le seguenti domande all'istituenda Convenzione:

La prima riguarda la semplificazione degli attuali trattati senza modificarne il contenuto. Deve essere riveduta la distinzione fra Unione e Comunità? E la suddivisione in tre pilastri?

Seguono poi le domande relative ad un possibile riordino dei trattati. È necessario operare una distinzione fra un trattato di base e le altre disposizioni del trattato? Occorre procedere a questa separazione? Ne può derivare una distinzione fra le procedure di modifica e quelle di ratifica del trattato di base e le altre disposizioni del trattato?

Occorre inoltre riflettere sull'opportunità di inserire la Carta dei diritti fondamentali nel trattato di base e porre il quesito dell'adesione della Comunità europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Infine, si pone il quesito se questa semplificazione e questo riordino non debbano portare, a termine, all'adozione nell'Unione di un testo costituzionale. Quali dovrebbero essere gli elementi di base di tale legge fondamentale? I valori che l'Unione coltiva, i diritti e i doveri fondamentali del cittadino, i rapporti fra gli Stati membri all'interno dell'Unione?

La Convenzione inizia i lavori nel febbraio del 2002: consta di 105 membri, dei quali 3 componenti della Presidenza, 28 rappresentanti dei governi, 56 dei Parlamenti nazionali, 16 del Parlamento europeo, 2 membri della Commissione e 12 osservatori provenienti dal Comitato delle regioni, dal Comitato economico e sociale e dalle parti sociali. Il percorso seguito dall'assemblea si articola in tre fasi: l'«ascolto» del mondo politico e della società civile, la risposta ai quesiti posti dal Consiglio europeo, l'elaborazione di una proposta di natura costituzionale. Per quanto il metodo di stesura sia decisamente inedito se confrontato con le passate CIG, il progetto di Trattato rimane un emendamento globale dei suoi predecessori e la funzione di *pouvoir constituant* spetta agli Stati membri in quanto «Signori dei Trattati»¹¹⁴. Il 18 luglio 2003 la Convenzione termina il mandato che le è stato affidato, trasmettendo al Consiglio europeo un progetto di Trattato costituzionale. Dopo accesi dibattiti il testo del *Trattato*

¹¹⁴ J. ZILLER, *I concetti costituzionali nella nuova Costituzione per l'Europa*, in *Quad. cost.*, 1/2005, 76.

che adotta una Costituzione per l'Europa, approvato dal Consiglio europeo di Bruxelles del giugno 2004, è solennemente firmato a Roma dai 25 capi di Stato e di governo il 29 ottobre 2004. Esso consta di 448 articoli ed è diviso in quattro parti: la prima definisce valori, istituzioni e competenze dell'Unione europea; la seconda incorpora, con limitate modifiche, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea; la terza rappresenta una sintesi dei precedenti trattati, e disciplina in dettaglio politiche, materie e funzionamento dell'Unione; l'ultima contiene le disposizioni generali e finali. Fin dall'esordio si tenta di superare la visione strettamente funzionalistica spesso imputata alle istituzioni comunitarie. Nel Preambolo ci si richiama alle *eredità culturali, religiose e umanistiche dell'Europa, da cui si sono sviluppati i valori universali dei diritti inviolabili e inalienabili della persona, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, e dello Stato di diritto*. Sempre qui si istituisce un ponte tra le origini del progetto di integrazione, ricordando le «esperienze dolorose» da cui hanno preso le mosse i fautori delle comunità economiche, e gli obiettivi tutt'ora perseguiti dall'Unione, allo scopo di avanzare *sulla via della civiltà, del progresso e della prosperità per il bene di tutti i suoi abitanti, compresi i più deboli e bisognosi*. L'Europa che intraprende il cammino costituente è un'Europa che vuole restare un continente aperto alla cultura, al sapere e al progresso sociale; che desidera approfondire il carattere democratico e trasparente della vita pubblica e operare a favore della pace, della giustizia e della solidarietà nel mondo. L'ossimorico motto «Unità nella diversità» è citato quasi a compendiare il tentativo, non smentito neppure dal Trattato costituzionale, di costruire un orizzonte politico comune *nel rispetto delle diverse storie e identità nazionali*. La continuità con i precedenti trattati e con l'*acquis* comunitario è sottolineata soltanto verso la fine del Preambolo. Manca invece un riferimento alle «radici cristiane» dell'Europa, tema che provoca un acceso dibattito in dottrina¹¹⁵. La difficile convergenza di tradizioni costituzionali talvolta distanti tra loro determina incertezze e ambiguità nella lettura di alcuni passaggi. L'esordio, invece di affermare il proprio radicamento nella volontà dei popoli d'Europa, richiama lo stile

¹¹⁵ V. per tutti J.H.H. WEILER, *Un'Europa cristiana: un saggio esplorativo*, Milano, BUR, 2003.

tipico di una *constitution octroyée*¹¹⁶, elencando i capi di Stato firmatari del documento; in senso contrario (dunque riallineandosi verso una dimensione contrattualistica e democratico-popolare) si pone il primo articolo del Trattato, ove si dichiara di ispirarsi alla *volontà dei cittadini e degli Stati d'Europa di costruire un futuro comune* (art. I-1).

L'originalità di un percorso costituente difficilmente inquadrabile nelle abituali classificazioni emerge fin dalla denominazione: questa accosta (di nuovo) quasi ossimoricamente due termini, Trattato e Costituzione, che secondo la dottrina costituzionalistica degli ultimi due secoli difficilmente possono ritenersi assimilabili. Come osserva Dieter Grimm,

le costituzioni danno il fondamento giuridico agli stati. Le istituzioni internazionali hanno invece il loro fondamento giuridico nei trattati (*Verträge*) di diritto internazionale. O almeno così si diceva nel passato. Ma con l'Unione europea questa distinzione sembra venir meno¹¹⁷.

Si vuole così sovvertire la linea di pensiero che vede nella Costituzione l'espressione di una comunità politica *unitaria e consapevole di sé*, intenta a dare forma ad una organizzazione statale di poteri pubblici, e nel Trattato il tipico strumento di collaborazione tra Stati sovrani al fine di raggiungere obiettivi comuni, nel quadro del diritto internazionale. In quella organizzazione *sui generis* che è l'Unione europea, neppure il processo costituente si svolge secondo linee di sviluppo consolidate. La succitata «strategia Fischer», volta a correggere l'impianto «tecnocratico ed economicista»¹¹⁸ di Maastricht e le storture dell'ideologia monnetiana, sembra allora aver dato i suoi frutti: l'approdo al testo costituzionale segna normalmente, e in modo inconfondibile, il nascere di una vera comunità politica. Evidenti sono purtuttavia i rischi di questa accelerazione impressa al mutamento istituzionale, che segna una indubbia discontinuità rispetto a quell'«ininterrotto esercizio di ingegneria

¹¹⁶ J. ZILLER, *I concetti costituzionali nella nuova Costituzione per l'Europa*, cit., 84; nel senso che questo elenco di teste coronate sia «beffardo» e tradisca una visione elitaria e anti-moderna dei processi costituenti, C. DE FIORES, *Il fallimento della Costituzione europea*, cit., 74.

¹¹⁷ D. GRIMM, *Una costituzione per l'Europa?*, cit., 339.

¹¹⁸ C. DE FIORES, *Il fallimento della Costituzione europea*, cit., 65.

costituzionale»¹¹⁹, dispiegatosi secondo un processo *incrementale*, che è stato fino a questo momento il processo di integrazione; evidente in particolare il pericolo di affidare la qualità costituente del processo più al simbolismo costituzionale della tradizione moderna che all'interpretazione e codificazione di aspettative, desideri e speranze dei cittadini europei.

Come noto, l'indirizzo preso dalla Storia è stato difforme rispetto alle previsioni dei *founding fathers* europei. Il Trattato costituzionale europeo si perde nel «periglioso mare»¹²⁰ delle ratifiche da parte degli Stati membri. Non appena interpellati sulla Costituzione europea per il tramite dei procedimenti referendari, i cittadini di alcuni Stati membri che fin dall'inizio avevano sostenuto il processo di integrazione e che avevano svolto un ruolo determinante nella redazione del progetto di Trattato costituzionale (la Francia in particolare), si esprimono negativamente. Il 29 maggio del 2005 il 54,7% degli elettori francesi si esprime per il «no» al Trattato costituzionale, contro il 45,3%. Segue pochi giorni dopo (1 giugno), certo non senza influenza del *non* francese, la bocciatura da parte degli elettori olandesi (con una maggioranza del 61,6%). Il rigetto della Costituzione europea da parte dei popoli di questi due paesi può correttamente definirsi come un *significante fluttuante*, ovvero

un «no» dai significati confusi, incoerenti, sovradeterminati, una sorta di contenitore in cui la difesa dei diritti dei lavoratori coesiste con il razzismo, in cui la reazione cieca a una minaccia percepita e alla paura del cambiamento coesiste con vaghe speranze utopiche. Ci è stato detto che il «no» francese era in realtà un «no» a molte altre cose: al neoliberismo anglosassone, a Chirac e al suo governo, all'afflusso dei lavoratori immigrati dalla Polonia che abbassano i salari dei lavoratori francesi, e così via¹²¹.

A seguito delle deludenti esperienze referendarie, il presidente del Consiglio europeo Jean-Claude Juncker annuncia un «periodo di riflessione» che chiaramente prelude a

¹¹⁹ A. TIZZANO, *Note in tema di relazioni esterne dell'Unione europea (Relazione presentata al Convegno dell'Associazione Italiana Costituzionalisti "La Costituzione europea", Perugia, 7-9 ottobre 1999)*, in *Dir. un. eur.*, 3/1999, 465 ss.

¹²⁰ M. CARTABIA, *«Ispirata alla volontà dei cittadini degli Stati d'Europa»*, in *Quad. cost.*, 1/2005, 9.

¹²¹ S. ŽIŽEK, *In difesa delle cause perse*, Milano, Ponte alle Grazie, 2013², 332.

un'interruzione, forse definitiva, del processo costituente. Al termine del Consiglio europeo del 21 e 22 giugno del 2007, «dopo due anni di incertezza», si dichiara che «il progetto costituzionale, che consisteva nell'abrogazione di tutti i trattati esistenti e nella loro sostituzione con un unico testo denominato “Costituzione”, è abbandonato».

Sono decadute, da quel momento, le ragioni della formale costituzionalizzazione dell'Unione europea? Di certo il fallimento della Costituzione europea e l'adozione del meno ambizioso Trattato di Lisbona non hanno inciso su quella corrente di pensiero, che peraltro trova sostegno anche nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione, a parere della quale l'Unione europea *ha già una sua costituzione*. Note a questo riguardo le affermazioni della Corte nella sentenza *Les Verts* (ribadite anche in altre successive pronunce), ove essa afferma – controvertendosi sulla competenza della Corte a conoscere dei ricorsi di annullamento proposti contro atti del Parlamento europeo – che «la Comunità economica europea è una comunità di diritto nel senso che né gli Stati che ne fanno parte, né le sue istituzioni sono sottratti al controllo della conformità dei loro atti alla *carta costituzionale di base* costituita dal trattato»¹²².

Contrariamente a questa concezione razionalizzante, ma del tutto priva di forza simbolica, di un presunto assetto «costituzionale» europeo, e come correttamente rilevato nel corso della discussione precedente all'adozione del Trattato costituzionale, il rilievo dato all'*atto costituente*, quale base di una rinnovata unità politica tra i popoli europei, rischiava – e così è puntualmente avvenuto – di «portare il dibattito europeo nei labirinti della riflessione sulla necessaria (pre-)esistenza di un *demos* europeo e sugli strumenti e le modalità attraverso i quali si può costruire un tale *demos* (o fargli acquistare la coscienza di sé, se si assume che esso già esista in forma latente)»¹²³. Discutere di costituzione, anche se a livello sovranazionale, implica infatti una riflessione su chi sia o debba essere l'attore (o gli attori) del processo costituente, su

¹²² Corte giust., sent. 23 aprile 1986, causa 294/83, *Parti écologiste “Les Verts” contro Parlamento europeo*; nello stesso senso Corte giust., 14 dicembre 1991, Parere 1/91, *Progetto di accordo tra la Comunità ed i paesi dell'Associazione europea di libero scambio relativo alla creazione dello Spazio economico europeo* e Corte giust., sent. 23 marzo 1993, Causa C-314/91, *Beate Weber contro Parlamento europeo*.

¹²³ F.G. PIZZETTI, *Il processo costituente europeo e la riforma del sistema giudiziario dell'Unione*, in P. BILANCIA, *Il processo costituente europeo*, cit., 170.

come debba articolarsi questo essenziale momento di definizione del principio di unità di un ordinamento e dei suoi tratti essenziali, su come una certa «tavola di valori» possa trasformarsi in un «progetto di durata». Ai poli opposti del dibattito si situavano due temute derive del progetto costituente: da una parte, la neutralizzazione del progetto di costituzione e delle sue virtualità di potenziamento democratico a causa della concezione «funzionalistica» di costituzione. In altri termini, il timore che la Costituzione europea si risolvesse in una mera trasposizione, con il linguaggio del costituzionalismo moderno, dell'ordine economico oligopolistico, ispirato ad una visione neoliberista, inscritto nei precedenti trattati. Dall'altra parte, la preoccupazione di una interpretazione del processo costituente in senso schmittiano, con l'approdo finale ad un «Leviatano europeo» idoneo ad annichilire le democrazie (e le identità) nazionali. Anche respingendo le alternative, qui esposte con forse eccessiva nettezza di contorni, di una «falsa costituzione» scritta da una presunta *élite* tecnocratica sovranazionale e di una costituzione «sovrana» prodotta da una difficilmente immaginabile «comunità prepolitica di destino»¹²⁴, restava il dilemma concettuale di rispondere alle aspettative dei cittadini europei sul punto della democratizzazione delle istituzioni.

Nel novero di problemi sorti attorno alla travagliata e, in ultima analisi, fallimentare vicenda del Trattato costituzionale europeo, giova soffermare l'attenzione sulle riflessioni di giuristi e filosofi in ordine al processo costituente. Perché rileggere ora il resoconto di questo dibattito, a molti anni di distanza e in una situazione sociale, politica e istituzionale affatto diversa, caratterizzata peraltro da orizzonti costituzionali apparentemente molto più ristretti se confrontati al *pathos* di allora? Analizzare i termini del dilemma della «costituzione europea» può soccorrere ove si discuta dell'*identificazione politica* dell'Unione; se è vero che «niente di tutto ciò deve essere perduto, perché non si entri nel futuro con gli occhi chiusi»¹²⁵, è forse possibile trasformare l'«occasione mancata» in un'opportunità da afferrare quantomeno a livello

¹²⁴ J. HABERMAS, *La costellazione postnazionale: mercato globale, nazioni e democrazia*, Milano, Feltrinelli, 2002³, 53.

¹²⁵ E. BALIBAR, *Europa, paese di frontiere*, Lecce, Pensa MultiMedia, 2007, 59.

di elaborazione teorica. Si può senz'altro condividere, in questo senso, la profezia di Etienne Balibar, ad avviso del quale le discussioni costituzionali sulla forma politica dell'Unione europea erano destinate a sopravvivere al fallimento del progetto di Trattato costituzionale, essendo di grande ricchezza e ponendo problemi teorici a dir poco fondamentali. Esse hanno avuto quantomeno il merito di ricostituire «uno spazio di pensiero e di discussione comune ai giuristi, ai politologi, ai filosofi; uno spazio in cui il senso stesso della nozione di “costituzione” è una delle poste in giuoco»¹²⁶.

3.3 – Grimm vs Habermas

La disamina di Dieter Grimm, giurista ed ex giudice costituzionale tedesco, muove dall'illuminazione di due postulati: da una parte, la natura «non statale» dell'Unione europea; dall'altra, la devoluzione alla medesima di poteri «sovrani», in quanto tradizionalmente ascritti al novero delle funzioni *essenziali* degli Stati nazionali. La coesistenza di questi due caratteri indebolisce la nettezza e linearità della distinzione tra un'organizzazione sovranazionale fondata su trattati di diritto internazionale e gli Stati che ne fanno parte, ciascuno in base al proprio diritto costituzionale. Posto che la funzione storicamente assolta dallo stato costituzionale è la cosiddetta «giuridificazione del dominio», in quali termini la frammentazione del potere pubblico in diversi livelli di governo, ovvero la devoluzione di poteri sovrani a entità sovranazionali, minaccia l'integrità del campo visivo del diritto statale e della sua aspirazione *costituzionalizzante*? Considerati i vincoli giuridici cui sono sottoposte le istituzioni europee, e l'esistenza di un diritto «primario» composto anche di un catalogo di diritti fondamentali, l'esigenza di «giuridificare» il potere pubblico sovranazionale può dirsi in una certa misura soddisfatta, e scongiurato così il rischio della configurazione di un «assolutismo di parte». Ciò assodato, risponde anche il diritto sovranazionale primario ai caratteri normalmente attribuiti alla costituzione? La risposta grimmiana risiede in una comparazione tra costituzione e trattato. Se gran parte dei tratti che tipicamente

¹²⁶ *Ibidem*, 62.

connotano le costituzioni moderne ricorre anche nei trattati europei, manca purtuttavia un requisito essenziale: la derivazione dal potere costituente del popolo. Quest'ultimo è ritenuto da Grimm componente essenziale del costituzionalismo, in quanto

una costituzione nel senso pieno del termine deve necessariamente risalire a un atto del popolo o quantomeno attribuito al popolo, mediante cui questo può autoconferirsi la capacità di agire politicamente. Una fonte analoga manca completamente al diritto comunitario primario: diritto che non risale a un popolo europeo ma a singoli stati membri e che dipende da questi anche per quanto riguarda la sua entrata in vigore. Mentre le nazioni si danno una costituzione da sé, all'Unione europea viene data una costituzione da terzi. Di conseguenza essa non può neppure disporre del proprio ordinamento fondamentale. "Signori dei trattati", come si usa dire, restano piuttosto gli stati membri che certo non si risolvono nell'Unione¹²⁷.

La riconduzione della volontà costituente agli Stati membri piuttosto che al popolo europeo rappresenta perciò il fattore dirimente ai fini della negazione, all'Unione europea, della qualifica di ordinamento costituzionale in un senso concettualmente pregnante. Di fronte alla frattura democratica legata al processo in virtù del quale da una parte gli Stati membri, ove massimamente – sia pure in misura sempre minore, alla luce della crisi delle democrazie nazionali – si è inverato il principio democratico, vedono diminuire inesorabilmente i propri poteri decisionali, e dall'altra l'Unione accresce i propri poteri pur in difetto di una legittimazione democratica soddisfacente, la soluzione generalmente indicata è quella di conformare l'architettura istituzionale sovranazionale al modello statale, in particolare rafforzando il ruolo del Parlamento. Grimm obietta non tanto che il *medium* della democrazia parlamentare soffre una forte crisi anche a livello degli Stati nazionali, ma che risulta quantomeno riduttivo e semplicistico ritenere che i processi di formazione e sintesi democratica della volontà popolare dipendano esclusivamente o in larga misura dal circuito comunicativo prodotto dai canali decisionali «istituzionali». In particolare, «il successo delle costituzioni democratiche non dipende soltanto dall'intima bontà delle loro disposizioni ma anche dalle condizioni

¹²⁷ D. GRIMM, *Una costituzione per l'Europa?*, cit., 353.

esterne della loro efficacia»¹²⁸. Tra queste condizioni, spiccano tutte quelle strutture intermedie che difficilmente si rinvengono nel contesto politico sovranazionale. Manca un vero sistema europeo dei partiti; è esigua la presenza di gruppi e movimenti civili europei; le prospettive di europeizzare il sistema di comunicazione «sono del tutto inconsistenti»¹²⁹. L'ostacolo principale alla nascita di un dibattito pubblico europeo, e dunque alla «europeizzazione di quella sottostruttura politica da cui dipendono il funzionamento di un sistema democratico e l'efficienza di un Parlamento»¹³⁰, è tuttavia di ordine linguistico. Sottovalutare l'inesistenza di una lingua comune equivale a «misconoscere la dipendenza della democrazia dalle chance di comunicazione»¹³¹.

Tutto ciò premesso, in difetto dei presupposti sopra indicati – le «pre-condizioni» della democrazia – il tentativo di costituzionalizzare l'Europa rischia di aggravarne soltanto le contraddizioni, allargando ulteriormente il *gap* comunicativo e la distanza tra *élite* e «base popolare». Essendo il *deficit* democratico inscritto nella sua struttura istituzionale, l'Unione non potrebbe con un semplice tocco di magia trasformare i trattati in costituzione in senso proprio. Grimm evidenzia, a questo proposito, come il «soggetto mancante», ovvero il popolo europeo, non sia da lui inteso come comunità fondata su di una omogeneità etno-naturalistica: l'identità collettiva di cui lamenta l'assenza può poggiarsi anche su presupposti differenti, che siano comunque idonei a sorreggere un senso di appartenenza tale da costruire percorsi di solidarietà a livello sovranazionale e da comunicare discorsivamente discorsi e problemi¹³².

Nella concezione habermasiana, punto di riferimento ineludibile del dibattito costituzionale europeo dagli anni Novanta in poi, l'adesione all'obiettivo politico dell'adozione di una costituzione federale convive con una critica alla *Weltanschauung* neoliberista e alle carenze di legittimazione democratica delle istituzioni europee. Per quanto il filosofo tedesco affermi di condividere la diagnosi sviluppata da Grimm rispetto alla situazione dell'Unione europea, giungendo soltanto a conclusioni differenti

¹²⁸ *Ibidem*, 358.

¹²⁹ *Ibidem*, 359.

¹³⁰ *Ibidem*, 360.

¹³¹ *Ibidem*, 361.

¹³² *Ibidem*, 364.

sul piano politico¹³³, l'orizzonte concettuale di riferimento dei rispettivi contributi è profondamente diverso.

Premessa del discorso di Habermas, erede più prestigioso della Scuola di Francoforte¹³⁴, è la convinzione della persistenza di un potenziale emancipativo, non realizzato, nel progetto politico della modernità. Contro il recupero di siffatto potenziale si stagliano sia le linee di pensiero variamente accomunate sotto la denominazione di «postmodernismo», sia la corrente neoliberale, diretta a dissolvere la pienezza dell'agire politico in un contesto ideologico depoliticizzato e post-egualitario, accondiscendente verso un mercato senza regole né confini. La «fine della politica» è l'esito, più o meno consapevole, sia del discorso di pensatori del postmoderno (su tutti Lyotard), sia del neoliberalismo. Nell'orizzonte di una «ripoliticizzazione» della società, tuttavia, Habermas non condivide né la diffidenza grimmiana nei confronti delle strutture giuridiche sovranazionali né il rifugiarsi del costituzionalista tedesco nell'apparentemente salda «gabbia [...] degli Stati nazionali»¹³⁵. È senz'altro vero che «l'idea che [...] una società democratica possa complessivamente automodificarsi è una idea che ha potuto finora realizzarsi soltanto nel quadro dello stato nazionale»¹³⁶; tuttavia è altrettanto innegabile che la globalizzazione nelle sue varie dimensioni, in particolare quella economica, rischia di minare in modo significativo la capacità delle società nazionali di autoregolarsi democraticamente. È desiderabile che i processi democratici siano «riadattati» al fine di garantire una nuova «chiusura politica», e, se sì, come li si può attuare? In quali termini si può concepire una risposta *politica* alle sfide della «costellazione postnazionale»¹³⁷? Habermas risponde a questi interrogativi affermando, significativamente, che «la sfida non è tanto quella di inventare qualcosa di nuovo, ma quella di conservare le conquiste democratiche degli Stati nazionali europei superando i limiti di questo modello istituzionale». In questo senso, il filosofo non condivide l'euroscetticismo costituzionale che connota in varia misura il pensiero

¹³³ J. HABERMAS, *Una costituzione per l'Europa?*, cit., 369.

¹³⁴ R. ESPOSITO, *Da fuori. Una filosofia per l'Europa*, Torino, Einaudi, 2016, 206-207.

¹³⁵ J. HABERMAS, *Una costituzione per l'Europa?*, cit., 371.

¹³⁶ J. HABERMAS, *La costellazione postnazionale: mercato globale, nazioni e democrazia*, Milano, Feltrinelli, 2002³, 32.

¹³⁷ *Ibidem*, 33.

socialdemocratico, favorevole al mantenimento di una regolazione prevalentemente statale del mercato allo scopo di correggere le crescenti diseguaglianze nel mondo globalizzato, e diffidente verso la stessa possibilità che una unione sovranazionale acquisti le capacità d'intervento politico proprie degli Stati membri.

L'Unione europea sembra tuttavia aver raggiunto un punto di non ritorno: la «strozzatura» determinata dall'asimmetria tra unificazione monetaria e coordinamento delle politiche economiche può essere risolta solo dalla capacità dell'Unione di adottare una politica redistributiva nei confronti degli Stati membri, ovvero di prendere decisioni *correttive* del mercato. Ciò collide con l'attuale debolezza della politica economica comune e con l'ancor più debole legittimazione delle istituzioni comunitarie. La costruzione di un'Europa politicamente attiva presuppone allora – osserva Habermas citando Claus Offe – un allargamento della base di legittimità delle istituzioni europee. Solo così può articolarsi una vera politica europea integrata su più livelli, sostenuta dal riconoscimento reciproco dei popoli d'Europa e dal loro rispecchiarsi in una comunità politica sovranazionale. In nessun modo «essi devono poter ancora sospettare che i loro interessi siano fatti oggetto di offese irragionevoli da parte di membri delle altre nazioni europee»; né devono essere consentite quelle autonome iniziative (es. le «gare di *deregulation*») dei singoli Stati membri, tali da danneggiare gli altri e rompere i legami di solidarietà inter-statale. Tutto ciò è possibile solo a patto che ulteriori diritti sovrani siano trasferiti alle istituzioni europee, e che l'autorità di queste ultime non poggi più su trattati internazionali, bensì su una Carta fondamentale.

Ben lungi dall'allinearsi, in questo, agli euro-ottimisti, e concordando sul punto con Grimm, Habermas si dichiara consapevole del fatto che la formazione di una democrazia europea non dipende soltanto dall'avvio di un processo costituente e dalla formalizzazione di un nuovo assetto istituzionale. Il contenuto democratico di un sistema politico sovranazionale dipende in larga misura da presupposti quali la formazione di una «società civile europea», di una «sfera pubblica su scala europea», di una cultura politica condivisa. Solo così possono essere innescati quei processi di integrazione sociale e di apprendimento collettivo in grado di sorreggere una autentica democrazia post-nazionale. Il dissenso rispetto all'analisi grimmiana emerge invece ove

si discuta della desiderabilità di una costituzione europea e della capacità di questa di innescare un processo di democratizzazione, alla luce di un comune orizzonte culturale e, soprattutto, politico. La *no demos thesis*, pur declinata da Grimm in senso profondamente diverso dalle letture etno-naturalistiche à la *Carl Schmitt*, è contestata da Habermas sulla base di una lettura del processo democratico di formazione dell'identità in una prospettiva comunicativa. In quest'ottica «l'autocomprensione etico-politica dei cittadini non ci appare più come un *a priori* storico-culturale sotteso alla formazione democratica della volontà»; essa è da intendersi piuttosto come «flusso d'un processo circolatorio che entra in azione soltanto a partire dalla istituzionalizzazione giuridica della comunicazione civica». La formazione di questo sostrato culturale e di una solidarietà civica allargata alle dimensioni europee può allora realizzarsi tramite una serie di *anticipazioni*, «stimolantisi a vicenda in una sorta di processo spiraliforme». In presenza di una volontà politica consapevole e di una progettualità condivisa, è lecito attendersi, secondo Habermas, che le nuove istituzioni politiche create da una costituzione europea possano avere effetto *inducente*.

3.4 – Visioni della Costituzione europea¹³⁸

Leggendo scambi di opinioni tra studiosi in merito alle nozioni fondamentali di una qualsivoglia disciplina, si ha talvolta l'impressione che la discussione sia «inutile, anzi impossibile, per la mancanza di un punto fermo da cui la discussione possa avviarsi»¹³⁹. Definiti i termini della contrapposizione, interna alla *German Philosophy* ma tale da fissare in realtà le coordinate del dibattito europeo, tra Grimm e Habermas, può giovare uno sguardo al caleidoscopio di opinioni sulla Costituzione europea che sono proliferate altrove nello stesso periodo: a differenza che nel *gran débat* precedentemente esposto, è più agevole osservare qui un dissenso, talvolta profondo, riguardo alle stesse premesse da cui origina il discorso, spesso riguardo proprio al concetto di Costituzione.

¹³⁸ La bibliografia sul tema è sterminata. Ci si limita a segnalare di seguito gli scritti ritenuti più rilevanti ai fini della nostra indagine: G.F. MANCINI, *The making of a Constitution of Europe*, in *Common Market Law Review*, 1989, 595-614; S. CASSESE, *La Costituzione europea*, in *Quad. cost.*, 3/1991, 487-508; A. SPADARO, *Dalla Costituzione come «atto» (puntuale nel tempo) alla Costituzione come «processo» (storico)*, in *Quad. cost.*, 3/1998, 343-421; P. HÄBERLE, *Per una dottrina della costituzione europea*, in *Quad. cost.*, 1/1999, 3-30; ID., *Dallo Stato nazionale all'Unione europea: evoluzioni dello Stato costituzionale. Il Grundgesetz come Costituzione parziale nel contesto della Unione europea: aspetti di un problema*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2002, 455-462; A. BARBERA, *Esiste una «costituzione europea»?», in *Quad. cost.*, 1/2000, 59-82; A. ANZON, *La costituzione europea come problema*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 3-4/2000, 629 ss.; L. TORCHIA, *Una Costituzione senza Stato*, in *Dir. pubbl.*, 2/2001, 405-456; P. CRAIG, *Costituzioni, costituzionalismo e l'Unione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2-3/2002, 357-396; A. PACE, *Le sfide del costituzionalismo nel XXI secolo*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2003; B. DE GIOVANNI, *Perché Europa e perché costituzione*, in *Dem. dir.*, 2/2003, 13-20; M. DOGLIANI, *Può la Costituzione europea non essere una costituzione in senso moderno?*, in *Dem. dir.*, 2/2003, 80-90; R. SAVINO, *Da un constitution-making ad un constitution making process? Principi generali del diritto comunitario, principi costituzionali comuni agli Stati membri e Costituzione europea*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 1/2004, 57-87; J. ZILLER, *I concetti costituzionali nella nuova Costituzione per l'Europa*, in *Quad. cost.*, 1/2005, 67-109; M. KUMM, *Beyond Golf Clubs and the Judicialization of Politics: Why Europe has a Constitution Properly So Called*, in *Am. J. Comp. L.*, 2006, 505 ss.; S. DELLAVALLE, *Una legge fondamentale post-costituzionale? Il diritto pubblico europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2008; E. CANNIZZARO, *La riforma costituzionale dell'Unione europea e il Trattato di Lisbona*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2008; S. CHIGNOLA-S. MEZZADRA, *Gli spazi d'Europa. Aporie del processo di costituzionalizzazione e pratiche di libertà*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 1/2008, 129-148; M. LUCIANI, *Costituzione, integrazione europea, globalizzazione*, in *Questione giustizia*, 6/2008, 65-79; C. DE FIORES, *L'Europa alla ricerca del suo "We the people"*, in *Dem. dir.*, 3/2010, 62-91; C. CURTI GIALDINO, *Riflessioni sul carattere costituzionale dei Trattati istitutivi delle Comunità e dell'Unione europea*, in *Federalismi.it*, 16/2018, 2 ss.*

¹³⁹ Così S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, Sansoni, 1977³, 7, riferendosi all'inutilità della comune definizione del diritto ai fini della risoluzione dei massimi problemi delle discipline giuridiche particolari.

Le due posizioni esposte in precedenza possono essere così compendiate: una Costituzione europea non può esistere perché non esiste un popolo europeo (Grimm); l'Unione europea ha bisogno di una Costituzione «per rilanciare il suo afflato ideale» (Habermas). Una terza posizione, incarnata soprattutto da Joseph Weiler, afferma – in termini non dissimili da quelli usati dalla Corte di giustizia nelle decisioni sopra richiamate – che l'Unione europea *ha già* una sua peculiare Costituzione non scritta, che rischierebbe di essere «snaturata» dalla scrittura di una Carta costituzionale.

Ben lungi dal potersi ridurre a mera apologia dello *status quo* e dell'attuale assetto «funzionalista», la teoria di Weiler è in ogni caso condizionata da un giudizio complessivamente positivo in merito al processo di integrazione europea¹⁴⁰. È convinzione dello studioso americano che il «federalismo costituzionale europeo» costituisca alcunché di assolutamente originale, una sfida alla tradizione concettuale post-westfaliana. L'idea di formalizzare la «peculiare costituzione europea» rischia, in questa prospettiva, di portare ad una sclerotizzazione di quanto di meglio ha prodotto il processo di integrazione; la ricerca ossessiva di un'«autorità ultima» a livello sovranazionale, secondo un'esigenza che si ascrive ad una corrente di pensiero in grado di combinare, curiosamente, Kelsen e Schmitt, distoglie l'attenzione, secondo Weiler, dall'unica vera *Grundnorm* del diritto dell'Unione, ovvero la «tolleranza costituzionale». In questo senso, la complessità del disegno istituzionale, la divaricazione tra legittimazione politica e forza normativa, il rispetto del pluralismo costituiscono il *Sonderweg* europeo, meritevole di essere salvaguardato contro le tentazioni nazionaliste. Se certamente l'architettura istituzionale dell'Unione è suscettibile di correzioni e modifiche, ad esempio sotto il profilo della partecipazione democratica dei cittadini europei, non si vede l'esigenza di «mettere per iscritto» una Costituzione già esistente da decenni¹⁴¹.

Più vicina alla posizione di Grimm la disamina di un altro grande giurista tedesco, Ernst-Wolfgang Böckenförde. Questi, descrivendo con ampie pennellate le principali

¹⁴⁰ F. VECCHIO, *Costituzionalismo multilivello e unità interpretativa dell'ordinamento giuridico*, in *Rass. parl.*, 4/2010, 869.

¹⁴¹ V. *ex multis* J.H.H. WEILER, *The Constitution of Europe. "Do the New Clothes have an Emperor?" and Other Essays on European Integration*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, 343 ss.

tappe del processo di integrazione, mette in luce i limiti della prospettiva funzionalistica, della quale a suo parere sono esplose le contraddizioni nel periodo dell'unificazione monetaria. Siffatti limiti emergono in due direzioni. In primo luogo, la separazione delle libertà economiche dagli «spazi politici» riservati agli Stati determina una divaricazione tra un'area di «economia pura», emancipata dall'economia sociale di mercato, e ambiti quali il mercato del lavoro e generalmente il campo sociale ove gli Stati vedono comunque indirettamente limitata la propria competenza regolativa in ragione della normativa e dei vincoli comunitari. Si rinuncia così all'unità «un tempo faticosamente conquistata, di spazio statale, spazio sociale e spazio economico regolato, che è una base operativa del moderno Stato del welfare e dell'economia sociale di mercato»¹⁴². Il secondo limite è connesso specificamente all'unione valutaria: quest'ultima è il «punto cardine dove l'economia e la politica si incrociano»¹⁴³. Le tensioni politiche che hanno seguito l'introduzione della moneta comune sono legate, secondo Böckenförde, al nodo irrisolto della solidarietà politica. A livello europeo manca una politica comune del lavoro e un sufficiente coordinamento delle politiche finanziarie e di bilancio. Ciò implica, da una parte, che le istituzioni europee non siano nelle condizioni di attuare politiche redistributive e trasferimenti su larga scala; dall'altra, che ai governi nazionali «manchi il denaro» per rimediare alla perdita di competitività, cui in passato potevano ovviare anche tramite il meccanismo di compensazione dei cambi liberi o statalmente modificati¹⁴⁴. L'esempio degli Stati Uniti dimostra, in questo senso, che «un'area valutaria economicamente non ottimale può, in un ambito statale unitario, essere benissimo mantenuta unita grazie alla solidarietà politica esistente, che si materializza in notevoli compensazioni finanziarie. Ma aspettarsi che tali esigenze di trasferimento stabiliscano da parte loro una solidarietà politica prima inesistente, è un capovolgimento della realtà»¹⁴⁵. Di più: l'affidamento della direzione della politica monetaria alla Banca centrale europea, comitato

¹⁴² E.W. BÖCKENFÖRDE, *Diritto e secolarizzazione. Dallo Stato moderno all'Europa unita*, Roma-Bari, Laterza, 2007, 183.

¹⁴³ *Ibidem*, 184.

¹⁴⁴ *Ibidem*, 185.

¹⁴⁵ *Ibidem*, 187.

indipendente preposto all'applicazione della *Grundnorm* della «stabilità dei prezzi», accresce questa asimmetria, quando persino Jacques Delors, «certo non un euroscettico», riteneva imprescindibile completare l'unione valutaria con un «governo economico europeo» che ristabilisse il *primato della politica*¹⁴⁶. L'idea cardine del progetto monnetiano, dell'integrazione economica quale «costrizione indiretta all'unione politica», sembra a questo punto mostrare la corda. Scelte presentate come «a-politiche», incidendo profondamente sugli equilibri macro-economici, costituiscono in realtà precise opzioni politiche; chiare influenze schmittiane rilucono nell'affermazione di Böckenförde per cui il Politico «non è un settore come gli altri, ma l'elemento di tensione che li attraversa tutti»¹⁴⁷. Una possibile soluzione a questa *impasse*, tale da sorreggere una autentica politica economica a livello sovranazionale, è la trasformazione dell'Unione in senso federale, purché siano salvaguardate le identità nazionali. Lo scetticismo del giurista tedesco emerge tuttavia – e qui senza dubbio riecheggiano le tesi di Grimm – ove si discuta della *vexata quaestio* della legittimità democratica delle autorità sovranazionali. Constatando che quest'ultima «è un bene raro nell'Unione europea»¹⁴⁸, Böckenförde lamenta l'assenza di un *demos* europeo inteso non sulla base di un dato biologico-naturale, ma di una condivisione di memorie, speranze, miti fondazionali che necessariamente sostengano un'unità politica altrimenti fragile, se non insussistente. È dunque l'assenza di un adeguato *sense of belonging* a rendere per ora «ozioso» qualsivoglia progetto di costituzione democratica per l'Europa. Urge piuttosto un dibattito politico sulle finalità dell'unificazione europea, che conduca l'Unione fuori dalla «trappola dell'economia».

Il rapporto tra politica e costituzione è al centro anche delle riflessioni di Étienne Balibar. Questi si distacca dalla tradizione di pensiero marxista in merito al significato e al ruolo del diritto ai fini della trasformazione della società e della lotta contro le disuguaglianze sociali: vi è infatti una «potenza» propria del diritto, che ne fa lo strumento di una possibile innovazione delle strutture costituzionali. Sulla narrazione

¹⁴⁶ *Ibidem*, 188.

¹⁴⁷ R. ESPOSITO, *Da fuori*, cit., 214.

¹⁴⁸ E.W. BÖCKENFÖRDE, *Diritto e secolarizzazione*, cit., 193.

dominante della costruzione europea e delle strutture portanti della sua architettura istituzionale aleggia un «non detto» legato non ai limiti propri del diritto e della «descrizione giuridica»¹⁴⁹ del sistema europeo, ma al controverso rapporto tra l'opzione economica liberale e l'istituzione dei diritti sociali. Soprattutto a partire dal Trattato di Maastricht il dogma della stabilità economica e monetaria, cui è funzionale la garanzia dell'assoluto «rigore di bilancio», costituisce il nucleo essenziale di una scelta *lato sensu* costituente, eppure sottratta alla discussione – non essendo stato ripensato l'*acquis* comunitario, come visto *supra* – persino al momento del dibattito sul Trattato costituzionale. Sfugge così ai più il «significato fondamentale» dell'assetto politico europeo, così come il rischio che l'indebolimento della lotta alle disegualianze sociali – principale fattore di esclusione dall'attività politica – vada ad inficiare proprio il contributo forse più significativo dell'Europa all'idea di costituzione¹⁵⁰. Esiste un percorso alternativo sia alla «teologia politica» applicata all'Europa, con il suo portato di concetti tradizionali difficilmente compatibili con l'architettura giuridica sovranazionale e il suo approccio risolvendosi, in ultima analisi, in una sorta di «sovrano post-nazionale», sia alla visione funzionalistica, con gli annessi rischi di smobilitazione politica e riduzione della politica al diritto, al punto da vedere anche nella Costituzione il mero prodotto tecnico dei giuristi? Secondo Balibar il processo costituente deve innovare le tradizioni costituzionali consolidate, evitando di dissolvere il Politico in un circuito decisionale «tecnico» e chiuso alla partecipazione effettiva dei cittadini europei. Alla luce di questo sfondo teorico, e affrontando il problema della Costituzione secondo una «prospettiva cosmica», il filosofo francese si sofferma altresì sulle caratteristiche della cittadinanza europea così come disegnate dal progetto di Trattato costituzionale, indagandone la *sostanza politica*. È infatti nella nozione di cittadinanza che si individua «il criterio ultimo per valutarne la portata giuridica e politica»¹⁵¹; l'estensione della cittadinanza è la verità di una costituzione. Quattro carenze o aporie affiorano a questo riguardo: la sovranità, l'identità, i diritti

¹⁴⁹ E. BALIBAR, *Europa, paese di frontiere*, cit., 71.

¹⁵⁰ *Ibidem*, 74.

¹⁵¹ *Ibidem*, 83.

fondamentali e il ruolo dell'UE nel mondo globalizzato. Tutti e quattro questi aspetti rivelano a un tempo il rischio di un cedimento dell'ideale democratico – in particolare in forza dell'effetto escludente della nozione di cittadinanza europea, paragonato da Balibar ad una forma di *apartheid*¹⁵² – e la necessità di una rifondazione del progetto politico europeo. Solo affrontando questi conflitti interni l'Unione potrà trovare una collocazione nel contesto geopolitico globale, nell'orizzonte della prospettiva teorica che il filosofo definisce «nuovo internazionalismo» (o *realismo cosmopolitico*).

Se le riflessioni di Balibar si intrecciano alla corrente decostruzionista senza dividerne l'approdo ad una «tonalità impolitica», contro la dissoluzione dell'identità europea operata da Derrida e dai suoi eredi si staglia, sempre nell'alveo del pensiero francese, una corrente neotocquevilleana¹⁵³, incarnata da autori quali Claude Lefort, Pierre Manent e Marcel Gauchet. Nelle posizioni di quest'ultimo, ad esempio, si rinviene un'aperta ostilità al progetto cosmopolitico incarnato nell'«ideologia dei diritti umani». A due secoli di distanza dai moti rivoluzionari francesi, i diritti umani riacquistano assoluta centralità nel dibattito giuridico-costituzionale, divenendo anzi fondamento di qualsivoglia potere pubblico che si pretenda legittimo. Nell'attuale contesto essi tuttavia non si pongono quali strumenti di contestazione di un *ancien régime* da abbattere, ma quali cause di uno svuotamento del principio democratico. Trasformare i diritti umani nell'anima di ogni politica significa, secondo il filosofo francese, «condannarsi all'impotenza collettiva»¹⁵⁴. Un'Unione europea fondata su una sorta di «sacralizzazione» dei diritti individuali di matrice economica non può che rispondere a questa descrizione di *democrazia fantasmatica*, che nel momento stesso in cui proclama l'intangibilità dei propri ideali vede svuotarsi, al suo interno, ogni processo autenticamente democratico.

Al centro delle riflessioni del tedesco Peter Häberle vi è invece l'idea di Costituzione come «stadio della cultura». Nella suggestiva ricostruzione di questo costituzionalista atipico, la Costituzione si alimenta della dimensione culturale, ed è anzi «espressione di

¹⁵² *Ibidem*, 89.

¹⁵³ R. ESPOSITO, *Da fuori*, cit., 220.

¹⁵⁴ M. GAUCHET, *La démocratie contre elle-même*, Paris, Gallimard, 2002, tr. it. *La democrazia contro se stessa*, Troina, Città Aperta, 246.

uno stato di sviluppo culturale, mezzo per il manifestarsi della cultura di un popolo, specchio della sua eredità culturale e fondamento delle sue speranze»¹⁵⁵. Risulta dunque fuorviante una disamina degli istituti costituzionali limitata alla dimensione giuridica; si intravede qui l'influenza sia del modello smendiano di Costituzione come processo di integrazione sociale, sia della visione popperiana della società e della storia¹⁵⁶. Applicata all'Unione europea, la «scienza della cultura» mette in evidenza la *costituzionalità* dell'ordinamento sovranazionale, e al contempo la «relativizzazione delle Costituzioni dello Stato nazionale in Costituzioni parziali»¹⁵⁷. Pur consapevole dei limiti del processo di costituzionalizzazione dell'UE¹⁵⁸, Häberle ritiene che l'esistenza di una cultura giuridica europea comune sia l'elemento decisivo e che perciò l'Europa sia un esempio di «comunità costituzionale», che a livello concettuale discende da questa cultura – per quanto l'economia sia stata potente motore dell'integrazione. Occorre allora liberare il concetto di Costituzione «dal suo focus – molto tedesco – sullo Stato»¹⁵⁹ ed aprirlo verso le comunità regionali, transnazionali e internazionali, come passo ulteriore «sul sentiero dello studio universale della costituzione»¹⁶⁰.

4. *Multilevel constitutionalism*: origini, contenuti e sviluppo di una teoria

La locuzione *multilevel constitutionalism* fu introdotta dal giurista tedesco Ingolf Pernice nel 1998¹⁶¹, quale equivalente in lingua inglese della (non agevolmente

¹⁵⁵ P. HÄBERLE, *Stato costituzionale: I) Principi generali*, in *Enc. giur.*, IX, Roma, 2001, 2.

¹⁵⁶ F. POLITI, *Stato costituzionale e Kulturstaat nel pensiero di Peter Häberle*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2002, 463 ss.

¹⁵⁷ P. HÄBERLE, *Dallo Stato nazionale all'Unione europea: evoluzioni dello Stato costituzionale. Il Grundgesetz come Costituzione parziale nel contesto della Unione europea: aspetti di un problema*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2002, 460.

¹⁵⁸ P. HÄBERLE, *Costituzione e identità culturale. Tra Europa e Stati nazionali*, Milano, Giuffrè, 2006, 62 ss.

¹⁵⁹ P. HÄBERLE, *Il costituzionalismo come progetto della scienza*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, 1/2018, 3.

¹⁶⁰ *Ibidem*, 1.

¹⁶¹ I. PERNICE, *Constitutional Law Implications for a State Participating in a Process of Regional Integration. German Constitution and Multilevel Constitutionalism*, in E. RIEDEL (a cura di), *German*

traducibile) originaria espressione *Verfassungsverbund* («unione costituzionale»). Questo concetto divenne ben presto uno dei più dibattuti e controversi della scienza giuspubblicistica europea, ed ebbe tale fortuna da oltrepassare altrettanto rapidamente i confini dettati dall'originario dibattito tedesco, subendo però una rarefazione semantica che l'ha trasformato in una sorta di «etichetta» attribuita a qualsivoglia teoria post-nazionale della Costituzione nel contesto europeo¹⁶². Ripercorrere la genealogia di questa espressione significa allora ricostruirne l'itinerario concettuale, muovendo dalla sua elaborazione prima e soffermando l'attenzione sui postulati fondamentali della teoria che ne è alla base, analizzandone successivamente sia le implicazioni ai fini della nostra disamina sia i fraintendimenti di cui essa è stata oggetto.

La teoria del *multilevel constitutionalism* non si limita a riconoscere la natura *sui generis* dell'ordinamento sovranazionale che si è formato in Europa ovvero l'impatto talvolta dirompente del diritto dell'Unione sulle strutture costituzionali nazionali; bensì si propone di concettualizzare il processo di integrazione europea in termini di diritto costituzionale. L'obiettivo, in particolare, è spiegare come l'affermarsi nel contesto europeo di un ulteriore «livello ordinamentale», di carattere *costituzionale*, possa conciliarsi con l'incontestabile persistenza degli ordinamenti costituzionali nazionali¹⁶³. Assolutamente centrale, nell'articolazione delle proposizioni fondamentali di siffatta teoria, è l'individuazione di un fondamento di natura democratica alla base del potere pubblico europeo: affermazione connessa ad una concezione contrattualistica del diritto e non priva di criticità e aporie. Per quanto alcuni aspetti del costituzionalismo multilivello, delineati negli anni immediatamente successivi all'adozione del Trattato di Maastricht, siano stati sottoposti a variazioni, correzioni o adattamenti alla luce delle modifiche apportate ai Trattati, dell'adozione della Carta di Nizza e dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, il nucleo essenziale dello stesso è rimasto pressoché immutato; si ritiene anzi che le novità di Lisbona abbiano confermato una sostanziale

Reports on Public Law Presented to the XV International Congress on Comparative Law, Baden-Baden, Nomos, 1998, 40-66.

¹⁶² N. WALKER, *Multilevel Constitutionalism: Looking Beyond the German Debate*, in K. TUORI-S. SANKARI (a cura di), *The Many Constitutions of Europe*, Farnham, Ashgate, 2010, 143.

¹⁶³ P. SCARLATTI, *Costituzionalismo multilivello e questione democratica nell'Europa del dopo-Lisbona*, in *Rivista AIC*, 1/2012, 4 ss.

continuità con l'impostazione teorica proposta dagli alfieri del *multilevel constitutionalism*.

4.1 – *Staatenverbund o Verfassungsverbund?*

Sembra che l'origine dell'espressione *multilevel constitutionalism* – *rectius*: dell'originale tedesco *Verfassungsverbund* – sia in un certo senso contingente: una reazione alla celeberrima sentenza del *Bundesverfassungsgericht* sul Trattato di Maastricht (cd. «Maastricht-Urteil»¹⁶⁴), foriera tuttavia di un fecondo dibattito prima nella dottrina tedesca, poi in quella che, con Peter Häberle, potremmo definire la «società aperta degli interpreti della Costituzione» (europea)¹⁶⁵. La sentenza in questione ha costituito senza dubbio una fondamentale «svolta narrativa» nella storia del processo di integrazione europea: pur respingendo un ricorso, e dichiarando inammissibili tutti gli altri, la Corte di Karlsruhe accoglieva infatti nella sostanza le argomentazioni dei ricorrenti, dirette a salvaguardare il nucleo essenziale del principio democratico a fronte di un'incontrollata estensione delle competenze dell'istituenda Unione europea. Potrebbe allora paragonarsi questa decisione «alla nostra sentenza interpretativa di rigetto, allorché la nostra Corte dichiara infondata la questione, ma nei sensi di cui in motivazione, e questa motivazione è tale che in sostanza la questione viene accolta»¹⁶⁶. Il *Maastricht-Urteil* ha consentito infatti al giudice costituzionale tedesco di descrivere con ampiezza di argomenti la sua concezione dell'ordinamento europeo, evidenziandone in particolare i limiti e *deficit*, soprattutto sul piano della legittimazione democratica. Il *focus* del ragionamento della Corte risiede nella valorizzazione dell'art. 38 del *Grundgesetz*, dedicato al diritto di voto. Quest'ultimo è inteso non nel suo aspetto meramente formale, ma quale possibilità di incidere autenticamente sulle scelte politiche sostanziali adottate dagli organi rappresentativi a livello nazionale. Salvaguardare le competenze del *Bundestag*, eventualmente anche

¹⁶⁴ BVerfGE 89, 155.

¹⁶⁵ P. HÄBERLE, *Costituzione e identità culturale*, cit., 62.

¹⁶⁶ G.U. RESCIGNO, *Il tribunale costituzionale federale tedesco e i nodi costituzionali del processo di unificazione europea*, in *Giur. cost.*, 4/1994, 3119.

contro una spoliazione dei suoi poteri sostanziali da esso stesso accettata, costituisce per la Corte uno strumento ineludibile per tutelare anche e soprattutto il principio democratico che si inverte nell'espressione della volontà popolare tramite il suffragio. Ciò non dovrebbe di per sé solo implicare la fissazione di un limite invalicabile alla devoluzione di poteri sovrani ad organizzazioni sovranazionali o internazionali; ciò che è davvero dirimente, secondo la Corte, è che la legittimazione popolare delle scelte politiche fondamentali sia garantita anche all'interno delle strutture ultra-statali. La successiva enucleazione di una serie di condizioni pregiudiziali, tali da rendere possibile il corretto funzionamento di un sistema democratico – argomenti simili a quelli tradizionalmente propugnati dalla *no demos thesis* – sembra tuttavia ridurre la portata dell'ultima affermazione: se attualmente siffatte condizioni pregiudiziali affinché una democrazia europea sia concepibile non sussistono, né sembrano profilarsi all'orizzonte, allora i suddetti limiti invalicabili all'integrazione sovranazionale debbono essere necessariamente fissati, e dev'essere parimenti garantita la sovranità statale entro la quale il principio democratico sembra potersi dispiegare con una portata finora ineguagliata. Non si può allora non condividere la percezione di una «diffidenza di fondo (in taluni passi si direbbe quasi una malcelata ostilità) nei confronti della Comunità europea»¹⁶⁷, che emerge non solo dalle suseposte argomentazioni in ordine al rapporto tra principio democratico e costruzione di realtà politiche sovranazionali, ma anche dalla successiva disamina dei tratti salienti del Trattato di Maastricht. È infatti qui che la Corte sembra voler mettere in discussione non soltanto gli sviluppi futuri del progetto di integrazione, ma anche l'(allora) attuale assetto dei rapporti tra i due ordinamenti, tramite una concettualizzazione più vicina alla visione internazionalista che all'approccio sovranazionale all'UE¹⁶⁸, quale risulta in particolare dalla giurisprudenza della CGUE.

La Corte di Karlsruhe sottolinea con forza, in questa decisione, come le competenze dell'Unione europea, in forza di quella pietra angolare del diritto sovranazionale che è il

¹⁶⁷ A. GATTINI, *La Corte costituzionale tedesca e il Trattato sull'Unione europea*, in *Riv. dir. int.*, 1/1994, 116.

¹⁶⁸ Vedi I. PERNICE-F.C. MAYER, *La Costituzione integrata dell'Europa*, in G. ZAGREBELSKY (a cura di), *Diritti e Costituzione nell'Unione europea*, Roma, Laterza, 2003, 47 ss.

principio di attribuzione, siano competenze *tassative*: essa non è uno Stato federale, ma un'«associazione» o «unione di Stati» (*Staatenverbund*¹⁶⁹). Se le competenze sono tassativamente enumerate, non è sostenibile che la *Kompetenz-Kompetenz* spetti all'Unione; non è inoltre ammissibile che le competenze della stessa siano allargate per via interpretativa; occorre, dice ancora la Corte, una rigida applicazione del principio di sussidiarietà; è escluso infine qualsiasi automatismo sia nell'implementazione dell'Unione economica e monetaria, sia in generale nell'espansione ulteriore delle competenze europee, per cui è in ogni caso richiesta la modifica dei Trattati.

L'approccio adottato da Ingolf Pernice nei suoi scritti sull'integrazione europea non potrebbe essere più distante da quello sin qui esposto. Di comune vi è soltanto la premessa: l'Unione europea non è uno Stato¹⁷⁰. Non è neppure, secondo lo studioso tedesco, una mera «associazione di Stati» (*Staatenverbund*), in quanto quest'espressione non sembra idonea a cogliere la specificità della costruzione europea, che non ha più molto in comune con un'organizzazione internazionale classica. Il termine coniato da Pernice in contrapposizione alla visione propugnata nel *Maastricht-Urteil*, ovvero *Verfassungsverbund*, provoca tuttavia non trascurabili difficoltà di traduzione. Se *multilevel constitutionalism* cattura l'essenza del concetto¹⁷¹, ma non può evitare un non lieve «slittamento semantico» che è peraltro all'origine di significativi fraintendimenti della teoria nel suo complesso, pure la traduzione francese – *constitution composée* – per quanto più letterale non è del tutto sovrapponibile, in quanto risolve, nel senso dell'unità, l'ambiguità insita nell'originale tedesco, che lascia invece aperto l'interrogativo sul fatto che vi sia una sola Costituzione «composita» ovvero ventotto Costituzioni integrate¹⁷².

¹⁶⁹ Come osserva A. GATTINI, *La Corte costituzionale tedesca*, cit., 124, nt. 29, il termine si deve allo stesso giudice relatore della sentenza, ovvero Kirchhof (v. la voce *Europäische Integration* nel vol. VII di J. ISENSEE-P. KIRCHHOF (a cura di), *Handbuch des Staatsrecht*, Heidelberg, Muller, 1992, 855 ss.).

¹⁷⁰ I. PERNICE, *Multilevel Constitutionalism in the European Union*, in *WHI-Paper 5/02*, www.whi-berlin.de/pernice-constitutionalism.htm, 2001, 1 ss.

¹⁷¹ F.C. MAYER-M. WENDEL, *Multilevel Constitutionalism and Constitutional Pluralism*, in M. AVBELJ-J. KOMÁREK (a cura di), *Constitutional pluralism in the European Union and beyond*, Oxford, Hart Publishing, 2012, 129.

¹⁷² *Ibidem*.

Al netto delle difficoltà di ordine linguistico, vale la pena di soffermarsi sul diverso *focus* della scelta terminologica di Pernice in confronto all'impostazione adottata dalla Corte costituzionale tedesca: *Verfassung*, Costituzione, invece di *Staat*, Stato. Se, con una certa dose di inevitabile approssimazione, *Verfassungsverbund* può tradursi con «unione di Costituzioni», che cosa aggiunge questa sostituzione alla concettualizzazione del potere pubblico sovranazionale? Dare maggiore rilievo alla Costituzione che allo Stato significa senza dubbio invertire l'ordine dei termini di una dicotomia che, in una linea di pensiero che Pernice riconosce incarnata al massimo grado da Carl Schmitt, affermava tradizionalmente la precedenza dello Stato rispetto alla Costituzione. Con una notevole forzatura, può sintetizzarsi questa dottrina «statalista» affermando che non può esservi Costituzione senza uno Stato a cui la si applichi. Per Schmitt che lo Stato preceda la Costituzione, e non viceversa, è «premessa non ulteriormente motivata»¹⁷³; la Costituzione giuridica non produce lo Stato, in quanto è piuttosto lo Stato il presupposto della sua validità. Questa «precedenza» dello Stato si desume peraltro già dalla nota definizione schmittiana di Costituzione: se quest'ultima è la decisione sulla *forma* dell'unità politica, e non sulla sua creazione o persistenza, ciò significa che l'esistenza dell'unità politica è *presupposta*¹⁷⁴. Un'accurata disamina delle diverse dimensioni della nozione di Costituzione rappresenta allora la premessa di un discorso rivolto a dimostrare la progressiva perdita di capacità esplicativa di siffatta dottrina statalista, a fronte di processi quali la globalizzazione e l'integrazione europea¹⁷⁵. Ma può esservi Costituzione senza Stato?

4.2 – Un sistema costituzionale composito

La risposta della dottrina del *multilevel constitutionalism* sta nella ricerca di una «base sufficientemente omogenea», nella tradizione del costituzionalismo occidentale, al fine di enucleare un concetto di Costituzione che, una volta disgiunto dall'«abbraccio

¹⁷³ E.W. BÖCKENFÖRDE, *Diritto e secolarizzazione*, cit., 122.

¹⁷⁴ *Ibidem*, 123 nt. 14.

¹⁷⁵ I. PERNICE-F.C. MAYER, *La Costituzione integrata dell'Europa*, cit., 44 ss.

mortale» con la declinante cornice statale, possa attagliarsi a forme diverse di organizzazione politica, di carattere sia sovra- sia sub-statale. In questo senso, una teoria costituzionale sovranazionale può trovare le proprie radici in quell'indirizzo teorico «contrattualista» che, germinato dalla filosofia politica di Locke e Rousseau, dischiude prospettive del tutto nuove da cui guardare alla Costituzione: funzione precipua di questa non è articolare gli elementi essenziali dell'ordinamento fondamentale dello Stato, ma *fondare* la legittimità del pubblico potere sulla base di un «contratto sociale» tra gli individui in un territorio definito¹⁷⁶. Lo Stato diviene allora oggetto, *creazione* della Costituzione; quest'ultima precede così lo Stato come ogni altro pubblico potere; non vi è più Stato di quanto non stabilisca la Costituzione. Muovendo da questo presupposto, dunque dall'idea che il *proprium* del concetto di Costituzione risieda nell'essere questa al contempo *limitazione* imposta al potere e *fondazione* del medesimo, e non ne costituisca invece tratto essenziale la correlazione con la cornice statale, Pernice tratteggia quella che a suo modo di vedere è l'essenza della concezione democratica della Costituzione.

L'approccio così delineato, calato nello scenario europeo, induce a chiedersi se l'approccio internazionalista non meriti una definitiva «archiviazione», a fronte delle peculiarità dell'organizzazione che risponde al nome di Unione europea. Per fare soltanto pochi esempi, il diritto dell'Unione gode di efficacia diretta nei confronti dei cittadini degli Stati membri; esso si applica altresì con precedenza rispetto al diritto nazionale, nelle materie attribuite alla competenza dell'Unione; il livello di integrazione giuridica tra gli ordinamenti degli Stati membri rappresenta oramai qualcosa di assimilabile a quello proprio di una qualsiasi federazione di Stati. L'impatto del diritto europeo sulle strutture costituzionali degli Stati membri è stato tale che queste ultime non possono essere *comprese* in ogni loro aspetto senza fare riferimento al diritto dell'organizzazione sovranazionale; ovviamente, vale anche il contrario.

La teoria sin qui sinteticamente esposta afferma una sostanziale continuità con la linea di pensiero contrattualistica, integrata tuttavia con il riferimento alle grandi

¹⁷⁶ *Ibidem*, 45.

questioni giuridiche poste dalla globalizzazione. La teoria del costituzionalismo democratico di Pernice abbraccia infatti una concezione «post-nazionale» di Costituzione, in base alla quale le istituzioni nazionali e sovranazionali, tra loro complementari, costituiscono gli strumenti ineludibili per affrontare le sfide del mondo globalizzato. Ecco allora che gli ordinamenti di Unione europea e Stati membri formano gli «elementi di un sistema costituzionale unico, composito o integrato»¹⁷⁷, o più semplicemente essi – complessivamente considerati – *sono* la «Costituzione europea». I due livelli di potere pubblico «si influenzano reciprocamente, coinvolgendo a più dimensioni i singoli cittadini ovvero i medesimi soggetti di diritto»¹⁷⁸. Trattasi non di una Costituzione statica, dunque dell'esito di un atto costituente collocato nel tempo, soggetto successivamente soltanto a modifiche di portata più o meno limitata e ad una evoluzione di carattere eminentemente interpretativo, come nella teoria costituzionale classica; vi è piuttosto un «processo costituente permanente»; la Costituzione europea è costantemente *in progress*, grazie alle revisioni dei Trattati, all'interazione dinamica tra gli ordinamenti, all'interpretazione evolutiva delle norme europee nel dialogo giurisprudenziale tra Corte di giustizia, Corti costituzionali nazionali e giudici comuni.

Ma per quale ragione occorre concettualizzare l'Unione europea in termini di diritto costituzionale? La portata dei poteri «sovrani» attribuiti alle istituzioni sovranazionali o l'impatto degli stessi sulle strutture costituzionali degli Stati membri inducono senz'altro a ritenere che l'Unione abbia un *je ne sais quoi* che ne fa qualcosa di più di una organizzazione internazionale classica; ma sono anche sufficienti a giustificare l'impiego dell'impegnativo termine *Costituzione*? Pernice sottolinea condivisibilmente che la nozione di Costituzione, «quando non sia utilizzata in un senso completamente arbitrario per indicare un ordinamento di base qualsiasi, deve dar prova di una sua sufficiente specificità»¹⁷⁹. Questa specificità è data allora dalla connessione con la volontà dei cittadini degli Stati membri, i quali, esprimendosi tramite i propri governi o parlamenti nell'ambito delle procedure di negoziazione dei trattati ovvero

¹⁷⁷ *Ibidem*, 49.

¹⁷⁸ *Ibidem*.

¹⁷⁹ *Ibidem*, 51.

pronunciandosi direttamente per via referendaria, hanno *costituito* l'Unione europea, ovvero «un'autorità pubblica europea originaria e autonoma la cui legittimità riposa unicamente sulla volontà comune dei cittadini». In questa prospettiva, dunque, sono gli individui

- che costituiscono nuove istituzioni sovranazionali, attribuendo loro specifiche prerogative di potere pubblico rispetto agli Stati membri e ai singoli;
- che stabiliscono i principi fondamentali e i valori comuni sotto forma di obiettivi da perseguire da parte delle istituzioni così create;
- che fissano le procedure da seguire, comprese le forme di partecipazione e di controllo del potere così costituito a opera dei rappresentanti dei governi e dei cittadini;
- che si definiscono come cittadini dell'Unione e che determinano il loro *status* nei confronti dell'Unione e delle sue istituzioni, ossia i loro diritti di partecipazione democratica, i loro diritti fondamentali e le loro libertà¹⁸⁰.

4.3 – *Connessioni eterarchiche e identità multiple*

La comune «provenienza» dalla volontà dei cittadini, autentico *fons fontium* nel quadro costituzionale dipinto dal giurista tedesco, fa sì che il livello statale di governo non abbia una collocazione privilegiata nella struttura plurilivellare. Questa consiste appunto di diversi livelli, indipendenti e tra loro incommensurabili, ciascuno pretendente una propria «autonomia costituzionale»¹⁸¹. A dispetto anche dell'ambiguità semantica propria della parola «livello», i teorici del *multilevel constitutionalism* negano che i rapporti tra i *constitutional layers* si configurino in termini di gerarchia: «für den Verfassungsverbund ist gerade charakteristisch, dass er nicht hierarchisch strukturiert ist – trotz seiner Mehrebenenstruktur»¹⁸².

¹⁸⁰ *Ibidem*.

¹⁸¹ F.C. MAYER-M. WENDEL, *Multilevel Constitutionalism and Constitutional Pluralism*, cit., 135.

¹⁸² I. PERNICE, *Europäisches und nationales Verfassungsrecht*, in *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, vol. 60, 2001, 185.

