

ALLA RICERCA DEL “LIMITE DEI LIMITI”: IL «CONTENUTO ESSENZIALE» DEI DIRITTI FONDAMENTALI NEL DIALOGO FRA LE CORTI

Sommario: 1. Posizione del problema e obiettivi dell'indagine. - 2. Il «contenuto essenziale» nell'art. 52, par. 1, della Carta di Nizza. - 3. La giurisprudenza della Corte di giustizia. - 4. La garanzia del «contenuto essenziale» nella tradizione costituzionale italiana. - 4.1. Segue: il «contenuto essenziale» tra inviolabilità e controlimiti. - 5. Conclusioni.

1. Posizione del problema e obiettivi dell'indagine

I vent'anni trascorsi dalla solenne proclamazione, a Nizza, della Carta europea dei diritti fondamentali¹ – poi adattata a Strasburgo – offrono l'occasione per svolgere una riflessione su un tema che non sembra aver destato fin qui adeguata attenzione².

Ci si riferisce alla previsione contenuta nell'art. 52, par. 1, della Carta, secondo la quale «[e]ventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono», fra le altre cose, «rispettare il *contenuto essenziale* (corsivo aggiunto) di detti diritti e libertà».

Tale previsione viene oggi ad assumere un rilievo pregnante alla luce della peculiare congiuntura storica in cui cade questo ventennale, nel pieno di un'«emergenza di sanità pubblica di rilevanza internazionale»³ che ha imposto agli ordinamenti costituzionali dell'Unione europea (e non solo) un *trade-off* senza precedenti tra il diritto alla salute di tutti e le libertà individuali di ciascuno, producendo sul piano normativo le risposte più differenziate, che hanno limitato le libertà con diversi gradi di intensità.

* Associato di Diritto pubblico nell'Università di Perugia.

¹ D'ora in avanti Carta.

² E che può ben essere annoverato tra le «ancora tante [...] domande in sospeso» lasciate dalla Carta e richiamate da M.E. GENNUSA, S. NINATTI e D. TEGA, *La Carta di vent'anni dopo Nizza*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2020, 624.

³ Tale è stata dichiarata il 30 gennaio 2020 dall'OMS l'infezione da SARS-CoV-2.

Al cospetto di interventi tanto invasivi quanto diffusi su scala globale⁴, non si può fare a meno di chiedersi se il «contenuto essenziale» dei diritti fondamentali che sono stati in così varia misura incisi per fronteggiare l'emergenza sia stato sempre rispettato⁵; e se l'obiettivo perseguito dalle limitazioni introdotte – nel caso di specie la tutela della salute pubblica – non si sarebbe potuto del pari conseguire con un minore sacrificio degli altri diritti in gioco⁶.

Più in generale, il problema che si pone sul piano della dottrina dei diritti fondamentali – come forse mai prima d'ora – è se, ed eventualmente fino a che punto, sia possibile identificare in concreto un «limite invalicabile» oltre il quale il legislatore non dovrebbe mai spingersi nel comprimere un diritto fondamentale, a pena di pregiudicarne il «contenuto essenziale»⁷.

Un'indagine del genere, a ben vedere, richiederebbe un'analisi empirico-comparativa delle misure restrittive adottate nei diversi Stati membri – o almeno in alcuni di essi – che tuttavia esula dagli obiettivi della presente indagine⁸.

Qui si vuol provare a tematizzare la questione contestualizzandola nel quadro del nuovo corso dei rapporti tra Corte costituzionale, giudici comuni e Corte di giustizia inaugurato dalla sentenza n. 269 del 2017, al fine di saggiare le implicazioni che se ne possono ricavare in ordine all'esigenza di assicurare *standard* comuni di tutela ai corrispondenti diritti riconosciuti contemporaneamente dalla Costituzione e dalla Carta⁹.

⁴ Il che rende ancor più attuale il rilievo di V. ONIDA, *La tutela dei diritti fondamentali in Italia nella prospettiva dell'integrazione europea*, in *Le libertà e i diritti nella prospettiva europea. Atti della giornata di studio in memoria di Paolo Barile*, Padova, Cedam, 2012, 46-47, secondo cui «oggi il "cuore" del compito dei costituzionalisti deve sempre più intendersi nella battaglia per quello che si potrebbe chiamare il costituzionalismo internazionale e universale dei diritti umani». Per la sottolineatura di come le spinte alla globalizzazione dei diritti siano radicate nella loro dimensione universale cfr. M. CARTABIA, *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione Europea*, in Id (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, il Mulino, 2007, 62.

⁵ Già P. HÄBERLE, *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*, Carocci, 2005, 253, osservava come, nella prospettiva di «propagare» e «programmare» i diritti fondamentali su scala mondiale, vi fossero «in definitiva buoni argomenti a favore di una garanzia testuale del contenuto essenziale anche nei trattati internazionali ("universali") sui diritti dell'uomo».

⁶ Sulle conseguenze nell'ordinamento dei provvedimenti adottati per fronteggiare l'emergenza Coronavirus, con particolare riferimento, tra le altre, al bilanciamento tra libertà individuali e diritto alla salute, il dibattito è ricchissimo sia in sede scientifica, che sui mezzi di informazione. Senza pretesa di esaustività si vedano i contributi pubblicati sul *Forum "Emergenza CoViD-19" in Osservatorio AIC*; sull'*Osservatorio Covid19*, in *DPCE online*; sull'*Osservatorio Emergenza Covid-19*, in *federalismi*; sulla *Rubrica COVID-19*, in *Osservatorio sulle fonti*. Si vedano inoltre *Liber Amicorum Per Pasquale Costanzo. Diritto costituzionale in trasformazione*, Tomo II, *Il Diritto pubblico della pandemia*, in *Consulta Online*, 2020; F.S. Marini e G. Scaccia (a cura di), *Emergenza Covid-19 e ordinamento costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2020; D. Morana (a cura di), *I diritti costituzionali in divenire. Tutele consolidate e nuove esigenze di protezione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020; R. ROMBOLI, *L'incidenza della pandemia da Coronavirus nel sistema costituzionale italiano*, in *Consulta online*, 5 ottobre 2020.

⁷ Che rappresenta, secondo O. CHESSA, *Brevi note sul «contenuto essenziale» (dei diritti inviolabili) come parametro del giudizio di costituzionalità*, in G. Pitruzzella, F. Teresi, G. Verde (a cura di), *Il parametro nel giudizio di costituzionalità*, Torino, Giappichelli, 2000, 293, «un problema ineludibile del costituzionalismo contemporaneo poiché deriva dal rapporto, e dalla tensione, fra Costituzione come norma superiore che riconosce i diritti, e legge quale «atto politico della maggioranza»».

⁸ Per un'analisi del genere si rinvia a Serna de la Garza, J.M. (Ed). (2020). *Covid-19 and Constitutional Law. Covid-19 et droit constitutionnel*, in *IACL-ADCL Blog*, 3 December 2020. Si vedano anche i contributi pubblicati nell'ambito del dibattito su *COVID 19 and States of Emergency*, in *VerfBlog*.

⁹ Chi scrive è ben consapevole che il tema della tutela dei diritti fondamentali in Europa richiede una lettura unitaria dei rapporti tra Corte costituzionale, Corte di giustizia e Corte europea dei diritti dell'uomo e che que-

Da questo angolo visuale, l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona ha segnato – come era stato del resto preconizzato¹⁰ – un punto di non ritorno. L'attribuzione alla Carta di effetti giuridici vincolanti, infatti, ha comportato che un'ipotesi oggetto fino a quel momento di speculazione meramente teorica – ossia che «la violazione di un diritto della persona infranga, ad un tempo, sia le garanzie presidiate dalla Costituzione italiana, sia quelle codificate dalla Carta dei diritti dell'Unione» – potesse non solo assumere una portata pratica, ma diventare un accadimento ricorrente, se solo si considera che «[i] principi e i diritti enunciati nella Carta intersecano in larga misura i principi e i diritti garantiti dalla Costituzione italiana (e dalle altre Costituzioni nazionali degli Stati membri)»¹¹.

Questa circostanza, in uno con la presa d'atto che l'assetto dei rapporti tra ordinamento interno e ordinamento europeo – come consolidato a partire dalla dottrina «La Pergola»¹² – «finiva per emarginare sempre più la Corte costituzionale dal processo di integrazione giuridica europea»¹³, è all'origine della celebre «svolta»¹⁴ impressa dalla Corte costituzionale

sta è, di conseguenza, l'impostazione prevalente negli studi in materia. Tuttavia, il particolare taglio che si è voluto dare alla presente indagine, inquadrando il rapporto tra i diritti della Carta e le tradizioni costituzionali comuni alla luce della nuova dottrina della doppia pregiudizialità, chiama eminentemente in causa il dialogo tra Corte costituzionale e Corte di Lussemburgo. Ed è pertanto su questo che è sembrato opportuno focalizzare l'analisi. Più in generale, rileva che «*the Court's case law seems to make clear that the primary reference point for human rights in the Eu will now be the Charter of Fundamental Rights, and not the ECHR*» G. DE BÚRCA, *The Eu Charter of Fundamental Rights and Freedoms at 20*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2020, 850. Sul «contenuto essenziale» nella giurisprudenza convenzionale cfr. in ogni caso S. VAN DROOGHENBROECK and C. RIZCALLAH, *The ECHR and the Essence of Fundamental Rights: Searching for Sugar in Hot Milk?*, in *German Law Journal*, 20, 2019 904 ss.

¹⁰ Di «bomba ad orologeria» suscettibile di mettere in discussione il controllo di costituzionalità della Corte ha parlato E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Roma-Bari, Laterza, 2012, 134. Che «l'acquisita efficacia giuridica del catalogo dei diritti rende[sse] non più procrastinabile la riflessione sulle possibili forme di interazione tra diritto costituzionale dell'Unione e diritto costituzionale interno» è stato segnalato anche da A. CARDONE, *La tutela multilivello dei diritti fondamentali*, Milano, Giuffrè, 2012, 71. Più in generale, sulle principali innovazioni del Trattato di Lisbona dopo il fallimento del Trattato-Costituzione cfr. A. Lucarelli - A. Patroni Griffi (a cura di), *Dal Trattato costituzionale al Trattato di Lisbona. Nuovi studi sulla Costituzione europea*, Napoli, Edizioni scientifiche Italiane, 2010. La portata del nuovo art. 6 TUE alla luce delle modifiche recate dal Trattato di Lisbona è stata chiarita da Corte costituzionale, sentenza n. 80 del 2011.

¹¹ I virgolettati sono tratti da Corte costituzionale, sentenza n. 269 del 2017. Per un'analisi del problema dall'angolo visuale del Tribunale costituzionale federale tedesco si veda G. REPETTO, *Il Bundesverfassungsgericht e l'Europa: nuovi equilibri? La violazione congiunta dei diritti nazionali e della Carta Ue*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2020, 329 ss. Cfr. anche L.S. ROSSI, *Il "nuovo corso" del Bundesverfassungsgericht nei ricorsi diretti di costituzionalità: bilanciamento fra diritti confliggenti e applicazione del diritto dell'Unione*, in *federalismi.it*, n. 3/2020.

¹² Enunciata in Corte costituzionale, sentenza n. 170 del 1984.

¹³ Così M. CARTABIA, *Relazione della Presidente Marta Cartabia sull'attività del 2019*, in www.cortecostituzionale.it, 19, che aveva illustrato più diffusamente le ragioni di questa emarginazione in Id, *La Corte costituzionale e il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia europea*, in N. Zanon (a cura di), *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana. Avvicinamenti, dialoghi, dissonanze*, ESI, 2006, 99 ss. N. LUPO, *Con quattro pronunce dei primi mesi del 2019 la Corte costituzionale completa il suo rientro nel sistema "a rete" di tutela dei diritti in Europa*, in *federalismi.it*, n. 13/2019, 11, ha parlato di «un atteggiamento [...] tra l'isolazionista e lo snob» derivante, tuttavia, dall'ordinanza n. 536 del 1995 più che dalla sentenza n. 170 del 1984. Che l'approvazione del Trattato di Lisbona ed il riconosciuto valore giuridico della Carta «[abbiano] evidenziato ancora di più i rischi di un isolamento della Corte costituzionale nella tutela dei diritti fondamentali» è sottolineato da R. ROMBOLI, *Corte di giustizia e giudici nazionali: il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo*, in *Rivista AIC*, 3/2014, 27. In dottrina, d'altra parte, il problema era stato ampiamente segnalato. Basti qui il riferimento a S.P. PANUNZIO, *Intervento al seminario su I diritti fondamentali e le Corti in Europa: una introduzione*, in Id (a cura di), *I costituzionalisti e la tutela dei diritti nelle Corti europee. Il dibattito nelle riunioni dell'Osservatorio costituzionale presso la Luiss «Guido Carli»*, Padova, Cedam, 2007, 9, secondo il quale la sentenza «La Pergola» può «creare grossi problemi per la Corte costituzionale, perché essa estranea la Corte dalla gestione del diritto

in quelle ipotesi di “doppia pregiudizialità” in cui il parametro interno venga a sovrapporsi ad un parametro della Carta europea¹⁵.

Quando ciò accade, l’esigenza che la Corte non resti ai margini della protezione dei diritti fondamentali nello spazio giuridico europeo giustifica «la necessità di un [suo] intervento *erga omnes*», in ragione tanto del «contenuto di impronta tipicamente costituzionale» ormai assunto dalla Carta dopo la sua entrata in vigore, quanto del «principio che situa il sindacato accentrato di costituzionalità delle leggi a fondamento dell’architettura costituzionale (art. 134 Cost.)»¹⁶.

Di conseguenza, ogniqualvolta il giudice comune dubiti contestualmente della costituzionalità di una norma e della sua compatibilità con il diritto dell’Unione, e il dubbio di costituzionalità investa un diritto tutelato sia dalla Costituzione, sia dalla Carta, «de[ve] 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»¹⁷.

Sul punto cruciale della scansione temporale in cui vanno promosse le due questioni pregiudiziali la pronuncia, come noto, ha suscitato in dottrina un dibattito molto vivace e articolato – che è ben lungi dall’essere concluso¹⁸ – nel quale è prevalsa l’opinione che la Corte abbia invertito l’ordine delle priorità, dando la precedenza all’incidente di costituzionalità rispetto al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia¹⁹ e così operando una significativa riconformazione dei rapporti tra diritto interno e diritto dell’Unione²⁰.

to comunitario, lasciando il rapporto e il dialogo con la Corte di Lussemburgo ai giudici nazionali attraverso il rinvio pregiudiziale». Con l’ulteriore conseguenza, per dirla con A. CARDONE, *La tutela multilivello dei diritti fondamentali*, op. cit., 67, di «far gravare esclusivamente sul giudice comune tutto il peso del dialogo con la Corte di giustizia, anche quando questo coinvolge la disciplina di diritti fondamentali tutelati pure dalla Costituzione italiana».

¹⁴ Così la definiscono, tra i tanti, A. CARDONE, *Dalla doppia pregiudizialità al parametro di costituzionalità: il nuovo ruolo della giustizia costituzionale accentrata nel contesto dell’integrazione europea*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2020, 18; N. LUPO, *Con quattro pronunce dei primi mesi del 2019 la Corte costituzionale completa il suo rientro nel sistema “a rete” di tutela dei diritti in Europa*, op. cit., 9; G. REPETTO, *Il Bundesverfassungsgericht e l’Europa: nuovi equilibri? La violazione congiunta dei diritti nazionali e della Carta Ue*, op. cit., 348; A. RUGGERI, *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto comunitario assiologicamente pregnanti, attratte nell’orbita del sindacato accentrato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell’Unione self-executing (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017)*, in *Diritti comparati*, n. 3/2017.

