

## IL NUOVO SPAZIO EUROPEO DEI DIRITTI FONDAMENTALI.

SOMMARIO: 1.Premessa; 2. Le matrici storiche dei diritti fondamentali;3. Il corretto approccio metodologico;4. Le moderne pietre angolari dei diritti fondamentali; 4. I diritti fondamentali nella nuova dimensione internazionale; 5. I diritti fondamentali e l'ordinamento comunitario; 6. Rapporti UE CEDU: dal confronto fra Carte al rapporto fra Corti;7. La portata dell'art. 6 del Trattato UE sull'adesione dell'UE alla CEDU: verso il superamento del "gioco delle tre Corti"?.

### 1. Premessa;

I diritti umani fondamentali oggi devono essere affrontati tenendo conto, sia della triade "cultura, diritti, Costituzione" che di un'idea di Europa intesa come comunità fondata sui diritti, molto cara al pensiero giuridico di "Lucien Febvre"<sup>1</sup> e Peter Häberle<sup>2</sup> e che ha portato Augusto Barbera a parlare a suo tempo di due nuove tendenze "eversive" che impongono mutamenti profondi sia del diritto Internazionale che del diritto Costituzionale<sup>3</sup>. Il primo, infatti, tende a trasformarsi da diritto degli Stati a diritto delle genti, mentre il diritto Costituzionale vede assottigliarsi il grado di autoreferenzialità delle Costituzioni che tendono ad aprirsi a diritti la cui tutela è posta ad un livello diverso, quello posto a vario titolo dalle Carte internazionali dei diritti.

Tali rivoluzionarie tendenze, che coinvolgono la stessa fonte di più alto livello dell'ordinamento interno, hanno evidenti ricadute sull'intero sistema ed altrettanti riflessi sullo stesso metodo di indagine. Questo appare oggi profondamente mutato ed impone, a chiunque voglia comprendere appieno la sempre più complessa realtà sociale ed economica che sottostà ad ogni profilo che ha a che fare con la tutela dei diritti, di modificare i tradizionali schemi.

Evidenti i mutamenti che l'impatto della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo pone in ogni campo del diritto.

Questi ambiti oggi devono essere letti alla luce del crescente numero di interventi di recepimento nel diritto interno sia delle fonti comunitarie che internazionali da considerare come vere e proprie fonti di rango prevalente.

Ma il campo di indagine non può essere circoscritto all'esame ed allo studio delle diverse fonti di recepimento né può essere letto dal giurista con gli usuali strumenti di analisi propri delle novità legislative di diritto interno.

La riflessione, così come gli stessi strumenti di indagine, tendono ad allargarsi diventando necessariamente molto più complessi, il che impone un mutamento di metodo, che spinge verso un sapiente ricorso a nuovi modelli ermeneutici di tipo sistematico e assiologico.

E' evidente, infatti, la necessità di adeguare l'interpretazione a nuovi valori di riferimento dal momento in cui ci si trovi di fronte al recepimento di una direttiva o al caso di una ratifica di una convenzione internazionale.

In entrambe le ipotesi, le soluzioni interpretative non possono non superare i confini dell'atto interno, ed accedere a soluzioni ermeneutiche di tipo sistematico adeguatrice e di tipo assiologico.

D'altra parte che la fonte internazionale convenzionale possa considerarsi oggi come regola non meramente programmatica traspare con evidenza dalle stesse sentenze n. 348 e n. 349 del 2007, con cui la Corte Costituzionale ha statuito che, in caso di antinomia fra disposizione o

<sup>1</sup> L. FEBVRE, *Storia di una civiltà*, (Trad. it. A. Galeotti) Roma, 1999.

<sup>2</sup> P. HÄBERLE, *Per una dottrina per la Costituzione come scienza della cultura* (tra. it. di J. Luther), Roma 2001.

<sup>3</sup> A. BARBERA, *Su alcune tendenze «eversive» nel diritto internazionale e nel diritto costituzionale*, presentazione del volume di F.Cocozza *Diritto comunitario delle libertà in Europa: profili costituzionali della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Torino 1994.

norma statale e disposizioni o norme convenzionali internazionali, il Giudice ha il dovere di verificare se tale contrasto non sia risolvibile in via ermeneutica.

Da qui l'obbligo del Giudice di interpretare la disposizione statale alla ricerca di una "interpretazione conforme al diritto internazionale" e ricorrendo al Giudice costituzionale, solo qualora non sia possibile svolgere tale adeguamento ermeneutico.

Certo, non siamo ancora davanti ad una vera e propria portata *self executing* del principio di derivazione internazionale, assimilabile alla portata auto applicativa delle fonti di rango comunitario, ma ci siamo molto vicini e la nuova sensibilità mostrata dal giudice delle leggi offre la prova dell'elevato grado raggiunto dalla Convenzione EDU sul piano dell'influenza sul diritto interno.

Tale nuovo parametro convenzionale costituisce solo un primo punto sul percorso creativo di un vero e proprio *ius commune* Europeo, nel campo della tutela dei diritti umani e fondamentali, oggi connotati da un crescente livello di interesse che potremmo definire planetario e che può essere riassunto nell'efficace titolo che Giuseppe Bronzini ha voluto dare ad una sua raccolta di scritti: "Diritti del popolo mondo"<sup>4</sup>, per suffragare la dimensione globale della salvaguardia delle situazioni esistenziali comuni a tutte le genti a prescindere dall'ordinamento che le disciplina.

Il fenomeno dei diritti umani si svolge quindi su un piano plurilivello e fa ingresso nelle stesse competenze del nostro Stato ed in quelle dell'Unione Europea e coinvolge la giurisprudenza delle Corti Costituzionali, delle maggiori Corti Supreme, della Corte di Giustizia e della Corte EDU.

La stessa Corte di Giustizia, con il varo della carta di Nizza, che ha oggi la stessa forza dei trattati dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, si trova direttamente coinvolta nella risoluzione delle diverse problematiche comuni alla tutela dei diritti della persona e sarà chiamata a sciogliere, in tandem con la stessa Corte Europea dei diritti dell'uomo, il nodo dei rapporti tra carta di Nizza e CEDU.

In pratica la CEDU andrà letta rispetto alla carta di Nizza sulla base di una vera e propria congiunzione "e", o con l'avversativo "o"?

Esistono ancora oggi evidenti argomenti sia a favore dell'una che dell'altra tesi e ciò potrebbe essere fonte di possibile contrasto anche tra le Supreme Corti Europee (come nel caso Bosphorus)<sup>5</sup> che sarebbe auspicabile evitare attraverso le regole di interpretazione ispirate alla ragionevolezza ed al dialogo, che passano però dalla acquisizione di una diversa cultura e sensibilità comune.

Siamo quindi alle prese con una dimensione plurilivello della tutela dei diritti. Questa parte dalle Costituzioni dei singoli Stati e nel contesto europeo è presa in considerazione sia dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo che dalla c.d. Carta di Nizza (*i.e.* oggi la Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea), mentre sul piano internazionale trova ulteriori fonti nel Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali, nel Patto internazionale sui diritti civili e politici, che costituiscono la naturale, ulteriore, declinazione dei principi posti dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo.

L'elenco delle convenzioni di diritto internazionale, con al centro la tutela dei diritti, potrebbe essere poi notevolmente ampliato se solo si ponga mente alle plurime pattuizioni internazionali intervenute a protezione dei soggetti deboli, i fanciulli e gli anziani, sottoscritte rispettivamente nel 1989 e del 1991, a loro volta precedute dalla stessa Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione contro le donne del 1979.

---

<sup>4</sup> G. BRONZINI, *diritti del popolo mondo*, Roma 2003.

<sup>5</sup> Sentenza Bosphorus contro Irlanda del 30 giugno 2005 causa n. 45036-98 ove la Corte di Strasburgo è tornata a pronunciarsi sullo spinoso tema della sindacabilità delle norme comunitarie alla luce dei principi della CEDU, tema di difficile soluzione sino a che la UE non aderisca alla CEDU.

A questi peculiari livelli internazionali di tutela si sono aggiunti numerosi protocolli negli anni 2000 che menzionarli tutti esula dall'economia di questo scritto.

Il modello che ne scaturisce, seppure costruito su piani diversi, comporta una lettura necessariamente unitaria, in grado di mettere in rilievo l'impatto di tali principi sulle fonti interne, in coerenza con le aperture imposte dallo stesso art. 117, co. 1, della nostra Costituzione che ha sottoposto l'intera legislazione statale e regionale al rispetto non solo dei principi costituzionali, ma anche dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e internazionale.

Tale modello però non può essere letto secondo le tradizionali concezioni unitarie e moniste, atteso che i valori provenienti da ordinamenti diversi prevalgono sull'ordinamento interno nazionale, contribuendo ad elevare la tutela della persona. Questa si erge a valore fondante ed unitario e va colta e analizzata recependo le indicazioni provenienti dai diversi livelli ordinamentali esterni al nostro, che, a loro volta si conformano a fonti diverse e che sul piano applicativo chiamano ad operare una pluralità di giurisdizioni.

Non mancano segnali positivi da parte della giurisprudenza e sono significativi i richiami che a diverso titolo possono trarsi dalla sentenza della Corte di giustizia del 19.1.2010, nel caso *Küçükdeveci*, dalla sentenza n. 28 del 25 gennaio 2010 della nostra Corte costituzionale ed ora anche dalla sentenza n.2352 del 2010 della terza Sezione civile della Corte di Cassazione. Da tali sentenze, coinvolgenti Supreme magistrature interne e comunitaria, è possibile trarre almeno un dato comune, tutte, infatti, sembrano convergere sul riconoscimento che, con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, la Carta di Nizza e quindi la Carta dei diritti fondamentali UE, ha lo "stesso valore del Trattato sull'Unione". Ergo si forma una nuova fonte interposta che prevale sulla stessa legislazione interna, statale e regionale.

Il giurista è dunque tenuto a prendere in considerazione un insieme di parametri sia interni che esterni all'ordinamento nazionale che offrono declinazioni diverse di vari istituti e categorie tradizionali delle situazioni giuridiche esistenziali alla base dei diritti umani.

La tutela dei diritti dell'uomo oggi impone dunque sinergie fra le Supreme Corti Europee e nazionali, valutazioni di costituzionalità, compatibilità comunitaria e convenzionale che impongono all'interprete un superamento di soluzioni ermeneutiche ispirate a sterili formalismi autoreferenziali per aprirsi a prospettive nuove di tipo assiologico e sostanziale, idonee ad offrire un corretto inquadramento sistematico ai plurimi valori.