Diverse sono le implicazioni di questa impostazione: la questione della «autorità ultima» è lasciata aperta da un punto di vista normativo¹⁸³, e il concetto di sovranità subisce una conseguente palingenesi. Anch'essa è «composita» o «integrata», in quanto gli Stati hanno rinunciato a frammenti di sovranità in favore dell'organizzazione sovranazionale, ma quest'ultima, pur contribuendo a rifondare questa stessa sovranità, non diviene entità sovrana nel senso tradizionale del termine, non annulla la sovranità degli Stati membri. Le stesse competenze acquisite dall'Unione non rispecchiano perfettamente i poteri perduti dagli Stati membri, disponendo essa di competenze nuove (si pensi al mercato unico): il trasferimento di competenze non è un gioco a somma zero. Il concetto di *sovranità europea integrata*, secondo Pernice, rispecchia perfettamente la situazione europea, anche più di «sovranità condivisa» che chiama in causa l'annosa questione dell'essenza monolitica della sovranità.

Quanto alla connessa questione delle relazioni tra gli ordinamenti nazionali e l'ordinamento sovranazionale, non si accoglie né una visione monista, né una dualista. La concezione monista in senso kelseniano è rigettata in quanto inevitabilmente connessa ad una visione gerarchica e piramidale degli ordinamenti (*Stufenbau*). Come non è sostenibile che gli ordinamenti nazionali siano derivati dall'ordinamento europeo – non disponendo l'UE della *Kompetenz-Kompetenz*, né fissando essa le norme sulla produzione normativa degli Stati membri –, così non si può affermare che il sistema di norme esistente a livello sovranazionale sia una mera propaggine degli ordinamenti nazionali. Se dunque la teoria monista fallisce nel cogliere le peculiarità del contesto europeo, non conduce ad esiti più soddisfacenti neppure la visione dualista, propugnata ad esempio dalla Corte costituzionale italiana. Nella visione dualista sono difficilmente concepibili forme di intersezione e compenetrazione tra sistemi normativi; gli ordinamenti in questione non sono, infatti, semplicemente *tangenti*, ma conoscono significative forme di sovrapposizione; non si spiega agevolmente, in particolare, la costante *apertura reciproca* degli ordinamenti, né i processi di «osmosi normativa» che caratterizzano l'architettura, sempre più barocca, del sistema europeo delle fonti.

¹⁸³ F.C. MAYER-M. WENDEL, *Multilevel Constitutionalism and Constitutional Pluralism*, cit., 135.

Ulteriore corollario della nozione di autonomia costituzionale e della visione pluralistica delle relazioni interordinamentali è il modo di intendere il principio del primato: quest'ultimo fa sì che la precedenza delle norme europee sia una «primazia nell'applicazione» (*Anwendungsvorrang*) e non una questione di «validità» (*Geltungsvorrang*)¹⁸⁴.

Quale *demos* ha costituito l'Unione europea? Pernice riconosce che dietro al «contratto sociale europeo» non si trova un popolo inteso in senso etnico o culturale. La Costituzione europea è piuttosto creazione di una «comunità di diritto, basata su valori comuni e su uno *status* comune di quei cittadini che fondano una nuova identità europea, aggiungendola alle loro identità locali, regionali e nazionali»¹⁸⁵. Non è certo casuale che questa definizione riecheggi le parole usate dalla Corte di giustizia negli arresti che più hanno contribuito a concepire in termini costituzionali l'Unione europea. Proponendo una visione prettamente individualistica dei processi di partecipazione democratica, lo studioso tedesco ritiene che il cittadino europeo, protetto dai diritti fondamentali e agevolato dai diritti politici stabiliti ai diversi livelli di governo (ovvero i diversi *demos*: le identità multiple del cittadino europeo richiamano i versi di Goethe, «*two souls alas! are dwelling in their chests*»¹⁸⁶), rappresenti il centro del sistema democratico sovranazionale e la fonte della legittimità dei suoi atti. L'esercizio concreto di questi diritti di partecipazione costituisce, secondo un processo dinamico e incrementale, un passaggio fondamentale in vista del riconoscimento di una unità politica che «assume fattualmente la funzione di un popolo»¹⁸⁷. Le obiezioni fondate sul *deficit* democratico dell'UE sono respinte sulla base sia dell'unicità dell'assetto istituzionale europeo, sia delle previsioni che garantiscono una partecipazione effettiva dei cittadini nonché l'*accountability* dell'attività delle istituzioni sovranazionali, in

¹⁸⁴ I. PERNICE, *Multilevel Constitutionalism and the Crisis of Democracy in Europe*, in *European Constitutional Law Review*, 3/2015, 553.

¹⁸⁵ I. PERNICE-F.C. MAYER, *La Costituzione integrata dell'Europa*, cit., 54.

¹⁸⁶ I. PERNICE, *Multilevel Constitutionalism and Open Democracy in Europe*, in *WHI – Paper 09/2013*, Humboldt-Universität zu Berlin, 10.

¹⁸⁷ I. PERNICE-F.C. MAYER, *La Costituzione integrata dell'Europa*, cit., 55.

particolare il Titolo II del TUE. Per quanto il potenziale democratico di queste previsioni debba ancora essere esplorato¹⁸⁸

there is a potential of new political control and active participation for the citizens in European policies through national channels and directly in an open dialogue with the Union institutions. In light of these circumstances and given the fact that these new opportunities of involvement are made use of, it deems hardly convincing that democracy and political self-determination in the Member States are endangered due to the remoteness of European institutions from the citizens and the absence of democratic accountability at the European level¹⁸⁹.

Evidente è, conclusivamente, la ridefinizione da parte di questa prospettiva teorica di alcuni dei paradigmi della scienza costituzionalistica moderna: oltre a riformulare in senso «post-nazionale» la nozione di Costituzione, Pernice reinventa, alla luce della sfida concettuale rappresentata dall'Unione europea, e ad un punto tale da sottoporli a una notevole tensione semantica, i concetti di popolo, sovranità e cittadinanza. L'architettura istituzionale dell'UE è da lui giudicata complessivamente adeguata allo scopo perseguito, e gli aggiustamenti pur talvolta ritenuti opportuni non sono tali da mutarne radicalmente l'aspetto. Lo stesso impianto teorico del *multilevel constitutionalism* è rimasto pressoché immutato nei suoi tratti essenziali, nonostante – dopo la sua elaborazione – si siano verificate svolte fondamentali (per quanto non si sia sempre trattato di passi avanti) del processo di integrazione, dall'adozione della Carta di Nizza al fallimento del Trattato costituzionale, dal Trattato di Lisbona alla *Brexit*. Anche gli studi più recenti sui principi della *open democracy* (cui si aggiunge una recente esplorazione delle potenzialità della *e-democracy*¹⁹⁰) mantengono pressoché inalterati i pilastri della teoria proposta negli anni Novanta.

¹⁸⁸ I. PERNICE, *Multilevel Constitutionalism and Open Democracy in Europe*, cit., 17.

¹⁸⁹ *Ibidem*, 19.

¹⁹⁰ I. PERNICE, *Multilevel constitutionalism and e-democracy*, in *Internet Policy Review*, 4 maggio 2016.

5. Cinque osservazioni critiche sul *multilevel constitutionalism*

Un non più recente scritto relativo alle diverse concezioni giuridiche dell'Unione europea¹⁹¹ esordisce ricordando che in ogni epoca della storia dell'uomo il Sole sorgeva e tramontava, eppure fino a qualche secolo fa la Terra era ritenuta il centro dell'Universo; gli astri e la stessa volta celeste sembravano essere stati creati in funzione del nostro pianeta. Tutt'ora il Sole sorge e tramonta, ma la nostra concezione del mondo è cambiata radicalmente, sono mutati i nostri punti di riferimento.

Se, com'è ovvio, del diritto costituzionale non si possono fare le «sensate esperienze e dimostrazioni necessarie» di cui parla Galileo nella *Lettera a Madama Cristina di Lorena Granduchessa di Toscana*, è purtuttavia vero che esso si radica in esperienze istituzionali effettive e concrete, e che le sue categorie solo fino ad un certo punto possono essere disgiunte dai contesti storici, politici e culturali di riferimento tramite processi di astrazione. In questo senso, teorie e modelli del diritto costituzionale si confrontano quotidianamente in dottrina, e il fine resta sempre quello di fornire gli strumenti per *leggere la realtà*. Ciò che spesso rimane velato è tuttavia il processo di creazione di siffatti modelli teorici, nel quale una componente «valoriale» è ineliminabile: nessun modello è *puro*, ed è fondamentale che dalla visione proposta emerga il «punto di vista» dell'autore, nel senso accennato nell'*Introduzione* del presente lavoro.

5.1 – *Il soggetto assente*

Si è detto correttamente che il Trattato di Lisbona «mostra sotto più profili una tendenziale continuità con la prospettiva del costituzionalismo multilivello»¹⁹². Il testo

¹⁹¹ C. RICHMOND, *Preserving the Identity Crisis: Autonomy, System and Sovereignty in European Law*, in *Law and Philosophy*, 1997, 377-420.

¹⁹² P. SCARLATTI, *Costituzionalismo multilivello e questione democratica nell'Europa del dopo-Lisbona*, cit., 13. Non a caso lo stesso Pernice, a proposito del Trattato di Lisbona, parla di «multilevel constitutionalism in action», in I. PERNICE, *The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism in Action*, in *Colum. J. Eur. L.*, 2009, 349 ss.

del Trattato conferma in particolare l'idea per cui il cittadino europeo è il fulcro del sistema costituzionale dell'Unione e il principale motore della sua legittimazione democratica. Si afferma in particolare che le decisioni debbono essere adottate nel modo *più vicino possibile ai cittadini* (art. 1 TUE); si menziona il carattere «fondativo» dei valori del *rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani* (art. 2); la protezione dei cittadini è ulteriormente menzionata nell'art. 3, parr. 3 e 5, e grande valore riveste chiaramente l'equiparazione della Carta dei diritti fondamentali dell'UE ai Trattati sul piano dell'efficacia giuridica (art. 6 par. 1). L'intero Titolo II è dedicato ai *Principi democratici*: ai tradizionali principi della democrazia rappresentativa – la quale si esprime sia nell'essere i cittadini rappresentati direttamente nel Parlamento europeo, sia nell'essere i loro rispettivi governi nazionali democraticamente responsabili nei confronti dei parlamenti o dei cittadini stessi, sia nel rafforzamento del ruolo dei parlamenti nazionali nel circuito decisionale multilivello – sono affiancati nuovi strumenti di democrazia partecipativa, tra cui il diritto d'iniziativa popolare (art. 11 par. 4). Degne di nota anche le previsioni relative alla trasparenza e alla pubblicità delle attività delle istituzioni dell'UE (si vedano in particolare gli artt. 11 del TUE e 15 del TFUE). La direzione sembra pertanto essere quella di voler rafforzare la centralità della cittadinanza europea sia sul fronte della tutela dei diritti fondamentali, mediante un inserimento ancora più visibile del «livello eurounitario» nel processo osmotico e aperto di mutua alimentazione dei sistemi già consolidati; sia sul fronte della democratizzazione dei processi di *decision-making*. Quest'ultimo obiettivo è perseguito tramite meccanismi che, pur nell'orizzonte di una sempre più marcata parlamentarizzazione dell'UE, non rinunciano alle dinamiche *multilevel* proprie di un sistema integrato e composito, evidenti ad esempio nell'accentuazione del ruolo dei parlamenti nazionali.

Vale tuttavia la pena sottolineare anche i profili più critici della prospettiva di Pernice, alla luce di questo esempio di *multilevel constitutionalism in action*. La questione del «metodo costituente» rappresenta infatti uno dei nodi essenziali della teoria del costituzionalismo multilivello. A dispetto dei proclami sopra riportati, la fase

di approvazione del Trattato di Lisbona ha segnato un evidente passo indietro rispetto alle pur discutibili «convenzioni» che avevano prodotto la Carta di Nizza e il Trattato costituzionale. L'uscita dal «quinquennio costituzionale»¹⁹³, apertosi nel 2000 con l'adozione della Carta e chiusosi nel 2005 con la mancata ratifica francese e olandese della costituzione europea, è evidente nella scelta di tornare ad un metodo intergovernativo «puro», e di evitare il più possibile l'attivazione di *referendum* nazionali. La preminenza degli esecutivi si manifesta anche nella disciplina della revisione dei Trattati delineata dall'art. 48 TUE. Nonostante la centralità del cittadino europeo sia costantemente ribadita nel Trattato sull'Unione europea, la sua volontà, espressa individualmente e collettivamente, non sembra particolarmente valorizzata nei processi che conducono alle decisioni fondamentali sulla struttura istituzionale dell'Unione e sulle finalità del processo di integrazione¹⁹⁴.

Non si può non condividere, in questo senso, l'opinione per cui anche la teoria di Pernice

affronta la questione della democrazia europea secondo una prospettiva teorica essenzialmente autoreferenziale, che tende a risolvere la questione della legittimazione del potere sovranazionale nel quadro delle procedure e delle dinamiche proprie delle dimensioni democratiche nazionali. La proposta del costituzionalismo multilivello appare sottendere sotto questo profilo un carattere essenzialmente artificiale, che consente di occultare le istanze di legittimazione democratica dell'ordinamento sovranazionale nel rapporto di compenetrazione che lo integra, insieme alla complessità degli ordinamenti nazionali, in un sistema costituzionale europeo unitario¹⁹⁵.

¹⁹³ A. CANTARO, *Le filosofie dell'integrazione sovranazionale*, in ID. (a cura di), *Il costituzionalismo asimmetrico dell'Unione: l'integrazione europea dopo il Trattato di Lisbona*, Torino, Giappichelli, 2010, 14.

¹⁹⁴ «La grammatica della revisione continua a seguire fedelmente le regole del diritto internazionale e l'ethos della negoziazione diplomatica»: così M. DANI, *Il diritto pubblico europeo nella prospettiva dei conflitti*, Padova, Cedam, 2013, 162 ss.

¹⁹⁵ P. SCARLATTI, *Costituzionalismo multilivello e questione democratica nell'Europa del dopo-Lisbona*, cit., 15.

Questa complessa costruzione teorica, oltre a sopravvalutare gli strumenti partecipativi a disposizione dei cittadini europei – senza peraltro dare adeguato risalto a quelle che Dieter Grimm definisce le «pre-condizioni» di un’effettiva democrazia –, non dimostra sufficiente consapevolezza delle difficoltà che incontrano le stesse democrazie nazionali a garantire processi decisionali trasparenti e «vicini ai cittadini». La crisi della democrazia rappresentativa ad ogni livello di governo, ben lungi dal potersi ritenere fenomeno di interesse meramente sociologico, incide in modo significativo sulla stessa possibilità di sostanziare i processi democratici sovranazionali. Conclusivamente sul punto, se è senz’altro vero che a decidere di istituire la Comunità economica europea prima, e poi l’Unione, così come ad accettare tutte le successive revisioni e modifiche, sono stati i rappresentanti degli esecutivi degli Stati membri sulla base di una più o meno significativa legittimazione popolare e quantomeno del consenso dei rispettivi parlamenti, è altrettanto vero che ritenere i popoli d’Europa *pouvoir constituant* del processo di costruzione europea, nonché «autori» dei Trattati nel senso tramandato dal costituzionalismo democratico, rappresenta una notevole forzatura sul piano teorico.

5.2 – Finzioni

Pernice tenta di adeguare la teoria democratica della Costituzione alla «costellazione postnazionale» che caratterizza l’attuale contesto giuridico-istituzionale europeo. In questo senso l’accusa di aver formulato una costruzione teorica che è mera apologia dello *status quo* merita di essere riveduta. La teoria del *multilevel constitutionalism* non è infatti dichiaratamente funzionalistica, mirando anzi più di tante altre teorizzazioni a concettualizzare l’ordinamento eurounitario integrato secondo una continuità ideale con il costituzionalismo democratico. Ciò che tuttavia non convince è il tentativo di costringere schemi e categorie elaborate con riferimento a tutt’altro contesto entro una cornice affatto diversa, irriducibile per molti aspetti ad esperienze conosciute. Non si tratta, come più volte abbiamo sottolineato, di inventare una nuova scienza del diritto costituzionale; si tratta piuttosto di maneggiare con prudenza gli esiti della straordinaria e corale riflessione che ha portato all’elaborazione dei principali concetti del

costituzionalismo moderno. In questo senso, quando Pernice afferma che sono i cittadini europei

che costituiscono nuove istituzioni sovranazionali, attribuendo loro specifiche prerogative di potere pubblico rispetto agli Stati membri e ai singoli; che stabiliscono i principi fondamentali e i valori comuni sotto forma di obiettivi da perseguire da parte delle istituzioni così create; che fissano le procedure da seguire, comprese le forme di partecipazione e di controllo del potere così costituito a opera dei rappresentanti dei governi e dei cittadini; che si definiscono come cittadini dell'Unione e che determinano il loro status nei confronti dell'Unione e delle sue istituzioni, ossia i loro diritti di partecipazione democratica, i loro diritti fondamentali e le loro libertà¹⁹⁶

egli opera una «brillante finzione giuridica che resta dentro una concettualizzazione di tipo tradizionale»¹⁹⁷, discutibile sotto diversi profili. La finzione del *contrat social* rousseauiano mirava a contrapporre un contratto *ideale*, frutto della ragione intenta a costruire una società «ben ordinata», al contratto *reale* fondato sull'istituzionalizzazione della disuguaglianza; riesce, per contro, difficile scorgere lo scopo di un richiamo alle teorie contrattualistiche nell'Europa di oggi¹⁹⁸. L'idea di «contratto sociale» sembra qui funzionale non tanto ad una critica dell'assetto istituzionale europeo, bensì ad un'operazione di legittimazione teorica *ex post facto* sulla base di un ragionamento «circolare». Se la creazione e implementazione dell'ordinamento giuridico dell'Unione, così come ogni atto delle istituzioni dell'UE, è, attraverso il filtro degli organi degli Stati membri che hanno «trasmesso» la volontà dei rispettivi popoli lungo una catena di legittimazione ininterrotta, sempre il frutto della *volonté générale* dei cittadini europei, si corre il rischio di spiegare troppo, e, al contempo, non abbastanza. In una delle critiche più efficaci alla teoria sin qui esaminata, si è detto che «a theory that explains

¹⁹⁶ I. PERNICE-F.C. MAYER, *La Costituzione integrata dell'Europa*, cit., 51.

¹⁹⁷ A. CARRINO, *Oltre l'Occidente. Critica della Costituzione europea*, Bari, Dedalo, 2005, 82.

¹⁹⁸ V. le osservazioni critiche sul punto di H. HOFMANN, *Zu Entstehung, Entwicklung und Krise des Verfassungsbegriffs*, in A. BLANKENAGEL-I. PERNICE-H. SCHULZE-FIELITZ, *Verfassung im Diskurs der Welt. Liber Amicorum für Peter Häberle zum siebzigsten Geburtstag*, Heidelberg, Mohr Siebeck, 2004, 171 ss.

everything explains nothing»¹⁹⁹; la finzione di una legittimazione democratica diretta non sembra conferire un valore aggiunto a questa complessa e senza dubbio innovativa concettualizzazione dell'ordinamento eurounitario. Potrebbe ad esempio muoversi questa obiezione: se l'intera costruzione giuridica sovranazionale poggia sulla volontà dei cittadini europei, alla luce di quest'ultima debbono essere spiegati anche i fallimenti e i passi indietro del processo d'integrazione. La bocciatura del Trattato costituzionale europeo e la depurazione del Trattato di Lisbona da qualsivoglia simbologia costituzionale potrebbero leggersi come indizi del fatto che in realtà i cittadini europei non vogliono una Costituzione, e che pertanto una teoria costituzionale dell'Unione non ha ragion d'essere in quanto priva di valore euristico. Se così non è, un approccio costituzionalistico allo studio dell'assetto istituzionale dell'Unione deve necessariamente muovere da una diversa prospettiva, tagliando i ponti con le teorie contrattualistiche o *adattandole diversamente*.

5.3 – Asimmetrie

Un'obiezione spesso rivolta al *multilevel constitutionalism* è la sua «discutibile rappresentazione gerarchica»²⁰⁰ del pluralismo costituzionale europeo. La metafora dei «livelli» (*levels*), a dispetto delle rassicurazioni di Pernice in ordine alla natura non gerarchica della sua ricostruzione dei rapporti tra ordinamenti nazionali e ordinamento dell'Unione, suggerisce l'idea che vi sia un livello superiore e uno inferiore²⁰¹, al punto che in dottrina sono state avanzate proposte alternative su un piano eminentemente lessicale²⁰². Altra debolezza di questo impianto teorico è stata individuata nel fatto di trascurare altri possibili livelli costituzionali di potere pubblico, in specie il livello

¹⁹⁹ Così R. BARENTS, *The Fallacy of Multilevel Constitutionalism*, in M. AVBELJ-J. KOMÁREK, *Constitutional pluralism in the European Union and beyond*, cit., 168.

²⁰⁰ In questo senso P. HÄBERLE, *Il costituzionalismo come progetto della scienza*, cit., 2; il quale aggiunge che «si tratta piuttosto di rapporti complementari diversificati».

²⁰¹ Le definisce «incomprensioni» della teoria multilivello R. IBRIDO, *Oltre le "forme di governo". Appunti in tema di "assetto di organizzazione costituzionale" dell'Unione europea*, in *Rivista AIC*, 1/2015, 32.

²⁰² In N. WALKER, *Multilevel Constitutionalism: Looking Beyond the German Debate*, cit., 143 ss. si propone ad esempio di sostituire il termine *levels* con *layers* («strati»).

regionale/subnazionale e quello internazionale²⁰³. Per quanto concerne il primo dei due, ovvero il livello subnazionale, esso è indubbiamente connotato dall'estrema varietà di soluzioni adottate nei diversi Stati membri in ordine alla rispettiva suddivisione territoriale interna; sono molto diverse, da uno Stato all'altro, le dimensioni e le competenze delle comunità substatuali, e più in generale varia molto la natura delle loro relazioni con i rispettivi sistemi centrali – per quanto vi sia a livello europeo un organo consultivo che ne rappresenta unitariamente le istanze, il *Comitato delle regioni*. Ancora più difficile rinvenire un unico livello internazionale di potere pubblico, per quanto, almeno con riferimento al contesto europeo, si possa ritenere di assoluta rilevanza il sistema giuridico cui ha dato vita la CEDU, anche e forse soprattutto in forza dell'attività della Corte europea dei diritti dell'uomo²⁰⁴. Ad ogni modo la difficoltà a concettualizzare i livelli diversi da quelli che pur dimostrano maggiore omogeneità, nonostante l'atteggiamento ondivago di Pernice sul punto²⁰⁵, resta un nodo irrisolto di questa costruzione teorica.

Critica forse ancor più incisiva è tuttavia quella relativa all'eccessiva riduzione della complessità ordinamentale cui conduce la metafora dei *levels*: essa si espone infatti al rischio di «offrire una visione stilizzata e iper-semplificata di relazioni che sono in realtà assai più articolate e complesse»²⁰⁶. Si pensi anche solo ai diversi approcci adottati dalle diverse corti costituzionali nazionali nella lettura delle relazioni interordinamentali: se la Corte di giustizia ha da sempre proposto una visione monistica, di certo non si può dire lo stesso di molte corti nazionali. Possiamo davvero ritenere

²⁰³ G. MARTINICO, *Complexity and cultural sources of law in the EU context: from the multilevel constitutionalism to the constitutional synallagma*, in *German Law Journal*, 3/2007, 205-230.

²⁰⁴ *Ibidem*, 216 ss.

²⁰⁵ In I. PERNICE, *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited?*, in *Common Market Law Review*, 1999, 707 sembra essere avallata l'idea che anche il livello sub-nazionale abbia la medesima dignità degli altri: «the European Union is a divided power system, in which each level of government – regional (or Länder), national (State) and supranational (European) – reflects one of two or more political identities of the citizens concerned».

²⁰⁶ M. CARTABIA, *Convergenze e divergenze nell'interpretazione delle clausole finali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Rivista AIC*, 2/2008, 12. Tentano di screziare l'altrimenti stilizzata visione della struttura a livelli F.C. MAYER-M. WENDEL, *Multilevel Constitutionalism and Constitutional Pluralism*, cit., 127 ss. e spec. 130-131, secondo i quali «levels may also be understood as platforms that may be at equal height in one case, at different heights in another, or even circling freely around each other».

questa differenza di prospettive indifferente ai fini della costruzione «a livelli» dell'ordinamento costituzionale europeo? Alla stessa radicale domanda ci conduce, più in generale, l'osservazione delle diverse – appunto, *asimmetriche* – forme di coordinamento tra sistemi giuridici nazionali e sistema giuridico sovranazionale, di certo non «tipiche» e costanti²⁰⁷.

5.4 – Cittadinanza e identità

In un celebre dialogo sulle forme di governo, Erodoto fa dire al persiano Otane che «la moltitudine che governa ha il nome più bello di tutti: *isonomia*». Nel pensiero politico greco l'eguaglianza è intesa più come eguale possibilità di accedere alle cariche pubbliche che come parità dei cittadini dinanzi alla legge. Appartiene del resto ad una delle tesi più radicali di Aristotele²⁰⁸ l'idea che il fondamento di ogni regime politico sia la sovranità dei suoi cittadini. Questa nozione di cittadinanza ha un contenuto preciso, ovvero la «partecipazione effettiva alle due grandi responsabilità che sono da una parte il *bouleúein*, la discussione e la decisione nel quadro dell'assemblea del popolo, e dall'altra parte il *krínein*, ovverosia l'esercizio delle funzioni giudiziarie»²⁰⁹. Una tesi avversata dalle correnti di pensiero autoritarie e conservatrici di ogni tempo, e foriera di moltissimi interrogativi degni ancora oggi della massima considerazione. Come si può garantire una partecipazione significativa di tutti i cittadini all'esercizio del potere politico? Esistono settori necessariamente riservati ai cittadini più «competenti», e dunque variamente sottratti all'esercizio della sovranità popolare? Fino a che punto la democrazia rappresentativa può esprimere la volontà dei cittadini?

La cittadinanza europea descritta da Pernice sembra particolarmente debole proprio sotto il profilo degli strumenti partecipativi. Riaffiorano qui le profonde riflessioni di Dieter Grimm a proposito dell'assenza di una sfera pubblica europea che possa

²⁰⁷ Cfr. G. MARTINICO, *Complexity and cultural sources of law in the EU context*, cit., 216.

²⁰⁸ E. BALIBAR, *Cittadinanza*, Torino, Bollati Boringhieri ed., 2012, 29 ss.

²⁰⁹ *Ibidem*, 27; per l'ampia trattazione aristotelica della nozione di cittadinanza si rimanda al Libro Terzo di ARISTOTELE, *Politica e Costituzione di Atene* (a cura di C.A. VIANO e M. ZANATTA), Torino, UTET, 2015.

conferire «sostanza democratica» ad un assetto istituzionale pure modellato sulla base degli esempi offerti dai sistemi costituzionali statali. Non è sufficiente creare e rafforzare un Parlamento sovranazionale eletto a suffragio universale e diretto per rendere i cittadini la fonte della legittimazione democratica dell'Unione; non è sufficiente rafforzare il legame politico tra Parlamento e Commissione per rendere quest'ultima politicamente responsabile dinanzi ai popoli d'Europa. Per quanto si dimostri perfettamente consapevole che la «potenzialità democratica» dei diritti di partecipazione politica a livello sovranazionale deve ancora essere esplorata²¹⁰, Pernice non sembra tuttavia prestare adeguata attenzione allo scarto esistente tra le aspirazioni di emancipazione politica e sociale proprie delle teorie contrattualistiche cui egli attinge nel modellare la teoria multilivello, e le enormi difficoltà che incontra l'attuale assetto istituzionale dell'Unione a garantire adeguatamente rappresentanza, informazione e consapevolezza politica ai cittadini europei.

La moltiplicazione dei *demoi*, corrispondenti ai diversi livelli di governo cui sono soggetti i cittadini d'Europa, tali per cui ciascuno è

a citizen of his local community, a citizen of his region or subnational district, a citizen of his nation-state, perhaps also [...] a European citizen²¹¹

e finanche un cittadino globale, sembra portare, più che a una moltiplicazione delle possibilità di partecipazione democratica, ad una crisi d'identità – quasi un «paradigma Zelig»²¹². In questo senso, l'Unione sembra non aver ancora mosso un passo decisivo verso la reinvenzione della democrazia, adeguandone le forme al contesto sovranazionale. Quella forma di legittimazione anti-maggioritaria e post-democratica legata all'efficienza dei risultati e all'idea di *governance*, propria del progetto di integrazione pre-Maastricht, non è stata adeguatamente sostituita né dal suddetto «quinquennio costituzionale» né dal più sommo periodo post-Lisbona. Ma è

²¹⁰ I. PERNICE, *Multilevel Constitutionalism and Open Democracy in Europe*, cit., 17.

²¹¹ I. PERNICE, *Multilevel constitutionalism and e-democracy*, cit., 1.

²¹² Al celebre film di Woody Allen fa riferimento, per descrivere la moltiplicazione delle identità in rete, S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, Laterza, 2012, 308.

possibile reagire alla costitutiva incertezza di questo contesto fluido e labirintico tramite la «ricostruzione di uno spazio pubblico, mediante il recupero di una prospettiva unificante gli individui, sia pure non affidata ad una meta-narrazione ed al ripristino di identità collettive»²¹³? A questa domanda, il *multilevel constitutionalism* non sembra poter dare una risposta.

5.5 – *Un paradigma in crisi?*

Pernice non rinuncia ad una concezione valutativa di Costituzione; non concepisce quest'ultima «semplicemente» come prodotto storico-evolutivo, secondo la tradizione di ascendenza hegeliana; tenta, per contro, di adattare la visione contrattualistica alla realtà ordinamentale europea. Ma è sufficiente «una finzione giuridico-filosofica, sia pur così raffinata e fortemente inclusiva di poteri sociali reali»²¹⁴ a dare conto dell'attuale architettura costituzionale dell'Unione, anche alla luce della crisi di cui parlavamo nell'*Introduzione* al presente lavoro?

Le crescenti asimmetrie del diritto costituzionale dell'Unione, i conflitti costituzionali tra corti, le declinazioni spesso al ribasso di diritti politici e sociali nel quadro della tutela multilivello sembrano costituire le «promesse non mantenute» del paradigma *multilevel*. Non è tanto lo scarto tra teoria e prassi a far dubitare del valore di questa complessa e fortunata costruzione: se così fosse, dovremmo ugualmente ritenere inadeguate le riflessioni di Rousseau in quanto profondamente smentite dall'effettivo contratto sociale foriero di diseguaglianze. È piuttosto la tendenza a risolvere la Costituzione in una creazione puramente giuridica a non convincere, unitamente ad alcuni concetti «problematici» che molto hanno fatto discutere, tra cui in particolare la *unity in substance* («unità sostanziale»), la *divided sovereignty* («sovranità condivisa») e la *primacy in application* («supremazia nell'applicazione»). In questo senso, la teoria del *multilevel constitutionalism* sembra avere molto in comune con la concezione

²¹³ E. SCODITTI, *La Costituzione senza popolo. Unione europea e nazioni*, Bari, Dedalo, 2001, 63.

²¹⁴ A. CANTARO, *Europa sovrana. La Costituzione dell'Unione tra guerra e diritti*, Bari, Dedalo, 2003, 62.

portata avanti negli anni dalla Corte di giustizia, per cui la garanzia dell'unità dell'ordinamento integrato e composito è affidata precipuamente alla comunità dei giuristi²¹⁵, e i richiami alla volontà dei cittadini sembrano rivelare soprattutto l'intenzione di colmare le lacune sul fronte democratico-rappresentativo tramite un «rivestimento teorico» allineato alla tradizione costituzionale democratica, pur con le aporie e le inevitabili forzature lessicali e teoriche sopra accennate.

²¹⁵ M. DANI, *Il diritto pubblico europeo nella prospettiva dei conflitti*, cit., 41 ss.

CAPITOLO II

Sezione I

*Origine e struttura del sistema di tutela multilivello dei
diritti fondamentali*

«Quod nisi declinare solerent, omnia deorsum
[...] caderent per inane profundum.»
(Lucrezio, *De rerum natura*)

SOMMARIO: 1 – I diritti fondamentali: prospettive teoriche. 2 – Origini e sviluppo della tutela dei diritti fondamentali nell’UE. 3 – Il concetto di tutela multilivello dei diritti fondamentali. 4 – Oltre il monismo e il dualismo: verso un ordinamento giuridico «integrato». 5 – La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea: una Costituzione «parziale» e post-moderna? 5.1 – Le ambizioni costituzionali della Carta, nel segno della continuità. 5.2 – Il «pomo della discordia», ovvero l’ambito di applicazione della Carta ai sensi dell’art. 51. 5.3 – Struttura degli enunciati e tecniche di positivizzazione: una Carta innovativa?

1. I diritti fondamentali: prospettive teoriche

L’età dei diritti è al tramonto? In una recente riflessione sul tema¹, Zagrebelsky ricorda una dichiarazione «sorprendente» di Norberto Bobbio, risalente agli ultimi tempi della sua vita: «se avessi qualche anno di vita davanti a me e se la forza necessaria mi assistesse ancora, scriverei una età dei doveri»². Le stesse parole di sconfitta trapelano da alcuni passi della sua *Autobiografia*:

Il nuovo *ethos mondiale dei diritti dell’uomo* risplende soltanto nelle solenni dichiarazioni internazionali e nei congressi mondiali che li celebrano e dottamente li commentano, ma a queste solenni celebrazioni, a questi dotti commenti corrisponde in realtà la loro sistematica violazione in quasi tutti i paesi del mondo (forse potremmo anche dire *tutti* senza timore di sbagliare), nei rapporti tra potenti e deboli, tra ricchi e poveri, tra chi sa e chi non sa³.

In queste poche frasi si legge uno sconforto difficilmente conciliabile con l’approccio adottato nell’*Età dei diritti*, ove Bobbio, prendendo ispirazione da un celebre passo kantiano, e pur non nascondendosi le straordinarie difficoltà di realizzazione degli ideali sul piano concreto, affermava che «dal punto di vista della filosofia della storia, l’attuale dibattito sempre più ampio, sempre più intenso, sui diritti dell’uomo, tanto ampio da

¹ G. ZAGREBELSKY, *Diritti per forza*, Torino, Einaudi, 2017, 3 ss.

² *Ibidem*.

³ N. BOBBIO, *Autobiografia*, Roma-Bari, Laterza, 1997, 261.

aver ormai coinvolto tutti i popoli della terra, tanto intenso da essere messo all'ordine del giorno delle più autorevoli assise internazionali, può essere interpretato come un "segno premonitore" (*signum prognosticum*) del progresso morale dell'umanità»⁴.

Di certo lo iato tra le parole del primo e dell'ultimo Bobbio non può lasciare indifferenti, così come non possono non colpire gli interrogativi sollevati da Zagrebelsky nel testo sopra citato. «Che cosa dovremmo dire» si chiede il costituzionalista piemontese «delle "narrazioni" sui diritti umani che infarciscono i discorsi dei giuristi e dei politici, di fronte all'immane tragedia che colpisce quotidianamente intere popolazioni, le costringe a subire violenze spesso mortali e a essere masse in terre straniere e ostili, per fuggire lontano?»⁵. La vicenda storica dei diritti sembra contraddire la linearità del «progresso morale» del riconoscimento dei diritti umani, dalla loro enunciazione nelle teorie filosofiche al processo di positivizzazione dei diritti umani universali, passando per le dichiarazioni dei diritti limitate ai cittadini degli Stati nazionali.

Nella realtà che osserviamo quotidianamente la «narrazione sui diritti» sembra scontrarsi con la durezza dei fatti, con una realtà in cui proliferano le discriminazioni e le diseguaglianze, in cui la politica è sempre più subordinata alle leggi del mercato, in cui la sfera pubblica sembra destinata ad una inesorabile dissoluzione in favore di un'estrema individualizzazione degli strumenti di tutela. Catastrofi sociali, guerre, atti terroristici e migrazioni forzate, se rapportate alle ambiziose teorie giuridiche universalistiche, mostrano qualcosa di più profondo del fisiologico distacco tra diritto e fatto; piuttosto, emerge una sorta di *contraddizione permanente* che disvela la costitutiva ambiguità dei diritti, il loro «doppio lato, uno benefico e uno malefico»⁶.

Dinanzi a questo desolante scenario, l'impegno per la libertà e l'uguaglianza contenuto nelle varie carte costituzionali e dichiarazioni dei diritti assomiglia sempre

⁴ N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi, 2014¹², 49.

⁵ G. ZAGREBELSKY, *Diritti per forza*, cit., 6.

⁶ *Ibidem*, 8; sull'uso strumentale e «malefico» del linguaggio dei diritti, che torce le sue virtualità universalistiche in allarmanti valenze imperiali e legittima l'uso della forza da parte delle maggiori potenze, v. anche G. AZZARITI, *Il futuro dei diritti fondamentali nell'era della globalizzazione*, in *Pol. dir.*, 3/2003, 331 ss. e A. ALGOSTINO, *L'ambigua universalità dei diritti. Diritti occidentali o diritti della persona umana?*, Napoli, Jovene, 2005, 390 ss.

più ad una «promessa non mantenuta»; il «diritto alla felicità» di cui parla la Dichiarazione d'indipendenza americana del 4 luglio 1776 può sembrare finanche «grottesco»⁷ a chi vive l'utopia alla rovescia dei giorni nostri; in tutto ciò, «diritti senza terra vagano nel mondo globale alla ricerca di un costituzionalismo anch'esso globale che offra loro ancoraggio e garanzia»⁸.

L'attacco alla retorica dei diritti non è, d'altra parte, fenomeno recente. Note sono le critiche mosse sia da alcuni pensatori rivoluzionari sia dai filosofi della Controrivoluzione. Per quanto concerne questi ultimi, si possono rammentare le parole di Edmund Burke: «noi non ci siamo lasciati svuotare dei nostri sentimenti per riempirci artificialmente, come uccelli imbalsamati in un museo, di paglia e cenci e insipidi frammenti di carta esaltanti i diritti dell'uomo». L'ostilità marxiana nei confronti dei *Menschenrechte* è invece fondata su una concezione quasi aristotelica dell'uomo come ζῷον πολιτικόν, la cui essenza comunitaria è negata dalle costituzioni borghesi. Da queste risulta infatti tutelato l'uomo *egoista*, ripiegato su se stesso, la «monade isolata» che vede negli altri uomini «non la *realizzazione*, ma piuttosto il *limite* della propria libertà»⁹. Pur non disprezzando le rivoluzioni di fine Settecento, essendo queste una tappa ineludibile del progresso storico verso la modernità, Marx le ritiene insufficienti sul piano dell'emancipazione politica: da esse è consacrata soltanto la libertà borghese.

L'analisi marxiana offre ulteriori spunti di riflessione, relativi alle straordinarie questioni del *fondamento* dei diritti dell'uomo e della loro presunta *neutralità*.

La ricerca di un fondamento assoluto dei diritti dell'uomo è destinata a scontrarsi con la notevole variabilità dei tentativi di positivizzazione che si sono avuti sul piano storico. Non solo alcuni diritti ritenuti «fondamentali» nelle prime costituzioni borghesi sono ora esclusi dal novero delle posizioni soggettive tutelate nelle principali carte dei diritti; ma l'elenco di questi stessi diritti si arricchisce senza sosta di nuove pretese di tutela giuridica, impensabili fino a pochi decenni fa. Ai processi di positivizzazione, generalizzazione e internazionalizzazione si aggiunge un evidente processo di

⁷ G. ZAGREBELSKY, *Diritti per forza*, cit., 14.

⁸ S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, Laterza, 2012, 3.

⁹ K. MARX, *Zur Judenfrage*, 1844; tr. it. *Sulla questione ebraica*, Milano, Bompiani, 2017, 141.

«specificazione»¹⁰ dei *droits de l'homme*: trattasi di un passaggio graduale e incessante dall'uomo astratto al soggetto sempre più determinato e «differenziato», a seconda delle varie fasi della vita, del genere, dell'orientamento sessuale, delle condizioni eccezionali in cui eventualmente si trovi a vivere¹¹. Negli ultimi anni ci si confronta anche con la straordinaria questione teorica se sia possibile riconoscere diritti alle *generazioni future*, ovvero a chi non solo non esiste attualmente, ma neppure «“in sé” ha bisogno di esistere»¹², e in ogni caso non dispone di strumento alcuno per far valere la propria pretesa. Di certo, un simile allargamento della platea dei potenziali titolari di diritti fondamentali richiede una palingenesi della *forma mentis* con cui il diritto occidentale concepisce e struttura la categoria del diritto soggettivo.

Tutto ciò dimostra come non esistano diritti «per loro natura» fondamentali, e come perciò non sia possibile dare un fondamento assoluto a diritti storicamente relativi¹³. L'impossibilità di trovare un fondamento assoluto, in ragione della notevole mutevolezza e dell'ampio spettro di variazioni che hanno caratterizzato questa categoria giuridica, non esime tuttavia dal riconoscere la funzione essenziale che sul piano storico hanno rivestito la teoria dei diritti dell'uomo e i suoi successivi tentativi di attuazione ai fini della realizzazione, per quanto sempre perfettibile, dell'ideale democratico in molti paesi del mondo. All'obiezione di De Maistre, per cui il popolo parigino era stato realmente libero solo in occasione della presa della Bastiglia, a seguito della quale «il diritto alla libertà si trasformò in sgabello per nuove forme di dominio da parte di chi, avendo vinto la battaglia della libertà, si apprestava a goderne i frutti», si può replicare che, proprio in ragione della citata duplice natura dei diritti fondamentali, essi possono

¹⁰ N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, cit., 61 ss.

¹¹ Si pensi *ex multis* alla *Dichiarazione dei diritti del fanciullo* (1959), alla *Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale* (1965), alla *Dichiarazione sull'eliminazione della violenza contro le donne* (1993), alla *Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità* (2006), alla *Dichiarazione dei diritti dei popoli indigeni* (2007); di notevole interesse sotto questo profilo è altresì la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che nel Preambolo parla di «responsabilità e doveri nei confronti degli altri come pure della comunità umana e delle generazioni future», e che oltre ad aggiornare l'elenco dei diritti «classici» alla luce dell'evoluzione scientifica e tecnologica dedica specifiche disposizioni a minori, anziani e persone con disabilità (rispettivamente artt. 24-25-26), dimostrando così particolare attenzione rispetto all'uomo nelle situazioni concrete della sua esistenza.

¹² G. ZAGREBELSKY, *Diritti per forza*, cit., 118 ss.

¹³ N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, cit., 9.

rivelarsi (e si sono effettivamente rivelati) anche uno straordinario strumento di emancipazione sociale, di critica dello *status quo*, di disvelamento di inaccettabili situazioni di discriminazione e di oppressione. La valenza *critica* dei diritti fondamentali e il loro ruolo nei processi di democratizzazione, nel lungo cammino verso l'uguaglianza, sorreggono dunque la consapevolezza della loro insostituibilità nell'ambito dei meccanismi di azione e resistenza politica¹⁴: il linguaggio dei diritti ha contribuito a creare «un'attitudine culturale, sociale, emozionale, che si è diffusa e che non solo ha dato e dà quotidiano sostegno a innumerevoli “ultimi”, vittime di ogni sopruso, ma ha permesso a molti una svolta autentica nel modo di guardare ai fatti della propria e altrui vita»¹⁵.

Se il generale consenso (*consensus omnium gentium*, direbbero i giusnaturalisti) che circondava e tutt'ora circonda, almeno a parole, la *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo*, sembra aver peraltro ridimensionato il problema del fondamento ultimo degli *human rights*, la «neutralità» dei medesimi è ancora sotto attacco. Il carattere effettivamente *universale* dei diritti dell'uomo ha infatti suscitato notevoli diatribe¹⁶ (si pensi alla *Dichiarazione islamica dei diritti dell'uomo* del 1981, o alla celebre polemica sui «valori asiatici», emersa nel 1993 in occasione della seconda Conferenza delle Nazioni unite sui diritti dell'uomo), in quanto accusato di mascherare pretese di egemonia culturale da parte delle democrazie occidentali; il dibattito sulla *politicità* dei

¹⁴ «Il linguaggio dei diritti è l'unico gergo universalmente disponibile che convalida le richieste di donne e bambini contro l'oppressione che vivono nelle società patriarcali e tribali; è l'unico linguaggio che permette a persone in posizione di dipendenza di percepirsi come agenti morali e di agire contro pratiche – i matrimoni combinati, la reclusione femminile, l'esclusione dai diritti di cittadinanza, la mutilazione genitale, la schiavitù domestica e altre – che sono ratificate dalla pressione e dall'autorità delle loro culture»: così M. IGNATIEFF, *Human Rights as Politics and Idolatry*, Princeton University Press, 2001, tr. it. *Una ragionevole apologia dei diritti umani*, Milano, Feltrinelli, 2003, 70.

¹⁵ M. BUSSANI, *Il diritto dell'Occidente. Geopolitica delle regole globali*, Torino, Einaudi, 2010, 181. Muovendo da una differente prospettiva, l'ha riconosciuto anche il cardinale Angelo Scola: «il diritto costituisce ormai la lingua franca dei popoli e delle culture [...]. Il diritto è divenuto, per così dire, uno dei linguaggi di cui parla l'universale» (A. SCOLA, *Sinfonia dei diritti se sono sostenibili*, in *Il Sole 24 ore*, 5 settembre 2010, 28, citato in S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., 15). Osserva A. ALGOSTINO, *L'ambigua universalità dei diritti*, cit., 391, che l'utilizzo dei diritti umani occidentali in funzione egemonica convive «con il loro essere espressione e mezzo di emancipazione della dignità della persona umana: lo sviluppo di concetti come quello dell'universalismo situato e una loro tutela effettivamente (e democraticamente) mondiale, in un'ottica cosmopolita, possono allontanare lo spettro del loro volto “cattivo”».

¹⁶ M. BUSSANI, *Il diritto dell'Occidente*, cit., 149 ss.

diritti dell'uomo rimane particolarmente vivace¹⁷. Spazi più o meno ampi di discrezionalità si aprono inoltre ove si tratti di specificare ed attuare le sintetiche – e dotate di un elevato grado di indeterminatezza¹⁸ – disposizioni dei diritti, ovvero di determinare il livello di tutela di un diritto a fronte di diritti «contrapposti» altrettanto fondamentali, sulla base di gerarchie assiologiche tutt'altro che agevolmente ricostruibili (il noto problema del *bilanciamento*); ma a monte, la stessa decisione di qualificare un diritto come «diritto dell'uomo» o «diritto fondamentale» è scelta non soltanto storicamente determinata, ma anche *intrinseca di politicità*.

Ciò che il «discorso sui diritti» talvolta impedisce di osservare con chiarezza è proprio questo profilo di non-neutralità di dichiarazioni e carte dei diritti. Si tende a trascurare non solo e non tanto l'esito relativistico della consapevolezza dell'«assenza di fondamento» di cui parlava Bobbio, quanto piuttosto la necessità di radicare qualsiasi indagine sul tema *all'interno del contesto culturale di riferimento*. L'astrazione impedisce di cogliere profili essenziali quali la relazione tra i diritti fondamentali e la forma di governo (o, più in generale, la relazione tra il singolo titolare di diritti fondamentali e la comunità politica di riferimento), nonché l'influenza esercitata dalla teoria dei diritti fondamentali da cui si muove sui criteri utilizzati nelle operazioni di gerarchizzazione e bilanciamento tra valori¹⁹. Una notevole ambiguità caratterizza peraltro la stessa distinzione tra diritti dell'uomo e diritti fondamentali: trattasi di una questione tutt'altro che astratta e scevra di conseguenze pratiche, in quanto incide sia su un corretto inquadramento teorico sia sulla concreta giustiziabilità dei diritti in

¹⁷ M. IGNATIEFF, *Human Rights as Politics and Idolatry*, cit., 26 ss.

¹⁸ A sottolineare il «carattere lapidario e – dal punto di vista tecnico-legale – del tutto frammentario» delle disposizioni dei diritti fondamentali, *ex multis*, E.W. BÖCKENFÖRDE, *Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*, Frankfurt a. Main, Suhrkamp, 1991, tr. it. *Stato, costituzione, democrazia. Studi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2006, 147. Rudolf Smend, teorizzandone il ruolo quali fattori di «integrazione» – nel senso pregnante da lui conferito a quest'espressione – del popolo nello Stato, non manca di evidenziare la «grave trascuratezza sotto l'aspetto tecnico» delle norme che sanciscono i diritti fondamentali e il loro «non-orientarsi (*Nichtorientierung*) [...] al diritto speciale tecnico»: v. R. SMEND, *Costituzione e diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1988, 244-245.

¹⁹ «Le teorie dei diritti fondamentali sono [...] espressione di precise concezioni dello Stato e di determinate opzioni di base riguardo al rapporto dei singoli con la comunità statale; a sostenere tali teorie c'è una specifica idea della costituzione, in quanto quest'ultima rappresenta l'ordinamento fondamentale che norma il rapporto dei singoli e della società con lo Stato»: così E.W. BÖCKENFÖRDE, *Staat, Verfassung, Demokratie*, cit., 183.

questione. Può senz'altro condividersi, in questo senso, l'affermazione dell'inadeguatezza teorica dell'abitudine di usare in modo indistinto ed equivalente le due espressioni²⁰. Se si vuole conferire a questa distinzione una qualche consistenza teorica, si può osservare come lo statuto di una teoria dei diritti umani sia essenzialmente *morale*²¹: solo aspirando ad una tendenziale (per quanto mai pienamente raggiungibile) «purezza trascendentale» essi possono mantenere una valenza *critica* e aspirare ad influenzare le più varie tradizioni giuridiche tramite processi di pressione da parte della comunità internazionale o della comunità politica interna, di reciproca contaminazione tra ordinamenti etc., in funzione del loro recepimento a livello costituzionale e/o legislativo. Il concetto di diritto fondamentale allude invece alla dimensione *interna* ad una comunità politica, per quanto vi sia un certo grado di sovrapposizione rispetto alla categoria dei diritti umani²² e per quanto sia comunque possibile guardare ai diritti fondamentali da diverse prospettive, dunque non soltanto dal punto di vista della dogmatica giuridica: pensare ai diritti fondamentali semplicemente come «diritti umani positivizzati» non risolve affatto il problema, eppure indica una direzione degna di essere esplorata. Hasso Hofmann osserva a questo proposito che

la pretesa di validità dei diritti dell'uomo ha un fondamento diverso da quello della costituzione statale: essi non si basano sulla sovranità popolare e sul potere costituente del popolo. Il fatto che tutti gli uomini siano liberi allo stesso modo, siano persone sovrane, padrone di se stesse, è il presupposto che rende possibile costruire una *volonté générale* – e non il contrario. Questo ce lo ha già insegnato Rousseau – con Hobbes e Locke alle spalle. D'altra parte, soltanto al di sotto della legge coordinatrice di un potere statale effettivo, la libertà individuale si può esplicitare in modo efficace e le libertà individuali possono coesistere fra loro²³.

²⁰ G. PALOMBELLA, *Dai diritti umani ai diritti fondamentali: sulle conseguenze di una distinzione concettuale*, in *Sociologia del diritto*, 2/2004, 63.

²¹ *Ibidem*, 69 ss.

²² Nel senso invece che i diritti fondamentali si pongano quale *species* del *genus* «diritti umani», A. RUGGERI, *Cosa sono i diritti fondamentali e da chi e come se ne può avere il riconoscimento e la tutela*, in *Consulta OnLine*, 2/2016, 264 ss.

²³ H. HOFMANN, *I diritti dell'uomo, la sovranità nazionale, la Carta europea dei diritti fondamentali e la Costituzione europea*, in *Scienza & Politica*, 2001, 28.

Che cosa si intende dunque per «diritti fondamentali»? Seguendo una condivisibile sistemazione²⁴, è possibile guardare ai diritti fondamentali innanzitutto dal punto di vista della *giustizia*. La domanda cui si risponde in questo caso è «quali diritti è giusto che siano ritenuti fondamentali?», e la risposta può darsi solo ricercando il *fondamento assiologico* dei principi di giustizia di cui si chiede il riconoscimento sul piano giuridico-costituzionale. La risposta dipende dai principi etici e politici che guidano la nostra analisi; è all'interno di questa prospettiva che l'intreccio con la categoria dei diritti umani raggiunge l'apice, ove a ritenersi «costitutivi» di un ordinamento giuridico siano quei valori che si identificano nel rispetto e nella salvaguardia dei diritti spettanti agli esseri umani in quanto tali.

Un secondo punto di vista è quello della validità secondo il diritto positivo. La domanda in questo caso si può compendiare in «quali diritti sono stipulati dall'ordinamento come fondamentali?», e la risposta giunge all'esito di una ricerca del *fondamento giuridico-positivo* che consente di qualificare determinate posizioni soggettive – generalmente contenute in costituzioni o dichiarazioni di diritti – come diritti fondamentali. Ciò tuttavia pone diversi problemi, essendo necessaria l'individuazione di criteri che consentano di discernere le norme costituzionali che statuiscono diritti fondamentali da quelle che non statuiscono diritti fondamentali²⁵, ed essendo altresì controverso se al di fuori delle disposizioni costituzionali possano rinvenirsi posizioni soggettive suscettibili di essere qualificate come fondamentali (dunque se i diritti fondamentali sanciti nei testi costituzionali rappresentino o meno un *numerus clausus*).

La terza prospettiva è anch'essa di tipo empirico, e tuttavia la risposta non dipende da una ricerca limitata al quadro normativo. La domanda in questo caso è «quali diritti si sono affermati come fondamentali?», ed è necessario perciò adottare un metodo storico e sociologico, vagliando secondo un approccio diacronico in quale misura lotte,

²⁴ L. FERRAJOLI, *Per una teoria dei diritti fondamentali*, in *Dir. pubbl.*, 1-2/2010, 141 ss.

²⁵ R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Mein, Suhrkamp, 1994, tr. it. *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, Il Mulino, 2012, 80 ss.

rivendicazioni e rivoluzioni abbiano portato al riconoscimento formale dei diritti fondamentali, allo scopo di porre fine a situazioni di discriminazione e subalternità. Ciò di cui si va alla ricerca è, pertanto, l'*origine storica* ovvero il *fondamento sociologico* di quelle conquiste di civiltà che sono i diritti fondamentali²⁶.

Nessuna di queste risposte è tuttavia in grado di soddisfare l'interrogativo iniziale, espressivo di una questione più radicale, di un *ti esti* riferito al concetto di diritto fondamentale. Dal punto di vista della teoria del diritto, il concetto di diritto fondamentale risulta particolarmente problematico e oggetto di incessante dibattito. L'aggettivo «fondamentale», se si vuole intendere in senso concettualmente pregnante, deve necessariamente riferirsi a posizioni giuridiche soggettive che rivestano un ruolo primario e imprescindibile nell'ambito dei fini propri di una comunità politica²⁷. Nella misura in cui un diritto soggettivo sia *fondamentale* all'interno di un ordinamento, alla sua tutela e promozione è e non può non essere orientato l'intero apparato istituzionale disegnato dalla Costituzione, per quanto l'intensità del vincolo esercitato dai diritti sui poteri statali, l'articolazione dei diritti stessi anche quali «norme oggettive di principio» nonché le modalità di tutela giurisdizionale varino sensibilmente a seconda dell'epoca storica considerata e dell'ordinamento indagato²⁸. La genericità di questo tentativo di definizione consente che ulteriori specificazioni siano svolte a seconda della determinata teoria dei diritti fondamentali che si adotta rispetto ad un sistema giuridico dato. Il rapporto di non perfetta sovrapposizione rispetto agli *human rights* è confermato dal fatto che in gran parte degli ordinamenti statali europei non ci si limita a conferire rango costituzionale ai diritti universalmente riconosciuti come propri dell'uomo in quanto tale, ma se ne integra l'elenco sia attraverso la specificazione dei contenuti (e

²⁶ L. FERRAJOLI, *Per una teoria dei diritti fondamentali*, cit., 142-143.

²⁷ «*Diritti fondamentali*: sono quei diritti attribuiti, riconosciuti, garantiti, da norme fondamentali, cioè da norme cui è riconosciuto, nella cultura giuridica di riferimento, carattere fondamentale. Possiamo allora ritenere che i diritti fondamentali non siano semplici pretese soggettive, ma divengano le strutture portanti dell'ordinamento, che individuano le finalità e le priorità»: così A. CELOTTO, voce *Diritti (Diritto costituzionale)*, in R. BIFULCO-A. CELOTTO-M. OLIVETTI (a cura di), *Digesto delle discipline pubblicistiche. Aggiornamento* (dir. da R. SACCO), Torino, UTET, 2017, par. 5.

²⁸ Si pensi anche soltanto alle dinamiche evolutive che hanno contraddistinto la portata «assoluta-inviolabile-fondativa» dei diritti fondamentali in ragione della corrispondente evoluzione dei rapporti tra Stato-apparato e società civile, nel passaggio dal costituzionalismo liberale al costituzionalismo democratico-sociale.

limiti) dei diritti inviolabili, sia attraverso la positivizzazione di diritti fondamentali «particolari» di quel dato ordinamento, rispecchiandone tradizioni e volontà. Non può certamente essere trascurato il fatto che la consolidazione di ordinamenti e sistemi sovranazionali regionali, quali la CEDU o la Convenzione americana sui diritti umani, contribuisca in modo significativo a ridurre l'asimmetria tra i due cataloghi – sempre che di un esaustivo «catalogo» dei diritti umani si possa parlare –, eppure il diverso piano su cui questi si pongono – l'uno, come detto, su di un piano *prevalentemente* filosofico-morale, l'altro su un piano *prevalentemente* giuridico-positivo – fa sì che una perfetta sovrapposizione sia sempre *di là da venire*²⁹: la piena positivizzazione dei diritti umani appartiene al kantiano «regno dei fini».

Quale significato riveste il fatto che l'Unione europea abbia qualificato come «fondamentali» i diritti dei cittadini europei, così come tutelati prima nella giurisprudenza della Corte di giustizia in quanto «principi generali del diritto comunitario» e poi nella Carta solennemente proclamata a Nizza il 7 dicembre del 2000? Quale teoria dei diritti fondamentali è sottesa al catalogo europeo dei diritti fondamentali?

2. Origini e sviluppo della tutela dei diritti fondamentali nell'UE

Né il Trattato di Parigi né il Trattato di Roma contenevano riferimento alcuno ai diritti fondamentali. Questo silenzio «quasi assordante»³⁰ è stato variamente giustificato

²⁹ «La possibilità di ammettere un substrato morale comune ai due “mondi paralleli” dei diritti umani e dei diritti fondamentali, nondimeno, può condizionare di fatto il lavoro dell'interprete e, forse, è alla base anche dell'esperienza di progressiva espansione della portata regolatrice dei diritti fondamentali [...]. In particolare, l'effettiva emancipazione dal testo prescrittivo in favore di un'esegesi di tipo sistematico-evolutivo o, comunque, costantemente orientata ai valori può rappresentare il sintomo di un ancoramento al carattere ideale e ultrapositivo dei diritti fondamentali, derivante da quell'originaria dimensione morale che in essi, oltre la forma, persiste e continua a vivere»: così, condivisibilmente, V. BALDINI, *La classificazione dei diritti fondamentali. Profili storico-teorici-positivi*, in www.gruppodipisa.it, 2016, 6 ss.

³⁰ O. POLLICINO, *Corte di giustizia e giudici nazionali: il moto «ascendente», ovvero la incidenza delle «tradizioni costituzionali comuni» nella tutela apprestata ai diritti dalla Corte dell'Unione*, in *Consulta OnLine*, 1/2015, 247.

in dottrina, richiamando ad esempio la logica del pragmatismo monnetiano³¹ – quasi che l’obiettivo precipuo della creazione del mercato unico implicasse il rispetto di una sorta di «esclusiva» del sistema CEDU sul fronte della tutela dei diritti fondamentali – ovvero la volontà di lasciare che fossero «gli Stati membri, con le loro Costituzioni, le loro Corti costituzionali e i loro apparati giurisdizionali, a garantire il rispetto dei diritti fondamentali anche nei confronti delle istituzioni comunitarie»³². Un’ulteriore ragione del silenzio dei Trattati istitutivi può essere rinvenuta nelle differenze tra gli Stati membri, talvolta anche profonde e tutt’ora in una certa misura sussistenti, in riferimento agli *standard* di protezione dei diritti fondamentali, particolarmente in materia economica e sociale³³. Una siffatta disomogeneità può dunque essere stata alla base della decisione di non dotare fin dall’inizio il progetto di integrazione di un autonomo *Bill of Rights*.

Alcune celeberrime decisioni della Corte di giustizia resero purtroppo molto presto ineludibile la questione della tutela dei diritti fondamentali degli individui dinanzi all’esercizio del potere pubblico sovranazionale. Dalle capitali sentenze *Van Gend en Loos* e *Costa contro Enel* emergeva un sistema giuridico nuovo, inedito, decisamente *sui generis* nello scenario internazionale. Pur sorgendo da un trattato multilaterale tradizionale, la Comunità europea era dotata di una struttura istituzionale che l’avvicinava ad un assetto di poteri federale o quantomeno proto-federale, e disponeva di poteri normativi e giurisdizionali altrettanto pregnanti. L’abbandono di una – tutt’altro che insostenibile, invero – lettura internazionalista «classica» delle relazioni tra Comunità e Stati membri si deve in ogni caso prima di tutto alla giurisprudenza della Corte di giustizia, e in particolare alle sentenze sopra citate. Se si vuole sintetizzare l’indirizzo intrapreso dalla Corte lussemburghese sin dal 1957, si può dire che questo è consistito essenzialmente nel «dare una costituzione all’Europa»³⁴. Principi quali il primato del diritto comunitario sui diritti nazionali, anche di rango costituzionale, e

³¹ G.F. MANCINI, *The Making of a Constitution for Europe*, in *Common Market Law Review*, 1989, 609.

³² M. CARTABIA, *L’ora dei diritti fondamentali in Europa*, in ID. (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, Il Mulino, 2007, 16.

³³ *Ibidem*.

³⁴ Così G.F. MANCINI, *The Making of a Constitution for Europe*, cit., 595.

l'effetto diretto delle norme sovranazionali, disvelavano allora l'inadeguatezza del silenzio mantenuto sino a quel momento rispetto ai diritti fondamentali. Come giustamente osservato, «il primato consentiva agli atti comunitari di derogare alle Costituzioni nazionali, ai loro principi e ai loro diritti. Allo stesso tempo il vuoto di protezione così determinatosi non risultava compensato da analoghi rimedi previsti nell'ordinamento comunitario»³⁵.

Una siffatta carenza non poteva non suscitare tensioni con le Corti costituzionali nazionali. L'*impasse* che si coglieva già *in nuce* nella sentenza *Stork*³⁶ – nella quale la Corte di giustizia affermava di non poter esaminare la contestazione del ricorrente relativa alla compatibilità dell'atto impugnato con i principi fondamentali della Costituzione tedesca, potendo essa applicare *soltanto il diritto comunitario* – sarebbe deflagrata in autentico conflitto tra Corti solo negli anni Settanta, con le decise prese di posizione da parte dei tribunali costituzionali italiano e tedesco. Le sentenze *Frontini* e *Solange* sono fin troppo note e non meritano ulteriori commenti. Di maggiore interesse ai fini della nostra analisi è invece il trittico di decisioni – *Stauder/Internationale Handelsgesellschaft/Nold*³⁷ – con cui la Corte di giustizia in parte anticipava e in parte replicava agli stimoli provenienti dalle Corti costituzionali degli Stati membri, e configurava in via pretoria, in assenza di appigli formali nei testi dei Trattati, una forma «comunitaria» di tutela dei diritti fondamentali; i caratteri marcatamente giurisprudenziali del diritto sovranazionale si esprimono al massimo grado proprio in quest'opera di autentica «invenzione»³⁸ dei diritti fondamentali del cittadino europeo, di elaborazione per via casistica di una sorta di «breviario» dei diritti fondamentali. Tutt'altro che esagerata può apparire, in questo senso, l'osservazione per cui «reading

³⁵ M. CARTABIA, *L'ora dei diritti fondamentali in Europa*, cit., 18.

³⁶ Ivi si afferma, significativamente, che «una censura relativa al fatto che l'Alta Autorità avrebbe violato principi fondamentali della costituzione di uno Stato membro non può essere presa in considerazione dalla Corte»: vedi Corte giust., sent. 4 febbraio 1959, causa 1/58, *Friedrich Stork et co. contro l'Alta Autorità*.

³⁷ Rispettivamente: Corte giust., sent. 12 novembre 1969, causa 29/69, *Erich Stauder contro Stadt Ulm Sozialamt*; Corte giust., sent. 17 dicembre 1970, causa 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft mbH contro Einfuhr und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*; Corte giust., sent. 14 maggio 1974, causa 4/73, *J. Nold, Kohlen und Baustoffgroßhandlung contro Commissione delle Comunità europee*.

³⁸ P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Bari-Roma, Laterza, 2017, 99 ss.

an unwritten bill of rights into Community law is indeed the most striking contribution the Court has made to the development of a constitution for Europe»³⁹.

Nella prima sentenza del trittico sopra citato la Corte si limitava ad affermare, in guisa di *obiter dictum*, che i diritti fondamentali della persona «fanno parte dei principi generali del diritto comunitario, di cui la Corte garantisce l'osservanza». Di più ampio respiro, invece, le argomentazioni contenute nell'arresto successivo: qui la Corte mitigava la dirompente affermazione dell'indifferenza, per il diritto comunitario, delle disposizioni anche di rango costituzionale degli Stati membri («il fatto che siano menomati vuoi i diritti fondamentali sanciti dalla costituzione di uno Stato membro, vuoi i principi di una costituzione nazionale, non può sminuire la validità di un atto della Comunità né la sua efficacia nel territorio dello stesso Stato»), con l'altrettanto vigorosa affermazione per cui «la tutela dei diritti fondamentali costituisce [...] parte integrante dei principi giuridici generali di cui la Corte di giustizia garantisce l'osservanza». La salvaguardia dei diritti fondamentali nel diritto comunitario, «informata alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri», doveva essere tuttavia «garantita entro l'ambito della *struttura* e delle *finalità* della Comunità». Trattasi di passaggi argomentativi essenziali al fine di illuminare la portata dell'impresa «costituente» della Corte di giustizia, e la sua capacità di assolvere ad una funzione *strutturale*, più che meramente giurisdizionale⁴⁰. Di certo questa decisione non ebbe il forse auspicato effetto rassicurante sulle giurisdizioni nazionali, essendo proprio a seguito di essa che i giudici costituzionali italiani e tedeschi innescarono il «confronto dialettico»⁴¹ sopra accennato. Giova ad ogni modo soffermarsi sulle riportate affermazioni della Corte di giustizia, enucleando quattro ulteriori brevi considerazioni.