¹⁵ Quando invece a venire in rilievo è il contrasto tra una norma interna e una norma europea dotata di effetto diretto vale la regola generale: spetta cioè al giudice comune il compito di risolverlo, in ossequio alla costante giurisprudenza costituzionale secondo cui «la questione di compatibilità comunitaria (oggi con il diritto dell’Unione europea) costituisce un *pruis* logico e giuridico rispetto alla questione di legittimità costituzionale in via incidentale, poiché investe la stessa applicabilità della norma censurata nel giudizio principale e, pertanto, la rilevanza [della] questione». *Ex multis*, Corte costituzionale, sentenza n. 48 del 2017.

¹⁶ Annovera il carattere accentrato della giustizia costituzionale tra quelle «regolarità strutturali attinenti all’organizzazione dell’ordinamento costituzionale» che ne costituiscono i principi supremi A. CARDONE, *La tutela multilivello dei diritti fondamentali*, op. cit., 83.

¹⁷ Tutti i virgolettati sono tratti da Corte costituzionale, sentenza n. 269 del 2017.

¹⁸ Prova ne sia il recente volume di C. Caruso, F. Medico e A. Morrone (a cura di), *Granital Revisited? L’integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*, Bologna, Bononia University Press, 2020.

¹⁹ Per l’ampia letteratura sulla priorità della pregiudiziale costituzionale si rinvia ai puntuali riferimenti di A. CARDONE, *Dalla doppia pregiudizialità al parametro di costituzionalità: il nuovo ruolo della giustizia costituzionale accentrata nel contesto dell’integrazione europea*, op. cit., specie p. 27, nota 48. Di contrario avviso lo stesso Autore, *ivi*, 33, secondo il quale la Corte costituzionale non ha «imposto la pregiudizialità costituzionale come

Sulla scorta di tale dibattito il giudice costituzionale ha progressivamente rettificato il proprio orientamento, da un lato, ravvisando l'«opportunità» – e non più la «necessità» – di intervenire nei richiamati casi di doppia pregiudizialità; dall'altro, estendendo il suo intervento alle ipotesi in cui la norma interna sia in conflitto non solo con la Carta, ma anche col diritto europeo che presenti una «singolare connessione»²¹ con essa.

In definitiva, alla luce dei successivi assestamenti della giurisprudenza costituzionale²², davanti al bivio tra sollevare la questione di legittimità costituzionale ed effettuare il rinvio pregiudiziale, la scelta di quale strada imboccare non è obbligata, ma affidata *in toto* alla discrezionalità del giudice comune²³. Il quale, se sceglie di rivolgersi prima alla Corte costituzionale²⁴, non va incontro ad alcuna «preclusione»²⁵, potendo sia effettuare il rinvio pregiudiziale – peraltro «anche dopo il giudizio incidentale di legittimità costituzionale» –, sia «non

questione da sollevare sempre e comunque prima, ma si [è] limitata a rimuovere l'obbligo del previo promovimento del rinvio pregiudiziale, essendo comunque rimessa alla discrezionalità del giudice comune la via da intraprendere». Adesivamente A. RUGGERI, *Corte costituzionale, Corti europee, giudici comuni: le aporie di una costruzione giurisprudenziale in progress e a geometria variabile*, in Id., *“Itinerari” di una ricerca sul sistema delle fonti. Studi dell'anno 2018*, XXII, Torino, Giappichelli, 2019, 578, non vede «neppure un rigo nella 269 a sostegno del supposto rovesciamento dell'ordine cronologico delle due pregiudizialità»; a suo avviso «la novità sta [...] nel fatto che d'ora innanzi [il giudice] potrà scegliere a quale pregiudiziale dare la precedenza». Anche per R. ROMBOLI, *Caro Antonio ti scrivo (così mi distraigo un po')*. In dialogo con il Ruggeripensiero sul tema della “doppia pregiudizialità”, in *Consulta online*, 26 novembre 2019, 650, «la Corte non introduce un ribaltamento del vecchio criterio, ma solamente una deroga allo stesso per un'ipotesi limitata (violazione congiunta di Costituzione e di Carta)».

²⁰ Il rischio che la revisione della dottrina della doppia pregiudizialità possa mettere in discussione i due fondamentali pilastri – il principio del primato e quello dell'effetto diretto – sui cui si regge il sistema costituzionale europeo è evidenziato da A. RUGGERI, *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto comunitario 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)*, op. cit., 243, che ha rilevato la violazione dell'art. 11 Cost. «per effetto dell'abbandono del criterio dell'applicazione diretta da parte del giudice comune». Secondo G. SCACCIA, *L'inversione della “doppia pregiudiziale” nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017: presupposti teorici e problemi applicativi*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 25 gennaio 2018, 4, «l'affermazione del carattere prioritario della questione di costituzionalità rispetto al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia [...] non mette in questione la *primauté communautaire*», ma «ridisegna i modi attraverso i quali il primato si manifesta in sede applicativa e interpretativa, tanto da suggerirne una complessiva diversa tematizzazione». A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2019, 260, si è chiesto problematicamente se questo indirizzo non rappresenti un arretramento rispetto alla dottrina «La Pergola» «perché i rapporti tra norme vengono risolti in termini di gerarchia anziché di divisione/integrazione di competenze col limite dei principi supremi».

²¹ Le richiamate rettifiche sono contenute nella sentenza n. 20 del 2019. La quale, pertanto, è tutt'altro che un arretramento rispetto al precedente di cui alla n. 269, sia perché sancisce in decisione ciò che prima era affermato in *obiter*, sia perché allarga la cognizione della Corte alle ipotesi di «singolare connessione», benché resti ancora da chiarire quando siffatta connessione sussista.

²² Su cui si veda, tra gli altri, N. LUPO, *Con quattro pronunce dei primi mesi del 2019 la Corte costituzionale completa il suo rientro nel sistema “a rete” di tutela dei diritti in Europa*, op. cit.; nonché M. MASSA, *Dopo la «precisazione»*. *Sviluppi di Corte cost. n. 269/2017*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2019.

²³ Come sintetizza A. RUGGERI, *La Carta di Nizza-Strasburgo nel sistema costituzionale europeo*, in *Rivista AIC*, n. 3/2020, 141, «è ormai rimessa per intero al giudice comune l'opzione circa la precedenza da accordare, in caso di doppia pregiudizialità, all'interpello della Corte dell'Unione ovvero della Corte costituzionale [...] ferma restando la preferenza da quest'ultima Corte non celata per essere chiamata per prima in campo». Di «favor per lo strumento che rimuove la lesione dei diritti con effetti *erga omnes*» parla R. BIN, *Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2019, 767.

²⁴ Interessante notare come la Corte sottolinei, nella sentenza n. 20 del 2019, che se viene investita per prima è «per volontà esplicita del giudice a quo».

²⁵ *Ibidem*.

applicare, nella fattispecie concreta sottoposta al suo esame, la disposizione nazionale in contrasto con i diritti sanciti dalla Carta»²⁶.

La Corte non manca di rimarcare lo «spirito di cooperazione»²⁷ che è alla base del suo nuovo indirizzo giurisprudenziale e di cui i due rinvii pregiudiziali effettuati dopo la sentenza n. 269 sono, d'altra parte, un'efficace cartina di tornasole²⁸.

La revisione della dottrina della doppia pregiudizialità, infatti, è intesa a perseguire la «massima salvaguardia dei diritti a livello sistemico»²⁹. Nel pronunciare la «prima parola»³⁰ quando a venire in gioco è la violazione di un diritto fondamentale, la Corte non fa altro che contribuire, per la propria parte, ad «assicurare che i diritti garantiti dalla [...] Carta [...] siano interpretati *in armonia con le tradizioni costituzionali* (corsivo aggiunto)»³¹, rendendo così operativo quel «concorso dei rimedi giurisdizionali»³² che la Carta, *in nuce*, era già suscettibile di innescare, come dimostra la giurisprudenza costituzionale che l'aveva richiamata anche prima della sua formale entrata in vigore³³.

Chi scrive ritiene che la nuova «regola» introdotta dalla Corte sia da salutare con favore, perché rimette il sindacato accentrato al «posto» che ad esso compete nel sistema di tutela dei diritti fondamentali disegnato dalla Costituzione³⁴, facendolo uscire dal cono d'ombra in cui l'aveva relegato l'«uso superficiale o disinvolto»³⁵ del diritto dell'Unione fatto dai giudici

²⁶ I virgolettati si riferiscono a Corte costituzionale, sentenza n. 63 del 2019.

²⁷ M. CARTABIA, *Relazione della Presidente Marta Cartabia sull'attività del 2019*, op. cit., 19. Già P. RIDOLA, *La Carta di diritti fondamentali dell'Unione europea e le «tradizioni costituzionali comuni» degli Stati membri*, in S. P. Panunzio e E. Sciso (a cura di), *Le riforme istituzionali e la partecipazione dell'Italia all'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2002, 90, osservava come «[l']adozione della «Carta dei diritti» proclamata a Nizza nel dicembre del 2000, segna una tappa fondamentale di questa linea di tendenza all'affermazione di modelli «cooperativi» di protezione dei diritti». Anche N. LUPO, *Con quattro pronunce dei primi mesi del 2019 la Corte costituzionale completa il suo rientro nel sistema «a rete» di tutela dei diritti in Europa*, op. cit., 21, sottolinea l'esistenza di un «meta-principio di leale collaborazione» che governa il funzionamento del «sistema a rete» di tutela dei diritti in Europa.

²⁸ Corte costituzionale, ordinanza n. 117 del 2019 e n. 182 del 2020.

²⁹ Corte costituzionale, sentenza n. 269 del 2017.

³⁰ Così l'ha definita la stessa Corte costituzionale nella sentenza n. 20 del 2019. L'espressione è di A. GUAZZAROTTI, *La sentenza n. 269 del 2017: un «atto interruttivo dell'usucapione» delle attribuzioni della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2018, 196.

³¹ Corte costituzionale, sentenza n. 269 del 2017. A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, op. cit., 260, si domanda tuttavia se «[q]uesta lettura non sopravvalut[?] il ruolo della Corte costituzionale *nella determinazione*, per via delle tradizioni costituzionali *comuni*, del contenuto della carta europea dei diritti». Per quanto riguarda invece il significato che il limite dell'«armonia con la Costituzione», previsto dall'art. 123 Cost. con riguardo agli statuti delle Regioni ordinarie, assume nel nostro ordinamento, si veda G. D'ALESSANDRO, *I nuovi statuti delle Regioni ordinarie*, Padova, Cedam, 2008, 176 ss.

³² Corte costituzionale, sentenza n. 269 del 2017.

³³ Il primo riferimento alla Carta nella giurisprudenza costituzionale si rinviene nella sentenza n. 135 del 2002 che la richiama «ancorché priva di efficacia giuridica per il suo carattere espressivo di principi comuni agli ordinamenti europei». Per gli ulteriori richiami si veda *amplius* L. TRUCCO, *Carta dei diritti fondamentali e costituzionalizzazione dell'Unione europea. Un'analisi delle strategie argomentative e delle tecniche decisorie a Lussemburgo*, Torino, Giappichelli, 2013, 46 ss.

³⁴ Parla invece di «un forte rigurgito di «riaccentramento» del sindacato presso la Consulta» A. RUGGERI nell'intervista a cura di R.G. Conti, *Giudice o giudici nell'Italia postmoderna?*, in *Giustizia Insieme*, 10 aprile 2019, 6.

³⁵ E. LAMARQUE, *I poteri del giudice comune nel rapporto con la Corte costituzionale e le Corti europee*, in *Questione giustizia*, 1° dicembre 2020, 4. Il «fascino esercitato dalla Carta» nei confronti del giudice comune è evidenziato da A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2018, 153.

comuni³⁶; un uso che si traduceva, in sostanza, nell'affermazione di un vero e proprio controllo diffuso di costituzionalità.

Quanto alle ricadute della nuova dottrina sul carico di lavoro della Corte di giustizia, dai dati fin qui disponibili non sembra emergere alcuna apprezzabile inversione di tendenza. Su 966 cause promosse nel 2019, i rinvii pregiudiziali sono stati 641 e l'Italia è stata, dopo la Germania, il secondo Paese per numero di rinvii effettuati (70). Nel 2018 i rinvii sono stati 68; 57 nell'anno precedente³⁷. Un *trend*, dunque, in aumento, ancorché il nuovo indirizzo avviato nel 2017 lasciasse presagire, almeno fino alle precisazioni del 2019, una possibile – quanto auspicabile – riduzione.

Soprattutto, per quel che più interessa in questa sede, la ritrovata centralità della Corte costituzionale nel delineare la portata delle tradizioni costituzionali comuni con cui la Carta va armonizzata incide in maniera non trascurabile sul tema oggetto del presente contributo.

Il «contenuto essenziale» dei diritti fondamentali, infatti, – come si vedrà più diffusamente *infra* – è un elemento costitutivo della nostra tradizione costituzionale e come tale viene immesso nell'ordinamento europeo per il tramite della Corte costituzionale. Al tempo stesso, è un sintagma codificato dall'art. 52, par. 1, della Carta e ricostruito in modo autonomo dalla Corte di giustizia.

Nel prisma del «contenuto essenziale», insomma, può cogliersi appieno quell'attitudine delle tradizioni costituzionali comuni a fungere da «cerniera ordinamentale in grado di far transitare senza sosta materiali normativi e giurisprudenziali dalla dimensione nazionale a quella sovranazionale, e viceversa»³⁸.

Qual è, dunque, il significato di «contenuto essenziale» che la giurisprudenza costituzionale veicola nell'ordinamento dell'Unione? E come la Corte di Lussemburgo configura, a sua volta, tale clausola di garanzia? Ad identità di «etichetta» corrisponde identità di interpretazioni da parte delle due Corti?

È a questi interrogativi, anzitutto, che si vorrebbe provare a dare risposta nelle pagine che seguono³⁹, muovendo dal presupposto che il vincolo di «interpretazione armonica» che

³⁶ Da questo punto di vista la sentenza n. 269 rappresenta secondo D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bologna, BUP, 2020, 232, «un chiaro richiamo all'ordine per i giudici comuni». A. GUZZAROTTI, *La sentenza n. 269 del 2017: un «atto interruttivo dell'usucapione» delle attribuzioni della Corte costituzionale*, op. cit., 195, la definisce un «*vademecum* per i giudici comuni». Sul «prosciugamento dei giudizi in via incidentale» derivante da questo modo di utilizzare il diritto dell'Unione da parte dei giudici si vedano i dati forniti da G. SCACCIA, *L'inversione della "doppia pregiudiziale" nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017: presupposti teorici e problemi applicativi*, op. cit., 4.

³⁷ Fonte: *Relazione Annuale. Panoramica dell'anno*, in https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7000/.

³⁸ O. POLLICINO, *Della sopravvivenza delle tradizioni costituzionali comuni alla Carta di Nizza: ovvero del mancato avverarsi di una (cronaca di) una morte annunciata*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2, 2016, 268. Su quali siano tali tradizioni obbligato il riferimento ad A. PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna, il Mulino, 2002, 29 ss. Le definisce «un patrimonio assiologico che si fonda su valori meta-giuridici e principi scritti o non scritti, ma interiorizzati nei diversi ordinamenti costituzionali europei, e fonda, a sua volta, le identità costituzionali degli Stati membri» S. POLIMENI, *Controlimiti e identità costituzionale nazionale. Contributo per una ricostruzione del "dialogo" tra le Corti*, Napoli, Editoriale Scientifica, 260. Ne sottolinea il carattere di «base assiologica [...] dotata di forte dinamismo intrinseco» G. SILVESTRI, *La tutela dei diritti fondamentali nell'Unione Europea dopo la Carta di Nizza*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, III, Torino, Giappichelli, 2005, 608.

³⁹ Anche alla luce della «sempre più stringente [...] esigenza di approfondire il concetto di "tradizioni costituzionali comuni", in tutte le sue articolazioni» avvertita da M. CARTABIA, *Convergenze e divergenze*

l'art. 52, par. 4, della Carta pone nei confronti dei diritti da essa riconosciuti, allorché risultino dalle tradizioni costituzionali comuni, non possa non riguardare anche il loro «contenuto essenziale», essendo questo strettamente connesso alla configurazione complessiva del diritto che di volta in volta viene in gioco.