## 2. *Le matrici storiche dei diritti fondamentali.*

L'argomento oggetto di questo scritto, che ha la pretesa di tentare di delineare le caratteristiche essenziali di quello che si è definito come il nuovo spazio europeo dei diritti fondamentali, può essere dunque affrontato da plurime angolazioni che, a seconda della prospettiva prescelta, sono in grado di offrirci altrettanti spunti di indagine, ma non necessariamente in grado di soddisfare gli obiettivi del giurista e le specifiche esigenze pratiche dell'operatore del diritto.

Ad esempio si può procedere ad una ricostruzione che privilegia gli aspetti storico-sociologici, in grado di farci cogliere i corrispondenti punti di partenza e di arrivo dell'evoluzione dei diritti.

Su questo filone si muovono quelle linee di pensiero<sup>6</sup> che ritengono che le radici di tali diritti siano da rintracciare, in tempi moderni, nelle Dichiarazioni del XVIII secolo scaturite dalle rivoluzioni, americana<sup>7</sup> e francese. Tali studi sottolineano l'«evidenza» di tali diritti, che sono così qualificati come intrinseci e inalienabili, propri della natura umana e storicamente definiti con diverse espressioni: *diritti umani*, *diritti del genere umano*, *diritti dell'umanità*<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> L. HUNT (storica americana che insegna presso la California University), *Inventing Human Right. A History* del 2007, edito ora da La Terza, Gennaio 2010 con il titolo *La forza dell'empatia. Una storia dei diritti dell'uomo*

<sup>7</sup> Si veda T. BONAZZI, *La dichiarazione di indipendenza degli Stati Uniti d'America*, Venezia, 1999.

<sup>8</sup> L'espressione diritti dell'uomo compare per la prima volta in W. BLACKSTONE, *Commentaries on the law of England*, Oxford, Clarendon Press, 1765-1769, vol I. 121.

Formulazioni tutte che peccano per genericità, in quanto idonee soltanto a separare due estremi: l'umano dal divino da una parte e l'uomo dall'animale dall'altra.

Tant'è che la definizione "diritti dell'uomo" acquisterà credito in Francia solo dopo la pubblicazione del Contratto sociale di J. J. Rousseau<sup>9</sup>.

Tali spunti ricostruttivi ci consentono anche di meglio comprendere l'evoluzione e la portata di tali diritti, dato che se è vero che sin dall'origine erano inseriti nel patrimonio naturale ed inalienabile dell'uomo, nella loro originaria partitura muovevano da premesse molto lontane rispetto alle attuali.

Infatti, non tutti gli esseri umani erano considerati titolari di quell'*autonomia morale* in grado di qualificarli come veri e propri soggetti di diritto in mancanza del presupposto primario per la loro imputazione, costituito dalla capacità del soggetto di ragionare e decidere per sé. Solo se questi due elementi fossero stati presenti si radicava quella *autonomia morale* in grado di qualificare il destinatario come centro di imputazione di tali diritti.

Ne erano quindi esclusi i bambini, gli schiavi, i servitori, i nullatenenti e le donne. E queste ultime erano tra le più penalizzate se solo si riflette sul fatto che il bambino o lo schiavo avrebbero potuto emanciparsi nel tempo ed acquistare la necessaria autonomia, mentre le donne dovevano considerarsi intrinsecamente dipendenti dai padri e dai mariti ed incapaci di vera e propria autonomia morale, senza possibilità di futuro riscatto.

Rispetto alla dimensione dei diritti che scaturivano dalle Dichiarazioni del XVIII secolo, ben diversa è quindi la portata contemporanea di quelle stesse affermazioni, simili sul piano delle formulazioni linguistiche a quelle che oggi possiamo leggere in buona parte delle vigenti costituzioni e nelle carte sopranazionali e/o internazionali, ma che ci consentono di utilizzarle sotto una nuova, e ben più efficace lente prospettiva.

La trasposizione in chiave contemporanea di quelle originarie formule, infatti, consente una protezione di gran lunga diversa ed estesa proprio in favore di quei soggetti che, a causa di una loro condizione di minorità o svantaggio esigono maggiore protezione, in forza della principale esigenza di evitare ogni possibile forma di discriminazione fondata sull'età, sul sesso o sulla condizione fisica o sociale<sup>10</sup>.

Sotto altro punto di vista, l'indagine si potrebbe anche spostare da un piano storico - sociologico ad un piano più filosofico - giuridico per cercare di rintracciare quale, tra le diverse concezioni, sia quella più idonea a fotografare la reale natura di tali diritti e cosa li differenzi dalle comuni figure del diritto inteso in senso oggettivo e soggettivo e quali ricadute possano avere sulla stessa forma di Stato<sup>11</sup>.

Potremmo allora accedere alle tesi di quanti ritengono che le matrici dei diritti fondamentali siano da ascrivere al pensiero giusnaturalistico, da immaginare come un prisma dal quale si riflettono tali radici, che si pongono come condizioni prime, in grado di essere la base degli stessi sistemi istituzionali a democrazia pluralista.

Molto dobbiamo sul punto alla dottrina nord americana<sup>12</sup> ed alla stessa giurisprudenza della Corte Suprema statunitense ed alle storiche posizioni dei giudici Brandeis e Holmes ed alle altrettanto significative *dissenting opinion* dei Giudici Black e Douglas.

Grazie a questi contributi si può oggi affermare che un modello democratico pluralista esiste soltanto in presenza di alcune "condizioni di fattibilità", sia fattuale che giuridica. E fra le

---

<sup>9</sup> Lo stesso Rousseau potrebbe aver mutuato, l'espressione diritti dell'uomo, da Jack Burlamaqui consigliere di stato e professore di diritto civile e naturale all'università di Ginevra. Elemento che sembra potersi ricavare da J.J.ROUSSEAU, *Discorso sulle origini e sull'uguaglianza fra gli uomini*, in Id. *Scritti politici* vol.1 Laterza 1994, 117 es.

<sup>10</sup> L.HUNT, *Op.cit.* 14. E per un'ampia rassegna in materia di non discriminazione sia anche consentito un rinvio al mio C. CALVIERI (a cura di) *Divieto di discriminazione e giustizia costituzionale*, Giappichelli, 2006.

<sup>11</sup> Fra i tanti scritti in materia si veda P.RIDOLA *Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo*, in *I Diritti costituzionali*, a cura di R.Nania e P.Ridola, Giappichelli 2001, 3 e s..

<sup>12</sup> R.DAHL, *Poliarchy*, New Haven, London, 1971; J.RAWLS, *A Theory of justice*, Cambridge, Mass. 1971.

condizioni giuridiche istituzionali rientrano sicuramente le garanzie poste dai diritti fondamentali (intesi come diritti civili e politici), dalle libertà classiche come la libertà di manifestazione del pensiero, la libertà personale, il diritto di voto, l'associazione e la riunione, la libertà di informazione e il diritto all'eguaglianza.

Senza tali diritti non può minimamente concepirsi la possibilità che una qualche forma di democrazia pluralista possa instaurarsi<sup>13</sup>. Da ciò l'evidente incidenza, di tali peculiari e fondanti situazioni giuridiche soggettive, sulla Forma di Stato e sulla Forma di governo.

Ma neanche tale angolo ricostruttivo può essere utile per comprendere, sul piano giuridico generale, la rilevanza che hanno assunto i diritti fondamentali negli ultimi anni e soprattutto a seguito del loro inserimento tra i principi fondanti della maggior parte delle moderne costituzioni degli Stati a democrazia pluralista e tra le disposizioni delle Carte internazionali e sovranazionali dei diritti.

Con ciò non si vuole certo sottacere l'importanza che hanno, soprattutto in questo campo, quelle aperture che evidenziano i limiti di un approccio interpretativo di tipo meramente formale razionale, tipico di un metodo tradizionale degli studi giuridici rispetto ad un metodo che privilegi interpretazioni di tipo assiologico o per valori, più idoneo a leggere gli arresti della giurisprudenza, che ormai si muove su piani anche normativi diversi, piuttosto che il punto di vista statico che scaturisce dal sistema delle fonti.

### *3. Il corretto approccio metodologico.*

Noteremo allora che, se si vuole valorizzare appieno la nuova portata di tali diritti che si sviluppano su di un versante di dimensione non più solo nazionale, scarsa sia l'attitudine di prospettive di studio tradizionali, legate ai modelli metodologici propri delle scienze deduttive o esatte. Queste per loro natura non si mostrano idonee a cogliere i molteplici aspetti legati alla naturale complessità dell'agire umano che è un fenomeno che, per sua natura, si configura come di imprecisato confine. Per cui, ogni prospettiva, che intenda muovere da una base logica di tipo "formalistico-razionale", è poco adatta ad affrontare le tematiche complesse cui si è fatto riferimento, in quanto un tale approccio, per sua natura, è alla ricerca di risposte immediate ed efficaci, in grado di offrire soluzioni rapide e concrete, poco propense a coltivare il dubbio metodico, che invece "rallenta", quasi necessariamente, la fase decisionale auspicata da chi propende a preferire soluzioni di tipo deduttivo, con la conseguenza che in tale prospettiva si fa prevalere una fra le molteplici soluzioni, restando invece insofferenti di fronte a questioni che si confrontano su basi fra loro alternative e magari equivalenti.

Scelte di tipo «formalistico-razionali» quindi prediligono la ricerca, per quanto possibile, di soluzioni efficaci sul piano pratico, frutto di operazioni empiricamente necessarie e spesso incontrovertibili, caratterizzate pertanto da modelli connotati da rigidità ed ispirati alla autosufficienza.

Tale impostazione metodologica è all'evidenza orientata alla ricerca di risultati concreti e poggia le sue basi sulla cieca fiducia delle conquiste raggiunte nel tempo dal sapere scientifico e che hanno consentito di offrire sempre nuove risposte all'ignoto. E' altresì evidente però che una tale tipologia di sapere si affida ad una formazione tendenzialmente tecnico specialistica che, in quanto tale, privilegia la formazione di esperti in grado di sviluppare le relative conoscenze in ambiti settoriali, ed in quanto tali necessariamente limitati, privi del necessario collegamento con altri settori.

Anche il linguaggio ne risente, diventando quello proprio di un gergo utilizzato da iniziati, certamente più preciso rispetto alla lingua comune, ma che da questa si discosta, risultando ai più oscuro o poco decifrabile.