In primo luogo, la *relativizzazione* del principio del primato del diritto comunitario. Proprio nel momento in cui il «disinteresse» della Comunità per gli eventuali limiti posti dalle costituzioni nazionali all'espansione della normativa sovranazionale raggiungeva il suo apice, la Corte provvedeva ad *interiorizzare*, in forma di

³⁹ G.F. MANCINI, *The Making of a Constitution for Europe*, cit., 611.

⁴⁰ P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè, 2007³, 143.

⁴¹ O. POLLICINO, *Corte di giustizia e giudici nazionali*, cit., 249.

autolimitazione, alcuni di quei principi che negli ordinamenti degli Stati membri presiedevano al corretto esercizio del potere pubblico, e che, in quanto attinenti alla relazione tra *autorità* e *libertà*, formavano naturalmente parte integrante, se non essenziale, del patto costituzionale: i diritti fondamentali, appunto. D'altra parte, «come permettere che gli atti comunitari prevalessero sulle leggi nazionali e persino sulle Costituzioni nazionali, se tali atti potevano nascondere un vulnus ai diritti fondamentali dei cittadini europei?»⁴²

In secondo luogo, il riferimento alle «tradizioni costituzionali comuni». Trattasi di una nozione tanto enigmatica quanto essenziale ai fini di una corretta disamina dell'attività della Corte di giustizia nel campo dei diritti fondamentali. Le *common constitutional traditions*, attraverso il filtro dei principi generali del diritto comunitario – fonte anch'essa puramente e semplicemente giurisprudenziale, e mutuata dall'esperienza giuridica francese, in particolare dallo sviluppo del diritto amministrativo d'Oltralpe negli ultimi due secoli ad opera del *Conseil d'Etat*⁴³ –, consentivano alla Corte di reperire i principi giuridici necessari a decidere i casi che le venivano sottoposti in punto di presunta violazione dei diritti fondamentali, colmando le lacune dell'ordinamento sovranazionale. Sarebbe tuttavia ingenuo ritenere che il rinvenimento delle tradizioni comuni sia stato frutto di un'effettiva opera di comparazione tra gli ordinamenti degli Stati membri. Questi costituivano piuttosto «fonti di ispirazione», per plurime ragioni. Al netto dell'intrinseca vaghezza e indeterminatezza delle disposizioni costituzionali degli Stati membri sui diritti fondamentali, tali per cui la coincidenza soltanto nominale tra le stesse diceva (e dice) assai poco sui contenuti e sugli *standard* di tutela effettivamente garantiti, è difficile riscontrare nelle pronunce della Corte un'autentica analisi comparativa. Frequente, peraltro, l'adozione di opzioni interpretative proprie solo della *maggioranza* degli Stati membri; non infrequente finanche la scelta di seguire semplici «tendenze evolutive»⁴⁴, piuttosto che principi consolidati. L'individuazione delle tradizioni costituzionali

⁴² M. CARTABIA, *L'ora dei diritti fondamentali in Europa*, cit., 20.

⁴³ O. POLLICINO, *Corte di giustizia e giudici nazionali*, cit., 246.

⁴⁴ A. ADINOLFI, *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e la loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 3/1994, 555.

comuni non si presta pertanto ad essere inquadrata secondo criteri rigidi; nessun vincolo frenava realmente l'attività «inventiva» della Corte, neppure il requisito della *comunanza*; la componente creativa è stata tanto importante da far dire, condivisibilmente, che le *common constitutional traditions* «hanno assunto [...] il ruolo di “paravento” al riparo del quale la Corte ha potuto elaborare in tutta autonomia una carta non scritta dei diritti»⁴⁵.

In terzo luogo, la creatività giudiziale. L'enucleazione dei principi sopra esposti, dal primato del diritto comunitario all'effetto diretto, fino alle tradizioni costituzionali comuni, dunque l'intera categoria dei principi generali del diritto comunitario, è frutto di un'autonoma elaborazione da parte della Corte. Unico appiglio testuale era l'art. 215, par. 2 del Trattato CEE, ove, limitatamente alla materia della responsabilità extra-contrattuale, si diceva che la Comunità *deve risarcire, conformemente ai principi generali comuni ai diritti degli Stati membri, i danni cagionati dalle sue istituzioni o dai suoi agenti nell'esercizio delle loro funzioni*. Appiglio ideale di quest'opera di *Rechtsfindung* poteva invece essere individuato nell'art. 164 del Trattato CEE⁴⁶ (il cui contenuto corrisponde a quello dell'attuale art. 19 TUE): *la Corte di giustizia assicura il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione del presente Trattato*, anche quando, si potrebbe aggiungere, questo implichi «trovare» il diritto, nel senso del latino *invenire*⁴⁷. Una conferma di questo indirizzo interpretativo in merito alla portata delle proprie funzioni si coglieva peraltro nella seminale sentenza *Algera*, ove, dinanzi ad una lacuna dell'ordinamento giuridico comunitario, la Corte concludeva di essere «tenuta a risolvere tale problema informandosi alle leggi, alla dottrina e alla giurisprudenza dei Paesi membri»⁴⁸. Un esercizio fisiologico di attività giurisdizionale ovvero un «colpo di

⁴⁵ G. DE VERGOTTINI, *Tradizioni costituzionali comuni e Costituzione europea*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 6 novembre 2014, 2.

⁴⁶ In questo senso K. LENAERTS, *The European Court of Justice and the Comparative Law Method*, in *European Review of Private Law*, 2/2017, 299.

⁴⁷ P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, cit.

⁴⁸ «Trattasi di un problema di diritto amministrativo ben noto nella giurisprudenza e nella dottrina di tutti i paesi della Comunità ma per la cui soluzione il Trattato non contiene alcuna norma giuridica. La Corte, per non denegare giustizia, è pertanto tenuta a risolvere tale problema informandosi alle leggi, alla dottrina e alla giurisprudenza dei Paesi membri»: seguiva un'accurata rassegna delle esperienze costituzionali degli Stati membri con riferimento al problema da risolvere, v. Corte giust., sent. 12 luglio

Stato»⁴⁹? Di certo alla riuscita della *rights revolution* hanno contribuito i giudici nazionali in forza dello strumento del rinvio pregiudiziale, autentico e imprescindibile *trait d'union* tra essi e la Corte di giustizia. Nessun principio generale avrebbe attecchito senza la collaborazione o quantomeno la tolleranza dei giudici nazionali⁵⁰, tanto più in un contesto simile, ove il difetto di strumenti di esecuzione coattiva delle proprie sentenze obbligava vieppiù la Corte di giustizia a sfruttare lo strumento, non necessariamente meno efficace, della *persuasione*. Ad ogni modo è soprattutto l'urgenza di colmare il vuoto che si era venuto a creare a rendere ragione del fatto che «nonostante la creazione in via giurisprudenziale della tutela dei diritti fondamentali nell'Unione Europea abbia costituito una delle massime espressioni di attivismo giurisdizionale, poche siano state le critiche e le resistenze manifestate nei confronti dell'ardimento della Corte di giustizia»⁵¹. A dispetto di alcune «sacche di resistenza»⁵², infatti, come nel caso della Corte costituzionale italiana, si è trattato tutto sommato di una «rivoluzione tranquilla»⁵³. Particolarmente suggestivo, in questo senso, il celebre esordio di un saggio di Eric Stein: «appartata nel paese delle fiabe del Ducato del Lussemburgo e circondata, fino a poco tempo fa, da una benevola noncuranza da parte dei poteri costituiti e dei mass media, la Corte di giustizia delle Comunità europee ha modellato un'architettura costituzionale per un'Europa di tipo federale»⁵⁴.

In quarto e ultimo luogo, la «funzionalizzazione» della tutela dei diritti fondamentali agli interessi comunitari. Ci si riferisce al segmento finale dell'impegnativa dichiarazione della Corte nella sentenza *Internationale Handelsgesellschaft*, ove essa

1957, cause riunite C-7/56, C-3/57, C-7/57, *Dineke Algera, Giacomo Cicconardi, Simone Couturaud, Ignazio Genuardi e Félicie Steichen contro l'Assemblea Comune della Comunità europea del Carbone e dell'Acciaio*. Nota giustamente come l'obbligo di statuire pur in assenza di regole «implichi di per sé un potere creativo» A. ADINOLFI, *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria*, cit., 531.

⁴⁹ Nel senso che l'attività della CGUE costituisca un esempio di «a fundamental transformation in the normative foundations of a legal system through the constitutional lawmaking of a court», A.S. SWEET, *The Juridical Coup d'État and the Problem of Authority*, in *German Law Journal*, 10/2007, 924 ss.

⁵⁰ M.P. MADURO, *Contrapunctual Law: Europe's Constitutional Pluralism in Action*, in N. WALKER (a cura di), *Sovereignty in Transition. Essays in European Law*, Oxford, Hart Publishing, 2006, 517 ss.

⁵¹ M. CARTABIA, *L'ora dei diritti fondamentali in Europa*, cit., 20.

⁵² M. CARTABIA-J.H.H. WEILER, *L'Italia in Europa. Profili istituzionali e costituzionali*, Bologna, Il Mulino, 2000, 63.

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ E. STEIN, *Lawyers, Judges, and the Making of a Transnational Constitution*, in *Am. J. Int'l Law*, 1/1981, 1.

affermava che la tutela dei diritti fondamentali nel contesto sovranazionale deve essere in ogni caso «garantita entro l'ambito della *struttura* e delle *finalità* della Comunità». In questo passaggio, ripetuto poi nella sentenza *Hauer*, la Corte sembra voler non solo chiarire la natura di fonti di ispirazione, piuttosto che di autentiche fonti di produzione giuridica, propria delle *common constitutional traditions*, ma anche sottolineare come, in questo processo «osmotico» di mutua alimentazione dei sistemi giuridici, non sia in alcun modo oscurato il proprio ruolo di garante della realizzazione degli obiettivi del progetto sovranazionale⁵⁵; le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri rappresentano il «materiale» cui attingere precipuamente nel dare forma allo *ius commune europaeum*, ma senza che ciò atteni l'autonomia e la specificità di quest'ultimo⁵⁶; nel *reasoning* della Corte pertanto il *comparative law method* si intreccia indissolubilmente alla *teleological interpretation*⁵⁷, dal momento che, ove siano consentite più opzioni interpretative, dovrà sempre essere prescelta quella più idonea a conseguire gli obiettivi fissati nei Trattati. Ne è esempio preclaro la testé citata sentenza *Hauer*, ove la Corte offre quasi un'analisi comparativa della disciplina costituzionale dei nove Stati membri in riferimento al diritto di proprietà e ai suoi limiti, ma sempre alla luce degli obiettivi di interesse generale perseguiti dalla Comunità⁵⁸.

Quando il Trattato di Maastricht intervenne a suffragare questo indirizzo giurisprudenziale ormai più che ventennale, nessuno contestava più l'operato della Corte. Il novero di fonti di ispirazione cui attingere per configurare i principi generali in tema di tutela dei diritti fondamentali si era nel frattempo allargato: nella sentenza *Nold*⁵⁹ si affermava che pure i trattati internazionali relativi alla tutela dei diritti dell'uomo cui gli Stati membri hanno aderito o cooperato costituiscono elementi di cui si può «tenere conto» nell'ambito del diritto comunitario, mentre nella sentenza *Rutili*

⁵⁵ Afferma che «la ricerca dell'interpretazione del diritto europeo che ne assicurasse un effetto utile all'integrazione ha orientato lo stile giurisprudenziale e prevalso sulla compiuta aderenza al testo nel suo significato originario» A. PIN, *Precedente e mutamento giurisprudenziale. La tradizione angloamericana e il diritto sovranazionale europeo*, Padova, Cedam, 2017, 194.

⁵⁶ M. CARTABIA-J.H.H. WEILER, *L'Italia in Europa*, cit., 223 ss.

⁵⁷ K. LENAERTS, *The European Court of Justice and the Comparative Law Method*, cit., 308.

⁵⁸ Corte giust., sent. 13 dicembre 1979, causa 44/79, *Liselotte Hauer contro Land Rheinland-Pfalz*.

⁵⁹ Corte giust., sent. 14 maggio 1974, causa 4/73, *J. Nold, Kohlen und Baustoffgroßhandlung contro Commissione delle Comunità europee*.

un ruolo di primo piano era assegnato in particolare alla CEDU⁶⁰. L'Atto unico europeo, ispirandosi a tale giurisprudenza, si richiamava, nel preambolo, al rispetto dei diritti fondamentali sanciti dalle costituzioni e dalle leggi degli Stati membri, dalla Convenzione nonché dalla Carta sociale europea. Non diversamente, il testo dell'art. F, par. 2 del Trattato di Maastricht si limitava a rispecchiare e formalizzare l'indirizzo della Corte: *l'Unione rispetta 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.*

Alla base della decisione, di poco successiva, di procedere alla redazione di una Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, figuravano indubbiamente diversi fattori. Sicuramente tra questi figurava la consapevolezza di come la tutela dei diritti fondamentali dei cittadini europei per il tramite dei principi generali non fosse particolarmente garantista rispetto alle esigenze di certezza del diritto, essendo talvolta difficilmente prevedibile l'orientamento della Corte⁶¹; si aggiunga che l'esigenza di disporre di una fonte di cognizione più precisa del quadro giuridico complessivo in tema di diritti non poteva essere soddisfatta tramite l'adesione formale dell'UE alla CEDU, in ragione del parere contrario della Corte di giustizia⁶². All'opzione della scrittura conduceva altresì la convinzione di poter rafforzare la legittimazione democratica

⁶⁰ Corte giust., sent. 28 ottobre 1975, causa 36/75, *Roland Rutili contro Ministre de l'Intérieur*.

⁶¹ A. ADINOLFI, *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria*, cit., 526.

⁶² «Allo stato attuale del diritto comunitario, la Comunità non ha la competenza per aderire alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, in quanto, da un lato, nessuna disposizione del Trattato attribuisce alle istituzioni comunitarie, in termini generali, il potere di dettare norme in materia di diritti dell'uomo o di concludere convenzioni internazionali in tale settore e, dall'altro, una tale adesione non potrebbe essere effettuata facendo ricorso all'art. 235 del Trattato. Infatti, se il rispetto dei diritti dell'uomo costituisce un requisito di legittimità degli atti comunitari, l'adesione della Comunità alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo determinerebbe una modificazione sostanziale dell'attuale regime comunitario di tutela dei diritti dell'uomo, in quanto comporterebbe l'inserimento della Comunità in un sistema istituzionale internazionale distinto, nonché l'integrazione del complesso delle disposizioni della Convenzione nell'ordinamento giuridico comunitario. Una tale modifica del regime della tutela dei diritti dell'uomo nella Comunità, le cui implicazioni istituzionali risulterebbero parimenti fondamentali sia per la Comunità sia per gli Stati membri, rivestirebbe rilevanza costituzionale ed esulerebbe quindi, per sua propria natura, dai limiti dell'art. 235. Essa può essere quindi realizzata unicamente mediante modifica del Trattato»: così Corte giust., 28 marzo 1996, parere 2/94 *sull'adesione della Comunità alla Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo*.

dell'Unione – in un decennio particolarmente turbolento, essendo esplosa sul piano sia dogmatico che effettuale l'annosa questione del *deficit* democratico delle istituzioni comunitarie – sia dinanzi ai suoi cittadini, sia dinanzi agli Stati che aspiravano a far parte del progetto di integrazione. La Carta di Nizza acquistava così il significato giuridico di «atto *pre-costituente* che precede la *Costituzione* europea»⁶³.

L'«infanzia difficile» della Carta di Nizza è storia nota: le principali critiche al testo si appuntano sulla scelta dell'*indivisibilità* dei diritti, sulle «insidie riduzionistiche»⁶⁴ in merito alla tutela dei diritti sociali⁶⁵, sulla controversa distinzione tra «diritti» e «principi»⁶⁶, sull'indeterminatezza di talune clausole che rinviano a legislazioni e prassi nazionali⁶⁷. Autentico *conundrum*, almeno fino all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, è altresì il valore normativo della Carta: trattasi di un mero documento politico o di una dichiarazione giuridicamente vincolante? A tali quesiti non danno risposta soddisfacente né l'entusiasmo con cui essa è accolta da giudici comuni⁶⁸ e finanche costituzionali⁶⁹, né la sua inclusione tra le fonti d'identificazione dei diritti fondamentali nel preambolo del regolamento 168/2007 (istitutivo dell'*Agenzia europea dei diritti*

⁶³ A. SPADARO, *La cultura costituzionale sottesa alla Carta dei diritti fondamentali dell'UE. Fra modelli di riferimento e innovazioni giuridiche*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2/2016, 315.

⁶⁴ S. RODOTÀ, *La Carta come atto politico e documento giuridico*, in AA.VV., *Riscrivere i diritti in Europa*, Bologna, Il Mulino, 2001, 73 ss.

⁶⁵ C. SALAZAR, *A Lisbon story: la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea da un tormentato passato...a un incerto presente?*, in www.gruppodipisa.it, 2011, 12.

⁶⁶ A. SPADARO, *La cultura costituzionale sottesa alla Carta dei diritti fondamentali dell'UE*, cit., 330 ss.

⁶⁷ Tutti questi aspetti saranno esaminati *infra*, par. 5.3 di questo Capitolo.

⁶⁸ A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, in *Rivista AIC*, 4/2017, 4 ss.

⁶⁹ L. TRUCCO, *L'uso fatto della Carta dei diritti dell'Unione nella giurisprudenza costituzionale (2000-2015)*, in *Consulta OnLine*, 1/2016, 51 ss. Nonostante la Corte costituzionale italiana abbia più volte richiamato la Carta ben prima dell'equiparazione del suo valore giuridico a quello dei Trattati, sia pure in modo definito «*ad adiuvandum in abundantiam*», la stessa è poi dovuta intervenire per frenare certi orientamenti giurisprudenziali fin troppo audaci: v. sent. n. 80 del 2011 con cui nega che la CEDU sia stata «comunitarizzata» (nello stesso senso Corte giust., sent. 24 aprile 2012, causa C-571/10, *Servet Kamberaj contro Istituto per l'Edilizia sociale della Provincia autonoma di Bolzano*: «l'articolo 6, paragrafo 3, TUE non disciplina il rapporto tra la CEDU e gli ordinamenti giuridici degli Stati membri e nemmeno determina le conseguenze che un giudice nazionale deve trarre nell'ipotesi di conflitto tra i diritti garantiti da tale convenzione ed una norma di diritto nazionale»), nonché la sent. n. 63 del 2016 in cui ribadisce, *ça va sans dire*, che «le disposizioni della Carta sono applicabili agli Stati membri solo quando questi agiscono nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione». Decisamente più fredda, sotto certi aspetti, l'accoglienza da parte della Corte di giustizia: in una delle prime sentenze ove essa cita la Carta, sottolinea che «non costituisce uno strumento giuridico vincolante» (Corte giust., sent. 27 giugno 2006, causa C-540/03, *Parlamento europeo contro Consiglio dell'Unione europea*).

fondamentali), né il fatto che essa sia stata «proclamata» dalle principali istituzioni dell'Unione (Consiglio, Parlamento, Commissione). Al di là della questione del controverso valore giuridico, si manifestano preoccupazioni, tutt'altro che irragionevoli, in ordine alla possibile perdita di centralità dei tribunali costituzionali in un circuito di tutela multilivello ove sia privilegiato il rapporto diretto tra Corti europee e giudici comuni, tanto più alla luce della storica riluttanza di certe corti supreme ad instaurare un dialogo diretto con la Corte di giustizia⁷⁰. Le Carte dei diritti a livello sovranazionale dimostrano una naturale «tendenza espansiva»; nell'ambito del sistema giuridico eurounitario, ciò comporta un'ovvia tensione con quella pietra angolare delle relazioni tra Unione e Stati membri che è il *principio di attribuzione*. I diritti fondamentali non costituiscono una materia in senso proprio, bensì una sorta di «“macro-materia” che informa di sé trasversalmente tutto l'ordinamento dell'UE e, con esso, tutti gli ordinamenti dei 28 Stati membri»⁷¹.

Il Trattato di Lisbona, pur ponendo fine alle discussioni relative al valore giuridico della Carta dei diritti fondamentali, non contribuisce alla semplificazione del quadro delle fonti in materia di tutela dei diritti: nell'art. 6 TUE è elencata una pluralità di strumenti normativi, oltre alla Carta (par. 1) la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (par. 2) e, di nuovo, *i diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri [...] in quanto principi generali* (par. 3). Se l'operatività del secondo paragrafo è attualmente paralizzata dal nuovo parere contrario della CGUE⁷² in merito al progetto di adesione dell'Unione alla CEDU, il rapporto tra il primo e il terzo paragrafo è quantomeno controverso, potendosi ritenere ultroneo il riferimento ai

⁷⁰ M. CARTABIA, *La Carta di Nizza, i suoi giudici e l'isolamento della Corte costituzionale italiana*, in AA.VV., *Riflessi della Carta europea dei diritti sulla giustizia e la giurisprudenza costituzionale: Italia e Spagna a confronto*, Milano, Giuffrè, 2003, 201-225. Il tema sarà ampiamente trattato nel terzo capitolo, par. 3.

⁷¹ A. SPADARO, *La cultura costituzionale sottesa alla Carta dei diritti fondamentali dell'UE*, cit., 332; sull'effetto di *spill-over* della Carta UE v. anche A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, cit., 5 ss.

⁷² Corte giust., 18 dicembre 2014, parere 2/13.

principi generali del diritto dinanzi al conferimento di piena efficacia giuridica alla Carta dei diritti fondamentali⁷³. Ulteriori discussioni, in dottrina come in giurisprudenza, hanno riguardato l'interpretazione delle «clausole orizzontali» contenute nella Carta dei diritti fondamentali⁷⁴, ai fini di una corretta *actio finium regundorum* tra questa e le costituzioni nazionali.

3. Il concetto di tutela multilivello dei diritti fondamentali

Se è vero, da una parte, che la tutela multilivello «rappresenta il cuore del costituzionalismo multilivello»⁷⁵, è altrettanto vero, dall'altra, che l'aggettivo «multilivello» ha perduto, a seguito della notevole diffusione del suo utilizzo in dottrina, quella pregnanza concettuale che era connessa al suo inquadramento all'interno della teoria costituzionale di Ingolf Pernice, esposta nel primo capitolo di questo lavoro. Ecco allora che, come sovente avviene in letteratura, la fortuna di un'espressione finisce per oscurarne sia le origini sia le implicazioni teoriche. Per «tutela multilivello» si intende infatti, comunemente, «quel complesso di istituti, tanto di origine normativa che giurisprudenziale, attraverso cui si articolano le competenze e le relazioni tra le varie istanze giurisdizionali degli ordinamenti nazionali e sovranazionali (quindi dell'Unione europea ed internazionale) davanti a cui è possibile

⁷³ Sul punto v., *ex multis*, M. CARTABIA, *Convergenze e divergenze nell'interpretazione delle clausole finali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Rivista AIC*, 2/2008, 4 ss.; L. DANIELE, *Diritto dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2014⁵, 202.

⁷⁴ Sul punto v. B. NASCIBENE, *Il principio di attribuzione e l'applicabilità della Carta dei diritti fondamentali: l'orientamento della giurisprudenza*, in *Riv. dir. int.*, 1/2015, 49-78; K. STERN, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Riflessioni sulla forza vincolante e l'ambito di applicazione dei diritti fondamentali codificati nella Carta*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 6/2014, 1235-1260; N. LAZZERINI, *Il contributo della sentenza Åkerberg Fransson alla determinazione dell'ambito di applicazione e degli effetti della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Riv. dir. int.*, 3/2013, 883-912; N. PARISI, *Funzione e ruolo della Carta dei diritti fondamentali nel sistema delle fonti alla luce del Trattato di Lisbona*, in *Dir. un. eur.*, 3/2009, 653-678; L. DANIELE, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e Trattato di Lisbona*, in *Dir. un. eur.*, 4/2008, 655-669.

⁷⁵ A. CARDONE, *La tutela multilivello dei diritti fondamentali*, Milano, Giuffrè, 2012, 3.

far valere la tutela dei diritti fondamentali»⁷⁶. Senza dunque prendere posizione in merito alla natura *costituzionale* dei livelli ordinamentali diversi da quelli statali, una siffatta definizione si limita a constatare l'esistenza di strumenti di tutela ulteriori rispetto a quelli predisposti all'interno degli ordinamenti degli Stati membri dell'Unione europea. Ciò che induce ad adoperare questa espressione, anche nell'ambito di elaborazioni teoriche lontane dalla dottrina del *multilevel constitutionalism*, è senza dubbio la crescente complessità del sistema di tutela dei diritti fondamentali nello scenario giuridico europeo. Costituzioni nazionali, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali concorrono nella grandiosa opera di costruzione di un'«Europa dei diritti», ponendo tuttavia a giudici, avvocati e studiosi la sfida, altrettanto straordinaria, di razionalizzarne i rapporti reciproci, tutt'altro che lineari e immediati⁷⁷.

Lo sviluppo della tutela dei diritti fondamentali in senso multilivello rappresenta la tappa più avanzata di una traiettoria che, dalla germinazione storico-etica dei diritti fondamentali dalla teoria dei diritti umani universali, giunge ai nostri giorni, passando per la loro affermazione sul piano giuridico-positivo negli ordinamenti degli Stati nazionali. Neppure questa traiettoria, tuttavia, è stata lineare e incontrastata. Molto è cambiato da quando la *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* proclamava solennemente, nell'art. 2, quali diritti naturali ed imprescrittibili dell'uomo *la libertà, la proprietà, la sicurezza e la resistenza all'oppressione*. Sono mutati i contenuti dei diritti fondamentali tutelati, articolandosi in differenti «generazioni», e tutt'ora notevoli divergenze separano i cataloghi dei diritti dei vari Stati europei; sono mutate le strutture degli enunciati e le tecniche di positivizzazione; sono mutati, raggiungendo un grado sempre più elevato di complessità e raffinatezza, gli strumenti di tutela dei diritti medesimi; è notevolmente cambiato altresì il rapporto tra il «blocco» dei diritti

⁷⁶ *Ibidem*; non dissimile la definizione offerta da M. NISTICÒ, *Limiti e prospettive del circuito di tutela su più livelli dei diritti fondamentali*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2018, 254, per cui la tutela multilivello è «il complesso (auspicabilmente organizzato, o almeno tendenzialmente ordinato) degli strumenti che regolano le relazioni tra le diverse istanze cui è possibile rivolgersi per ottenere tutela di uno o più diritti fondamentali».

⁷⁷ M. CARTABIA, *Convergenze e divergenze nell'interpretazione delle clausole finali*, cit., 12.

fondamentali tutelati nelle costituzioni nazionali e le altre norme costituzionali di carattere *lato sensu* organizzativo.

Un mutamento ancora più profondo, *a monte*, si è verificato nel costituzionalismo del secondo dopoguerra, in ragione del superamento definitivo della concezione radicalmente individualistica dei diritti fondamentali propria di certa tradizione liberale, che vedeva negli stessi «soltanto» diritti soggettivi di matrice pre-statale, orientati alla difesa del singolo contro le ingerenze dello Stato-apparato. La svolta, in questo senso, avviene nel momento in cui al contenuto classico dei diritti fondamentali inizia ad affiancarsi la loro qualificazione anche «come norme oggettive di principio, ovvero scelte di valore»⁷⁸. Il dispiegamento del pieno carattere assiologico dei diritti fondamentali, costituente non già una mera integrazione, ma una «nuova qualità» degli stessi, fa sì che essi non operino solamente nella disciplina dei rapporti tra il singolo cittadino e lo Stato, estendendosi piuttosto *universalmente e in ogni direzione*. Questa palingenesi nella concezione dei diritti fondamentali, densa di conseguenze teoriche e pratiche, è dunque connessa ad un fenomeno di «irradiazione (*Ausstrahlung*) in tutti gli ambiti del diritto»⁷⁹. I diritti fondamentali classici, per contro,

erano [...] più modesti: essi volevano fin dal principio riferirsi solo ad una parte dell'ordinamento giuridico, ma qui volevano essere elevati a istituti giuridici, istituti della concreta garanzia di libertà nel rapporto immediato fra cittadino e Stato. Per il resto, l'ordinamento giuridico trovava i propri principi e la propria concreta configurazione nella legge ed era il risultato dell'attività creativa del legislatore, al quale veniva perciò attribuita una competenza originaria di creare diritto⁸⁰.

⁷⁸ E.W. BÖCKENFÖRDE, *Staat, Verfassung, Demokratie*, cit., 212.

⁷⁹ *Ibidem*, 221.

⁸⁰ *Ibidem*, 249; contro questa ricostruzione in cui ai poli opposti si trovano una Costituzione intesa, in senso liberale, come «ordinamento-cornice» e una Costituzione intesa invece come «ordinamento fondamentale» (nelle sarcastiche parole di Forsthoff, un *Weltenei*, ossia un «microcosmo giuridico, da cui deriva tutto, dal codice penale fino alla legge sulla produzione di termometri per misurare la febbre»), si vedano le celebri riflessioni di R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, cit., 607 ss.

In queste riflessioni si intravedono tutti i principali problemi teorici della teoria costituzionale odierna, legati al passaggio dallo Stato liberale allo Stato costituzionale di diritto: la concorrenza tra diritti fondamentali e i conseguenti problemi di bilanciamento, la garanzia del loro contenuto essenziale (*Wesensgehalt*), il dispiegarsi dei loro effetti orizzontali, in ultima analisi lo straordinario incremento delle prerogative dei tribunali costituzionali. A siffatti problemi l'architettura multilivello del sistema di tutela dei diritti ne aggiunge di ulteriori, di portata altrettanto significativa. Diversi sono i possibili approcci teorici al tema (richeggiando Böckenförde, le *teorie dei diritti fondamentali* da cui muovere); ugualmente numerosi sono i livelli di tutela, caratterizzati da scopi e funzioni differenti⁸¹; vi è altresì un pluralismo di tendenze interpretative, di tecniche di bilanciamento, di orientamenti giurisprudenziali. La stessa ricostruzione dei rapporti interordinamentali divide non solo le corti costituzionali degli Stati membri tra loro, ma le stesse e la Corte di giustizia dell'Unione europea, con i conseguenti e noti rischi di conflitti costituzionali.

Questa interconnessione di Carte, Corti, *standard* di tutela, orientamenti giurisprudenziali e prassi istituzionali è talmente complessa da far ritenere in verità che l'immagine dei «livelli», per quanto fortunata e suggestiva, non sia necessariamente la più adeguata a descrivere il concreto svolgersi delle relazioni interordinamentali. Se quest'ultima prospettiva, ovvero lo studio delle problematiche poste dal

⁸¹ Questo avviene «anzitutto perché l'elenco dei diritti inclusi in ciascuno di questi documenti non è perfettamente sovrapponibile a quello degli altri. In secondo luogo, per le inevitabili divergenze interpretative che si riscontrano nella giurisprudenza e nelle prassi applicative di ciascuno di essi: il bilanciamento tra diritti e interessi contrapposti che si rende necessario di fronte alle esigenze della singola controversia, può aprire a percorsi ermeneutici divergenti anche a fronte di testi formulati in termini apparentemente analoghi. Infine, perché ciascun sistema di tutela dei diritti risponde a una *ratio* e a una finalità diverse: altro è una Costituzione nazionale, fondamento e apice dell'intero ordinamento giuridico statale; altro è la Convenzione europea, volta ad assicurare uno standard minimo comune agli Stati aderenti e operante solo in via sussidiaria rispetto alle garanzie nazionali; altro ancora è la Carta dei diritti dell'Unione che opera sì in settori delimitati, ma in quegli ambiti tende a porre uno standard comune e uniforme di tutela tra tutti gli Stati membri»: così M. CARTABIA, *Convergenze e divergenze nell'interpretazione delle clausole finali*, cit., 12. Sottolinea che «ogni ordinamento rappresenta un sistema autonomo di valori giuridici e di beni tutelati, di tal che i diritti riconosciuti e garantiti in ciascuno di questi sistemi non sempre e non necessariamente coincidono con quelli riconosciuti e tutelati in altri» anche E. MOTTESE, *Tutela multilivello dei diritti fondamentali e teoria dei controlimiti. Il sistema europeo di protezione dei diritti umani nei rapporti tra Corte costituzionale, Corte di giustizia e Corte europea dei diritti dell'uomo: una integrazione "limitata"*, in http://www.lex.unict.it/sites/default/files/files/Crio/F_ogliLavoro/FLADI_2010_1.pdf, 6-7.

costituzionalismo multilivello rispetto alla tutela dei diritti *dal punto di vista delle relazioni tra ordinamenti* è effettivamente la più fruttuosa⁸², allora emerge anche ad una disamina non particolarmente approfondita come raffigurare i rapporti tra sistemi giuridici nello scenario europeo come un'immagine a cerchi concentrici o a strati sovrapposti sia quantomeno improprio⁸³ e forse semplificante, se non fuorviante.

4. Oltre il monismo e il dualismo: verso un ordinamento giuridico «integrato»

Che i rapporti tra il livello sovranazionale di tutela dei diritti fondamentali e i diversi livelli nazionali non fossero agevolmente configurabili secondo coordinate lineari, era evidente fin dall'inizio. Giova soffermarsi, a questo proposito, sulla varietà di approcci concettuali all'assetto pluralistico che caratterizza lo scenario europeo contemporaneo. Già alle origini del sistema *multilevel* l'idea che si potesse tracciare una netta linea di demarcazione tra le competenze della Corte di giustizia e le competenze delle autorità nazionali in materia di tutela dei diritti, a seconda che la controversia avesse ad oggetto rispettivamente atti delle istituzioni comunitarie ovvero atti delle istituzioni nazionali – fatta eccezione per gli atti interni che costituissero attuazione di normative comunitarie –, era destinata a scontrarsi con il concreto dispiegarsi delle relazioni interordinamentali, in particolare con le tensioni dovute sia alle suesposte lacune del sistema giuridico sovranazionale, sia alla tendenza «espansiva» della giurisprudenza della Corte di giustizia. L'autorappresentazione di quest'ultima quale custode di un sistema giuridico autonomo e distinto, nel quale l'*acquis communautaire* sviluppandosi ha dato vita ad un'entità costituzionale del tutto speciale⁸⁴ (al punto da rompere finanche il cordone ombelicale con la sua fondazione pattizia), non coincide con la

⁸² A. CARDONE, *La tutela multilivello dei diritti fondamentali*, cit., 6.

⁸³ M. CARTABIA, *Convergenze e divergenze nell'interpretazione delle clausole finali*, cit., 12.

⁸⁴ N. MACCORMICK, *Questioning Sovereignty. Law, State, and Nation in the European Commonwealth*, Oxford, Oxford University Press, 1999, tr. it. *La sovranità in discussione. Diritto, stato e nazione nel «commonwealth» europeo*, Bologna, Il Mulino, 2003, 196 ss.

prospettiva degli Stati membri – in particolare delle corti costituzionali e supreme – rispetto alla ricostruzione dei rapporti tra gli ordinamenti. Sono in gioco questioni di straordinaria complessità e intrecciate in un nodo teorico tortuoso, quali la ricerca di un livello «ultimativo» di legittimazione e l’attribuzione della *Kompetenz-Kompetenz* interpretativa, al fine di stabilire, in ultima analisi, non solo quale sia la *supreme law of the land*, ma se questa domanda abbia ancora un significato in uno scenario costituzionale post-nazionale. La sfida teorica tutt’ora valida per le nostre concezioni di diritto e sistema giuridico è dunque data «da questa interconnessione di sistemi giuridici, che si esprime attraverso un reciproco riconoscimento di efficacia ma che pone tale riconoscimento su basi tra loro differenti»⁸⁵. Ad accrescere il livello di complessità contribuisce senza dubbio il fatto che ciascun ordinamento statale interpreti *a suo modo* i rapporti con il diritto dell’Unione.

Il ruolo essenziale rivestito dai diritti fondamentali in queste linee di faglia tra sistemi giuridici è confermato dalla celeberrima *teoria dei controlimiti*. Pur essendone variati nel tempo, talora anche in modo significativo, «i toni, la valenza, gli effetti e l’ambito di applicazione»⁸⁶, non è mai venuta meno la pretesa delle corti costituzionali nazionali di porsi quali guardiani ultimi dei diritti fondamentali in Europa. Pretesa che, per quanto destinata a rimanere *in the books* quantomeno fino a pochi anni or sono, costituiva una straordinaria sfida sia alla *primauté* del diritto eurounitario, sia alla citata dottrina della separazione tra i livelli di tutela e dunque tra le competenze delle rispettive autorità giurisdizionali di riferimento. È evidente infatti, che la minaccia da parte dei giudici nazionali di vigilare sulla conformità alle rispettive carte costituzionali degli atti delle istituzioni sovranazionali negava l’esclusività della giurisdizione della Corte di giustizia: si profilava così uno di quegli «ambiti spuri, in cui i due sistemi finivano per sovrapporsi»⁸⁷. Da una parte la visione *monistica* propugnata dalla Corte di Lussemburgo, in forza della quale nessun limite, sia pure derivante dalle costituzioni degli Stati membri, può opporsi all’applicazione del diritto eurounitario; dall’altra

⁸⁵ *Ibidem*, 204.

⁸⁶ M. CARTABIA, *L’ora dei diritti fondamentali in Europa*, cit., 23.

⁸⁷ *Ibidem*, 22.

l'individuazione, da parte di alcune corti nazionali, di limiti non valicabili da parte delle istituzioni sovranazionali, riconducibili in ultima analisi al fatto che a loro modo di vedere il «livello ultimativo di legittimazione» deve essere rinvenuto nell'ordine costituzionale interno, i cui principi fondamentali necessariamente resistono all'espansione incontrollata del diritto eurounitario.

Riesce difficile, peraltro, considerare *unitariamente* la dottrina dei controlimiti: non solo in alcuni Stati membri nessun limite è stato esplicitamente individuato rispetto alla supremazia del diritto dell'Unione, ma tra le stesse corti costituzionali nazionali che hanno enunciato i limiti alla *primauté* vi è una notevole varietà di accenti e di approcci. Nel caso italiano, l'assenza di un'apposita *European clause* nel testo costituzionale (cui non ha sopperito la successiva modifica dell'art. 117 Cost.) ha condotto non senza difficoltà a rinvenire nell'art. 11 Cost. il grimaldello utile a consentire le vistose limitazioni di sovranità necessarie all'ingresso della normativa europea. L'orientamento della Corte costituzionale italiana rivolto a ritenere sussistenti dei limiti non valicabili dal diritto sovranazionale (i controlimiti, appunto) risale alla sent. 27 dicembre 1965, n. 98, ove, controvertendosi circa la costituzionalità dell'attribuzione di competenze giurisdizionali alla Corte di Lussemburgo, si replicava che ciò poteva avvenire ma senza pregiudizio «del diritto del singolo alla tutela giurisdizionale, [in quanto] questo diritto è tra quelli inviolabili dell'uomo, che la Costituzione garantisce all'art. 2 Cost.». Posizione successivamente ribadita e fissata con maggiore approfondimento nella celebre sentenza *Frontini*, nella quale si escludeva che le limitazioni della sovranità nazionale in favore della Comunità potessero comunque «comportare per gli organi della C.E.E. un inammissibile potere di violare i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale, o i diritti inalienabili della persona umana». Nel caso in cui avesse prevalso «una sì aberrante interpretazione», sarebbe stata sempre assicurata la garanzia del sindacato giurisdizionale della Corte «sulla perdurante compatibilità del Trattato con i predetti principi fondamentali»⁸⁸. La qualificazione dei controlimiti come *extrema ratio* era successivamente confermata nella sentenza-chiave in materia di

⁸⁸ Corte cost., sent. 18 dicembre 1973, n. 183.

relazioni inter-sistemiche dal punto di vista dell'ordinamento italiano, ovvero la sentenza *Granital*⁸⁹, così come – sia pure a guisa di mero *obiter dictum* – nelle sentenze n. 1146 del 1988 e n. 203 del 1989. Ad un passo dall'attivazione dei controlimiti sembra sia pervenuta la Corte italiana nella sentenza n. 232 del 1989, ove essa sollevava «gravi perplessità» in ordine alla compatibilità con il contenuto essenziale del diritto alla tutela giurisdizionale della prassi della Corte di giustizia di manipolare gli effetti delle proprie sentenze nel tempo. Il *self-restraint* esercitato in questo caso sembra essere stato dettato piuttosto da una «logica compromissoria»⁹⁰ che eminentemente giuridica, volendo la Corte al contempo conservare margini di azione rispetto al controllo sul diritto comunitario ed evitare una posizione apertamente conflittuale con la Corte di giustizia. L'impostazione della Corte, compendiabile in un *dualismo cooperativo*, con i controlimiti a fare da strumento di chiusura del sistema, non ha pertanto subito particolari variazioni nel corso dei decenni; un non trascurabile ripensamento di quest'assetto dei rapporti tra sistemi e tra corti potrebbe tuttavia derivare nel prossimo futuro dall'impostazione adottata nella sentenza n. 269 del 2017, cui si può guardare alternativamente come ad un aggiornamento dell'«approccio *Granital*» alla luce del Trattato di Lisbona ovvero ad un «nuovo corso» della giurisprudenza costituzionale in tema di tutela multilivello dei diritti fondamentali⁹¹.

Un'altra corte costituzionale ha segnato, con le sue pronunce, tappe fondamentali del controverso e non sempre sereno dialogo tra CGUE e corti apicali degli Stati membri: trattasi, *ça va sans dire*, del *Bundesverfassungsgericht*. Interlocutore noto come uno tra i più diffidenti nei confronti del diritto eurounitario, con alcune memorabili sentenze pronunciate a cavallo tra gli anni Settanta e Ottanta il Tribunale costituzionale federale

⁸⁹ Corte cost., sent. 5 giugno 1984, n. 170.

⁹⁰ A. CELOTTO-T. GROPPI, *Diritto UE e diritto nazionale: primauté vs controlimiti*, in *Riv. dir. pubbl. com.*, 4/2004, 1346. Ivi si aggiunge, condivisibilmente, che «vero scopo di questo recupero (formale) di poteri della Corte costituzionale italiana nei confronti dell'ordinamento comunitario non sembra essere – al fondo – quello di verificare realmente la conformità delle singole norme comunitarie con i principi fondamentali dell'ordinamento comunitario. Ma sembra piuttosto consistere nella finalità – similmente a quanto emerge dalla analoga giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht* tedesco – di mantenere sempre e comunque una qualche possibilità di interloquire con l'ordinamento comunitario, non tanto attraverso pronunce caducatorie e vincolanti, bensì mediante interventi di portata essenzialmente monitoria e con finalità di cooperazione, indirizzate sia agli organi comunitari sia ai giudici ed agli operatori nazionali».

⁹¹ La sentenza citata sarà analizzata nel terzo capitolo di questo scritto, par. 3.3.

tedesco ha reso *solange* «l'avverbio della lingua tedesca meglio conosciuto dai giuristi di tutta Europa»⁹². La sentenza *Solange I*, di poco successiva alla sentenza *Frontini* (che può dunque ritenersi la prima teorizzazione dei controlimiti a livello comunitario), affermava la persistenza – in capo, appunto, alla Corte di Karlsruhe – del potere di sindacare la costituzionalità del diritto comunitario, «fintantoché» (appunto, *solange*) l'allora Comunità europea non avesse garantito un livello di tutela dei diritti fondamentali comparabile a quello offerto dagli ordinamenti degli Stati membri. La successiva *Solange II* attenuava e in un certo senso rovesciava il senso (e gli effetti potenzialmente disgregativi) dell'avverbio in questione, dichiarando di sospendere il suddetto sindacato *fintantoché la Corte di giustizia avesse garantito un livello sufficiente di tutela*. I controlimiti enunciati dai giudici di Karlsruhe venivano in seguito consacrati finanche nel *Grundgesetz*: l'art. 23 GG, novellato nel 1992, dichiara infatti che

per la realizzazione di un'Europa unita la Repubblica federale tedesca collabora allo sviluppo dell'Unione Europea che è fedele ai principi federativi, sociali, dello Stato di diritto e democratico nonché al principio di sussidiarietà e che garantisce una tutela dei diritti fondamentali sostanzialmente paragonabile a quella della presente Legge fondamentale. La Federazione può a questo scopo, mediante legge approvata dal Bundesrat, trasferire diritti di sovranità. Per l'istituzione dell'Unione Europea, per le modifiche delle norme dei trattati e per le regolazioni analoghe, mediante le quali la presente Legge fondamentale viene modificata o integrata nel suo contenuto oppure mediante le quali tali modifiche e integrazioni vengono rese possibili, si applica l'articolo 79, secondo e terzo comma.

A sua volta il comma 3 dell'art. 79 stabilisce che *non è ammissibile una modifica della presente Legge Fondamentale che tocchi l'articolazione della Federazione in Länder, la partecipazione dei Länder alla legislazione o principi enunciati negli artt. 1 e 20*. La sentenza nota come *Maastricht-Urteil*, di poco successiva all'introduzione di questa *European clause*, dimostrava tuttavia che il *Bundesverfassungsgericht* non era

⁹² P. FARAGUNA, *Il Bundesverfassungsgericht e l'Unione europea, tra principio di apertura e controlimiti*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2/2016, 431.

affatto disposto a sotterrare l'ascia di guerra agitata, per quanto mai effettivamente usata, nelle precedenti decisioni; l'altrettanto dirompente *Lissabon-Urteil* del 2009 giungeva persino ad elencare una serie di materie riservate al Parlamento nazionale, tali da garantire la capacità dello stesso di autodeterminarsi – probabilmente il punto di diffidenza più alto mai toccato nei rapporti tra la CGUE e la corte di uno Stato membro⁹³. Negli anni recenti la giurisprudenza europea dei giudici di Karlsruhe sembra oscillare tra pronunce confermatrice dell'approccio massimalista enunciato nelle sentenze testé citate – emblematiche, in questo senso, le decisioni concernenti gli strumenti europei per contrastare la crisi finanziaria, nonché una sentenza del 2015 sul mandato di arresto europeo (MAE) in cui si è fatta applicazione per la prima volta del «controllo di identità costituzionale» (*Identitätskontrolle*) – e altre invece maggiormente «amichevoli» verso il diritto europeo (in linea con quell'atteggiamento «deferente ed *europarechtsfreundlich*» di cui parla la sentenza *Mangold/Honeywell*).

Nell'ordinamento francese alla normativa europea è data copertura costituzionale sia dal Titolo VI della Costituzione – il cui art. 55 sancisce che i trattati internazionali hanno efficacia superiore a quella delle leggi – sia dall'apposito Titolo XV dedicato ai rapporti con l'Unione europea e introdotto dalle revisioni del 1992. Muovendo dal presupposto che il trattamento delle norme di derivazione europea debba essere analogo a quello delle norme internazionali in forza del citato art. 55, il *Conseil constitutionnel* – a partire dalla sentenza n. 74-54 DC del 15 gennaio 1975 – si è sempre astenuto da qualsivoglia sindacato della compatibilità tra leggi interne e norme dei Trattati, autorizzando un meccanismo analogo a quello della «non applicazione» come disegnato dalla sentenza *Granital*; meno chiara, tuttavia, la posizione del *Conseil* circa la possibilità di un controllo di costituzionalità sulle leggi di trasposizione di direttive europee, controllo che si risolverebbe in un sindacato indiretto sulla normativa eurounitaria⁹⁴. Da uno sguardo complessivo risulta ad ogni modo che anche nella

⁹³ *Ibidem*, 445.

⁹⁴ Sul punto v. S. CATALANO, *Il primo rinvio pregiudiziale del Conseil constitutionnel alla Corte di giustizia dell'Unione europea: contesto e ragioni di una decisione non rivoluzionaria*, in *Osservatorio AIC*, ottobre 2013; A. CELOTTO-T. GROPPi, *Diritto UE e diritto nazionale: primauté vs controlimiti*, cit.,

giurisprudenza costituzionale francese sussistono due punti fermi: la supremazia della Costituzione sul diritto europeo anche primario, e l'esistenza di limiti materiali⁹⁵ alla revisione costituzionale indotta dalle modifiche ai Trattati, per la salvaguardia dei quali tuttavia il *Conseil* – a differenza dei giudici italiani e tedeschi – tende a dare maggiore rilievo all'«ultima parola» espressa da parlamento e corpo elettorale, in ossequio alla tradizione francese.

Per quanto riguarda gli altri tribunali costituzionali, le dichiarazioni più rilevanti si sono avute generalmente in occasione delle discussioni sulla ratifica delle modifiche ai Trattati e sulla loro compatibilità con le disposizioni costituzionali interne. Nel 2004 il Tribunale costituzionale spagnolo, richiesto di accertare se vi fosse un contrasto tra la Costituzione e talune disposizioni del Trattato costituzionale europeo – in particolare l'art. I-6, che codificava il principio della *primauté* del diritto dell'Unione sul diritto interno, e gli artt. II-111 e II-112, che disciplinavano i rapporti tra i diversi sistemi di tutela dei diritti fondamentali presenti nell'ordinamento eurounitario – affermava significativamente che

El art. 93 CE es sin duda soporte constitucional básico de la integración de otros ordenamientos con el nuestro, a través de la cesión del ejercicio de competencias derivadas de la Constitución, ordenamientos llamados a coexistir con el Ordenamiento interno, en tanto que ordenamientos autónomos por su origen. En términos metafóricos podría decirse que el art. 93 CE opera como bisagra mediante la cual la Constitución misma da entrada en nuestro sistema constitucional a otros ordenamientos jurídicos a través de la cesión del ejercicio de competencias. De este modo se confiere al art. 93 CE una dimensión sustantiva o material que no cabe ignorar⁹⁶.

1325-1332; A. SCHILLACI, *Il Conseil constitutionnel interviene sui rapporti tra diritto comunitario e diritto interno*, in *Archivio Rivista AIC*, 27 luglio 2004.

⁹⁵ Ne è prova quella sorta di «interpretazione adeguatrice» del principio di laicità e dei diritti delle minoranze proposta nella decisione n. 2004-505 DC del 19 novembre 2004, relativa alla compatibilità del Trattato costituzionale europeo con la Costituzione francese: v. M. CARTABIA, *Unità nella diversità: il rapporto tra la Costituzione europea e le Costituzioni nazionali*, in *Dir. un. eur.*, 3/2005, 607-610.

⁹⁶ DTC 1/2004, del 13 dicembre 2004, par. 2 della motivazione in diritto; su questa decisione, v. *ex multis* A. SCHILLACI, *Il Tribunale costituzionale spagnolo e la Costituzione europea*, in *Archivio Rivista AIC*, 23 dicembre 2004; M. CARTABIA, *Unità nella diversità*, cit., 598 ss.

L'art. 93 della Costituzione spagnola è qui inteso come «cerniera» (*bisagra*; definito altresì «precepto orgánico procedimental» nella precedente dichiarazione sul Trattato di Maastricht) che rende possibile e legittima l'ingresso di altri sistemi giuridici nell'ordinamento interno, e muta la stessa cornice di riferimento per quanto concerne l'accertamento del diritto vigente, in quanto non è la Costituzione il «quadro di validità» (*el marco de validez*) delle norme di provenienza sovranazionale, bensì lo stesso Trattato, la stipula del quale costituisce lo strumento di realizzazione dell'operazione sovrana di cessione dell'esercizio di competenze derivate dalla Costituzione. Con la precisazione, tuttavia che «la Constitución exige que el Ordenamiento aceptado como consecuencia de la cesión sea compatible con sus principios y valores básicos». Il principale motivo d'interesse di questa pronuncia, ai nostri fini, risiede nel fatto che il *Tribunal*, ribadendo che il riconoscimento della supremazia del diritto eurounitario è condizionato al rispetto del nucleo inderogabile della Costituzione, dunque delle strutture costituzionali fondamentali e dell'insieme di principi e valori tra cui spiccano ovviamente i diritti fondamentali, si cimenta in una notevole argomentazione di teoria delle fonti, rivolta a giustificare il *primato con riserva* del diritto sovranazionale su basi non gerarchiche. Si afferma infatti che

Primacía y supremacía son categorías que se desenvuelven en órdenes diferenciados. Aquélla, en el de la aplicación de normas válidas; ésta, en el de los procedimientos de normación. La supremacía se sustenta en el carácter jerárquico superior de una norma y, por ello, es fuente de validez de las que le están infraordenadas, con la consecuencia, pues, de la invalidez de éstas si contravienen lo dispuesto imperativamente en aquélla. La primacía, en cambio, no se sustenta necesariamente en la jerarquía, sino en la distinción entre ámbitos de aplicación de diferentes normas, en principio válidas, de las cuales, sin embargo, una o unas de ellas tienen capacidad de desplazar a otras en virtud de su aplicación preferente o prevalente debida a diferentes razones⁹⁷.

⁹⁷ DTC 1/2004, del 13 dicembre 2004, par. 4 della motivazione in diritto.

Il riconoscimento, più o meno esplicito, della supremazia della Costituzione nazionale sul diritto dell'Unione – e di conseguenza dell'esistenza di controlimiti – caratterizza gli ordinamenti di pressoché tutti gli Stati membri; la straordinaria apertura nei confronti del diritto internazionale, che si rinviene ad esempio nei Paesi Bassi, è evenienza piuttosto rara.

Da questa sintetica e certo non esaustiva carrellata emerge uno scenario costituzionalmente non pacificato. La relazione tra *primauté* e controlimiti è rimasta uno dei nervi scoperti della costruzione europea⁹⁸; ad essa è sottesa, conclusivamente, una significativa *divergenza prospettica*⁹⁹ tra l'impostazione monistica della Corte di giustizia e le diverse impostazioni adottate dai tribunali costituzionali e supremi degli Stati membri. Non vi è peraltro necessariamente una qualche forma di proporzionalità tra il grado di questa divergenza prospettica e il livello di conflittualità giurisdizionale: i casi di disobbedienza delle corti costituzionali nazionali nei confronti della Corte di Lussemburgo sono stati piuttosto rari; divaricazioni interpretative suscettibili di evolversi in aperto conflitto sono state spesso risolte tramite forme di *judicial dialogue*. A ciò si deve il fatto che il conflitto di obbligazioni in cui possono venire a trovarsi le corti costituzionali nazionali non sia mai davvero – o sia raramente – deflagrato. L'«Europa delle corti» sembra tuttavia oscillare da decenni sull'orlo di un punto di crisi, senza essere in grado né di ritornare ad un ipotetico, pacificato e imprecisato *status quo ante*, né di avanzare verso un più elevato grado di integrazione giudiziaria, con tutte le implicazioni che ne deriverebbero a livello di interazione sistemica e di convergenza tra prospettive. Il *conflitto dei punti di vista* sembra resistere anche all'inarrestabile estensione della «sfera materiale di efficacia» del diritto eurounitario verso settori in cui massimamente si manifesta la sovranità residua degli Stati membri, quali il diritto e la procedura penale.

Gran parte delle difficoltà suesposte derivano dalle asperità teoriche in cui si imbattono studiosi e giudici ove si tratti di concepire una relazione non gerarchica ma *cooperativa* tra ordinamenti giuridici. Entrambi i punti di vista adottati rispettivamente

⁹⁸ Così A. CELOTTO-T. GROPPI, *Diritto UE e diritto nazionale*, cit., 1311.

⁹⁹ Sul punto si tornerà nelle considerazioni conclusive, Cap. III, par. 4.3.

dalla Corte di giustizia e dalle corti costituzionali nazionali sono legittimi e per certi aspetti *ovvi*: la prima, allo scopo di modellare il mercato comune facendo sì che tutti gli Stati membri rispettassero le medesime condizioni, *doveva* affermare la supremazia del diritto comunitario nella sua sfera di applicazione; le seconde non potevano che ribadire la propria obbedienza alla carta costituzionale di riferimento in quanto principio di unità dell'ordinamento e punto archimedeo ineludibile, fondamento ultimo della propria *Kompetenz-Kompetenz* interpretativa. Rispettando questa autocomprensione dei singoli ordinamenti nazionali, e non essendo avvenuta nel frattempo alcuna modifica *lato sensu* costituente che possa giustificare l'adozione di una visione monista kelsenianamente intesa, nel senso di una subordinazione gerarchica dei sistemi giuridici nazionali a quello dell'Unione, non può che ritenersi tutt'ora valida e adeguata la teoria del *pluralismo radicale*¹⁰⁰. Nessuna costituzione statale deriva la propria autorità dal sistema giuridico sovranazionale o da qualsivoglia altra costituzione; al contempo, il sistema giuridico eurounitario non dipende dalle singole costituzioni nazionali. L'autoreferenzialità dei singoli punti di vista fa sì che le pretese all'autorità ultima da parte delle corti costituzionali e della Corte di giustizia siano tutte ugualmente legittime e *tra loro incommensurabili*. Non si può dire neppure che esista una «terza sfera» giuridica sovraordinata rispetto a quella eurounitaria e a quelle statali, che, riecheggiando nuovamente la teoria kelseniana – questa volta in merito ai sistemi federali¹⁰¹ –, possa risolvere i conflitti tra livelli, fissando le regole del gioco: qui ogni sistema, dal proprio punto di vista, pretende di stabilire le condizioni ultime cui è subordinata l'applicazione delle regole derivanti dall'altro sistema. Trattasi, come acutamente osservato, di un «pluralismo di monismi relativi»¹⁰², o ancora de «l'*Unico* di Max Stirner applicato alla teoria degli ordinamenti giuridici»¹⁰³. L'accettazione delle

¹⁰⁰ Tesi esposta da Neil MacCormick in scritti come *The Maastricht-Urteil: Sovereignty Now*, in *European Law Journal*, 3/1995, 259-266 e il già citato *Questioning Sovereignty*, 195-241, ove tuttavia l'A. sembra abbandonare questa prospettiva per un pluralismo maggiormente sensibile alle esigenze dell'integrazione, da lui denominato «pluralismo di diritto internazionale».

¹⁰¹ H. KELSEN, *General theory of law and State*, Cambridge, Harvard University Press, 1945, tr. it. *Teoria generale del diritto e dello stato*, Milano, Etas Kompass, 1966⁵, 322 ss.

¹⁰² A. SOMEK, *The Cosmopolitan Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2014, 196.

¹⁰³ *Ibidem*, 197.

premesse pluralistiche, in ogni caso, determina l'obsolescenza sia delle diffuse teorie dualistiche – di cui è espressione la sentenza *Granital*, incapace di cogliere appieno il fatto dell'*integrazione* tra sistemi¹⁰⁴ – sia delle affermazioni della piena e persistente sovranità degli Stati membri – emblematiche di questa linea di pensiero le già citate sentenze *Maastricht* e *Lissabon* della Corte costituzionale tedesca.

Come conciliare sul piano pratico il fatto che il reciproco riconoscimento di efficacia tra sistemi giuridici sia fondato su basi differenti, su differenti *punti di vista*? La teoria pluralistica radicale sopra accolta rischia, come afferma acutamente Baquero Cruz, di essere una soluzione provvisoria, che, al pari della celebre scala di Wittgenstein, può esserci utile a meglio comprendere l'esistente, ma dev'essere gettata subito dopo l'utilizzo¹⁰⁵. In effetti l'accettazione di una teoria pluralistica radicale implica «il riconoscimento del fatto che non tutti i problemi giuridici possono essere risolti in base al diritto»¹⁰⁶. Aumentando sempre più i settori ove le competenze dei diversi sistemi si intersecano, aumenta anche, considerevolmente, il rischio che emergano quelle che – con un'espressione che Hermann Heller riferiva ai sistemi giuridici nazionali¹⁰⁷ – potremmo definire le «lacune giuridiche assolute» dello spazio costituzionale europeo. Se l'idea positivista di ordinamento giuridico come «totalità priva di lacune» e logicamente compiuta era insostenibile già rispetto al sistema giuridico autarchico dello Stato-nazione¹⁰⁸, vieppiù lo è diventata nel contesto odierno dell'Unione europea. Non è sufficiente a questo proposito affermare che i conflitti tra corti nazionali e sovranazionali debbono essere risolti alla luce della reciproca apertura ordinamentale, in particolare in forza delle clausole costituzionali in precedenza citate: si arriverà comunque, prima o poi (e forse si è già talvolta arrivati), ad una situazione di conflitto e

¹⁰⁴ V. sul punto E. SCODITTI, *Articolare le costituzioni. L'Europa come ordinamento giuridico integrato*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1/2004, 192 ss.

¹⁰⁵ J. BAQUERO CRUZ, *Legal Pluralism and Institutional Disobedience in the European Union*, in J. KOMÁREK-M. AVBELJ (a cura di), *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*, Oxford, Hart Publishing, 2012, 255; il quale aggiunge significativamente che «finora non abbiamo visto alcuna proposta convincente su come un ordinamento giuridico non-gerarchico possa funzionare di fatto rimanendo un *ordine* giuridico».

¹⁰⁶ N. MACCORMICK, *Questioning Sovereignty*, cit., 238.

¹⁰⁷ H. HELLER, *Staatslehre*, Leiden, Sijthoff, 1934, tr. it. *Dottrina dello Stato*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1988, 412.

¹⁰⁸ *Ibidem*, 409-410.

di stallo, rispetto a cui nessun organo esistente è in grado di prendere una decisione *giuridica*.

5. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: una Costituzione «parziale» e post-moderna?

Come si colloca, in questo quadro pluralistico, il fatto dell'acquisizione di piena efficacia giuridica da parte della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea? Può dirsi che essa ha segnato una svolta nel processo di costituzionalizzazione dell'Unione europea? Si può parlare finanche di un «effetto federalizzante» da parte della stessa?

In questo paragrafo saranno soltanto abbozzate alcune osservazioni sui tratti distintivi della Carta, attinenti, oltre che alla determinazione del suo ambito di applicazione, alla struttura degli enunciati e alle tecniche di positivizzazione; la prossima sezione, e soprattutto il successivo capitolo, saranno invece dedicati al tentativo di calare la Carta nella magmatica realtà delle relazioni interordinamentali, svolgendo alcune osservazioni in merito alle modalità di intersezione, sovrapposizione e coordinamento con gli altri sistemi di tutela dei diritti e in particolare con le costituzioni degli Stati membri.

5.1 – Le ambizioni costituzionali della Carta, nel segno della continuità

Come accennato *supra*, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea era chiamata a svolgere precise e decisive funzioni nel cangiante quadro istituzionale dell'Unione:

- in ossequio alla «missione» conferitale dal vertice di Colonia, *sancire in modo visibile* l'importanza capitale e la portata dei diritti per i cittadini dell'Unione, cercando di *andare oltre l'egemonia dei mercati*;

- *contrastare* sulla base di una tavola di valori comuni le tendenze xenofobe e razziste che crescevano in molti Stati dell'Unione (erano gli anni dell'ascesa di Haider in Austria);
- *favorire* l'integrazione dei numerosi Paesi allora candidati all'ingresso nell'UE, i quali erano peraltro obbligati al rispetto dei diritti fondamentali *ex art. 49* del Trattato;
- *consolidare* i valori comuni anche in vista del rafforzamento dell'azione di politica estera comune;
- *offrire* un quadro chiaro e preciso di diritti non comprimibili nel settore che poi sarebbe divenuto lo «spazio di libertà, sicurezza e giustizia»;
- *migliorare* il coordinamento tra il sistema eurolunitario di tutela dei diritti fondamentali, il sistema CEDU e i singoli sistemi nazionali.

Di gran lunga più importante era purtuttavia la funzione consistente nel contribuire ad a una «ri-fondazione» dell'Unione, ad un ripensamento su basi nuove di un progetto che soffriva, oltre al solito *deficit* democratico, un crescente *deficit* di legittimità. Il passaggio dall'Europa dei mercati all'Europa dei diritti necessitava di un atto dotato di alto valore simbolico, che manifestasse al contempo la *discontinuità* rispetto all'idea, sempre più diffusa, di un progetto di integrazione intrappolato nella dimensione economica, e la *continuità* rispetto alla grande tradizione del costituzionalismo moderno, per quanto aggiornato alla luce dell'evoluzione scientifica e tecnologica. Che la Carta fosse stata concepita come prima tappa del processo di costituzionalizzazione formale dell'Unione emerge fin dal Preambolo. L'aspetto autenticamente «fondazionale» dell'impresa, vieppiù se confrontato con gli *incipit* dei precedenti trattati, è reso evidente da un esordio come questo:

I popoli d'Europa [...] hanno deciso di condividere un futuro di pace *fondato* su valori comuni. Consapevole del suo patrimonio spirituale e morale, l'Unione *si fonda* sui valori indivisibili e universali della dignità umana, della libertà, dell'uguaglianza e della solidarietà; essa *si basa* sul principio della democrazia e sul principio dello Stato di diritto.

Come correttamente osservato, si tratta della «premessa per una Unione che da organizzazione di diritto si tramuta in organizzazione costituzionale»¹⁰⁹. Ciò di certo non implica un abbandono delle movenze che avevano contraddistinto fino a quel momento il progetto di integrazione: dal prosieguo del Preambolo si desume la volontà di conservare e rafforzare l'*acquis* comunitario, inserendolo in un contesto rinnovato nei toni e nelle finalità. La struttura della Carta, articolata intorno ai valori della dignità, libertà, uguaglianza, solidarietà, cittadinanza e giustizia, che designano altrettanti «Titoli», rivela appunto sia il radicamento della stessa nel percorso intrapreso sino a quel momento (evidente nella richiesta che la Carta rendesse più *visibili* valori e principi *già intrinseci* alla comunità sovranazionale), sia l'inevitabile effetto *novativo* determinato dall'adozione di un testo dedicato ai diritti fondamentali. Quest'ultimo effetto risulta da quantomeno tre aspetti¹¹⁰: innanzitutto il fatto che la collocazione di diritti e principi in un unico testo ridondi inevitabilmente in qualcosa di più di una mera ricognizione dell'esistente, in particolare nell'agnizione della natura costituzionale dell'UE, in quanto con l'entrata in vigore della Carta i diritti fondamentali non sono più semplicemente *interiorizzati* dall'Unione, mutuati dall'esterno attraverso il filtro dei principi generali. Essi, piuttosto, in ragione del loro carattere *fondativo*, fanno parte fin dall'inizio delle finalità dell'ente sovranazionale e ne orientano azioni, istituzioni e comportamenti. In secondo luogo, l'accostamento di diritti e principi in un medesimo testo induce necessariamente ad una lettura coerente e complessiva degli stessi, allo scopo di ricostruirne i contenuti, leggerne le relazioni reciproche e le possibilità di un armonico bilanciamento. In terzo luogo, la redazione e successiva adozione della Carta rappresenta la più alta espressione della «sovranità costituzionale»¹¹¹ dell'Unione, tanto più se letta alla luce del successivo fallimento del progetto di Trattato costituzionale. In questo senso, la scelta di non incorporare la Carta nel Trattato di Lisbona non implica necessariamente un indebolimento della portata simbolica della medesima o finanche

¹⁰⁹ A. MANZELLA, *Dal mercato ai diritti*, in AA.VV., *Riscrivere i diritti in Europa*, cit., 37.