Ma c'è dell'altro. In questo rapporto di «reciproca e feconda alimentazione»⁴⁰ tra ordinamenti che le giurisprudenze delle rispettive Corti concorrono ad instaurare, non è affatto escluso «che il medesimo materiale giuridico [possa] condurre Corti distinte a soluzioni non sempre convergenti, a causa della specificità di ciascun ordinamento»⁴¹.

E se prima dell'entrata in vigore della Carta i conflitti restavano «per lo più una mera eventualità, non realizzata nella pratica»⁴², oggi si deve prendere atto di uno scenario completamente mutato, perché la piena forza normativa acquisita dalla Carta ha fatto crescere in misura esponenziale le occasioni in cui essa può essere invocata, specie davanti ai giudici comuni; con la conseguenza che anche le differenze esistenti tra i diversi sistemi di tutela dei diritti in Europa hanno finito inevitabilmente per trovare maggiori punti di emersione.

Tali distonie – a tacere della singolare genesi di questo catalogo di diritti rispetto al tradizionale procedimento di formazione delle Costituzioni del secondo dopoguerra⁴³ – riguardano, a monte, la stessa formulazione degli elenchi, nel senso che pur essendovi una larga coincidenza tra i diritti protetti dalla Carta e quelli riconosciuti in Costituzione, non sempre vi è una altrettanto piena corrispondenza⁴⁴.

A valle, invece, le differenze attengono essenzialmente agli approcci metodologici che guidano le Corti nei rispettivi bilanciamenti, la Corte costituzionale avendo riguardo – se

nell'interpretazione delle clausole finali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in *Rivista AIC*, 2/2018, 5.

⁴⁰ A. RUGGERI, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e le tecniche decisorie idonee ad assicurarne la efficacia e la effettività*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2018, 18.

⁴¹ G. LATTANZI, *Relazione del Presidente Giorgio Lattanzi sull'attività svolta nell'anno 2018*, in www.cortecostituzionale.it, 18. Già nella sentenza n. 232 del 1989 la Corte aveva del resto rilevato come «almeno in linea teorica generale non potrebbe affermarsi con certezza che tutti i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale si ritrovino fra i principi comuni agli ordinamenti degli Stati membri e quindi siano compresi nell'ordinamento comunitario».

⁴² V. ONIDA, «*Armonia tra diversi*» e *problemi aperti. La giurisprudenza costituzionale sui rapporti tra ordinamento interno e ordinamento comunitario*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2002, 549. Tuttavia, per la sottolineatura che «i contrasti possono facilmente nascere, posto che le concezioni dei diritti fondamentali della Corte di Lussemburgo e della Corte costituzionale sono per certi aspetti diverse», si veda S.P. PANUNZIO, *Intervento al seminario su I diritti fondamentali e le Corti in Europa: una introduzione*, op. cit., 8.

⁴³ Di «testo assolutamente anomalo nella storia del costituzionalismo contemporaneo» parla G. AZZARITI, *Uguaglianza e solidarietà nella Carta dei diritti di Nizza*, in M. Siclari (a cura di), *Contributi allo studio della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2003, 62. In particolare, sul procedimento seguito per l'elaborazione della Carta si veda U. LEANZA, *Lavori preparatori dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in L. Leuzzi e C. Mirabelli (a cura di), *Verso una Costituzione europea*, II, Marco Editore, 2003, 565 ss.

⁴⁴ Rileva l'«impossibilità di considerare concettualmente sovrapponibili il catalogo dei diritti, contenuto nella Costituzione nazionale, e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione» D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, op. cit., 187. Ne è un esempio, tra gli altri, l'art. 8 della Carta che, secondo O. POLLICINO, *Della sopravvivenza delle tradizioni costituzionali comuni alla Carta di Nizza: ovvero del mancato avverarsi di una (cronaca di) una morte annunciata*, op. cit., 270, «non costituisce la proiezione europea di un fattore costituzionale condiviso come invece ci vorrebbe far credere la Corte di Giustizia». D'altra parte già J.H.H. WEILER, *Diritti umani, costituzionalismo ed integrazione: iconografia e fetichismo*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2002, 528, aveva osservato che «[q]uando si tratta di delineare i contorni dei diritti inclusi nella Carta, io non credo che venga aggiunta molta chiarezza a cosa sia esattamente protetto e cosa no».

così si può dire – alla “ragion costituzionale”, ossia, fuor di metafora, dovendo custodire i diritti enunciati in Costituzione «come un tutto unitario»⁴⁵, al fine di assicurarne una tutela «sistemica e non frazionata»⁴⁶; la Corte di giustizia, invece, essendo mossa da una «ragion d’Unione»⁴⁷, dovendo cioè garantire, conformemente alla sua missione istituzionale, non solo i diritti della Carta, ma – soprattutto – il primato del diritto dell’Unione⁴⁸. E il modo in cui si bilanciano i diritti confliggenti e si individua il punto di equilibrio è, ovviamente, parte integrante dell’identità costituzionale di ogni singolo Stato membro⁴⁹.

Emblematico, a questo riguardo, è il caso *Melloni*⁵⁰, rispetto al quale appare necessaria una breve premessa. Dalla chiara lettera degli artt. 51 e 53 della Carta sembrava derivare uno schema interpretativo lineare, quasi geometrico, in forza del quale le sue disposizioni si applicano agli Stati membri – prevalendo sul diritto interno – nelle sole materie comunitarie (art. 51), tranne nei casi in cui continuano a prevalere le disposizioni costituzionali interne che offrano una più ampia tutela dei diritti (art. 53)⁵¹.

Ebbene in *Melloni* i giudici di Lussemburgo revocano in dubbio questo (rassicurante) teorema ricostruttivo, negando che l’art. 53 consenta in via generale ad uno Stato membro di applicare lo *standard* di protezione garantito dalla sua Costituzione quando questo sia più elevato di quello derivante dalla Carta, perché una simile interpretazione avrebbe comportato la sostanziale vanificazione del principio del primato⁵².

⁴⁵ Corte costituzionale, sentenza n. 10 del 2015, che individua il compito istituzionale del Giudice delle leggi nell’essere «custode della Costituzione nella sua integralità». Da questo punto di vista, secondo A. MORRONE, *Le conseguenze finanziarie della giustizia costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2015, 593, quello effettuato dalla Corte si può definire un «bilanciamento funzionale alla *tutela integrale* della Costituzione».

⁴⁶ Corte costituzionale, sentenza n. 264 del 2012.

⁴⁷ Così la definisce G. AMATO, *Corte costituzionale e Corti europee. Fra diversità nazionali e visione comune*, Bologna, il Mulino, 2015, 103.

⁴⁸ Sottolinea che l’orizzonte della Corte di giustizia «si apre e si chiude con l’affermazione dell’ordinamento Ue, la prevalenza di esso su ogni altra considerazione, l’uniforme applicazione del diritto europeo» R. BIN, *A che serve la Carta dei diritti? Un problema poco considerato*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2020, 865.

⁴⁹ Per il rilievo che la Corte di giustizia è «un giudice che non ha una ricca esperienza nel trattare i diritti fondamentali e il loro bilanciamento: o, quantomeno, può vantare un’esperienza molto più modesta di quella delle Corti costituzionali nazionali» R. BIN, *ivi*, 868.

⁵⁰ Corte di giustizia, Grande Sezione, 26 febbraio 2013, in causa C-399/11.

⁵¹ G. SILVESTRI, *La tutela dei diritti fondamentali nell’Unione Europea dopo la Carta di Nizza*, op. cit., 612, ha definito l’art. 53 della Carta «clausola di miglior tutela». Per A. MANZELLA, *Intervento*, in *Le libertà e i diritti nella prospettiva europea. Atti della giornata di studio in memoria di Paolo Barile*, op. cit., 165, tale disposizione rappresenta «il principio di sussidiarietà costituzionale». R. BIN, *A che serve la Carta dei diritti? Un problema poco considerato*, op. cit., 866, considera invece un «errore logico [...] ritenere che questa norma introduca l’obbligo di ricercare l’applicazione più estesa dei diritti, il *maximum standard* di protezione, navigando tra i vari ordinamenti [...] perché c’è una differenza evidente tra il divieto di *reformatio in peius* imposto all’interprete della Carta, e l’obbligo che egli avrebbe di cercare nei diversi testi normativi il *meius* di tutela». Per una valutazione d’insieme dell’applicazione che la Carta ha avuto nei singoli Stati membri si veda da ultimo Michal Bobek, M., Adams-Prassl, J. (Eds). (2020). *The EU Charter of Fundamental Rights in the Member States*. Hart Publishing.

⁵² Secondo la Corte di giustizia «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» (par. 59). Sembrano così confermate le perplessità sull’art. 53 nutrite a suo tempo da U. DE SIERVO, *La difficile Costituzione europea e le scorciatoie illusorie*, in Id (a cura di), *La difficile Costituzione europea. Ricerca dell’Istituto Luigi Sturzo*, il Mulino, 2001, 136-137, allorché evidenziava che «si tratta di una garanzia solo generica se non apparente».

Al fondo di tutte queste divergenze sta, a ben vedere, il dualismo insito nella stessa natura dei diritti fondamentali. I quali, se da una parte rappresentano la fonte di legittimazione del potere di ogni ordinamento liberaldemocratico⁵³, configurandosi per questa via come un imprescindibile fattore di integrazione; dall'altra, sono a loro volta espressione di identità culturali e valoriali specifiche, che mutano da ordinamento a ordinamento⁵⁴.

Di qui l'opinione di Weiler secondo cui «in pochi altri settori dell'integrazione europea» come in quello della protezione dei diritti fondamentali è possibile «illustrare meglio le tensioni tra gli ideali di uniformità e di diversità esistenti nello spazio istituzionale europeo»⁵⁵.

Non è senza significato che la stessa Corte costituzionale abbia attestato la «visibile tensione» in cui si possono venire a trovare «diritti e principi fondamentali, contemporaneamente tutelati sia dalla Costituzione che dal diritto europeo»⁵⁶. Né si può fare a meno di notare come il giudice costituzionale abbia in questo caso utilizzato lo stesso aggettivo – «visibile» – che nel preambolo della Carta è adoperato in una prospettiva unificante – l'esigenza di rafforzare la tutela dei diritti fondamentali rendendoli, appunto, «più visibili in una Carta» – per sottolineare, viceversa, un elemento di (possibile) contrapposizione.

Di questo stato di tensione le vicende *Taricco* e *Melloni* costituiscono la più evidente riprova. In *Taricco* il principio di diritto enunciato dalla Corte di giustizia portava alla disapplicazione retroattiva delle regole più favorevoli all'imputato in materia di prescrizione dei reati di frode finanziaria; regole che, nel nostro ordinamento, derivano dall'applicazione dell'art. 25, secondo comma, Cost., alla prescrizione quale istituto di diritto penale sostanziale. In *Melloni* il Tribunale costituzionale di Madrid accettava la riduzione delle (maggiori) garanzie del contumace previste dalla Costituzione spagnola per rendere operativo il meccanismo del mandato di arresto europeo.

Al netto delle differenze che li caratterizzano⁵⁷, tali casi hanno reso attuale – per di più in una materia sensibile come quella penale – l'evenienza che il primato del diritto dell'Unione si possa affermare anche a scapito della più intensa protezione dei diritti offerta dalle Costituzioni nazionali, così smentendo lo stesso fondamento teorico che sta alla base dell'integrazione dei sistemi di garanzia dei diritti nello spazio costituzionale europeo, vale a

⁵³ In questo senso il rilievo di A. BALDASSARRE, *La Carta europea dei diritti*, in S.P. Panunzio (a cura di), *I costituzionalisti e l'Europa. Riflessioni sui mutamenti costituzionali nel processo d'integrazione europea*, Milano, Giuffrè, 2002, 29. Non a caso, dunque, nell'allegato IV delle Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Colonia del 3 e 4 giugno 1999 si legge che «[l]a tutela dei diritti fondamentali costituisce un principio fondatore dell'Unione europea e il presupposto indispensabile della sua legittimità (corsivo aggiunto)». Anche G. DE BÚRCA, *Human Rights: The Charter and Beyond*, Jean Monnet Working Papers, No. 10/01, 5-6, sottolineava che «the drafting and proclamation of the Charter both heralds and concretises a shift in the normative underpinning of the EU as a polity».

⁵⁴ Sul «concetto di diritti umani come espressione di valori sociali e come potenziale fonte di contrasti all'interno della costruzione europea» si vedano le sempre attuali considerazioni di J.H.H. WEILER, *La Costituzione dell'Europa*, il Mulino, 1999, 176 ss.

⁵⁵ J.H.H. WEILER, *La protezione dei diritti fondamentali nell'Unione europea*, in M. CARTABIA e J.H.H. WEILER, *L'Italia in Europa*, Bologna, il Mulino, 2000, 221.

⁵⁶ Corte costituzionale, sentenza n. 20 del 2019.

⁵⁷ In *Melloni* la questione aveva ad oggetto una regola del diritto dell'Unione a cui si contrapponeva una diversa regola interna. In *Taricco*, invece, veniva in rilievo solo la regola europea, che non era contestata in sé, ma nella sua applicazione da parte del giudice nazionale.

dire il principio della massimizzazione della tutela⁵⁸; l'idea, cioè, che l'applicazione del diritto dell'Unione finisca sempre per tradursi in un gioco a somma positiva, che determina un effetto di maggiore protezione della persona.

D'altra parte, quella tra ordinamento nazionale e ordinamento dell'Unione resta un'«armonia fra diversi»⁵⁹, in cui il rischio che Corte costituzionale e Corte di giustizia pervengano ad esiti interpretativi divergenti – per usare le parole della sentenza n. 232 del 1989 – ancorché «sommamente improbabile è pur sempre possibile», in ragione delle diverse premesse teoriche da cui le due Corte prendono le mosse quando si tratta di procedere al bilanciamento di valori costituzionali fra loro contrastanti. Ne è un esempio – ancora una volta – la regola *Taricco*, in cui «[l]a Corte di giustizia postula che il solo interesse rilevante per il diritto eurounitario sia quello finanziario»⁶⁰, così rivelando la sua perdurante «cifra smaccatamente pro-mercato»⁶¹.

⁵⁸ Che per A. RUGGERI, *La Carta di Nizza-Strasburgo nel sistema costituzionale europeo*, op. cit., 136, rappresenta un vero e proprio «metaprinzipio» [...] autentica *Grundnorm* delle relazioni tra le Carte (e, di riflesso, degli ordinamenti sulle stesse fondati), criterio di composizione delle fonti (*rectius*, delle norme) in sistema, fattore di preorientamento interpretativo di ogni documento normativo, in specie di quelli che danno il riconoscimento e la salvaguardia dei diritti». *Contra* R. BIN, *Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, op. cit., 764, che ritiene «eversivo rispetto ai principi della Costituzione e alla funzione della giurisprudenza che in essa viene disegnata [...] il “manifesto” che incita i giudici a cercare di perseguire “la migliore tutela possibile dei diritti fondamentali”». Sulla vivace polemica che ha contrapposto i due Autori si veda *amplius* l'intervista a cura di R.G. Conti, *Giudice o giudici nell'Italia postmoderna?*, op. cit. A. CARDONE, *Dalla doppia pregiudizialità al parametro di costituzionalità: il nuovo ruolo della giustizia costituzionale accentrata nel contesto dell'integrazione europea*, op. cit., 60, sottolinea a sua volta come «il maggior grado di tutela di un diritto in due o più ordinamenti sconta inevitabilmente il rilievo che tale grado non è espresso da ciascun ordinamento in valore assoluto ma ha 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, tanto che vi è generale condivisione sull'idea che quasi tutte le questioni che apparentemente investono il livello di tutela di un diritto sottendono, in realtà, problemi di bilanciamento con altri diritti». Ed infatti la Corte costituzionale ha affermato il diverso principio della «massima espansione delle garanzie», che non va tuttavia inteso in riferimento al singolo diritto, ma presuppone «il necessario bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti, cioè con altre norme costituzionali, che a loro volta garantiscono diritti fondamentali che potrebbero essere incisi dall'espansione di una singola tutela» (sent. n. 317 del 2009). M. CARTABIA, *Convergenze e divergenze nell'interpretazione delle clausole finali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, op. cit., 14, ha parlato, in proposito, di una forma di bilanciamento dei diritti «tesa alla massima affermazione di tutti, ma entro “i limiti del possibile”».