La scienza del diritto, aumentando i livelli settoriali e specialistici, non si sottrae a questi rischi e si trova a dover fare i conti con modelli propri delle scienze "pure", che a loro volta difficilmente risultano orientati a valorizzare l'irriducibile complessità propria di un

---

<sup>13</sup> Così A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili* in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol. XII.

sapere basato sullo studio delle condotte umane, che sfuggono alla disciplina di regole certe e determinate<sup>14</sup>.

Ecco allora la necessità di creare le condizioni per aprirsi a modelli anche metodologici diversi che ci portano a concepire lo studio del diritto tra quelli che poggiano i propri elementi costitutivi nel settore delle scienze “adeduttive”, aperti al confronto senza riluttanza con studi e metodi diversi come quelli storici, con la filosofia, la sociologia ma anche con la letteratura, i cui contributi non si riducono ad analisi di mero contorno, frutto della narrazione, di valore meramente collaterale, ma che invece acquistano, sul piano speculativo, un valore talvolta decisivo ai fini della piena conoscenza dei fenomeni di rilievo per il diritto.

D’altro canto la ricerca di un sapere che affronta lo studio delle condotte umane, alla cui base si pone spesso lo stesso rapporto dialettico fra giusto e ingiusto, vive necessariamente a contatto con concetti che si alimentano del confronto assiologico. Tanto che anche i più recenti orientamenti delle scienze c.d. “esatte” finiscono col mostrarsi sensibili ad affrontare, in termini non certo formalistici né meramente deduttivi, parametri problematici come quelli legati ai concetti di *relatività, probabilità, qualità, armonia etc.*<sup>15</sup>.

#### 4. Le pietre angolari dei diritti fondamentali.

Data l’impostazione metodologica proposta, per capire quanto incida questa nuova dimensione internazionale ed europea dei diritti fondamentali e cosa cambi rispetto al passato, fondamentale punto di partenza è ancora oggi l’articolo 2 della nostra Carta costituzionale: “*La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell’uomo sia come singolo che nelle formazioni sociali dove si svolge la sua personalità e richiede l’adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale*”.

Con tale articolo, approvato pressoché all’unanimità dall’Assemblea costituente e collocato subito dopo la solenne dichiarazione che l’Italia è una democrazia ispirata al principio della sovranità popolare, si è compiuta una svolta fondamentale nella storia costituzionale italiana<sup>16</sup>.

E’ stata, infatti, rovesciata quella tradizione, comune sia alla parentesi fascista che a quella del precedente stato liberale di diritto, in forza della quale i diritti del cittadino erano concepiti a difesa dell’individuo dalle interferenze illegittime del potere esecutivo e non già contro gli interventi del legislatore sia ordinario che costituzionale. Una tradizione quindi che

---

<sup>14</sup> Si pensi al paragone tra dogmatica giuridica ed una scienza pura come la chimica proposta da Jhering. La scienza sistematica del diritto sarebbe infatti la chimica giuridica che ricerca i corpi semplici, in quanto volatilizza in concetti la materia prima e cioè le regole giuridiche. Vedi *Geist des römischen Recht*, II,2,p. 392, *Jherings Jahrbucher*, I,p. 18, su cui la critica di K.LARENZ, *op. cit.* p. 31.

<sup>15</sup> E’ anche significativo notare che su tale versante si sono confrontati anche teorici delle scienze economiche del calibro di J. M. Keynes, che nel suo storico Trattato sulla probabilità, non si è occupato soltanto degli aspetti teorici e tecnici propri del calcolo matematico e quindi delle scienze deduttive, ma ha sviluppato anche rilevanti aspetti di filosofia pratica riguardanti la razionalità delle decisioni in condizioni di incertezza. La probabilità diviene quindi una branca della logica che si occupa dei gradi di certezza fondata sull’argomentazione, che a sua volta dipende dal bagaglio di conoscenze di cui si dispone.

La probabilità appartiene quindi alla logica della razionalità e non a quella della verità in quanto: «... *uno può razionalmente credere che una proposizione sia probabile mentre invece è falsa*».

Non certo secondario anche in questo settore è quindi il peso dell’argomentazione dato che la probabilità dipende proprio dal rapporto tra le conoscenze (*evidence*) favorevoli o sfavorevoli dell’argomentazione, che a sua volta si riflette sulla probabilità, che può aumentare o diminuire a seconda che il contributo di conoscenza rafforzi o meno quelle favorevoli ad una soluzione o le altre. Si veda J. M. KEYNES, *A Treatise on Probability*, London, 1921 e nella traduzione italiana *Trattato sulla probabilità*, Bologna, 1994.

<sup>16</sup> A. BALDASSARRE, *op.cit.*

presupponeva l'anteriorità storica e logica dello Stato rispetto ai diritti fondamentali del cittadino<sup>17</sup>.

L'opposta concezione, legata alla preesistenza o anteriorità logica dei diritti fondamentali dell'uomo rispetto ad ogni istituzione politica ed a ogni potere costituito (compreso il legislatore anche costituzionale), è stata quindi inaugurata dalla nostra Costituzione valorizzando quel nuovo filone della storia della civiltà giuridica contemporanea volto a reinterpretare, su nuove basi, quelle stesse enunciazioni tratte dalle Dichiarazioni uscite dalla rivoluzione americana, fondate sull'anteriorità dei diritti fondamentali, rispetto ad ogni potere costituzionale e che evidentemente sono divenute la pietra miliare di ogni edificio costituzionale ispirato a valori pienamente democratici. Ciò è avvenuto in contrapposizione alle stesse tradizionali esperienze costituzionali, francese e tedesca, che, di fatto, avevano sempre relativizzato l'anteriorità di tali diritti, condizionandola vuoi alla "volontà generale" del popolo, in grado di limitare o sospendere a proprio piacimento tali diritti (quella francese), vuoi allo Stato persona, vero "dio mortale" concepito come totalità giuridica in cui si diluiva o annullava ogni diritto del popolo (quella tedesca), che trova riconoscimento paradigmatico nelle opere di Jellinek<sup>18</sup>.

Rispetto a queste tradizioni l'art. 2 della nostra Costituzione volta pagina ed offre all'operatore del diritto una fondamentale chiave di lettura dei diritti fondamentali in grado di svolgere la loro portata non in senso meramente programmatico, ma pienamente precettivo.

Tale principio, come ben noto, ha anche consentito alla giurisprudenza sia di rimodulare la teoria del risarcimento del danno prevedendo ipotesi di ristoro patrimoniale anche in presenza di atti o comportamenti leciti posti in essere dalla PA, che di affermare la risarcibilità del danno all'integrità fisica ed al correlato risarcimento del suo profilo biologico. Proprio sulla base di tale orientamento si è inaugurata la possibilità di sganciarne la quantificazione da una dimensione meramente patrimoniale per ancorarla ad un diritto universale connesso alla tutela della sfera della vita relazionale, a prescindere dalle eventuali e/o ulteriori conseguenze patrimoniali<sup>19</sup>.

Il sistema costituzionale si sviluppa e si afferma, dunque, mettendo in rilievo l'importanza della sua rigidità, che comporta la declaratoria di illegittimità di disposizioni legislative ed anche costituzionali in contrasto con i diritti inviolabili intesi come un nucleo di superprincipi di garanzia della persona o meglio un vero e proprio patrimonio irretrattabile della persona umana intesa nella sua totalità<sup>20</sup>.

Fra gli anni '50 e '80 dello scorso secolo abbiamo assistito quindi ad un progressivo sviluppo della nuova dimensione dei diritti fondamentali tutti in grado di svolgersi intorno al perno dello sviluppo della personalità dell'uomo in senso lato.

In questo scenario i tradizionali strumenti in mano all'operatore del diritto si basavano ancora sui tre criteri di risoluzione delle antinomie (criterio gerarchico, cronologico e di separazione per competenza) arricchiti, ma solo di recente, dalla necessità di far uso dell'interpretazione in senso conforme alla costituzione.

Si tratta ora di vedere se tali operazioni ermeneutiche siano ancora in grado di essere applicate ogni qualvolta dal fatto emergano situazioni giuridiche ascrivibili a diritti fondamentali il cui riconoscimento non sia più questione di diritto solo nazionale, ma derivi dalla applicazione di principi o diritti derivati dal livello internazionale e/o sovranazionale.

---

<sup>17</sup> Cfr. A. PACE, *Problematica delle libertà fondamentali*, Padova 1985.

<sup>18</sup> G. JELLINEK, *Die Erklärung der Menschen und Bürgerrechte*, II<sup>a</sup> ed. München – Leipzig, 1904.

<sup>19</sup> Per alcuni richiami di carattere generale alla giurisprudenza costituzionale in materia di diritti inviolabili vedi A. BALDASSARRE voce *Diritti inviolabili*, cit. par. 3.4, 26 e s.

<sup>20</sup> Per una ricostruzione dei diritti inviolabili come condizioni a priori di ogni democrazia pluralista vedi N. HARTMANN, *Etica*, vol I, trad. it. Napoli 1969, vol II, ib. 1970, vol III, ib. 1972.

## 5. I diritti fondamentali nella nuova dimensione internazionale.

Fenomeni di portata mondiale quali la globalizzazione dei mercati nel campo economico e l'affermarsi a livello planetario di nuove Carte internazionali dei diritti, comportano innanzitutto il superamento della tradizionale visione del diritto internazionale come diritto interstatuale. Infatti, l'affermarsi di una dimensione internazionale di tutela dei diritti crea un nuovo modo di studiare e intendere il diritto internazionale che si trasforma da diritto degli Stati a diritto delle genti (*jus gentium*). Di conseguenza viene meno il tradizionale modo di intendere principi di diritto internazionale, quali ad esempio la piena sovranità internazionale di uno Stato che, viceversa, in nome di questi diritti, può subire penetranti violazioni, come dimostrano le iniziative che possono portare a veri e propri interventi militari da parte dell'organizzazione delle Nazioni Unite a tutela dei diritti di quel popolo che subisce, nel proprio ordinamento, menomazioni ai diritti fondamentali.

Ma anche sul piano del diritto costituzionale interno si hanno riflessi di grande rilevanza che dimostrano la perdita di autoreferenzialità delle stesse costituzioni.

Inoltre, il primato del diritto comunitario sul diritto interno comporta la deroga ad un principio fondamentale quale quello della piena subordinazione del Giudice alla legge che, di converso, può essere abilitato a disapplicare la disposizione interna in contrasto con fonti auto applicative di rango comunitario che, a loro volta, come noto, sfuggono al controllo di costituzionalità da parte degli stessi giudici costituzionali dell'ordinamento statale.