¹¹⁰ *Ibidem*, 33 ss.

¹¹¹ *Ibidem*.

della sua forza giuridica, potendo invece proprio questa collocazione far assumere alla Carta un ruolo di vero e proprio *Bill of Rights*. L'autonomia della Carta «la sottrae alle vicende mutevoli di una politica che può portare a modifiche dei Trattati, a prassi restrittive, e le consegna la potenzialità di agire come elemento stabilizzatore dell'intero sistema costituzionale»¹¹².

L'evidente ambizione costituzionale della Carta si affianca purtuttavia ad alcune caratteristiche che ne denotano l'assoluta originalità, in parte legata alla stessa originalità del contesto ordinamentale in cui essa era destinata ad inserirsi, e l'irriducibilità alle codificazioni costituzionali pregresse di matrice statale. Tra le numerose peculiarità ne indaghiamo innanzitutto una, che costituisce altresì un fattore di tensione, ed è data dal suo ambito di applicazione¹¹³: a norma dell'art. 51 le disposizioni della Carta *si applicano alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà, come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione*, con l'ulteriore precisazione – ribadita peraltro nell'art. 6, par. 1 TUE – *che la Carta non estende l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione al di là delle competenze dell'Unione, né introduce competenze nuove o compiti nuovi per l'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti nei trattati*. Altri limiti, concernenti specificamente l'azionabilità dei diritti sociali, derivano dal Protocollo n. 30 sull'applicazione della Carta a Regno Unito e Polonia.

¹¹² S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., 33.

¹¹³ Sul punto v. D. SARMIENTO, *Who's Afraid of the Charter? The Court of Justice, National Courts and the New Framework of Fundamental Rights Protection in Europe*, in *Common Market Law Review*, 2013, 1267 ss.; E. HANCOX, *The Meaning of Implementing EU Law under Article 51 (1) of the Charter: Åkerberg Fransson*, *ibid.*, 2013, 1411 ss.; N. LAZZERINI, *Il contributo della sentenza Åkerberg Fransson alla determinazione dell'ambito di applicazione e degli effetti della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Riv. dir. int.*, 3/2013, 883 ss.; A. TIZZANO, *L'application de la Charte de droits fondamentaux dans les États membres à la lumière de son article 51, paragraphe 1*, in *Dir. un. eur.*, 3/2014, 429 ss.; K. STERN, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. Riflessioni sulla forza vincolante e l'ambito di applicazione dei diritti fondamentali codificati nella Carta*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 6/2014, 1235 ss.; B. NASCIBENE, *Il principio di attribuzione e l'applicabilità della Carta dei diritti fondamentali: l'orientamento della giurisprudenza*, in *Riv. dir. int.*, 1/2015, 49 ss.

5.2 – Il «pomo della discordia», ovvero l’ambito di applicazione della Carta ai sensi dell’art. 51

Già dalla giurisprudenza *ante*-Lisbona emergono indicazioni significative su quello che, secondo la Corte di Lussemburgo, è l’«ambito di applicazione» dei diritti fondamentali: di questi essa sottolinea il carattere «non *free-standing*», in quanto «non creano autonomamente il proprio ambito di applicazione, e di conseguenza non possono fungere da parametro di compatibilità di una misura nazionale con il diritto dell’Unione solo in forza della loro pretesa violazione da parte di quella misura; occorre invece dimostrare che la misura nazionale presenti un collegamento sufficientemente stretto con una regola di diritto UE che non sia il principio generale che si assume violato»¹¹⁴. Frequente, in particolare, era l’affermazione della competenza della Corte a tutelare i diritti fondamentali ove venissero in rilievo *in primis* atti comunitari, in secondo luogo atti nazionali di attuazione di normative comunitarie e da ultimo le deroghe nazionali a norme comunitarie (in particolare alle libertà fondamentali) asseritamente basate su motivi di giustificazione forniti dai Trattati¹¹⁵ (v. ad esempio Corte giust., sent. 18 giugno 1991, C-260/89, *ERT*). Nessuna competenza era fatta valere, per contro, ove non vi fosse un sufficiente collegamento con il diritto comunitario, come accertato dalla Corte nella celebre sentenza *Grogan*, inerente alla legittimità del divieto opposto ai responsabili di alcune associazioni studentesche irlandesi di diffondere in Irlanda informazioni dettagliate sulle pratiche di aborto effettuate in un diverso Stato membro: qui si affermava infatti che «al momento che una normativa nazionale entra nel campo di applicazione del diritto comunitario, la Corte, adita in via pregiudiziale, deve fornire tutti gli elementi di interpretazione necessari per la valutazione, da parte del giudice nazionale, della conformità di tale normativa con i diritti fondamentali di cui la Corte assicura il rispetto, quali essi risultano, in particolare, dalla Convenzione europea dei diritti dell’uomo. Per contro, essa non ha tale competenza nei confronti di una

¹¹⁴ N. LAZZERINI, *Il contributo della sentenza Åkerberg Fransson*, cit., 888.

¹¹⁵ Lo ricorda anche la Corte costituzionale italiana, sent. 24 ottobre 2007, n. 349.

normativa nazionale che non si colloca nell'ambito del diritto comunitario»¹¹⁶. Non si può certo dire, ad ogni modo, che la linea adottata dalla Corte sui confini ultimi della propria competenza fosse netta: ai casi sopra citati e ad altri ascrivibili ad un orientamento restrittivo, nel senso di ritenere sussistente la competenza della Corte solo ove si trattasse di atti nazionali di esecuzione/trasposizione di atti comunitari ovvero di misure limitative di libertà garantite dai trattati (v. rispettivamente le paradigmatiche sentenze *Wachauf*¹¹⁷ e *ERT*), se ne affiancavano altri espressivi di un approccio più elastico alla ricerca di un collegamento significativo tra il cono d'ombra del diritto sovranazionale e la normativa nazionale indubbiata¹¹⁸. Per quanto concerne la Carta, dichiaratamente in linea con siffatta giurisprudenza *ante*-Lisbona, ad una chiara perimetrazione della formula *nell'attuazione del diritto dell'Unione* non contribuiscono in modo determinante né le *Spiegazioni* allegate – le quali debbono essere «tenute in debito conto» *ex art. 6, par. 1 TUE* – né il confronto tra le diverse versioni linguistiche¹¹⁹.

A seguito dell'acquisizione di piena efficacia giuridica da parte della Carta, la Corte si è astenuta dal dare indicazioni significative sulla portata dell'art. 51 quantomeno fino alla sentenza *Åkerberg Fransson*¹²⁰. Quest'ultima discussa decisione concerneva l'asserita contrarietà alla Carta di un cumulo di sanzioni penali e amministrative previsto dal diritto svedese per delle frodi aggravate in materia di IVA. Discostandosi dall'*Opinion* dell'Avvocato generale, il quale, chiedendosi se l'ipotesi di un'attività normativa statale direttamente motivata dal diritto dell'Unione (in cui pertanto il

¹¹⁶ Corte giust., sent. 4 ottobre 1991, C-159/90, *Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd contro Stephen Grogan e altri*.

¹¹⁷ Corte giust., sent. 13 luglio 1989, causa 5/88, *Hubert Wachauf contro Repubblica federale di Germania*.

¹¹⁸ V. ad esempio Corte giust., sent. 10 aprile 2003, causa C-276/01, *Steffensen*; sent. 7 gennaio 2004, causa C-117/01, *K.B. contro National Health Service Pensions Agency e Secretary of State for Health*; sent. 27 aprile 2006, causa C-423/04, *Sarah Margaret Richards contro Secretary of State for Work and Pensions*; sent. 19 gennaio 2010, causa C-555/07, *Seda Küçükdeveci contro Swedex GmbH & Co. KG*. Sulla questione v. altresì i commenti di N. LAZZERINI, *Il contributo della sentenza Åkerberg Fransson*, cit., 888 ss.

¹¹⁹ La versione inglese recita che la Carta si applica agli Stati membri *only when they are implementing Union law*, quella francese *uniquement lorsqu'ils mettent en ouvre le droit de l'Union*, quella tedesca *ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union*.

¹²⁰ Corte giust., sent. 26 febbraio 2013, causa C-617/10, *Åklagaren contro Hans Åkerberg Fransson*.

secondo fosse *causa* e non mera *ocasio* della prima) fosse equiparabile all'ipotesi presente nella fattispecie, in cui il diritto nazionale era solo *oggettivamente* posto al servizio degli obiettivi fissati dal diritto dell'Unione, concludeva nel senso di escludere la competenza della Corte di giustizia¹²¹, i giudici di Lussemburgo rinvenivano il collegamento sufficiente con il diritto dell'Unione nel fatto che le sovrattasse e i procedimenti penali di cui il sig. Åkerberg Fransson era o era stato oggetto erano in parte collegati a violazioni dei suoi obblighi dichiarativi in materia di IVA, e dunque risultavano funzionali all'adempimento degli obblighi gravanti sugli Stati membri per una corretta riscossione dell'IVA. Era irrilevante, in questo senso, il fatto che la normativa nazionale in questione non fosse stata adottata per trasporre la direttiva europea 2006/112 sul sistema comune d'imposta sul valore aggiunto, in quanto la sua applicazione mirava «a sanzionare una violazione delle disposizioni della direttiva summenzionata e pertanto ad attuare l'obbligo, imposto dal Trattato agli Stati membri, di sanzionare in modo effettivo i comportamenti lesivi degli interessi finanziari dell'Unione». Nonostante l'accoglimento, in questa sentenza, di un'accezione particolarmente lata di «attuazione del diritto dell'Unione», la Corte è stata successivamente attenta a non estenderne ulteriormente la portata. Nel caso *Siragusa*, ad esempio, il procedimento principale riguardava un'ordinanza-ingiunzione che imponeva al sig. Siragusa la dismissione delle opere realizzate in violazione di norme in materia di tutela dei beni culturali e del paesaggio. Il giudice del rinvio rinveniva un collegamento con il diritto dell'Unione in materia di ambiente, in quanto la tutela del paesaggio, che costituiva lo scopo della normativa nazionale in questione, sarebbe parte della tutela dell'ambiente; la Corte replicava che l'art. 51 «richiede l'esistenza di un collegamento di una certa consistenza, che vada al di là dell'affinità tra le materie prese in considerazione»¹²², negando così di avere competenza rispetto al caso di specie. Si è

¹²¹ Avv. Gen. Cruz Villalón, *Åkerberg Fransson*, punto 64.

¹²² Corte giust., sent. 6 marzo 2014, causa C-206/13, *Cruciano Siragusa contro Regione Sicilia – Soprintendenza Beni Culturali e Ambientali di Palermo*; sempre nell'ottica di un *self-restraint* della Corte rispetto a fattispecie dotate di un debole collegamento con il diritto dell'Unione, v. sent. 27 marzo 2014, causa C-265/13, *Emiliano Torralbo Marcos contro Korota SA, Fondo de Garantía Salarial*; sent. 10 luglio 2014, causa C-198/13, *Victor Manuel Julian Hernández e a. contro Reino de España (Subdelegación del Gobierno de España en Alicante) e a.*

affermato in dottrina che la Corte di giustizia tende quasi a «modulare» i confini della propria competenza *ex art. 51* a seconda del settore materiale coinvolto¹²³, e che pertanto possono identificarsi diversi *standard* di giudizio ove si tratti di determinare se sussista o meno «attuazione» del diritto dell'Unione. È stato osservato in particolare un certo *favor* per l'affermazione della propria competenza a decidere ove siano coinvolti settori legati all'integrazione economico-finanziaria¹²⁴ e al mercato interno; si registrano inoltre casi ove l'unico collegamento con il diritto dell'Unione è il possesso della cittadinanza e questa rischia di essere svuotata in situazioni che altrimenti andrebbero ritenute come puramente interne¹²⁵. Per contro, critiche sono state mosse alla Corte per avere deciso negativamente, e con argomenti piuttosto formalistici, sulla propria competenza ad esaminare casi in cui erano in gioco provvedimenti di *austerità* legati alla crisi economica¹²⁶.

Conclusivamente sul punto, può dirsi senz'altro che dall'oscillante giurisprudenza della Corte di giustizia sulla portata dell'art. 51 non si desumono ancora indicazioni significative in vista di una stabile allocazione delle competenze tra Carte e tra Corti rispetto alla tutela dei diritti fondamentali. Quel che è certo, è che l'effetto «espansivo» o «traboccante»¹²⁷ della Carta può ricevere un notevole impulso da sentenze come la più volte citata *Åkerberg Fransson*: si è correttamente osservato che, nell'approccio seguito da questa decisione, «non sembrano esistere aree del diritto nazionale per le quali si potrebbe affermare con assoluta certezza che mai saranno toccate dall'applicazione della Carta»¹²⁸. Essendo d'altra parte evidente la volontà dei redattori della Carta di

¹²³ Critica quest'opinione e auspica per il futuro maggiore chiarezza da parte della Corte di Lussemburgo M. CARTABIA, *Convergenze e divergenze nell'interpretazione delle clausole finali*, cit., 11-12.

¹²⁴ Oltre alla citata sentenza *Åkerberg Fransson*, non si può non pensare all'ormai celebre «saga *Taricco*» (in particolare alla sent. 8 settembre 2015, causa C-105/14, *Ivo Taricco e a.*, cd. *Taricco I*), che sarà discussa *infra*, Cap. III, par. 3.2.

¹²⁵ V. per tutte Corte giust., sent. 8 marzo 2011, causa C-34/09, *Gerardo Ruiz Zambrano contro Office national de l'emploi (ONEm)*.

¹²⁶ A. TORRES PÉREZ, *The federalizing force of the EU Charter of Fundamental Rights*, in *International Journal of Constitutional Law*, 4/2017, 1084.

¹²⁷ A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, cit., 3 ss.

¹²⁸ N. LAZZERINI, *Il contributo della sentenza Åkerberg Fransson*, cit., 894. Osserva altresì A. CARDONE, *La tutela multilivello dei diritti fondamentali*, cit., 48, che «l'impossibilità di individuare una categoria logico-formale in grado di racchiudere gli atti esecutivi del diritto europeo rischia di spalancare le porte ad un *judicial review* comunitario generalizzato».

scongiurare un'evoluzione in senso federale del complessivo quadro istituzionale dell'UE¹²⁹, e alla luce della più volte ribadita necessità di rispettare le identità costituzionali degli Stati membri anche e soprattutto sul fronte della tutela e dei contenuti dei diritti fondamentali, risulta senza dubbio auspicabile una maggiore attenzione da parte della Corte di Lussemburgo a contenere questo «traboccamento», considerando l'incidenza che esso potrebbe avere sul ruolo delle corti costituzionali nazionali nel sistema *multilevel*¹³⁰ e finanche sulla corretta allocazione delle competenze tra UE e Stati membri.

5.3 – *Struttura degli enunciati e tecniche di positivizzazione: una Carta innovativa?*

Prima di articolare ulteriori osservazioni sulla Carta, questa volta in relazione ai diversi *standard* di tutela intersecantisi nel sistema multilivello, giova dedicare brevi cenni ad altre peculiarità di quella che, con terminologia mutuata da Peter Häberle, potremmo definire la «Costituzione parziale» dell'Unione europea.

A contraddistinguerla rispetto ai principali prodotti del costituzionalismo moderno non è soltanto il fatto di *non volersi porre*, fin dall'inizio, come principio dell'unità politica dell'ordinamento complessivo, come «Alfa e Omega» dell'alfabeto dei diritti fondamentali in Europa, mirando piuttosto ad *integrare* altri sistemi preesistenti; essa infatti innova significativamente anche la grammatica delle costituzioni moderne. Si pensi, a questo proposito, all'importante novità dell'articolazione della Carta in «Titoli» corrispondenti ad altrettanti *valori*. Si è letta, in questa scelta dell'«indivisibilità dei diritti», la volontà di superare la tradizionale riluttanza delle istituzioni eurounitarie a tutelare i diritti sociali se non in forma di meri «obiettivi» delle politiche dell'Unione. In effetti la contestuale collocazione dei diritti di matrice economico-sociale, pertinenti ai valori di uguaglianza e solidarietà, accanto ai tradizionali diritti civili e politici, costituisce un significativo passo in avanti da parte dell'assetto costituzionale

¹²⁹ Si consideri ad esempio l'effetto centralizzante e federalizzante della giurisprudenza della Corte Suprema USA: v. A. TORRES PÉREZ, *The federalizing force of the EU Charter of Fundamental Rights*, cit., 1082 ss.

¹³⁰ Questo profilo sarà discusso *infra*, Cap. III, par. 3.3.

europeo¹³¹. D'altra parte, non sono mancate le critiche a questa parificazione dei valori fondanti: porre tutti i diritti *allo stesso livello* impedisce infatti di individuare i principi che siano davvero «pietre angolari» dell'assiologia costituzionale europea, e può dare l'abbrivio a forme di bilanciamento libero e, perciò, incontrollabile sulla base di una precisa scala di valori¹³², quale invece si desume dalle principali costituzioni del secondo dopoguerra.

Non esente da criticità è stata altresì la scelta dei redattori di ricorrere spesso a clausole viziate da notevole indeterminatezza: si vedano i riferimenti *al diritto dell'Unione e alle legislazioni e prassi nazionali* quali fonti ultime degli *standard* di protezione di diritti enunciati con una brevilocuzione insolita anche per una dichiarazione di questo genere¹³³. Trattasi senza dubbio di soluzioni dovute alla difficile ricerca di un compromesso rispetto al livello di tutela di alcuni diritti riconosciuti con notevole varietà d'accenti nei diversi ordinamenti degli Stati membri (in particolare, di nuovo, i diritti sociali), e dei quali alcuni Stati temevano una tendenza *espansiva* a seguito del loro inserimento nella Carta dei diritti dell'Unione. Risulta purtuttavia più che legittimo domandarsi se queste formulazioni così generiche possano davvero costituire un argine all'eventuale *reformatio in pejus* della normativa «ordinaria» (nazionale e sovranazionale) in tema di relativi diritti e tutele¹³⁴.

Un ulteriore rilievo concerne la decisione di discernere i «diritti» dai «principi». A norma dell'art. 52, par. 5, infatti, *le disposizioni della presente Carta che contengono dei principi possono essere attuate da atti legislativi e esecutivi adottati da istituzioni,*

¹³¹ Cfr. sul punto S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., 34 ss.; in senso adesivo anche E. PACIOTTI, *La Carta: i contenuti e gli autori*, in AA.VV., *Riscrivere i diritti in Europa*, cit., 17 ss.

¹³² Questa la posizione espressa da G. AZZARITI, *Legislatore e giudice nella protezione dei diritti fondamentali. Il caso dell'Unione Europea*, in *Parolechiave*, 1/2015, 99 ss.; posizioni critiche nei confronti della Carta e del Trattato costituzionale emergevano già in ID., *Il futuro dei diritti fondamentali nell'era della globalizzazione*, in *Politica del diritto*, 3/2003, 327 ss.

¹³³ Si vedano ad esempio gli artt. 16 (*Libertà d'impresa*), 27 (*Diritto dei lavoratori all'informazione e alla consultazione nell'ambito dell'impresa*), 28 (*Diritto di negoziazione e di azioni collettive*), 30 (*Tutela in caso di licenziamento ingiustificato*), 34 (*Sicurezza sociale e assistenza sociale*), 35 (*Protezione della salute*), 36 (*Accesso ai servizi d'interesse economico generale*).

¹³⁴ Cfr. S. GAMBINO, *Diritti fondamentali e Unione Europea. Una prospettiva costituzional-comparatistica*, Milano, Giuffrè, 2009, 163 ss.; G. AZZARITI, *Il futuro dei diritti fondamentali nell'era della globalizzazione*, cit., 337 ss. Critica le discutibili tecniche normative adottate per tutelare le diverse situazioni soggettive considerate anche U. DE SIERVO, *L'ambigua redazione della Carta dei diritti fondamentali nel processo di costituzionalizzazione dell'Unione europea*, in *Dir. pubbl.*, 1/2001, 50 ss.

organi e organismi dell'Unione e da atti di Stati membri allorché essi danno attuazione al diritto dell'Unione, nell'esercizio delle loro rispettive competenze. Esse possono essere invocate dinanzi a un giudice solo ai fini dell'interpretazione e del controllo di legalità di detti atti. Le Spiegazioni alla Carta aggiungono che *i diritti soggettivi sono rispettati, mentre i principi sono osservati e che ai principi può essere data attuazione tramite atti legislativi o esecutivi (adottati dall'Unione conformemente alle sue competenze e dagli Stati membri unicamente nell'ambito dell'attuazione del diritto dell'Unione); di conseguenza, essi assumono rilevanza per il giudice solo quando tali atti sono interpretati o sottoposti a controllo. Essi non danno tuttavia adito a pretese dirette per azioni positive da parte delle istituzioni dell'Unione o delle autorità degli Stati membri.* L'idea che solo i diritti siano *vincolanti* e che i principi, pur sanciti dalla Carta, siano destinati a rimanere «lettera morta» in assenza di un'implementazione da parte dell'Unione e degli Stati membri, dev'essere senz'altro respinta. Di certo alla base di quest'ambigua formulazione, cui peraltro è connessa l'ulteriore difficoltà di distinguere effettivamente i diritti dai principi (operazione tutt'altro che agevole, a dispetto dei suggerimenti contenuti nelle Spiegazioni allegate), vi era da parte di alcuni Paesi membri il solito timore di un'espansione dei diritti sociali; l'esito, tuttavia, è stato di indebolire la «grande potenzialità assiologica che la Carta dei diritti fondamentali dell'UE ha per tutti coloro che vivono nello spazio giuridico europeo»¹³⁵.

Sempre alle possibilità di tutela dei diritti sociali è connessa l'ultima osservazione relativa alla Carta: come accennato, i titoli III (*Uguaglianza*) e IV (*Solidarietà*) contengono molte previsioni relative a diritti di natura economico-sociale, o che in ogni caso richiedono *azioni positive* per la loro effettiva garanzia. Anche posizioni soggettive normalmente qualificate come «diritti civili» esigono invero interventi normativi talvolta di ampio respiro. Ciò tuttavia crea una inevitabile tensione con l'art. 51 e con tutte le altre disposizioni di diritto primario che tentano di limitare la sfera materiale di efficacia della Carta entro i confini segnati dal principio di attribuzione. La correlazione con quanto finora affermato in merito alle difficoltà di interpretazione dell'art. 51 è

¹³⁵ Così si esprime, condivisibilmente, A. SPADARO, *La cultura costituzionale sottesa alla Carta dei diritti fondamentali dell'UE*, cit., 331.

evidente. L'Unione difetta di una *competenza generale* in materia di diritti fondamentali; al contempo, la Carta contempla uno spettro di materie piuttosto ampio, similmente a qualsiasi dichiarazione di diritti, aspirando perciò ad offrire tutela ai cittadini europei in ogni settore della vita sociale ove possano verificarsi soprusi e discriminazioni. Azioni positive sono senz'altro consentite ove sussista un'esplicita attribuzione di competenza: ne è un esempio l'art. 16, par. 2 TFUE, il quale prevede che *il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, stabiliscono le norme relative alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati di carattere personale da parte delle istituzioni, degli organi e degli organismi dell'Unione, nonché da parte degli Stati membri nell'esercizio di attività che rientrano nel campo di applicazione del diritto dell'Unione, e le norme relative alla libera circolazione di tali dati*. Ove, per contro, non vi sia un'esplicita base legale per un intervento dell'UE a tutela dei diritti fondamentali, è legittimo chiedersi se l'espressione contenuta nell'art. 51, par. 1, secondo periodo della Carta, per cui istituzioni dell'UE e Stati membri (nell'attuazione del diritto dell'Unione) *rispettano i diritti, osservano i principi e ne promuovono l'applicazione* non giustifichi il riconoscimento di tutta una serie di «competenze indirette» dell'UE, ad esempio ove si tratti di scongiurare la diffusione di *standard* di tutela «al ribasso» di diritti fondamentali – si pensi alla tensione tra libera circolazione dei lavoratori e libera circolazione delle imprese – ovvero di salvaguardare il primato e l'effettività del diritto dell'Unione. L'intensità dell'intervento della Corte di giustizia e delle *positive obligations* che essa eventualmente ascriva alle istituzioni eurounitarie deve in ogni caso essere modulata in base ai principi di sussidiarietà, proporzionalità e leale collaborazione, tenendo conto del fatto che l'assenza di una base legale esplicita per quanto concerne la tutela dei diritti fondamentali riguardo a settori comunque rientranti nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione è indice della volontà di lasciare spazio all'intervento degli Stati membri e all'esplicitarsi delle loro identità costituzionali. È dunque opportuno considerare sia le difficoltà proprie di una chiara divisione dei poteri tra UE e Stati membri in quella *zona grigia* ove diritto dell'Unione e diritti nazionali si compenetrano, senza che il ruolo delle istituzioni degli Stati membri possa

ridursi a quello di meri «agenti» dell'UE (come invece avviene nel caso di interventi attuativi di direttive); sia la necessità di evitare che questa incertezza in merito alla competenza ad attuare previsioni relative ai diritti fondamentali si traduca in un *deficit* di tutela degli stessi.

CAPITOLO II

Sezione II

Ordering Pluralism: il difficile coordinamento tra livelli nello «spazio costituzionale europeo»

Era una gioia enorme sentirgli definire qualcosa come «il vero», era un'ancora, un appiglio, che rendeva l'interrogarsi intorno alla «cosa principale» non più del tutto vano. «Se non ti piace sei uno scioperato» mi diceva. «Considerare le relazioni ordinatrici, alla fin fine, è quanto di meglio esista. L'ordine è tutto. *Epistola ai Romani*, capitolo tredici: “Le cose che sono da Dio, sono ordinate”.» (Thomas Mann, *Doktor Faustus*)

SOMMARIO: 1 – La dottrina *Solange* e la *peer review* tra ordinamenti nello spazio costituzionale europeo. 2 – Sul concetto di «livello di protezione» dei diritti fondamentali, tra ricerca del *maximum standard* e salvaguardia della *primacy*. 3 – L’art. 53, la «dottrina *Melloni*» e le relazioni interordinamentali. 3.1 – Breve storia dell’art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione. 3.2 – «*Il n’y a pas de hors-texte*». 3.3 – La saga *Melloni* e il difficile dialogo con la Corte di giustizia. 4 – Diritti fondamentali e identità costituzionali. Appunti per un superamento della dottrina *Melloni*.

1. La dottrina *Solange* e la *peer review* tra ordinamenti nello spazio costituzionale europeo

Se è certamente vero che, in linea di principio, la consolidazione di più livelli di tutela dei diritti fondamentali nello spazio costituzionale europeo rappresenta una straordinaria opportunità per l’evoluzione del costituzionalismo democratico, è altrettanto vero che a questo sempre più complesso intrico di competenze è connessa una pluralità di rischi, non sempre adeguatamente evidenziati in dottrina. Abbiamo dato conto in precedenza di alcune delle principali ricostruzioni teoriche in relazione alla natura dell’ordinamento dell’Unione e alla controversa trama di relazioni di apertura/chiusura che esso intrattiene con i diversi e «concorrenti» sistemi giuridici (nazionali e non) che insistono sul territorio europeo. A questo proposito è forse più corretto parlare di una molteplicità di *paradigmi cognitivi*, ognuno dei quali è suscettibile di svilupparsi in una «pluralità di direzioni attraverso impostazioni teoriche più specifiche tra cui non si possono escludere momenti di insanabile contraddizione»¹; con l’ulteriore specificazione che l’adesione all’uno o all’altro paradigma non ha conseguenze soltanto «sul piano descrittivo-esplicativo della realtà giuridica e politica, ma può influenzare anche la selezione delle possibili risposte a quesiti di natura più specifica»². Adottare un approccio conforme a quella che, secondo l’insegnamento di

¹ M. DANI, *Il diritto pubblico europeo nella prospettiva dei conflitti*, Padova, Cedam, 2013, 38.

² *Ibidem*, 39.

MacCormick, abbiamo definito la teoria del *pluralismo radicale*, ha implicazioni differenti da quelle che derivano dalla scelta del punto di vista del *multilevel constitutionalism*, o ancora del *costituzionalismo difensivo* di Dieter Grimm. Il dissenso sui presupposti non emerge soltanto ove si tratti di dichiarare se l'Unione abbia o meno una *constitution*, per quanto questo sia stato senz'altro l'eclatante pomo della discordia del dibattito costituzionale degli anni Novanta e oltre; esso si disvela anche nel momento in cui si è chiamati a definire con maggiore precisione le relazioni interordinamentali, l'esistenza o meno di gerarchie normative, gli spazi di manovra delle corti costituzionali nazionali, l'interpretazione delle regole di conflitto o clausole orizzontali.

Dopo aver indagato e sinteticamente enucleato i termini del dibattito costituzionale (nel primo capitolo), e aver successivamente descritto il dispiegarsi di un nuovo livello di tutela dei diritti fondamentali nel contesto europeo in relazione alle ambizioni costituzionali dell'Unione (nella prima sezione del corrente capitolo), ci accingiamo ora a soffermare l'attenzione sulle norme che disciplinano le relazioni inter-sistemiche, in particolare sull'enigmatico art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, non senza aver prima accennato talune osservazioni sul sistema di «revisione paritaria»³ (*peer review*) in cui si concreta il pluralismo ordinamentale europeo in materia di diritti. Le norme che regolano i rapporti tra ordinamenti (che potremmo definire *interface norms*⁴, in quanto l'espressione «norme di conflitto» richiama in modo fuorviante il diritto internazionale privato) svolgono infatti un ruolo chiave nell'orizzonte della costruzione di una democrazia post-nazionale in cui il livello di tutela dei diritti fondamentali non abbia a subire decrementi e involuzioni silenziose a causa dell'interazione caotica di molteplici sistemi. La definizione di queste regole costituisce tuttavia una straordinaria sfida per studiosi e giudici, vieppiù entro un assetto pluralista, ove – come abbiamo già evidenziato – non esiste una cornice normativa sovraordinata

³ L'espressione, riferita alle relazioni interordinamentali nel contesto europeo, si deve alle brillanti osservazioni contenute in A. SOMEK, *The Cosmopolitan Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2014, 176 ss.

⁴ N. KRISCH, *Beyond Constitutionalism. The Pluralist Structure of Postnational Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010, 286 ss.

che regoli dall'alto le relazioni tra sistemi, e ciascun sistema per contro pretende di fissare autonomamente queste stesse regole, con il conseguente rischio di asimmetrie e conflitti. Le prospettive monistiche o dualistiche tradizionali non si trovavano a fronteggiare problemi siffatti, in quanto il grado di interazione sistemica non era tanto significativo da offuscare la separazione tra gli ordinamenti⁵.

La disamina dei dilemmi interpretativi suscitati da queste *interface norms* necessita ad ogni modo di essere collocata su uno sfondo concettuale più profondo. La matrice ideale dei diritti fondamentali garantiti dalle costituzioni nazionali è data, come abbiamo già osservato, dalla teoria dei diritti inviolabili dell'uomo⁶. Le costituzioni contengono generalmente sia diritti riservati ai cittadini, sia diritti individuali che si possono far valere a prescindere dal possesso della cittadinanza; quest'ultima categoria ha peraltro conosciuto una progressiva estensione nelle costituzioni del secondo dopoguerra, anche in via interpretativa. L'ambiguità di questa dinamica di apertura/chiusura che concerne l'attribuzione dello *status* di cittadino è peraltro una costante delle riflessioni e delle lotte per la realizzazione dell'ideale democratico: uno dei *climax* a livello di tensione concettuale e pratica si è avuto senz'altro nel corso delle rivoluzioni settecentesche, quando, appellandosi ai diritti dell'uomo, prima i sudditi britannici divengono cittadini americani «di una nuova comunità statale che tende a delimitare i propri confini», e poco dopo sempre appellandosi ai *droits de l'homme* i sudditi della corona francese «divengono cittadini della nazione francese, che dapprima si concepisce politicamente aperta, ma poco dopo si chiude a livello spaziale, politico, etnico, linguistico e giuridico»⁷. Questa ambiguità e il conseguente tentativo di sintesi dialettica delle

⁵ *Ibidem*.

⁶ V. *supra*, Cap. II, sez. I, par. 1.

⁷ H. HOFMANN, *I diritti dell'uomo, la sovranità nazionale, la Carta europea dei diritti fondamentali e la Costituzione europea*, in *Scienza & Politica*, 2001, 28. Osserva in proposito Étienne Balibar (*Cittadinanza*, Torino, Bollati Boringhieri ed., 2012, 29) che «il principio che istituisce l'universalità intensiva, o qualitativa, del *démos* contiene un meccanismo di esclusione quantitativo apparentemente insormontabile. E noi sappiamo che, lungi dall'attenuare questa tensione, la trasformazione da parte dell'universalismo moderno dell'uguale libertà dei cittadini in diritti dell'uomo e del cittadino nel quadro nazionale, la porta al contrario all'estremo. Indubbiamente questo non impedisce che, al prezzo di lotte e movimenti sociali, intere categorie di esclusi, come le donne e gli operai, finiscano per diventare o ridiventare cittadini; ma d'altra parte avviene che gli esclusi dalla cittadinanza (e ce ne sono sempre di vecchi e di nuovi) siano riproposti, e per così dire «prodotti», attraverso tutta una serie di meccanismi

categorie di «uomo» e «cittadino» percorrono l'intera traiettoria storica, concettuale e giuridica della cittadinanza, dalle riflessioni aristoteliche sulla *politeta* – in cui alla straordinaria «intensità politica» del concetto si affianca, in modo a ben vedere nient'affatto paradossale, un meccanismo di discriminazione fondato sulla differenza antropologica⁸ – alle vibranti e indimenticabili critiche di Hannah Arendt alla cittadinanza nazionale come paradigma di esclusione⁹. Critiche di cui si dovrebbe tener conto viepiù oggi, nell'affrontare la crisi europea dei migranti, alla luce dell'esigenza di riconoscere un «diritto di avere diritti» che superi la contraddizione tra una cittadinanza nazionale tutt'ora foriera di discriminazioni, da una parte, e una cittadinanza europea ontologicamente dipendente dai criteri stabiliti a livello nazionale e amputata di significato politico rilevante, dall'altra.

Il dilemma dell'individuazione del titolare dei diritti individuali rappresenta indubbiamente uno dei nodi cruciali della riflessione costituzionalistica degli ultimi secoli, e disvela i due volti del pensiero democratico moderno. Fin dalle prime costituzioni rivoluzionarie, la «concretizzazione» della teoria dei diritti dell'uomo dà infatti origine a una tensione dialettica difficilmente componibile tra *sovranità popolare* e *diritti fondamentali*. La tensione corre tra l'illimitato potere costituente del popolo e il riconoscimento «necessitato» dei diritti naturali; tra la tutela dell'autonomia individuale e la creazione di adeguate forme di autodeterminazione democratica esercitata collettivamente; riassuntivamente, e forse in modo fin troppo semplicistico, tra Locke e Rousseau. Il principio di sovranità popolare e l'idea dei diritti dell'uomo costituiscono entrambe fonti della legittimità dello Stato costituzionale¹⁰. I diritti dell'uomo, per poter ottenere un certo grado di effettività, devono realizzarsi nella positivizzazione all'interno di comunità politiche concrete, ovvero – negli ultimi tre secoli almeno – entro la cornice rappresentata dagli Stati-nazione. In questo processo di concretizzazione, tuttavia, non solo la «trascendenza» dei diritti umani si disperde e

istituzionali e disciplinari, come esseri umani imperfetti, degli «anormali» o dei mostri che si collocano ai margini dell'umanità».

⁸ V. sul punto di nuovo E. BALIBAR, *Cittadinanza*, cit., 28 ss.

⁹ H. ARENDT, *Le origini del totalitarismo*, Torino, Einaudi, 2004.

¹⁰ H. HOFMANN, *I diritti dell'uomo*, cit., 28 ss.

affievolisce nei citati meccanismi di inclusione/esclusione connessi al riconoscimento dello *status* di cittadino, ma si deve affrontare anche il nodo gordiano del rapporto tra autodeterminazione individuale e collettiva. La positivizzazione dei diritti individuali non può costituire un traguardo in sé, in quanto il progresso sociale ed economico rivela sempre nuovi interessi e obiettivi meritevoli di tutela e sempre diverse situazioni di subalternità e discriminazione meritevoli di essere affrontate, se necessario, con gli strumenti dell'interpretazione evolutiva o con l'integrazione dei testi costituzionali. Non solo: l'effettivo godimento e sviluppo dei diritti individuali dipende da complicate costruzioni di supporto e strutture rappresentative che consentano di vedere nelle decisioni nazionali «la forma collettiva delle libertà individuali dei cittadini»¹¹. Quanto la realizzazione di questo binomio diritti individuali/sovranità popolare sia stata tradita nel tempo che è seguito alle costituzioni rivoluzionarie, lo si desume agevolmente dal ripiegamento di molte costituzioni ottocentesche nei confini nazionali a dispetto delle iniziali aspirazioni universalistiche, dalla ricerca di fonti di legittimazione diverse da quella democratico-popolare – in particolare il principio monarchico –, dall'attenuazione dell'originarietà dei diritti individuali, trasformati ad esempio in «diritti pubblici soggettivi»¹², per giungere finanche, nel secolo successivo, all'annientamento dei diritti individuali (e dello stesso individuo) nella totalità dello Stato fascista e nazista.

Le difficoltà di realizzazione di questa unità dialettica tra il costituzionalismo inteso come garanzia dei diritti individuali e il costituzionalismo come progetto di emancipazione politica si ripropone, ovviamente con toni profondamente mutati, nello scenario globalizzato della post-modernità. Nella brillante critica articolata da Alexander Somek in un recente saggio¹³, il sistema multilivello di tutela dei diritti fondamentali in Europa è paragonato ad una complessa procedura di *peer review* nella

¹¹ *Ibidem*, 35.

¹² «Rispetto allo Stato come legislatore, i diritti non potevano essere concepiti come una limitazione ma solo come un'*autolimitazione* e come una *concessione*. I diritti esistevano in quanto il legislatore li avesse non riconosciuti ma creati e il diritto dell'individuo rispetto all'autorità pubblica consisteva esclusivamente “nella capacità di mettere in movimento norme giuridiche nell'interesse individuale”»: così G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino, Einaudi, 1992, 58.

¹³ A. SOMEK, *The Cosmopolitan Constitution*, cit., 176 ss.

quale si consuma l'eclissi della sovranità popolare e l'armonia tra ordinamenti è consegnata ad una supposta «ragione universale», *reasonable recognition* di valori che non possono non essere condivisi dalle varie comunità politiche che compongono l'assetto *multilevel*. La crescente condivisione di valori e *standard* di protezione non impedisce purtuttavia che le identità particolari rinnovino, sia pure in modo più sottile, quella dialettica tra *universale* e *particolare* che nel costituzionalismo moderno contrapponeva l'idea dei diritti dell'uomo alle sue concretizzazioni negli ordinamenti nazionali. Le differenti *Weltanschauungen* emergono ad esempio ove si tratti di bilanciare diritti contrapposti¹⁴. Nel classico esempio dei diritti del concepito, una visione conservatrice legata al valore irrinunciabile della sacralità della vita tenderà a dare maggior rilievo al soggetto non-ancora-nato anche a discapito della libertà di scelta della madre, eventualmente ammettendo l'aborto in casi eccezionali ovvero sottolineando le possibilità di ricorrere a rimedi successivi alla nascita (ad esempio l'adozione). Per contro, una visione liberale potrà conferire maggiore peso alla libera scelta della donna, consentendo l'aborto a determinate condizioni; una visione progressista darà assoluto rilievo, nel bilanciamento, ai diritti di autodeterminazione della madre e alla libera disposizione del proprio corpo, sacrificando i contrapposti interessi del concepito. A quest'esempio se ne possono aggiungere moltissimi altri con riferimento ad ogni categoria o generazione dei diritti: dalla contrapposizione tra il diritto dei lavoratori di scioperare e il diritto di esercitare la propria attività economica, tra il diritto alla sicurezza e il diritto alla protezione dei dati personali, tra il diritto di esprimere liberamente la propria opinione e il diritto all'onore e alla dignità. La mera corrispondenza formale tra diritti non garantisce dunque che si sia raggiunta una significativa omogeneità sul piano valoriale, perché le tecniche di bilanciamento, le concezioni su quale sia il «nucleo essenziale» di ciascun diritto fondamentale e, prima ancora, l'intera sovrastruttura di concetti che ogni sistema di valori porta con sé, al momento di affrontare ciò che è *altro* condizionano ineluttabilmente quello che sarà il concreto dispiegarsi delle relazioni inter-sistemiche. In questo senso, ogni sistema fa

¹⁴ «While according precedence to one or the other value can be supported by reasons, perceiving the greater weight of one or the other reveals either who you *are* or where are you *from*» (*ibidem*).

riferimento alle proprie pietre angolari, la cui sostanza definisce e illumina le fitte trame di relazioni sulla base delle quali è possibile ricostruirne la fisionomia complessiva: si pensi al concetto di «dignità umana» nel *Grundgesetz*, alle nozioni di «eguaglianza sostanziale» e «dignità sociale» nella Costituzione italiana, al concetto di «sovranità nazionale» nella *Constitution française*.

La crescente interazione tra sistemi impone pertanto di considerare la complessità dei punti di partenza, insieme alla consapevolezza che, per quanto ciò che unisce i popoli d'Europa sia molto più di ciò che li divide, di questa ultima componente sia sempre necessario tener conto. Proprio «taking into account»¹⁵ è l'espressione che compendia con efficacia l'atteggiamento mantenuto generalmente dalle corti nazionali e sovranazionali nella loro impresa di «ordinare il pluralismo» e nella gestione dei processi di *cross-fertilization*. Trattasi di uno strumento cui è connaturata una notevole flessibilità, in quanto denota al contempo *apertura all'esterno* e *discrezionalità nella determinazione del grado di apertura all'esterno*. Al fine di garantire una qualche prevedibilità e stabilità ai criteri utilizzati per disciplinare le relazioni inter-sistemiche, la retorica del *taking into account* non è tuttavia sufficiente, soprattutto ove il grado di interazione e compenetrazione sia elevato. Si fa a questo proposito riferimento alle dottrine *Solange*, *Bosphorus* e *Kadi* per designare, con i nomi delle rispettive decisioni giudiziali, criteri più sostanziali enucleati rispettivamente dal *Bundesverfassungsgericht*, dalla Corte EDU e dalla Corte di giustizia dell'Unione ai fini di un corretto svolgimento delle relazioni tra sistemi. Trattasi senza dubbio di vicende difficilmente comparabili, alla luce delle profonde differenze che separano ciascuna di queste coppie di ordinamenti dalle altre; e tuttavia un minimo comune denominatore – oltre al fatto che gli *standard* di tutela dei diritti fondamentali svolgono un ruolo determinante nelle dinamiche di apertura/chiusura – si può rinvenire nell'esigenza che le corti rispettivamente coinvolte hanno dovuto affrontare, di fissare le condizioni alle quali un sistema giuridico riconosce le norme e le decisioni provenienti da un altro. In questo senso, lo scrutinio più severo è senz'altro quello definito nella sentenza *Kadi*: qui,

¹⁵ N. KRISCH, *Beyond Constitutionalism*, cit., 286-287.

manca del tutto un meccanismo di controllo giurisdizionale rispetto ai provvedimenti limitativi dei diritti dei presunti terroristi all'interno dell'ordinamento internazionale, era inevitabile (*rectius*: lo riteniamo inevitabile ora, *retrospettivamente*) che la Corte di giustizia dell'Unione si riservasse il potere di esaminare la conformità degli atti del Consiglio di Sicurezza ai propri valori fondamentali, ed eventualmente annullare i provvedimenti comunitari diretti alla loro attuazione. Meno *thick* è senza dubbio il controllo avocato dalla Corte costituzionale tedesca e dalla Corte EDU ai sensi, rispettivamente, delle dottrine *Solange* e *Bosphorus*: in entrambi i casi si ha un «giudizio di equivalenza» – significativamente, non di *identità* – rispetto ai sistemi di tutela dei diritti fondamentali coinvolti, sul piano sia delle garanzie sostanziali sia degli strumenti processuali per farle valere. Un giudizio che senza dubbio prelude ad una cooperazione e fiducia reciproche e durature, ma pur sempre precarie. La Corte EDU nella sentenza testé citata sottolinea che «any such finding of equivalence could not be final and would be susceptible to review in the light of any relevant change in fundamental rights protection»; non diversamente, lo stesso avverbio *solange* («fintantoché») allude ad una fiducia condizionata e ad un'autolimitazione tutt'altro che irreversibile. È in ogni caso degno di nota il fatto che queste decisioni capitali, cui si ricorre per trovare degli appigli e dei criteri nella ricostruzione delle relazioni inter-sistemiche, si inseriscano in un contesto ove le corti di ogni livello tendono ad evitare il più possibile di «disobbedire» a norme e decisioni di provenienza sovranazionale e internazionale: malgrado le dichiarazioni battagliere, gli scontri a fuoco sono stati decisamente rari.

Parafrasando quanto detto da Miguel Poiares Maduro nella sua profonda *Opinion* come Avvocato generale nel celebre caso *Kadi*, non è possibile pensare che i diversi ordinamenti giuridici si passino accanto «ignorandosi come navi nella notte». Eppure fissare i termini di siffatte relazioni costituisce impresa notevole per le corti coinvolte, al punto che difficilmente esse si cimentano in statuizioni di principio dirette a fissare una volta per tutte i criteri cui saranno ispirate per il futuro le relazioni tra il proprio ordinamento e gli altri con cui esso si troverà a «dialogare». A questa scelta sono sottese senz'altro varie motivazioni: la volontà di non cristallizzare le relazioni inter-sistemiche

(cosa che potrebbe pregiudicare o rendere comunque meno agevoli eventuali *revirements*); l'attenzione prestata alle circostanze del caso concreto, che incidono spesso in modo determinante sulla modulazione del grado di apertura/chiusura; un atteggiamento di *self-restraint* a favore di decisioni da assumere in sede politica, che peraltro sono state rare e comunque in larga misura ispirate a orientamenti giurisprudenziali (si pensi, per citare soltanto i casi più eclatanti, al riconoscimento nel Trattato di Maastricht della giurisprudenza della CGUE sui diritti fondamentali o alla costituzionalizzazione, in Germania, dei controlimiti enunciati dal *Bundesverfassungsgericht*). L'esito è che la disciplina di queste relazioni resta in larga misura indecisa; e anche laddove è stato intrapreso un tentativo di definizione dall'alto, come nel caso della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, ci si trova dinanzi a tavole di Rorschach: i nostri tentativi di interpretazione rivelano «le nostre convinzioni profonde, le nostre paure e i nostri desideri»¹⁶.

2. Sul concetto di «livello di protezione» dei diritti fondamentali, tra ricerca del *maximum standard* e salvaguardia della *primacy*

Come osserva magistralmente Paolo Grossi, «il termine “ordinamento” e, più ancora, il suo generante “ordine” sono stati spesso ritenuti come lo specchio più espressivo della funzione e dei contenuti del diritto: se la società non si concreta in una incomposta, perenne rissa, ciò lo si deve soprattutto alla funzione ordinativa del diritto»¹⁷. Tommaso d'Aquino riteneva che l'*ordinatio* fosse il momento essenziale della *lex*; per l'intero

¹⁶ J.B. LIISBERG, *Does the EU Charter of Fundamental Rights Threaten the Supremacy of Community Law?*, in *Common Market Law Review*, 2001, 1199.

¹⁷ P. GROSSI, *Ordinamento*, in *Jus*, 1/2006, 5. Altrettanto significativo, ai nostri fini, il prosieguo: «ordine e il suo derivato ordinamento fanno riferimento a una pluralità, che resta e deve restare pluralità, che però l'ordine è chiamato ad armonizzare. Ordine (e ordinamento) significano sempre armonia di diversità, dove armonia vuole essere rispetto e salvaguardia delle diversità. La realtà in cui opera l'ordine è *complessa* (altrimenti, non ve ne sarebbe bisogno), ma non viene sacrificata nella sua complessità dalla azione ordinativa. Ove sorga una entità forte e monopolizzatrice, si potrà avere una pace sociale autoritariamente estorta con una drastica *riduzione* della complessità, e cioè uno pseudo-ordinamento di indole poliziesca».

periodo medievale il diritto «ha avuto come coesistente alla propria intima natura la nozione di ordine»¹⁸. Fenomeni quali la crisi della dimensione gerarchica delle fonti del diritto, la crescente insoddisfazione per le geometrie del positivismo legalistico e la moltiplicazione dei siti e degli attori della produzione giuridica rendono sempre più urgente un ripensamento della percezione ordinamentale incentrata su linee verticali e sul rifiuto della complessità, senza che ciò implichi in alcun modo un abbandono dell'idea di diritto come *ordinatio*. In una dimensione di pluralismo ordinamentale il diritto non smarrisce la propria funzione ordinante, soverchiato da una rete di interazioni caotiche senza direzione precisa, ma, al contrario, la vede rafforzata.

Abbiamo testé constatato la difficile posizione di corti nazionali e sovranazionali in Europa, chiamate spesso a definire le condizioni alle quali ciascun sistema giuridico interagisce con gli altri. I criteri dalle stesse enucleati nell'ambito di questa attività ordinante sono generalmente di natura assiologico-sostanziale: il *Bundesverfassungsgericht* si astiene dal verificare la conformità delle norme eurounitarie nella misura in cui sia garantito dall'Unione un sufficiente livello di tutela dei diritti fondamentali; la Corte EDU evita di sindacare gli atti emanati dagli Stati nell'attuazione del diritto dell'Unione fintantoché il sistema di tutela dei diritti nell'UE sia quantomeno equivalente agli *standard* minimi della Convenzione, e così via. La determinazione di siffatti *standard* di tutela è tuttavia questione – *ça va sans dire* – particolarmente complessa, e si può compendiare in questa serie di domande: come si determina il grado di tutela di un diritto fondamentale? Chi è abilitato a stabilirlo? In quale relazione si pone il grado di tutela di un diritto fondamentale con l'intero sistema dei diritti di un dato ordinamento?

Muovendo dal presupposto – che sappiamo essere erroneo, e che qui poniamo come mera ipotesi di lavoro – della possibilità di separare con una qualche nettezza i diversi sistemi giuridici, e senza avere per ora riguardo a quanto prevede l'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, potrebbe dirsi che nel campo di applicazione del diritto eurounitario siano applicabili esclusivamente gli *standard* di protezione dei diritti

¹⁸ *Ibidem*; sul punto v. anche le riflessioni contenute in ID., *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, Laterza, 2004¹².

fissati nella Carta; nei restanti settori – dunque in quelli non disciplinati in alcun modo dal diritto dell’Unione – quelli fissati in ogni Stato membro dalle rispettive costituzioni; a fare da minimo comune denominatore, dunque a fissare *per tutti* gli *standard* minimi di protezione, sarebbe la CEDU. Si potrebbe senza dubbio eccepire che quest’ultima non vincola l’Unione europea, tuttavia sia il Trattato UE sia le clausole orizzontali della Carta garantiscono un certo grado di coordinamento tra le due fonti. Pur con quest’ultima precisazione, l’argomentazione è in realtà viziata fin dall’origine. Esistono senza dubbio settori dei diritti nazionali non toccati dal diritto dell’Unione, neppure nella forma più blanda delle competenze di sostegno e coordinamento; tuttavia, alla luce della fin troppo ovvia constatazione della sempre crescente pervasività del diritto sovranazionale negli ordinamenti interni – tale per cui i settori rimessi puramente e semplicemente alla regolazione degli Stati membri sono decisamente in numero ridotto –, è d’uopo osservare che *la norma è la sovrapposizione* degli interventi regolatori, *l’eccezione la competenza esclusiva* dell’uno o dell’altro ordinamento. Avendo inoltre il diritto dell’Unione dato vita «ad una rete strutturata di principi, di norme e di rapporti giuridici mutualmente interdipendenti, che vincolano, in modo reciproco, l’Unione stessa e i suoi Stati membri, nonché, tra di loro, gli Stati membri»¹⁹, sono inevitabilmente frequenti «i casi in cui gli Stati membri si trovano a recepire nel loro diritto il diritto dell’Unione, al punto poi che, anche quando esercitano competenze non attribuite all’Unione (né in via esclusiva, né in via concorrente), essi sono tenuti a farlo nel rispetto di tale ultimo diritto, conformemente all’obbligo di leale cooperazione»²⁰. La fin troppo semplicistica argomentazione sopra esposta è ulteriormente complicata da due notazioni, di ampia portata. In primo luogo, e avendo questa volta riguardo a quanto dispone l’art. 53 della Carta, non può escludersi *a priori* che la medesima si offra, similmente alla CEDU, quale mero *minimum standard* di protezione dei diritti fondamentali, impedendo così agli Stati membri di abbassare il livello di tutela nei settori comunque interessati dal diritto sovranazionale, ma non di quivi dispiegare un

¹⁹ Corte giust., 18 dicembre 2014, parere 2/13, punto 167.

²⁰ M. CONDINANZI-P. IANNUCELLI, *Art. 53. Livello di protezione*, in AA.VV., *Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, a cura di R. MASTROIANNI, Milano, Giuffrè, 2017, 1094.

eventuale *higher level of protection*; in secondo luogo, il concetto di *standard* di protezione è altamente controverso, come controversa è la possibilità di confrontare i diversi livelli di protezione su un piano eminentemente *quantitativo*.

Un esempio frequentemente riportato in ordine a quest'ultima questione si trova in un'importante opera di Joseph Weiler²¹. Una marcia di neo-nazisti in un quartiere abitato perlopiù da sopravvissuti all'Olocausto sarebbe vietata in Germania e consentita negli Stati Uniti. Si potrebbe leggere questa contrapposizione in termini di differenti *standard* di protezione, affermando che la libertà di espressione riceve una tutela maggiore negli Stati Uniti che in Germania. Una lettura siffatta non terrebbe tuttavia conto di altre prospettive ugualmente percorribili sul piano teorico. Innanzitutto, come afferma Weiler commentando questo esempio, a questa apparente contrapposizione di *standard* sono in realtà sottese «scelte di valore», nelle quali si manifesta l'autocomprensione di una collettività in relazione a opzioni etico-politiche fondamentali²². La decisione di vietare manifestazioni neo-naziste potrebbe finanche ascriversi al *nucleo essenziale* della decisione del costituente tedesco; si pensi vieppiù al concetto di dignità umana, pietra angolare del *Grundgesetz*, alla luce del quale – come vedremo a breve – leggere la vicenda in chiave di tutela della dignità dei sopravvissuti all'Olocausto, e della stessa memoria storica. Analoga lettura in chiave valoriale può farsi, d'altro canto, della scelta tradizionalmente «libertaria» dell'ordinamento statunitense in materia di *hate speech*.

La seconda osservazione di Weiler concerne invece la struttura dei diritti fondamentali. Assumendo che, guardati secondo una prospettiva liberale, i diritti fondamentali siano espressione di un compromesso tra beni tra loro in competizione, ovvero l'autonomia individuale da una parte, e l'autorità pubblica – agente nel perseguimento dell'interesse collettivo – dall'altra, con riferimento ad ogni settore della vita sociale potremmo individuare i termini di siffatti compromessi. La misura entro cui è consentito, in un dato settore, l'intervento pubblico, dipende da scelte della collettività

²¹ J.H.H. WEILER, *The Constitution of Europe. "Do the New Clothes have an Emperor?" and Other Essays on European Integration*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, 105 ss.

²² *Ibidem*, 106.

in merito al bilanciamento degli interessi coinvolti. Quanto maggiore sarà lo spazio di manovra consentito al potere pubblico, tanto minore sarà la considerazione dell'autonomia e libertà individuale, e viceversa. Fatto salvo un livello minimo di tutela della libertà del singolo al di sotto del quale non è ammesso andare – fissato ad esempio dal sistema convenzionale (CEDU) –, la determinazione del «punto di equilibrio» normalmente varia da Stato a Stato, e oltre ad essere espressione (quantomeno negli ordinamenti democratici) di processi partecipativi di una certa ampiezza, può altresì essere l'esito di una scelta *fondamentale*, attinente alla stessa identità di un popolo. Mettere in discussione l'esito di questo bilanciamento sulla base di un mero confronto tra *standard* rischia pertanto di trascurare ingiustamente sia il carattere eventualmente *fondamentale e identitario* delle scelte di valore che vi sono sottese, sia il loro essere esito di un processo di autodeterminazione collettiva. Considerare i diritti fondamentali singolarmente, senza metterli in relazione con il contesto ordinamentale in cui sono destinati ad essere garantiti, rischia di essere semplicistico e fuorviante. Come ha correttamente affermato la Corte costituzionale italiana, «la tutela dei diritti fondamentali deve essere sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro»²³.

Alle penetranti osservazioni di Weiler può aggiungersi un'ulteriore criticità. Il livello di tutela di un diritto fondamentale non è mai espresso da un ordinamento in termini assoluti. Occorre infatti considerare come i diritti fondamentali vivano in una «dimensione relazionale, contraddistinta normalmente dal fatto che la maggior tutela di un diritto corrisponde alla minor tutela di quello antagonista o concorrente con cui viene equamente temperato»²⁴. Nel caso di specie, può contrapporsi alla prospettiva iniziale che prendeva in considerazione il diritto di manifestazione del pensiero quale unico diritto in gioco, il diritto contrapposto alla tutela della dignità umana, rivendicato dai sopravvissuti dell'Olocausto; interesse che potrebbe peraltro ritenersi *core value* dell'ordinamento tedesco, alla luce del testé citato ruolo della *Menschenwürde* nel complessivo sistema costituzionale. Quest'ultima, anche in virtù della sua collocazione

²³ Corte cost., sent. 4 dicembre 2009, n. 317, punto 7 del *Considerato in diritto*.

²⁴ A. CARDONE, *La tutela multilivello dei diritti fondamentali*, Milano, Giuffrè, 2012, 76.

geografica nel testo costituzionale (art. 1, par. 1), è stata anzi definita «fondamento di tutti i diritti fondamentali» in alcune sentenze del *Bundesverfassungsgericht*²⁵, al punto da rivestire senza dubbio alcuno carattere super-primario, autentica «pietra angolare» di quell'assiologia costituzionale.

A questa decostruzione del concetto di *standard* di tutela possono opporsi prospettive differenti. L'obiezione per cui, in concreto, i diritti fondamentali non sono mai invocati *per se*, ma sempre in relazione ad altri diritti, ad esempio il diritto di cronaca del giornalista *vs* il diritto alla *privacy* del comune cittadino, potrebbe portare alla nichilistica conclusione che non esiste per alcun diritto fondamentale uno *standard* fisso di protezione. Pertanto, non si potrebbe neppure operare un confronto tra il livello di protezione del diritto di cronaca garantito dall'ordinamento di uno Stato membro e quello garantito dal diritto dell'Unione, senza fare riferimento alla fattispecie concreta e agli altri diritti coinvolti in quella che sarà, in ultima analisi, necessariamente un'operazione di bilanciamento. Si corre così il rischio, tuttavia, di mettere in dubbio la stessa qualifica di «fondamentale» riferita a un diritto²⁶, nella misura in cui il suo livello di tutela sia sempre *mobile* e parametrato a circostanze e bilanciamenti non prevedibili e classificabili *ex ante*, e nella misura in cui sia contestata la stessa utilizzabilità dell'espressione «livello di tutela». Pur nella consapevolezza dell'impossibilità di ridurre le tecniche di bilanciamento e comparazione a operazioni di mero confronto quantitativo tra differenti *standard*, e della necessità di considerare sempre e comunque le condizioni oggettive di contesto, per non scolorire la stessa nozione di diritto fondamentale occorre muovere dal presupposto che ciascun sistema costituzionale offra per ogni diritto fondamentale *un certo grado di tutela*, la cui intensità, *pur variabile* in ragione di eventuali altri diritti contrapposti nel caso concreto e dunque non fissata una

²⁵ Si veda per tutte l'interessante sentenza del 24 febbraio 1971, in BVerfGE, vol. 30, n. 173, in cui si controverso dei limiti della libertà di espressione artistica in relazione appunto alla tutela della dignità umana, asseritamente lesa da un romanzo di Klaus Mann, fratello del più celebre Thomas. In merito a questa vicenda giudiziaria, e più in generale al rapporto tra dignità umana e diritti fondamentali nel sistema costituzionale tedesco, v. F. BERARDO, *Breve storia dei Grundrechte nel costituzionalismo tedesco*, Torino, Marcovalerio ed., 2005, 116 ss.

²⁶ L.F.M. BESSELINK, *Entrapped by the maximum standard: on fundamental rights, pluralism and subsidiarity in the European Union*, in *Common Market Law Review*, 1998, 639.

volta per tutte, è *determinabile* in base a criteri, strumenti e parametri offerti dallo stesso sistema costituzionale e generalmente raffinati dall'organo di giustizia costituzionale nella sua giurisprudenza, sì da garantire valori fondamentali quali la coerenza del sistema giuridico, la prevedibilità dell'esercizio del potere pubblico e, in ultima analisi, la stessa certezza del diritto. Di più, la stessa «fondamentalità» dei diritti costituzionali. Il fatto che nessun diritto fondamentale, neppure la libertà personale, abbia un valore assoluto, non implica che sia «indeterminabile» il livello di tutela della libertà personale in un ordinamento dato. Le condizioni alle quali è subordinata la limitazione di questo diritto e le ragioni sostanziali che possono sorreggerla sono tendenzialmente fissate dal testo costituzionale. Sulla base delle pur scarse indicazioni del testo costituzionale è possibile ricostruire la portata del diritto alla libertà personale, la sua collocazione nel sistema assiologico complessivo, le modalità del suo relazionarsi a diritti e interessi confliggenti, in particolare il limite oltre il quale la concorrente tutela di obiettivi di interesse generale diviene inammissibile lesione del nucleo essenziale del diritto. Le difficoltà chiaramente aumentano ove siano molto succinte le definizioni del nucleo essenziale di un diritto fondamentale, dei suoi limiti in relazione agli interessi collettivi o agli altri diritti egualmente fondamentali, ove non siano agevolmente individuabili neppure gli interessi generali che ne possono giustificare la limitazione del godimento. In questo senso, come evidenziato *supra*²⁷, la genericità di certe clausole della Carta dei diritti fondamentali non aiuta. Ulteriori complicazioni derivano dall'eventuale inserimento nelle operazioni di bilanciamento di diritti non nominati nei testi costituzionali o nei trattati, in quanto enucleati successivamente sulla base di clausole aperte ovvero direttamente in via pretoria senza un qualsivoglia appiglio testuale – il pensiero va ovviamente al sistema dei diritti fondamentali dell'Unione prima della Carta di Nizza e al filtro dei principi generali del diritto, i quali peraltro sono tutt'ora fonte di diritto primario *ex art. 6, par. 3 TUE*.

Quest'ultimo riferimento ci conduce al cuore del problema che ci accingiamo a trattare, ovvero il confronto tra differenti *standard* di tutela alla luce dell'art. 53 della

²⁷ Cap. II, sez. I, par. 5.3.

Carta dei diritti fondamentali. Prima dell'adozione di questo testo e dell'acquisizione da parte sua di piena efficacia giuridica, il sistema europeo di tutela dei diritti era stato elaborato, come detto più volte, in via giurisprudenziale, assumendo come fonti di ispirazione la CEDU e le *common constitutional traditions*. Se ciò era forse sufficiente a quietare le corti costituzionali nazionali, non lo era tuttavia a risolvere il problema dell'esatta determinazione del livello di tutela di ciascun diritto fondamentale. Constatare, ad esempio, che il diritto di proprietà è garantito sia dalla CEDU sia dalle costituzioni degli Stati membri induce a ritenere che debba essere altresì garantito nell'ordinamento dell'Unione, ma non dà indicazioni precise in merito al livello di tutela, in particolare alle condizioni alle quali il potere pubblico può limitare il godimento di questo diritto. La Corte di giustizia si trovò ad affrontare questo dilemma nella sentenza *Hauer*²⁸, concernente la legittimità di un regolamento comunitario che recava provvedimenti limitativi nel settore vitivinicolo. Per accertare la compatibilità del citato regolamento con il diritto di proprietà della ricorrente, cui era in virtù di esso inibita la possibilità di effettuare un nuovo impianto di viti, la Corte di giustizia attingeva alle fonti sopra citate, constatando tuttavia l'eccessiva vaghezza della previsione CEDU e ricavando dai sistemi costituzionali nazionali esaminati soltanto l'indicazione, anch'essa piuttosto generica, della diffusa previsione di «norme in materia di economia agricola e forestale, di regime delle acque, di protezione dell'ambiente naturale, di programmazione territoriale e di urbanistica, che limitano, talvolta notevolmente, l'uso della proprietà fondiaria». Era tuttavia esaminando la fattispecie attraverso le lenti del diritto comunitario che la Corte giungeva alla soluzione del caso: enunciando gli obiettivi di interesse generale perseguiti da questa limitazione del diritto di proprietà, in relazione sia al Trattato CEE sia nello specifico alla politica comunitaria nel settore vitivinicolo, essa giungeva alla conclusione che il regolamento impugnato era giustificato dagli interessi generali sopra esposti e non ledeva «la sostanza del diritto di proprietà riconosciuto e tutelato dall'ordinamento giuridico

²⁸ Corte giust., sent. 13 dicembre 1979, causa 44/79, *Liselotte Hauer contro Land Rheinland-Pfalz*. Un'analisi della sentenza nel senso da noi poi reso esplicito è contenuta in J.H.H. WEILER, *The Constitution of Europe*, cit., 108 ss.

comunitario». Weiler riconosce in questa sentenza un esempio preclaro della tendenza della Corte di giustizia a garantire l'autonomia e specificità dell'ordinamento giuridico dell'Unione²⁹.