⁵⁹ L'espressione è di V. ONIDA, «*Armonia tra diversi*» e *problemi aperti. La giurisprudenza costituzionale sui rapporti tra ordinamento interno e ordinamento comunitario*, op. cit., 549.

⁶⁰ Così M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 2/2016, 13. Di «bilanciamento funzionalistico» nel quale gli interessi finanziari dell'UE prevalgono sui diritti dell'imputato parla S. POLIMENI, *Controlimiti e identità costituzionale nazionale. Contributo per una ricostruzione del “dialogo” tra le Corti*, op. cit., 174.

⁶¹ R. BIN, *Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, op. cit., 772. Di questa tara genetica della tutela comunitaria dei diritti fondamentali rendeva piena confessione la stessa Corte di giustizia allorché osservava, nella sentenza *Internationale Handelsgesellschaft* del 1970, come tale tutela dovesse essere circoscritta «entro l'ambito della struttura e delle finalità della Comunità». La citazione è tratta da A. CAPOTOSTI, *Quali prospettive nei rapporti tra Corte Costituzionale e Corte di giustizia*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2002, 559.

È proprio di fronte a tali evenienze che il dialogo fra le Corti «deve farsi più stretto in vista della elaborazione, se possibile, di *standard* e di criteri di giudizio ancora più convergenti tra loro di quanto già non accada»⁶².

Nel solco di questo auspicio, allora, il presente contributo si propone in ultima analisi di verificare se la clausola del «contenuto essenziale» si possa prestare ad essere utilizzata come lemma per la costruzione di un linguaggio comune tra le due Corti, che favorisca l'allineamento «verso l'alto» delle rispettive giurisprudenze in quei casi in cui il primato del diritto dell'Unione possa risolversi in una *deminutio* di tutela rispetto a quella prevista dall'ordinamento interno.

Convergere, infatti, significa tendere verso una stessa destinazione muovendo da punti di partenza diversi, il che presuppone che le due Corti attribuiscono alla formula del «contenuto essenziale» un significato quantomeno analogo, affinché possa verificarsi anche per tale clausola quanto rilevato più in generale dalla Corte a proposito dei diritti umani e cioè che «al di là della coincidenza nei cataloghi [...], le diverse formule che li esprimono si integr[an]o, completandosi reciprocamente nella interpretazione»⁶³.

2. I «contenuto essenziale» nell'art. 52, par. 1, della Carta di Nizza

Ai sensi dell'art. 6, par. 1. TUE, i diritti, le libertà e i principi della Carta sono interpretati in conformità alle previsioni del suo Titolo VII – recante «Disposizioni generali che disciplinano l'interpretazione e l'applicazione della Carta», – tenendo «in debito conto» le Spiegazioni elaborate dal *Praesidium* della Convenzione, come ribadito anche dall'art. 52, par. 7, della Carta stessa.

I quattro articoli di cui si compone il Titolo VII (dal 51 al 54) – le c.d. clausole orizzontali⁶⁴ – sono quelli che «più esemplarmente esprimono la peculiarità di questo catalogo dei diritti» e che pongono una serie di «nodi interpretativi» da cui derivano le «tante [...] ombre che ancora oggi offuscano la vita della Carta»⁶⁵.

L'art. 52, in particolare, definisce «portata e interpretazione dei diritti e dei principi» consentendo, al par. 1, «eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti», ma a condizione che

⁶² V. ONIDA, *La tutela dei diritti fondamentali in Italia nella prospettiva dell'integrazione europea*, op. cit., 53. R. BIN, *Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, op. cit., 768, ritiene «il "dialogo" tra le Corti [...] una pietosa finzione, che nasconde un conflitto privo di regolazione». Sulla stessa lunghezza d'onda M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, op. cit., secondo cui «quel che viene comunemente chiamato "dialogo" sovente non [è] altro che una reciproca *actio finium regundorum* fra le varie Corti».

⁶³ Corte costituzionale, sentenza n. 388 del 1999.

⁶⁴ Il cui impianto, come quello di tutta la Carta, è pensato, secondo A. CARDONE, *Dalla doppia pregiudizialità al parametro di costituzionalità: il nuovo ruolo della giustizia costituzionale accentrata nel contesto dell'integrazione europea*, op. cit., 59, nota 150, «in una prospettiva dualista, per essere percepito come il fulcro di un sistema di tutela che resta distinto da quello costituzionale interno, secondo una logica di separazione piuttosto che di integrazione».

⁶⁵ M.E. GENNUSA, *Una Carta in chiaroscuro. Le sentenze sull'effetto diretto orizzontale e il significato costituzionale della Carta*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2020, 639.

siano «previste dalla legge»⁶⁶, rispettino il «contenuto essenziale» dei diritti stessi e «il principio di proporzionalità», dovendo risultare «necessarie» e rispondere «a finalità di interesse generale» dell'Unione⁶⁷.

Tale formulazione richiama la costante giurisprudenza della Corte di giustizia secondo cui «restrizioni all'esercizio di [...] diritti possono essere operate, in particolare nell'ambito di un'organizzazione comune di mercato, purché [...] rispondano effettivamente a finalità di interesse generale perseguite dalla Comunità e non si risolvano, considerato lo scopo perseguito, in un intervento sproporzionato ed inammissibile che pregiudicherebbe la stessa sostanza (corsivo aggiunto) di tali diritti»⁶⁸.

Durante i lavori preparatori, in effetti, il testo della disposizione in esame è stato più volte riformulato. Nelle prime due versioni si parlava di «contenuto fondamentale», nella terza di «contenuto sostanziale», nella quarta di «sostanza stessa» di tali diritti e libertà, per poi arrivare alla formulazione attuale⁶⁹.

Questa evoluzione terminologica riporta alla mente le categorie aristoteliche di «essenza» e «sostanza» che lo *Stagirita* utilizzava nella sua riflessione sui significati dell'essere. Secondo Aristotele, l'essenza era «appunto, la sostanza di ogni singola cosa»⁷⁰, ossia ciò che la definisce in sé e fa sì che sia quella cosa e non un'altra. In fondo, anche per il «contenuto essenziale» dei diritti si pone un'analogia – e non meno problematica – questione definitoria.

Nel codificare questo limite la Carta subisce chiaramente l'influsso della tradizione costituzionale tedesca e in particolare dell'art. 19, comma 2, GG, ai sensi del quale «[i]n nessun caso un diritto fondamentale può essere mutato nel suo contenuto sostanziale».

L'immutabilità del contenuto essenziale è l'«ultima fortezza» – per riprendere un'espressione usata da Bin sebbene ad altri fini⁷¹ – che la Costituzione erige a difesa dei diritti fondamentali contro i limiti imposti dal legislatore.

Si tratta di una formula che opera in una chiave eminentemente difensiva, come «barriera delle barriere» (*Schranken-Schranke*)⁷², il che ben si comprende alla luce

⁶⁶ Sulla nozione di legge nell'ordinamento dell'Unione europea si veda G. PICCIRILLI, *La "riserva di legge". Evoluzioni costituzionali, influenze sovrastatali*, Torino, Giappichelli, 2019, 167 ss.

⁶⁷ F. FERRARO e N. LAZZERINI, *Art. 52. Portata e interpretazione dei diritti e dei principi*, in R. Mastroianni - O. Pollicino - S. Allegrezza - F. Pappalardo - O. Razzolini (a cura di), *Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea*, Giuffrè, 2017, 1062, evidenziano come «[i]n considerazione del difficile temperamento tra le diverse fonti e della progressiva estensione dell'area dei conflitti, l'art. 52 CDFUE ha assunto una rilevanza centrale sia nell'adozione degli atti dell'Unione e degli Stati membri, sia nella giurisprudenza della Corte di giustizia e dei giudici nazionali». Sull'art. 52 si veda inoltre A. RUGGIERO, *Il bilanciamento degli interessi nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Osservazioni di diritto comparato a margine dell'art. 52*, Padova, Cedam, 2004.

⁶⁸ Corte di giustizia, sentenza 13 aprile 2000, causa C-292/97, *Kjell Karlsson e a.*, che riprende quanto già precedentemente affermato in *Wachauf* del 1989 (par. 18) e ancor prima in *Hauer* del 1979 (par. 23).

⁶⁹ M. Panebianco (sotto la direzione di), *Repertorio della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Milano, Giuffrè, 2001, 490 ss. Sugli «adeguamenti redazionali» che la seconda Convenzione ha introdotto all'art. 52 cfr. invece V. SCIARABBA, *Rapporti tra Corti e rapporti tra Carte: le «clausole orizzontali» della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in N. Zanon (a cura di), *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana. Avvicinamenti, dialoghi, dissonanze*, op. cit., 411 ss.

⁷⁰ ARISTOTELE, *Metafisica*, a cura di G. Reale, Bompiani, 2000, 305.

⁷¹ R. BIN, *L'ultima fortezza. Teoria della Costituzione e conflitti di attribuzione*, Milano, Giuffrè, 1996.

⁷² P. HABERLE, *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*, op. cit., 245.

dell'esperienza politica della Germania, che dopo aver annientato la dignità dell'uomo più di quanto chiunque altro avesse fatto nella storia, fa di questo valore la «pietra angolare»⁷³ della sua struttura costituzionale sin dal primo articolo della Legge Fondamentale⁷⁴.

Né sembra un caso che formule del genere si rinvenivano nelle Costituzioni di molti Paesi usciti da regimi autoritari, tra cui quella portoghese del 1976 (art. 18, c. 3) e quella spagnola del 1978 (art. 53, c. 1), mentre la Costituzione italiana, come si vedrà più diffusamente *infra*, da questo punto di vista fa eccezione.

Come ricorda Grossi nel riepilogare le posizioni della dottrina tedesca su questo tema⁷⁵, uno dei principali tentativi di ricostruire, sul piano teorico, il significato del «contenuto essenziale» è stato proprio quello di ricondurre tale clausola di garanzia alla dignità dell'uomo, sicché ogni restrizione di un diritto che determini un pregiudizio per quest'ultima ridonderebbe in una violazione del primo. In una prospettiva in parte analoga si colloca quell'opinione che concepisce il «contenuto essenziale» come un limite assoluto e insuperabile, pur ammettendo tuttavia l'esistenza nel sistema di limiti immanenti ai diritti fondamentali.

A tutt'altra impostazione si rifanno, invece, quelle tesi che risolvono l'essenza dei diritti fondamentali nella giusta proporzione tra l'intensità della limitazione introdotta e la gravità delle circostanze che l'hanno provocata; oppure la concepiscono come una variabile strettamente connessa al tempo ed alla tradizione.

In estrema sintesi, dunque, intorno al «contenuto essenziale» si confrontano due opposti orientamenti teorici, a seconda che a tale nozione venga attribuito un carattere assoluto o relativo; e che quindi l'essenza si consideri un dato identificabile in sé e per sé, ovvero che non può essere definito se non in relazione agli altri diritti fondamentali. Per sintetizzare con Baldassarre, «l'una è una teoria del valore e dei contenuti da riconoscere ad esso; le altre sono teorie del rapporto tra distinti valori»⁷⁶.

Nonostante questi imponenti approcci ricostruttivi gli stessi autori tedeschi hanno finito per prendere atto che il *Wesensgehalt* rappresenta «non solo una nuova creazione, ma anche una grandezza sconosciuta, se non addirittura irricognoscibile»⁷⁷, così inducendo an-

⁷³ M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, Cedam, 1983, 197-198.

⁷⁴ A. CERRI, *Ragionevolezza delle leggi*, in *Enc. giur. Treccani*, agg. XIV, Roma 2005, 3, osserva come «nella giurisprudenza tedesca si afferma una graduazione continua che muove dai valori apicali della dignità dell'uomo (art. 1 G.G.) e del suo pieno sviluppo (art. 2) fino alle ulteriori garanzie variamente innervate in questi valori».

⁷⁵ P. GROSSI, *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, Padova, Cedam, 1972, 151 ss., a cui si rinvia per gli specifici riferimenti bibliografici.

⁷⁶ A. BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, Giappichelli, 1997, 97.

⁷⁷ H. KRUGER, *Der Wesensgehalt der Grundrechte im Sinne des Art. 19 GG*, in *Die öffentliche Verwaltung*, 1955, 588. La citazione originale è la seguente «nicht nur eine Neuschöpfung, sondern zudem eine Unbekannte, wenn nicht sogar eine unerkennbare Grösse». Adesivamente N. LUHMANN, *Grundrechte als Institution - Ein Beitrag zur politischen Soziologie*, Berlin, 1965, 59-60, secondo cui «das Wesen des Wesens ist unbekannt (l'essenza dell'essenza è sconosciuta)». Per P. HÄBERLE, *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*, op. cit., 246, la nozione di «contenuto essenziale» esprime in definitiva una «formula riassuntiva di tutti i principi materiali e le procedure formali attraverso le quali sono accertati, secondo un criterio di immanenza alla costituzione, il contenuto e i limiti ammissibili di ciascun diritto fondamentale».

che autorevole dottrina italiana «a rinunciare ad ogni sforzo inteso ad elaborare criteri di sicurezza e valida applicazione per individuare l'essenza dei diritti definiti inviolabili»⁷⁸.

È questo, dunque, il retroterra culturale che fa da sfondo all'inserimento nell'art. 52, par. 1, della Carta, di quello che Lenaerts ha definito «*an absolute limit on limitations*»⁷⁹. Tale disposizione assume le forme di «una clausola limitativa generale, applicabile a tutti i diritti e le libertà garantiti nella Carta»⁸⁰ e dunque esibisce una strutturale diversità rispetto all'impianto normativo classico delle disposizioni costituzionali che enunciano i diritti, nelle quali al riconoscimento del diritto si accompagna sempre la contestuale indicazione dei suoi specifici limiti di esercizio⁸¹.

Una simile tecnica normativa, che fissa le limitazioni in via generale e una volta per tutte, anziché con riguardo ai singoli diritti di volta in volta considerati, ha suscitato non poche perplessità⁸².

Si è rilevato come «affida[re] al legislatore il difficilissimo potere di decidere sul bilanciamento fra libertà e limiti», configuri una garanzia «estremamente minore di quella, comune nel costituzionalismo democratico, che lascia una discrezionalità al legislatore solo nello specificare il punto di bilanciamento fra libertà e limiti già predeterminati in via generale dalla disposizione costituzionale»⁸³.

⁷⁸ P. GROSSI, *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, op. cit., 158.

⁷⁹ K. LENAERTS, *Limits on Limitations: The Essence of Fundamental Rights in the EU*, in *German Law Journal*, 20, 2019, 792.

⁸⁰ T. GROPPI, *Art. 52. Portata dei diritti garantiti*, in R. Bifulco, M. Cartabia, A. Celotto (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna, il Mulino, 2001, 352.

⁸¹ Come osserva V. ONIDA, *La tutela dei diritti fondamentali in Italia nella prospettiva dell'integrazione europea*, op. cit., 51, «[l]a prima parte della Costituzione [...] è ispirata all'idea di dettare una disciplina tendenzialmente completa dei diritti fondamentali, non solo attraverso la loro enunciazione, ma anche attraverso la precisazione del loro contenuto, dei loro limiti, delle procedure e delle condizioni per l'adozione delle misure che possono incidere su di essi. *Tecnica dovuta all'intento di non lasciare troppo spazio al legislatore e alla giurisprudenza* (corsivo aggiunto)».