Sul piano della globalizzazione, il diritto costituzionale interno vede vulnerate significative prerogative statali, se solo si tiene conto del fatto che le grandi imprese multinazionali oltre a sfuggire dagli ordinamenti dei singoli Stati ove hanno sede, spesso si sottraggono anche alla loro stessa giurisdizione essendo le relative negoziazioni economiche affidate per lo più a giurisdizioni "private" quali le camere arbitrali internazionali. Da qui quelle tendenze "eversive"<sup>21</sup>, rispetto al modo tradizionale di intendere il diritto secondo una visione monistica propria di un ordinamento statale chiuso e che viceversa comporta un significativo mutamento anche in ordine al tradizionale modo di interpretare il diritto e risolvere i contrasti che da questo possono sorgere.

Alle tendenze eversive sul piano del diritto interno corrisponde una progressiva internazionalizzazione dei diritti che porta ad una graduale affermazione dell'idea della loro protezione come compito della comunità internazionale.

Come visto, questo fenomeno, tutt'altro che lineare sul piano del suo svolgimento, è alimentato al fine di prevenire quegli eventi catastrofici quali le guerre mondiali che hanno segnato il secolo appena trascorso ed al fine di indurre l'umanità a ripensare le sue stesse strutture sociali.

Questo processo si svolge in modo significativo in Europa già all'indomani della seconda guerra mondiale con la sottoscrizione a Roma nel 1950 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) ratificata in Italia con legge n. 848 del 04.08.1955, e coinvolgente i Paesi membri del Consiglio d'Europa, che a sua volta nasce sul solco della Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo, approvata e proclamata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 10.12.1948, cui faranno seguito i Patti internazionali sui diritti dell'uomo del 1966<sup>22</sup>.

---

<sup>21</sup> E' questa, la formula, volutamente provocatoria, coniata da A. BARBERA, *Su alcune tendenze eversive nel diritto internazionale e nel diritto costituzionale*, prefazione al volume di F. Cocozza, richiamato sub nota 3, *op. cit.*, Torino 1994.

<sup>22</sup> Per una ricostruzione delle vicende che coinvolgono i rapporti tra ordinamento comunitario e convenzione europea dei diritti dell'uomo vedi L.M. DÌEZ PICAZO, *Le relazioni tra Unione europea e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *I Diritti fondamentali e le Corti in Europa*, cit. 267 e s. e G. REPETTO, *I rapporti tra Corti europee e le prospettive dell'adesione dell'Unione europea alla CEDU*, Ivi, 287 e s.

La CEDU ha quindi acquisito una sua dimensione territoriale e si applica attualmente ai 46 Stati aderenti al Consiglio d'Europa, organizzazione creata con il trattato di Londra del 05.05.1949 da dieci Stati europei con il compito di istaurare una più stretta unione, al fine di salvaguardare e attuare il loro patrimonio comune, compresa la salvaguardia dei diritti e libertà fondamentali dell'uomo<sup>23</sup>.

La CEDU, integrata da alcuni protocolli, è senz'altro la più importante Carta adottata in seno al Consiglio d'Europa e riconosce una serie di diritti fondamentali tra cui il diritto alla vita, alla protezione della persona umana, alla sicurezza, ad un processo equo, al rispetto della vita privata e familiare, alla libertà di pensiero, di coscienza, di informazione, di religione, di riunione, di associazione, di sposarsi e fondare una famiglia, di circolazione e soggiorno<sup>24</sup>. Ma ciò che appare fondamentale, rispetto alla loro mera enunciazione, è che siffatti diritti, come noto, sono assistiti da una specifica *garanzia giurisdizionale* che fa sì che le relative violazioni possano essere fatte valere innanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo che ha sede a Strasburgo.

E' questo il senso che si deve trarre dalle due fondamentali sentenze n. 348 e 349 del 2007 (c.d. sentenze gemelle i cui redattori sono anche due insigni e autorevoli giuristi, costituzionalista il primo, Silvestri e comunitarista il secondo, Tesaurò)<sup>25</sup>.

Un'ulteriore conferma della validità dell'assetto teorico elaborato dai Giudici della Consulta, la ritroviamo in alcune successive prese di posizione della Corte costituzionale: si tratta delle decisioni nn. 39 e 129, rispettivamente del 27 febbraio e del 30 aprile 2008, che hanno contribuito a chiarire ulteriormente l'atteggiamento della Corte costituzionale nei confronti delle norme e della giurisprudenza della CEDU.

Per quanto riguarda la sentenza n. 39, la Corte ha ulteriormente rafforzato il proprio controllo di legittimità costituzionale della norma interna rispetto alle disposizioni CEDU, intese come parametri interposti del giudizio di costituzionalità, stabilendo di fatto che anche nel caso di contrasto tra le suddette disposizioni e le leggi nazionali emanate precedentemente all'ordine di esecuzione della Convenzione, è necessaria una declaratoria di illegittimità costituzionale e, pertanto, il giudice *a quo* è tenuto a sollevare una *quaestio legitimitatis*, senza poter risolvere l'antinomia accertata per mezzo del classico criterio cronologico, in base al quale *lex posterior derogat priori*<sup>26</sup>.

Per quanto riguarda invece la sentenza n. 129 del 2008, si trattava di una questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Corte di appello di Bologna in riferimento agli articoli 3, 10, e 27 della Costituzione, dell'articolo 630, comma 1, lettera *a*), del codice di procedura penale nella parte in cui non prevede, tra i casi di revisione del procedimento, l'impossibilità di conciliare i fatti stabiliti a fondamento della sentenza (o del decreto penale di condanna) con

---

<sup>23</sup> Nel tempo il Consiglio d'Europa ha predisposto ulteriori misure per la protezione dei diritti dell'uomo sia pure di minor portata rispetto alla CEDU, quali la Carta sociale europea firmata a Torino nel 1961, dove trovano riconoscimento i principali diritti sociali e più di recente la Convenzione europea per la prevenzione della tortura e dei trattamenti o delle pene inumane o degradanti, adottata nel 1987.

<sup>24</sup> Per un'ampia ricostruzione dei temi che possono portare a prefigurare una costituzionalizzazione del diritto europeo S. PANUNZIO (a cura di) *I Diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, 2005.

<sup>25</sup> Sul punto si condividono le considerazioni di A. RUGGERI, *La CEDU alla ricerca di una nuova identità, tra prospettiva formale astratta e prospettiva assiologico-sostanziale d'inquadramento sistematico*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it). In ordine alla sentenza n. 349 si veda anche l'efficace critica di G. REPETTO, *Diritti fondamentali e sovranità nello Stato costituzionale chiuso, prime osservazioni critiche alla sentenza n. 349 del 2007 della Corte Costituzionale*. In *Giurisprudenza Italiana* 2008, 309 e s.

<sup>26</sup> In questo caso, la Corte ha sicuramente tenuto in considerazione quanto stabilito nella sua prima sentenza (la n. 1 del 1956), in cui affermò di essere competente a giudicare sulle controversie relative alla legittimità costituzionale delle leggi e degli atti aventi forza di legge, anche se anteriori all'entrata in vigore della Costituzione. E' evidente quindi che, sulla base di tale vera e propria "pietra miliare", la Corte non poteva non dichiararsi competente a giudicare anche delle controversie relative alla legittimità costituzionale delle leggi dell'ordinamento interno, entrate in vigore prima del recepimento della CEDU (avvenuto, lo ricordiamo, con la legge n. 848 del 1955) ed in contrasto con le disposizioni della Convenzione medesima.

quelli rilevati in una decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo che abbia accertato l'assenza di equità del procedimento penale, ai sensi dell'articolo 6 della CEDU.

La Corte, in questo caso, si è limitata a scrivere una sentenza di tipo monitorio, con cui invitava il legislatore "... *ad adottare i provvedimenti ritenuti più idonei, per consentire all'ordinamento di adeguarsi alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo che abbiano riscontrato, nei processi penali, violazioni ai principi sanciti dall'art. 6 della CEDU*" (punto 7 del Considerato in Diritto).

Sul piano degli effetti nel diritto interno rimane in ogni caso una differenza di fondo tra i principi sanciti dalla CEDU ed una qualsiasi fonte *self executing* di rango comunitario, atteso che solo le seconde, come noto, potranno portare alla disapplicazione automatica delle disposizioni legislative interne, anche se successive<sup>27</sup>. Solo le prime impongono invece ancora una verifica da parte della Corte Costituzionale che potrà dichiarare l'illegittimità della fonte interna adottata in violazione di un principio CEDU, da considerare quindi come fonte interposta, per contrasto con l'art. 117, comma 1, Cost..

Pur non raggiungendo la forza del diritto comunitario auto applicativo né la vera e propria portata di norme costituzionali, le disposizioni convenzionali per la Corte Costituzionale sono di notevole impatto, imponendo al Giudice una sorta di interpretazione conforme al parametro CEDU e se questa non sia possibile, l'invito a sollevare la questione di costituzionalità che potrà portare il Giudice delle leggi all'annullamento delle disposizioni interne adottate in spregio dell'art. 117, comma I, Cost. ed indirettamente lesive della disposizione CEDU, da considerare quindi come disposizione integrante il parametro costituzionale<sup>28</sup>.

## 6. *I diritti fondamentali e ordinamento comunitario.*

L'accresciuta rilevanza dei contenuti normativi della CEDU, anche nella prospettiva dei vari ordinamenti nazionali, trova un significativo riscontro anche nella graduale emersione dei

---

<sup>27</sup> Principio questo affermato a seguito della nota svolta della giurisprudenza della Corte costituzionale italiana a partire dalla sentenza n. 170 del 1984 (Caso *Granital*.)

<sup>28</sup> E' questo l'orientamento anche più recente della Corte costituzionale italiana sostanzialmente confermato dalle sentenze n. 80 e 113 del 2011. Come noto con la prima la Corte Costituzionale:

1) *dichiara* inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423 (Misure di prevenzione nei confronti delle persone pericolose per la sicurezza e per la pubblica moralità) e dell'art. 2-ter della legge 31 maggio 1965, n. 575 (Disposizioni contro le organizzazioni criminali di tipo mafioso, anche straniere), nella parte in cui non consentono che, a richiesta di parte, il procedimento davanti al tribunale e alla corte d'appello in materia di applicazione di misure di prevenzione si svolga in udienza pubblica, sollevata, in riferimento all'art. 117, primo comma, della Costituzione, dalla Corte di cassazione con l'ordinanza indicata in epigrafe;

2) *dichiara* non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4 della legge n. 1423 del 1956 e dell'art. 2-ter della legge n. 575 del 1965, nella parte in cui non consentono che, a richiesta di parte, il ricorso per cassazione in materia di misure di prevenzione venga trattato in udienza pubblica, sollevata, in riferimento all'art. 117, primo comma, della Costituzione, dalla Corte di cassazione con l'ordinanza indicata in epigrafe.