In quello che è stato definito un approccio «pluralista» alla definizione degli *standard* di tutela dei diritti fondamentali, ciascun ordinamento – Unione europea compresa – determina i propri *standard*, alla luce di obiettivi e scopi fissati nel proprio sistema costituzionale. Nel periodo ante-Lisbona, ciò voleva dire che tramite il filtro dei principi generali del diritto comunitario si realizzava una sorta di «trasvalutazione»³⁰ (*Umwertung*) dei diritti fondamentali già garantiti da CEDU e sistemi nazionali; nel periodo post-Lisbona, l'autonomia del diritto dell'Unione nella definizione degli *standard* è resa ancora più visibile dalla presenza di un'apposita Carta dei diritti fondamentali. Svincolare i livelli di tutela dei diritti nel contesto sovranazionale dalla stretta aderenza a quelli garantiti da altri sistemi, alla luce della natura e delle esigenze dell'Unione, consentirebbe, secondo Weiler, di evitare la «trappola del *maximum standard*». Se infatti ritenessimo l'Unione vincolata, in ogni settore di sua competenza, ad adottare lo *standard* di tutela in concreto più elevato, per il tramite di una comparazione dei livelli di tutela di quel diritto nei diversi Stati membri, si rischierebbe un corto-circuito ermeneutico. Weiler porta come esempio quello di un elevato *standard* di qualità dell'aria, che sia riconosciuto come diritto fondamentale in Irlanda, quivi agevolmente raggiungibile per la posizione geografica e il ridotto numero di industrie pesanti. Se si adottasse l'approccio del *maximum standard* a livello eurounitario, quel livello elevato di tutela della qualità dell'aria risulterebbe inadeguato rispetto a contesti differenti, quali il bacino della Ruhr, per contro ricco di industrie inquinanti. Se si adottasse per tutti lo *standard* irlandese, si metterebbero dunque a repentaglio interessi economici altrove sostenuti da sistemi industriali che rendono irraggiungibile una così elevata qualità dell'aria.

Cosa sarebbe accaduto se nel caso *Hauer* la Corte non avesse enucleato uno «*standard* comunitario» di protezione del diritto di proprietà ma avesse scelto proprio la

²⁹ J.H.H. WEILER, *The Constitution of Europe*, cit., 113.

³⁰ L.F.M. BESSELINK, *Entrapped by the maximum standard*, cit., 667 ss.

strada dell'«*universalized maximum standard approach*»? Nel caso specifico, nulla sarebbe cambiato, come testimonia la comparazione effettuata dalla Corte di giustizia tra i vari sistemi nazionali rispetto a portata e limiti del diritto di proprietà. Tuttavia sarebbe stato sufficiente che, in ipotesi, anche un solo Stato membro avesse garantito uno *standard* di tutela tanto elevato da non tollerare le limitazioni generate dal regolamento comunitario impugnato, perché questo stesso *standard* dovesse essere necessariamente – in quanto, appunto, *maximum standard* alle condizioni oggettive di contesto – *generalizzato* dalla Corte, determinando così una risposta differente al caso di specie. Quest'approccio, peraltro minoritario in dottrina, e mai apertamente sostenuto dalla Corte di giustizia, non andrebbe a minare primato ed effettività del diritto dell'Unione, in quanto la Corte andrebbe sì a reperire all'esterno il massimo *standard* di tutela alle condizioni oggettive di contesto, ma al fine di renderlo «*standard europeo*» in relazione al diritto fondamentale in gioco nel caso specifico. Ciò che invece potrebbe avere conseguenze di più ampia portata è l'evidente effetto di *spill-over* derivante da un approccio siffatto: adottare ogni volta lo *standard* più elevato significa infatti estendere all'intera Unione quella che può essere l'opzione anche di un solo Stato membro rispetto al livello di tutela di un diritto fondamentale (come nell'esempio irlandese), o addirittura rendere operativo in uno Stato membro come diritto fondamentale un diritto da esso prima non riconosciuto come fondamentale, o non riconosciuto affatto come diritto³¹.

Un terzo approccio può essere definito come ricerca del «*local maximum standard*». A differenza del precedente, esso determinerebbe una rinuncia, in determinati casi, alla pienezza del principio del primato del diritto UE: fondandosi sul principio di sussidiarietà, quest'approccio consente infatti che eventuali *standard* di tutela più elevati siano fatti valere dai singoli Stati membri, minando se necessario la stessa possibilità di applicazione della normativa UE incompatibile. Il diritto dell'Unione dovrebbe pertanto cedere, o comunque vedere attenuata la propria efficacia, nei soli Stati membri ove sia previsto uno *standard* più elevato rispetto a quello eurounitario;

³¹ *Ibidem*, 673.

negli altri, esso potrebbe applicarsi senza difficoltà. Risulta evidente come un'impostazione di questo genere, per quanto attenta a rispettare le specificità degli ordinamenti dei singoli Stati membri, giunga a mettere in questione l'uniformità di applicazione del diritto sovranazionale, principio cui la Corte ha sempre dato importanza vitale.

La Carta dei diritti fondamentali non abbraccia espressamente nessuna di queste tre opzioni teoriche. Di certo non la seconda e la terza; se invece l'opzione pluralista di Weiler è indubbiamente la più conforme all'orientamento della Corte di giustizia, qualche dubbio può sorgere ed è effettivamente sorto leggendo quanto dispone l'art. 53 della Carta. Questo articolo, rubricato *Livello di protezione*, recita che

Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione o tutti gli Stati membri sono parti, in particolare dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, e dalle costituzioni degli Stati membri.

3. L'art. 53, la «dottrina *Melloni*» e le relazioni interordinamentali

Che l'art. 53 della Carta potesse creare delle complicazioni interpretative, era evidente fin dal momento della redazione del testo. Questa clausola orizzontale richiama disposizioni di analogo tenore contenute in molti accordi internazionali relativi ai diritti umani³², in particolare nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU, art. 53). Una prima complicazione deriva dal fatto che queste clausole sono generalmente previste allo scopo di

³² V. in particolare il *Patto internazionale sui diritti civili e politici* (art. 5.2), il *Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali* (art. 5.2), la *Carta sociale europea* (art. 32), ma anche la *Dichiarazione del Parlamento europeo del 1989 sui diritti e le libertà fondamentali* (art. 27) e il progetto di Costituzione europea del 1994 (alinea 24 del Titolo VII).

sottolineare il carattere sussidiario dello strumento a cui sono accluse. Nel caso della Carta, era ed è lecito dubitare che così – ovvero come strumento complementare rispetto ai sistemi nazionali – essa potesse intendersi, in quanto inserita in un assetto costituzionale strutturato concettualmente in termini di autonomia³³ (e dunque di alterità rispetto alle organizzazioni internazionali tradizionali). Una seconda complicazione deriva dal rapporto che questa disposizione instaura con le costituzioni nazionali, alla luce della testé esposta diatriba in merito alla possibilità di confrontare i livelli di tutela di un diritto fondamentale previsti da diverse fonti di disciplina. Al fine di illuminare l'ampio spettro di possibilità interpretative di questa controversa previsione, può essere utile articolare il successivo segmento della nostra indagine come segue: un fuggevole sguardo a come è nata questa clausola (par. 3.1); un'altrettanto sintetica panoramica delle diverse opzioni interpretative (par. 3.2); l'analisi di una fondamentale decisione della Corte di giustizia sul punto (par. 3.3); la critica di quest'ultima decisione e la proposta di un diverso orientamento interpretativo (par. 4).

3.1 – Breve storia dell'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione

Come anticipato, la previsione dell'art. 53 richiama quasi letteralmente disposizioni analoghe di trattati internazionali sui diritti umani, il cui scopo è di assicurare che le norme da essi istituite siano intese quali *standard* minimi di tutela e di non impedire perciò in alcun modo che gli Stati firmatari possano ampliarne la portata. Nel caso di specie, l'inserimento della norma che successivamente sarebbe divenuta l'art. 53 della Carta è dovuto alla volontà dei redattori di coordinare le previsioni di quest'ultima con la CEDU. Si voleva infatti garantire che, a prescindere da eventuali asimmetrie e divergenze a livello letterale, le disposizioni della Carta non fossero in alcun modo suscettibili di interpretazioni *à l'envers*; che, in altri termini, la lettera della Carta non legittimasse passi indietro rispetto alla Convenzione. Nel corso della discussione sulla bozza della Carta la portata di questa clausola fu ampliata progressivamente, fino a

³³ R. ALONSO GARCÍA, *Le clausole orizzontali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1/2002, 21.

modellarne la struttura sulla falsariga dell'art. 53 della CEDU (*Salvaguardia dei diritti dell'uomo riconosciuti*), che recita:

Nessuna delle disposizioni della presente Convenzione può essere interpretata in modo da limitare o pregiudicare i diritti dell'uomo e le libertà fondamentali che possano essere riconosciuti in base alle leggi di ogni Parte contraente o in base a ogni altro accordo al quale essa partecipi.

Il riferimento nella clausola ai diritti nazionali fu presto ritenuto troppo generico, e si giudicò opportuno sostituirlo con uno più specifico alle sole costituzioni nazionali; si levarono altresì sparute voci preoccupate che una siffatta previsione attentasse al principio della *primauté*. Proprio in virtù di questo timore, fu inserito un problematico riferimento all'«ambito di applicazione» di ciascuna costituzione o carta dei diritti. Frequente fu inoltre la manifestazione, anche da parte di esponenti di Paesi tutt'altro che euroscettici, di timori in ordine alla vocazione naturalmente espansiva della Carta dei diritti, e all'eventualità che la sua adozione determinasse modificazioni nei sistemi costituzionali degli Stati membri, in chiaro contrasto con il mandato di cui era investita la Convenzione. Su questa disposizione si concentrarono pertanto aspettative e preoccupazioni alquanto diverse: la volontà di non determinare in alcun modo una *deminutio capitis* delle concorrenti costituzioni o carte dei diritti; l'esigenza di non attenuare il principio del primato del diritto dell'Unione; l'intento, di valenza soprattutto politica, di rassicurare gli Stati membri in merito alla non necessità di modifiche costituzionali a seguito dell'adozione della Carta. La varietà di funzioni di cui era investita la previsione ne spiega senza dubbio la formulazione involuta e tecnicamente non impeccabile.

L'originaria intenzione di farne la «norma di coordinamento» con la CEDU fu peraltro progressivamente allocata in un'altra disposizione – quello che poi sarebbe divenuto l'art. 52 della Carta –, orientandosi invece l'art. 53, pur nella nebbia concettuale finora descritta, a svolgere una funzione di *saving clause* simile al corrispondente articolo della CEDU. Di certo una maggiore trasparenza nell'iter di redazione della clausola e una maggiore franchezza anche da parte delle istituzioni

dell'Unione nell'esternare le proprie preoccupazioni in merito al possibile attentato alla supremazia del diritto UE avrebbero giovato; invece, come brillantemente sottolineato dai commentatori, «the Commission apparently wanted to let sleeping dogs lie as regards the touchy issue of supremacy»³⁴. Un rapido confronto con analoghe disposizioni di salvaguardia può ora essere utile quale preludio all'enucleazione delle diverse opzioni interpretative della clausola in esame. Come anticipato, l'art. 53 della Convenzione è molto simile, differenziandosi soprattutto per la neutralità sul piano temporale (*may be ensured*), per il riferimento ai diritti nazionali nella loro interezza e non solo alle costituzioni, e per il fatto di volersi coordinare con *ogni altro* trattato di cui *qualsiasi* (non *tutti*) Stato membro sia parte. Rari sono stati i casi in cui quest'articolo è stato invocato ai fini della risoluzione di una controversia portata all'attenzione della Corte di Strasburgo. Si rammenta ad esempio il caso *Open Door*³⁵ del 1992, nel quale si discuteva della compatibilità con la Convenzione del divieto, stabilito in Irlanda dalla Corte suprema, di diffondere informazioni sulle procedure di interruzione della gravidanza praticate in Gran Bretagna. Questa decisione, asseritamente fondata sull'art. 40 della Cost. irlandese relativo alla tutela della vita del nascituro, fu ritenuta dalla Corte europea in contrasto con la libertà di espressione garantita dall'art. 10 della Convenzione. Ai nostri fini è importante sottolineare come l'obiezione del governo irlandese fondata sull'art. 53 CEDU e sulla maggior tutela della vita che garantiva la propria Costituzione rispetto alla Convenzione, fu rigettata, sia pur in termini non perspicui. In via generale, può senz'altro dirsi che questa previsione non ha avuto particolare rilevanza nella giurisprudenza di Strasburgo, né è stata oggetto di significativi arresti negli ultimi decenni.

Non ha avuto maggiore fortuna il Nono Emendamento alla Costituzione USA, con il quale è possibile istituire un interessante parallelismo: esso prevede che *the enumeration in the Constitution of certain rights shall not be construed to deny or disparage others retained by the people*. Come nacque questa clausola, definita la più

³⁴ J.B. LIISBERG, *Does the EU Charter of Fundamental Rights Threaten the Supremacy of Community Law?*, cit., 1182.

³⁵ Corte EDU, sent. 29 ottobre 1992, n. 246, *Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland*.

oscura dell'intero *Bill of rights*? Quest'ultimo rispondeva alle richieste degli Anti-federalisti di limitare i poteri del Governo federale tramite la positivizzazione dei diritti inviolabili dei cittadini americani. Tuttavia i Federalisti temevano che una elencazione siffatta inducesse a ritenere sguarniti di tutela i diritti naturali ivi non menzionati. La clausola rispondeva proprio a questa esigenza, di non rendere il novero di diritti sanciti nel *Bill of rights* un *numerus clausus*. Anch'essa tuttavia si dimostrò di scarsa rilevanza pratica: raramente citata dalla Corte Suprema, che ha attinto ad altre fonti per enunciare «nuovi diritti» o diritti impliciti nel testo costituzionale; raramente strumentalizzata per contrapporsi al Governo federale sulla base di diritti «locali» non compresi nella Costituzione. È tuttavia ipotizzabile che il Nono Emendamento abbia esaurito la propria funzione – più importante di quel che si potrebbe pensare – già al momento della redazione del *Bill of rights*, rassicurando i più scettici in merito al fatto che l'elenco dei diritti non sarebbe andato a conculcare gli altri «diritti del popolo americano», lì non menzionati.

3.2 – «*Il n'y a pas de hors-texte*»

Se è vero, anzi ovvio, che i testi normativi sono prima di tutto testi portatori di significati, quindi tentativi di istituire un rapporto comunicativo tra l'autore/legislatore e i lettori/interpreti/destinatari, costituisce esigenza ineludibile per il lavoro del giurista cercare di ridurre il più possibile lo spettro di significati delle disposizioni normative in essi contenute – sì da poterne «estrarre» una regola. Indulgere alla spirale infinita dell'interpretazione dei testi normativi rappresenterebbe indubbiamente un'abdicazione alla «funzione ordinante» che abbiamo detto essere propria del giurista, anche e soprattutto in un contesto di crescente pluralismo ordinamentale. Ciò non implica tuttavia che si possa sempre individuare un'*interpretazione corretta* della disposizione di cui si intraprende l'esame, alla luce di canoni interpretativi dati e delle condizioni oggettive di contesto. La pluralità delle opzioni interpretative è problema quotidiano per qualunque membro della comunità giuridica, ed è affrontato, sia pure con prospettive, obiettivi e strumenti non coincidenti, da giudici, avvocati, studiosi e da qualsivoglia

destinatario di una norma – quest’ultimo in quanto tale necessariamente, anche se non sempre consapevolmente, prima o poi si trova dinanzi a un dilemma di natura interpretativa. Il compito di interpretare le norme *in vista della loro concretizzazione* costituisce oggetto, per quanto non sempre immediato, del lavoro del giurista, a prescindere dal suo settore di appartenenza. Neppure lo storico del diritto può sottrarsi ad una qualche forma di mediazione con il presente³⁶. L’impresa interpretativa dei testi giuridici deve dunque essere sempre consapevole delle responsabilità che derivano dall’articolare una determinata prospettiva su determinate questioni ovvero sulla complessiva ricostruzione dell’ordine giuridico. Anche l’indagine relativa ad una questione particolare implica, peraltro, una giusta valutazione dell’insieme; anzi essa, in quanto tale, presuppone e *mette sempre in gioco una ricostruzione dell’insieme*. L’orizzonte di un’indagine giuridica è, ineluttabilmente, a un tempo la *visione* e la *creazione* di un sistema, anche quando ci si imbatte in antinomie, diatribe dottrinali e giurisprudenziali, disposizioni ambigue e di scarsa qualità tecnica. Se da tempo la dottrina giuridica ha abbandonato il dogma della «completezza» dell’ordinamento giuridico, rimane salda la consapevolezza che ogni ordinamento «è o tende a essere un sistema implicitamente retto da un principio di non-contraddizione»³⁷, oppure semplicemente non è.

Ciò che abbiamo tentato di illuminare in precedenza era il significato «storico» dell’art. 53 della Carta, connesso alla discussione preliminare alla sua adozione e ai possibili «rapporti di parentela» con altre clausole di analogo tenore contenute in testi affatto diversi per contesto, rango e collocazione storica. Essendo il dibattito ancora aperto, si dà conto ora delle diverse opzioni interpretative, illuminandone aporie e implicazioni a livello teorico e pratico.

³⁶ Si vedano le osservazioni di Gadamer sull’ermeneutica giuridica, in H.G. GADAMER, *Wahrheit und Methode*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1960, tr. it. *Verità e Metodo*, Milano, Bompiani, 2016⁶, 671 ss.

³⁷ L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, Il Mulino, 1996, 71.

Si può leggere questa disposizione innanzitutto come «garantía de mínimos»³⁸, in tutto simile alle clausole di salvaguardia della maggior tutela spesso contenute nei trattati sui diritti umani. Ciò ovviamente determina una lettura complessiva della Carta coerente con questa premessa della sussidiarietà, così che alle istituzioni dell'Unione e agli Stati membri è imposto soltanto uno *standard* minimo di tutela dei diritti menzionati, e soltanto nei settori investiti dalla legislazione eurounitaria. Ciò che questa lettura non spiega del tutto è tuttavia il riferimento agli «ambiti di applicazione»: se uno strumento è sussidiario, lo è in tutti gli ambiti di applicazione, e non soltanto in quelli afferenti alle costituzioni nazionali e ad altri trattati internazionali. L'ulteriore difficoltà è connessa alla natura dell'ordinamento dell'Unione, connotato come ricordato più volte dalla ricostruzione concettuale in termini di autonomia – quantomeno ad opera della Corte di giustizia – e dal principio del primato del diritto sovranazionale sul diritto degli Stati membri.

Secondo un'interpretazione alternativa, l'art. 53 è invece una mera ripetizione con altre parole dell'art. 51 relativo all'ambito di applicazione della Carta: servirebbe pertanto, in guisa di petizione di principio dal valore prettamente politico³⁹, a ribadire che la Carta non estende la sua influenza oltre i confini segnati dalle precedenti clausole orizzontali. La Carta si applica alle istituzioni dell'Unione e agli Stati soltanto nell'attuazione del diritto sovranazionale: queste le «colonne d'Ercole» per il sistema eurounitario di tutela dei diritti fondamentali. Questa opzione interpretativa è tuttavia suscettibile di essere sviluppata in due diverse direzioni. Sottolineare che la Carta non

³⁸ «Por lo demás no puede dejar de subrayarse que el artículo II-113 del Tratado establece que ninguna de las disposiciones de la Carta “podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las Constituciones de los Estados miembros”, con lo que, además de la fundamentación de la Carta de derechos fundamentales en una comunidad de valores con las constituciones de los Estados miembros, claramente se advierte que la Carta se concibe, en todo caso, como una garantía de mínimos, sobre los cuales puede desarrollarse el contenido de cada derecho y libertad hasta alcanzar la densidad de contenido asegurada en cada caso por el Derecho interno» (DTC 1/2004, del 13 dicembre 2004, par. 6 della motivazione in diritto).

³⁹ Secondo J.B. LIISBERG, *Does the EU Charter of Fundamental Rights Threaten the Supremacy of Community Law?*, cit., 1193-1194, «the provision is simply a politically valuable safeguard, which serves to calm any concerns readers may have that the Charter could be used as a pretext to cut down protection enjoyed on the basis of other rules».

pregiudica i livelli di tutela stabiliti da altre fonti di disciplina nei rispettivi ambiti di applicazione non dice alcunché *sull'esclusività o meno dell'applicazione della Carta nel proprio ambito di applicazione*. Si potrebbe infatti, con ragionamento *a contrario*, desumere dall'art 53 che *nel proprio ambito di applicazione la Carta prevale* sulle altre fonti di disciplina, anche se portatrici di *standard* più elevati di tutela, sia pure in presenza di strumenti di coordinamento con la CEDU e le tradizioni costituzionali comuni offerti dall'art. 52, parr. 3 e 4 della Carta medesima; ovvero si potrebbe ritenere impregiudicata la disciplina di siffatti rapporti tra fonti nel campo di applicazione della Carta, ad esempio alla luce del criterio del *maximum standard*.

Un'ulteriore possibile interpretazione limita la rilevanza del riferimento agli ambiti di applicazione ed è talvolta letta in «combinato disposto» con l'art. 4 par. 2 del TUE, sì da affermare una sorta di «europeizzazione dei controlimiti» che generalizza la possibilità di opporre *standard* più elevati di tutela dei diritti nei settori interessati dal diritto dell'Unione⁴⁰. La minaccia alla *primauté* derivante da questo filone interpretativo è evidente.

3.3 – La saga Melloni e il difficile dialogo con la Corte di giustizia

Nella sentenza *Melloni*⁴¹ la Corte di giustizia si è espressa per la prima volta in merito all'interpretazione dell'art. 53. Questo il *casus belli*: con sentenza del Tribunale di Ferrara del 21 giugno 2000, confermata poi con sentenza della Corte d'appello di

⁴⁰ Per orientamenti di questo tenore, v. *ex multis* A. VON BOGDANDY-S. SCHILL, *Overcoming Absolute Supremacy: Respect for National Identity under the Lisbon Treaty*, in *Common Market Law Review*, 2011, 1417 ss. e S. GAMBINO, *Diritti sociali e libertà economiche nelle Costituzioni nazionali e nel diritto europeo*, in AA.VV., *Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisprudenziale, tutela dei diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2015, 263 ss.

⁴¹ Corte giust., sent. 26 febbraio 2013, causa C-399/11, *Stefano Melloni contro Ministero Fiscal*. Nella sterminata mole di commenti alla decisione, si segnala quantomeno A. RUGGERI, *Alla ricerca del retto significato dell'art. 53 della Carta dei diritti dell'Unione (noterelle a margine delle Conclusioni dell'Avv. gen. Y. Bot su una questione d'interpretazione sollevata dal Tribunale costituzionale spagnolo)*, in *Diritti Comparati*, 5 ottobre 2012, 3-8; ID., *La Corte di giustizia, il primato incondizionato del diritto dell'Unione e il suo mancato bilanciamento col valore della salvaguardia dei principi di struttura degli ordinamenti nazionali nel loro fare "sistema" (nota minima a Corte giust., Grande Sez., 26 febbraio 2013, in causa C-399/11, Melloni c. Ministero Fiscal)*, in *Diritti Comparati*, 2 aprile 2013, 1-8; C. AMALFITANO, *Mandato d'arresto europeo: reciproco riconoscimento vs diritti fondamentali? Note a margine delle sentenze Radu e Melloni della Corte di giustizia*, in *Dir. pen. cont.*, 4 luglio 2013, 1-25.

Bologna del 14 marzo 2003, il sig. Melloni era stato condannato in contumacia per bancarotta fraudolenta alla pena di dieci anni di reclusione. Nel 2004, il Procuratore generale della Repubblica presso la Corte d'appello di Bologna emetteva nei suoi confronti un mandato d'arresto europeo (d'ora innanzi MAE), cui il sig. Melloni si opponeva (di fronte alla giustizia spagnola) eccependo, tra le altre cose, che l'esecuzione del MAE avrebbe dovuto essere subordinata, se del caso, alla condizione che la Repubblica italiana garantisse la possibilità di impugnare la sentenza di condanna. Si giungeva, per via di *recurso de amparo*, di fronte al *Tribunal Constitucional*, il quale decideva di ricorrere per la prima volta al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia per sciogliere il nodo gordiano che si era presentato al suo cospetto. Da una parte, infatti, la decisione di concedere l'extradizione verso Stati che, in caso di reati molto gravi, considerano legittime le sentenze di condanna pronunciate *in absentia*, senza subordinare la consegna del condannato alla condizione che quest'ultimo potesse impugnare tali sentenze di condanna per tutelare i suoi diritti di difesa, avrebbe con ogni probabilità determinato una violazione «indiretta» del diritto a un processo equo ai sensi di un'interpretazione particolarmente garantista dell'art. 24 della Costituzione spagnola, quale si rinveniva in un costante (per quanto non del tutto incontrastato⁴²) indirizzo giurisprudenziale del *Tribunal*. Quest'ultimo, nonostante riconoscesse l'eventualità di limitazioni del contenuto vincolante dei diritti fondamentali quando applicati *ad extra*, nella fattispecie in oggetto non poteva non ravvisare gli estremi di una lesione al contenuto essenziale del diritto a un processo equo in quanto comprensivo della *vista oral*, ovvero della partecipazione diretta al dibattimento. Trattavasi dunque di uno *standard* di tutela di un diritto fondamentale che, per quanto ridotto rispetto alla sua «versione interna», restava particolarmente elevato, e in quanto tale opponibile agli ordinamenti esterni. Dall'altra parte, una recente modifica (precisamente il nuovo articolo 4 bis, introdotto con decisione quadro 2009/299) della decisione quadro 2002/584 sul MAE non consentiva più di rifiutare di eseguire il

⁴² M. IACOMETTI, *Il caso Melloni e l'interpretazione dell'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea tra Corte di giustizia e Tribunale costituzionale spagnolo*, in *Osservatorio AIC*, ottobre 2013, 9 ss.

mandato d'arresto europeo emesso ai fini dell'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza privative della libertà inflitte in contumacia, qualora l'interessato avesse conferito un mandato ad un difensore per patrocinarlo in giudizio e fosse stato in effetti patrocinato da tale difensore in tutti i gradi del processo. Questo era proprio il caso del sig. Melloni, il quale aveva conferito il mandato a due difensori, e risultava che essi lo avessero patrocinato dal primo grado fino al giudizio in cassazione.

Considerata la difficoltà di conciliare l'orientamento interno sul livello di tutela del diritto fondamentale a un processo equo con gli *standard* derivanti dalla disciplina del MAE e dalla normativa italiana (ovvero lo Stato di emissione del mandato), il *Tribunal* si rivolgeva alla Corte di giustizia, elaborando tre differenti questioni. La prima concerneva la possibilità di effettuare un'interpretazione «adeguatrice» del citato art. 4 bis, così da poterne ricavare la legittimità di un'esecuzione del MAE *sub condicione* di un riesame della sentenza di condanna. Per il caso in cui la Corte avesse optato per la soluzione più letterale e dunque restrittiva, il Tribunale proponeva in via subordinata un ulteriore quesito, relativo alla compatibilità di una siffatta interpretazione letterale dell'art. 4 bis con le esigenze derivanti dal diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva e ad un processo equo, previsto dall'articolo 47 della Carta, nonché con i diritti della difesa garantiti dall'articolo 48, par. 2, della medesima Carta. Nel caso di ulteriore risposta positiva della Corte, il Tribunale chiedeva alla medesima di esprimersi, in via ulteriormente subordinata, sull'eventualità che una consegna «condizionata» del condannato fosse comunque autorizzata dall'art. 53 della Carta, in quanto costituente livello di protezione del diritto fondamentale più elevato rispetto allo *standard* eurounitario.

La risposta della Corte è piuttosto perentoria e negativa rispetto a tutte e tre le questioni sollevate. Riguardo alla prima questione, essa privilegia l'interpretazione letterale dell'art. 4 bis, giudicandola peraltro più conforme anche al contesto e allo scopo della decisione quadro sul MAE; riguardo alla seconda, i giudici di Lussemburgo sottolineano come il diritto dell'imputato a comparire personalmente al processo non sia assoluto, e come questi possa rinunciarvi «a condizione che la rinuncia risulti in modo inequivocabile, che sia accompagnata da garanzie minime corrispondenti alla sua

gravità, e che non contrasti con un interesse pubblico importante»⁴³. Questa interpretazione degli articoli 47 e 48, par. 2, della Carta, aggiunge la Corte, è conforme alla portata riconosciuta ai diritti garantiti dall'art. 6, paragrafi 1 e 3, della CEDU da parte della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Lo *standard* eurounitario di tutela del diritto ad un equo processo non è pertanto compromesso dalla decisione quadro sul MAE. Ciò non esclude tuttavia che l'eventuale *quantum pluris* di tutela garantito dal diritto costituzionale nazionale sia del tutto tagliato fuori: questo il senso della terza e ultima questione sollevata dal *Tribunal*. La replica della Corte di giustizia sul punto è forse ancor più decisa.

Essa richiama la consolidata giurisprudenza sulla portata del principio della *primauté*, sottolineando come «il fatto che uno Stato membro invochi disposizioni di diritto nazionale, quand'anche di rango costituzionale, non può sminuire l'efficacia del diritto dell'Unione nel territorio di tale Stato»⁴⁴. Successivamente è enunciato il *punctum crucis* della decisione:

È vero che l'articolo 53 della Carta conferma che, quando un atto di diritto dell'Unione richiede misure nazionali di attuazione, resta consentito alle autorità e ai giudici nazionali applicare gli standard nazionali di tutela dei diritti fondamentali, a patto che tale applicazione non comprometta il livello di tutela previsto dalla Carta, come interpretata dalla Corte, né il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione. Tuttavia [...] permettere ad uno Stato membro di valersi dell'articolo 53 della Carta per subordinare la consegna di una persona condannata in absentia alla condizione, non prevista dalla decisione quadro 2009/299, che la sentenza di condanna possa essere oggetto di revisione nello Stato membro emittente, al fine di evitare una lesione del diritto ad un processo equo e dei diritti della difesa garantiti dalla Costituzione dello Stato membro di esecuzione, comporterebbe, rimettendo in discussione l'uniformità dello standard di tutela dei diritti fondamentali definito da tale decisione quadro, una lesione dei principi di fiducia e riconoscimento reciproci che essa mira a rafforzare e, pertanto, un pregiudizio per l'effettività della suddetta decisione quadro⁴⁵.

⁴³ Sent. *Melloni*, cit., punto 49.

⁴⁴ *Ibidem*, punto 59.

⁴⁵ *Ibidem*, rispettivamente punti 60 e 63.

L'argomentazione della Corte di giustizia, «assai contenuta e francamente insufficiente»⁴⁶, è sostanzialmente allineata all'*Opinion* dell'Avvocato generale Bot, e si risolve in una subordinazione degli *standard* nazionali di tutela dei diritti al principio del primato del diritto dell'Unione, quantomeno nei settori ove gli Stati intervengano *per attuare* il diritto eurounitario. L'*actio finium regundorum* operata dalla Corte rispetto alle diverse carte e costituzioni sembra potersi riassumere in questi termini: nei settori disciplinati dal solo diritto dell'Unione, si applicano gli *standard* di tutela fissati dalla Carta; nei settori ancora affidati in via esclusiva agli Stati membri, le costituzioni nazionali; nei settori che siano oggetto di interventi di armonizzazione (in senso lato), invece, gli Stati membri possono applicare un livello di protezione più elevato solo nella misura in cui non sconfinino nella regolamentazione a monte⁴⁷, pregiudicando «il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione».

4. Diritti fondamentali e identità costituzionali. Appunti per un superamento della dottrina *Melloni*

La perentorietà di questa risposta non può non sorprendere, risolvendosi in una sostanziale neutralizzazione delle potenzialità espansive dell'art. 53 della Carta⁴⁸. Trattasi forse di un'occasione perduta per rafforzare una linea interpretativa evidente, per contro, in decisioni come *Omega*⁴⁹ o *Sayn-Wittgenstein*⁵⁰, ove era emerso un

⁴⁶ A. RUGGERI, *La Corte di giustizia, il primato incondizionato del diritto dell'Unione e il suo mancato bilanciamento*, cit., 1.

⁴⁷ M. CONDINANZI-P. IANNUCELLI, *Art. 53. Livello di protezione*, cit., 1095 ss.

⁴⁸ Secondo R.E. KOSTORIS, *La tutela dei diritti fondamentali*, in ID. (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, Milano, Giuffrè, 2017³, questa decisione ha dato l'abbrivio ad una «completa sterilizzazione per via giurisprudenziale dell'art. 53 Carta», opinione ribadita in ID., *La Corte costituzionale e il caso Taricco, tra tutela dei "controlimiti" e scontro tra paradigmi*, in *Dir. pen. cont.*, 3/2017, 205. Anche G. REPETTO, *Una ragionevole apologia della supremacy. In margine all'ordinanza della Corte costituzionale sul caso Taricco*, in *Quad. cost.*, 1/2017, 235 sottolinea come le «decantate magnifiche sorti e progressive» dell'art. 53 siano state «stroncate in tenera età» dopo il caso *Melloni*.

⁴⁹ Corte giust., sent. 14 ottobre 2004, causa C-36/02, *Omega Spielhallen und Automatenaufstellungs-GmbH contro Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*. Sottolinea come l'approccio della CGUE nel

approccio autenticamente pluralista alla tutela inter-sistemica dei diritti fondamentali. Nella prima delle sentenze citate la Corte dimostrava di tollerare misure restrittive di libertà fondamentali garantite dal Trattato sulla base di *standard* di tutela dei diritti – nel caso di specie, la dignità umana – più elevati adottati da singoli Stati membri, anche in contrapposizione rispetto ad altri Stati membri e senza richiedere che vi fosse sottesa una concezione comune del livello di tutela – e dei valori sottostanti – tra i diversi ordinamenti. La sentenza *Sayn-Wittgenstein*, invece, concerneva il rifiuto da parte dell’Austria di riconoscere il cognome acquisito da una cittadina austriaca a seguito di adozione in altro Stato membro, cognome di cui faceva parte un titolo nobiliare. La decisione austriaca, fondata sull’abolizione della nobiltà quale elemento dell’identità nazionale, pur derogando a libertà fondamentali era confermata dalla Corte di giustizia, in quanto idonea ad integrare un concetto di «ordine pubblico europeo» non unitario ma arricchito dai diversi contributi valoriali dei singoli Stati membri. Queste decisioni sembravano testimoniare un’inversione di tendenza nella giurisprudenza di Lussemburgo: una svolta dovuta probabilmente alla volontà di rafforzare, rispetto all’ossimorico binomio «unità nella diversità», l’interesse per il secondo elemento. Una volta ottenuto – certo non senza contrasti – il riconoscimento da parte degli Stati membri del primato del diritto dell’Unione, si poteva immaginare un progressivo superamento delle affermazioni più recise della Corte in ordine al disinteresse per le eventuali rotture costituzionali prodotte dall’espansione del diritto dell’Unione (si rammentino, in questo senso, le sentenze *Internationale e Hauer*), nell’orizzonte di una tutela più intensa delle identità costituzionali particolari – non ricomprese nel novero delle *common constitutional traditions* in quanto, appunto, non «comuni».

La sensibilità dimostrata dalla Corte nei casi testé citati non si riscontra nella sentenza *Melloni*; quest’ultima appare funzionale, piuttosto, ad assecondare ad ogni costo le esigenze di *uniformità* della normativa sull’euro-mandato. Il costo di questa

caso *Melloni* sia improntato ad una «strong line on the supremacy of EU law in the face of a conflict with national constitutional provisions», mettendolo a confronto con il ben diverso atteggiamento tenuto nella sentenza *Omega*, A.L. YOUNG, *Democratic Dialogue and the Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2017, 287 ss.

⁵⁰ Corte giust., sent. 22 dicembre 2010, causa C-208/09, *Ilonka Sayn-Wittgenstein contro Landeshauptmann von Wien*.

decisione nello specifico è la lesione dell'identità costituzionale di uno Stato membro, e non solo: la frase chiave pronunciata dalla Corte, per cui

è vero che l'articolo 53 della Carta conferma che, quando un atto di diritto dell'Unione richiede misure nazionali di attuazione, resta consentito alle autorità e ai giudici nazionali applicare gli standard nazionali di tutela dei diritti fondamentali, *a patto che tale applicazione non comprometta* il livello di tutela previsto dalla Carta, come interpretata dalla Corte, *né il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione*

è divenuta una sorta di formula magica⁵¹, generalizzata dal parere 2/13 sull'adesione dell'Unione alla CEDU⁵² e ripetuta in tutte le successive sentenze ove si è affrontato il punto della corretta interpretazione dell'art. 53. Addirittura, corti costituzionali nazionali hanno in un certo senso assecondato la dottrina *Melloni*, al fine di dimostrare che la loro pretesa di opporre un controlimito nazionale al primato del diritto dell'Unione non rientrava nell'orbita di quell'ingombrante precedente e dei parametri da esso fissati⁵³. Affermare che, nei settori ove le competenze di Unione e Stati membri si intersecano, eventuali *standard* nazionali di tutela più elevati non possono in ogni caso

⁵¹ L.F.M. BESSELINK, *The parameters of constitutional conflict after Melloni*, in *European Law Review*, 4/2014, 531 ss.

⁵² Sottolinea questa generalizzazione, *ex multis*, M. BARGIS, *Mandato di arresto europeo e diritti fondamentali: recenti itinerari virtuosi della Corte di giustizia tra compromessi e nodi irrisolti*, in *Dir. pen. cont.*, 2/2017, 187. Di seguito i punti 187-189 del Parere: «occorre [...] ricordare come l'articolo 53 della Carta stabilisca che nessuna disposizione di quest'ultima deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale e dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione o tutti gli Stati membri sono parti, in particolare dalla CEDU, nonché dalle costituzioni degli Stati membri. Orbene, la Corte ha interpretato tale disposizione nel senso che l'applicazione di standard nazionali di tutela dei diritti fondamentali non deve compromettere il livello di tutela previsto dalla Carta, né il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione (sentenza *Melloni*, EU:C:2013:107, punto 60). Poiché l'articolo 53 della CEDU riserva, in sostanza, la facoltà per le Parti contraenti di prevedere standard di tutela dei diritti fondamentali più elevati di quelli garantiti da detta convenzione, occorre assicurare il coordinamento tra tale norma e l'articolo 53 della Carta, come interpretato dalla Corte, affinché la facoltà concessa dall'articolo 53 della CEDU agli Stati membri resti limitata, per quanto riguarda i diritti riconosciuti dalla Carta corrispondenti a diritti garantiti dalla citata convenzione, a quanto è necessario per evitare di compromettere il livello di tutela previsto dalla Carta medesima, nonché il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione».

⁵³ V. Corte cost., ord. 26 gennaio 2017, n. 24, punto 8; sulla debolezza di questo tentativo di *distinguishing* della corte italiana rispetto al caso *Melloni*, v. R.E. KOSTORIS, *La Corte costituzionale e il caso Taricco*, cit., 205-206.

dispiegarsi a discapito del primato del diritto dell'Unione, significa privare l'art. 53 di qualsiasi rilevanza pratica, e relegarlo a quella funzione «politica» di mera rassicurazione agli Stati membri sulla salvaguardia della pienezza delle costituzioni statali ad onta dell'entrata in vigore della Carta europea, immaginata da alcuni dei membri della Convenzione. Ciò dev'essere viepiù sottolineato rispetto al caso *Melloni*, ove la Corte ha trascurato di considerare le affermazioni del *Tribunal Constitucional* circa il carattere identitario del *quantum pluris* di tutela del diritto di comparire personalmente al processo garantito dal diritto costituzionale spagnolo, dando per contro assoluto rilievo alle esigenze di *uniformità* del sistema dell'euro-mandato e dimostrandosi incapace di concepire, in alternativa, una vera *unità plurale*.

Due obiezioni, entrambe di notevole portata, potrebbero muoversi alla nostra critica della dottrina *Melloni*.

In primo luogo, si potrebbe far notare la continuità della Corte di giustizia nell'affermare il principio del primato del diritto dell'Unione anche sulle costituzioni nazionali, dalla sentenza *Internationale Handelsgesellschaft* in poi. Questo è senz'altro vero, ma da quel momento in poi la Corte ha visto crescere in misura impensabile le competenze eurounitarie, espandersi e intensificarsi l'impegno dell'Unione sul fronte della tutela dei diritti fondamentali, avvicinandosi essa stessa – se si consente una parafrasi – al ruolo di «corte costituzionale di una comunità di diritto». Parallelamente, è cresciuto sempre più l'interesse degli Stati membri alla conservazione delle peculiarità dei propri ordinamenti dinanzi al profluvio di normazioni e armonizzazioni discendenti dal livello sovranazionale: si rammentino, a titolo di mero esempio, le roboanti sentenze del *Bundesverfassungsgericht* (e non solo) in merito alla tutela dell'identità costituzionale, e i proclami della stessa Unione, sia nel Preambolo sia (e soprattutto) nell'art. 4 par. 2 del Trattato di Lisbona⁵⁴, sul fatto di voler rispettare le identità degli

⁵⁴ Osserva P. SCARLATTI, *Costituzionalismo multilivello e questione democratica nell'Europa del dopo-Lisbona*, in *Rivista AIC*, 1/2012, 13 che «sembra emergere dalle recenti vicende del processo d'integrazione sovranazionale una più netta propensione al consolidamento di un costituzionalismo europeo improntato al pluralismo, che integra nell'ambito di un modello costituzionale europeo essenzialmente unitario l'ordinamento primario dell'Unione europea con la molteplicità degli ordinamenti costituzionali nazionali». Nello stesso senso A. D'ATENA, *La Constitución oculta de Europa (antes y después de Lisboa)*, in *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 2010, 17 ss.

Stati membri. A poco gioverebbe altresì opporre che nel caso *Melloni* il governo spagnolo aveva negato l'appartenenza del diritto a comparire al processo all'identità costituzionale della Spagna, sia votando l'emendamento restrittivo alla decisione quadro sul MAE, sia comparendo di fronte alla Corte di giustizia. Per quanto sia assolutamente condivisibile l'idea che al «rinvenimento» dell'identità nazionale concorrano più soggetti e istituzioni, e che un compito siffatto non spetti al solo organo di giustizia costituzionale, neppure si può giungere all'eccesso opposto, e negare qualsiasi rilievo a ciò che quest'organo ritenga essere il «nucleo duro» della Costituzione nazionale.

In secondo luogo, si potrebbe obiettare che un'applicazione *à la carte* della decisione quadro sul MAE avrebbe inevitabilmente rotto quella «*symbiotic relationship*» fra *mutual trust* e *fundamental rights*⁵⁵ che era ed è tutt'ora alla base dell'intero sistema di cooperazione giudiziaria in materia penale. La decisione *Melloni* potrebbe dunque giustificarsi in base agli obiettivi di interesse generale perseguiti dal sistema dell'euro-mandato, prevalenti nel bilanciamento con la contrapposta esigenza di tutelare un elevato *standard* nazionale di tutela dei diritti processuali. Non è tuttavia agevole pensare che una disciplina di diritto secondario, quale è la decisione quadro 2002/584, possa derogare a livelli di tutela dei diritti fondamentali che si ritiene facciano parte dell'identità costituzionale di uno Stato membro. Può contestarsi, come detto, che siano soltanto le corti costituzionali nazionali affidatarie dell'incarico di determinare quali principi siano (e quali non siano) elementi della propria identità costituzionale, ma di certo non si può pensare che esse siano estromesse dal processo osmotico e dialettico della loro enunciazione solo perché si è raggiunto un accordo tra gli Stati membri in merito ad una disciplina che resta di diritto secondario, dunque *in toto* subordinata alle rilevanti previsioni dei Trattati e della Carta. Se è certamente vero che l'eccezione spagnola avrebbe recato un *vulnus* al meccanismo di cooperazione giudiziaria, è tuttavia necessario considerare che in una lettura a tutto campo dei principi che stanno alla base dell'ordinamento dell'Unione il principio del primato è «obbligato a fare “sistema” col principio (nazionale ed eurounitario a un tempo) dell'integrale, incondizionato rispetto

⁵⁵ V. MITSILEGAS, *The Symbiotic Relationship Between Mutual Trust and Fundamental Rights in Europe's Area of Criminal Justice*, in *New Journal of European Criminal Law*, 4/2015, 457 ss.

delle identità costituzionali degli Stati membri»⁵⁶. Accettare la creazione (o l'accentuazione) di un sistema «a geometria variabile» è, in un certo senso, parte del gioco; purché, ovviamente, si tratti di difendere principi costitutivi dell'identità costituzionale dei singoli Stati membri e non altri non altrettanto «fondamentali» – dunque rinunciabili nel perseguimento di una più stretta integrazione giuridica. L'argomentazione della Corte sembra non voler prendere neppure in considerazione questo percorso interpretativo. L'insostenibilità di un sistema del tutto immune da eccezioni e distinguo è in ogni caso emersa in alcune note sentenze successive: la coerenza del sistema del MAE è stata infatti minata da decisioni come *Aranyosi e Căldăraru*⁵⁷. Qui la Corte, al fine di tutelare un diritto fondamentale garantito dalla CDFUE, ovvero il diritto a non subire trattamenti inumani o degradanti in ragione delle inadeguatezze strutturali del sistema carcerario dei Paesi che avevano emesso il MAE, creava un motivo di rinvio dell'esecuzione del MAE fondato sul pericolo di violazione dei diritti fondamentali. Il rischio che i condannati subiscano trattamenti inumani o degradanti, da una parte, e la salvaguardia di livelli di tutela nazionali più elevati rispetto alla Carta, dall'altra, non sono probabilmente valori comparabili al fine di stabilire quando sia accettabile una rottura dell'armonia del sistema del MAE, fondato come detto sulla *mutual trust*. La Corte di giustizia sembra aver dato finora rilievo al primo elemento e non al secondo. Riteniamo tuttavia che, anche con riferimento alle identità costituzionali particolari, e nell'orizzonte di un dialogo autentico tra Corte di giustizia e corti costituzionali nazionali – quale non si è inverato nella saga *Melloni* –, sia auspicabile per il futuro un approccio più attento al *local maximum standard*, tale dunque da consentire limitate deroghe all'altrimenti uniforme applicazione del diritto dell'Unione, ove sia in gioco la conservazione e promozione di *standard* nazionali di tutela dei diritti fondamentali afferenti all'identità costituzionale di uno Stato membro.

⁵⁶ A. RUGGERI, *Alla ricerca del retto significato dell'art. 53 della Carta dei diritti dell'Unione*, cit., 6.

⁵⁷ Corte giust., sent 5 aprile 2016, cause riunite C-404/15 e C-659/15 PPU, *Pál Aranyosi e Robert Căldăraru*.

CAPITOLO III

Luci e ombre del «dialogo tra Corti» sui diritti fondamentali

«Dove sta tutta la mia saggezza? Mi sono comportato da ostinato, inseguendo una parvenza di ordine, quando dovevo sapere bene che non vi è un ordine nell'universo.»

«Ma immaginando degli ordini errati avete pur trovato qualcosa...»

«Hai detto una cosa molto bella, Adso, ti ringrazio. L'ordine che la nostra mente immagina è come una rete, o una scala, che si costruisce per raggiungere qualcosa. Ma dopo si deve gettare la scala, perché si scopre che, se pure serviva, era priva di senso.» (Umberto Eco, *Il nome della rosa*)

SOMMARIO: 1 – Il *legal reasoning* della Corte di giustizia. 2 – Le tecniche di bilanciamento dei diritti. 2.1 – Diritti fondamentali «classici» e libertà economiche: i casi *Omega* e *Schmidberger*. 2.2 – Diritti sociali e libertà economiche: il bilanciamento «asimmetrico» nelle sentenze *Viking* e *Laval*. 2.3 – Il bilanciamento dei diritti dopo il Trattato di Lisbona. 3 – Corte di giustizia e Corti costituzionali nazionali: una relazione difficile. 3.1 – La trasformazione delle corti costituzionali nazionali: dalla sentenza *Simmenthal* alla sentenza *Global Star*. 3.2 – La persistenza della *supremacy* e la saga *Taricco*. 3.3 – La giustizia costituzionale dopo Nizza e Lisbona: riflessioni a partire dalla sent. 269/2017 della Corte costituzionale italiana. 4 – Considerazioni conclusive. 4.1 – Una Costituzione, sì (ma *quale* costituzione?) 4.2 – I diritti fondamentali nelle intersezioni tra livelli. 4.3 – Le aporie del punto di vista comune. 4.4 – Per l’alto mare aperto del pluralismo costituzionale.

1. Il *legal reasoning* della Corte di giustizia

La celebre frase di Oliver Wendell Holmes, per cui «the life of the law has not been logic; it has been experience», si presta particolarmente bene alla funzione di *incipit* di una breve esplorazione delle tecniche interpretative e argomentative della Corte di giustizia dell’Unione. Temi quali la creatività giudiziale, l’introduzione dei principi *lato sensu* costituzionali dell’Unione (in particolare l’effetto diretto, la *primacy* e la dottrina dei poteri impliciti), la «rivoluzione silenziosa» nel campo dei diritti fondamentali, sono già stati affrontati o quantomeno accennati nel corso della presente indagine, oltre che straordinariamente dibattuti in dottrina, e non meritano ulteriori commenti – se non nella misura in cui gioverà ritornarvi in funzione di una migliore illuminazione degli argomenti trattati in questo capitolo finale. Si intende piuttosto esporre alcuni dei profili più interessanti del *legal reasoning* della Corte, per poi analizzare talune significative decisioni della stessa in tema di bilanciamento tra diritti e libertà fondamentali. Seguirà la trattazione, egualmente «concreta», di alcuni dei *leading cases* che hanno contrapposto la Corte di giustizia alle corti costituzionali nazionali, e si cercherà di

trarre da essi preziose indicazioni in merito all'evoluzione delle relazioni tra corti nell'attuale assetto costituzionale composito.

La frase del giudice Holmes, dicevamo, si presta a dare l'abbrivio ad una indagine delle tecniche interpretative della Corte in quanto quest'ultima si è allontanata fin dall'inizio da una lettura «formalistica» così dei testi normativi che ne costituivano a un tempo la fonte di legittimazione e il vincolo, come, più in generale, del proprio ruolo nel contesto ordinamentale complessivo. Essa si è comportata piuttosto come

un collegio di giudici che, di fronte a un diritto in costruzione, cioè dinamicamente percorso da movimento e mutamento, ha ritenuto di non potersi rinchiudere nella bassa corte della mera esegesi testuale, improponibile in un divenire tanto rapido e profondo, in mezzo a tanta instabilità ed elasticità, e ha raggiunto la consapevolezza di una non eludibile responsabilità gravante sulle proprie spalle: la chiamata a un compito fortemente costruttivo¹.

Se sull'architettura formale di quest'organo ha sicuramente influito la tradizionale visione continentale dell'autorità giurisdizionale suprema quale «braccio secolare» dell'onnipotente legislatore², contro un'interpretazione del suo ruolo simile a quello di una *Cour de cassation* sovranazionale militavano diversi fattori. Tra questi, la natura indeterminata di numerose disposizioni dei Trattati istitutivi, in questo effettivamente simili a carte costituzionali; l'insostenibilità di un *judicial restraint* dinanzi alle ovvie lacune di un ordinamento «parziale» come quello comunitario; l'esigenza di escogitare tecniche di integrazione che consentissero un rapido sviluppo del mercato comune³. A tal proposito, e ai fini di una corretta rappresentazione del suo contributo al processo di costituzionalizzazione europea, non sarà mai sufficientemente sottolineato il peso di

¹ P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Bari-Roma, Laterza, 2017, 99.

² «It was described as essentially a French creation, whose ideological origins are to be found in the ambition of eighteenth- and nineteenth-century rationalists, for a “despotism” of the law...that would ultimately dispense with the messiness, brutality, and particularism of politics»: lo riporta J. KOMÁREK, *Reasoning with Previous Decisions: Beyond the Doctrine of Precedent*, in *The American Journal of Comparative Law*, 1/2013, 166.

³ Su quest'ultimo punto v. in particolare le riflessioni di G.F. MANCINI, *Democrazia e costituzionalismo nell'Unione europea*, Bologna, Il Mulino, 2004, 259 ss., collocate nell'ambito di una illuminante comparazione tra il ruolo della Corte suprema degli Stati Uniti e quello della Corte di giustizia.

quest'esigenza di unificazione economica nel percorso giurisprudenziale della Corte, anche rispetto all'autocomprensione della stessa da un punto di vista istituzionale. Solo considerando il *telos* dell'unificazione economica, in una con la debolezza politica e istituzionale dell'originaria Comunità, può spiegarsi la portata di decisioni come la celebre *Cassis de Dijon*⁴. L'intrinseca vaghezza di disposizioni quali gli artt. 30 e 36 TCE – dedicati al divieto di restrizioni quantitative all'importazione/esportazione e di *qualsiasi misura di effetto equivalente* – era qui precisata dalla Corte con una certa inflessibilità, dovuta appunto alla necessità di «assumere una posizione rigida rispetto ai poteri degli Stati membri, per tema che [decenni di] integrazione venissero spazzati via da un riflusso di crescente protezionismo»⁵.

La consapevolezza dell'importanza del potere giudiziario ai fini della creazione del mercato comune spiega in parte anche l'approccio della Corte alla definizione delle proprie tecniche interpretative, sulle quali nulla dicevano i Trattati istitutivi⁶. Era la Corte realmente libera di scegliere le proprie tecniche interpretative e la gerarchia tra le stesse? Se è vero che ogni corte ha una sua «filosofia giudiziale»⁷, alla cui definizione concorrono appunto i metodi interpretativi prescelti, le tecniche di bilanciamento dei diritti, gli strumenti di dialogo con altre realtà giurisdizionali e non solo, *et ainsi de suite*, il modo in cui la Corte di giustizia approccia i testi normativi dice molto circa la portata dei poteri che essa stessa si riconosce, e dunque circa la sua collocazione nel sistema giuridico sovranazionale. Il disvelamento delle tecniche interpretative risponde in particolare alla duplice funzione di illuminare il ruolo della Corte nella costruzione dell'ordine giuridico eurounitario, e di consentire una valutazione critica dei percorsi

⁴ Corte giust., sent. 20 febbraio 1979, causa 120/78, *Rewe-Zentral Ag c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*.

⁵ G.F. MANCINI, *Democrazia e costituzionalismo nell'Unione europea*, cit., 260.

⁶ V. sul punto la profonda ed esaustiva disamina di K. LENAERTS-J.A. GUTIERREZ-FONS, *To Say What the Law of the EU Is: Methods of Interpretation and the European Court of Justice*, in *Colum. J. Eur. L.*, 2/2014, 3-61.

⁷ M.P. MADURO, *Interpreting European Law: Judicial Adjudication in the Context of Constitutional Pluralism*, in *Eur. J. Legal Stud.*, 1/2007, 138. Osserva altresì M. KUMM, *The Jurisprudence of Constitutional Conflict: Constitutional Supremacy in Europe before and after the Constitutional Treaty*, in *European Law Journal*, 3/2005, 283, che «debates on legal methodology are typically debates about what courts should do. They are closely connected to arguments about the appropriate function of courts in their relationship to other actors within a particular scheme of institutional division of labour».

argomentativi da essa seguiti nelle decisioni – un’esigenza dunque di trasparenza nei confronti della comunità degli studiosi e dei cittadini europei.

Premessa di qualsivoglia esplicazione della teoria dell’interpretazione adottata dalla CGUE è senz’altro un rapido sguardo alle norme e ai principi che ne definiscono le funzioni. Se, come in precedenza ricordato⁸, a norma dell’art. 19 TUE la Corte di giustizia *assicura il rispetto del diritto nell’interpretazione e nell’applicazione dei trattati*, ci si può porre innanzitutto il quesito su quale comportamento debba essere tenuto dalla stessa dinanzi ad eventuali lacune dell’ordinamento giuridico sovranazionale. Una situazione di questo genere si presentava nel già citato caso *Les Verts*⁹, ove era in discussione se il controllo di legittimità sugli atti delle istituzioni, attribuito alla Corte dall’art. 173 del Trattato, fosse limitato agli atti del Consiglio e della Commissione ovvero potesse estendersi in via interpretativa anche agli atti del Parlamento. In quest’ultimo caso, l’interpretazione non sarebbe stata letterale ma avrebbe scongiurato un risultato «contrastante sia con lo spirito del trattato, espresso nell’art. 164, sia col sistema dello stesso», nonché un evidente diniego di giustizia. È chiaro infatti che, a prescindere da questo caso specifico, un rifiuto di «dire il diritto» motivato dall’oscurità del testo normativo o finanche dall’inesistenza di una copertura normativa sarebbe, nel sistema giuridico dell’Unione, in contrasto con il principio della tutela giurisdizionale effettiva, sancito sempre dall’art. 19 del TUE e dall’art. 47 della Carta dei diritti fondamentali. D’altro canto, occorre considerare quanto disposto dall’art. 13, par. 2, del TUE, ai sensi del quale *ciascuna istituzione agisce nei limiti delle attribuzioni che le sono conferite dai trattati, secondo le procedure, condizioni e finalità da essi previste, e le istituzioni attuano tra loro una leale cooperazione*. In questo difficile bilanciamento tra, da una parte, l’esigenza di garantire in ogni caso il rispetto della *rule of law* – essendo l’Unione una «comunità di diritto» dotata di una «carta costituzionale di base» – e, dall’altra, l’osservanza dei confini stabiliti dai Trattati rispetto alle competenze della Corte (la quale, in conseguenza del suo *judicial activism*,

⁸ V. *supra*, Cap. II, sez. I, par. 2.

⁹ Corte giust., sent. 23 aprile 1986, causa 294/83, *Parti écologiste “Les Verts” contro Parlamento europeo*.

potrebbe determinare una silenziosa modifica dei Trattati per via giurisdizionale), risiede il nodo gordiano cui sono chiamate a porre rimedio le tecniche di interpretazione giuridica.

A questo riguardo, fonti di ispirazione per la Corte erano gli esempi offerti dagli ordinamenti nazionali, nonché la *Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati* (1969), la quale statuisce all'art. 31 che *un trattato deve essere interpretato in buona fede seguendo il senso ordinario da attribuire ai termini del trattato* (interpretazione letterale) *nel loro contesto* (interpretazione sistematica) *e alla luce del suo oggetto e del suo scopo* (interpretazione teleologica), e all'art. 32 indica come mezzi complementari di interpretazione *i lavori preparatori e le circostanze nelle quali il trattato è stato concluso*. Indicazioni più precise in merito all'indirizzo della Corte di giustizia, e alla misura in cui essa ha accolto o adattato principi mutuati da altri sistemi giuridici, emergono dalla sentenza *CILFIT*¹⁰. Qui la CGUE, al quesito posto dalla Corte di cassazione italiana circa la portata della dottrina dell'*acte claire* in relazione all'obbligo di rinvio pregiudiziale da parte dei giudici di ultima istanza, replicava quanto segue. Affinché il rinvio pregiudiziale possa essere ritenuto ultroneo, non è sufficiente che il giudice nazionale consideri la disposizione europea di tale intelligibilità da non dare luogo a questioni interpretative; egli deve altresì «maturare il convincimento che la stessa evidenza si imporrebbe anche ai giudici degli altri Stati membri ed alla Corte di giustizia». La configurabilità di un *acte claire* – e qui risiede il *punctum crucis* dell'opinione della Corte – dev'essere tuttavia valutata «in funzione delle caratteristiche del diritto comunitario e delle particolari difficoltà che la sua interpretazione presenta». Il principale limite all'operatività dell'interpretazione letterale nell'ordinamento eurounitario è dato dall'*insussistenza di una lingua comune*. In ragione del principio del multilinguismo¹¹ (che potrebbe ritenersi principio «costituzionale» dell'ordinamento

¹⁰ Corte giust., sent. 6 ottobre 1982, causa 283/81, *Srl CILFIT e Lanificio di Gavardo SpA contro Ministero della sanità*.

¹¹ V. gli artt. 55 del TUE, 20, 24, 342 del TFUE e il Regolamento del Consiglio 1/1958, più volte emendato (da ultimo nel 2013) allo scopo di aggiornare l'elenco delle lingue ufficiali alla luce dei nuovi ingressi nell'UE. Attualmente le lingue ufficiali dell'UE sono 24.

UE¹²) tutte le versioni linguistiche di una disposizione fanno fede in eguale misura, e un'interpretazione «corretta» esige il raffronto di tali versioni. Sarebbe d'altra parte in contrasto con la garanzia di una uniforme applicazione del diritto sovranazionale consentire che i giudici degli Stati membri interpretino e applichino solipsisticamente gli atti dell'UE nella versione linguistica a loro più acconcia, senza compararla in alcun modo alle altre. In un'altra decisione la Corte ha infatti specificato che «così ci si porrebbe in contraddizione con la costante giurisprudenza della Corte secondo cui, data la necessità che i regolamenti comunitari vengano interpretati in modo uniforme, in caso di dubbio il testo di una disposizione non può essere considerato isolatamente, ma deve venire interpretato e applicato alla luce dei testi redatti nelle altre lingue ufficiali»¹³. Non è certo peregrina l'ipotesi di un atto dell'UE che non dia adito a dubbi interpretativi soltanto in una o più versioni linguistiche, risultandone per contro dubbia l'esegesi in altre.

Più volte la Corte ha fatto altresì ricorso all'interpretazione sistematica, in particolare alla dottrina dell'*effet utile* ovvero al principio per cui, essendo consentite più opzioni interpretative da una certa norma, deve scegliersi quella che ne salvaguardi la validità o l'efficacia¹⁴. Questa modalità di interpretazione presuppone chiaramente la fiducia in un legislatore razionale¹⁵, che dia vita ad un sistema di norme perlopiù coerente e concepibile come insieme sufficientemente ordinato. La considerazione degli *obiettivi* della disciplina normativa, in particolare del Regolamento 11 febbraio 2004, n. 261 (che istituiva regole comuni in materia di compensazione ed assistenza ai passeggeri in caso di negato imbarco, di cancellazione del volo o di ritardo prolungato), spingeva ad esempio la Corte nella sentenza *Sturgeon*¹⁶ ad effettuare un'interpretazione «oltre il testo», sì da parificare i passeggeri di voli ritardati (purché di almeno tre ore) ai

¹² K. LENAERTS-J.A. GUTIERREZ-FONS, *To Say What the Law of the EU Is*, cit., 10 ss.

¹³ Corte giust., sent. 2 aprile 1998, causa C-296/95, *The Queen c. Commissioners of Customs and Excise, ex parte EMU Tabac SARL, The Man in Black Ltd, John Cunningham*.

¹⁴ V. ad esempio la sentenza 22 settembre 1988, causa 187/87, *Land de Sarre e a. contro Ministre de l'Industrie, des P et T et du Tourisme e altri*, in cui la dottrina dell'effetto utile è ricondotta a una «giurisprudenza consolidata» della Corte.

¹⁵ K. LENAERTS-J.A. GUTIERREZ-FONS, *To Say What the Law of the EU Is*, cit., 17.

¹⁶ Corte giust., sent. 19 novembre 2009, Cause riunite C-402/07 e C-432/07, *Christopher Sturgeon e altri contro Condor Flugdienst GmbH e Stefan Böck e Cornelia Lepuschitz contro Air France SA*.

passaggeri di voli cancellati ai fini dell'applicazione del diritto alla compensazione pecuniaria. Solo in grazia di questa interpretazione, appunto, *sistematica* – imposta in quanto «principio ermeneutico generale» – la disposizione in oggetto poteva ritenersi rispettosa del principio di parità di trattamento, e dunque valida. Sempre nell'interpretazione sistematica può farsi rientrare il sempre crescente ricorso ai *lavori preparatori* degli atti eurounitari, quali supporto all'interpretazione: quella che nella dottrina italiana chiameremmo la ricerca dell'«intenzione del legislatore», nel suo senso *soggettivo*.

Per comprendere infine l'importanza dell'interpretazione *teleologica* nel *reasoning* della Corte occorre partire, in un certo senso, dal principio. Ci riferiamo ovviamente alle sentenze «costituenti» della Corte di giustizia, in particolare alle celeberrime e qui più volte ricordate *Van Gend en Loos* e *Costa contro Enel*. La prima, al netto delle note affermazioni in merito all'autonomia dell'ordinamento giuridico comunitario (su cui, peraltro, subito torneremo), aggiungeva significativamente – proprio in merito alle tecniche interpretative – che l'art. 12 TCE relativo all'abolizione dei dazi doganali andava interpretato *secondo lo spirito, la struttura ed il tenore* del Trattato. Un tipico esempio di interpretazione teleologica, intesa non nel senso di indagine della mera *ratio legis* – profilo che peraltro presenterebbe un'evidente rischio di sovrapposizione con l'interpretazione sistematica – ma di ricerca di un significato coerente con *le finalità dell'ordine giuridico inteso nel suo complesso*¹⁷ – tecnica di interpretazione definita anzi «meta-teleologica»¹⁸. La valutazione delle scelte della Corte in tema di interpretazione giuridica non può allora prescindere dalla pretesa dell'Unione di essere riconosciuta come ordinamento «di nuovo genere» nello scenario internazionale. L'autonomia rivendicata dalla CGUE in relazione alle modalità con cui colmare le lacune dell'ordinamento giuridico sovranazionale, ovvero alla stessa selezione delle tecniche di esegesi dei testi normativi, si giustifica *retrospettivamente* proprio in forza

¹⁷ L'attuale ampiezza degli obiettivi dell'UE (v. in particolare art. 3 TUE) induce persino «a dubitare che, al di là della tecnica enumerativa, ci si continui a trovare dinanzi ad un ordinamento a competenze materiali riservate»: così A. CARDONE, *La tutela multilivello dei diritti fondamentali*, Milano, Giuffrè, 2012, 49.