⁸² A. PACE, *A che serve la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea? Appunti preliminari*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1, 2001, 204, ha parlato di «improvvida ed eccessiva semplificazione»; a suo avviso la clausola dell'art. 52 è «ambigua, se non addirittura pericolosa, perché finisce per attribuire al legislatore, in via di principio, il potere di determinare quale sia il contenuto essenziale dei diritti». G.U. RESCIGNO, *La Carta dei diritti come documento*, in M. Siclari (a cura di), *Contributi allo studio della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, op. cit., 11, ha segnalato sotto questo profilo l'«estrema arretratezza della Carta rispetto alle moderne Costituzioni». Più in generale P. COSTANZO, *Il riconoscimento e la tutela dei diritti fondamentali*, in P. COSTANZO, L. MEZZETTI, A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*, Torino, 2006, 367, ha osservato come «tutto il sistema delle limitazioni legittime sia qui stato espresso mediante clausole generali che lasciano sostanzialmente insoluto il problema dell'esatta delimitazione del diritto».

⁸³ U. DE SIERVO, *L'ambigua redazione della Carta dei diritti fondamentali nel processo di costituzionalizzazione dell'Unione Europea*, in *Diritto Pubblico*, 1, 2001, 52. Anche P. CARETTI, *I diritti fondamentali nell'ordinamento nazionale e nell'ordinamento comunitario: due modelli a confronto*, in *Diritto Pubblico*, 3, 2001, 947, ha osservato come nella logica della Costituzione «le linee essenziali lungo le quali condurre l'operazione di bilanciamento [...] trovano [...] un ancoraggio nella puntuale predeterminazione di limiti specifici riferiti alle diverse fattispecie. Diversamente, nella logica della Carta, siamo di fronte ad una sorta di bilanciamento "libero", posto che il contenuto essenziale dei diritti non ha che come punto di riferimento la mera enunciazione del medesimo». In generale, sui limiti ai diritti fondamentali si veda, più di recente, M. OLIVETTI, *Diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2020, 125 ss.

Soprattutto, si è sottolineato il «margine non indifferente di discrezionalità»⁸⁴ che questa impostazione lascia al giudice nel definire il grado di tutela in concreto apprestata. Se dunque è il giudice il vero «artefice [...] della individuazione dei diritti da tutelare e del loro contenuto essenziale»⁸⁵, è anzitutto alla Corte di giustizia che bisogna volgere lo sguardo per capire come abbia fin qui interpretato tale clausola di garanzia⁸⁶.

3. La giurisprudenza della Corte di giustizia

L'attribuzione alla Carta di efficacia giuridica pari a quella dei Trattati trasforma progressivamente anche il ruolo della Corte di giustizia, che si configura sempre di più «non solo come “giudice dell'integrazione”, ma anche come “giudice costituzionale” dell'ordinamento europeo»⁸⁷.

Ciò finisce inevitabilmente per creare un dualismo con le Corti costituzionali nazionali, le quali vedono materializzarsi la presenza di un altro custode dei diritti fondamentali proprio su quello che era, fino a quel momento, il loro naturale – nonché esclusivo – terreno d'azione⁸⁸.

Le disposizioni della Carta, infatti, acquistano il rango di parametri paracostituzionali alla stregua dei quali la Corte di Lussemburgo è chiamata a scrutinare gli atti sottoposti al suo giudizio, in ciò peraltro incentivata dal ricorso crescente che i giudici nazionali fanno del rinvio pregiudiziale come strumento per verificare (anche) la validità del diritto dell'Unione.

⁸⁴ A. BARBERA, *La Carta europea dei diritti e la Costituzione*, in *Le libertà e i diritti nella prospettiva europea. Atti della giornata di studio in memoria di Paolo Barile*, op. cit., 114. A tacere del fatto che, come osserva A. MORRONE, *Bilanciamento (giustizia cost.)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, vol. II, tomo II, Giuffrè, Milano, 2008, 193, «la previsione di clausole generali o di concetti valvola», già di per sé, «amplia a dismisura i margini di apprezzamento del giudice».

⁸⁵ P. CARETTI, *I diritti fondamentali nell'ordinamento nazionale e nell'ordinamento comunitario: due modelli a confronto*, op. cit., 951. Adesivamente si veda anche G. AZZARITI, *Studi sui diritti in Europa*, Roma, Aracne, 2006, 91, secondo il quale «l'indicazione dei limiti del “contenuto essenziale” e del “principio di proporzionalità”, accresce il ruolo e il peso della Corte di giustizia nella concreta delimitazione del contenuto dei diritti».

⁸⁶ Rilevava che la giurisprudenza della Corte di giustizia «potrebbe [...] facilmente divenire lo strumento ultimo per determinare i limiti alle situazioni soggettive di vantaggio garantite dalla Carta» U. DE SIERVO, *L'ambigua redazione della Carta dei diritti fondamentali nel processo di costituzionalizzazione dell'Unione Europea*, op. cit., 52. Per un'approfondita disamina degli orientamenti della Corte di giustizia sul «contenuto essenziale» di alcuni dei principali diritti previsti dalla Carta si vedano, oltre a quelli espressamente citati *infra*, gli ulteriori contributi pubblicati in *German Law Journal*, 20, 2019, Special Issue on *Interrogating the Essence of EU Fundamental Rights*.

⁸⁷ M. CARTABIA, *Convergenze e divergenze nell'interpretazione delle clausole finali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, op. cit., 2. Sul ruolo della Corte di giustizia come *human rights adjudicator* si veda G. DE BÚRCA, *After the EU Charter of Fundamental Rights: The Court of Justice as a Human Rights Adjudicator?* (2013). *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*. Paper 420.

⁸⁸ Come segnalava A. CELOTTO, *Intervento al seminario su I diritti fondamentali e le Corti in Europa: una introduzione*, in S.P. Panunzio (a cura di), *I costituzionalisti e la tutela dei diritti nelle Corti europee. Il dibattito nelle riunioni dell'Osservatorio costituzionale presso la Luiss «Guido Carli»*, op. cit., 18, «con la Carta di Nizza [...] anche la Corte di Lussemburgo diventerà una giurisdizione delle libertà, andando ad incidere direttamente sul nucleo centrale delle competenze della Corte costituzionale».

Se ne è avuta una chiara evidenza nella sentenza *Digital Rights Ireland*, in cui la Corte di giustizia annulla la direttiva 2006/24/CE – in materia di *data retention* –, perché imponeva la conservazione di informazioni relative alla vita privata di una persona e ne permetteva l'accesso alle competenti autorità nazionali, in contrasto con gli artt. 7 e 8 della Carta, che vengono presi a parametro unico di giudizio⁸⁹.

In questo caso la Corte lussemburghese applica il *test* di cui all'art. 52, par. 1, rinvenendo tuttavia una violazione della Carta non già in riferimento al canone del «contenuto essenziale» – che pure aveva scrutinato –, bensì a quello della proporzionalità, dal momento che la direttiva determinava un'ingerenza «particolarmente grave» sui diritti in gioco, senza che vi fosse alcuna previsione in grado di limitarla a quanto strettamente necessario.

Per quanto «grave», tuttavia, l'ingerenza non è ritenuta tale da violare il «contenuto essenziale» del diritto al rispetto della vita privata, perché la direttiva in ogni caso non permetteva di conoscere il contenuto delle comunicazioni elettroniche; né essa violava l'essenza del diritto alla protezione dei dati personali, visto che obbligava comunque gli Stati membri ad assicurare l'adozione di misure tecniche e organizzative per evitare l'alterazione dei dati, o la loro accidentale perdita o distruzione.

Il *vulnus* al «contenuto essenziale» viene escluso anche in due precedenti pronunce, entrambe del 2013. In *Schwarz* non è considerato lesivo del «contenuto essenziale» dei diritti al rispetto della vita privata e alla tutela dei dati personali l'art. 1, par. 2, del regolamento n. 2252/2004, che dispone il rilevamento e la conservazione delle impronte digitali nel contesto del rilascio dei passaporti⁹⁰.

In *Sky Österreich*, invece, la Corte ritiene che l'art. 15, comma 6, della direttiva 2010/13 – che impedisce al titolare dei diritti esclusivi di trasmissione televisiva di far partecipare le emittenti che realizzino brevi estratti di cronaca ai costi di acquisizione di tali diritti – costituisca bensì un'ingerenza nella libertà d'impresa di cui all'art. 16 della Carta, ma non al punto da pregiudicarne il «contenuto essenziale», perché la norma non preclude al titolare l'esercizio dell'attività imprenditoriale, né esclude che possa comunque sfruttare i propri diritti⁹¹.

Sulla stessa traiettoria si colloca il caso *Delvigne* del 2015⁹². Qui la Corte di giustizia esclude che la normativa francese che priva del diritto di voto chi sia stato condannato per un delitto grave violi il «contenuto essenziale» del diritto di votare al Parlamento europeo, di cui all'art. 39, par. 2, della Carta. Tale limitazione, infatti, non mette in discussione il diritto in quanto tale, «dato che produce come effetto l'esclusione, *in condizioni specifiche e in ragione del loro comportamento* (corsivo aggiunto), di alcune persone dal gruppo dei beneficiari del diritto di voto alle elezioni al Parlamento europeo, ove tali condizioni siano soddisfatte».

⁸⁹ Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza dell'8 aprile 2014, cause riunite C-293/12 e C-594/12.

⁹⁰ Corte di giustizia, Quarta Sezione, sentenza del 17 ottobre 2013, causa C-291/12.

⁹¹ Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 22 gennaio 2013, causa C-283/11.

⁹² Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 6 ottobre 2015, causa C-650/13, su cui si veda *ampius* L. TRUCCO, *Il caso Delvigne e il diritto di voto europeo*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2015, 1030 ss.

Neppure il divieto per i piloti che abbiano raggiunto i 65 anni di età di pilotare aeromobili nel trasporto aereo commerciale è lesivo della «stessa sostanza» della libertà professionale ex art. 15, comma 1, della Carta, «giacché esso si limita a imporre determinate restrizioni all'attività professionale dei titolari di una licenza di pilota» al raggiungimento di una determinata soglia anagrafica.

Questa decisione, resa nel caso *Fries*⁹³, si segnala in particolare per il riferimento al concetto di «sostanza» del diritto fondamentale, che nella giurisprudenza di Lussemburgo viene tuttavia usato in modo interscambiabile con quello di «contenuto essenziale», com'è confermato dalla sentenza *Ezz*⁹⁴.

Dove invece la Corte di giustizia applica il *test* dell'art. 52, par. 1, riscontrando – per la prima volta – una lesione del «contenuto essenziale» del diritto, è nella pronuncia *Schrems* del 2015⁹⁵, che dichiara invalida la decisione 2000/520/CE con cui la Commissione riteneva che i principi del *safe harbor* previsti dall'ordinamento statunitense in materia di *privacy* garantissero un livello adeguato di protezione dei dati personali trasferiti dall'Unione agli Stati Uniti.

In questa pronuncia la Corte sposta in avanti lo standard di tutela da riconoscere ai diritti fondamentali enunciati dalla Carta, affermando che il requisito della «protezione adeguata» che, ai sensi della direttiva 95/46 – «letta alla luce della Carta» –, deve essere assicurata ai dati personali trasferiti verso un Paese terzo, vada interpretato nel senso che tale Paese fornisca una tutela «sostanzialmente equivalente» a quella prevista all'interno dell'Unione.

Sulla base di queste premesse la Corte di giustizia giudica la decisione lesiva sia del «contenuto essenziale» del diritto al rispetto della vita privata, perché la normativa statunitense consente alle autorità pubbliche di accedere in maniera generalizzata al contenuto delle comunicazioni elettroniche; sia dell'essenza del diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva, poiché quella disciplina non fornisce all'interessato alcun rimedio per accedere ai dati personali che lo riguardano, oppure per ottenerne la rettifica o la soppressione. Con l'ulteriore conseguenza, secondo i giudici di Lussemburgo, che una regolamentazione del genere non può ritenersi neppure proporzionata.

Il combinato disposto di *Digital Rights* e *Schrems* sollecita due diverse considerazioni, che riguardano, da una parte, il versante (esterno) dei rapporti tra Corte di giustizia, Stati membri e Paesi terzi; dall'altro, il versante (interno) delle tecniche decisionali utilizzate dalla Corte di giustizia⁹⁶.

⁹³ Corte di giustizia, Prima Sezione, sentenza del 5 luglio 2017, causa C-190/16.

⁹⁴ Sentenza del 27 febbraio 2014, causa T-256/11, in cui il Tribunale, Terza Sezione, afferma che «il «contenuto essenziale», ossia la sostanza, del diritto o della libertà in questione (corsivo aggiunto), non deve essere leso» (par. 200).

⁹⁵ Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 6 ottobre 2015, causa C-362/14, su cui si veda T. OJANEN, *Make the Essence of Fundamental Rights Real: The Court of Justice of the European Union Clarifies the Structure of Fundamental Rights under the Charter*, in *European Constitutional Law Review*, 12, 2016, 318 ss.

⁹⁶ Per una valutazione d'insieme delle due decisioni si vedano anche M. BRKAN, *The Essence of the Fundamental Rights to Privacy and Data Protection: Finding the Way Through the Maze of the CJUE's Constitu-*

Sul piano esterno i giudici di Lussemburgo si attestano su una soglia molto elevata di protezione dei diritti fondamentali, giacché non solo annullano per la prima volta un'intera direttiva europea (*Digital Rights*), ma ammoniscono che la garanzia dell'essenza del diritto non si presta ad alcuna attenuazione neppure quando ad essere in gioco è la sicurezza nazionale di un Paese terzo (*Schrems*).

Sul piano interno, invece, le due pronunce evidenziano come quelli sul rispetto del «contenuto essenziale» e del principio di proporzionalità siano due differenti *test* di giudizio. Come emerge in *Schrems*, una volta che la Corte di giustizia abbia accertato la lesione del «contenuto essenziale» di un diritto fondamentale, la limitazione introdotta si rivela automaticamente contraria alla Carta – e quindi non proporzionata – senza bisogno di attivare l'ulteriore scrutinio di proporzionalità⁹⁷; mentre non è vero l'inverso, dato che se una misura restrittiva rispetta l'essenza del diritto non può essere ritenuta, per ciò solo, conforme al principio di proporzionalità.

In *Digital Rights*, infatti, l'incidenza della normativa sul diritto al rispetto della vita privata, benché non fosse tale da violarne l'essenza, risultava nondimeno sproporzionata poiché non era contenuta entro lo stretto necessario.

Quali altre indicazioni si possono ricavare dalla giurisprudenza passata in rassegna? Ne esce anzitutto confermato quanto a suo tempo rilevato da Weiler sul fatto che la Corte di giustizia «rifiut[] qualsiasi tentativo di approccio al problema fondato su una qualsiasi media matematica»⁹⁸.

Si può notare, inoltre, come la determinazione del canone del «contenuto essenziale» da parte dei giudici di Lussemburgo avvenga prevalentemente in negativo, nel senso che essi individuano, caso per caso, quando una misura restrittiva non ne comporta la violazione.

Più rara, invece, è la definizione, in positivo, di cosa debba esservi ricompreso⁹⁹. Oltre a *Schrems*, viene in rilievo la sentenza *Minister for Justice and Equality* del 2018 sulle carenze del sistema giudiziario¹⁰⁰. Qui la Corte di giustizia afferma il principio che uno Stato

tional Reasoning, in *German Law Journal*, 20, 2019, 864 ss; nonché O. POLLICINO-M. BASSINI, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nel reasoning dei giudici di Lussemburgo*, in *Dir. Inf.*, 2015, 741 ss.

⁹⁷ Sulla diversa impostazione che sembra però seguire la Corte di giustizia nella sentenza *Schrems II* cfr. R. BIFULCO, *Il trasferimento dei dati personali nella sentenza Schrems II: dal contenuto essenziale al principio di proporzionalità e ritorno*, in *DPER online*, n. 2/2020, 15. Secondo P. MANZINI, *La portata dei diritti garantiti dalla Carta dell'Unione europea: problemi interpretativi posti dall'art. 52*, in L.S. ROSSI, *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2002, 127 ss., il richiamo dell'art. 52, par. 1, al principio di proporzionalità sarebbe «in qualche misura, ridondante giacché anche senza di esso dal testo risulterebbe chiaro che le limitazioni devono, da un lato, essere strettamente necessarie al perseguimento delle legittime finalità indicate e, dall'altro, garantire la tutela della sostanza dei diritti».