Ma ciò facendo dimentica che alla parte era al tempo precluso chiedere la pubblica udienza stante la declaratoria di illegittimità costituzionale delle disposizioni in questione operata in parte qua proprio per la non prevista facoltà dalla stessa Corte solo con la sentenza n. 93 del 2010, che appunto dichiarava l'illegittimità costituzionale dell'art. 4 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423 (Misure di prevenzione nei confronti delle persone pericolose per la sicurezza e per la pubblica moralità) e dell'art. 2-ter della legge 31 maggio 1965, n. 575 (Disposizioni contro la mafia), nella parte in cui non consentono che, su istanza degli interessati, il procedimento per l'applicazione delle misure di prevenzione si svolga, davanti al tribunale e alla corte d'appello, nelle forme dell'udienza pubblica.

Mentre con la sentenza n. 113, se è vero che si perviene alla declaratoria di « *illegittimità costituzionale dell'art. 630 del codice di procedura penale, nella parte in cui non prevede un diverso caso di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna al fine di conseguire la riapertura del processo, quando ciò sia necessario, ai sensi dell'art. 46, paragrafo 1, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo*», l'approccio seguito è pur sempre di tipo formale –astratto, volto a riconoscere alla CEDU, valenza solo sub costituzionale.

diritti fondamentali a livello comunitario (e che oggi, dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, possiamo finalmente chiamare europeo)<sup>29</sup>.

In ogni caso va segnalato che già con il Trattato di Maastricht del 1992 l'art. F sanciva che: «l'Unione Europea rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla CEDU e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli stati membri in quanto principi generali di diritto comunitario».

Tale affermazione costituisce, con tutta evidenza, una tappa fondamentale ma non l'ultima del processo di penetrazione dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario. Processo che, in assenza di una formale adesione della UE alla CEDU ha visto il suo principale motore nella giurisprudenza della Corte di Giustizia della Comunità Europea (nota anche come Corte del Lussemburgo).

Infatti, in origine, nel diritto comunitario, i diritti dell'uomo avevano un riconoscimento solo parziale e in larga parte collegato alle finalità economiche della Comunità.

Ciò non dimeno la giurisprudenza della Corte di Giustizia ha prestato grande attenzione alla tutela dei diritti fondamentali progressivamente riconosciuti come parte integrante del diritto comunitario in quanto principi generali risultanti dalle tradizioni costituzionali dei Paesi membri e dei trattati internazionali relativi alla tutela dei diritti dell'uomo ed in specie dalla CEDU come interpretata dalla Corte dei diritti dell'uomo<sup>30</sup>.

La Corte UE ha così potuto rivendicare a sé anche il compito di garantire l'osservanza dei diritti fondamentali potendo giudicare sui ricorsi presentati dagli Stati membri, dalle stesse istituzioni comunitarie, dai Giudici nazionali (attraverso il rinvio pregiudiziale) ed in alcuni casi dagli stessi cittadini.

La Corte di Giustizia ha svolto tali funzioni pur senza presupporre la necessità di una previa adesione dell'UE alla CEDU,<sup>31</sup> e nonostante ciò si è assistito ad una progressiva affermazione anche nell'ordinamento comunitario della tutela dei diritti fondamentali che ha imposto il rispetto, sia da parte delle istituzioni comunitarie, che da parte dei singoli Stati membri (o candidati a divenire tali), dei diritti riconosciuti a livello convenzionale e prevedendo sanzioni nei confronti di quegli Stati che pongano in essere gravi e persistenti violazioni dei diritti umani.

Per effetto del trattato di Nizza del 2001 è stata anche prevista la possibilità di attivare, in via preventiva, analoga procedura per accertare se esista anche un mero rischio di violazione.

E' in questo contesto che si inserisce oggi l'importante Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (CDFUE) adottata a Nizza il 07/12/2000, ma inizialmente non trasfusa nell'omonimo trattato del 2001.

Tale significativo strumento normativo è stato pubblicato nella GUCE ma non nella serie L (propria degli atti normativi vincolanti) ma nella serie C, riservata a quelli privi di un vero e proprio valore giuridico vincolante. Il documento, pertanto non nasce come vera e propria fonte comunitaria, ma come un atto che si potrebbe ascrivere tra quelli che Linda Senden ha definito come *soft law* di matrice comunitaria, cioè di un diritto in grado di produrre effetti giuridici, pur non potendo rientrare tra le vere e proprie fonti vincolanti di diritto comunitario<sup>32</sup>.

---

<sup>29</sup> Si veda A. RUGGERI, *Dimensione europea della tutela dei diritti fondamentali e tecniche interpretative*, in *Federalismi*, 4 dicembre 2009.

<sup>30</sup> Si veda Sentenza Corte di Giustizia CE 28/10/1975, in c. 36-75 *caso Rutili*.

<sup>31</sup> Infatti la stessa Corte CE, su richiesta del Parlamento europeo (parere 2/94), ha ritenuto che: «allo stato attuale del diritto comunitario la Comunità non ha competenza per aderire alla convenzione europea dei diritti dell'uomo (e ciò in quanto questo) determinerebbe una modifica sostanziale dell'attuale regime comunitario dei diritti dell'uomo (in forza) dell'inserimento della Comunità in un sistema istituzionale internazionale distinto (e che comporterebbe) l'integrazione delle disposizioni della convenzione dell'ordinamento giuridico comunitario (circostanza questa possibile) unicamente mediante una modifica del trattato».

<sup>32</sup> L. SENDEN, *Soft Law in European Community Law*, H.P. UK, 2004

La carta di Nizza, inoltre, avrebbe dovuto essere inserita nel Trattato costituzionale europeo, il cui processo di adozione è stato, come noto, interrotto a seguito degli esiti negativi dei referendum svoltisi in Francia e Olanda nel 2005.

Forse per ovviare a tale *empasse* si è tentato di intervenire in via normativa attraverso la successiva istituzione dell’Agenzia dell’Unione Europea per i diritti fondamentali, organismo indipendente previsto dal regolamento CE 168/2007, operante dal 01 marzo 2007, che ha il compito di raccogliere, analizzare e diffondere informazioni e dati rilevanti in materia di diritti fondamentali, formulare e pubblicare conclusioni e pareri per l’Unione e per gli Stati membri nell’attuazione del diritto comunitario.

Come più volte segnalato, oggi la Carta di Nizza risulta definitivamente recepita attraverso il rinvio recettizio previsto all’articolo sei del Trattato dell’Unione Europea, sottoscritto a Lisbona il 13/12/2007 e finalmente in vigore dal 01/12/2009.

Di fondamentale importanza ai nostri fini è quindi l’art. 6 del Trattato UE il quale dispone che: «L’Unione riconosce i diritti, le libertà ed i principi sanciti nella CDFUE del 07/12/2000 adattata il 12/12/2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei Trattati».

A ciò consegue che, essendo entrato in vigore il trattato sull’Unione Europea la Carta è diventata un vero e proprio parametro di legittimità dell’azione degli Organi dell’Unione Europea e degli stessi atti emanati dalle istituzioni comunitarie e di quelli degli Stati membri adottati anche in attuazione al diritto comunitario.

Si è passati quindi da una valenza della Carta di Nizza di portata meramente persuasiva e di indirizzo, propria degli atti di *soft law*, ad una portata diretta, di piena applicabilità delle disposizioni in essa contenute, con conseguente piena possibilità di disapplicazione delle disposizioni interne (ed anche comunitarie) con essa contrastanti.

Per quelle comunitarie si potrà anche ampliare a tale parametro la questione pregiudiziale interpretativa sollevabile in via incidentale ex art. 234 TCE (ora 267 TUE).

Con la definitiva entrata in vigore del trattato di Lisbona, può dunque affermarsi che la Carta consolida nuovi diritti, ma nuovi solo rispetto alle preesistenti costituzioni nazionali, dovendosi leggere come diritti oggi enumerati sulla più lata dimensione europea e quindi in grado di svolgersi in una più ampia dimensione ordinamentale.

Ciò non significa irrigidire il modello, ma creare un catalogo suscettibile di ulteriore continuo aggiornamento. Infatti, è a partire da questa base, di diritti e principi, che potranno enuclearsi nuove fattispecie, meglio aderenti all’evoluzione sociale e riconducibili al fondamento positivo della Carta dei diritti come richiamata nel Trattato U.E.

#### 7. *Rapporti UE CEDU: dal confronto fra Carte al rapporto fra Corti.*

Si tratta ora di capire quali implicazioni genera il rapporto tra la CDFUE e la CEDU e fra queste e le stesse Costituzioni nazionali<sup>33</sup>.

Soccorre a tal proposito l’art. 53 della Carta di Nizza che stabilisce che nessuna delle sue disposizioni può essere intesa come limite all’interpretazione dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, come riconosciuti nel rispettivo ambito di applicazione dell’Unione dal diritto internazionale delle Convenzioni internazionali, delle quali, l’Unione, la Comunità o tutti gli Stati membri sono contraenti, ed in particolare alla stessa CEDU ed alle Costituzioni degli Stati membri.

L’art. 52 stabilisce inoltre che tali diritti sono da interpretare “in armonia” con le tradizioni costituzionali comuni. E’ importante sottolineare che i diritti posti dalla Carta valgono per tutti gli individui che vivono o si trovano in un paese dell’Unione e trovano riconoscimento nei confronti dell’Unione, delle sue istituzioni e degli Stati, con la conseguenza

---

<sup>33</sup> Si veda sull’argomento P. RIDOLA, *la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea e le tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri*, in *Le riforme costituzionali e la partecipazione dell’Italia all’Unione europea*, a cura di S.Panunzio e E. Siso, Milano 2002, 89 e s.

che le sue norme non possono ovviamente sostituirsi, ma si aggiungono alle Costituzioni dei singoli Stati membri.