¹⁸ M.P. MADURO, *Interpreting European Law*, cit., 140 ss.

dell'approccio *costituzionalistico* mantenuto fin dall'inizio dalla Corte, di contro alle diverse – finanche opposte – conclusioni che si sarebbero pur potute desumere in base ad una lettura internazionalistica delle disposizioni dei trattati. Tutto muove, dunque, da questa *autocomprensione costituzionale* della Corte di giustizia. In questo senso, di notevole interesse risultano le riflessioni di Neil MacCormick in merito all'*inevitabilità retrospettiva* con cui attualmente guardiamo alle scelte della Corte di giustizia così come «innescate» dalle due decisioni sopra riportate. Il giurista inglese, in una delle sue opere più rilevanti sull'unificazione europea, descrive magistralmente il percorso giurisprudenziale che ha portato a descrivere l'ordinamento sovranazionale in termini di diritto costituzionale, nonostante l'origine pattizia. Alla domanda «come sarebbe potuto andare diversamente?», egli risponde con un ragionamento controfattuale, dimostrando la plausibilità di una lettura internazionalistica di trattati che istituiscano un mercato comune. L'apporto creativo della Corte di giustizia emerge allora nel confronto tra le attuali ricostruzioni delle relazioni ordinamentali – ove la lettura internazionalistica è pressoché screditata – e un'ipotetica Unione europea senza *Van Gend en Loos* e *Costa contro Enel*. Come osserva MacCormick,

è un carattere tipico di un processo incrementale di tal genere il porre in rilievo la circostanza che la portata della determinazione giuridica in casi successivi diventi costantemente tanto più ristretta quanto più esteso si renda il complesso formato dal diritto giurisprudenziale e dalla dottrina. Man mano che il materiale per l'interpretazione si espande, il raggio di estensione degli atti interpretativi si contrae. Quesito dopo quesito, la tesi della «risposta giusta» acquista velocità, e l'atmosfera della inevitabilità retrospettiva si ispessisce¹⁹.

D'altra parte, come è stato efficacemente osservato, «sarebbe stato inconcepibile portare avanti una trasformazione di questa portata senza un certo grado di creatività

¹⁹ N. MACCORMICK, *Questioning Sovereignty. Law, State, and Nation in the European Commonwealth*, Oxford, Oxford University Press, 1999, tr. it. *La sovranità in discussione. Diritto, stato e nazione nel «commonwealth» europeo*, Bologna, Il Mulino, 2003, 217.

giudiziale»²⁰. È proprio l'attivismo giudiziale l'autentico bersaglio delle critiche all'interpretazione teleologica e, soprattutto, *meta-teleologica* adottata dalla Corte di giustizia. Per quanto nessuna corrente di pensiero di portata paragonabile all'*Originalism* americano abbia attecchito in Europa, non sono mancate le forme di resistenza all'atteggiamento «integrazionista» dei giudici di Lussemburgo. Le ragioni per cui il livello di conflittualità è rimasto tutto sommato tollerabile sono svariate e non tutte facilmente rilevabili. Di certo il fatto che i principi generali del diritto dell'Unione, ad esclusione di quelli espressivi della specificità comunitaria (quali i principi di non discriminazione, della libera circolazione, della tutela giurisdizionale effettiva), siano stati enucleati traendo ispirazione dai sistemi giuridici degli Stati membri, ne ha resa più accettabile, anche socialmente, l'imposizione a livello sovranazionale. La ricerca di un linguaggio comune, composto di principi e valori sorti e affinati innanzitutto all'interno degli ordinamenti degli Stati membri – sia pure con l'ovvia varietà d'accenti propria di un sistema costituzionale composito –, ha inoltre favorito il perfezionamento di strumenti di *judicial dialogue*. Era d'altra parte naturale che giudici provenienti dai diversi ordinamenti nazionali, nel colmare le lacune dell'ordinamento giuridico sovranazionale, attingessero agli esempi da loro meglio conosciuti – i loro rispettivi ordinamenti di provenienza, appunto. Il ricorso al metodo comparatistico, come abbiamo osservato in precedenza²¹, non deve purtuttavia essere sopravvalutato, essendo questo inevitabilmente intrecciato all'interpretazione teleologica, e dunque all'esigenza di *salvaguardare in ogni caso le finalità del progetto di integrazione*. Certo ci appare troppo recisa (e sbilanciata verso l'asse integrazionista più radicale) l'*Opinion* dell'Avvocato generale Lagrange in un risalente caso²², nella quale si diceva che

la giurisprudenza della Corte, nella misura molto ampia in cui essa trae dai singoli ordinamenti interni le norme relative all'applicazione del Trattato, non si limiterebbe a fare una

²⁰ O. POLLICINO, *Legal Reasoning of the Court of Justice in the Context of the Principle of Equality Between Judicial Activism and Self-restraint*, in *German Law Journal*, 3/2004, 284.

²¹ V. *supra*, Cap. II, sez. I, par. 2.

²² Corte giust., sent. 12 luglio 1962, causa 14/61, *Koninklijke Nederlandsche Hoogovens en Staalfabrieken N.V. contro l'Alta Autorità della CECA*.

specie di «media» più o meno aritmetica fra i vari ordinamenti, bensì sceglierebbe in ciascuno dei paesi membri le soluzioni migliori in vista delle finalità del Trattato, o, se vogliamo usare questa espressione, le più progressiste. È questo del resto lo spirito che ha finora animato la Corte.

Un'eccessiva «funzionalizzazione eurounitaria» di principi giuridici nazionali o finanche delle tradizioni costituzionali comuni rischierebbe infatti di minare l'accettabilità sociale della giurisprudenza della CGUE, imprimendo un'accelerazione intempestiva, quantomeno in certi settori, al processo di unificazione giuridica. Ne è esempio preclaro la sentenza *Mangold*²³, ove la Corte dichiarava il principio di non discriminazione sulla base dell'età principio generale del diritto dell'Unione, nonostante questo fosse costituzionalmente riconosciuto soltanto da due Stati membri. Certo non è sempre decisivo, ai fini del suo accoglimento come principio generale dell'Unione ovvero come *common constitutional tradition*, il fatto che un dato principio sia diffuso nella maggioranza, se non nella totalità, degli ordinamenti nazionali – ma di certo agevola l'opera della Corte nella costruzione di uno *ius commune europaeum*. In questo caso risulta comunque meno improbabile una «resistenza» delle corti nazionali: si pensi per contro alla già citata (e decisamente «progressista») sentenza *Ruiz Zambrano*, ove i diritti connessi alla cittadinanza dell'Unione venivano in un certo senso «sganciati» dal concreto esercizio della libera circolazione, finendo per fungere da pilastro portante per la protezione dei diritti fondamentali riconosciuti dalla Carta di Nizza e dalla CEDU²⁴. Quest'ultima decisione è stata peraltro condivisibilmente ritenuta paradigmatica del *reasoning* della Corte: vi affiorano alcune caratteristiche non del tutto apprezzabili del suo ragionamento giuridico, dall'uso disinvolto dei precedenti²⁵ allo stile piuttosto

²³ Corte giust., sent. 22 novembre 2005, causa C-144/04, *Werner Mangold contro Rüdiger Helm*.

²⁴ C.M. CANTORE, *La sentenza Zambrano della CGUE: una "rivoluzione copernicana"?*, in *Diritti Comparati*, 13 giugno 2011.

²⁵ U. ŠADL, *Case–Case–Law–Law: Ruiz Zambrano as an Illustration of How the Court of Justice of the European Union Constructs Its Legal Arguments*, in *European Constitutional Law Review*, 2013, 205-229. Quanto alla prassi di «parlare per precedenti» in L. AZOULAI, *The Court of Justice and the Social Market Economy: the Emergence of an Ideal and the Conditions for its Realization*, in *Common Market Law Review*, 2008, 1339 si osserva che «in some cases it may seem as if it is the formulas which are speaking, instead of the Court and the preferences of its members». In merito alla «cultura del

stringato, impersonale e talvolta ellittico²⁶ – in ragione, si presume, anche dell'impossibilità di esprimere una *dissenting opinion*. Uno stile così conciso e sillogistico difficilmente si acconcia a sentenze di portata «costituzionale», né giova a quelle esigenze di coerenza, trasparenza e *judicial accountability* che secondo Poiars Maduro possono essere meglio perseguite proprio grazie all'interpretazione finalistica (*meta-teleologica*) spesso adottata dalla Corte²⁷. Criticità non dissimili emergono ove siano indagate le tecniche di bilanciamento di diritti e principi normalmente utilizzate dalla CGUE: qui si profila nuovamente il rischio, già ipotizzato in relazione alla più generale teoria dell'interpretazione costituzionale²⁸, di trovarsi dinanzi ad «un complesso di operazioni e di opzioni che sfuggono a un qualunque canone interpretativo compiutamente prestabilito».

2. Le tecniche di bilanciamento dei diritti

Per bilanciamento in ambito giuridico può intendersi, *prima facie*, una tecnica di composizione di beni o interessi in conflitto. In questo senso, l'espressione richiama naturalmente l'idea della bilancia e della pesatura²⁹. Sarebbe senza dubbio riduttivo circoscrivere il problema del bilanciamento alle sole indagini di diritto costituzionale, essendo i problemi legati alla «pesatura» di interessi in conflitto comuni a tutte le branche del diritto; tuttavia, è noto che di bilanciamento si parla, così in dottrina come in giurisprudenza, perlopiù a proposito di beni e interessi di rilevanza costituzionale, nell'ambito dunque della *garanzia giurisdizionale della Costituzione*³⁰. La diffusione del modello del bilanciamento quale strumento di risoluzione dei conflitti tra beni e

precedente» propria della CGUE, v. anche A. PIN, *Precedente e mutamento giurisprudenziale. La tradizione angloamericana e il diritto sovranazionale europeo*, Padova, Cedam, 2017, 190 ss.

²⁶ Lo definiva uno «stile stringato, impersonale e arido, che non ha alcuna pretesa di eleganza letteraria» G.F. MANCINI, *Democrazia e costituzionalismo nell'Unione europea*, cit., 256.

²⁷ M.P. MADURO, *Interpreting European Law*, cit., 144.

²⁸ L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, Il Mulino, 1996, 112.

²⁹ A. MORRONE, *Il bilanciamento nello stato costituzionale. Teoria e prassi delle tecniche di giudizio nei conflitti tra diritti e interessi costituzionali*, Torino, Giappichelli, 2014, 7.

³⁰ *Ibidem*.

interessi costituzionali ha originato teorie e tecniche di giudizio tra loro anche significativamente differenti, a seconda del contesto costituzionale nel quale esso era accolto in linea di principio. Ciò che accomuna le diverse tecniche di bilanciamento è ad ogni modo una serie di presupposti: che le disposizioni che stabiliscono diritti fondamentali siano connotate da un'alterità rispetto alle altre disposizioni normative (la «differenza strutturale fondamentale» di cui parla Robert Alexy³¹, e da cui origina la distinzione principi/regole); che il processo di «ottimizzazione» (per usare sempre il linguaggio di Alexy) nel quale si sostanzia il bilanciamento sia in ogni caso controllabile razionalmente.

Non sono mancate né mancano tutt'ora le critiche al modello del bilanciamento tra diritti costituzionali. Bersaglio principale di queste critiche è la «teoria dei valori» generalmente sottesa a siffatta ricostruzione, in quanto giudicata tale da mettere a repentaglio – soprattutto secondo gli avversari del neocostituzionalismo – la stessa *normatività della Costituzione*. Non necessariamente le perplessità sul bilanciamento come strumento di composizione dei conflitti costituzionali provengono dai fautori di una visione giuspositivistica del diritto. Ad esempio Jürgen Habermas avanza due obiezioni: in primo luogo le tecniche di bilanciamento, riducendo i diritti a valori e obiettivi da perseguire, fanno cadere le «paratie antincendio»³² del discorso giuridico, e minano la «rigorosa supremazia» del punto di vista normativo; in secondo luogo, non essendo possibile ricorrere a criteri *razionali*, «il bilanciamento viene compiuto o in maniera arbitraria o in maniera irriflessa (cioè secondo *standard* e gerarchie frutto dell'abitudine)»³³. La replica di Alexy, nella postfazione alla sua fondamentale opera *Theorie der Grundrechte*, è articolata intorno a due esempi offerti dalla giurisprudenza della Corte costituzionale federale tedesca. Ci si soffermerà qui soltanto su uno dei due, quello riguardante la rivista satirica *Titanic*³⁴. Quest'ultima era stata condannata al

³¹ R. ALEXY, *Diritti fondamentali, bilanciamento e razionalità*, in *Ars interpretandi*, 2002, 132 ss.

³² J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1992, tr. it. *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Milano, Guerini, 1996, 305.

³³ *Ibidem*, 308.

³⁴ R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Mein, Suhrkamp, 1994, tr. it. *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, Il Mulino, 2012, 629 ss.

risarcimento dei danni morali nei confronti di un ufficiale paraplegico, per averlo definito prima «assassino nato» e poi «storpio». Avendo la rivista presentato ricorso costituzionale, il *Bundesverfassungsgericht* si era trovato dinanzi ad un problema di bilanciamento tra la libertà di pensiero dei redattori della rivista (art. 5, comma 1 cpv. 1 GG) e il diritto generale di personalità dell'ufficiale (art. 2 comma 1 GG in connessione con l'art. 1 comma 1). Nel risolvere il conflitto tra i beni costituzionali coinvolti, la Corte ricorreva al principio di proporzionalità (*der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*) – a sua volta suddiviso nei sotto-principi dell'*adeguatezza, necessità e proporzionalità in senso stretto*. La verifica consisteva in particolare nel determinare e poi mettere in relazione l'intensità degli interventi sui diritti fondamentali rispettivamente coinvolti. Per quanto concerne l'appellativo di «assassino nato», la condanna al risarcimento dei danni morali era giudicata intervento *grave* sulla libertà di espressione dei redattori della rivista, in quanto idonea a menomare la loro disponibilità a continuare a pubblicare nella rivista contenuti dello stesso tenore di quelli fino a quel momento proposti. Dall'altra parte, la considerazione del contesto satirico in cui si inseriva l'appellativo in questione, e il confronto con altri appellativi di analogo tenore rivolti in precedenza ad altri personaggi pubblici dalla stessa rivista, induceva i giudici costituzionali a ritenere per contro *media*, se non *lieve*, la lesione del diritto di personalità dell'ufficiale – e ugualmente *media* o *lieve* l'importanza della tutela della personalità ottenuta dalla condanna della rivista. Da ciò conseguiva la *sproporzione* tra la lesione alla libertà di espressione della rivista derivante dalla condanna al risarcimento dei danni morali e la tutela del diritto di personalità dell'ufficiale. A diversa conclusione giungeva la Corte per quanto concerne l'altro appellativo di «storpio». Essendo nel contesto sociale ritenuto un epiteto umiliante ed espressivo di disprezzo, esso corrispondeva invero ad una lesione *grave* della personalità, se non in assoluto della dignità, dell'ufficiale paraplegico. Nessun bilanciamento erroneo si era allora verificato su questo punto; la Corte accoglieva il ricorso della rivista solo nella misura in cui questa era stata condannata per avere usato l'espressione «assassino nato».

Sulla base di quest'esempio di graduazione dell'intensità delle lesioni ai diritti fondamentali, Alexy replica all'obiezione di Habermas argomentando la possibilità di

fornire giudizi razionali sui diversi livelli di *profondità* degli interventi sui diritti fondamentali e di *importanza* della tutela degli stessi in ogni caso specifico, arrivando così ad affermare la non arbitrarietà delle graduazioni. Ciò che ci interessa a questo punto non è tanto confrontarci con le assunzioni di Alexy circa la controllabilità razionale del discorso pratico in cui si sostanzia ogni giudizio di bilanciamento. Ci preme piuttosto sottolineare come lo stesso Alexy riconosca la sussistenza di premesse non ulteriormente argomentate (e dunque *pre-supposte*) alla base di ogni operazione di bilanciamento. Così

nell'asserzione secondo cui la condanna della «Titanic» al risarcimento dei danni morali sarebbe un intervento grave nella libertà di pensiero, sono nascoste assunzioni su ciò che è pericoloso per la libertà di pensiero. Viceversa, il giudizio secondo cui l'appellativo di «storpio» sarebbe un grave intervento nella personalità presuppone assunzioni su ciò che significa essere persona e avere dignità³⁵.

Deriva da ciò, come afferma Habermas, l'inesistenza di criteri razionali per effettuare il bilanciamento? Ovvero i presupposti del bilanciamento, pur discutibili, restano controllabili razionalmente, come afferma l'autore della *Theorie der Grundrechte*? Al problema legato a *standard* e gerarchie presupposte, si aggiungono le difficoltà legate ai criteri di bilanciamento enunciati (o non enunciati) nei testi costituzionali. Anche quando il criterio sia formalizzato, ad esempio il «buon costume» come limite alla manifestazione del pensiero ex art. 21 Cost. italiana, occorre riempire di contenuto una clausola caratterizzata da un'ovvia e forse inevitabile indeterminatezza: neppure in questo caso si può avere una «decisione senza bilanciamento»³⁶. Ulteriori difficoltà emergono ove siano individuati, generalmente in via giurisprudenziale, principi «supremi» dell'ordinamento costituzionale. In tal caso una siffatta gerarchizzazione posporrà le esigenze di tutela dei diritti fondamentali che non diano sostanza a nessun

³⁵ *Ibidem*, 632.

³⁶ A. MORRONE, *Il bilanciamento nello stato costituzionale*, cit., 86 ss.

principio supremo (*limite esterno del bilanciamento*³⁷). Viceversa, occorre anche tenere conto che il bilanciamento tra beni e interessi in conflitto non potrà in ogni caso determinare la lesione del «contenuto essenziale» dei diritti fondamentali: concetto, questo, sfuggente e controverso, in assenza di criteri che consentano di stabilire la soglia minima di tutela non ulteriormente comprimibile (*limite interno del bilanciamento*).

Gli interrogativi finora enunciati risultano finanche moltiplicati nello scenario *multilevel*. Il modello del bilanciamento e il più generale principio di proporzionalità (soprattutto grazie all'esempio tedesco) hanno oltrepassato i confini, diffondendosi nei diversi ordinamenti nazionali europei e nella giurisprudenza delle corti sovranazionali.

2.1 – Diritti fondamentali «classici» e libertà economiche: i casi *Omega* e *Schmidberger*

Di particolare interesse, nell'orizzonte di un disvelamento dei principali profili critici delle tecniche di bilanciamento adoperate dalla Corte di giustizia dell'Unione, sono le note sentenze *Omega*³⁸ e *Schmidberger*³⁹. La prima concerneva un provvedimento di divieto di sfruttamento commerciale di un gioco consistente nella simulazione di atti di violenza contro persone – in particolare la rappresentazione di omicidi –, stabilito da un giudice tedesco a carico della società *Omega* (anch'essa tedesca). Il profilo di transnazionalità risiedeva nel coinvolgimento della società britannica *Pulsar*, delle cui attrezzature *Omega* si serviva allo scopo di dotare il «laserdromo»; il dubbio interpretativo del giudice del rinvio era legato all'apparente conflitto di obbligazioni nel quale versava, alla luce della confluenza dei due ordinamenti – nazionale tedesco e comunitario – nella regolazione della fattispecie e dell'esito potenzialmente divergente del bilanciamento degli interessi in gioco. Da una parte, infatti, il divieto di sfruttamento del gioco d'omicidio appariva giustificato in punto di diritto tedesco, violando il gioco

³⁷ *Ibidem*, 99.

³⁸ Corte giust., sent. 14 ottobre 2004, causa C-36/02, *Omega Spielhallen und Automatenaufstellungs-GmbH contro Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*.

³⁹ Corte giust., sent. 12 giugno 2003, causa C-112/00, *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge c. Repubblica d'Austria*.

in questione addirittura l'art. 1 comma 1 del *Grundgesetz*, dunque il principio della dignità umana; dall'altra il provvedimento in questione costituiva restrizione alla libera circolazione dei servizi, in quanto la società inglese *Pulsar* si trovava nell'impossibilità di prestare i propri servizi a società di diritto tedesco, quando invece poteva farlo rispetto ai clienti dello Stato membro in cui aveva sede. Operando separatamente il bilanciamento, dal punto di vista del diritto tedesco si configurava un conflitto tra la dignità umana e il libero esercizio dell'attività economica; dal punto di vista del diritto dell'Unione, un conflitto tra la libera prestazione dei servizi ex art. 49 TCE e le esigenze *di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica* che ne potevano giustificare una restrizione ex art. 46 TCE. Nell'ambito di una concezione *integrata* degli ordinamenti, una siffatta separazione non è possibile. Dev'essere dunque messo in atto una sorta di «bilanciamento inter-sistemico», che possa conciliare i punti di vista divergenti ed essere operato fin dall'inizio dal giudice nazionale *in quanto giudice (anche) comunitario*. La Corte di giustizia risponde al giudice del rinvio come segue. Essa accerta innanzitutto la sussistenza di una restrizione alla libera prestazione dei servizi, e giunge alla conclusione che il provvedimento contestato «incide sulla libera prestazione di servizi garantita dall'art. 49 CE sia ai prestatori sia ai destinatari di tali servizi con sede in un altro Stato membro». Successivamente verifica che non si sia in presenza di una causa di giustificazione; e secondo costante giurisprudenza della Corte «la possibilità per uno Stato membro di fare uso di una deroga prevista dal Trattato non esclude il controllo giurisdizionale delle misure di applicazione di tale deroga». Nel modo in cui è impostato lo schema del bilanciamento, emerge come i due interessi in gioco, dal punto di vista del diritto sovranazionale, *non siano equiordinati*: da una parte vi è la *regola*, ovvero la libertà di prestare servizi in ogni Stato membro senza incontrare restrizioni di sorta; dall'altra l'*eccezione*, ovvero l'opposizione di limiti connessi alla tutela dell'ordine pubblico, della sicurezza pubblica e della sanità pubblica. Non solo: giova precisare che secondo la Corte

la nozione di «ordine pubblico» nel contesto comunitario e, in particolare, in quanto giustificazione di una deroga alla libertà di prestazione dei servizi dev'essere intesa in senso

restrittivo, di guisa che la sua portata non può essere determinata unilateralmente da ciascuno Stato membro senza il controllo delle istituzioni comunitarie [...]. Ne deriva che l'ordine pubblico può essere invocato solamente in caso di minaccia effettiva ed abbastanza grave ad uno degli interessi fondamentali della collettività.

Il bilanciamento offerto dalla Corte è pertanto *asimmetrico*: l'interesse prevalente è la libera circolazione, e gli interessi con essa incompatibili – per quanto espressi con notevole indeterminatezza, sì da consentire un certo margine di apprezzamento agli Stati membri – possono farsi valere solo nella misura in cui siano sottoposti a *minaccia effettiva e abbastanza grave*, dovendo altresì essere interpretati *in senso restrittivo*. È chiaro allora come il prosieguito dell'argomentazione, a prescindere dall'esito qui favorevole allo Stato membro, non valga a rovesciare i termini del bilanciamento. La tutela della dignità umana è dichiarata obiettivo «compatibile» con il diritto comunitario, essendo i diritti fondamentali principi generali del diritto dell'Unione; essa rappresenta allora «un legittimo interesse che giustifica, in linea di principio, una limitazione degli obblighi imposti dal diritto comunitario, ancorché derivanti da una libertà fondamentale garantita dal Trattato quale la libera prestazione dei servizi»; il provvedimento contestato supera, infine, il *test* di proporzionalità. Una delle ragioni principali per cui è spesso citata questa sentenza risiede inoltre nell'affermazione della Corte per cui le restrizioni alle libertà economiche non debbono necessariamente fondarsi su una concezione condivisa da tutti gli Stati membri in ordine alle modalità di tutela di un diritto fondamentale; al contrario, «la necessità e la proporzionalità delle disposizioni adottate in materia non sono escluse per il solo fatto che uno Stato membro abbia scelto un regime di tutela diverso da quello adottato da un altro Stato membro». Trattasi di una «concessione» alle identità costituzionali nazionali effettivamente non frequente nella giurisprudenza di Lussemburgo.

Evocata molto spesso insieme alla sentenza *Omega*, la sentenza *Schmidberger* concerneva invece un caso di conflitto tra la libera circolazione delle merci e l'esercizio della libertà di espressione. *Schmidberger*, impresa di trasporti internazionali avente sede in Germania, chiedeva alla Repubblica d'Austria il risarcimento dei danni derivati

da un blocco di trenta ore del traffico nell'autostrada del Brennero, a sua volta provocato da una manifestazione ambientalista non impedita dalle autorità austriache. Il mancato divieto della manifestazione e il mancato intervento delle autorità austriache per impedire il blocco di tale asse stradale rappresentavano, secondo la *Schmidberger*, un ostacolo alla libera circolazione delle merci ex artt. 30 e 34 del Trattato. La Corte qui provvede innanzitutto ad accertare la sussistenza di una restrizione alla libertà in questione. Un primo ostacolo è dato dalla natura omissiva del comportamento delle autorità austriache. La CGUE sottolinea tuttavia come «l'omissione da parte di uno Stato membro di agire o, se del caso, di adottare i provvedimenti sufficienti a impedire ostacoli alla libera circolazione delle merci, creati in particolare da atti di privati sul suo territorio contro prodotti originari di altri Stati membri, può ostacolare gli scambi intracomunitari al pari di un "facere"»; pertanto *in linea di principio* essa deve «essere considerata una misura di effetto equivalente a restrizioni quantitative, incompatibile [...] con gli obblighi del diritto comunitario risultanti dagli artt. 30 e 34 del Trattato, letti in combinato disposto con l'art. 5 dello stesso». Chiedendosi se tale misura possa essere comunque giustificata in quanto l'obiettivo delle autorità austriache era di rispettare i diritti fondamentali dei manifestanti in materia di libertà di espressione e di libertà di riunione, enunciati e garantiti dalla CEDU nonché dalla Costituzione austriaca, la Corte, similmente a quanto avvenuto nella sentenza *Omega*, fa rientrare i suddetti diritti fondamentali tra i principi generali del diritto dell'Unione, senza tuttavia – di nuovo, al pari di quanto fatto nella sentenza «gemella» – specificare in quale relazione si pongano siffatti diritti con le libertà economiche garantite nel Trattato. Affermare, infatti, che i diritti fondamentali quali garantiti dalla CEDU e dalle tradizioni costituzionali comuni fanno parte del diritto sovranazionale in quanto principi generali *non significa ancora definire in quale relazione si pongano rispetto ai principi in materia di libera circolazione*. Dopo aver rilevato sia il rispetto, da parte del comportamento delle autorità austriache, del principio di proporzionalità – soprattutto se confrontato al più negligente comportamento delle autorità francesi nel caso

*Commissione contro Francia*⁴⁰ – sia la necessità di concedere alle autorità nazionali un ampio potere discrezionale rispetto alla ricerca di un giusto equilibrio tra gli interessi coinvolti, la Corte giunge a conclusioni simili a quelle della sentenza precedentemente esaminata, e dichiara giustificata la restrizione alla libera circolazione delle merci.

2.2 – Diritti sociali e libertà economiche: il bilanciamento «asimmetrico» nelle sentenze *Viking* e *Laval*

La struttura asimmetrica della tecnica di bilanciamento adottata dalla Corte, anche nell'ambito di decisioni ritenute espressive di un indirizzo maggiormente costituzionalistico, non deve sorprendere. La radice di questo schema argomentativo si rinviene, *ça va sans dire*, nelle origini del progetto di integrazione, la cui *Grundnorm* era l'abolizione di tutti gli ostacoli all'instaurazione del mercato comune. Rilevare la dimensione originariamente economicistica del progetto di integrazione è, senza dubbio alcuno, un'osservazione di sconcertante evidenza, quasi lapalissiana. Non è certo questo il punto. Ciò che ci preme sottolineare è la connessione tra l'approccio «costituzionalistico» della Corte rispetto alla garanzia delle libertà di circolazione – in particolare l'elevazione di queste alla funzione di assi portanti dell'Unione, risultante dalla loro qualificazione come *fondamentali* – e lo sviluppo delle tecniche decisorie della Corte medesima⁴¹. Fin dalle prime sentenze in punto di ostacoli alla libera circolazione, la Corte procede ad accertare innanzitutto la sussistenza di una restrizione a una libertà fondamentale; in secondo luogo, a valutarne la giustificatezza. La struttura del ragionamento pone chiaramente gli interessi che sorreggono la giustificazione addotta dallo Stato in una posizione di svantaggio, dovendo essi in un certo senso *difendersi da una presunzione di illegittimità*.

D'altro canto, le stesse disposizioni dei trattati danno un appiglio a questa *forma mentis*: gli artt. 34 e 35 TFUE sanciscono la libera circolazione delle merci, mentre il

⁴⁰ Corte giust., sent. 9 dicembre 1997, causa C-265/95, *Commissione delle Comunità europee contro Repubblica francese*.

⁴¹ S. REYNOLDS, *Explaining the Constitutional Drivers Behind a Perceived Judicial Preference for Free Movement over Fundamental Rights*, in *Common Market Law Review*, 2016, 643 ss.

successivo art. 36 ammette deroghe che siano giustificate da *motivi di moralità pubblica, di ordine pubblico, di pubblica sicurezza, di tutela della salute* etc., purché le stesse non costituiscano *un mezzo di discriminazione arbitraria, né una restrizione dissimulata al commercio tra gli Stati membri*. Struttura analoga presentano l'art. 45 TFUE sulla libera circolazione dei lavoratori (rispettivamente par. 1 e 3) e l'art. 56 TFUE sulla libera prestazione dei servizi in relazione all'art. 62, etc. Si può fare una comparazione, in questo senso, con la struttura delle previsioni in materia di diritti e libertà contenute nelle moderne costituzioni o carte dei diritti: l'art. 5 del *Grundgesetz* prevede al primo comma che

Ognuno ha diritto di esprimere e diffondere liberamente le sue opinioni con parole, scritti e immagini, e di informarsi senza impedimento da fonti accessibili a tutti. Sono garantite la libertà di stampa e d'informazione mediante la radio e il cinematografo. Non si può stabilire alcuna censura.

E così recita il secondo comma:

Questi diritti trovano i loro limiti nelle disposizioni delle leggi generali, nelle norme legislative concernenti la protezione della gioventù e nel diritto al rispetto dell'onore della persona.

Non diversamente strutturato, l'art. 9 della CEDU al primo paragrafo stabilisce la libertà di pensiero, di coscienza e di religione, e al secondo ne fissa i limiti in funzione di tutela di un interesse pubblico. La struttura di siffatte previsioni presenta dunque, *mutatis mutandis*, il rapporto regola/eccezione, con l'eccezione chiamata a sovvertire un bilanciamento fin dall'inizio orientato verso la tutela del diritto o libertà fondamentale. Quale sia la regola e quale l'eccezione, dipende dall'ordine fissato dal sistema valoriale che è sotteso all'ordinamento preso in considerazione.

L'inadeguatezza della tecnica decisoria della CGUE ha iniziato ad emergere allorché i «fondamenti» di una comunità (inizialmente soltanto) economica si sono tramutati

nelle libertà fondamentali di una unione (anche) politica, ponendo il problema del loro coordinamento con posizioni soggettive qualificate anch'esse, prima dagli ordinamenti costituzionali nazionali e poi dalla stessa Unione europea, come *fondamentali*. Lo schema di bilanciamento sopra enunciato poteva ritenersi più che adeguato nel contesto di una unione economica ancora in fase embrionale, ove occorreva combattere con un certo rigore le misure protezionistiche cui gli stessi Stati avevano dichiarato di rinunciare al momento della ratifica del Trattato di Roma. Proprio la limitatezza e la settorialità degli obiettivi della Comunità economica erano alla base dell'assenza di preoccupazioni per le eventuali interferenze della libera circolazione con i diritti fondamentali garantiti dalle costituzioni nazionali. Ma svariati fattori hanno contribuito a mutare questo assetto. Oltre alla più volte citata giurisprudenza «costituente» della CGUE, emersa dalle sentenze *Van Gend en Loos* e *Costa contro Enel*, si è avuta – sempre in forza dell'intervento espansivo della Corte – una potente *irradiazione delle libertà economiche*: dall'estensione dell'ambito di applicazione *ratione materiae*⁴² e *ratione personae*⁴³ delle previsioni sul *free movement* al riconoscimento degli effetti orizzontali⁴⁴ delle norme dei trattati, dalla valorizzazione del principio della tutela giurisdizionale effettiva⁴⁵ al progressivo, inarrestabile e silenzioso sconfinamento dei

⁴² V. per tutte la sent. 30 novembre 1995, causa C-55/94, *Reinhard Gebhard contro Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, ove con riguardo ai requisiti per l'esercizio di determinate attività professionali (in specie l'attività di avvocato) imposti dagli Stati membri, «che possono consistere in particolare nell'obbligo di possedere determinati diplomi, di iscriversi a un organismo professionale, di assoggettarsi a determinate regole professionali o di conformarsi a una normativa sull'uso dei titoli professionali», la Corte statuiva che «qualora possano ostacolare o scoraggiare l'esercizio di una libertà fondamentale garantita dal Trattato, come la libertà di stabilimento, devono essere conformi a taluni criteri. Essi sono quattro: applicazione non discriminatoria, giustificazione per motivi imperiosi di interesse pubblico, idoneità a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e limitazione a quanto necessario per il raggiungimento di questo». Era evidente, in questo caso, la natura non direttamente discriminatoria della normativa in questione, applicandosi essa indistintamente a cittadini italiani e non italiani; la CGUE paventava tuttavia un aggravio eccessivo dei requisiti per l'accesso alla professione, tale da ostacolare l'esercizio del diritto di stabilimento da parte dei cittadini di altri Stati membri.

⁴³ Si vedano *ex multis* le sentenze con cui la Corte ha dimostrato di poter sindacare la conformità al diritto dell'Unione delle normative nazionali in materia di indennità di disoccupazione, costituendo queste un potenziale ostacolo alla libera circolazione ex art. 45 TFUE (ad esempio Corte giust., sent. 23 marzo 2004, causa C-138/02, *Brian Francis Collins c. Secretary of State for Work and Pensions*).

⁴⁴ V. ad esempio la sent. 6 giugno 2000, causa C-281/98, *Roman Angonese contro Cassa di Risparmio di Bolzano SpA*.

⁴⁵ In forza (anche) di questo principio la CGUE ingiungeva al giudice del rinvio di accantonare una decisione del *Bundesverfassungsgericht* che dichiarava applicabile per un periodo transitorio (allo scopo

poteri sovranazionali nei settori di competenza statale⁴⁶ (cd. *competence creep*). Sono così aumentate in modo esponenziale le possibilità di attrito tra l'esercizio delle libertà economiche e il godimento dei diritti fondamentali tutelati a livello nazionale. Nel frattempo, come sappiamo, l'Unione ha mutato significativamente il proprio approccio nei confronti di diritti e libertà di matrice non economica, mutuando dalle tradizioni costituzionali nazionali e dai principali trattati sui diritti umani una serie di principi generali a tutela delle posizioni soggettive sempre più spesso minacciate dall'espansione delle libertà economiche; giungendo, infine, all'adozione di una propria Carta dei diritti. Nonostante ciò, il peso di diritti fondamentali e libertà economiche nella bilancia degli interessi costituzionali non è stato chiarito; ci sono anzi molti indizi a conferma del fatto che la Corte non ha abbandonato quello schema di bilanciamento «asimmetrico»⁴⁷ sopra enunciato. Vi è infatti un'evidente connessione delle tecniche decisorie della Corte con la «sostanza costituzionale» dell'Unione, la quale fa sì che non si possa rimediare all'asimmetria del bilanciamento con un semplice tocco magico.

Questo *inherent vice* della tecnica di bilanciamento è particolarmente visibile in due note decisioni della Corte in tema di diritti sociali, pronunciate poco prima che la Carta di Nizza acquistasse pieno valore giuridico in grazia del Trattato di Lisbona: si tratta delle sentenze *Viking*⁴⁸ e *Laval*⁴⁹. Il problema dell'iniziale «frigidità sociale»⁵⁰ dell'Unione è noto, è stato ampiamente indagato dalla migliore dottrina e merita qui soltanto un breve cenno, a mo' di premessa all'analisi delle due decisioni citate. L'«assordante silenzio» del Trattato di Roma sulle politiche sociali fu solo debolmente

di evitare la creazione di un vuoto normativo) una normativa contraria al diritto comunitario, nella sentenza 8 settembre 2010, causa C-409/06, *Winner Wetten GmbH contro Bürgermeisterin der Stadt Bergheim*.

⁴⁶ S. REYNOLDS, *Explaining the Constitutional Drivers*, cit., 655-658.

⁴⁷ S. GAMBINO, *Diritti sociali e libertà economiche nelle Costituzioni nazionali e nel diritto europeo*, in AA.VV., *Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisprudenziale, tutela dei diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2015, 267.

⁴⁸ Corte giust., sent. 11 dicembre 2007, causa C-438/05, *International Transport Workers' Federation e Finnish Seamen's Union contro Viking Line ABP e OÜ Viking Line Eesti*.

⁴⁹ Corte giust., sent. 18 dicembre 2007, causa C-341/05, *Laval un Partneri Ltd contro Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan, Svenska Elektrikerförbundet*.

⁵⁰ G.F. MANCINI, *Principi fondamentali di diritto del lavoro nell'ordinamento delle Comunità europee*, in AA.VV., *Il lavoro nel diritto comunitario e l'ordinamento italiano*, Padova, Cedam, 1988, 26.

colmato da atti quali la *Carta sociale europea* (1961) e la *Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori* (1989). Ad esiti non particolarmente soddisfacenti condusse pure la successiva enucleazione dei «diritti fondamentali europei», in via pretoria ad opera della Corte di Lussemburgo: non solo, infatti, le competenze in materia di protezione sociale restavano saldamente in mano agli Stati membri – potendo la Comunità al più porsi «obiettivi» di natura sociale – ma risultava difficile per la CGUE rinvenire salde tradizioni costituzionali comuni in materie ritenute particolarmente sensibili per i sistemi costituzionali nazionali, quali il diritto di sciopero o le più generali condizioni di lavoro. Due timori, per certi versi opposti, tormentavano gli Stati membri: da una parte, l’eventualità che forme di armonizzazione, a livello sovranazionale, dei sistemi di protezione sociale costringessero ad innalzare gli *standard* di protezione dei diritti dei lavoratori (si pensi alle definizioni diseguali del diritto di sciopero nel panorama europeo); dall’altra, che l’ingresso nel mercato unico di Stati membri caratterizzati da deboli sistemi di *welfare* scatenasse una competizione «al ribasso» sul piano delle condizioni di lavoro subordinato – si pensi al fenomeno del *social dumping*. Altra fonte di preoccupazione era l’ipotesi, tutt’altro che peregrina, che una *comunitarizzazione* dei diritti sociali si risolvesse in una sorta di «funzionalizzazione» degli stessi alle esigenze di competitività e di eliminazione degli ostacoli al libero scambio che avevano connotato per decenni la politica della Comunità europea. Era la CGUE attrezzata, sul piano delle tecniche di giudizio e del loro «sostrato valoriale», a trovare il giusto equilibrio tra diritti sociali e libertà economiche, dando altresì adeguato rilievo alle tradizioni costituzionali degli Stati membri?

Il giudizio della Corte di giustizia nel primo dei due casi sopra citati si innestava su di una controversia tra la *Viking*, società di diritto finlandese e importante operatore di traghetti, e la FSU, sindacato finlandese di marittimi a sua volta affiliato alla ITF (federazione internazionale di lavoratori del settore dei trasporti, con sede a Londra). La *Viking* intendeva cambiare la bandiera di una delle sue navi, il *Rosella*, registrandola in Estonia o in Norvegia e ivi concludendo contratti collettivi con i sindacati locali, allo scopo di ridurre i costi salariali. Questo progetto incontrava l’opposizione sia della FSU, sia della federazione ITF, una delle cui principali politiche era proprio la lotta alle

bandiere di convenienza. La richiesta dei sindacati era in particolare quella di conservare anche in caso di cambiamento di bandiera le condizioni di lavoro previste dal diritto finlandese e dall'accordo collettivo precedente – richiesta che, se accolta, avrebbe chiaramente vanificato lo scopo dell'operazione della *Viking*. A fronte di una circolare ITF che ingiungeva ai sindacati affiliati di non trattare con la *Viking*, quest'ultima si rivolgeva ai giudici inglesi (essendo la sede ITF a Londra) al fine di far dichiarare queste iniziative sindacali contrarie al suo diritto di stabilimento ex art. 43 TCE.

La seconda sentenza riguardava invece una controversia tra la *Laval*, società di diritto lettone avente sede a Riga, e alcuni sindacati svedesi dei lavoratori del settore elettrico e delle costruzioni. *Casus belli* era stato il rifiuto della *Laval*, che aveva distaccato in Svezia circa 35 lavoratori per la costruzione di un edificio scolastico, di aderire al contratto collettivo svedese dell'edilizia e di garantire una retribuzione minima oraria determinata dai sindacati locali sulla base delle statistiche retributive della regione. Al rifiuto dell'impresa seguiva l'avvio di numerose azioni collettive da parte dei sindacati, in particolare un blocco dei cantieri tale da impedire alla *Laval* di svolgere ogni attività di costruzione nel territorio della Svezia. In seguito a queste azioni l'impresa agiva in giudizio al fine di ottenere l'accertamento della illegittimità delle azioni sindacali, un'inibitoria delle stesse e il risarcimento dei danni subiti. Il quadro era complicato dalla scelta svedese di non attuare in tutte le sue parti la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 16 dicembre 1996, 96/71/CE, relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi. Quest'ultima infatti consentiva agli Stati membri di assoggettare le imprese che effettuassero prestazioni di servizi transnazionali a requisiti minimi inerenti alle condizioni di lavoro, ivi compresi i minimi salariali; tuttavia, essendo in Svezia i trattamenti retributivi dei lavoratori dipendenti rimessi alla determinazione delle parti sociali, nulla era stato previsto in merito nella legge interna di trasposizione della direttiva. Si chiedeva pertanto al giudice di Lussemburgo di stabilire se fossero legittime le azioni sindacali dirette ad assoggettare l'impresa lettone a contratti collettivi che prevedevano requisiti assenti nella legge sui

requisiti minimi o ulteriori rispetti ad essi, e chiaramente più favorevoli ai lavoratori, nell'ottica di contrastare forme di *dumping* sociale.

Vale la pena analizzare queste due decisioni contestualmente in quanto lo schema argomentativo offerto dalla Corte è pressoché analogo. La Corte nega che le azioni collettive contestate possano considerarsi escluse dall'ambito di applicazione rispettivamente degli artt. 43 TCE (diritto di stabilimento) e 49 TCE (libera prestazione dei servizi). L'obiezione relativa all'applicabilità del diritto comunitario era articolata su due piani. Innanzitutto, la natura non pubblicistica dei sindacati: obiezione respinta dalla Corte sottolineando come «secondo una costante giurisprudenza, gli artt. 39 CE, 43 CE e 49 CE non disciplinano soltanto gli atti delle autorità pubbliche, ma si applicano anche alle normative di altra natura dirette a disciplinare collettivamente il lavoro subordinato, il lavoro autonomo e le prestazioni di servizi». Trattasi di un esempio, tra i tanti, di applicazione *orizzontale* delle norme dei Trattati. In secondo luogo, si era obiettato che il diritto di sciopero (così come il diritto di serrata e, più in generale, il diritto di associazione dei lavoratori) esula dalle competenze dell'Unione in base alla lettera dell'art. 137, par. 5 TCE. A quest'osservazione la CGUE replica, significativamente ma per nulla imprevedibilmente – alla luce della giurisprudenza pregressa tutt'altro che ostativa al *competence creep* – che «se è vero che, nei settori che non rientrano nella competenza comunitaria, gli Stati membri restano in linea di principio liberi di fissare le condizioni di esistenza dei diritti in questione e le modalità di esercizio degli stessi, rimane tuttavia il fatto che, nell'esercizio di tale competenza, detti Stati sono comunque obbligati a rispettare il diritto comunitario». A questo punto *alea iacta est* e i giudici di Lussemburgo si ritengono autorizzati a piegare anche il diritto di sciopero allo schema di bilanciamento asimmetrico che ben conosciamo. Questo diritto, continua infatti la Corte, è riconosciuto da svariati strumenti internazionali e dalla Carta di Nizza (art. 28; all'epoca la Carta non era ancora dotata di piena efficacia giuridica) e deve pertanto «essere riconosciuto quale diritto fondamentale facente parte integrante dei principi generali del diritto comunitario di cui la Corte garantisce il rispetto». La sua *fundamentalità* non equivale tuttavia ad *assolutezza*: non solo, infatti, limiti al diritto di sciopero sono riconosciuti dalle clausole positive (in particolare dallo stesso art. 28 della

Carta e dalle disposizioni costituzionali nazionali rispettivamente rilevanti nei casi *Viking* e *Laval*), ma il suo esercizio deve essere in generale «conciliato con le esigenze relative ai diritti tutelati dal Trattato stesso, oltre che conforme al principio di proporzionalità». A questo punto, nel caso *Viking* (ma non diversamente accade nel caso *Laval*) la Corte segue il seguente percorso argomentativo: verifica l'esistenza di una restrizione alla libertà di stabilimento; una volta accertata, ne valuta le giustificazioni. Nel fornire al giudice nazionale gli strumenti per risolvere la controversia, afferma quanto segue:

Per quanto riguarda l'adeguatezza delle azioni intraprese dalla FSU per raggiungere gli obiettivi perseguiti nella causa principale, occorre ricordare che è pacifico che le azioni collettive, come le trattative e i contratti collettivi, possono costituire, nelle specifiche circostanze di una controversia, uno dei mezzi principali attraverso cui i sindacati tutelano gli interessi dei loro membri [...].

Per quanto riguarda il problema di determinare se l'azione collettiva in esame nella causa principale vada al di là di ciò che è necessario per conseguire l'obiettivo perseguito, spetta al giudice del rinvio valutare in particolare, da un lato, se, ai sensi della normativa nazionale e delle norme contrattuali applicabili a tale azione, la FSU non disponesse di altri mezzi, meno restrittivi della libertà di stabilimento, per condurre a buon fine il negoziato collettivo avviato con la Viking e, dall'altro lato, se detto sindacato avesse esperito tutti questi mezzi prima di avviare l'azione in questione.

Per quanto riguarda, in secondo luogo, le azioni collettive finalizzate a garantire la realizzazione della politica perseguita dalla ITF, si deve sottolineare che, se tale politica produce il risultato di impedire agli armatori di immatricolare le proprie navi in uno Stato diverso da quello di cui sono cittadini i proprietari effettivi delle navi stesse, le restrizioni alla libertà di stabilimento derivanti da tali azioni non possono essere oggettivamente giustificate.

L'apparente lettura «a tutto campo» di valori, diritti e principi riconosciuti nei Trattati non conduce, in ultima analisi, ad un esito convincente. Al netto dei legittimi dubbi in merito al ruolo *costituzionalistico* assunto dalla Corte in casi del genere – dunque alla sua legittimazione a mettere a confronto in una complessa operazione di

bilanciamento, senza peraltro coinvolgere le corti costituzionali nazionali, le libertà fondamentali dell'Unione, i principi costituzionali nazionali e i diritti fondamentali sociali garantiti dall'Unione in quanto principi generali del diritto⁵¹ –, si può agevolmente constatare la varietà di soluzioni a disposizione dei giudici di Lussemburgo, ciascuna con i propri pregi e difetti. Negare *tout court* la competenza eurounitaria, seguendo la lettera dell'art. 137, par. 5 TCE (ora art. 153 del TFUE) che esclude la competenza dell'UE in merito alla disciplina del diritto di sciopero, avrebbe senza dubbio rafforzato la protezione dei diritti sociali dei lavoratori, ma avrebbe al contempo accresciuto il rischio di frammentazione dei sistemi di protezione sociale e di consolidazione di ostacoli alla libera circolazione; avrebbe altresì legittimato il perseguimento di politiche «protezionistiche» da parte dei sindacati nazionali allo scopo di conservare *standard* di protezione elevati, chiudendo le porte a lavoratori provenienti da Stati membri meno avanzati sul piano del *welfare*. Per contro, affermare la sussunzione della fattispecie nel cono d'ombra del diritto eurounitario implicava l'effettuazione di un *balancing test* tra l'interesse delle imprese coinvolte ad esercitare i diritti di circolazione e l'interesse dei lavoratori a perseguire l'*higher standard of protection*. Nel percorrere questo secondo sentiero, la Corte ha tuttavia «sbilanciato il bilanciamento» dalla parte delle libertà economiche. Ha fallito in particolare nel non considerare la disparità delle forze in campo, sottolineata peraltro dall'Avvocato generale Maduro nella sua *Opinion*: «one must not ignore, in that regard, the fact that workers have a lower degree of mobility than capital or undertakings». Ha ecceduto nel sottoporre a controllo, tramite il *test* di proporzionalità, le finalità delle azioni sindacali,

⁵¹ Osserva condivisibilmente, *ex multis*, S. GAMBINO, *Diritti sociali e libertà economiche nelle Costituzioni nazionali e nel diritto europeo*, cit., 263, che «può porsi l'interrogativo se si possa o meno riconoscere al solo Giudice comunitario l'interpretazione delle nozioni e delle garanzie previste nei trattati europei e nelle costituzioni nazionali, relativamente al bilanciamento fra diritti del lavoro (sciopero, libertà sindacale, contrattazione collettiva), diritto di concorrenza e libertà di stabilimento, in breve fra diritti sociali e mercato. In un simile quadro può anche porsi l'interrogativo se la Carta europea dei diritti fondamentali e il suo utilizzo quale parametro di giudizio da parte della Corte di giustizia dell'Unione europea non incorra nel rischio di possibili letture svalutative delle costituzioni nazionali (e delle protezioni dei diritti quivi sancite, come ad es. – con riguardo alla presente riflessione – il diritto di sciopero, le libertà sindacali, il diritto di contrattazione collettiva, ecc.), che non sarebbero (non dovrebbero essere) permesse alla stessa luce degli artt. 51, 52 e 53 della Carta, nell'ottica del costituzionalismo *multilevel* quivi previsto come criterio interpretativo ai fini della scelta degli strumenti (sostanziali e processuali) di garanzia dei diritti da parte dei soggetti».

al punto da ridimensionare notevolmente la libertà delle associazioni dei lavoratori di esercitare la propria attività sul piano transnazionale; queste ultime, sembra dire la Corte, al momento di effettuare scioperi o boicottaggi debbono scegliere, a parità di efficacia, l'alternativa meno lesiva degli interessi delle imprese transnazionali. Rimane il dubbio, più che legittimo, se una così penetrante «supervisione» delle attività sindacali sia ammissibile⁵²; tenuto conto, peraltro, che nei casi di specie azioni diverse dagli scioperi o dai blocchi dei cantieri difficilmente avrebbero sortito il medesimo risultato. La Corte ha dimostrato infine scarsa sensibilità per le peculiarità dei sistemi sociali nazionali: nel caso *Laval*, in particolare, essa non ha considerato che la scelta svedese di non fissare *ex lege* una retribuzione minima nella trasposizione della direttiva sulle prestazioni di servizi transnazionali rientrava in una più complessiva tradizione nazionale, consistente nel rimettere svariati profili dei rapporti di lavoro dipendente alla contrattazione collettiva. Se la scarsa conoscibilità di questi elementi per le imprese straniere richiedeva senz'altro una soluzione, di certo a disposizione della Corte vi erano numerosi strumenti diversi da quello effettivamente scelto – ovvero l'affermazione per cui, non essendo disciplinati dalla legge svedese alcuni aspetti del rapporto di lavoro, questi ultimi non potevano neppure essere imposti alle imprese straniere tramite azioni collettive –, ad esempio la considerazione dei trattamenti retributivi medi della regione⁵³.

2.3 – Il bilanciamento dei diritti dopo il Trattato di Lisbona

Dai casi sopra esaminati⁵⁴ sembra emergere *the dark side of the multilevel protection*. Da una parte, riconoscendo il diritto di sciopero come diritto fondamentale dell'Unione,

⁵² «La Corte risolve sistematicamente questa differenziazione a favore dei modelli che meno difendono i diritti, anche quando (e questo rilievo apre una formidabile questione per il costituzionalista, per la difficoltà di dare applicazione concreta alla stessa teoria dei contro limiti), come in *Viking*, è la Costituzione stessa, nel caso quella finlandese, a riconoscere ai sindacati di intraprendere azioni collettive per la tutela degli interessi dei lavoratori»: così G. GRASSO, *I diritti sociali e la crisi oltre lo Stato nazionale*, in *Rivista AIC*, 4/2016, 6.

⁵³ Vedi sul punto L. AZOULAI, *The Court of Justice and The Social Market Economy*, cit., 1353 ss.

⁵⁴ Insieme alla sent. 3 aprile 2008, causa C-346/06, *Dirk Rüffert contro Land Niedersachsen* e alla sent. 19 giugno 2008, causa C-319/06, *Commissione delle Comunità europee contro Granducato del*

la Corte di giustizia offre «l'immagine di un ordinamento che, nato con il compito esclusivo di promuovere il mercato e le libertà economiche, diventa “maturo” tenendo conto e preoccupandosi anche dei diritti fondamentali, in particolare dei diritti sociali. Tuttavia, ad uno sguardo più approfondito e complessivo (che non si rivolga soltanto al diritto UE, ma al complesso delle interazioni tra questo e gli ordinamenti costituzionali nazionali), ciò che sembra un miglioramento potrebbe rivelarsi qualcosa di diverso: infatti, riconoscere i diritti sociali rappresenta, per la Corte, il presupposto per poterli bilanciare con le libertà economiche secondo i suoi criteri e la sua sensibilità, mentre la completa estraneità dell'Unione e della sua Corte a tali diritti avrebbe comportato l'impossibilità di maneggiarli (e di renderli più “docili”)⁵⁵.

Una delle critiche più incisive alla giurisprudenza *Viking/Laval* si ritrova nell'*Opinion* dell'Avvocato generale Trstenjak nel caso *Commissione contro Germania* del 2010⁵⁶. Trstenjak evidenzia la natura asimmetrica del bilanciamento operato dalla Corte nelle decisioni citate, e propone un approccio differente, fondato sull'*equivalenza gerarchica* tra diritti fondamentali e libertà economiche. Dal momento che diritti e libertà presentano un'ampia convergenza sia di struttura sia di contenuti, lo schema regola/eccezione finora utilizzato dalla Corte merita di essere ripensato e, appunto, *riequilibrato*. Ella afferma che

qualora in un caso concreto una libertà fondamentale subisca una restrizione a seguito dell'esercizio di un diritto fondamentale, si dovrà ricercare un adeguato temperamento tra le due contrapposte posizioni giuridiche. A tale riguardo, se da un lato si deve partire dal presupposto che l'attuazione di una libertà fondamentale rappresenta un obiettivo legittimo, idoneo ad imporre dei limiti ad un diritto fondamentale, dall'altro però anche l'attuazione di un diritto fondamentale va ritenuta un obiettivo legittimo, capace di limitare una libertà fondamentale.

Lussemburgo, le sentenze *Viking* e *Laval* formano un «poker di sentenze “antisociali”» secondo G. GRASSO, *I diritti sociali e la crisi oltre lo Stato nazionale*, cit., 4 ss.

⁵⁵ B. BRANCATI, *Il bilanciamento tra diritti sociali e libertà economiche in Europa. Un'analisi di alcuni importanti casi giurisprudenziali*, in www.cortecostituzionale.it, gennaio 2015, 4.

⁵⁶ Corte giust., sent. 15 luglio 2010, causa C-271/08, *Commissione europea contro Repubblica federale di Germania*.

Occorre, in altri termini, guardare anche l'altra faccia della medaglia, rovesciando l'analisi: in casi come *Viking/Laval*, verificare non solo in che misura le libertà fondamentali siano intaccate dall'esercizio dei diritti sociali, ma anche *in che misura i diritti sociali subiscano restrizioni per effetto dell'esercizio delle libertà fondamentali*. Si tratterebbe senz'altro di un passo avanti rispetto alle sentenze in precedenza analizzate. Tuttavia è legittimo avanzare dubbi anche in merito ad un simile percorso argomentativo. Come accennato *supra*⁵⁷, l'equivalenza gerarchica tra tutti i diritti e le libertà fondamentali costituisce una delle novità più rilevanti della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione. Da ciò si potrebbe desumere che proprio la struttura della Carta sia idonea a fornire un argine allo «sbilanciamento» finora analizzato⁵⁸. Ma è davvero così? Se indubbiamente in alcune recenti sentenze – vedi il trittico *Digital Rights Ireland/Google Spain/Schrems*⁵⁹ in materia di *data protection* – i diritti fondamentali hanno iniziato a recuperare spazio con sacrificio delle libertà che riguardano la sfera economica⁶⁰, sembra ancora presto per parlare di una «svolta» nella giurisprudenza della Corte di Lussemburgo, e forse anche per intravedere un'inversione

⁵⁷ Cap. II, sez. I, par. 5.3.

⁵⁸ Osserva A. POGGI, *Crisi economica e diritti sociali nell'Unione europea*, in *Rivista AIC*, 1/2017, 13, che «in questo contesto continuare ad affidarsi al ruolo pretorio delle Corti europee è a dir poco ingenuo: del resto la Corte di giustizia ha per un verso il ruolo di presidio della realizzazione del mercato interno e per altro verso stimola alla tutela contestuale dei diritti. Proprio la complessità di tale ruolo non è foriera di sviluppi che possano inequivocabilmente e permanentemente far pendere la bilancia dalla parte dei diritti». Nel senso che il protagonismo delle Corti non sia destinato a ridursi, «anche in ragione della tecnica di redazione della Carta ove i diritti sono descritti più che disciplinati», B. CARUSO, *Diritti sociali e libertà economiche sono compatibili nello spazio europeo?*, in AA.VV., *Libertà economiche e diritti sociali nell'Unione Europea. Dopo le sentenze Laval, Viking, Rüffert e Lussemburgo*, Roma, Ediesse, 118.

⁵⁹ Rispettivamente Corte giust., sent. 8 aprile 2014, cause riunite C-293/12 e C-594/12, *Digital Rights Ireland Ltd contro Minister for Communications, Marine and Natural Resources e a. e Kärntner Landesregierung e a.*; sent. 13 maggio 2014, causa C-131/12, *Google Spain SL e Google Inc. contro Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) e Mario Costeja González*; sent. 6 ottobre 2015, causa C-362/14, *Maximillian Schrems contro Data Protection Commissioner*.

⁶⁰ O. POLLICINO-M. BASSINI, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nel reasoning dei giudici di Lussemburgo*, in *Dir. inf.*, 4-5/2015, 754 ss.

di rotta nel campo della tutela dei diritti sociali, come dimostra tra le molte la sentenza *Alemo Herron*⁶¹.

Può, per contro, condividersi la preoccupazione che la Carta, a causa della sua struttura e dell'indeterminatezza di molte sue clausole, finisca per legittimare un'assiologia priva di un punto archimedeo, la cui definizione sia consegnata al dialogo tra la Corte di giustizia e le corti nazionali; e ciò sulla base di un bilanciamento potenzialmente «libero» e di una «proporzionalità invertebrata»⁶². In questo senso, alla luce delle critiche sopra richiamate nei confronti della struttura e delle tecniche di redazione della Carta, può dirsi che finora essa non ha adempiuto a quella funzione «ri-fondativa» immaginata dai vertici dell'Unione dell'ultimo decennio del secolo scorso. Ci si attendeva che quel *constitutional moment* desse l'abbrivio al passaggio dall'*Europa dei mercati* all'*Europa dei diritti*, ma così (ancora) non è stato⁶³.

⁶¹ Corte giust., sent. 18 luglio 2013, causa C-426/11, *Mark Alemo-Herron e altri contro Parkwood Leisure Ltd.* La controversia, seguita alla cessione di un servizio da un ente pubblico a un'impresa privata, verteva sull'opponibilità al cessionario di clausole di rinvio dinamico ai contratti collettivi negoziati e adottati dopo la data del trasferimento. Pur costituendo norma più favorevole ai lavoratori coinvolti, la Corte sanzionava la legge britannica (di attuazione di una direttiva) contenente appunto questa agevolazione per i lavoratori «ceduti», sulla base di una interpretazione decisamente ampia della libertà d'impresa ex art. 16 della Carta. Vedi sul punto G. ALPA-G. CONTE, *Diritti e libertà fondamentali nei rapporti contrattuali*, Torino, Giappichelli, 2018, 641 ss. e S. WEATHERHILL, *Use and Abuse of the EU's Charter of Fundamental Rights: On the Improper Veneration of "Freedom of Contract"*, in *Europ. Rev. Contr. Law*, 2014, 167 ss. Ma il filone giurisprudenziale tendente a privilegiare il principio della libera concorrenza sui diritti sociali sembra altresì costituito dalle sentt. 19 giugno 2008, causa C-319/06, *Commissione delle Comunità europee c. Granducato di Lussemburgo*; 15 luglio 2010, causa C-271/08, *Commissione europea c. Repubblica federale di Germania*; 7 ottobre 2010, causa C-515/08, *Vitor Manuel dos Santos Palhota e altri*; 10 febbraio 2011, Cause riunite C-307/09, C-308/09 e C-309/09, *Vicoplus SC PUH, BAM Vermeer Contracting sp. zoo e Olbek Industrial Services sp. zoo contro Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid*. Nei casi suddetti, come giustamente rilevato da D. TEGA, *I diritti sociali nella dimensione multilivello tra tutele giuridiche e crisi economica*, in www.gruppodipisa.it, 2012, 27, nt. 84, «i giudici comunitari hanno operato un bilanciamento che è risultato sostanzialmente libero a sfavore, almeno in questi casi, ai diritti sociali. Ma allora la loro tutela a livello comunitario dipende dalla saggezza del giudice che si trova in Corte in quel momento?».

⁶² G. AZZARITI, *Le garanzie del lavoro tra costituzioni nazionali, Carta dei diritti e Corte di giustizia dell'Unione europea*, in AA.VV., *Scritti in onore di A. Pace*, Napoli, Jovene, 2012.

⁶³ «The European Union lacks a full-fledged central political authority. This makes it imperative that the CJEU is sensitive to the surrounding constitutional and political circumstances and that the CJEU listens carefully to critics, including critics of its 'new jurisprudence' on the grounds of its projecting a highly contested ideology of change into the constitutional law of the Union. Alas, by juridifying a partisan ideological agenda with its new jurisprudence the Court is endangering the role that constitutional law plays in European integration»: così L. NIGLIA, *Eclipse of the Constitution (Europe Nouveau Siècle)*, in *European Law Journal*, 2/2016, 155, il quale critica in particolare le tecniche di bilanciamento emergenti dal *poker* di sentenze *Viking-Laval-Mangold-Kücükdeveci*, ritenute espressive di un nuovo corso

L'aspirazione a conferire centralità alla persona in quanto tale, e alla sua dignità, sembra restare «sulla carta», e ciò è forse connesso, tra le altre cose, al fatto che la Carta di Nizza non si sia inserita all'interno di un autentico *progetto emancipante*, com'è stato invece tipico delle Carte adottate all'esito dei processi costituenti democratici della modernità⁶⁴. *La lotta per i diritti*⁶⁵ origina sempre da processi concreti che denunciano l'insostenibilità di diseguaglianze, privilegi e discriminazioni, e si iscrive in propositi di trasformazione dell'ordine politico-giuridico diretti alla piena realizzazione della persona umana, sulla base di valori sostenuti dalla coscienza collettiva. Si pensi ai preamboli e ai primi articoli di molte costituzioni adottate dalle nazioni uscite sconfitte dalla Seconda guerra mondiale: l'art. 3, comma 2 della Costituzione italiana⁶⁶ è tra gli esempi più luminosi della profonda idealità dei nostri costituenti, e del carattere autenticamente innovativo del loro progetto politico e giuridico. Una simile *pietra angolare*, che illumini la fisionomia complessiva del sistema costituzionale e ne condizioni gli orientamenti interpretativi, sembra ancora mancare alla Carta europea.

3. Corte di giustizia e Corti costituzionali nazionali: una relazione difficile

Nella musica, per «contrappunto» si intende la sovrapposizione di linee melodiche tra loro indipendenti – ciò che in diritto esprimeremmo affermando che tali linee non sono tra loro in relazione gerarchica. In una delle più raffinate e suggestive ricostruzioni dei rapporti tra l'ordinamento dell'Unione europea e gli ordinamenti nazionali⁶⁷, il problema della combinazione e dell'intreccio di ordinamenti, Carte e Corti è accostato

«antisociale» – e particolarmente insidioso per i modelli costituzionali nazionali – della giurisprudenza della CGUE.

⁶⁴ G. AZZARITI, *Le garanzie del lavoro tra costituzioni nazionali*, cit.

⁶⁵ L'espressione riecheggia sia il titolo di un'opera di Rudolf von Jhering, sia una frase spesso ripetuta da Livio Paladin, come riporta M. BERTOLISSI, *Livio Paladin. Appunti riflessioni ricordi di un allievo*, Napoli, Jovene, 2015, 69 ss.

⁶⁶ In merito alla «nascita» dell'art. 3 v. *ex multis* P. GROSSI, *La Costituzione italiana espressione di un tempo giuridico pos-moderno*, in ID., *L'invenzione del diritto*, Bari-Roma, Laterza, 2017, 51 ss.

⁶⁷ M.P. MADURO, *Contrapunctual Law: Europe's Constitutional Pluralism in Action*, in N. WALKER (a cura di), *Sovereignty in Transition. Essays in European Law*, Oxford, Hart Publishing, 2006, 501-537.

all'arte contrappuntistica, a come poter conciliare la pluralità. Ma, riecheggiando una delle tante discussioni musicali contenute nel *Doctor Faustus*⁶⁸, potremmo chiederci: come è possibile una polifonia che abbia senso sotto il profilo armonico?

Le riflessioni che seguono saranno così strutturate: innanzitutto, una sintetica descrizione del processo di *displacement*⁶⁹ cui sono sempre più soggette le Corti costituzionali nazionali nel circuito giurisprudenziale europeo, con particolare (ma non esclusiva) attenzione all'esempio italiano; a seguire, il racconto della «saga *Taricco*»; infine, l'analisi della sentenza n. 269/2017 della Corte costituzionale italiana, quale espressione di una crescente difficoltà dei tribunali costituzionali d'Europa a collocarsi nel circuito giudiziario multilivello, e quale occasione di riflessione in merito alla progressiva ridefinizione del loro ruolo in seguito all'acquisizione di piena efficacia giuridica da parte della Carta di Nizza.