⁹⁸ J.H.H. WEILER, *La Costituzione dell'Europa*, op. cit., 194.

⁹⁹ Sugli approcci metodologici che vengono utilizzati per identificare il «contenuto essenziale» cfr. M. DAWSON, O. LYNSKEY and E. MUIR, *What is the Added Value of the Concept of the "Essence" of EU Fundamental Rights?*, in *German Law Journal*, 20, 2019, 765 ss., secondo i quali dalla giurisprudenza della Corte di giustizia si ricava, in ultima analisi, «a lack of conceptual clarity on how to define the content of the "essence"». Di «zig-zagging exercise witnessed thus far in the creation of the autonomous notion of an essential content» parla D. SARMIENTO, *The Essential Content of Eu Fundamental Rights*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2020, 854. In argomento si veda anche O. SCARCELLO, *Preserving the 'Essence' of Fundamental Rights under Article 52(1) of the Charter: A Sisyphean Task?*, in *European Constitutional Law Review*, 4, 2020.

¹⁰⁰ Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 25 luglio 2018, causa C-216/18 PPU.

membro può rifiutare l'esecuzione di un mandato d'arresto europeo qualora ciò comporti il rischio che la persona oggetto del mandato sia privata del diritto ad un tribunale indipendente, dal momento che «il requisito dell'indipendenza dei giudici attiene al contenuto essenziale del diritto fondamentale a un equo processo» di cui all'art. 47 della Carta¹⁰¹.

Quando poi ha negato la lesione del «contenuto essenziale» la Corte di giustizia ha rilevato come la normativa lasciasse a quel diritto fondamentale residui spazi di protezione (*Digital Rights*) o di esercizio (*Sky Österreich*).

Laddove invece ne ha riscontrato la violazione (*Schrems*), lo ha fatto in riferimento ad una normativa che, con riguardo al diritto al rispetto della vita privata, affidava alle autorità un accesso incondizionato al contenuto delle comunicazioni elettroniche; con riguardo al diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva, non offriva al singolo alcuno strumento di tutela.

Si trattava in sostanza di casi nei quali i limiti imposti ai diritti in gioco finivano per determinare su di essi un effetto di spiazzamento totale, azzerandone completamente il livello di protezione, al punto da far apparire quel diritto, secondo l'efficace immagine di Costanzo, «un semplice *flatus vocis*»¹⁰².

Dal che sembra possibile dedurre che ove la limitazione imposta ad un diritto fondamentale sia ampia, penetrante e “senza condono” ciò costituisca per i giudici di Lussemburgo un chiaro indice sintomatico della sua attitudine a pregiudicarne l'essenza.

Se invece la restrizione investe soltanto determinate facoltà ricomprese nel contenuto del diritto, lasciandone impregiudicate altre, o si applica ai titolari del diritto in casi precisi e circostanziati e non in modo indiscriminato, è lecito ritenere che per la Corte di giustizia non sussista alcuna menomazione del suo «contenuto essenziale».

4. La garanzia del «contenuto essenziale» nella tradizione costituzionale italiana

In Costituzione il «contenuto essenziale» dei diritti fondamentali non è testualmente disciplinato, la qual cosa, secondo autorevole dottrina, «anziché costituire una caratteristica negativa del nostro ordinamento, va positivamente apprezzata», perché «implica (almeno in teoria!) che il legislatore ordinario non è autorizzato a distinguere ciò che è essenziale da ciò che non è essenziale nel contenuto di un diritto costituzionalmente riconosciuto»¹⁰³.

¹⁰¹ Sul «contenuto essenziale» del diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale cfr. K. GUTMAN, *The Essence of the Fundamental Rights to an Effective Remedy and to a Fair Trial in the Case-Law of the Court of Justice of the European Union: The Best is Yet to Come?*, in *German Law Journal*, 20, 2019, 884 ss.

¹⁰² P. COSTANZO, *Il riconoscimento e la tutela dei diritti fondamentali*, op. cit., 367.

¹⁰³ A. PACE, *La garanzia dei diritti fondamentali nell'ordinamento costituzionale italiano: il ruolo del legislatore e dei giudici «comuni»*, in *Nuove dimensioni dei diritti di libertà. Scritti in onore di Paolo Barile*, Padova, Cedam, 1990, 110. Invece per P. HÄBERLE, *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*, op. cit., 248, anche «[l]addove una costituzione dispone una regolamentazione specifica e graduata dei limiti per ogni diritto fondamentale», la garanzia del contenuto essenziale «è consigliabile [...] almeno finché non si sia in presenza di una radicata “giurisprudenza sul bene comune”, che determina in modo graduato i limiti, che si “normativizza” attraverso una ponderazione differenziata e che diventa così una specifica giurisprudenza sul contenuto essenziale».

Più in generale, si è osservato come «[o]gni discorso sulla tutela dei diritti fondamentali che presupponga la necessità di preservare (solo) un loro contenuto minimo essenziale deve fare i conti con il rischio reale di legittimare interpretazioni limitative delle norme costituzionali»¹⁰⁴ che li enunciano, impedendone un'interpretazione *magis ut valeat*.

La garanzia del «contenuto essenziale», tuttavia, è stata riconosciuta in via pretoria dalla Corte costituzionale, la cui copiosa giurisprudenza in materia fa emergere la «mutevole fisionomia»¹⁰⁵ che questa locuzione ha assunto nel tempo.

Con riguardo al diritto all'assistenza sanitaria, ad esempio, la Corte ha parlato di «un *nucleo irriducibile* (corsivo aggiunto) del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana», che deve essere riconosciuto «anche agli stranieri, qualunque sia la loro posizione rispetto alle norme che regolano l'ingresso ed il soggiorno nello Stato»¹⁰⁶.

Con la conseguenza che la Regione può assicurare anche agli stranieri irregolari le fondamentali prestazioni sanitarie ed assistenziali atte a garantire loro il diritto alla salute¹⁰⁷; o che lo straniero, pur avendo varcato clandestinamente i confini nazionali, non deve essere espulso ove la sua permanenza nel territorio dello Stato sia legata al solo scopo di terminare un trattamento terapeutico essenziale per la propria salute¹⁰⁸.

Il concetto di «*nucleo essenziale* (corsivo aggiunto) del diritto alla salute» è stato invece evocato in riferimento ad una legge regionale campana che non ricomprendeva nell'assistenza in forma indiretta le prestazioni riabilitative in favore dei disabili aventi caratteri di continuità e prolungate nel tempo.

Nell'escludere che quella disciplina fosse manifestamente irragionevole, sia per il rilevante onere finanziario connesso alla fruizione di tali prestazioni presso strutture private non convenzionate con il servizio sanitario, sia per la contestuale possibilità di poter fruire delle medesime prestazioni presso le strutture pubbliche o convenzionate, la Corte negava che,

¹⁰⁴ I. MASSA PINTO, *La discrezionalità politica del legislatore tra tutela costituzionale del contenuto essenziale e tutela ordinaria caso per caso dei diritti nella più recente giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1998, 1312. Secondo Id., *Contenuto minimo essenziale dei diritti costituzionali e concezione espansiva della Costituzione*, in *Diritto Pubblico*, 3, 2001, 1097, «l'inserimento della clausola dell'invioabilità del contenuto essenziale dei diritti nei testi costituzionali suscita due fondamentali obiezioni: dal punto di vista oggettivo, gli organi politici sarebbero autorizzati a distinguere ciò che è essenziale da ciò che essenziale non è, con il reale pericolo di scivolamenti verso il basso delle discipline attuative delle disposizioni costituzionali di principio che sanciscono i diritti fondamentali; dal punto di vista soggettivo, sarebbero proprio gli organi politici i titolari del potere di decisione, caso per caso, circa i livelli essenziali inviolabili. In sintesi, a dispetto del suo significato retorico, la clausola della garanzia del contenuto essenziale non riuscirebbe a fungere da limite all'arbitrio delle maggioranze. Essa sembrerebbe piuttosto un corollario di una concezione recessiva della Costituzione, perché svaluterebbe le potenzialità espansive dei significati dei testi costituzionali».

¹⁰⁵ D. MESSINEO, *La garanzia del "contenuto essenziale" dei diritti fondamentali. Dalla tutela della dignità umana ai livelli essenziali delle prestazioni*, Torino, Giappichelli, 2012, 89.

¹⁰⁶ Corte costituzionale, sentenza n. 269 del 2010. Si veda anche, tra le altre, la sentenza n. 309 del 1999, che estende l'assistenza sanitaria a tutti i cittadini in condizioni economiche disagiate che si trovino temporaneamente all'estero per motivi diversi da quelli di lavoro o di fruizione di borse di studio. Che «tanto l'assistenza ospedaliera quanto la struttura sanitaria, che sono tra loro connesse, non possono mutare, *nell'essenziale* (corsivo aggiunto), da Regione a Regione» era già stato affermato dalla Corte nella sentenza n. 116 del 1967.

¹⁰⁷ Corte costituzionale, sentenza n. 269 del 2010.

¹⁰⁸ Corte costituzionale, sentenza n. 252 del 2001.

nel caso di specie, le esigenze finanziarie avessero assunto un rilievo talmente preponderante da comprimere il «nucleo essenziale» del diritto alla salute del disabile, in quanto la persona bisognosa di cure poteva sempre ricorrere a forme di assistenza indiretta allorché le strutture del servizio sanitario non fossero in grado di assicurarle un tempestivo intervento sanitario ogniqualvolta le sue condizioni di salute lo rendessero indifferibile¹⁰⁹.

Nella sentenza n. 184 del 1993 viene invece evocato il «*contenuto minimo essenziale* (corsivo aggiunto) del diritto alla tutela della salute», di cui costituisce attuazione l'esenzione dal pagamento di tutte le quote di partecipazione alla spesa sanitaria (c.d. *ticket* sanitario) disposta in favore dei pensionati di vecchiaia che hanno redditi inferiori a determinati livelli. Ad «aspettative comprese nel *contenuto minimo* (corsivo aggiunto) del diritto alla salute» fa invece riferimento la Corte nella sentenza sulla c.d. cura "Di Bella"¹¹⁰.

Una leggera variante terminologica si ritrova nella sentenza n. 307 del 1990, che richiama il «*contenuto minimale* (corsivo aggiunto) proprio del diritto alla salute», irrimediabilmente leso ove al soggetto sottoposto a vaccinazione obbligatoria non sia assicurato il rimedio di un equo ristoro del danno irreversibile sofferto in conseguenza di tale trattamento sanitario.

Di «*livello minimo* (corsivo aggiunto) di tutela necessaria dei diritti costituzionali inviolabili alla vita, alla salute, nonché di tutela necessaria della maternità, dell'infanzia e della gioventù» parla invece la Corte nella sentenza n. 35 del 1997, ritenendo che l'abrogazione referendaria della legge sull'interruzione volontaria di gravidanza – la n. 194 del 1978 – avrebbe reso nullo tale livello. Di qui l'inammissibilità della relativa richiesta di referendum.

La Corte ha riconosciuto il diritto all'indennizzo anche a coloro che hanno subito danni derivanti da vaccinazione non obbligatoria, ma solo fortemente incentivata dalle autorità sanitarie. La pronuncia in questione – la n. 27 del 1998 – si segnala come il primo, più organico, tentativo fatto dal giudice costituzionale di ricostruire, sul piano concettuale, cosa debba intendersi per «*misura minima essenziale*» dei diritti.

L'occasione è offerta dalla dedotta incostituzionalità della disciplina che, per il passato, riduceva l'indennizzo del 70 per cento annuo ed escludeva il diritto agli interessi e alla rivalutazione dei ratei arretrati maturati e non riscossi. Una simile decurtazione – si lamentava – finiva per rendere irrisoria la misura dell'indennizzo, in contrasto, tra gli altri, con l'art. 38 Cost.

La Corte dichiara non fondata la questione all'esito di un *test* di giudizio articolato in quattro fasi. In primo luogo (fase I) svolge una vera e propria *actio finium regundorum* per distinguere ciò che compete ad essa da ciò che spetta al legislatore, quest'ultimo avendo un'ampia discrezionalità «nelle determinazioni volte a predisporre i mezzi necessari a far fronte alle obbligazioni dello Stato nella materia dei cosiddetti diritti sociali»; il giudice costituzionale non dovendo «sovrapporre le proprie valutazioni di merito a quelle [...] riservate al

¹⁰⁹ Corte costituzionale, sentenza n. 304 del 1994. Il principio viene ribadito in Corte costituzionale, sentenza n. 267 del 1998.

¹¹⁰ Corte costituzionale, sentenza n. 185 del 1998.

legislatore», ma solo «garantire la *misura minima essenziale* (corsivo aggiunto) di protezione delle situazioni soggettive che la Costituzione qualifica come diritti»¹¹¹.

Dopodiché (fase II) definisce – in positivo – tale soglia minima di garanzia come quella «al di sotto della quale si determinerebbe, con l’elusione dei precetti costituzionali, la violazione di tali diritti».

A questo punto la Corte (fase III) applica il suo paradigma teorico alla determinazione dell’equo indennizzo da parte del legislatore, osservando come, «in relazione e nei limiti delle possibilità della situazione data», tale determinazione potrebbe essere censurata «solo in quanto esso risultasse tanto esiguo da vanificare, riducendolo a un nome privo di concreto contenuto, il diritto all’indennizzo stesso, diritto che, dal punto di vista costituzionale, è stabilito nell’*an* ma non nel *quantum*».

Infine (fase IV), dopo aver scrutinato il bilanciamento operato dal legislatore alla stregua di tale paradigma, conclude che, nel caso di specie, il diritto all’indennizzo non ha subito un simile prosciugamento, poiché l’assegno *una tantum* previsto dalla legge è una misura di solidarietà sociale, fondata negli art. 2 e 32 Cost., e non assolve ad una funzione assistenziale ai sensi dell’art. 38 Cost.

Sempre in materia di diritti sociali la Corte individua nella «pensione minima» il «*nucleo essenziale*» (corsivo aggiunto) di protezione previdenziale assicurata dalla Costituzione¹¹²; mentre parla di «*nucleo costituzionale irrinunciabile* (corsivo aggiunto)» con riguardo al carattere non di lucro dell’attività degli «organi ed istituti predisposti o integrati dallo Stato» di cui all’art. 38, comma 4, Cost., nonché all’indirizzo generalizzato delle prestazioni previdenziali.

Di conseguenza, dichiara inammissibile il referendum abrogativo della disciplina degli istituti di patronato e di assistenza sociale, in quanto l’abrogazione referendaria avrebbe intaccato tale nucleo «eliminando strutture operanti nel campo previdenziale direttamente riconducibili a quelle previste dall’art. 38, quarto comma, della Costituzione e finendo per trasferire le loro attività, oggi non lucrative e garantite a tutti i lavoratori, al campo dell’autonomia privata, cioè delle libere scelte individuali»¹¹³.

La Corte non manca di sottolineare come tale nucleo «lascia largo spazio alla discrezionalità legislativa, nella disciplina degli aspetti organizzativi, finanziari e funzionali della materia», così confermando quanto sembrava già potersi ricavare dalla sentenza n. 27 del 1998 e cioè che, posta questa soglia di garanzia, tutta la porzione del diritto che eccede il limite dell’essenziale rientra nella disponibilità del legislatore (*rectius* nel suo margine di discrezionalità).

Proiettato su scala europea, questo ragionamento fa emergere come il «contenuto essenziale» costituisca quella base comune di diritti oltre la quale vengono a galla le diffe-

¹¹¹ Sul diverso atteggiarsi dello scrutinio della Corte a seconda che si tratti del contenuto essenziale dei diritti inviolabili o di quelli a prestazione si veda C. PINELLI, *Sui “livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali” (art. 117. Co. 2, lett. m, Cost.)*, in *Diritto pubblico*, 3, 2002, 897.