L'art. 6 conferma inoltre la formale adesione della UE alla CEDU senza che ciò comporti modifiche alla competenza dei Trattati ed in modo che gli stessi principi che derivano dalla CEDU possano essere considerati come principi generali del diritto dell'UE.

Un tale riconoscimento comporta la necessità di ricostruire in senso multilivello i diritti fondamentali, che andranno quindi declinati su tre piani: il livello europeo, il livello CEDU e quello nazionale. Ciò genera, come ulteriore ricaduta, l'esigenza di una nuova ed in parte diversa modulazione dei rapporti fra le diverse Supreme Corti, quella volta alla tutela dei diritti presi in considerazione dalla CEDU (Corte di Strasburgo) la Corte di Giustizia CE (Corte del Lussemburgo) e le Corti Costituzionali nazionali, tutte chiamate, a diverso livello, ad assolvere l'importante compito di tutela dei diritti fondamentali.

Alcune recenti e significative decisioni sono paradigmatiche della nuova dimensione sovranazionale dei diritti fondamentali e ci consentono di affermare che attraverso queste si può prefigurare una sorta di funzione "concretizzatrice" della giurisprudenza tratta dalle decisioni di tali Corti e ciò anche a prescindere dalla assoluta peculiarità della giurisprudenza della Corte di Giustizia CE da cui, come noto, si ricavano oltre agli enunciati utili a risolvere il caso concreto anche le regole di diritto pubblico comune a tutti i paesi membri.

Tre primi esempi credo siano significativi per dimostrare non solo la primazia del diritto comunitario sul diritto interno, ma anche la possibilità che, sulla base di principi tratti dalle Carte europee ed internazionali di tutela dei diritti fondamentali, si possa incidere in modo significativo su istituti fondanti degli ordinamenti degli Stati, quali ad esempio quello della cosa giudicata (formale e sostanziale) propria del processo di diritto interno.

Il riferimento va a tre sentenze che negli ultimi anni hanno profondamente mutato il valore della *res iudicata* nel nostro ordinamento, si tratta delle sentenze *Traghetti del Mediterraneo*<sup>34</sup>, *Lucchini*<sup>35</sup> e la più recente *Olimpiclub*<sup>36</sup>.

Con la prima decisione la Corte di Giustizia, di fatto, ha riservato a sé il compito di nomofilachia del diritto comunitario utilizzando il rinvio pregiudiziale non solo in forma preventiva ma anche successiva.

Si arriva a tale decisione all'esito di un lungo contenzioso civile dove la Società *Traghetti del Mediterraneo* vede definitivamente respinta dalla Corte di Cassazione (sentenza n. 5087 del 2000) una sua richiesta di risarcimento del danno, derivante da una presunta condotta posta in essere da una concorrente ed integrante un abuso di posizione dominante.

Nonostante l'esito negativo dell'intero giudizio la Società attrice, convinta che la Cassazione avesse errato nell'interpretare la normativa comunitaria in tema di violazione delle regole sulla concorrenza ed abuso di posizione dominante, cita la Repubblica Italiana innanzi al Tribunale civile di Genova, al fine di ottenere un risarcimento del danno posto in essere dal giudicante.

Il Tribunale ha allora sollevato questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia al fine di sapere se ostava, all'applicazione della disciplina del Trattato in materia di abuso di posizione dominante, l'art. 2, comma 2 della Legge n. 117 del 1988, nella parte in cui esclude la responsabilità civile del Magistrato per l'attività di **interpretazione** di norme e di diritto e per quella di **valutazione** del fatto e delle prove.

La Corte di Giustizia con la richiamata sentenza del 13/06/2006, rifacendosi al precedente *Kobler* del 2003<sup>37</sup> ed allineandosi alla stessa sentenza *Frankovich*, (in forza della

---

<sup>34</sup> Si veda Corte di Giustizia CE, 13/06/2006, causa 173-03 *Traghetti del Mediterraneo contro Repubblica Italiana*, in *Foro It.* 2006, IV 417.

<sup>35</sup> Si tratta della sentenza Corte di Giustizia CE 18/2007, causa 119/05 in *racc.* 2007, 1-6199 e seg..

<sup>36</sup> Vedi Corte di Giustizia CE sentenza 03/09/2009, causa 2/08 in *Foro It.* 2009 n. 9 sub anticipazioni e novità 28 e seg..

quale lo Stato membro è obbligato a risarcire i danni arrecati ai singoli in violazione del diritto comunitario, qualunque sia l'organo di tale Stato che abbia commesso la trasgressione), ha riconosciuto la contrarietà al diritto comunitario della disposizione nazionale che, di fatto, esclude la responsabilità del Giudice, seppure con il temperamento che la stessa debba essere limitata ai casi di violazione manifesta del diritto.

Al di là di ogni ulteriore commento, ciò che rileva è che la Corte in questo caso ha utilizzato il ricorso in via preventiva soddisfacendo un'esigenza di nomofilachia successiva, che comporta una serie di delicate conseguenze.

Si genera, infatti, la legittimazione ad una sorta di ulteriore grado di giudizio di fronte ad un Giudice nazionale che potrà conoscere del danno arrecato dal precedente Giudizio (anche se passato in giudicato!) in forza dell'adozione di una sentenza "non giusta" sul piano della corretta applicazione del diritto comunitario<sup>38</sup>. Evidenti le ricadute sul modello processuale della "cosa giudicata" anche in senso formale ex art. 324 c.p.c. che sancisce la definitività della forza del giudicato una volta esauriti i normali mezzi di impugnazione<sup>39</sup>.

Ancora più avanti si spinge la stessa Corte di Giustizia con le successive sentenze Lucchini del 2007 e Olympic Club del 2009.

Con la sentenza Lucchini la Corte ha esaminato il caso di una decisione della Corte d'Appello di Roma passata in giudicato e che sanciva il diritto della Lucchini ad ottenere il pagamento dei richiesti aiuti di Stato.

Stante il mancato adempimento la Lucchini adiva il Giudice amministrativo in sede di ottemperanza, ma successivamente il Consiglio di Stato si avvedeva che la sentenza di cui si doveva eseguire il giudicato si poneva in contrasto con la decisione 90/555 della CEE in materia di aiuti di Stato e sollevava quindi la questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia.

La Corte di Giustizia CE anche in questo caso non ha mancato di rilevare come spetti al Giudice nazionale interpretare le disposizioni di diritto interno in modo da consentire la corretta applicazione del diritto comunitario e ciò non può che prevalere anche nei confronti del principio di diritto interno della cosa giudicata che pertanto andrà disapplicato ogni qualvolta lo stesso impedisca il recupero di un aiuto di Stato erogato in contrasto con il diritto comunitario.

Tale orientamento, assume poi significati ancor più rilevanti con la sentenza Olympic Club del 2009 che estende un principio analogo, non solo alle materia di sicuro impatto comunitario come quelle connesse alla violazione delle regole della concorrenza disciplinate nel Trattato CE, ma anche negli altri settori coperti dalle disposizioni non necessariamente pattizie dell'Unione<sup>40</sup>.

La portata di tali decisioni fa sì che la giurisprudenza della Corte di Giustizia CE finisca con il produrre una serie di conseguenze i cui esiti non possono essere meramente ricondotti

---

<sup>37</sup> In *Foro It.*, 2004, 4 e ss, ed *ivi* le considerazioni di E.SCONDITI, "Francovich" presa sul serio: la responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario derivante da provvedimento giurisdizionale.

<sup>38</sup> Si veda in proposito A PALMERI, *Corti di ultima istanza, diritto comunitario e responsabilità dello Stato: luci ed ombre di una tendenza irreversibile*, in *Foro It.* 2006, IV, 420.

<sup>39</sup> Sulla perdita di valore del mito del giudicato, anche in materia penale, si veda ora anche la sentenza delle SSUU della suprema Corte di Cassazione, n.18288 del 2010, meglio nota come caso Beschi, che ha ritenuto riproponibile un'istanza ex art.666 cpp, pur dopo il suo rigetto e ciò onde offrire piena garanzia ai diritti fondamentali come riconosciuti dalla CEDU.

<sup>40</sup> Secondo la sentenza 3 settembre 2009 della Corte di giustizia della C.E., il diritto comunitario osta all'applicazione, in circostanze come quelle della causa principale, di una disposizione del diritto nazionale, come l'art. 2909 del codice civile, in una causa vertente sull'imposta sul valore aggiunto concernente un'annualità fiscale per la quale non si è ancora avuta una decisione giurisdizionale definitiva, in quanto essa impedirebbe al giudice nazionale investito di tale causa di prendere in considerazione le norme comunitarie in materia di pratiche abusive legate a detta imposta. La sentenza, pur largamente preannunciata in dottrina. V. in proposito, CONSOLO, *Il primato del diritto comunitario può spingersi fino ad intaccare la "ferrea" forza del giudicato sostanziale?*, in *Corr. giur.*, 2007, 9, 1189 ss.; TESAURO, *Divieto comunitario di abuso del diritto (fiscale) e vincolo da giudicato esterno incompatibile con il diritto comunitario*, in *Giur. It.*, 2008, 4, 1029 ss., soprattutto dopo la famosa e variamente commentata «Lucchini». V. ancora Consolo, *La sentenza Lucchini della Corte di Giustizia: quale possibile adattamento degli ordinamenti processuali interni e in specie del nostro?*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 1, 224 ss..

alla disapplicazione di una norma di rango ordinario, ma finiscono con l'intaccare gli stessi principi generali del processo ed in qualche caso possono anche spingersi ad imporre la prevalenza di un regolamento comunitario sulle stesse disposizioni costituzionali come già dimostrato con il caso Kreil<sup>41</sup>.

Va poi segnalato come alcuni importanti risultati cui è giunta la Corte di Giustizia si devono al raccordo con la giurisprudenza della Corte EDU.

Si pensi al caso K.B. ove la Corte accoglie il ricorso, presentato da un'infermiera inglese contro il *National Health Service* del Regno Unito, per far ottenere la pensione di reversibilità al proprio compagno R. nato di sesso femminile e poi divenuto uomo a seguito di un intervento chirurgico di cambiamento di sesso<sup>42</sup>.

Qui la Corte di Giustizia, adita dalla Corte d'Appello inglese con rinvio pregiudiziale, ha dichiarato che il mancato riconoscimento osta alla direttiva 75/117 CE ed all'art. 141 TCE, determinando una discriminazione basata sul sesso e con ciò richiamando espressamente due precedenti decisioni della Corte di Strasburgo (*Goodwin e I.*)<sup>43</sup> che avevano condannato il Regno Unito in quanto la sua legislazione impediva ai transessuali, ancorché operati, di contrarre matrimonio in violazione dell'art. 12 CEDU in materia di diritto al matrimonio e art. 8 sul diritto al rispetto della vita privata e familiare.