3.1 – La trasformazione delle corti costituzionali nazionali: dalla sentenza Simmenthal alla sentenza Global Starnet

La sentenza *Simmenthal*⁷⁰ dei giudici di Lussemburgo, collocandosi in una lunga *querelle* a distanza con la Corte costituzionale italiana sulla possibilità per i giudici comuni di *disapplicare* (o «non applicare») le norme interne contrastanti con norme di diritto comunitario autoapplicative, poneva le coordinate di quella che sarebbe stata, negli anni a venire, la «visione» della CGUE riguardo ai rapporti tra lo strumento del rinvio pregiudiziale comunitario e le diverse modalità di controllo di costituzionalità stabilite negli Stati membri. Di particolare momento erano le seguenti affermazioni della Corte di giustizia:

⁶⁸ T. MANN, *Doktor Faustus. Das Leben des deutschen Tonsetzers Adrian Leverkühn, erzählt von einem Freunde*, Stockholm, Bermann-Fischer, 1947, tr. it. *Doctor Faustus. La vita del compositore tedesco Adrian Leverkühn narrata da un amico*, Milano, Mondadori, 2017, 110.

⁶⁹ Così lo definisce J. KOMÁREK, *National constitutional courts in the European constitutional democracy*, in *International Journal of Constitutional Law*, 3/2014, 525-544.

⁷⁰ Corte giust., sent. 9 marzo 1978, causa 106/77, *Amministrazione delle finanze dello Stato contro SpA Simmenthal*.

dal complesso delle precedenti considerazioni risulta che qualsiasi giudice nazionale, adito nell'ambito della sua competenza, ha l'obbligo di applicare integralmente il diritto comunitario e di tutelare i diritti che questo attribuisce ai singoli, disapplicando le disposizioni eventualmente contrastanti della legge interna, sia anteriore sia successiva alla norma comunitaria;

è quindi incompatibile con le esigenze inerenti alla natura stessa del diritto comunitario qualsiasi disposizione facente parte dell'ordinamento giuridico di uno Stato membro o qualsiasi prassi, legislativa, amministrativa o giudiziaria, la quale porti ad una riduzione della concreta efficacia del diritto comunitario per il fatto che sia negato al giudice, competente ad applicare questo diritto, il potere di fare, all'atto stesso di tale applicazione, tutto quanto è necessario per disapplicare le disposizioni legislative nazionali che eventualmente ostino alla piena efficacia delle norme comunitarie;

ciò si verificherebbe qualora, in caso di conflitto tra una disposizione di diritto comunitario ed una legge nazionale posteriore, la soluzione fosse riservata ad un organo diverso dal giudice cui è affidato il compito di garantire l'applicazione del diritto comunitario, e dotato di un autonomo potere di valutazione, anche se l'ostacolo in tal modo frapposto alla piena efficacia di tale diritto fosse soltanto temporaneo.

L'esigenza di garantire l'immediata efficacia e l'uniforme applicazione, in ogni Stato membro, del diritto comunitario, soverchiava secondo i giudici sovranazionali qualsivoglia concorrente interesse legato alla particolare conformazione del controllo di costituzionalità nei sistemi nazionali. Quella «indifferenza» dell'Unione nei confronti del diritto costituzionale degli Stati membri, già affermata d'altronde nella precedente *Internationale Handelsgesellschaft*, era qui ribadita con riferimento ai modelli nazionali di giustizia costituzionale, nella misura in cui questi ultimi fossero di ostacolo ad una piena e immediata ricezione delle norme di diritto comunitario. La nota risposta della Corte costituzionale italiana giunse nella sentenza *Granital* del 1984, con la quale si tentava di raggiungere un «equilibrio provvisorio» tra le esigenze di uniformità avanzate dalla CGUE nella *Simmenthal*, e la volontà della Corte italiana di non abdicare al proprio ruolo di assoluta centralità nel sistema costituzionale nazionale. La soluzione escogitata dai giudici italiani, imperniata su un «dualismo temperato» quanto alla

descrizione delle relazioni inter-sistemiche (certo differente dal «monismo» propugnato dalla Corte di giustizia, sia pure senza apparenti risvolti pratici di rilievo), sulla distinzione tra norme *self-executing* e non *self-executing* nonché sulla soluzione estrema dei controlimiti quale strumento di chiusura del sistema, era idonea a soddisfare sia Lussemburgo sia i giudici comuni, ma instillava al contempo dubbi di notevole portata in merito al destino della giustizia costituzionale accentrata – presto rilevati in dottrina⁷¹. Non era soltanto l’inserimento di questo ulteriore elemento di «diffusione» del controllo di costituzionalità a preoccupare i commentatori: l’intera ricostruzione dei rapporti tra giudice sovranazionale, giudice costituzionale e giudici comuni sembrava complessivamente preludere ad un isolamento del secondo, in ragione del rapporto privilegiato che si andava instaurando tra gli altri due. In questo senso operavano diversi fattori: la riluttanza della Corte costituzionale a ritenersi «giurisdizionale nazionale» agli effetti dell’originario art. 177 TCE (una forma di auto-esclusione superata soltanto nel 2008); il dogma della «doppia pregiudizialità», consistente nel dare precedenza all’interpello della CGUE in tutti i casi in cui il giudice comune ritenesse che la norma applicabile al caso concreto presentasse, al contempo, profili di illegittimità costituzionale e profili di incompatibilità sovranazionale (con la conseguenza tuttavia, di rendere spesso «inutile» la proposizione della questione di costituzionalità a seguito dell’intervento della Corte di giustizia⁷²); la natura decisamente residuale, se non marginale, dell’arma dei controlimiti, più utile come minaccia di una ribellione latente che come effettivo strumento di affermazione della propria supremazia nel circuito interpretativo transnazionale.

Come si può agevolmente immaginare, il rigore della citata giurisprudenza della CGUE ha variamente inciso sui sistemi di giustizia costituzionale degli Stati membri, a seconda della struttura di questi ultimi, di come fossero articolate le relazioni tra giudici costituzionali e giudici comuni nei diversi contesti, di come fosse ricostruito nel

⁷¹ Vedi in particolare A. SPADARO, *Limiti del giudizio costituzionale incidentale e ruolo dei giudici*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 1990, 257 ss.; A. RUGGERI, *Materiali per uno studio dei limiti al sindacato di costituzionalità delle leggi (introduzione a una teoria giuridica della funzione “giurisprudenziale” conseguenziale)*, in *Giur. cost.*, 1985, 355 ss. e N. TROCKER, *La pregiudizialità costituzionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 853 ss.

⁷² A. CARDONE, *La tutela multilivello dei diritti fondamentali*, cit., 66.

sistema delle fonti l'insieme dei rapporti tra diritto nazionale e diritto sovranazionale. Ciò non impedisce ad ogni modo di cogliere un processo di lenta e inesorabile marginalizzazione degli organi di giustizia costituzionale degli Stati membri, alla luce del principio della *primauté* e dell'irradiazione di questo in ogni direzione, giustizia costituzionale compresa⁷³. È chiaro inoltre come l'avvio del processo di costituzionalizzazione formale dell'Unione, prima con l'adozione della Carta di Nizza e poi con il tentativo di approvare il Trattato costituzionale, abbia rappresentato un'ulteriore minaccia alla centralità delle Costituzioni nazionali, e con esse, ineluttabilmente, degli organi preposti a difenderle. Le ragioni sono plurime, e si può dare conto solo di alcune. In primo luogo, l'ovvia tensione tra il principio di attribuzione (pur canonizzato in ogni dove) e l'ampiezza degli obiettivi che l'Unione poneva a se stessa nell'orizzonte della sua palingenesi definitiva – da unione economica a comunità politica. Sul punto ci si è già soffermati e non occorre ritornarvi. In secondo luogo (profilo affine al precedente, ma non del tutto sovrapponibile), la tendenza espansiva delle competenze eurounitarie, tutt'altro che frenata dalla Corte di giustizia (cui si deve, anzi, la cd. «teoria dei poteri impliciti») e suscettibile di ulteriori sviluppi dopo le vicende di Nizza e Lisbona. In terzo e ultimo luogo, l'evidente sovrapposizione tra l'ambito materiale di efficacia della Carta di Nizza e quello delle Costituzioni

⁷³ Si veda per tutte la sentenza 8 settembre 2010, causa C-409/06, *Winner Wetten GmbH contro Bürgermeisterin der Stadt Bergheim*. Nel caso di specie, il *Bundesverfassungsgericht* aveva dichiarato incostituzionale un monopolio pubblico in materia di scommesse sportive esistente in un *Land*, decidendo al contempo di mantenere a titolo transitorio gli effetti della normativa interna relativa a detto monopolio. Il *Verwaltungsgericht Köln* (tribunale amministrativo di Colonia) adiva la CGUE deducendo la contrarietà della normativa indubbiata al diritto dell'Unione (in particolare agli artt. 43 e 49 TCE). La Corte di Lussemburgo giungeva così a dichiarare ininfluenza la precedente decisione dei giudici di Karlsruhe, affermando che in un caso del genere la previa statuizione del giudice costituzionale non è di ostacolo «a che il giudice nazionale che accerti che la stessa normativa contravviene a disposizioni del diritto dell'Unione aventi effetto diretto, come gli artt. 43 CE e 49 CE, decida, conformemente al principio del primato del diritto dell'Unione, di disapplicare tale normativa nell'ambito della causa di cui è investito». Giova rilevare infine che la Corte di giustizia avocava a sé anche la verifica della sussistenza di «circostanze eccezionali», tali da giustificare il mantenimento provvisorio degli effetti di una norma nazionale ritenuta in contrasto non solo con la Costituzione nazionale, ma anche con una norma di diritto dell'Unione direttamente applicabile, come accadeva nel caso di specie – nonostante sul punto vi fossero state obiezioni da parte degli Stati intervenuti, fondate, per analogia, sulla pregressa giurisprudenza della CGUE. Per un caso simile di «accantonamento» da parte della CGUE di una precedente decisione del tribunale costituzionale nazionale, vedi sent. 19 novembre 2009, causa C-314/08, *Krzysztof Filipiak contro Dyrektor Izby Skarbowej w Poznaniu*.

nazionali – cui va aggiunto il «dilagare della giurisprudenza CEDU»⁷⁴. Il «combinato disposto» del consolidato rapporto di fiducia tra CGUE e giudici comuni, da una parte, e di un tutt'altro che inimmaginabile «traboccamento» della Carta di Nizza – testo *materialmente* costituzionale – al di là del debole argine costituito dall'art. 51 della stessa, dall'altra parte, rendeva sempre più concreta l'ipotesi di una «disponibilità delle costituzioni» in capo al giudice comune, ormai messo «in condizione di dar luogo ad una sorta di *judicial review* comunitario di tutta la legislazione nazionale che può essere considerata attuativa del diritto dell'Unione»⁷⁵.

In questa prospettiva di sempre maggiore preoccupazione per la tenuta dei sistemi di giustizia costituzionale accentrata debbono essere letti alcuni recenti «dialoghi» tra Corte di giustizia e Corti nazionali. Tra le decisioni più rilevanti sul tema del rapporto tra pregiudizialità costituzionale e pregiudizialità eurounitaria si colloca senz'altro la sentenza *Melki e Abdeli*⁷⁶. La *Cour de cassation* si rivolgeva alla Corte di giustizia per conoscere della compatibilità con il diritto dell'Unione della *Loi organique 2009-1523*. Quest'ultima istituiva un meccanismo definito *question prioritaire de constitutionnalité*, tale per cui ove un giudice fosse stato investito di un dubbio sulla compatibilità di una legge sia rispetto a diritti e libertà costituzionali, sia rispetto agli obblighi internazionali della Francia, sarebbe stato tenuto, sussistendone i requisiti, a provvedere *innanzitutto* a rimettere la questione al giudice costituzionale francese. Evidente, a questo riguardo, la tensione con i principi statuiti dalla CGUE dalla sentenza *Simmenthal* in avanti: nell'interpretazione offerta dalla *Cassation*, la suddetta legge organica limitava infatti l'operatività dell'art. 267 TFUE, il quale impone ai giudici di ultima istanza di rivolgersi alla Corte di giustizia nel caso di dubbi sull'interpretazione o sulla validità delle norme eurounitarie. La riforma francese avrebbe allora determinato i seguenti

⁷⁴ A. GUAZZAROTTI, *Rinazionalizzare i diritti fondamentali? Spunti a partire da Corte di Giustizia UE, A c. B e altri, sent. 11 settembre 2014, C-112/13*, in *Diritti Comparati*, 2 ottobre 2014.

⁷⁵ A. CARDONE, *La tutela multilivello dei diritti fondamentali*, cit., 52.

⁷⁶ Corte giust., sent. 22 giugno 2010, cause riunite C-188/10 e C-189/10, *Aziz Melki e Sélim Abdeli*. Si veda il resoconto della vicenda in quattro atti scritto da F. FABBRINI, *La guerre des juges franco-europea*, in *Diritti Comparati*, giugno-settembre 2010, nonché F.R. TRABUCCO, *Controllo di costituzionalità vs. controllo di compatibilità comunitaria, dopo la riforma francese del 2009*, in *Forum di Quaderni costituzionali*.

effetti, incompatibili con il diritto dell'Unione: che un giudice, di fronte a un caso di «doppia pregiudizialità», non avrebbe potuto né rivolgersi alla Corte di giustizia né disapplicare la legge nazionale contrastante con il diritto sovranazionale prima di aver sollevato la questione di costituzionalità; nel caso in cui, poi, il *Conseil constitutionnel* avesse ritenuto la legge indubbiata conforme (anche) al diritto dell'Unione, il medesimo giudice non avrebbe neppure potuto, alla luce della decisione pronunciata dal *Conseil*, sottoporre una questione pregiudiziale alla Corte di giustizia. Nella sua risposta la CGUE non sancisce *expressis verbis* l'incompatibilità eurounitaria della legge organica controversa – anche alla luce di una sorta di «intepretazione adeguatrice» offerta successivamente al rinvio pregiudiziale dallo stesso *Conseil constitutionnel* e dal *Conseil d'État* –; ma fissa le condizioni alle quali una siffatta disciplina può ritenersi conforme alla consolidata giurisprudenza europea. La possibilità di fissare una «priorità» della questione di legittimità costituzionale non sembra respinta *tout court*, come traspare da questo passaggio:

Nei limiti in cui il diritto nazionale preveda l'obbligo di avviare un procedimento incidentale di legittimità costituzionale, che impedirebbe al giudice nazionale di disapplicare immediatamente una disposizione legislativa nazionale che ritenga contraria al diritto dell'Unione, il funzionamento del sistema instaurato dall'art. 267 TFUE esige nondimeno che siffatto giudice sia libero, da un lato, di adottare qualsiasi misura necessaria per garantire la tutela giurisdizionale provvisoria dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione e, dall'altro, di disapplicare, al termine di siffatto procedimento incidentale, la disposizione legislativa nazionale di cui trattasi se egli la ritenga contraria al diritto dell'Unione.

Parrebbero essere qui fissati i seguenti punti fermi: innanzitutto, che ove il giudice nazionale non disponga dei poteri necessari ad «adottare qualsiasi misura necessaria per garantire la tutela giurisdizionale provvisoria dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione» nell'attesa della soluzione della questione prioritaria di costituzionalità, l'impossibilità per lui di sollevare in ogni momento, anche prima di rivolgersi al giudice costituzionale, un rinvio pregiudiziale alla Corte dell'Unione,

sarebbe inammissibile. In secondo luogo, la pronuncia del giudice costituzionale sulla questione ad esso posta in via prioritaria non dovrebbe essere di ostacolo né alla successiva presentazione di un rinvio pregiudiziale da parte del giudice comune, né alla disapplicazione della legge nazionale indubbiata per contrarietà al diritto dell'Unione. Con le suddette precisazioni, non sarebbe dunque *di per sé* contraria all'art. 267 TFUE l'imposizione di un preventivo interpello al giudice costituzionale. L'evidente neutralizzazione, sia pure parziale, delle principali novità ragionevolmente desumibili dalla legge organica risulta ad ogni modo dal passaggio finale:

l'art. 267 TFUE non osta a siffatta normativa nazionale, purché gli altri organi giurisdizionali nazionali restino liberi:

- di sottoporre alla Corte di giustizia, in qualunque fase del procedimento che ritengano appropriata, ed anche al termine del procedimento incidentale di controllo della legittimità costituzionale, qualsiasi questione pregiudiziale che essi ritengano necessaria;
- di adottare qualsiasi misura necessaria per garantire la tutela giurisdizionale provvisoria dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione, e
- di disapplicare, al termine di siffatto procedimento incidentale, la disposizione legislativa nazionale in questione ove la ritengano contraria al diritto dell'Unione.

Una presa di posizione ugualmente rigorosa si rinviene nella sentenza *A contro B e altri*⁷⁷, la quale, se letta a prescindere dalle vicende che hanno portato fino a Lussemburgo, potrebbe sembrare un semplice *sequel* della sentenza *Melki e Abdeli*. In verità, la questione qui affrontata era ancora diversa, legandosi al problema della sovrapposizione tra diritti e libertà garantiti rispettivamente dalla Costituzione austriaca e dalla Carta di Nizza, e derivando i dubbi di compatibilità eurolunitaria non da una disciplina legislativa innovativa, bensì da una pronuncia del giudice costituzionale austriaco (*Verfassungsgerichtshof*) del 2012⁷⁸, riguardante una deroga al diritto a

⁷⁷ Corte giust., sent. 11 settembre 2014, causa C-112/13, *A contro B e altri*; v. il commento alla sentenza scritto da P. FARAGUNA, *Rinvio pregiudiziale e questione di legittimità costituzionale (nota a Corte di giustizia UE, C-112/13)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 18 settembre 2014.

⁷⁸ *Verfassungsgerichtshof*, sent. del 14 marzo 2012, U-466/11.

un'udienza pubblica in materia di procedure per il riconoscimento del diritto d'asilo – peraltro all'esito di un giudizio su ricorso diretto, e non di un giudizio in via incidentale. Due in particolare i passaggi «incriminati» – quasi degli *obiter dicta* – della pronuncia del giudice costituzionale: il primo in cui si affermava l'impossibilità per i giudici comuni di disapplicare di propria iniziativa le leggi ritenute in contrasto con la Carta di Nizza, dovendosi piuttosto proporre al giudice costituzionale domanda di annullamento *erga omnes* di dette leggi; il secondo, da cui poteva desumersi che ove vi fosse coincidenza dell'ambito di applicazione di diritti garantiti al contempo dalla Costituzione e dalla Carta, andasse esclusa la necessità del rinvio pregiudiziale, potendosi risolvere il caso sulla base della sola Costituzione nazionale. Trattavasi tuttavia di passaggi di non agevole interpretazione, che l'*Oberster Gerichtshof* (la Cassazione austriaca, giudice del rinvio) è sembrata voler declinare *in malam partem* allo scopo di «ottenere una sorta di decisione interpretativa di rigetto da parte di Lussemburgo»⁷⁹. Di certo vi è che la Corte costituzionale austriaca nel 2012 si era trovata dinanzi ad un intreccio tra disposizioni della CEDU (che in Austria riveste rango costituzionale) e disposizioni del tutto analoghe della Carta di Nizza, stabilendo di essere abilitata a scrutinare le leggi nazionali anche in base alla suddetta Carta – in virtù del *principio di equivalenza*. Risultava ad ogni modo che la principale preoccupazione del *Verfassungsgerichtshof* fosse non tanto quella di regolare i casi di doppia pregiudizialità in capo ai giudici comuni, quanto di scongiurare un'ulteriore emarginazione del giudizio di costituzionalità in ragione della pervasività delle garanzie apprestate dalla Carta di Nizza. Come giustamente osservato in dottrina, trattasi di una preoccupazione tutt'altro che peregrina: l'attribuzione della piena giuridicità alla Carta di Nizza ha «dato l'impressione di poter condurre all'irrilevanza l'operato delle Corti costituzionali di alcuni Stati europei. I giudici comuni hanno già uno, anzi, due interlocutori cui far riferimento: Strasburgo e Lussemburgo. L'ulteriore coinvolgimento in via incidentale della propria Corte costituzionale sembra un onere processuale dispendioso e contrario all'effettività della tutela dei diritti. Il che, tuttavia, rischia di

⁷⁹ A. GUAZZAROTTI, *Rinazionalizzare i diritti fondamentali?*, cit.

aggirare la scelta costituzionale fondamentale compiuta dal potere costituente di quegli Stati di attribuire il giudizio sulle leggi del Parlamento a un organo peculiare e a un procedimento peculiare»⁸⁰. Il giudizio della CGUE ricalca sostanzialmente la soluzione proposta in *Melki e Abdeli*, senza dimostrare particolare sensibilità ai tratti peculiari del caso di specie e senza conferire adeguata attenzione all'«alterità» della Carta di Nizza – o, meglio, ai rischi di sovrapposizione tra questa e le costituzioni nazionali. Temi affini sono stati affrontati infine nella recente sentenza *Global Starnet*⁸¹, ove il giudice del rinvio chiedeva alla Corte di giustizia di pronunciarsi sulla compatibilità con il diritto dell'Unione (nello specifico, sia con norme dei trattati sia con l'articolo 16 della Carta di Nizza) di una normativa sulla quale già si era pronunciata, nel senso del rigetto, la Corte costituzionale italiana – in base a parametri interni dal contenuto sostanziale analogo a quelli europei.

Prima di affrontare le questioni sollevate dalla Corte costituzionale italiana nella controversa sentenza 269/2017, di poco precedente alla suddetta *Global Starnet* e foriera di ulteriori spunti di riflessione per la nostra analisi, giova articolare alcune osservazioni sulla cosiddetta «saga *Taricco*», vicenda giudiziaria nella quale il *ménage à trois* coinvolgente giudice comune, giudice costituzionale e giudice eurounitario si è per la prima volta pienamente concretizzato con riguardo all'ordinamento italiano, con esito peraltro ancora incerto. Si procederà poi alla disamina di questa vicenda alla luce del «principle of best fit», proposto da Matthias Kumm⁸² al fine di «regolare» i conflitti tra Corti nello spazio costituzionale europeo.

⁸⁰ *Ibidem*.

⁸¹ Corte giust., sent. 20 dicembre 2017, causa C-322/16, *Global Starnet Ltd contro Ministero dell'Economia e delle Finanze e Amministrazione Autonoma Monopoli di Stato*; vedi ex multis A. RUGGERI, *Ancora in tema di congiunte violazioni della Costituzione e del diritto dell'Unione, dal punto di vista della Corte di giustizia (Prima Sez., 20 dicembre 2017, Global Starnet)*, in *Diritti Comparati*, 9 gennaio 2018, il quale rileva l'evidente divergenza di orientamento della CGUE rispetto a quanto statuito dalla Corte costituzionale italiana nella sent. 269/2017 – la quale sarà oggetto di analisi nel paragrafo 3.3. Sulla sentenza *Global Starnet* v. anche il commento di S. FELICIONI, *La pronuncia di una Corte costituzionale non può incidere sull'obbligo dei giudici di ultima istanza di sottoporre una questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia*, in *DPCE Online*, marzo 2018.

⁸² M. KUMM, *The Jurisprudence of Constitutional Conflict: Constitutional Supremacy in Europe before and after the Constitutional Treaty*, in *European Law Journal*, 3/2005, 262 ss.

3.2 – La persistenza della supremacy e la saga Taricco

La recente insistenza di alcune Corti costituzionali nazionali sull'ordine delle pregiudizialità non deve sorprendere; né risultano del tutto inattese le risposte della Corte di giustizia sul punto, tendenzialmente improntate alla conservazione del proprio «filo diretto» con i giudici comuni – il rinvio pregiudiziale, appunto. Nel circuito ermeneutico multilivello, infatti, avere la prima parola può rivelarsi tanto importante quanto avere l'ultima⁸³. Le sentenze testé esaminate, insieme a molte altre che non possiamo trattare in questa sede, sembrano manifestare un crescente disagio dei tribunali costituzionali nazionali, a fronte del pericolo di una loro progressiva emarginazione dal sistema di tutela multilivello dei diritti fondamentali. Se certo è ancora molto presto per cantare il *De profundis* alla giustizia costituzionale accentrata, è tuttavia legittimo chiedersi fino a che punto questo atteggiamento delle corti costituzionali sia giustificato. Sarebbe ingiusto e fuorviante interpretare queste forme di protesta solo come tentativi egoistici di salvaguardare le proprie attribuzioni e la propria autorevolezza (quasi nella prospettiva dell'*agire strategico* habermasiano); eppure numerose prese di posizione da parte dei giudici costituzionali su questioni eurounitarie sono state ritenute espressione di patriottismo costituzionale *démodé*, o di campanilismo giudiziario – finanche di «*Judicial Ego*»⁸⁴. A siffatti conflitti costituzionali è in realtà sotteso – o quantomeno *dovrebbe* essere sotteso – un dilemma più profondo, inerente alla ricerca dell'*autorità ultima*, del punto archimedeo da cui si possa ricostruire, anche in un contesto di perpetuo mutamento, la fisionomia complessiva del sistema costituzionale – ma anche, più prosaicamente, alla ricerca di *una* risposta per chi esiga quantomeno *certezza del diritto e certezza dei diritti*, se non può aspirare a una *risposta giusta* alle condizioni oggettive di contesto.

⁸³ J. KOMÁREK, *National constitutional courts in the European constitutional democracy*, cit., 527.

⁸⁴ L'espressione era riferita alla Corte costituzionale tedesca, in J.H.H. WEILER, *Editorial: Judicial Ego*, in *International Journal of Constitutional Law*, 1/2011, 1-4, ove si aggiungeva che «on matters of European law its reputation has gone from bad to worse and at present its credibility on Europe is in the dog house».

Il dilemma dell'«autorità ultima» fa discutere i giuristi europei da decenni. Non sembrano convincere del tutto né le teorie che vedono l'ordinamento giuridico dell'Unione come ordinamento sovraordinato e onnicomprensivo, né quelle che per contro attribuiscono la «supremazia costituzionale» a ciascuno degli Stati membri, riducendo così l'UE a ordinamento *derivato e dipendente* dai medesimi. Queste ultime, in particolare, faticano a spiegare il progressivo «cedimento» delle strutture costituzionali nazionali alla disciplina sovranazionale: nessuno, neppure le corti meno amichevoli verso il diritto europeo, osa più contestare i principi dell'effetto diretto e della *primauté*; né questi principi sono mai stati realmente messi in discussione nelle numerose occasioni in cui gli Stati membri hanno provveduto a modificare, anche intensamente, i trattati istitutivi⁸⁵. Dall'altra parte, guardare al sistema giuridico dell'Unione come *supreme law of the land* sembra in un certo senso contraddire sia l'autocomprensione delle corti nazionali (costituzionali e non), sia il *common sense* dei cittadini dei vari Stati membri. Si faccia, a questo riguardo, la seguente operazione mentale, di matrice chiaramente hartiana⁸⁶: un regolamento comunale in materia ambientale è adottato a Padova in esecuzione di un decreto legislativo. La legittimità del suddetto regolamento può essere vagliata in base alle disposizioni del decreto legislativo che ne rappresenta in un certo senso la causa. Ci si può fermare a questo controllo; oppure si può andare oltre e sindacare la validità del decreto legislativo in questione, sulla base di quanto disposto dalla legge delega, e così via. Si giunge tuttavia, necessariamente, a quella che in termini hartiani è la «norma di riconoscimento definitiva», ovvero il «criterio supremo di validità»: la Costituzione. Essa è diversa dalle altre norme vagliate nella catena di rimandi vista finora, in quanto «non esiste un'altra norma che stabilisce criteri per il riconoscimento della sua validità giuridica»⁸⁷. Se questa linea di ragionamento giuridico potrebbe essere tipica di qualsiasi aula giudiziaria italiana, non molto diversamente è declinata l'idea generale di ordinamento

⁸⁵ N. MACCORMICK, *Questioning Sovereignty*, cit., 224; v. anche M. KUMM, *The Jurisprudence of Constitutional Conflict*, cit., 287 ss.

⁸⁶ H.L.A. HART, *The Concept of Law*, London, Oxford University Press, 1961, tr. it. *Il concetto di diritto*, Torino, Einaudi, 1991, 126 ss.

⁸⁷ *Ibidem*.

giuridico che ha in mente gran parte dei cittadini italiani. Questi ultimi, infatti, non hanno perlopiù una cognizione precisa dei criteri di validità fissati dall'ordinamento di cui fanno parte⁸⁸; sono, tuttavia, consapevoli del fatto che le regole più significative della loro esistenza sociale sono stabilite dalla «legge», e che i principi generali e supremi dell'organizzazione politica di cui fanno parte sono contenuti nel testo costituzionale. In entrambi i versanti (sia quello dei giudici, sia quello dei comuni cittadini), la «legge suprema del regno», *fons fontium* e *ordo ordinans*, è identificata nella Costituzione nazionale⁸⁹. È indifferente, ai fini della ricostruzione delle relazioni tra gli ordinamenti, che i soggetti (siano essi semplici cittadini o funzionari) degli ordinamenti nazionali continuino a guardare alla propria Costituzione nazionale come *fonte superiore e non ulteriormente fondata*?

Si modifichi l'esempio precedente, specificando che il decreto legislativo alla base del regolamento comunale è stato adottato al fine di attuare una direttiva dell'Unione europea. In tal caso, la validità del decreto legislativo (e, prima ancora, della legge delega) sarà determinata in base alla sua conformità alle norme della direttiva, potendosi – in base alla sentenza *Granital* – eventualmente sollevare dinanzi alla Corte costituzionale questione di legittimità per contrasto tra l'atto interno avente forza di legge e la disciplina eurounitaria non *self-executing*. A sua volta, la direttiva UE potrà essere sindacata alla luce dei Trattati, tramite rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia – in un caso del genere, peraltro, si porrebbe probabilmente una questione di «doppia pregiudizialità» simile a quelle trattate in precedenza. Non sarebbe ad ogni modo esclusa la possibilità di verificare la compatibilità della direttiva in questione con i principi supremi dell'ordinamento costituzionale italiano, secondo il consolidato – per quanto finora mai messo in atto con riferimento alla legislazione dell'Unione – orientamento della Corte costituzionale sui «controlimiti». Di nuovo, pertanto, l'autorità ultima sembrerebbe spettare, quantomeno *da un punto di vista interno*, alla Costituzione

⁸⁸ Il ragionamento proposto richiama di nuovo le riflessioni hartiane: *ibidem*, 135.

⁸⁹ Riguardo, per contro, alla presunta Costituzione europea, osserva M. LUCIANI, *Intelligenti pauca. Il caso Taricco torna (catafratto) a Lussemburgo*, in *Osservatorio costituzionale*, 1/2017, 11, che «occorre un'autentica credenza legittimante (“la légitimité n'est qu'un système de croyances”) nella esistenza di una Costituzione. E questa credenza non si è mai data e men che meno si dà oggi, nel contesto della sfera pubblica europea». Sul punto si tornerà *infra*, par. 4.1.

nazionale – *rectius*: al «nucleo duro» imm modificabile della Costituzione nazionale – e al suo «guardiano» con sede a Palazzo della Consulta.

Per quanto i rapporti con l’Unione europea, come abbiamo più volte sottolineato, siano diversamente disciplinati e «declinati» nei vari Stati membri, possiamo individuare quantomeno tre grandi «zone di conflitto», peraltro tra loro *contigue e talvolta intrecciate*, ove la citata resistenza dell’idea di un’autorità ultima a livello nazionale determina non trascurabili tensioni con l’Unione e con la Corte di giustizia. Una prima zona è costituita dalla tutela dei diritti fondamentali, o meglio dai possibili *dislivelli di tutela* che provocano i cortocircuiti teorici affrontati nell’arco di tutto il presente lavoro. Una seconda zona di conflitto è data dal rispetto dei principi di attribuzione e sussidiarietà. Per quanto già meccanismi interni al sistema istituzionale dell’Unione siano preposti alla garanzia dei confini – si pensi alla procedura di *early warning* che fa dei parlamenti nazionali «i *watchdogs* della sussidiarietà»⁹⁰ –, non sono mancati i casi di vero e proprio accertamento, da parti di corti costituzionali o supreme, della natura *ultra vires* di atti dell’Unione⁹¹; in altri casi, invece, questa modalità di controllo è stata piuttosto teorizzata che messa in pratica⁹². Terza zona di conflitto, quella rappresentata dalle *identità costituzionali nazionali*. Premesso che, in linea di principio, le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri fanno già parte del diritto dell’Unione in quanto principi generali, trovando dunque collocazione tra le fonti primarie, e che generalmente gli Stati membri hanno accettato che il diritto

⁹⁰ P. BILANCIA, *L’early warning system nella prassi dello spazio pubblico europeo. Atti del Convegno “Parlamenti nazionali e Unione europea nella governance multilivello – Prin 2010/11” svoltosi a Roma il 12 e 13 maggio 2015*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, 2015, 4.

⁹¹ V. ad esempio la sentenza della Corte suprema danese n. 15/2014 del 6 dicembre 2016, con cui la stessa ha rifiutato di dare attuazione alla sentenza della Corte di giustizia nella causa *Dansk Industri*, nonché la sentenza del 31 ottobre 2010, Pl. ÚS 5/12, con cui la Corte costituzionale ceca ha dichiarato *ultra vires* la sentenza *Landtová*. Commenti a queste sentenze si trovano rispettivamente in G. ZACCARONI, *Un’altra crepa nella diga del dialogo? La Corte Suprema Danese rifiuta di dare applicazione ad un rinvio pregiudiziale della Corte di Giustizia*, in *Quad. cost.*, 1/2017, 155-158; O. POLLICINO, *Qualcosa è cambiato? La recente giurisprudenza delle Corti costituzionali dell’est vis à vis il processo di integrazione europea*, in *Diritti Comparati*, 15 novembre 2012.

⁹² Ma «the shadow of this veto is important even when it is not exercised»: così M.P. MADURO, *Contrapunctual Law: Europe’s Constitutional Pluralism in Action*, cit., 521. Sulla teorizzazione del controllo degli atti *ultra vires* nella giurisprudenza della Corte costituzionale tedesca, v. P. FARAGUNA, *Il Bundesverfassungsgericht e l’Unione europea, tra principio di apertura e controlimiti*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2/2016, 438 ss.

sovranazionale potesse derogare a norme anche costituzionali purché non appartenenti al nucleo essenziale imm modificabile del patto costituzionale (mentre gli stessi hanno fatto ricorso al metodo della revisione solo in presenza di modifiche significative ai Trattati, quali Maastricht e Lisbona), i problemi sono sorti in presenza di manifeste discordanze tra norme sovranazionali e singole disposizioni costituzionali – *in quanto tali* ovvero nell’interpretazione offerta loro dal tribunale costituzionale. Nel caso *Kreil*⁹³ ricorreva la prima ipotesi: la Corte di giustizia aveva infatti dichiarato che la normativa tedesca che precludeva alle donne la carriera militare era contraria ad una direttiva sulla parità di trattamento di uomini e donne nell’accesso al lavoro – normativa, la prima, fondata sull’inequivocabile disposto dell’art. 12A del *Grundgesetz*. Non essendo peraltro ritenuta norma irrinunciabile dell’ordinamento costituzionale tedesco, la medesima era successivamente modificata proprio per obbedire al *diktat* della Corte di giustizia. La seconda ipotesi corrisponde invece al noto caso *Melloni*: qui, come già osservato, la Corte di giustizia dichiarava la soccombenza del *quantum pluris* di tutela offerto nell’ordinamento spagnolo al diritto di difesa – nell’accezione particolarmente ampia conferita dal *Tribunal* all’art. 24 della Costituzione spagnola – di fronte alle pretese di uniformità della normativa sul MAE. Si può certo ritenere che nei due casi testé citati nessuna delle due norme costituzionali «sacrificate» sull’altare dell’Unione fosse parte dell’identità costituzionale – resistente dunque anche alle esigenze di integrazione giuridica – degli Stati membri coinvolti. Diversamente si può pensare leggendo la straordinaria mole di commenti alla cosiddetta «saga *Taricco*»⁹⁴, nella quale

⁹³ Corte giust., sent. 11 gennaio 2000, causa C-285/98, *Tanja Kreil e Repubblica federale di Germania*.

⁹⁴ La bibliografia su questa vicenda giudiziaria è, come si può immaginare, sterminata. Sulla sentenza *Taricco I* si veda quantomeno M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2/2016, 1-20; A. VENEGONI, *Ancora sul caso Taricco: la prescrizione tra il diritto a tutela delle finanze dell’Unione europea ed il diritto penale nazionale*, in *Dir. pen. cont.*, 30 marzo 2016, 1-12; E. LUPO, *La primauté del diritto dell’UE e l’ordinamento penale nazionale (Riflessioni sulla sentenza Taricco)*, in *Dir. pen. cont.*, 1/2016, 217-227; C. AMALFITANO, *Il ruolo dell’art. 325 TFUE nella sentenza Taricco e le sue ricadute sul rispetto del principio di legalità penale. Possibile una diversa interpretazione ad opera della Corte di giustizia?*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 5 ottobre 2016; sull’ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale italiana vedi V. MANES, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a “Taricco”. Note minime all’ordinanza della Corte costituzionale n. 24 del 2017*, in *Dir. pen. cont.*, 13 febbraio 2017, 1-14; G. LATTANZI, *Il dialogo tra le corti nei casi Melloni e Taricco*, in *Cass. pen.*, 6/2017, 2131 ss.; G. REPETTO, *Una ragionevole apologia della supremacy. In margine all’ordinanza della Corte costituzionale sul caso Taricco*, in *Quad. cost.*,

per la terza volta nella sua storia – la seconda a partire da un giudizio in via incidentale – la Corte costituzionale italiana ha dialogato direttamente con la Corte di giustizia dell’Unione europea, allo scopo di difendere una declinazione *particolare* del principio di legalità. Ripercorrere brevemente questa complessa vicenda può illuminare i seguenti punti: un’evidente «torsione» dello strumento del rinvio pregiudiziale europeo, qui attivato dalla Corte italiana allo scopo di ottenere una sorta di *interpretazione autentica* di una precedente sentenza della stessa Corte di giustizia; un passo avanti verso la possibile «procedimentalizzazione» dei controlimiti, fatti valere non più solipsisticamente dalla Corte costituzionale ma all’interno di un circuito dialogico allargato; la premessa, degna certamente di ulteriori riflessioni e comunque suscettibile di svilupparsi in molteplici direzioni, di una significativa ridefinizione del ruolo delle corti costituzionali d’Europa nel sistema multilivello.

Questo il primo atto della saga giudiziaria: il Tribunale di Cuneo si rivolge alla Corte di giustizia nell’ambito di un procedimento penale relativo alle cosiddette «frodi carosello» (dirette ad aggirare il meccanismo di funzionamento dell’IVA). La CGUE, con la sentenza cd. *Taricco I*⁹⁵, risponde «sanzionando» la normativa italiana in materia di prescrizione del reato, nella misura in cui questa impedisca «di infliggere sanzioni

1/2017, 229-238; A. TERRASI, *Note a margine dell’ordinanza della Corte costituzionale sul caso “Taricco”*: l’effetto delle norme dei trattati istitutivi dell’UE sulla legge penale sostanziale italiana, in *Quad. cost.*, 1/2017, 308-315; R.E. KOSTORIS, *La Corte costituzionale e il caso Taricco, tra tutela dei “controlimiti” e scontro tra paradigmi*, in *Dir. pen. cont.*, 3/2017, 197-211; I. PELLIZZONE, *La Corte costituzionale sul caso Taricco: principio di determinatezza, separazione dei poteri e ruolo del giudice penale*, in *Quad. cost.*, 1/2017, 112-115; A. LONGO, *Iuxta propria principia. La Corte costituzionale tra autocomprensione identitaria, dialogo polemico tra Corti e un nuovo tipo di decisione monitoria, a partire dall’ordinanza 24 del 2017*, in *Rivista AIC*, 3/2017, 1-21; M. LUCIANI, *Intelligenti pauca. Il caso Taricco torna (catafratto) a Lussemburgo*, in *Osservatorio costituzionale*, 1/2017, 1-11; A.A. DEMMIG, *La Corte costituzionale è ferma sui controlimiti, ma rovescia sulla Corte europea di giustizia l’onere di farne applicazione, bilanciando esigenze europee e istanze identitarie degli Stati membri*, in *Giur. cost.*, 1/2017, 507 ss.; sulla sentenza *Taricco II*, infine, vedi *ex multis* E. LUPO, *La sentenza europea c.d. Taricco-bis: risolti i problemi per il passato, rimangono aperti i problemi per il futuro*, in *Dir. pen. cont.*, 12/2017, 109-121; V. MARCENÒ, *La sentenza Taricco-bis. Conseguenze di una sovranità non decisa*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 12 gennaio 2018, 1-4; M. GAMBARDELLA, *La sentenza Taricco 2: obbligo di disapplicazione in malam partem “a meno che” non comporti una violazione del principio di legalità*, in *Cass. pen.*, 1/2018, 114-130; A. RUGGERI, *La Corte di giustizia porge un ramoscello di ulivo alla Consulta su Taricco e resta in fiduciosa attesa che legislatore e giudici nazionali si prendano cura degli interessi finanziari dell’Unione (a prima lettura della sentenza della grande Sezione del 5 dicembre 2017)*, in *Diritti Comparati*, 3/2017, 220-228.

⁹⁵ Corte giust., sent. 8 settembre 2015, causa C-105/14, *Ivo Taricco e a. (cd. Taricco I)*.

effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea, o in cui preveda, per i casi di frode che ledono gli interessi finanziari dello Stato membro interessato, termini di prescrizione più lunghi di quelli previsti per i casi di frode che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea». La soluzione dovrebbe essere allora la disapplicazione delle disposizioni nazionali «che abbiano per effetto di impedire allo Stato membro interessato di rispettare gli obblighi impostigli dall'articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE» (articolo che concerne le frodi e altre attività illegali lesive degli interessi finanziari dell'Unione): in sintesi, questa è la «regola *Taricco*».

Di fronte al possibile impatto sistemico di questa decisione, due corti italiane (Corte d'appello di Milano e Corte di cassazione) sollevano questione incidentale di legittimità costituzionale, allegando la possibile violazione di principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale. Riemerge con prepotenza, in questo secondo atto della saga, la teoria dei controlimiti – sorta di belva addomesticata ma mai sopita, ridestata già dalla sentenza della Corte cost. n. 238 del 2014 sui crimini di guerra nazisti. La Corte costituzionale non applica direttamente i controlimiti, e ricorre agli strumenti del dialogo. Il rinvio pregiudiziale da essa sollevato risulta ad ogni modo peculiare: trattasi infatti di una «richiesta di chiarimenti»⁹⁶ alla Corte di giustizia in merito al suo precedente orientamento, risolvendosi tuttavia, nella sostanza, in una *domanda di neutralizzazione degli effetti della Taricco I*⁹⁷. Il caso *Taricco* torna dunque a Lussemburgo, ma vi torna «catafratto»⁹⁸, in quanto la Corte costituzionale dichiara senza troppe ambiguità che se l'interpretazione della normativa europea offerta dalla

⁹⁶ «Per la verità, che davvero ci fosse margine per un rinvio era discutibile: la sentenza *Taricco* era stata *tranchante* e non sembrava dare adito a quei dubbi interpretativi che, secondo concetto, lo legittimano. Primato e piena efficacia della normativa europea; obbligo incondizionato del giudice italiano di disapplicare quella nazionale; assoluta irrilevanza della concezione della prescrizione propria del nostro ordinamento: non è che ci fosse molto da lasciare al tormento dell'interprete»: così M. LUCIANI, *Intelligenti pauca. Il caso Taricco torna (catafratto) a Lussemburgo*, in *Osservatorio costituzionale*, 1/2017, 3.

⁹⁷ Riguardo all'uso del rinvio pregiudiziale fatto dalla Corte, si è parlato in dottrina di «una polivalenza forse non ispirata al massimo rigore teorico, ma senz'altro molto utile sul piano dei rapporti istituzionali»: così M. NISTICÒ, *Limiti e prospettive del circuito di tutela su più livelli dei diritti fondamentali*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2018, 268.

⁹⁸ M. LUCIANI, *Intelligenti pauca*, cit., 11.

CGUE dovesse determinare l'ingresso nel nostro ordinamento di disposizioni incompatibili con il principio di legalità in materia penale – qualificato più volte come principio supremo dell'ordinamento costituzionale – questa Corte «avrebbe il dovere di impedirlo». Seguono affermazioni di notevole interesse sul piano della ricostruzione delle relazioni inter-sistemiche, e non del tutto convergenti con la visione della CGUE per come si è delineata negli ultimi decenni: la forza dell'unità in seno ad un ordinamento caratterizzato dal pluralismo deriva dalla sua capacità di «includere il tasso di diversità minimo, ma necessario per preservare la identità nazionale insita nella struttura fondamentale dello Stato membro»; il diritto dell'Unione perciò non può essere interpretato nel senso di imporre ad uno Stato membro la rinuncia ai principi supremi del proprio ordine costituzionale, poiché in tal caso «i Trattati europei mirerebbero contraddittoriamente a dissolvere il fondamento costituzionale stesso dal quale hanno tratto origine per volontà degli Stati membri»; la verifica ultima circa l'osservanza dei principi supremi dell'ordinamento nazionale da parte delle norme eurounitarie spetta alle autorità nazionali – la Costituzione italiana «a tale proposito, la rimette in via *esclusiva* a questa Corte». Nessuna «europeizzazione dei controlimiti» è possibile, sembra dire la Corte italiana: l'identità nazionale o è auto-determinata, o *semplicemente non è*⁹⁹.

Il terzo atto¹⁰⁰ vede la Corte di giustizia intervenire nuovamente sulla questione, disinnescando in gran parte le conseguenze (ritenute) «drammatiche» della sua prima decisione. Riguardo al principio di irretroattività, essa «precisa» che la disapplicazione delle norme prescrizionali contrastanti con il diritto europeo non può essere posta in essere riguardo a reati commessi prima dell'8 settembre 2015 (data della pronuncia *Taricco I*); riguardo al problema della determinatezza della legge penale, afferma invece che spetta al giudice nazionale verificare che il disposto della *Taricco I* non conduca a una situazione di «incertezza» nell'ordinamento giuridico italiano quanto al regime di prescrizione applicabile – incertezza che appunto si porrebbe in contrasto con il

⁹⁹ La Corte sembra qui rivendicare il diritto all'*ultima parola*; vedremo nel prossimo paragrafo che una sorta di diritto alla *prima parola* è invece rivendicato nella di poco successiva sentenza 269 del 2017.

¹⁰⁰ Corte giust., sent. 5 dicembre 2017, causa C-42/17, *M.A.S. e M.B.* (cd. *Taricco II*).

principio di determinatezza della legge applicabile. In questo passaggio la Corte sembra perciò attenuare i dirompenti effetti della decisione precedente, rileggendo la situazione italiana alla luce della concezione *sostanziale* della prescrizione che la contraddistingue e constatando così l'eventualità che in *quel* contesto la *Taricco I* possa provocare, contro l'intenzione, una lesione di principi sanciti da CEDU, Carta di Nizza e tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri in punto di prevedibilità, determinatezza e irretroattività della legge penale applicabile. La Corte costituzionale, infine, non può che prendere atto di questo sostanziale *revirement*¹⁰¹, sancendo l'inapplicabilità della «regola *Taricco*» all'ordinamento italiano, contestando nuovamente l'attribuzione all'art. 325 TFUE di effetti diretti e sostenendo altresì, discutibilmente, che in questa vicenda giudiziaria non c'era in realtà motivo di contrasto, trovandosi il limite all'applicabilità del diritto dell'Unione già *all'interno del diritto dell'Unione*.

Nonostante l'epilogo apparentemente felice di questo dialogo giudiziario, si percepisce leggendo le diverse sentenze un «rumore di fondo», quasi che il conflitto dei punti di vista trapelasse qua e là, gestito abilmente dalle Corti ma sempre pronto a deflagrare. Si pensi all'affermazione della Corte italiana per cui solo le autorità nazionali possono accertare quale sia l'identità costituzionale dei rispettivi Stati membri; al silenzio assordante della Corte di giustizia, nella *Taricco II*, riguardo alla compatibilità tra la «regola *Taricco*» e i principi supremi dell'ordinamento costituzionale italiano; di più, si pensi al problema essenziale rimasto in parte irrisolto, ovvero quello della definizione *normativa e non giurisprudenziale* delle fattispecie penali e delle loro componenti – quello che sembra essere l'autentico *punctum crucis* della saga in questione, e la radice del dissenso qui emerso tra l'Italia e l'Unione europea. La Corte italiana sembra aver allora ribadito che elemento irrinunciabile del nostro Stato di diritto è «la decisione *democratica* sul reato, sui suoi presupposti, sulle

¹⁰¹ Corte cost., sent. 31 maggio 2018, n. 115.

sue conseguenze»¹⁰²; profilo cui è peraltro sotteso un possibile «scontro tra paradigmi» a livello europeo¹⁰³.

Se verificassimo la conformità dell'atteggiamento mantenuto dalle due Corti ai principi fissati da Mattias Kumm¹⁰⁴ per la risoluzione dei conflitti costituzionali, dovremmo ragionare nel modo seguente. Il primo principio è formale, e richiede che le corti nazionali muovano dal presupposto di dover applicare e rafforzare il diritto UE (nel caso di specie, la regola *Taricco*), *anche a discapito delle disposizioni costituzionali interne*. Tuttavia questa presunzione di dover in ogni caso applicare il diritto UE può essere accantonata, ove abbiano maggior peso principi concorrenti e incompatibili con la normativa europea in questione. Il primo «contro-principio» è connesso ai diritti fondamentali: se la garanzia di questi predisposta dall'Unione si rivela inadeguata, è ammissibile l'intervento delle corti nazionali. Ma questa inadeguatezza dev'essere sistemica? Sono ammissibili deroghe al principio dell'obbedienza al diritto dell'Unione in presenza di singole violazioni? Il secondo contro-principio è connesso al rispetto della sussidiarietà. Vi sono garanzie adeguate nel sistema eurounitario? Anche l'attivazione di questa seconda ipotesi di deroga sembra dipendere da postulati tutt'altro che agevolmente definibili. Il terzo e ultimo contro-principio mette invece in gioco il *deficit* democratico dell'Unione: ove la normativa sovranazionale sia incompatibile con disposizioni costituzionali chiare e precise, espressione di scelte democraticamente stabilite, la prima è destinata a cedere. Riguardo al caso *Taricco*, si potrebbe discutere all'infinito se l'art. 25 comma 2 Cost. enunci in modo *chiaro e preciso* il principio di legalità *così come declinato dalla nostra Corte costituzionale* nell'ordinanza n. 24/2017, o se piuttosto questa ne abbia ricavato i tratti essenziali *in via interpretativa* – d'altra parte, la stessa categoria dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale è stata enucleata in via pretoria.

¹⁰² M. LUCIANI, *Intelligenti pauca*, cit., 8.

¹⁰³ M. VOGLIOTTI, *Il giudice al tempo dello scontro tra paradigmi*, in *Dir. pen. cont.*, 2 novembre 2016, 1-18; sul punto v. anche G. REPETTO, *Una ragionevole apologia della supremacy. In margine all'ordinanza della Corte costituzionale sul caso Taricco*, in *Quad. cost.*, 1/2017, 231 ss.

¹⁰⁴ M. KUMM, *The Jurisprudence of Constitutional Conflict*, cit., 299 ss.

Il «principle of best fit» non sembra soccorrere nel caso di specie, dipendendo la sua applicazione da «pre-comprensioni» del significato e della portata dei diversi sottoprincipi testé enunciati. Per tornare alla metafora esposta all’inizio del presente paragrafo: a dispetto del tentativo, da parte del nostro giudice costituzionale, di «procedimentalizzare» i controlimiti attraverso il dialogo diretto con la Corte di giustizia, è sembrato di ascoltare sì un contrappunto, ma un contrappunto *dissonante*.

3.3 – *La giustizia costituzionale dopo Nizza e Lisbona: riflessioni a partire dalla sent. 269/2017 della Corte costituzionale italiana*

Dalla vicenda *Taricco* sembrano potersi ricavare innumerevoli spunti di riflessione riguardo al presunto «nuovo ruolo» delle Corti costituzionali nazionali nello spazio giudiziario europeo. Ulteriori annotazioni possono essere fatte sulla base di un’altra recente pronuncia della Corte costituzionale, la sentenza 269/2017¹⁰⁵, contenente un sorprendente *obiter dictum* – decisamente più significativo di tutti gli altri punti della decisione. Si è persino paragonato quest’*obiter dictum* ad un «atto interruttivo

¹⁰⁵ Corte cost., sent. 14 dicembre 2017, n. 269. Tra i molti commenti alla decisione, vedi almeno A. RUGGERI, *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario assiologicamente pregnanti, attratte nell’orbita del sindacato accentratore di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell’Unione self-executing (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017)*, in *Diritti Comparati*, 3/2017, 1-13; C. CARUSO, *La Corte costituzionale riprende il «cammino comunitario»: invito alla discussione sulla sentenza n. 269 del 2017*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 18 dicembre 2017, 1-3; A. GUAZZAROTTI, *Un “atto interruttivo dell’usucapione” delle attribuzioni della Corte costituzionale? In margine alla sentenza n. 269/2017*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 18 dicembre 2017, 1-3; R.G. CONTI, *La Cassazione dopo Corte cost. n. 269/2017. Qualche riflessione, a seconda lettura*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 28 dicembre 2017, 1-16; D. TEGA, *La sentenza n. 269 del 2017 e il concorso di rimedi giurisdizionali costituzionali ed europei*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 24 gennaio 2018, 1-4; R.G. CONTI, *Qualche riflessione, a terza lettura, sulla sentenza n. 269/2017*, in *Diritti Comparati*, 1/2018, 280-297; C. CHIARELLO, *Il valore costituzionale della Carta di Nizza: un problema ancora aperto anche alla luce della sentenza n. 269/2017 della Corte costituzionale*, in *Consulta OnLine*, 2/2018, 377-391; S. VERNUCCIO, *La sentenza 269/2017: la Corte costituzionale di fronte alla questione dell’efficacia diretta della Carta di Nizza e la prima risposta del giudice comune (Cass. ord. 3831/2018)*, in *Osservatorio costituzionale*, 2/2018, 1-20; L.S. ROSSI, *La sentenza 269/2017 della Corte costituzionale italiana: obiter “creativi” (o distruttivi?) sul ruolo dei giudici italiani di fronte al diritto dell’Unione europea*, in *Federalismi.it*, 3/2018, 2-9; F.S. MARINI, *I diritti europei e il rapporto tra le Corti: le novità della sentenza n. 269 del 2017*, in *Federalismi.it*, 4/2018, 1-11.

dell'usucapione delle attribuzioni della Corte costituzionale»¹⁰⁶; si è detto che potrebbe trattarsi della «più rilevante pronuncia in tema di rapporti tra diritto interno e ordinamento sovranazionale dopo la n. 170 del 1984»¹⁰⁷.

Le due ordinanze di rimessione alla Corte avevano ad oggetto la compatibilità con gli articoli 3 e 53 Cost. di un contributo obbligatorio a favore dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, posto a carico delle sole imprese residenti in Italia e con fatturato superiore ai 50 milioni di euro. La decisione di uno dei due giudici *a quibus* di invertire l'ordine di esame delle questioni sollevate dal ricorrente – il quale infatti aveva eccepito innanzitutto la non applicabilità della normativa italiana per contrasto con il diritto dell'Unione europea avente efficacia diretta –, stimando «più aderente al sistema giuridico complessivo» scrutinare prioritariamente la conformità della disciplina al diritto interno e la sua aderenza ai principi costituzionali, dà alla Corte l'abbrivio per un eccentrico *excursus*, quasi una «precisazione» del quadro teorico in cui si inserisce la soluzione del dubbio del giudice remittente. Questa precisazione ha peraltro come oggetto primario la risoluzione dei casi di doppia pregiudizialità coinvolgenti la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione – non rilevante ai fini del giudizio *a quo*. La Corte approfitta dell'*assist* offerto da questa vicenda per ribadire apparentemente i pilastri della sentenza *Granital*: ove vi sia un contrasto tra una disposizione interna e una normativa eurounitaria avente diretta efficacia, spetta al giudice comune provvedere ad applicare la seconda e a «non applicare» la prima, interpellando eventualmente la Corte di giustizia in caso di dubbi sull'interpretazione (o sulla validità) della norma sovranazionale; per contro, in presenza di norme eurounitarie non *self-executing*, ed esperito inutilmente il tentativo di interpretazione conforme, dovrà necessariamente sollevarsi questione di legittimità costituzionale. Fin qui, *nihil sub sole novi*.

Poi però si afferma che «una precisazione si impone alla luce delle trasformazioni che hanno riguardato il diritto dell'Unione europea e il sistema dei rapporti con gli

¹⁰⁶ A. GUAZZAROTTI, *Un "atto interruttivo dell'usucapione" delle attribuzioni della Corte costituzionale? In margine alla sentenza n. 269/2017*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 18 dicembre 2017, 1-3, il quale a sua volta mutua questa espressione da R. BIN, *L'interpretazione conforme. Due o tre cose che so di lei*, in *Rivista AIC*, 1/2015, 13.

¹⁰⁷ C. CARUSO, *La Corte costituzionale riprende il «cammino comunitario»: invito alla discussione sulla sentenza n. 269 del 2017*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 18 dicembre 2017, 1.

ordinamenti nazionali dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona [...], che, tra l'altro, ha attribuito effetti giuridici vincolanti alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, [...] equiparandola ai Trattati». La Carta di Nizza è dotata di caratteri peculiari in ragione del suo contenuto «di impronta tipicamente costituzionale»; questi caratteri fanno sì che i diritti e le libertà da essa garantiti si sovrappongano o si intersechino spesso con analoghi diritti e libertà tutelati dalla Costituzione nazionale – e a questo proposito la Corte menziona la recente vicenda *Taricco*. Nel caso in cui la violazione di un diritto della persona infranga a un tempo sia le disposizioni della Costituzione italiana, sia le previsioni della Carta di Nizza, si impone un intervento *erga omnes* da parte della Corte costituzionale, «anche in virtù del principio che situa il sindacato accentrato di costituzionalità delle leggi a fondamento dell'architettura costituzionale (art. 134 Cost.)». Ribadendo la propria fedeltà al principio della leale cooperazione e al «meta-principio» della massimizzazione delle tutele ex art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, la Corte giunge dunque ad affrontare il nodo della «doppia pregiudizialità», richiamando sia la posizione della Corte costituzionale austriaca in precedenza menzionata, sia le risposte della Corte di giustizia nelle sentenze *A contro B* e *Melki e Abdeli*, concludendo che «questa Corte ritiene che, laddove una legge sia oggetto di dubbi di illegittimità tanto in riferimento ai diritti protetti dalla Costituzione italiana, quanto in relazione a quelli garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea in ambito di rilevanza comunitaria, debba essere sollevata la questione di legittimità costituzionale, fatto salvo il ricorso al rinvio pregiudiziale per le questioni di interpretazione o di invalidità del diritto dell'Unione, ai sensi dell'art. 267 del TFUE».

La Corte costituzionale sembra essersi mossa a fare questa «precisazione» a causa del crescente rischio, già ampiamente paventato in questo lavoro, che la combinazione dei meccanismi della «non applicazione» e della doppia pregiudizialità, allargandosi così tanto la sfera materiale di efficacia del diritto dell'Unione, trasmodi in una sorta di sindacato diffuso di costituzionalità della legge nazionale, e dunque in un'emarginazione del giudice costituzionale proprio dalla funzione cui è preposto in via prioritaria – la garanzia dei diritti fondamentali. Vi sono tuttavia almeno tre profili di

potenziale contrasto con la visione propugnata dalla Corte di giustizia: *in primis*, l'affermazione per cui la questione di costituzionalità ha la priorità ogniqualvolta una norma di legge infranga diritti e libertà al contempo garantiti dalla Costituzione nazionale e dalla Carta di Nizza, *a prescindere dalla natura della disposizione di quest'ultima di volta in volta rilevante*. Vi sono infatti previsioni della Carta indubbiamente idonee ad avere efficacia diretta – non torniamo, qui, sulla controversa distinzione tra «diritti» e «principi» ex art. 52¹⁰⁸. In questo senso, l'*obiter dictum* sembra voler delimitare notevolmente la portata dello «schema *Granital*», escludendo che il giudice comune possa ricorrere alla non applicazione nei casi di doppia pregiudizialità coinvolgenti disposizioni della Carta dei diritti fondamentali dell'UE; il criterio *formale-strutturale* della giurisprudenza *Granital*, fondato sulla distinzione tra norme auto-applicative e norme non auto-applicative, cede allora ad un criterio *assiologico-sostanziale* «senza alcun precostituito ordine gerarchico, nell'ottica della garanzia della maggior tutela»¹⁰⁹. Secondo profilo di possibile divergenza, il potere che la Corte costituzionale sembra ascrivere a se stessa di garantire la conformità – *rectius*: l'armonia – dell'interpretazione della Carta con le tradizioni costituzionali – significativamente, la Corte non specifica se *comuni*. Trattandosi di diritto eurounitario, questa collocazione dell'intervento di armonizzazione interpretativa nella sede di giudizio *erga omnes* della Corte costituzionale potrebbe essere certamente letta come minaccia al monopolio che la CGUE esige in quest'ambito¹¹⁰. In terzo e ultimo luogo, l'inversione dell'ordine delle pregiudizialità. Per quanto le affermazioni della Corte sul punto non siano di agevole interpretazione, a seguito di questa pronuncia può dirsi

¹⁰⁸ V. *supra*, Cap. II, sez. I, par. 5.3.

¹⁰⁹ C. CHIARELLO, *Il valore costituzionale della Carta di Nizza: un problema ancora aperto anche alla luce della sentenza n. 269/2017 della Corte costituzionale*, in *Consulta OnLine*, 2/2018, 390. Nello stesso senso, F.S. MARINI, *I diritti europei e il rapporto tra le Corti: le novità della sentenza n. 269 del 2017*, in *Federalismi.it*, 4/2018, 7 ss.

¹¹⁰ «Il giudice competente ad interpretare la Carta è la Corte di giustizia dell'Unione europea: e lo è anche con riferimento all'art. 53 della Carta stessa, e dunque dell'interpretazione “in armonia” (che non significa “in conformità”) con le tradizioni costituzionali degli Stati membri. Nessuna Corte costituzionale può di conseguenza riservarsi il potere di interpretare la Carta unilateralmente, in armonia con le *proprie* tradizioni costituzionali, perché è solo nel dialogo con la Corte di giustizia che i valori di una Costituzione possono assurgere a tradizioni costituzionali *comuni*»: così L.S. ROSSI, *La sentenza 269/2017 della Corte costituzionale italiana: obiter “creativi” (o distruttivi?) sul ruolo dei giudici italiani di fronte al diritto dell'Unione europea*, in *Federalismi.it*, 3/2018, 6.

decretata quantomeno l'archiviazione dell'orientamento che conferiva in ogni caso alla pregiudizialità eurolunitaria *precedenza logica e giuridica rispetto alla questione di costituzionalità*. Nelle statuizioni della Corte di giustizia sul punto, già analizzate, si afferma che il diritto dell'Unione *non osta* al carattere prioritario delle questioni di costituzionalità, *a patto che* i giudici ordinari restino liberi di sottoporre alla CGUE, «in qualunque fase del procedimento ritengano appropriata e finanche al termine del procedimento incidentale di controllo generale delle leggi, qualsiasi questione pregiudiziale a loro giudizio necessaria». Ma delle due l'una: o la questione di costituzionalità è *effettivamente prioritaria* e precede il rinvio alla Corte di giustizia, oppure quest'ultimo può effettuarsi in qualsiasi momento, *anche prima* – si perdoni la contraddizione – *della questione prioritaria* di costituzionalità. *Tertium non datur*. Eguale tentativo di conciliare l'inconciliabile si coglie nel ragionamento della Corte costituzionale, ove questa fa salvo «il ricorso al rinvio pregiudiziale per le questioni di interpretazione o di invalidità del diritto dell'Unione, ai sensi dell'art. 267 del TFUE». Una tendenza all'«ossimoro giuridico»¹¹¹ che pervade diversi aspetti del dialogo tra Corti, manifestando l'intenzione degli attori di questo dialogo di lasciare intenzionalmente *indecise e vaghe* le regole del gioco, evitando così conflitti aperti e conservando ampi margini di manovra a seconda delle circostanze. Indecisa in particolare resta la questione della spettanza della *prima* e dell'*ultima* parola; e tuttavia, come acutamente osservato in dottrina, se «è certamente condivisibile l'idea secondo cui nessuno può avere l'ultima parola sull'interpretazione in chiave esistenziale, va anche precisato che, invece, qualcuno deve per forza averla in chiave pratico-processuale: la definizione di un conflitto implica una presa di posizione circa l'individuazione del diritto applicabile e, dunque, una scelta interpretativa, che difficilmente può essere mascherata»¹¹².

Questa pronuncia della Corte italiana, insieme alla saga *Taricco*, può allora essere letta alla luce di una tendenza «europea» a riaffermare la centralità delle Corti

¹¹¹ F.S. MARINI, *I diritti europei e il rapporto tra le Corti*, cit., 9.

¹¹² M. NISTICÒ, *Limiti e prospettive del circuito di tutela su più livelli dei diritti fondamentali*, cit., 261.

costituzionali nazionali nel sistema di tutela multilivello¹¹³. Diversi sono i fronti di questa «reazione»: la minaccia, talvolta concretizzata, di attivare i controlimiti (fino a non molti anni or sono, una categoria conosciuta soltanto nei manuali di diritto costituzionale o di diritto dell'Unione); la sempre maggiore disponibilità ad attivare il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia (strumento in verità a doppio taglio, che rischia talvolta di «banalizzare» la posizione delle corti costituzionali); la battaglia sull'ordine delle pregiudizialità. Il pericolo che sollecita le Corti costituzionali ad agire in questo senso è quel rischio di «parcellizzazione del patrimonio costituzionale europeo cui inevitabilmente l'ordinamento dell'Unione va incontro per effetto del pervasivo ruolo del giudice comune»¹¹⁴. Comunque si voglia leggere la sentenza 269/2017, essa rappresenta quantomeno un richiamo al giudice comune affinché gli strumenti dell'interpretazione conforme al diritto UE, del rinvio pregiudiziale e della «non applicazione» non conducano ad una dispersione delle garanzie costituzionali nel frammentato scenario *multilevel*, ad un indebolimento forse irreversibile della legalità costituzionale e ad una mutazione «rivoluzionaria» del sistema nazionale di giustizia costituzionale – in contrasto con i tratti essenziali e irrinunciabili del nostro ordinamento. Al contempo, la Corte sembra disposta ad affrontare una ridefinizione del proprio ruolo nel contesto europeo, unitamente agli altri organi di giustizia costituzionale: si profila all'orizzonte una sorta di «funzione definitorio-nomofilattica dei principi costituzionali, come tale capace di ispirare la giurisprudenza dei giudici comuni alla luce di un “diritto vivente europeo” che la Corte costituzionale stessa contribuisce a creare dialogando con la Corte di giustizia»¹¹⁵.