¹¹² Corte costituzionale, sentenza n. 173 del 2016.

¹¹³ Corte costituzionale, sentenza n. 42 del 2000.

renze di tutela esistenti all'interno di ciascuno Stato membro. Con la conseguenza che «[p]iù ci si allontana dal nucleo essenziale dei diritti fondamentali, più aumentano le divergenze storiche e culturali tra i vari ordinamenti giuridici»¹¹⁴.

Tornando alla giurisprudenza costituzionale, va ricordata la sentenza n. 275 del 2016, che ha individuato un «*nucleo invalicabile* (corsivo aggiunto) di garanzie minime per rendere effettivo il diritto allo studio e all'educazione degli alunni disabili»; nucleo che non può essere finanziariamente condizionato in termini assoluti e che la Corte ha ritenuto violato da una legge abruzzese che subordinava il finanziamento regionale del servizio di trasporto degli studenti portatori di handicap alle politiche di bilancio dell'ente¹¹⁵. Nella sentenza n. 80 del 2010, invece, tale nucleo è definito «indefettibile».

Il nucleo diventa di nuovo «essenziale» nel diritto ad agire in giudizio¹¹⁶; e sempre «nel loro *nucleo essenziale* (corsivo aggiunto)» vanno applicate le garanzie della proporzione della sanzione e del contraddittorio allorché il datore di lavoro eserciti il suo potere disciplinare (anche) nell'ambito di rapporti di lavoro di diritto privato¹¹⁷.

La partecipazione cosciente al procedimento, invece, è considerata «*parte ineliminabile* (corsivo aggiunto)» della garanzia costituzionale del diritto di difesa, il che determina l'incostituzionalità dell'art. 119 cod. proc. pen., nella parte in cui non prevede che l'imputato sordomuto, indipendentemente dal fatto che sappia o meno leggere e scrivere, abbia diritto di farsi assistere da un interprete¹¹⁸.

Insomma, già solo da questa rapida – e inevitabilmente sommaria – disamina della giurisprudenza costituzionale sul «contenuto essenziale» dei diritti fondamentali emerge la pluralità delle accezioni con cui la Corte ha declinato questo limite, a volte anche all'interno del medesimo ambito materiale.

E così ora si parla di un «nucleo» che è «essenziale», «irriducibile», «irrinunciabile», «invalicabile», «indefettibile»; ora di un «contenuto minimo», «minimo essenziale» o «minimale»; ora di una «misura minima essenziale»; ora infine di un «livello minimo».

Questa varietà terminologica trascina inevitabilmente con sé alcuni problemi. Il primo sta nel rischio di equivocare il «nucleo» essenziale del diritto con il «livello» essenziale delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali.

Il termine «livello», infatti, andrebbe più opportunamente riferito alla competenza esclusiva statale di cui all'art. 117, comma 2, lett. m)¹¹⁹, benché la Corte costituzionale abbia ormai operato una sostanziale equiparazione tra «contenuto essenziale» del diritto e «livello

¹¹⁴ M. CARTABIA, *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione Europea*, op. cit., 65.

¹¹⁵ Rilevando, significativamente, che è «la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione». Sul significato da attribuire a questa affermazione e più in generale alla categoria dell'«incompressibilità» dei diritti quale emerge dalla giurisprudenza costituzionale si veda M. LUCIANI, *Avvisi ai naviganti del Mar pandemico*, in *Questione Giustizia*, 2, 2020, 7.

¹¹⁶ Corte costituzionale, sentenza n. 388 del 1999.

¹¹⁷ Corte costituzionale, sentenza n. 220 del 1995.

¹¹⁸ Corte costituzionale, sentenza n. 341 del 1999.

¹¹⁹ Che secondo Corte costituzionale, sentenza n. 88 del 2003, «attribuisce al legislatore statale un fondamentale strumento per garantire il mantenimento di una adeguata uniformità di trattamento sul piano dei diritti di tutti i soggetti, pur in un sistema caratterizzato da un livello di autonomia regionale e locale decisamente accresciuto».

essenziale» delle prestazioni, allorché ha chiarito che tale competenza abilita il legislatore a «porre le norme necessarie per assicurare a tutti, sull'intero territorio nazionale, il godimento di *prestazioni garantite, come contenuto essenziale di tali diritti* (corsivo aggiunto), senza che la legislazione regionale possa limitarle o condizionarle»¹²⁰.

Il secondo problema che si pone è relativo alla sostanziale fungibilità dell'utilizzo degli aggettivi «minimo» ed «essenziale», che in alcuni casi vengono usati promiscuamente come se fossero sinonimi.

Una fungibilità, può aggiungersi, che non convince affatto, anzi appare per certi aspetti fuorviante, perché l'essenziale non dovrebbe essere appiattito sul minimo¹²¹ e quindi essere declinato in una dimensione meramente verticale, alla stregua di un'"asticella" che viene fissata verso il basso per indicare la protezione al di sotto della quale non si può mai scendere; ma andrebbe concepito – più "a tutto tondo" – come una sorta di poliedro, le cui diverse sfaccettature costituiscono altrettanti tratti somatici qualificanti di quel diritto fondamentale, in mancanza dei quali esso non potrebbe neanche essere riconosciuto come tale.

Dei rischi di questa sovrapposizione di piani (e di significati) sembra rivelatrice quella giurisprudenza costituzionale che qualifica i LEA – livelli *essenziali* (corsivo aggiunto) di assistenza – come standard *minimi* (corsivo aggiunto). Nella sentenza n. 125 del 2015, ad esempio, la Corte esclude che la riduzione dello standard dei posti letto ospedalieri accreditati sia espressione della competenza esclusiva dello Stato in materia di livelli essenziali delle prestazioni, in quanto «non tend[e] a garantire un *minimum intangibile* (corsivo aggiunto) alla prestazione, ma ad imporre un tetto massimo alla stessa»¹²².

¹²⁰ Corte costituzionale, sentenza n. 282 del 2002. Per M. BELLETTI, *I "livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali..." alla prova della giurisprudenza costituzionale. Alla ricerca del parametro plausibile...*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, 3/4, 2003, 615, da questa pronuncia «pare desumersi una indiretta conferma di una anche solo limitata sovrapposibilità dei detti concetti». Di «sostanziale identità» dei due concetti parla R. BALDUZZI, *I livelli essenziali delle prestazioni nel settore della sanità*, in G. Berti e G.C. De Martin (a cura di), *Le garanzie di effettività dei diritti nei sistemi policentrici*, Milano. Giuffrè, 2003, 256; M. LUCIANI, *I diritti costituzionali tra Stato e Regioni (a proposito dell'art. 117, comma 2, lett. m della Costituzione)*, in *Politica del diritto*, 3, 2002, 352, ravvisa la «sostanziale coincidenza del concetto di "prestazione" con quello di "garanzia"»; anche secondo C. PINELLI, *Sui "livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali" (art. 117. Co. 2, lett. m, Cost.)*, op. cit., 895, l'obbligo imposto al legislatore dall'art. 117, secondo comma, lett. m), «viene a coincidere [...] con l'obbligo di determinare le prestazioni concernenti il contenuto essenziale dei diritti fondamentali». Secondo A. D'ALOIA, *Diritti e Stato autonomistico. Il modello dei livelli essenziali delle prestazioni*, in *Le Regioni*, 6, 2003, 1118, l'uso che la Corte fa dei due termini sembra voler dire che «il livello *minimo* (delle prestazioni come del contenuto di garanzia) dei diritti deve essere anche e al tempo stesso *essenziale*». Invece per E. BALBONI, *Il problema della determinazione dei livelli essenziali nei vari settori*, in G. Berti e G.C. De Martin (a cura di), *Le garanzie di effettività dei diritti nei sistemi policentrici*, op. cit., 242-243, «il contenuto essenziale dei diritti è cosa diversa dal livello essenziale delle prestazioni dei diritti civili e sociali: il primo dipende dall'interpretazione delle clausole costituzionali della Parte I; il secondo delimita una competenza, la quale sarà certo esercitata nel rispetto dei principi della Parte I, ma comunque in base a considerazioni qualitative e quantitative di carattere prevalentemente politico».

¹²¹ In quanto tale termine secondo E. BALBONI, *Il concetto di "livelli essenziali e uniformi" come garanzia in materia di diritti sociali*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, 6, 2001, 1109, rimanda «ad un parametro che effettivamente [fa] riferimento quasi esclusivamente alla dimensione finanziaria: sono minimi i livelli che il sistema pubblico riesce a garantire a fronte di una dotazione vincolata di risorse».

¹²² D'altra parte, già nella sentenza n. 212 del 1988 la Corte aveva osservato come il fondo sanitario nazionale di cui all'art. 51 della legge n. 833 del 1978 fosse stato istituito «al fine di garantire *livelli minimi di prestazioni* (corsivo aggiunto) "in modo uniforme su tutto il territorio nazionale"».

Ad aderire all'impostazione qui disattesa, insomma, si corre il rischio di legittimare, per il «contenuto essenziale» del diritto, quella stessa interpretazione riduttiva e svalutante che pare di cogliere – *mutatis mutandis* – quando si continuano a definire gli enti locali come «enti minori», alludendo non già alla loro più ridotta estensione territoriale (rispetto alla Regione), ma ad una condizione di perdurante «minorità» istituzionale, quasi che fossero ancora da considerare istituzioni sotto tutela, malgrado il nuovo art. 114 Cost. li collochi «al fianco dello Stato come elementi costitutivi della Repubblica quasi a svelarne, in una formulazione sintetica, la comune derivazione dal principio democratico e dalla sovranità popolare»¹²³.

E poiché qui si tratta delle garanzie fondamentali che la Costituzione appresta nei confronti «delle situazioni soggettive che [...] qualifica come diritti»¹²⁴, riconoscere all'essenzialità un proprio statuto epistemologico può senz'altro contribuire ad evitare letture al ribasso di tale garanzia.

In favore della pregnanza semantica della nozione di essenzialità depone altresì la circostanza che non tutte le limitazioni inammissibili di un diritto fondamentale sono, per ciò stesso, suscettibili di incidere sul suo «contenuto essenziale», dovendosi ritenere tali solo quelle così estese e intense da trasfigurare completamente la fisionomia di quel diritto, compromettendone la stessa esistenza.

Si prenda, ad esempio, il diritto all'istruzione dei disabili, che la Corte ha ritenuto scalfito – nel suo «nucleo invalicabile» – dalla norma regionale che condizionava a previsioni di bilancio generiche ed indefinite il finanziamento da parte della Regione del servizio di trasporto scolastico¹²⁵; nonché da quelle della legge finanziaria del 2008 che prevedevano un limite massimo nella determinazione del numero degli insegnanti di sostegno, oppure eliminavano la possibilità di assumerli in deroga¹²⁶.

Con riguardo all'istruzione scolastica delle persone portatrici di handicap il giudice delle leggi si era espresso anche in precedenza, dichiarando incostituzionale una norma del 1971 nella parte in cui prevedeva che la frequenza dei disabili alle scuole medie superiori fosse solo facilitata, anziché essere assicurata¹²⁷.

Ebbene, in quel caso l'inserimento del disabile nella scuola superiore secondaria è stata bensì ritenuta una delle garanzie che rientrano nel suo diritto fondamentale all'istruzione – e delle quali non si può dunque prescindere –, ma che non fanno evidentemente parte del «nocciolo duro» di tale diritto. Ed infatti la Corte ha censurato la circostanza che il legislatore non avesse accordato a tale garanzia immediato valore precettivo, senza tuttavia constatare che, così facendo, aveva altresì leso il «contenuto essenziale» del diritto.

Dal che sembra lecito desumere che, nell'ampia gamma di interventi legislativi che vanno dalla legittima restrizione di un diritto fondamentale a quella illegittima perché ne viola l'essenza, vi sia un'area di limiti che sono comunque incostituzionali anche se non impingono

¹²³ Corte costituzionale, sentenza n. 106 del 2002.

¹²⁴ Corte costituzionale, sentenza n. 27 del 1998.

¹²⁵ Corte costituzionale, sentenza n. 275 del 2016.

¹²⁶ Corte costituzionale, sentenza n. 80 del 2010.

¹²⁷ Corte costituzionale, sentenza n. 215 del 1987.

la sfera del «contenuto essenziale». Ragion per cui alla nozione di essenzialità andrebbe riconosciuta una valenza connotativa tipica e infungibile.

Al di là delle varianti terminologiche sopra richiamate la giurisprudenza costituzionale sul «contenuto essenziale» sembra sostanzialmente oscillare tra due diversi approcci ricostruttivi: uno, per così dire, “minimalista”, a voler cioè intendere la tendenza a livellare verso un “minimo”, appunto, l’essenza del diritto, concependola come «soglia minima non intaccabile»¹²⁸ a meno di snaturare lo stesso significato che il diritto assume nell’ordinamento; l’altro approccio si potrebbe definire “dignitario”, nel senso che annovera nel «contenuto essenziale» tutto ciò che, se non vi fosse ricompreso, mortificherebbe irrimediabilmente la dignità umana¹²⁹.

Quando la Corte adotta quest’ultima impostazione, più infrequente nella sua giurisprudenza, sembra rifarsi ad una concezione assolutistica dell’essenza del diritto¹³⁰. Molto più ricorrente, invece, è la prima impostazione, che è espressione dell’opposta concezione relativistica.

D’altra parte, che il «contenuto essenziale» dei diritti abbia carattere relativo e non assoluto è tesi dominante in dottrina, che ha parlato in proposito di concetto «piuttosto vago» e «non [...] predeterminabile in astratto»¹³¹; «non traducibile in significati univoci, oggettivi e soprattutto definitivi»¹³²; che «presenta contorni incerti e flessibili»¹³³; che «non ha una misu-

¹²⁸ P. CARETTI, *I diritti fondamentali nell’ordinamento nazionale e nell’ordinamento comunitario: due modelli a confronto*, op. cit., 947.

¹²⁹ Questo sembra l’approccio fatto proprio dalla Corte nella sentenza n. 467 del 1991 in materia di obiezione di coscienza. Qui la Corte afferma che «la sfera intima della coscienza individuale deve essere considerata come il riflesso giuridico più profondo dell’idea universale della dignità della persona umana che circonda quei diritti, riflesso giuridico che, nelle sue determinazioni conformi a quell’idea essenziale, esige una tutela equivalente a quella accordata ai menzionati diritti, vale a dire una tutela proporzionata alla priorità assoluta e al carattere fondante ad essi riconosciuti nella scala dei valori espressa dalla Costituzione italiana (corsivo aggiunto)». La nostra giurisprudenza costituzionale, tuttavia, a differenza di quella tedesca, non fissa una gerarchia di valori costituzionali, come ha poi inequivocabilmente chiarito la sentenza n. 85 del 2013, ai sensi della quale «[f]utti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri (corsivo aggiunto). La tutela deve essere sempre «sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro» (sentenza n. 264 del 2012). Se così non fosse, si verificherebbe l’illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe “tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, *che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona* (corsivo aggiunto)». La dignità, dunque, non è al vertice dei valori costituzionali, ma ha una dimensione per così dire “trasversale”, essendo il valore che si presta a contaminare tutti gli altri. Per il rilievo che «nemmeno la vita o la dignità umana si sottraggono al bilanciamento o sono concepibili come valori così “fondativi” da essere qualificabili addirittura come “metavalori”» si veda M. LUCIANI, *Avvisi ai naviganti del Mar pandemico*, op. cit., 7. La Corte, tuttavia, non nasconde un *favor* per i principi di uguaglianza e di solidarietà i quali, «per il loro carattere fondante, occupano una posizione privilegiata nel bilanciamento con gli altri valori costituzionali» (sentenza n. 264 del 2012).