Se è questa una dimostrazione delle sinergie che può generare il raccordo della giurisprudenza fra Corte UE e Corte EDU nel campo del riconoscimento dei diritti fondamentali<sup>44</sup>, altri casi attestano significative diversità di posizioni dettate dalle peculiarità degli ordinamenti di volta in volta presi in considerazione.

Nel caso Koua – Poirrez<sup>45</sup> ad esempio si giunge alla decisione della Corte di Giustizia attraverso un rinvio pregiudiziale proposto dal Giudice francese cui si erano rivolti sia un maggiorenne handicappato di nazionalità ivoriana che il suo padre adottivo Sig. Poirrez al fine di beneficiare dei sussidi previsti dalla legge francese in favore di adulti portatori di handicap.

Per la Corte del Lussemburgo il diritto comunitario restava inapplicabile perché il padre non assumeva la qualità di "lavoratore emigrante" unico titolo in forza del quale si sarebbero potute applicare le norme comunitarie in tema di libertà di circolazione (art. 39 TCE), di conseguenza, esauriti senza risultato i mezzi ordinari di impugnazione, i ricorrenti si rivolgevano alla Corte di Strasburgo.

Con il successivo ricorso predisposto dagli interessati innanzi alla Corte EDU questa con sentenza del 2003 ha riconosciuto che il diniego del sussidio avrebbe determinato la violazione dell'art. 14 CEDU in tema di divieto di discriminazione accogliendo le richieste negate dalla Corte di Giustizia.

L'importanza del caso è stata ricordata dallo stesso Presidente della Corte di Strasburgo, nel discorso inaugurale dell'anno giudiziario 2004, come esempio significativo della

---

<sup>41</sup> Corte di Giustizia Ce, Sentenza Tanja Kreil (C-285/98), che ha ritenuto incompatibile con i principi comunitari di parità tra uomo e donna il divieto di impieghi militari delle donne posto dall'articolo 12.a) del *GrundGesetz* tedesco imponendone la modifica nel senso prospettato dalla Corte. Vedi S.PANUNZIO, *Diritti fondamentali e le Corti in Europa*, cit. 15.

<sup>42</sup> Corte di Giustizia Ce Sentenza K.B. (C-117/01) del 7 01 2004 reperibile anche nel sito [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it) ed *ivi* il commento di R.CALVANO.

<sup>43</sup> Si tratta delle sentenze della Corte EDU *Goodwin vs. Regno Unito* (R.n.28957/95) dell'11 luglio 2002 ed *I. vs. Regno Unito* (R.25680/94).

<sup>44</sup> Convergenza testimoniata anche dalla sentenza nel caso *Mattews II* del 2006 dove la Corte di Giustizia si allinea alla precedente decisione della Corte EDU del 1999, respingendo il ricorso del Regno di Spagna avverso la tutela ottenuta dalla elettrice inglese residente a Gibilterra.

<sup>45</sup> Il caso si trae dalle Sentenze Corte di Giustizia Ce in C-206/91 del 16 12 1992 e Corte EDU Sentenza *Koua-Poirrez c. Francia* ( R. n. 40892/98) del 30 09 2003.

complessità, ma anche della complementarietà dei tre livelli di protezione dei diritti fondamentali, nazionale, comunitario e CEDU<sup>46</sup>.

---

<sup>46</sup> Il bilanciamento, operato dai giudici della Corte di Giustizia, quando entrano in gioco diritti di nuova generazione, come i diritti sociali, ha spesso generato singolari paradossi. Se infatti, sorge la necessità di un mutamento di prospettiva rispetto ad un approccio classico volto ad analizzare solo o in prevalenza gli aspetti normativi, per accedere ad una stretta considerazione dello *ius dicere*, cioè, con riferimento ai diritti sociali, non offre risultati confortanti, se si utilizzano le lenti del giudice sovranazionale.

Alcune decisioni risultano paradigmatiche di tale singolare stato di cose, ci si riferisce ai noti casi Viking, Laval, Rüffert e Lussemburgo. Attraverso tali casi è possibile scorgere il delicato compito di bilanciamento operato dalla Corte di Giustizia, tra le esigenze proprie del mercato unico, inteso come uno strumento fondamentale per stimolare la crescita economica in Europa e superare le stesse barriere alla libera circolazione di persone, beni, servizi e capitali e le situazioni giuridiche soggettive di rango sociale connesse a diritti dei lavoratori.

Con un mercato che attualmente comprende 30 paesi e circa 500 milioni di cittadini, i flussi di investimento di frontiera di 430 miliardi di euro l'anno e il 70% degli Stati membri, le esportazioni destinate ad altri paesi dell'UE, i benefici di una più stretta integrazione sono innegabili.

Ma il rapporto tra libertà economica e parallela tutela dei diritti fondamentali (sociali) non sembra garantire appieno i secondi. Tale stato di cose traspare già nel "caso Viking" (sentenza Corte di Giustizia CE 11 dicembre 2007). Con questa sentenza, infatti, la Corte del Lussemburgo pur affermando chiaramente che: « ... *La Comunità non ha soltanto finalità economica ma anche finalità sociale e che i diritti che derivano dalle disposizioni del trattato relative alla libera circolazione delle merci, delle persone dei servizi e dei capitali devono essere bilanciate con gli obiettivi della politica sociale tra i quali figurano in particolare il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro che consenta la loro parificazione nel progresso, una protezione sociale adeguata ed il dialogo sociale* » ha preferito dare prevalenza alle libertà economiche rispetto ai diritti sociali sottostanti.

Pur riconoscendo il diritto di azione collettiva come diritto fondamentale e parte integrante dei principi comunitari come riconosciuti dalla stessa Corte di Giustizia che ne deve garantire l'osservanza nel bilanciamento tra *economic freedom* e *social right*, per la Corte è la prima a prevalere rispetto all'azione dei marittimi finlandesi tesa ad opporsi all'iniziativa della società che con il cambio di bandiera della nave Rosella avrebbe potuto pregiudicare i loro diritti. Le cose non cambiano nel successivo caso Laval (sent. Corte di Giustizia CE 18 dicembre 2007) ove per la Corte di Giustizia un'azione collettiva diretta ad ottenere l'applicazione del CCNL proprio dell'area geografica ove lavora un'impresa di altro stato membro è contraria alla libera circolazione delle imprese ed alla libertà di stabilimento (art. 49 TFUE).

Di conseguenza la Corte di Giustizia ha optato per la condanna dell'azione collettiva che ha portato al fallimento della società di diritto svedese Baltic, controllata al 100% dalla società lettone Laval, che aveva vinto l'appalto in Svezia.

Alla decisione sul caso Ruffert del 3 aprile 2008, si arriva invece attraverso la proposizione di una questione interpretativa sollevata per valutare la compatibilità comunitaria di una legge del Land della Bassa Sassonia, che imponeva agli enti pubblici di applicare ai contratti di appalto per lo meno la retribuzione minima prevista dal contratto CNL in forza di una specifica legge del Land.

Contrariamente a tale disposizione invece l'impresa appaltatrice tedesca applicava al subappaltatore polacco un livello retributivo pari a poco più del 46% del livello salariale del CCNL tedesco ed all'esito del giudizio la Corte del Lussemburgo ha ritenuto che la legge del Land ostasse ai principi di libertà economiche (*id est* al principio di libera circolazione dei servizi ex art. 49 TCE). Prevale cioè ancora una volta l'applicazione del principio di libera circolazione delle imprese. In Commissione c/o Rep. Fed Germania ( Sent. Corte di Giustizia UE del 15 luglio 2010), il problema a me pare ancor più grave perché determina la prevalenza non tanto delle disposizioni del TFUE ma delle stesse direttive sui servizi che incidono, fino a vanificarli, sui diritti sociali discendenti dalla CCNL dei pubblici dipendenti che affidavano alla contrattazione i servizi di previdenza previdenziale complementare aziendale.

Qualche segnale positivo si può ricavare da ultimo nella recente sentenza della Corte Grande Sezione 1 marzo 2011 c- 236/09 (causa *Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL, Yann van Vugt, Charles Basselier* contro *Conseil des ministres*), qui, con riferimento al problema posto dalla previsione della Direttiva 2004/113 ed in particolare dall'articolo 5 che consentiva una deroga agli Stati di poter tener conto nella determinazione dei premi alle compagnie assicurative di fattori legati alla differenza di genere, seppur nel campo di prestazioni unisex La Corte UE, per la prima volta ha dichiarato l'annullamento della disposizione seppur con effetto dalla data del 21 12 2012. Sarà interessante capire se in futuro possa avere un ruolo, pur in un settore non disciplinato direttamente dalla CEDU, anche la giurisprudenza della Corte europea, magari valorizzando quei profili ricavabili dall'articolo 11 secondo comma, in tema di esercizio dei diritti, anche sindacali, le cui restrizioni si rifletterebbero in danno dello stesso carattere democratico della nostra società.

8. *La portata dell'art. 6 del Trattato UE sull'adesione dell'UE alla CEDU: verso il superamento del "gioco delle tre Corti"?*

Con l'entrata in vigore del trattato di Lisbona e l'inclusione, seppur attraverso la peculiare modalità del rinvio recettizio alla carta di Nizza, della CDFUE, si è sicuramente data maggior certezza ai cittadini europei circa la portata dei loro diritti e il cerchio sembra ora chiudersi con la prospettiva della futura adesione dell'UE alla CEDU.

In realtà il cammino non può dirsi ancora concluso, dato che saranno necessari successivi negoziati utili a formalizzare l'adesione dell'Unione alla convenzione EDU.

Inoltre tale adesione dovrà anche essere portata alle estreme conseguenze mediante la nomina di un Giudice in seno alla Corte di Strasburgo su designazione della stessa Unione. Questo potrebbe essere anche un Giudice della Corte di Lussemburgo, al fine di dare piena voce dall'interno allo spirito del diritto e della giurisprudenza comunitaria; esigenza questa fondamentale per giungere ad una piena armonizzazione fra "Corti".

Pur non di meno, anche quando ciò si sarà concretizzato, non avrebbe l'automatico effetto di superare l'autonomia del diritto comunitario così come ancora oggi non vi è piena integrazione fra gli ordinamenti statali e relative Corti Costituzionali e ordinamento CEDU.