Per quale ragione le Corti costituzionali dovrebbero essere incaricate di svolgere questa funzione anche in un contesto radicalmente diverso da quello in cui sono state istituite? Che cosa rende *speciale* la giustizia costituzionale rispetto a quella ordinaria?

¹¹³ Per quanto concerne la Corte italiana si tratta di «un disegno che va ultimamente perseguendo con molta lucidità e determinazione, orientato ad un forte recupero del sindacato accentrato nelle questioni di “comunitarietà-costituzionalità”, del quale la più emblematica testimonianza si è avuta – come da molti rilevato (ora con compiacimento, ora tra non poche ed argomentate riserve) – con la sent. n. 269 del 2017» secondo A. RUGGERI, *Taricco, amaro finale di partita*, in *Consulta OnLine*, 3/2018, 490.

¹¹⁴ A. CARDONE, *La tutela multilivello dei diritti fondamentali*, cit., 73.

¹¹⁵ *Ibidem*, 74.

Le ragioni sono diverse e non possono essere trattate qui con la dovuta ampiezza. Di certo le Corti costituzionali dispongono degli strumenti per creare un «contesto comunicativo» ampio e variegato, in virtù della loro composizione, della durata del mandato dei giudici, dei canali di accesso al loro giudizio, del rilievo anche mediatico delle loro pronunce¹¹⁶. La loro collocazione nel sistema istituzionale, insieme all'irrisolvibile e costitutiva ambiguità del loro ruolo di custodi, *tra il diritto e la politica*, le rende particolarmente sensibili alle esigenze di equilibrio costantemente emergenti dalla magmatica realtà ordinamentale che sono preposte a presidiare. A differenza di documenti come la Carta di Nizza o la CEDU, le Costituzioni nazionali sono connotate da una tensione tra la parte eminentemente organizzativa e la parte dedicata alla tutela delle posizioni soggettive dei cittadini. Nessuna delle due può essere letta a prescindere dall'altra. Diritti e doveri, autorità e libertà, inclusione ed esclusione: difficili operazioni di bilanciamento richiedono l'intervento dei giudici costituzionali, e non possono essere adeguatamente adempiute né dai giudici comuni né dalla Corte di giustizia. Questa delicata funzione di *reductio ad unum* è prerogativa degli organi di giustizia costituzionale, sia pure nel dialogo con le altre Corti nazionali e sovranazionali. In questo senso, la preoccupazione della Corte costituzionale italiana di essere «estromessa» è assolutamente giustificata: ove si presenti al giudice comune una norma di legge contrastante sia con una disposizione della Carta di Nizza direttamente applicabile, sia con una disposizione costituzionale interna, il meccanismo della non applicazione potrebbe precludere l'intervento del giudice costituzionale e dunque la valutazione della compatibilità della norma di legge con l'intero assetto costituzionale. Non solo: in caso di pluralità di orientamenti dei giudici comuni, il mantenimento in vigore della norma di legge – «non applicata», in ipotesi, solo da alcuni giudici – andrebbe a detrimento della certezza del diritto (e dei diritti). Le esigenze finora esposte sono allora tali da sorreggere la presa di posizione della nostra Corte, e da richiedere una deroga al rigoroso orientamento della Corte di giustizia in merito all'ordine delle pregiudizialità: al fine di garantire l'intervento unificante del giudice costituzionale in

¹¹⁶ J. KOMÁREK, *National constitutional courts in the European constitutional democracy*, cit., 532.

materia di diritti (da ritenersi tratto essenziale e irrinunciabile dell'ordinamento, autentico principio supremo), può infatti ritenersi giustificata la posticipazione del rinvio alla Corte di giustizia. I benefici derivanti dal coinvolgimento del giudice costituzionale in materia di diritti (e soprattutto di bilanciamento tra diritti) «supererebbero di gran lunga il *vulnus* subito dal principio della diretta applicabilità»¹¹⁷.

4. Considerazioni conclusive

Nell'approssimarci alla chiusura del presente lavoro, articoliamo alcune riflessioni conclusive, intrecciando ad un quadro di sintesi delle opinioni sin qui esposte le domande ancora aperte sul presente e sul futuro del progetto di integrazione sovranazionale.

4.1 – *Una Costituzione, sì (ma quale costituzione?)*

La grave crisi finanziaria dell'ultimo decennio ha contribuito a svelare (ulteriormente) la debolezza dell'architettura istituzionale disegnata prima dal Trattato di Maastricht e poi dal Trattato di Lisbona. Le asimmetrie tra integrazione economica, unificazione monetaria e integrazione politica, che abbiamo analizzato rammentando le ancor valide osservazioni di Grimm e Böckenförde, hanno peraltro indotto a creare meccanismi di stabilizzazione finanziaria parzialmente estranei alla cornice normativa e istituzionale dei Trattati, rafforzando un circuito decisionale alternativo – e, di nuovo, intergovernativo. Tutto ciò è avvenuto in un contesto di crescente sfiducia nei confronti delle istituzioni rappresentative, ad ogni livello situate, e di aumentata conflittualità inter-sistemica. I cittadini europei sembrano lamentare un «doppio vuoto» democratico:

¹¹⁷ Lo sosteneva, profetizzando una svolta nella «politica giudiziaria» della Corte simile a quella effettivamente annunciata nella sentenza 269/2017, A. CARDONE, *La tutela multilivello dei diritti fondamentali*, cit., 80. Auspicava un simile cambiamento nell'approccio alle antinomie tra diritto interno ed eurounitario anche A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, in *Rivista AIC*, 4/2017, 9 ss.

a livello nazionale, riscontrano l'incapacità di Parlamenti e Governi di mettere in atto politiche redistributive e di sostegno all'occupazione all'altezza delle aspettative create negli ultimi decenni del secolo scorso¹¹⁸, anche a causa dei rigidi parametri di bilancio imposti dall'Unione; a livello sovranazionale, non solo non intravedono una politica economica unitaria – tutt'al più, forme di coordinamento sempre più intense –, ma neppure una reale capacità di offrire politiche sociali di impatto quantomeno significativo. In tutto ciò, l'annosa questione del *deficit* democratico è riesplora in tutta la sua drammaticità.

Perché, scrutando oltre i confini della nazione, dovremmo ricorrere oggi a parole come «costituzionalismo» e «costituzione»? Di certo l'adozione di una costituzione formale non è all'ordine del giorno delle istituzioni sovranazionali, anche alla luce del fallimento del progetto di una Costituzione (*rectius*: Trattato costituzionale) per l'Europa. Eppure il tema del carattere costituzionale dei Trattati istitutivi «ha natura carsica, dato che, periodicamente, affiora e poi riaffonda nel dibattito giuridico-istituzionale»¹¹⁹. Di più, in dottrina la *narrazione costituzionale* dell'Unione prevale nettamente su qualsivoglia altra ricognizione della struttura dell'ordine giuridico sovranazionale – per quanto si faccia fatica a comprendere *in che senso* si adoperino espressioni quali «costituzionalizzazione», «processo costituente» e, appunto, «costituzione» con riferimento all'ordinamento dell'Unione europea. La parola «costituzione», nella sua straordinaria polisemia, è da sempre impiegata per designare oggetti anche molto diversi tra loro, ma se non la si vuole rendere «scientificamente inservibile» si deve sgombrare l'orizzonte dalla nebbia concettuale che talvolta avvolge i tentativi di «ordinare» il processo di integrazione sovranazionale da un punto di vista costituzionalistico, e *ripartire dai fondamenti*. A ciò può soccorrere l'adozione di

¹¹⁸ Osserva P. BILANCIA, *La dimensione europea dei diritti sociali*, in *Federalismi.it*, 4/2018, 6, che «in assenza di un reale spazio politico europeo, la crisi economica ha prodotto una perdita di capacità redistributiva delle politiche nazionali, una riduzione del carattere progressivo del sistema fiscale, e in generale un diffuso indebolimento della capacità di intervento dello Stato nelle politiche sociali».

¹¹⁹ C. CURTI GIALDINO, *Riflessioni sul carattere costituzionale dei Trattati istitutivi delle Comunità e dell'Unione europea*, in *Federalismi.it*, 16/2018, 2.

«metodologie tassonomiche deboli»¹²⁰, ovvero tentativi di classificazione dei diversi possibili significati di costituzione sulla base di criteri temporali, formali, strutturali etc., sorretti da adeguata consapevolezza teorica, storica e metodologica. La crescente difficoltà dei costituzionalisti ad adeguare i concetti su cui si sono formati ad una realtà spesso refrattaria verso qualsiasi tentativo di comprensione e categorizzazione, non giustifica né l'abbandono dell'impresa, né l'affermazione dell'arbitrarietà dei suoi esiti.

È sulla base di queste premesse che abbiamo intrapreso, nella prima parte di questo lavoro, un'esplorazione dei diversi significati e usi della parola «costituzione», su un piano sia sincronico sia diacronico. Pur aderendo all'orientamento teorico prevalente, che rinviene nelle rivoluzioni borghesi settecentesche e nel loro *background* giuridico-filosofico uno spartiacque nella storia del costituzionalismo, abbiamo constatato talune affinità tra il concetto moderno di costituzione e una certa idea di *higher law* che ricorre, certo non senza ambiguità, in tutto l'arco del pensiero pre-moderno, dall'antica Grecia al periodo medievale, passando per la Repubblica romana¹²¹. Solo riscoprendo la ricchezza e complessità del concetto è possibile muoversi con la necessaria consapevolezza teorica nell'attuale frastagliata produzione costituzionalistica che s'interroga su di esso. Si va da una concezione puramente formale di Costituzione, connotata esclusivamente dal suo essere documento approvato con procedimento legislativo aggravato e dalla sua collocazione sovraordinata nel sistema delle fonti, ad una «sostanziale» che identifica la Costituzione nell'insieme di norme fondamentali di un ordinamento dato, a prescindere dalla loro forma; da una concezione «ideologica», che esige il rispetto non tanto e non solo di requisiti formali nel procedimento di approvazione del testo costituzionale, quanto soprattutto di requisiti sostanziali e «valoriali» in relazione all'organizzazione dei poteri pubblici e alla tutela di posizioni soggettive fondamentali – emblematico, in questo senso, l'art. 16 della *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* –, ad una «sociologizzante», che ricerca piuttosto il *concreto assetto valoriale* di un ordinamento al fine di delinearne la struttura

¹²⁰ Così L. PEGORARO, *Costituzioni e democrazia: definizioni e classificazioni nel costituzionalismo contemporaneo*, in *Rass. parl.*, 2/2014, 297 ss.

¹²¹ Vedi sul punto l'esaustiva ricostruzione di M. DOGLIANI, *Introduzione al diritto costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 1994, 33 ss.

«costituzionale», a prescindere – ed eventualmente anche in difformità – dalle disposizioni costituzionali *formali*.

Quali indicazioni possiamo ricavare, da tutto ciò, rispetto alla *questione costituzionale* nell'Unione europea? Seguendo l'ordine della classificazione testé proposta, possiamo affermare che l'Unione europea non ha una costituzione in senso formale, essendo il Trattato di Lisbona un trattato internazionale concluso tra Stati sovrani; ha una costituzione in senso sostanziale, dal momento che si possono enucleare le norme fondamentali dell'ordinamento sovranazionale in base al testo dei Trattati istitutivi e alla giurisprudenza della Corte di giustizia; è controverso se abbia una costituzione in senso ideologico, in quanto pur garantendo i diritti fondamentali non presenta un grado significativo di separazione dei poteri; ha indubbiamente una costituzione materiale, la cui descrizione risulta dall'indagine dei «rapporti di forza» che concretamente si dispiegano nello scenario europeo. Difficilmente collocabile in questa classificazione è l'orientamento della Corte di giustizia per cui l'Unione europea *ha già una sua «carta costituzionale» di base, costituita dai Trattati*. A quale (o quali) dei quattro possibili significati fa riferimento la Corte di Lussemburgo? E quale significato avevano in mente, invece, i firmatari del Trattato costituzionale europeo, considerando che da un punto di vista formale si era lì in presenza di un ulteriore trattato internazionale?

Nel tentare di rispondere a questi quesiti, osserviamo che tra i due estremi di un concetto del tutto «a-valutativo» di costituzione, *bon à tout faire* al punto da rischiare di diventare arbitrario, da una parte, e di un concetto fin troppo pregnante – che, come paventava Bobbio, indurrebbe ciascuno ad inquinare il rigore scientifico dell'analisi con giudizi di valore, e a concedere o non concedere l'etichetta di Costituzione a seconda delle proprie preferenze soggettive – dall'altro, occorre scegliere una terza via, che non necessariamente corrisponde a quella intermedia: la via della *complessità*. Adottando questo punto di vista, si può affermare che generalmente il problema della Costituzione europea è *mal posto*. Un concetto ideologico di costituzione presta il fianco ad operazioni decostruzionistiche, in quanto ipostatizza punti di partenza viziati da pregiudizi valoriali: quante delle costituzioni nazionali attualmente vigenti in Europa

corrispondono all'ideale di Costituzione canonizzato nell'art. 16 della *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino*? Se le costituzioni *propriamente dette* sono solo le costituzioni democratiche, nate da un processo costituente popolare ed espresse tramite un documento dotato di rango normativo rafforzato, qual è il livello-soglia di democrazia che deve essere raggiunto? Si potrebbe finanche obiettare che il Regno Unito non dispone di una costituzione scritta frutto di un processo costituente popolare, *ergo non ha una costituzione*. Si potrebbe obiettare che la Costituzione tedesca è stata almeno in parte «imposta» dagli Alleati al termine della Seconda guerra mondiale, dunque non è frutto di un autentico processo di autodeterminazione collettiva; e così via. In generale, lo scenario europeo offre una grande varietà di ipotesi in cui intere costituzioni ovvero significative modifiche costituzionali sono state imposte dall'esterno con strumenti politici, economici (si pensi all'introduzione del principio dell'equilibrio di bilancio nella Costituzione italiana) e finanche militari; è connotato da diffuse forme di discriminazione tra cittadini e non-cittadini rispetto al godimento di diritti civili, politici e sociali; conosce numerosi esempi di protezione della democrazia tramite la criminalizzazione della cosiddetta «opposizione anticostituzionale», e tramite dispositivi di sorveglianza e ingerenza nella *privacy* dei cittadini allo scopo di prevenire atti di terrorismo e di eversione. Sono compatibili esempi siffatti con gli ideali del costituzionalismo democratico? Il rischio è che, ad uno sguardo più profondo, ben pochi ordinamenti possano dimostrare di possedere una Costituzione nel senso «alto e puro» del termine.

Piuttosto che vincolare il concetto di Costituzione a requisiti tanto stringenti sul piano assiologico (ciò che restringerebbe eccessivamente il novero degli ordinamenti che possiedono una Costituzione), senza al contempo disperdere la ricchezza delle differenze (ciò che accadrebbe adottando al contrario una concezione lata, e forse arbitrariamente ampia, del termine), può essere opportuno *recuperare la complessità* adottando uno schema del tipo genere/specie. La «tassonomia costituzionale», peraltro molto diffusa nel diritto comparato, consente di superare l'ostacolo derivante dal fatto che la domanda «l'Unione europea ha una Costituzione?» risulta impossibile da affrontare se non si concorda sul significato (o sui significati) da attribuire al termine

«costituzione». Un concetto *integrato ed inclusivo* di Costituzione potrebbe allora essere ricostruito sulla base delle concezioni di autori come Hart e MacCormick, incentrate non su ordini di valori particolari – perciò sempre opinabili – e sui concetti di potere costituente e atto costituente¹²², bensì sull'idea di *riconoscimento*, nel senso di radicamento di un insieme di norme fondamentali – non necessariamente formalizzate – in un'adesione sociale diffusa, accompagnata dal «sentimento della normatività». Sulla base di quest'idea di *higher law*, le specificità connesse alle modalità del processo costituente, ai valori supremi perseguiti dall'ordinamento, ai rapporti tra poteri etc. possono essere recuperate tramite l'aggettivazione. Ecco che, se difficilmente può dubitarsi che l'Unione europea abbia una sua Costituzione, può invece essere avanzato più di qualche dubbio sul fatto che si tratti di una costituzione *in senso moderno*, e che sia una costituzione *democratica*.

Da questo punto di vista, le obiezioni mosse da Dieter Grimm sulla base del *deficit* democratico, dell'inesistenza di una sfera pubblica europea e dell'incompiuta parlamentarizzazione dell'Unione restano di assoluta validità, e non consentono di collocare la Costituzione europea nella traiettoria storico-concettuale del costituzionalismo democratico. Né il richiamo ideale alla «retorica costituente» che ha accompagnato la redazione della Carta di Nizza e dell'abortito Trattato costituzionale ha potuto rimediare a questo vizio originario: come giustamente osservato, «malgrado tutti i tentativi di mettersi in regola sul fronte costituzionale, il diritto dell'Unione non pare [...] in grado di trasmettere quel senso di radicamento e quella componente di sacrificio e immedesimazione emotiva che caratterizza le costituzioni statali»¹²³. Né maggiore fortuna possono avere le teorie che dichiarano la continuità dell'esperienza istituzionale eurounitaria con gli ideali di emancipazione del costituzionalismo moderno, in assenza tuttavia di processi di unificazione politica comparabili a quelli che sostanziano le democrazie nazionali: ricostruire una «catena di legittimazione» che dai livelli di governo più vicini ai cittadini europei conduca senza soluzione di continuità al livello

¹²² M. DOGLIANI, *Può la Costituzione europea non essere una costituzione in senso moderno?*, in *Dem. dir.*, 2/2003, 88-89.

¹²³ M. DANI, *Il diritto pubblico europeo nella prospettiva dei conflitti*, Padova, Cedam, 2013, 286.

sovranaZIONALE rischia di approdare a un'*unità presupposta e puramente giuridica*. L'errore prospettico delle teorie afferenti al *multilevel constitutionalism* risiede proprio nel tentativo di rivestire dell'immaginazione costituzionale moderna (si pensi in particolare all'idea di un «contratto sociale europeo»), propria delle esperienze statali, una realtà ordinamentale refrattaria, almeno *rebus sic stantibus*, a una trasformazione in senso democratico.

Ad ogni modo, se la Costituzione europea non risponde attualmente al modello delle costituzioni democratiche, né può essere trasformata in quella direzione attraverso fastosi riti costituenti, non sorprende che il diritto dell'Unione soffra una crisi di legittimazione che si accresce al crescere delle sue competenze. Giova a questo punto annotare ulteriori osservazioni sull'effettivo «rendimento» della Costituzione europea, sul fronte da noi analizzato nella seconda e terza parte del presente lavoro: la tutela dei diritti fondamentali.

4.2 – I diritti fondamentali nelle intersezioni tra livelli

Esplorando le ambiguità del «linguaggio dei diritti» diffuso in Europa, abbiamo constatato il diffondersi di un *legal reasoning* conforme alle istanze del costituzionalismo sovranazionale e improntato a principi quali la sussidiarietà, la proporzionalità e la misurabilità. Di tutti e tre questi principi – *rectius*: della loro *declinazione* nel contesto europeo – abbiamo altresì denunciato le manchevolezze, quali si possono agevolmente evincere dalla giurisprudenza della Corte di giustizia. Una sussidiarietà rettammente intesa richiederebbe uno sforzo decisamente maggiore di quello finora dimostrato dalla CGUE nella valorizzazione delle identità costituzionali nazionali, anche mediante una «re-interpretazione» dell'art. 53 della Carta di Nizza – le cui potenzialità sono state finora sterilizzate, come sappiamo, dalla dottrina *Melloni*. Il principio di proporzionalità, mutuato dalla giurisprudenza costituzionale tedesca, non si è finora combinato con tecniche di bilanciamento dei diritti comparabili a quelle affinate dalle Corti costituzionali degli Stati membri, risolvendosi piuttosto in un calcolo di efficienza paretiana sbilanciato verso la tutela delle libertà economiche, anche a

discapito dei diritti fondamentali tutelati dalle costituzioni nazionali – lo dimostrano, in modo eclatante, le decisioni *Viking* e *Laval*. Proprio l'idea della *misurabilità* dei diritti sta alla base della diffusa convinzione che la risoluzione delle antinomie di carattere inter-sistemico possa essere conseguita tramite il mero confronto tra *standard*; ciò che tuttavia non soltanto pone straordinarie questioni teoriche e pratiche in merito alla reale possibilità di confrontare i gradi di tutela dei diritti e delle libertà con metodo meramente quantitativo, ma rischia altresì, più in generale, di *declassare la cultura dei diritti fondamentali* mutandone irreversibilmente la fisionomia. Si pensi, a questo riguardo, all'idea talvolta esposta in dottrina che le diverse Carte dei diritti sovrappoventisi nel contesto europeo siano tra loro perfettamente equivalenti e *intercambiabili*, con il rischio tuttavia di obliterare le diverse finalità e *rationes* cui esse intendono rispondere¹²⁴, i percorsi ermeneutici spesso divergenti perseguiti dalle rispettive corti, la necessità di mettere in atto complesse operazioni di bilanciamento tra gli interessi individuali e gli interessi delle comunità politiche di riferimento¹²⁵.

Alle carenze del sistema multilivello sul piano delle tecniche di giudizio delle corti corrispondono lacune altrettanto significative sul piano del diritto positivo. Nell'irrisolvibile tensione tra *utopia* e *ideologia* che rappresenta uno dei tratti essenziali del costituzionalismo¹²⁶, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione si colloca tendenzialmente sul secondo versante. A dispetto dell'adozione del metodo – senza dubbio inedito nell'UE – della «Convenzione» e del tentativo di coinvolgere il più possibile la base sociale dell'Unione nel processo di redazione della Carta, quest'ultima si è rivelata un prodotto apprezzabile più dai giudici e dai giuristi che dai comuni cittadini degli Stati membri, e la continuità con i grandi *constitutional moments* del passato è stata, come già osservato, esclusivamente esteriore¹²⁷. La redazione del documento, d'altro canto, non affondava le proprie radici in un processo reale e

¹²⁴ M. CARTABIA, *Convergenze e divergenze nell'interpretazione delle clausole finali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Rivista AIC*, 2/2008, 12.

¹²⁵ M. LUCIANI, *Costituzione, integrazione europea, globalizzazione*, in *Questione giustizia*, 6/2008, 72.

¹²⁶ M. LOUGHLIN, *The Constitutional Imagination*, in *The Modern Law Review*, 1/2015, 14.

¹²⁷ «Neither the technical brilliance of its design nor its efficacy as law offers much guidance on a constitution's integrative capacity. That quality rests not on a constitution's status as law but on its symbolic power. Its integrative capacity is a product of political culture»: *ibidem*, 15.

partecipato¹²⁸ di costruzione di un'Europa alternativa a quella di Maastricht, ancora incapace di uscire dalla «trappola dell'economia». Alla scarsa forza simbolica del documento si aggiungono profili altrettanto discutibili sul piano delle tecniche di positivizzazione dei diritti – ad onta dell'indubbia innovatività di talune previsioni, che ne fanno un testo più aggiornato all'evoluzione scientifica e tecnologica rispetto alla gran parte delle costituzioni statali. Numerosi sono i rinvii, nella Carta, al diritto dell'Unione e alle legislazioni e prassi nazionali per quanto concerne la concreta disciplina delle modalità di godimento dei diritti e delle libertà: ciò, al netto dell'indeterminatezza della formulazione, acquista un significato affatto diverso dalle «riserve di legge» nelle Costituzioni nazionali, la cui valenza garantistica si radica in una lotta secolare per il controllo sul potere esecutivo e si manifesta in una serie di fondamentali strumenti quali – tra i molti – la pubblicità dei lavori parlamentari, il rapporto rappresentanti-rappresentati, il controllo di costituzionalità delle leggi, l'esistenza di una sfera pubblica a livello nazionale – condizioni e strumenti non tutti presenti, o non tutti adeguatamente sviluppati, a livello sovranazionale. Ulteriori criticità sono connesse all'annosa questione dell'ambito di applicazione della Carta e alle relazioni che essa instaura con le Costituzioni nazionali, da una parte, e con la CEDU, dall'altra.

Si può anzi cogliere, a livello più profondo, un'ambiguità «originaria» della Carta di Nizza, il suo essere dichiarazione dei diritti di portata *generale*, da collocarsi tuttavia all'interno di un ordinamento *parziale* come quello eurounitario. Le Costituzioni nazionali sono connotate *ab origine* da un'aspirazione *totalizzante*, nel senso di voler fornire quantomeno una regolazione «di cornice» – la cui invasività muove dal grado minimo dello Stato liberale al «microcosmo giuridico» onnipervasivo dello Stato sociale, come sarcasticamente definito da Forsthoff – ad ogni settore della vita sociale dei suoi destinatari. La CEDU offre anch'essa una disciplina particolarmente ampia, in quanto diretta ad imporre uno *standard* minimo di tutela dei diritti da essa elencati. La

¹²⁸ Nel senso che sia un «colossale abbaglio» ritenere che la garanzia delle libertà possa risiedere nelle disposizioni positive (la legge «intesa in senso latissimo»), piuttosto che in un «ordito di valori o beni giuridici individuati anche a prescindere da puntualizzazioni date attraverso atti», M. BERTOLISSI, *Autonomia e responsabilità sono un punto di vista*, Napoli, Jovene, 2015, 123 ss.

Carta UE, per contro, contiene sì un catalogo di diritti e libertà in tutto paragonabile, per ampiezza dei contenuti, alle Costituzioni nazionali, ma inerisce ad un ordinamento dalle competenze materiali *limitate*. Quell'effetto di «traboccamento» denunciato in dottrina e nella giurisprudenza di alcune Corti costituzionali nazionali è pertanto connesso a questa tensione interna alla Carta, e alla forse ineliminabile difficoltà ad ordinare gli strumenti di tutela offerti dai vari ordinamenti entro un quadro di diritto positivo chiaro e non bizantino – si pensi, a questo riguardo, ai già esaminati profili di ambiguità di un articolo-chiave delle relazioni inter-sistemiche, l'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE.

In ragione di questa sovrapposizione di Carte e Costituzioni, il discorso sui diritti è divenuto un discorso *onnipervasivo*, ma a costo di perdere gran parte della sua forza emancipante. La sua finalità precipua sembra essere piuttosto l'*integrazione* che l'*emancipazione*: non si tratta né di un costituzionalismo *liberale*, impegnato a difendere diritti in una certa misura *pre-politici* dell'individuo, tramite la distinzione pubblico-privato e la limitazione dell'intervento statale a quanto necessario a garantire la piena esplicazione della libertà individuale; né di un costituzionalismo *sociale*, diretto a rimediare alle disegualianze sostanziali ignorate dal costituzionalismo borghese, tramite un ripensamento del rapporto tra Costituzione e società e un rafforzamento delle azioni positive dell'apparato statale. Piuttosto, ogni rivendicazione politica si presta attualmente ad essere «tradotta» nel linguaggio dei diritti, assurgendo così ad interesse meritevole di protezione giuridica, ma soltanto all'interno di una tavola di valori sempre più ampia e talvolta ipertrofica, ove qualsiasi diritto o libertà è suscettibile di essere confrontato – ed eventualmente sacrificato – nell'ambito di operazioni di bilanciamento, alla luce del principio di proporzionalità e in assenza di «super-principi» agevolmente identificabili che fungano da segnavia. Nel frattempo la crisi di legittimazione delle istituzioni rappresentative, sempre meno capaci di rispondere con immediatezza ed efficacia alle esigenze di una società sempre più complessa, dirige le istanze di tutela

verso gli apparati amministrativi e giurisdizionali¹²⁹, la cui legittimazione si rafforza in proporzione alla loro capacità di rispondere a siffatti bisogni. Nuove modalità di organizzazione del potere, che si prestano ad essere lette secondo il paradigma elastico della *governance*, si contrappongono ai modelli tradizionali, incidendo sui processi di unificazione politica. Questi ultimi risultano incapaci di dare vita ad una *dimensione politica collettiva*, lasciando spazio ad un generale ripiegamento individualistico sia sul piano dei processi di *decision-making*, sia su quello degli strumenti di tutela delle libertà e dei diritti. Nella tensione dialettica tra il costituzionalismo inteso come *garanzia dei diritti individuali* e il costituzionalismo come *progetto di emancipazione politica*, che abbiamo visto percorrere l'intera traiettoria del costituzionalismo moderno, il primo sembra oramai essere stato consegnato all'esito spesso imprevedibile del «dialogo tra Corti» – raccontato in termini troppo spesso irenici dalla dottrina – e ad un'attività di implementazione di carattere *lato sensu* amministrativo, rimessa ad organi quali le agenzie di regolazione, secondo tecniche modellate sui «valori del mercato»; il secondo sembra scontare la debolezza degli strumenti partecipativi messi a disposizione a livello transnazionale e sovranazionale e la crisi di quelli offerti a livello nazionale, nel quadro della progressiva emersione di pratiche di comando «post-democratiche», la cui struttura policentrica e reticolare non sembra tuttavia garantire né orizzontalità, né trasparenza né un'adeguata capacità di redistribuzione sociale.

Un tale scenario, certo non all'altezza degli ideali di emancipazione perseguiti dal costituzionalismo democratico, getta più di un'ombra su quell'auspicato «effetto federalizzante dei diritti» che si riteneva potesse sopperire all'assenza di una forte identità politica a livello europeo. Finora la «comunità dei diritti» (*Grundrechtsgemeinschaft*) non ha rimosso il mercato dalla sua centralità nel progetto

¹²⁹ Osservava G.F. MANCINI, *The Making of a Constitution for Europe*, in *Common Market Law Review*, 1989, 612, che «judicial activism, however, is not necessarily a good thing. Judges are usually incompetent as law-makers and their inventiveness is incompatible with the values of certainty and predictability; it is indeed unfair, since the findings of inventive courts catch the litigants by surprise. Worse still, as Judge Thijmen Koopmans has put it, courts “are not designed to be a reflex of a democratic society”».

di Europa unita¹³⁰: sembrano allora giustificate le preoccupazioni espresse in molte sentenze dalla Corte costituzionale federale tedesca, la quale è impegnata da decenni in una sorta di lotta per la salvaguardia della dialettica democratica e dei processi di unità politica che si originano a livello nazionale – un’operazione apparentemente paradossale, in quanto un organo «controdemocratico»¹³¹ quale è la Corte costituzionale si erge a difensore delle attribuzioni degli organi democraticamente legittimati. In quale misura le riflessioni e concettualizzazioni espresse dagli organi di giustizia costituzionale delle nazioni europee possono contribuire a «democratizzare» l’Unione europea, o quantomeno ad impedire che la consolidazione del sistema multilivello dei diritti, invece di condurre alla compiuta costituzionalizzazione del livello sovranazionale, determini al contrario la temuta «sottomissione dei diritti fondamentali alla logica del processo di integrazione»¹³²?

4.3 – Le aporie del punto di vista comune

In uno dei suoi scritti più significativi, l’*Antropologia strutturale*, Lévi-Strauss svolge un’interessante riflessione su una tribù dei grandi laghi americani, i Winnebago. Questa tribù un tempo era divisa in due metà, quella dei *wangeregi* («quelli che stanno in alto») e quella dei *manegi* («quelli che stanno sulla terra»). Ciò che colpisce l’antropologo francese, è il disaccordo tra gli anziani del villaggio riguardo alla struttura di questo. Alcuni di loro descrivono un villaggio di pianta circolare, le cui due metà – popolate per tutta loro estensione – sono separate da un diametro teorico Nord-Ovest/Sud-Est. Altri, per contro, contestano questa ricostruzione e disegnano una pianta del villaggio a due cerchi concentrici, in cui le capanne sono situate tutte al centro e non ve ne sono nella periferia. Il disaccordo sulla struttura del villaggio corrisponde peraltro alla divisione nelle due metà della popolazione. Per gli uni (i *wangeregi*) il villaggio ha

¹³⁰ V. sul punto le considerazioni critiche di A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, cit., 18 ss.

¹³¹ Si utilizza l’espressione «controdemocratico» nel senso illuminato da P. ROSANVALLON, *Controdemocrazia: la politica nell’era della sfiducia*, Roma, Castelvecchi, 2017².

¹³² J. KOMÁREK, *National constitutional courts in the European constitutional democracy: A rejoinder*, in *International Journal of Constitutional Law*, 3/2017, 818.

forma circolare e le capanne sono distribuite su tutta la sua superficie, divisa a metà; per gli altri (i *manegi*) le capanne si addensano in un cerchio più piccolo posto al centro di quello più grande, e al di fuori del cerchio più piccolo non ci sono abitazioni. Lévi-Strauss ritiene che il punto saliente della questione non sia tanto la ricerca di maggiori informazioni così da poter *descrivere in modo oggettivo* la struttura del villaggio, quanto piuttosto il fatto che «le forme descritte non concernono per forza due differenti disposizioni. Possono anche corrispondere a due maniere di descrivere un'organizzazione troppo complessa per formalizzarla mediante un modello unico, cosicché, a seconda della loro posizione nella struttura sociale, i membri di ogni metà avrebbero tendenza a concettualizzarla ora in un modo ora in un altro»¹³³.

Non si osserva, *mutatis mutandis*, un'analogia divergenza di prospettive nelle concettualizzazioni dell'Unione europea? Se il punto non fosse tanto la *reductio ad unitatem* della complessità ordinamentale, ma *proprio la conservazione dell'attuale divergenza*? Abbiamo constatato come sia la Corte di giustizia sia le Corti costituzionali nazionali – alcune con toni più espliciti di altre – guardino ciascuna alla propria «carta costituzionale» di riferimento quale punto archimedeo, *fons fontium* insuscettibile di essere scavalcato, quantomeno nei suoi contenuti essenziali. La difficoltà delle stesse Corti ad articolare *expressis verbis* la trama delle relazioni tra principi e tra ordinamenti – si vedano ad esempio le reticenze della Corte di giustizia nella sentenza *Taricco II* sul punto dei «controlimiti» opposti dall'ordinamento italiano – potrebbe allora spiegarsi proprio con la volontà – questa sì, *comune* ad entrambi i livelli ordinamentali – di *non risolvere una volta per tutte la lotta per la supremazia costituzionale*. La «verità» della costituzione composita dell'Unione europea starebbe pertanto non in una «terza sfera» kelseniana, che disciplini le relazioni tra sistema centrale e sistemi nazionali, ma in una sorta di «significante vuoto» – che, consentendo questa fondamentale divergenza di prospettive, permette ai diversi ordinamenti di convivere senza disgregarsi in una perenne conflittualità inter-sistemica. Lo stesso fallimento del Trattato costituzionale europeo potrebbe leggersi, retrospettivamente, anche alla luce del fatto che l'adozione

¹³³ C. LÉVI-STRAUSS, *Anthropologie structurale*, Paris, Plon, 1964, tr. it. *Antropologia strutturale*, Milano, Il Saggiatore, 2015.

di una formale *Verfassung* a livello sovranazionale avrebbe sbilanciato, dal lato dell'Unione, questo complesso equilibrio tra prospettive divergenti.

Un'ulteriore suggestione proviene dalla dottrina tedesca del periodo weimariano. Nella sua dottrina costituzionale della federazione¹³⁴, Carl Schmitt dedica pagine di straordinario spessore al tema delle relazioni tra Federazione e Stati membri. Volendosi distaccare dall'opinione dominante della dottrina di diritto pubblico dell'epoca, il giurista tedesco decostruisce la diffusa distinzione tra *federazione di Stati* (costruita secondo rapporti di diritto internazionale) e *Stato federale* (soggetto giuridico «unitario» dotato di una costituzione a livello centrale), optando per una ricostruzione alternativa. La Federazione è fondata, secondo Schmitt, su di una «contraddizione permanente» che lascia indecisa l'attribuzione della sovranità; in essa gli Stati membri conservano una propria esistenza politica distinta, per quanto «incisa», da quella della Federazione. Queste due specie di esistenza politica

devono necessariamente continuare a coesistere, finché deve continuare ad esserci una federazione. L'esistenza complessiva della federazione non può sopprimere l'esistenza singola degli Stati membri né questa esistenza degli Stati membri può sopprimere quella della federazione. Né gli Stati membri sono semplicemente subordinati, dipendenti dalla federazione, e neppure la federazione è ad essi subordinata e dipendente¹³⁵.

Ciò che evita il conflitto esistenziale tra le varie componenti, e dunque la disgregazione, è l'omogeneità (nel senso di «affinità sostanziale») tra i diversi corpi della complessiva realtà ordinamentale. Soltanto questa omogeneità – la cui sostanza può appartenere a qualsiasi ambito della vita sociale, dalla religione al sentimento nazionale, dalla solidarietà di classe alla condivisione di un sostrato assiologico: quest'ultimo sembra essere il caso dell'Unione europea – fa sì che non abbia luogo il «caso estremo di conflitto». In questa dottrina, per quanto risalente, si riscontrano senza dubbio affinità con le più recenti teorie pluralistiche, e intuizioni utili ad orientare il

¹³⁴ C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, 1928, tr. it. *Dottrina della costituzione*, Milano, Giuffrè, 1984, 477 ss.

¹³⁵ *Ibidem*, 484.

nostro sguardo sulla «costituzione integrata» dell'Europa secondo una prospettiva alternativa; incentrata non sulla ricerca ossessiva dell'unità e della gerarchia o della composizione armonica, ma sulla costruzione di un *ordine complesso*, che dia al contempo spazio ai conflitti, alle prospettive divergenti e ad una massimizzazione delle tutele *presa sul serio*.

4.4 – Per l'alto mare aperto del pluralismo costituzionale

Pervasi dalla *melancholia constitutionalis* di cui abbiamo parlato all'esordio del primo capitolo, i giuristi europei sembrano destinati ad oscillare tra il rimpianto per una presunta età dell'oro, dalle forme ordinate e lineari, e il disorientamento dinanzi all'ignoto mare della globalizzazione giuridica. I processi in atto sembrano peraltro anche più complessi di come vengono abitualmente descritti. La forma statale, nonostante l'innegabile declino sul fronte della sovranità interna ed esterna, non sembra indebolirsi in modo omogeneo né rapido, a Occidente come a Oriente¹³⁶. Non sono forse Stati la Russia, la Cina, l'India e gli Stati Uniti? Non è forse vero che anche all'interno dell'Unione europea alcuni Stati sembrano aver perduto sovranità in misura minore rispetto agli altri¹³⁷? Lo scenario globale sembra avvicinarsi più alla visione schmittiana di un mondo suddiviso in «grandi spazi» che all'utopia del «governo mondiale»; la globalizzazione non è peraltro un percorso lineare e irreversibile, assistendosi piuttosto al periodico risorgere di nazionalismi, localismi e protezionismi. Si parla anzi di una *crisi della globalizzazione*, dovuta anche (ma non soltanto) alla crisi economico-finanziaria e alla crescente consapevolezza delle carenze strutturali del sistema economico capitalistico¹³⁸.

¹³⁶ R. ESPOSITO, *Da fuori. Una filosofia per l'Europa*, Torino, Einaudi, 2016, 234.

¹³⁷ Parla dell'instaurazione di una logica «non tanto di solidarietà tra membri di un medesimo ordine politico, quanto piuttosto di una relazione tra Stati creditori e Stati debitori retta dal criterio della cosiddetta condizionalità stretta» M. LA TORRE, *Miseria del costituzionalismo globale*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1/2017, 32.

¹³⁸ A. MORELLI, *La riscoperta della sovranità nella crisi della globalizzazione*, in *Consulta OnLine*, 1/2018, 101 ss.

Quale può essere, allora, il ruolo dell'Unione europea e dei suoi Stati membri? Come può affermarsi la «potenza gentile»¹³⁹ dell'Unione nello scenario internazionale, se la stessa sembra vivere una tale crisi d'identità? Qualsiasi tentativo di risposta esulerebbe dalle riflessioni svolte nel presente scritto, ma ciò non impedisce di svolgere quantomeno delle annotazioni riguardo al ruolo dei giuristi nella «ricerca dell'ordine perduto»¹⁴⁰. La sensazione prevalente è, in questo senso, il *disorientamento*. Come osserva Paolo Grossi, «gli idoli venerati della vecchia mitologia giuridica della modernità appaiono in buona parte infranti: statualità del diritto, legge, principio di rigidissima legalità, principio di rigidissima divisione dei poteri, gerarchia delle fonti»¹⁴¹. La coesistenza e concorrenza di sistemi giuridici, fonti e ordinamenti può allora far pensare alla

reviviscenza di remote civiltà giuridiche. Pensiero utile e, al tempo stesso, falsante: utile perché istruisce sulla relatività di invenzioni che erano state identificate in tappe insuperabili di progresso; falsante perché fa correre il rischio di offuscare la tipicità di questo momento post-moderno plasmato da forze nate oggi per ordinare l'oggi secondo le esigenze dell'oggi¹⁴².

Per i costituzionalisti, la necessità di cogliere la «tipicità» dell'attuale *constitutional moment* esige uno sguardo che sia al contempo memore della straordinaria eredità del costituzionalismo moderno, e libero da un dogmatismo irrimediabilmente legato a categorie talvolta inservibili per comprendere, nel senso di «afferrare», il tumultuoso scorrere delle cose. Nello scenario europeo, si osserva da una parte una «costituzione parziale» a livello sovranazionale, che non risponde (ancora) ai requisiti di una costituzione democratica; carenza strutturale che non si può risolvere né con fastosi riti costituenti né abbandonando gli ideali di emancipazione democratica, ma soltanto *re-immaginando* l'Unione europea – o meglio, come afferma Habermas, cercando di

¹³⁹ L'espressione richiama il titolo dell'opera di T. PADOA SCHIOPPA, *Europa, forza gentile*, Bologna, Il Mulino, 2001.

¹⁴⁰ M. DOGLIANI, *La ricerca dell'ordine perduto. Scritti scelti*, Bologna, Il Mulino, 2015.

¹⁴¹ P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Bari-Roma, Laterza, 2016⁴, 256.

¹⁴² *Ibidem*, 257.

«conservare le conquiste democratiche degli Stati nazionali europei superando i limiti di questo modello istituzionale». Dall'altra parte si assiste al progressivo depotenziamento delle costituzioni nazionali, anch'esse oramai costituzioni «parziali» alla luce dell'inesorabile riduzione della loro capacità ordinante: nonostante esse, anche tramite le decisioni delle rispettive Corti costituzionali, si dichiarino ancora *sovrane* in quanto sorgenti ultime di qualsiasi autorizzazione alla normazione – dall'interno e dall'esterno proveniente –, è sempre più evidente l'ingerenza di attori sovranazionali e internazionali nel processo di produzione giuridica e in particolare nei processi di *law-making*, al di fuori di qualsiasi limite fissato dalle disposizioni costituzionali interne. Ciò non implica che un concetto come la sovranità meriti l'archiviazione: al contrario, essa nel diritto costituzionale svolge ancora un ruolo insostituibile, quello di «dare forma, di rendere riconoscibile e, dunque, giuridicamente limitabile il potere»¹⁴³.

L'immaginazione costituzionale, nell'aggiornarsi alla luce delle nuove sfide, deve rimanere all'altezza degli ideali di emancipazione contenuti nel binomio *libertà-uguaglianza*, e mantenere viva questa tensione concettuale. Nel fare ciò, non può riporre eccessiva fiducia nelle capacità taumaturgiche delle corti, e nella loro sempre crescente tendenza a «creare diritti»; né sopravvalutare gli appelli alla volontà popolare, nella misura in cui quest'ultima si ritenga espressa dai processi istituzionalizzati di autodeterminazione collettiva che scontano attualmente la crescita della sfiducia verso le istituzioni rappresentative. L'equilibrio dinamico tra costituzionalismo come garanzia dei diritti e costituzionalismo come autodeterminazione politica deve essere raggiunto seguendo altri percorsi. Nel frattempo, occorre ribadire che la difficoltà a guardare la realtà della sovrapposizione/integrazione degli ordinamenti con gli occhiali del diritto costituzionale non giustifica l'abbandono dell'impresa; anzi, «proprio nel momento in cui si assiste all'affermazione di un ordine giuridico e politico non privo di venature autoritarie, è responsabilità degli studiosi di diritto costituzionale continuare ad occuparsene per evidenziarne tutte le criticità»¹⁴⁴.

¹⁴³ A. MORELLI, *La riscoperta della sovranità nella crisi della globalizzazione*, cit., 108.

¹⁴⁴ M. DANI, *Il diritto pubblico europeo nella prospettiva dei conflitti*, cit., 361.

In una delle sue opere più celebri, *Law's Empire*, Ronald Dworkin immagina un *giudice-Ercole*, «dotato di un potere intellettuale e di una pazienza sovrumani»¹⁴⁵. La sfida del pluralismo costituzionale europeo sembra invece esigere una figura di giurista simile all'Ulisse dantesco, disposto a solcare mari inesplorati con la «compagna picciola» degli strumenti di interpretazione della realtà che ha ereditato dalla tradizione del costituzionalismo democratico. Un eroe inquieto dell'*oltrepassamento*, sempre incompiuto ma al contempo ansioso di intraprendere – senza mai abbandonarlo – il sentiero impervio della conoscenza.

¹⁴⁵ R. DWORKIN, *L'Impero del diritto*, Milano, Il Saggiatore, 1989, 225.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV., *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, a cura di R. MASTROIANNI–O. POLLICINO–S. ALLEGREZZA–F. PAPPALARDO–O. RAZZOLINI, Milano, Giuffrè, 2017

AINIS M. (a cura di), *Dizionario costituzionale*, Roma-Bari, Laterza, 2007

ALEXY R., *Diritti fondamentali, bilanciamento e razionalità*, in *Ars interpretandi*, 2002

ALEXY R., *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Mein, Suhrkamp, 1994, tr. it. *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, Il Mulino, 2012

ALONSO GARCÍA R., *Le clausole orizzontali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1/2002

AMALFITANO C., *Mandato d'arresto europeo: reciproco riconoscimento vs diritti fondamentali? Note a margine delle sentenze Radu e Melloni della Corte di giustizia*, in *Dir. pen. cont.*, 4 luglio 2013

AZOULAI L., *The Court of Justice and the Social Market Economy: the Emergence of an Ideal and the Conditions for its Realization*, in *Common Market Law Review*, 2008

AZZARITI G.–DELLAVALLE S., *Crisi del costituzionalismo e ordine giuridico sovranazionale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2014

AZZARITI G., *Il futuro dei diritti fondamentali nell'era della globalizzazione*, in *Pol. dir.*, 3/2003

BARBERA A., *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, in *Rivista AIC*, 4/2017

BARBERIS M., *Progetto per la voce «costituzione» di una enciclopedia*, in *Filosofia politica*, 2/1991

BARCELLONA G.–DI MARIA R. (a cura di), *Costituzione e globalizzazione. Atti della Giornata di Studi su «La sfida della transnazionalizzazione tra teoria delle fonti e dottrina della costituzione» - Enna 16 maggio 2009*, Enna, Euno Edizioni/Kore University Press, 2012

BARGIS M., *Mandato di arresto europeo e diritti fondamentali: recenti itinerari virtuosi della Corte di giustizia tra compromessi e nodi irrisolti*, in *Dir. pen. cont.*, 2/2017

BERARDO F., *Breve storia dei Grundrechte nel costituzionalismo tedesco*, Torino, Marcovalerio ed., 2005

BERTOLISSI M., *Autonomia e responsabilità sono un punto di vista*, Napoli, Jovene, 2015

BERTOLISSI M., *Livio Paladin. Appunti riflessioni ricordi di un allievo*, Napoli, Jovene, 2015

BERTOLISSI M., *Piccoli principi. Notabilato locale e crisi della rappresentanza politica*, Padova, Libreriauniversitaria.it, 2016

BESSELINK L.F.M., *Entrapped by the maximum standard: on fundamental rights, pluralism and subsidiarity in the European Union*, in *Common Market Law Review*, 1998

BESSELINK L.F.M., *The parameters of constitutional conflict after Melloni*, in *European Law Review*, 4/2014

BOBBIO N., *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi, 2014¹²

BOBBIO N., *Lettera di Norberto Bobbio a Nicola Matteucci. Breuil 25.7.1963*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2/2000

BÖCKENFÖRDE E.W., *Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*, Frankfurt a. Main, Suhrkamp, 1991, tr. it. *Stato, costituzione, democrazia. Studi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2006

BRANDALISE A., *Democrazia e deconstituzionalizzazione*, in *Filosofia politica*, 3/2006

BRANDALISE A., *Il tempo della pratica. Lacan, Wirkungstheorie*, in *International Journal of Žižek Studies*, 4/2012

BUSSANI M., *Il diritto dell'Occidente. Geopolitica delle regole globali*, Torino, Einaudi, 2010

CARDONE A., *La tutela multilivello dei diritti fondamentali*, Milano, Giuffrè, 2012

CARTABIA M. (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, Il Mulino, 2007

CARTABIA M.–WEILER J.H.H., *L'Italia in Europa. Profili istituzionali e costituzionali*, Bologna, Il Mulino, 2000

CASSESE S., *La Costituzione europea*, in *Quad. cost.*, 3/1991

CASSESE S., *La prolusione romaniana sulla crisi dello stato moderno e il suo tempo. Conclusioni alla giornata di studio su "Lo Stato moderno e la sua crisi" a un secolo dalla prolusione romana di Santi Romano*, Consiglio di Stato, Roma 30 novembre 2011

CASSESE S., *Lo Stato, "stupenda creazione del diritto" e "vero principio di vita", nei primi anni della rivista di diritto pubblico (1909-1911)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milano, Giuffrè, 1987

CELOTTO A.–GROPPI T., *Diritto UE e diritto nazionale: primauté vs controlimiti*, in *Riv. dir. pubbl. com.*, 4/2004

CHIARELLO C., *Il valore costituzionale della Carta di Nizza: un problema ancora aperto anche alla luce della sentenza n. 269/2017 della Corte costituzionale*, in *Consulta OnLine*, 2/2018

CHIGNOLA S., *Storia dei concetti e storiografia del discorso politico*, in *Filosofia politica*, 3/2006

CHIGNOLA S.–DUSO G. (a cura di), *Sui concetti giuridici e politici della costituzione dell'Europa*, Milano, Francoangeli, 2005

DANI M., *Il diritto pubblico europeo nella prospettiva dei conflitti*, Padova, Cedam, 2013

DANIELE L., *Diritto dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2014

DE FIORES C., *L'Europa alla ricerca del suo "We the people"*, in *Dem. dir.*, 3/2010

DELMAS-MARTY M., *Ordering Pluralism. A Conceptual Framework for Understanding the Transnational Legal World*, Oxford-Portland, Hart Publishing, 2009

DE MAISTRE J., *Scritti politici*, Siena, Cantagalli, 2000

DE VERGOTTINI G., *Tradizioni costituzionali comuni e Costituzione europea*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 6 novembre 2014

DOBNER P.–LOUGHLIN M. (a cura di), *The Twilight of Constitutionalism?*, Oxford, Oxford University Press, 2010

DOGLIANI M., *Costituzione in senso formale, materiale, strutturale e funzionale: a proposito di una riflessione di Gunther Teubner sulle tendenze autodistruttive dei sistemi sociali*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2009

DOGLIANI M., *Deve la politica democratica avere una sua risorsa di potere separata?*, in S. CASSESE–G. GUARINO, *Dallo Stato monoclasse alla globalizzazione*, Milano, Giuffrè, 2000

DOGLIANI M., *Introduzione al diritto costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 1994

DOGLIANI M., *Può la Costituzione europea non essere una costituzione in senso moderno?*, in *Dem. dir.*, 2/2003

DUNOFF J.L.–TRACHTMAN J.P. (a cura di), *Ruling the world? Constitutionalism, International Law and Global Governance*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009

- DUSO G., *Historisches Lexicon e storia dei concetti*, in *Filosofia politica*, 1/1994
- DWORKIN R., *L'Impero del diritto*, Milano, Il Saggiatore, 1989
- ESPOSITO R., *Da fuori. Una filosofia per l'Europa*, Torino, Einaudi, 2016
- FARAGUNA P., *Il Bundesverfassungsgericht e l'Unione europea, tra principio di apertura e controlimiti*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2/2016
- FERRAJOLI L., *Manifesto per l'uguaglianza*, Roma-Bari, Laterza, 2018
- FERRAJOLI L., *Per una teoria dei diritti fondamentali*, in *Dir. pubbl.*, 1-2/2010
- FIORAVANTI M., *Quale futuro per la 'Costituzione'?*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1992
- GADAMER H.G., *Wahrheit und Methode*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1960, tr. it. *Verità e Metodo*, Milano, Bompiani, 2016⁶
- GRASSO G., *I diritti sociali e la crisi oltre lo Stato nazionale*, in *Rivista AIC*, 4/2016
- GRIMM D., *Does Europe Need a Constitution?*, in *European Law Journal*, 3/1995
- GRIMM D., *The Constitution of European Democracy*, Oxford, Oxford University Press, 2017
- GROSSI P., *L'Europa del diritto*, Bari-Roma, Laterza, 2016⁴

GROSSI P., *L'invenzione del diritto*, Bari-Roma, Laterza, 2017

GROSSI P., *Lo Stato moderno e la sua crisi (a cento anni dalla prolusione pisana di Santi Romano)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1/2011

GUAZZAROTTI A., *Rinazionalizzare i diritti fondamentali? Spunti a partire da Corte di Giustizia UE, A c. B e altri, sent. 11 settembre 2014, C-112/13*, in *Diritti Comparati*, 2 ottobre 2014

HÄBERLE P., *Costituzione e identità culturale. Tra Europa e Stati nazionali*, Milano, Giuffrè, 2006

HÄBERLE P., *Dallo Stato nazionale all'Unione europea: evoluzioni dello Stato costituzionale. Il Grundgesetz come Costituzione parziale nel contesto della Unione europea: aspetti di un problema*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2002

HÄBERLE P., *Il costituzionalismo come progetto della scienza*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, 1/2018

HÄBERLE P., *Verfassungsentwicklungen in Osteuropa – aus der Sicht der Rechtsphilosophie und der Verfassungslehre*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 2/1992

HABERMAS J., *Remarks on Dieter Grimm's «Does Europe Need a Constitution?»*, in *European Law Journal*, 3/1995

HART H.L.A., *The Concept of Law*, London, Oxford University Press, 1961, tr. it. *Il concetto di diritto*, Torino, Einaudi, 1991

HELLER H., *Staatslehre*, Leiden, Sijthoff, 1934, tr. it. *Dottrina dello Stato*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1988

HOFMANN H., *I diritti dell'uomo, la sovranità nazionale, la Carta europea dei diritti fondamentali e la Costituzione europea*, in *Scienza & Politica*, 2001

IACOMETTI M., *Il caso Melloni e l'interpretazione dell'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea tra Corte di giustizia e Tribunale costituzionale spagnolo*, in *Osservatorio AIC*, ottobre 2013

IGNATIEFF M., *Human Rights as Politics and Idolatry*, Princeton University Press, 2001, tr. it. *Una ragionevole apologia dei diritti umani*, Milano, Feltrinelli, 2003

KOMÁREK J.–AVBELJ M. (a cura di), *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*, Oxford, Hart Publishing, 2012

KOMÁREK J., *National constitutional courts in the European constitutional democracy*, in *International Journal of Constitutional Law*, 3/2014

KOMÁREK J., *Reasoning with Previous Decisions: Beyond the Doctrine of Precedent*, in *The American Journal of Comparative Law*, 1/2013

KOSTORIS R.E., *La Corte costituzionale e il caso Taricco, tra tutela dei "controlimiti" e scontro tra paradigmi*, in *Dir. pen. cont.*, 3/2017

KOSTORIS R.E. (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, Milano, Giuffrè, 2017³

KRISCH N., *Beyond Constitutionalism. The Pluralist Structure of Postnational Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010

KUMM M., *Beyond Golf Clubs and the Judicialization of Politics: Why Europe has a Constitution Properly So Called*, in *Am. J. Comp. L.*, 2006

KUMM M., *The Jurisprudence of Constitutional Conflict: Constitutional Supremacy in Europe before and after the Constitutional Treaty*, in *European Law Journal*, 3/2005

LENAERTS K., *The European Court of Justice and the Comparative Law Method*, in *European Review of Private Law*, 2/2017

LENAERTS K.–GUTIERREZ-FONS J.A., *To Say What the Law of the EU Is: Methods of Interpretation and the European Court of Justice*, in *Colum. J. Eur. L.*, 2/2014

LÉVI-STRAUSS C., *Anthropologie structurale*, Paris, Plon, 1964, tr. it. *Antropologia strutturale*, Milano, Il Saggiatore, 2015

LIISBERG J.B., *Does the EU Charter of Fundamental Rights Threaten the Supremacy of Community Law?*, in *Common Market Law Review*, 2001

LOUGHLIN M., *The Constitutional Imagination*, in *The Modern Law Review*, 1/2015

LUCIANI M., *Intelligenti pauca. Il caso Taricco torna (catafratto) a Lussemburgo*, in *Osservatorio costituzionale*, 1/2017

LUCIANI M., *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Riv. dir. cost.*, 1996

MACCORMICK N., *Questioning Sovereignty. Law, State, and Nation in the European Commonwealth*, Oxford, Oxford University Press, 1999, tr. it. *La sovranità in discussione. Diritto, stato e nazione nel «commonwealth» europeo*, Bologna, Il Mulino, 2003

MACCORMICK N., *The Maastricht-Urteil: Sovereignty Now*, in *European Law Journal*, 3/1995

MADURO M.P., *Interpreting European Law: Judicial Adjudication in the Context of Constitutional Pluralism*, in *Eur. J. Legal Stud.*, 1/2007

MADURO M.P., *Contrapunctual Law: Europe's Constitutional Pluralism in Action*, in N. WALKER (a cura di), *Sovereignty in Transition. Essays in European Law*, Oxford, Hart Publishing, 2006

MALFATTI E., *I "livelli" di tutela dei diritti fondamentali nella dimensione europea*, Torino, Giappichelli, 2018³

MANCINI G.F., *Democrazia e costituzionalismo nell'Unione europea*, Bologna, Il Mulino, 2004

MANCINI G.F., *The Making of a Constitution for Europe*, in *Common Market Law Review*, 1989

MANZELLA A.–MELOGRANI P.–PACIOTTI E.–RODOTÀ S., *Riscrivere i diritti in Europa*, Bologna, Il Mulino, 2001

MARAZZITA G., *La Costituzione europea*, Roma-Bari, Laterza, 2006

McILWAIN C.H., *Constitutionalism: Ancient and Modern*, New York, Cornell University Press, 1947, tr. it. *Costituzionalismo antico e moderno*, Bologna, Il Mulino, 1990

MOHNHAUPT H.–GRIMM D., *Verfassung: Zur Geschichte des Begriffs von der Antike bis zur Gegenwart*, Berlin, Duncker & Humblot GmbH, 2002, tr. it. *Costituzione, Storia di un concetto dall'Antichità a oggi*, Roma, Carocci, 2008

MORELLI A., *La riscoperta della sovranità nella crisi della globalizzazione*, in *Consulta OnLine*, 1/2018

MORRONE A., *Il bilanciamento nello stato costituzionale. Teoria e prassi delle tecniche di giudizio nei conflitti tra diritti e interessi costituzionali*, Torino, Giappichelli, 2014

NEGRI A., *Il potere costituente. Saggio sulle alternative del moderno*, Roma, Manifestolibri, 2002

NIETZSCHE F., *Also sprach Zarathustra. Ein Buch für Alle und Keinen*, 1891; tr. it. *Così parlò Zarathustra. Un libro per tutti e per nessuno*, Milano, Adelphi, 2007²⁸

NIGLIA L., *Eclipse of the Constitution (Europe Nouveau Siècle)*, in *European Law Journal*, 2/2016

NISTICÒ M., *Limiti e prospettive del circuito di tutela su più livelli dei diritti fondamentali*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2018

OLIVI B.–SANTANIELLO R., *Storia dell'integrazione europea. Dalla guerra fredda ai giorni nostri*, Bologna, Il Mulino, 2015³

PACE A., *Le sfide del costituzionalismo nel XXI secolo*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2003

PALADIN L., *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, Il Mulino, 1996

PALOMBELLA G., *Dai diritti umani ai diritti fondamentali: sulle conseguenze di una distinzione concettuale*, in *Sociologia del diritto*, 2/2004

PEGORARO L., *Costituzioni e democrazia: definizioni e classificazioni nel costituzionalismo contemporaneo*, in *Rass. parl.*, 2/2014

PERNICE I., *Europäisches und nationales Verfassungsrecht*, in *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, vol. 60, 2001

PERNICE I., *Multilevel Constitutionalism and Open Democracy in Europe*, in *WHI-Paper 09/2013*, Humboldt-Universität zu Berlin, 2014

PERNICE I., *Multilevel Constitutionalism and the Crisis of Democracy in Europe*, in *European Constitutional Law Review*, 3/2015

PERNICE I., *Multilevel Constitutionalism in the European Union*, in *WHI-Paper 5/02*, www.whi-berlin.de/pernice-constitutionalism.htm, Humboldt-Universität zu Berlin, 2001

PIN A., *Precedente e mutamento giurisprudenziale. La tradizione angloamericana e il diritto sovranazionale europeo*, Padova, Cedam, 2017

PIZZORUSSO A., *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna, Il Mulino, 2002

POGGI A., *Crisi economica e diritti sociali nell'Unione europea*, in *Rivista AIC*, 1/2017

POLLICINO O., *Corte di giustizia e giudici nazionali: il moto «ascendente», ovvero la
l'incidenza delle «tradizioni costituzionali comuni» nella tutela apprestata ai diritti
dalla Corte dell'Unione*, in *Consulta OnLine*, 1/2015

POLLICINO O., *Legal Reasoning of the Court of Justice in the Context of the Principle of
Equality Between Judicial Activism and Self-restraint*, in *German Law Journal*, 3/2004

REPETTO G., *Una ragionevole apologia della supremacy. In margine all'ordinanza
della Corte costituzionale sul caso Taricco*, in *Quad. cost.*, 1/2017

RESCIGNO G.U., *Corso di diritto pubblico*, Bologna, Zanichelli, 1997⁴

REYNOLDS S., *Explaining the Constitutional Drivers Behind a Perceived Judicial
Preference for Free Movement over Fundamental Rights*, in *Common Market Law
Review*, 2016

RODOTÀ S., *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, Laterza, 2012

ROMANO S., *L'ordinamento giuridico*, Firenze, Sansoni, 1977³

ROMANO S., *Lo Stato moderno e la sua crisi*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1910

ROSANVALLON P., *Controdemocrazia: la politica nell'era della sfiducia*, Roma,
Castelvecchi, 2017²

ROSSI L.S., *La sentenza 269/2017 della Corte costituzionale italiana: obiter “creativi” (o distruttivi?) sul ruolo dei giudici italiani di fronte al diritto dell’Unione europea*, in *Federalismi.it*, 3/2018

RUGGERI A., *Cosa sono i diritti fondamentali e da chi e come se ne può avere il riconoscimento e la tutela*, in *Consulta OnLine*, 2/2016

RUGGERI A., *Alla ricerca del retto significato dell’art. 53 della Carta dei diritti dell’Unione (noterelle a margine delle Conclusioni dell’Avv. gen. Y. Bot su una questione d’interpretazione sollevata dal Tribunale costituzionale spagnolo)*, in *Diritti Comparati*, 5 ottobre 2012

RUGGERI A., *La Corte di giustizia, il primato incondizionato del diritto dell’Unione e il suo mancato bilanciamento col valore della salvaguardia dei principi di struttura degli ordinamenti nazionali nel loro fare “sistema” (nota minima a Corte giust., Grande Sez., 26 febbraio 2013, in causa C-399/11, Melloni c. Ministerio Fiscal)*, in *Diritti Comparati*, 2 aprile 2013

RUGGERI A., *Taricco, amaro finale di partita*, in *Consulta OnLine*, 3/2018

ŠADL U., *Case–Case-Law–Law: Ruiz Zambrano as an Illustration of How the Court of Justice of the European Union Constructs Its Legal Arguments*, in *European Constitutional Law Review*, 2013

SCHMITT C., *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*, 1974, tr. it. *Il Nomos della Terra nel diritto internazionale dello «Jus Publicum Europaeum»*, Milano, Adelphi, 2017⁶

SCHMITT C., *Le categorie del ‘politico’*, Bologna, Il Mulino, 1972

SCHMITT C., *Verfassungslehre*, 1928, tr. it. *Dottrina della costituzione*, Milano, Giuffrè, 1984

SCODITTI E., *Articolare le costituzioni. L'Europa come ordinamento giuridico integrato*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1/2004

SCODITTI E., *La Costituzione senza popolo. Unione europea e nazioni*, Bari, Dedalo, 2001

SMEND R., *Costituzione e diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1988

SOMEK A., *The Cosmopolitan Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2014

SPADARO A., *La cultura costituzionale sottesa alla Carta dei diritti fondamentali dell'UE. Fra modelli di riferimento e innovazioni giuridiche*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2/2016

STEIN E., *Lawyers, Judges, and the Making of a Transnational Constitution*, in *Am. J. Int'l Law*, 1/1981

VON HELD J., *Grundzüge des Allgemeinen Staatsrechts oder Institutionen des öffentlichen Rechts*, Leipzig, 1868

WEBER M., *Wissenschaft als Beruf*, 1919, tr. it. *La scienza come professione*, Torino, Einaudi, 2004

WEILER J.H.H., *The Constitution of Europe. "Do the New Clothes have an Emperor?" and Other Essays on European Integration*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999

YOUNG A.L., *Democratic Dialogue and the Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2017

ZAGREBELSKY G. (a cura di), *Diritti e Costituzione nell'Unione europea*, Roma, Laterza, 2003

ZAGREBELSKY G., *Diritti per forza*, Torino, Einaudi, 2017

ZAGREBELSKY G.–PORTINARO P.P.–LUTHER J. (a cura di), *Il futuro della costituzione*, Torino, Einaudi, 1996