Auspicabile quindi l'avvio di un percorso in grado di evitare le incertezze ed i pericoli del "gioco della tre Corti" che potrebbe riflettersi su diritti e principi che sono o dovrebbero essere patrimonio comune di tutti i cittadini degli Stati aderenti all'UE e alla CEDU.

Si dovrà avviare quindi un sistema in grado di valorizzare la sussidiarietà e al tempo stesso la circolarità dei rapporti, attraverso un percorso in grado di assegnare a ciascuno dei soggetti dei vari livelli di tutela un ruolo predefinito.

In questa prospettiva, dovremo farci carico di ricostruire i diversi ruoli spettanti ai «custodi» dei diversi livelli.

Per quanto riguarda la Corte EDU di Strasburgo, alla stessa dovrà essere assegnato il ruolo di garante dell'ordine pubblico europeo in materia di diritti fondamentali, in grado di fissare il *minimum standard*, comune ed inderogabile, sia per gli Stati del Consiglio d'Europa che per quelli aderenti al Trattato UE e la stessa UE in quanto aderente alla CEDU.

Tale ruolo trova le sue basi nella stessa clausola di sussidiarietà posta dall'art. 53 CEDU che lascia, sia gli Stati che l'UE, liberi di stabilire ed offrire una più ampia e diversa garanzia dei diritti fondamentali sanciti dalla CEDU ed anche prevederne ulteriori.

A sua volta la UE e per essa la Corte di Giustizia del Lussemburgo, oltre che a garantire quel *minimum standard* della CEDU potrà aumentare l'ambito di tutela dei diritti fondamentali ed eventualmente elevarlo oltre che individuarne ulteriori.

E' questo il caso di quei diritti posti a contenuto della Carta di Nizza oggi recepita nel Trattato di Lisbona e che tutelano anche fattispecie rientranti nell'ambito dei diritti sociali, non espressamente previsti dalla CEDU e che possono essere finanche qualificati come "nuovi diritti" legati al progresso scientifico ed industriale. Si potrebbe parlare in questo caso anche di quei diritti che la stessa Corte di Giustizia giunge a concretizzare attraverso il riconoscimento e/o l'applicazione delle tradizioni costituzionali comuni, anch'esse espressamente richiamate dal Trattato di Lisbona.

Al di là di tali aspetti, di carattere "quantitativo", dovremo poi prendere in considerazione anche altri profili che si pongono su di un piano "qualitativo".

Se, infatti, la Corte EDU, in questo quadro, svolge un ruolo, per così dire, **negativo** di tutela dell'ordine pubblico costituito dallo standard minimo, la UE dovrebbe svolgere il suo ruolo su un piano diverso.

Alla Corte di Giustizia praticamente non sarà affidata la mera garanzia dei livelli essenziali di tali diritti, ma anche il proprio contributo **positivo** per giungere alla concreta realizzazione ed implementazione dei diritti attraverso l'opera degli Stati, e ciò può farlo grazie

al ruolo e al contributo del costante dialogo fra Corte di Giustizia e Corti nazionali che si svolge attraverso il rinvio pregiudiziale cui finalmente, come noto, ha ceduto anche la nostra Corte costituzionale nel corso del 2008<sup>47</sup>.

Si arriva così al ruolo da assegnare alle Corti Costituzionali che in ordine agli atti della UE dovranno limitarsi a rilevare i casi ove emergano le c.d. *riserve di sovranità* o le ipotesi di contrasto con i c.d. *controlimiti*, mentre potranno ampliare il loro raggio d'azione su tutti gli atti statali che non siano in grado di qualificarsi come atti di stretta attuazione del diritto comunitario e senza che il giudice comunitario possa rivendicare un potere di ampliamento e di decisione sulle scelte discrezionali di stretta pertinenza statale.

Dovrebbe spettare quindi alle Corti costituzionali nazionali non solo il sindacato sugli atti di competenza esclusiva dello Stato previsti nel TUE, ma anche quelli di competenza concorrente, nella misura in cui l'Unione non abbia esercitato la propria potestà o abbia deciso di cessare dall'esercitarla.

Particolarmente significativa in proposito è la monumentale sentenza del 30 giugno del 2009 del BVG tedesco che, chiamata a valutare la compatibilità con l'art. 23 del GG del processo di integrazione europea uscito dal Trattato di Lisbona, nel dichiarare la parziale incostituzionalità, ha sottolineato come l'unificazione in atto non può realizzarsi in modo tale da lasciare agli Stati membri uno spazio insufficiente per la determinazione politica delle condizioni di vita economiche, culturali e sociali. E questo vale in particolare per le materie che danno forma agli ambienti di vita dei cittadini tutelati dai diritti fondamentali.

La cautela del giudice costituzionale tedesco si spiega con il forte richiamo a quei principi che devono ergersi a base di interpretazione di tale nuovo modello circolare e plurilivello di tutela che sono la sussidiarietà e la leale collaborazione fra i diversi livelli così che nel nuovo spazio giudiziario europeo le garanzie di diritto costituzionale e di diritto dell'Unione a favore dell'identità costituzionale nazionale possano procedere *Hand in Hand* (mano nella mano).

Assai meno netti mi paiono ad oggi gli spunti che si possono trarre dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale italiana, particolarmente restia ad instaurare un dialogo con la Corte di Giustizia. Isolamento rotto dall'ordinanza n. 103 del 2008 (in ordine alla tassa sul lusso cui erano esentate imprese locali da una legge regionale della Sardegna impugnata dallo Stato) e giustificata dal fatto che si trattava di un ricorso in via d'azione, procedimento che a detta della Corte consentiva alla stessa di qualificarsi come organo giurisdizionale dello Stato e lasciando sottintendere che nel procedimento in via d'azione il vero ruolo giurisdizionale fosse affidato ai giudici *a quibus*.

Bisogna inoltre sottolineare come l'ordinanza *de quo* possa essere considerata un primo passo di avvicinamento della Consulta nei confronti dei Giudici di Lussemburgo, al fine di instaurare un più stretto dialogo istituzionale tra Corti: la stessa giurisprudenza della Consulta sulla c. d. "doppia pregiudizialità"<sup>48</sup> del resto, aveva di fatto emarginato il Giudice delle Leggi italiano da ogni possibile confronto con la Corte di Giustizia<sup>49</sup>.

Ad avviso della dottrina quindi, con l'ordinanza n. 103 del 2008, la Corte italiana avrebbe finalmente colmato una lacuna presente all'interno del nostro sistema di Giustizia costituzionale, anche se la pronuncia in esame manifesta una discontinuità con la precedente

---

<sup>47</sup> Si veda Corte Cost. Ordinanze n. 102 e 103 del 2008 su cui le condivisibili considerazioni di L. Pesole, *La Corte Costituzionale ricorre per la prima volta al rinvio pregiudiziale. Spunti di riflessione sull'ordinanza n.103 del 2008* pubblicata su *Federalismi.it*, 2008.

<sup>48</sup> Sul punto, si rinvia al saggio di S. PANUNZIO, pp. 24 e ss.

<sup>49</sup> Così L. PESOLE, *La Corte Costituzionale ricorre per la prima volta al rinvio pregiudiziale. Spunti di riflessione sull'ordinanza n. 103 del 2008*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 23/07/2008, cit. p. 5.

giurisprudenza della Corte posto che essa, per lungo tempo, non si era mai considerata una “giurisdizione nazionale”, nell’accezione intesa dalla giurisprudenza comunitaria<sup>50</sup>.

Al riguardo bisogna comunque precisare che, in alcuni suoi precedenti, la Consulta non aveva escluso la possibilità di avvalersi della pregiudiziale comunitaria al fine di risolvere alcuni contrasti ermeneutici tra normativa interna e normativa comunitaria. Si pensi ad esempio alla sentenza n. 168 del 1991 dove la Corte, al punto 6 del *Considerato in diritto*, fece esplicito riferimento alla sua “facoltà” di ricorrere allo strumento previsto dall’allora art. 177 del TCE, che però prevede un obbligo (e non una mera facoltà) di ricorso alla pregiudiziale comunitaria, in capo gli organi giurisdizionali di ultima istanza.

Significativo pare anche il richiamo alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione che si può trarre sulla base della sentenza n. 28 del 2010. In tal caso la Corte Costituzionale, rispetto alla materia di rilevanza penale trattata, fa riferimento al principio del *favor rei* come richiamato espressamente dall’articolo 49 della CDFUE (Carta di Nizza) come recepita nel Trattato di Lisbona entrato in vigore il 1 dicembre 2009.

Dobbiamo renderci conto che ci troviamo di fronte a notevoli complessità che vanno affrontate con i dovuti strumentari interpretativi che passano necessariamente dall’utilizzo delle tecniche di bilanciamento per valori che se ben utilizzate costituiscono il metodo corretto per affrontare preparati le difficoltà connesse ad un sistema multilivello di tutela dei diritti fondamentali che diversamente, anziché giungere ad un modello sinergico fra le diverse Corti, potrebbe generare insanabili contrasti in danno dei diritti dell’uomo e dello stesso valore democratico.

Così credo si possa giungere ad un sistema multilivello di tutela dei diritti fondamentali fondato su un modello sinergico fra le diverse Corti in grado di evitare i possibili contrasti<sup>51</sup>.

Certo la complessità dei livelli normativi presi in considerazione e l’ambito di competenze, proprie delle diverse giurisdizioni, non può non dar luogo a sfasature ed a divergenze negli indirizzi giurisprudenziali, ma proprio da queste l’operatore del diritto, deve necessariamente aprirsi a nuove letture che difficilmente consentono l’utilizzo di tradizionali approcci metodologici.

---

<sup>50</sup> L. PESOLE, *La Corte Costituzionale ricorre per la prima volta al rinvio pregiudiziale*, op. ult. cit., p. 10, dove l’Autrice precisa che: “Più che un mutamento di rotta, quindi, sembra esserci stato [sotto questo profilo] un cambio di prospettiva. La Corte ha utilizzato un approccio metodologico diverso: la sua qualificazione come giurisdizione nazionale è avvenuta integrando con la giurisprudenza comunitaria i riferimenti alla sua posizione nell’ordinamento nazionale”.

<sup>51</sup> A questi fini credo sia ancora attuale il richiamo al fondamentale contributo di S. PANUNZIO, *Diritti fondamentali e le Corti in Europa*. Cit. Cap V, pag. 76 e s.