¹³⁰ Secondo O. CHESSA, *Brevi note sul «contenuto essenziale» (dei diritti inviolabili) come parametro del giudizio di costituzionalità*, op. cit., 289 e I. MASSA PINTO, *La discrezionalità politica del legislatore tra tutela costituzionale del contenuto essenziale e tutela ordinaria caso per caso dei diritti nella più recente giurisprudenza della Corte costituzionale*, op. cit., 1319, questa sarebbe l’impostazione seguita dalla Corte nella sentenza n. 27 del 1998.

¹³¹ A. MORRONE, *Bilanciamento (giustizia cost.)*, op. cit., 195.

¹³² A. D’ALOIA, *Diritti e Stato autonomistico. Il modello dei livelli essenziali delle prestazioni*, op. cit., 1109.

¹³³ G. SCACCIA, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2000, 375, nota 149.

ra fissa», ma «una dimensione variabile perché viene definito sempre *a posteriori*»¹³⁴; che, in ultima analisi, «non si saprebbe identificare»¹³⁵.

La giurisprudenza costituzionale passata in rassegna conferma queste opinioni. Le facce del poliedro – quali profili, cioè, siano immanenti all'essenza del diritto – non sono identificabili *a priori*, sulla base di criteri sicuri ed univoci, ma vengono individuate di volta in volta attraverso il sindacato della Corte sulla ragionevolezza del bilanciamento operato dal legislatore¹³⁶.

In sede di giudizio di bilanciamento¹³⁷ la Corte non risolve il conflitto tra i diritti in gioco ordinandoli secondo un criterio gerarchico, in modo da riconoscere ad uno una posizione sovraordinata rispetto all'altro, ma verifica – *hic et nunc* – se l'equilibrio individuato dal legislatore in quel singolo caso sia o meno ragionevole¹³⁸.

Come viene efficacemente riassunto nella sentenza n. 85 del 2013 sul caso ILVA, che ben può essere considerata il punto di approdo dell'evoluzione giurisprudenziale in materia, «[l]a Costituzione italiana [...] richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, *senza pretese di absolutezza per nessuno di essi*. La qualificazione come “primari” dei valori dell'ambiente e della salute significa pertanto che gli stessi non possono essere sacrificati ad altri interessi, ancorché costituzionalmente tutelati, *non già che gli stessi siano posti alla sommità di un ordine gerarchico assoluto*. Il punto di equilibrio, proprio perché *dinamico e non prefissato in anticipo*, deve essere valutato – dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo – secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro *nucleo essenziale* (corsivi aggiunti)»¹³⁹.

Da una parte, dunque, il «contenuto essenziale» non è un dato preesistente ed estraneo al bilanciamento, ma ne costituisce l'esito¹⁴⁰. Sicché è solo *ex post* che si può affermare, ad esempio, che l'indennizzo per i danni derivanti da vaccinazioni obbligatorie è

¹³⁴ O. CHESSA, *La misura minima essenziale dei diritti sociali: problemi e implicazioni di un difficile bilanciamento*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1998, 1175-1176.

¹³⁵ M. LUCIANI, *Avvisi ai naviganti del Mar pandemico*, op. cit., 8.

¹³⁶ Per O. CHESSA, *Brevi note sul «contenuto essenziale» (dei diritti inviolabili) come parametro del giudizio di costituzionalità*, op. cit., 291, al di là degli approcci seguiti, «[s]i deve dunque prendere atto che garanzia del “contenuto essenziale” e controllo di ragionevolezza della norma che limita il diritto inviolabile coincidono». Sui diversi tipi di bilanciamento effettuati dalla Corte si veda E. CHELI, *Il giudice delle leggi. La Corte costituzionale nella dinamica dei poteri*, Bologna, il Mulino 1999, 93. Per la sottolineatura che il bilanciamento è operazione che «spetta esclusivamente al legislatore», mentre compito dei giudici costituzionali «è controllare il bilanciamento effettuato dal legislatore, non pretendere di pesare essi stessi le grandezze poste a raffronto» cfr. M. LUCIANI, *Avvisi ai naviganti del Mar pandemico*, op. cit., 8-9.

¹³⁷ Che la Corte costituzionale nella sentenza n. 236 del 2011 definisce «ordinaria operazione cui questa Corte è chiamata in tutti i giudizi di sua competenza».

¹³⁸ Con la conseguenza secondo O. CHESSA, *La misura minima essenziale dei diritti sociali: problemi e implicazioni di un difficile bilanciamento*, op. cit., 1173, che «il contenuto essenziale di una libertà costituzionale è violato quando il limite disposto dalla legge è irragionevole».

¹³⁹ Su tale pronuncia si veda, tra gli altri, M. MASSA, *Giurisdizione, bilanciamento, incertezza. La dottrina di Gaetano Silvestri e la sentenza sul caso Ilva*, in *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, II, Torino, Giappichelli, 2016, 1397 ss.

¹⁴⁰ Come osserva A. CERRI, *Ragionevolezza delle leggi*, in *Enc. giur. Treccani*, agg. XIV, Roma, 2005, 10, «il bilanciamento in concreto assume in genere il rilievo del *minimo* (corsivo aggiunto) di garanzia necessario».

espressione del «contenuto essenziale» del diritto alla salute¹⁴¹; o il carattere non di lucro dell'attività dei patronati rientra nell'essenza del diritto alla previdenza¹⁴²; o la partecipazione cosciente al procedimento in quella del diritto di difesa¹⁴³. Che si può, in altri termini, individuare la misura dell'essenzialità e ricomporre le facce del poliedro.

Dall'altra, si tratta di un concetto non solo «molto disponibile in sede di bilanciamento»¹⁴⁴, ma che neppure «si sottrae a processi di ridimensionamento»¹⁴⁵. Di qui le critiche di quella dottrina che auspica invece l'adesione della Corte ad una concezione assoluta del «contenuto essenziale», al fine di «soddisfare l'esigenza imprescindibile di individuare il confine tra ciò che compete alla giurisdizione – in quanto direttamente attuativa della Costituzione – e ciò che, per sottrazione, appartiene alla autonoma valutazione politica del legislatore»¹⁴⁶.

L'analisi di questa giurisprudenza porta infine ad osservare come la Corte costituzionale, al pari della Corte di giustizia, talvolta definisca in positivo ciò che appartiene al «contenuto essenziale» del diritto; tal'altra ne ricavi il significato in negativo.

A proposito della legge campana sull'assistenza ai disabili, ad esempio, ha ritenuto che la prevalenza accordata alle esigenze finanziarie non fosse – in quel caso – tale da sacrificarlo, giacché il disabile può comunque ricorrere a forme di assistenza indiretta quando le sue condizioni di salute siano tali da rendere la prestazione sanitaria non più procrastinabile¹⁴⁷.

Se ne deduce che anche per il giudice costituzionale non c'è violazione del «contenuto essenziale» ogniqualvolta una determinata normativa non metta in discussione il diritto in sé ma, per quanto profonda sia la limitazione che impone, lasci pur sempre aperte delle «vie di fuga», ossia consenta comunque a quel diritto di trovare qualche modalità di estrinsecazione.

Da questo punto di vista può cogliersi una chiara analogia con quanto emerso dalla giurisprudenza di Lussemburgo, con riguardo sia alle tecniche di definizione del «contenuto essenziale», sia ai requisiti che una misura restrittiva deve possedere affinché possa considerarsi non idonea a comprimerlo.

¹⁴¹ Corte costituzionale, sentenza n. 307 del 1990.

¹⁴² Corte costituzionale, sentenza n. 42 del 2000.

¹⁴³ Corte costituzionale, sentenza n. 341 del 1999.

¹⁴⁴ A. MORRONE, *Bilanciamento (giustizia cost.)*, op. cit., 195. Di «inevitabile dinamicità e mutevolezza del contenuto essenziale» parla L. CHIEFFI, *L'effettività del principio di eguaglianza nel sistema italiano*, in G. Berti e G.C. De Martin (a cura di), *Le garanzie di effettività dei diritti nei sistemi policentrici*, op. cit., 105.

¹⁴⁵ G. SCACCIA, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, op. cit., 375, nota 149.

¹⁴⁶ I. MASSA PINTO, *La discrezionalità politica del legislatore tra tutela costituzionale del contenuto essenziale e tutela ordinaria caso per caso dei diritti nella più recente giurisprudenza della Corte costituzionale*, op. cit., 1316.

¹⁴⁷ Corte costituzionale, sentenza n. 304 del 1994.

4.1. Segue: il «contenuto essenziale» tra inviolabilità e controlimiti

L'altro rilevante terreno su cui viene in evidenza la nozione di «contenuto essenziale» del diritto è quello relativo al significato da attribuire alla dichiarazione di inviolabilità dei diritti dell'uomo contenuta nell'art. 2 Cost, nel senso che essa si tradurrebbe, appunto, nella immodificabilità della loro essenza. Da questo punto di vista, dunque, il problema del «contenuto essenziale» è il problema dei limiti che possono essere legittimamente apposti alla competenza del legislatore di revisione.

Secondo la Corte «[l]a Costituzione italiana contiene alcuni principi supremi che non possono essere sovvertiti o modificati nel loro *contenuto essenziale* (corsivo aggiunto) neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali»; tali sono sia quei principi espressamente sottratti al potere di revisione (art. 139), sia quelli che, pur non coperti da un'esplicita garanzia di irriducibilità, «appartengono all'*essenza* (corsivo aggiunto) dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione»¹⁴⁸.

Questa doppia veste del «contenuto essenziale» – come limite al potere legislativo e al potere di revisione – trova plastica rappresentazione nella sentenza n. 366 del 1991. Qui la Corte, in riferimento al diritto ad una comunicazione libera e segreta di cui all'art. 15 Cost., ne declina l'inviolabilità tanto «nel senso generale che il suo *contenuto essenziale* (corsivo aggiunto) non può essere oggetto di revisione costituzionale», quanto «nel senso che il suo *contenuto di valore* (corsivo aggiunto) non può subire restrizioni o limitazioni da alcuno dei poteri costituiti se non in ragione dell'inderogabile soddisfacimento di un interesse pubblico primario costituzionalmente rilevante».

Nella sua accezione di limite alla revisione costituzionale il tema dell'essenza dei diritti interseca quello del primato del diritto dell'Unione¹⁴⁹. Dalla valenza superiore riconosciuta «ai principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e ai diritti inalienabili della persona umana»¹⁵⁰, infatti, deriva la possibilità di sottoporre al controllo di costituzionalità la legge di esecuzione dei Trattati.

Con l'ulteriore conseguenza che la Corte potrebbe dichiararla costituzionalmente illegittima nella misura in cui (e nella parte in cui) consentisse l'applicazione nel nostro ordinamento di una norma di diritto UE che sia in contrasto con il «contenuto essenziale» di un diritto fondamentale, per come ricostruito dal giudice costituzionale.

¹⁴⁸ Corte costituzionale, sentenza n. 1146 del 1988. La Corte ha annoverato in questa categoria, tra gli altri, il diritto alla tutela giurisdizionale (sent. n. 18 del 1982 e n. 238 del 2014); l'unità della Repubblica (sent. n. 118 del 2015); il principio di legalità in materia penale (ord. n. 24 del 2017); il «diritto al silenzio» dell'imputato (ord. n. 117 del 2019).

¹⁴⁹ Ampi riferimenti, *ex multis*, in S. Staiano (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali. Alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni*, Torino, Giappichelli, 2006. Per la sottolineatura che «lo sforzo di individuare i diritti e i principi fondamentali (o supremi) [...] non coincide [...] con quello di identificazione del loro contenuto essenziale» si veda A. APOSTOLI, *L'art. 139 e il nucleo essenziale dei principi supremi e dei diritti inviolabili*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2018/3, 15.

¹⁵⁰ Corte costituzionale, sentenza n. 183 del 1973.

In altri termini, l'essenza dei diritti fondamentali della Costituzione italiana è uno dei controlimiti¹⁵¹ alle «limitazioni di sovranità» che essa consente ai sensi dell'art. 11 e dunque è un «contenuto» indisponibile per le stesse istituzioni europee.

Fin qui sono stati solo due i casi in cui la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di norme che davano esecuzione, rispettivamente, a norme concordatarie¹⁵² e internazionali¹⁵³, in quanto lesive del nucleo essenziale di un diritto fondamentale (quello alla tutela giurisdizionale).

Nella vicenda *Taricco* i controlimiti sono stati branditi¹⁵⁴, ma il dialogo collaborativo fra le Corti ne ha alla fine scongiurato l'attivazione¹⁵⁵. Più di recente un altro esempio di «costruttiva cooperazione»¹⁵⁶ si è avuto con riguardo al diritto al silenzio di una persona fisica nei procedimenti sanzionatori amministrativi di natura punitiva; diritto che la Corte di giustizia, su sollecitazione della Corte costituzionale¹⁵⁷, ha annoverato tra le garanzie derivanti dagli articoli 47, secondo comma, e 48 della Carta¹⁵⁸.

Nei rapporti tra ordinamento interno e ordinamento eurounitario il «contenuto essenziale» dei diritti si rivela, dunque, una sorta di clausola «semaforo» che, da un lato – come elemento qualificante della tradizione costituzionale italiana – fa passare nell'ordinamento dell'Unione contenuti normativi che concorrono a definire la portata dei diritti garantiti dalla Corte di giustizia, in quanto principi generali del diritto dell'Unione (art. 6 TUE); dall'altro – come controlimito – blocca l'ingresso nell'ordinamento italiano delle norme del diritto dell'Unione che con esso collidono.

¹⁵¹ La medesima locuzione è utilizzata da A. MANZELLA, *Dal mercato ai diritti*, in A. MANZELLA, P. MELOGRANI, E. PACIOTTI, S. RODOTÀ, *Riscrivere i diritti in Europa. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna, il Mulino, 2001, 44, quando definisce l'intangibilità del contenuto essenziale uno dei quattro «controlimiti» contemplati dall'art. 52, par. 1.

¹⁵² Corte costituzionale, sentenza n. 18 del 1982.

¹⁵³ Corte costituzionale, sentenza n. 238 del 2014.

¹⁵⁴ Secondo la Corte costituzionale, infatti, «[s]e l'applicazione dell'art. 325 del TFUE comportasse l'ingresso nell'ordinamento giuridico di una regola contraria al principio di legalità in materia penale, come ipotizzano i rimettenti, questa Corte avrebbe il dovere di impedirlo (corsivo aggiunto)» (ord. n. 21 del 2017). Nella sentenza n. 115 del 2018 ribadisce che è ad essa che «spetta *in via esclusiva* (corsivo aggiunto) il compito di accertare se il diritto dell'Unione è in contrasto con i principi supremi dell'ordine costituzionale e in particolare con i diritti inalienabili della persona».

¹⁵⁵ Significativo il passaggio della sentenza n. 115 del 2018 in cui la Corte dapprima indica ai giudici di Lussemburgo una possibile via d'uscita – «è sembrato a questa Corte che la stessa sentenza *Taricco* (paragrafi 53 e 55) tenda ad escludere tale applicazione ogni qual volta essa venga a trovarsi in conflitto con l'identità costituzionale dello Stato membro» – e poi prende atto con soddisfazione che «[l]a Grande sezione della Corte di giustizia, con sentenza 5 dicembre 2017, in causa C-42/17, M.A. S. e M. B., ha compreso il dubbio interpretativo di questa Corte (corsivo aggiunto) e ha affermato che l'obbligo per il giudice nazionale di disapplicare la normativa interna in materia di prescrizione, sulla base della «regola *Taricco*», viene meno quando ciò comporta una violazione del principio di legalità dei reati e delle pene, a causa dell'insufficiente determinatezza della legge applicabile o dell'applicazione retroattiva di una normativa che prevede un regime di punibilità più severo di quello vigente al momento della commissione del reato».

¹⁵⁶ L'espressione è di S. SCIARRA, *Lenti bifocali e parole comuni: antidoti all'accentramento nel giudizio di costituzionalità*, in *federalismi.it*, 3, 2021, 49.

¹⁵⁷ Corte costituzionale, ordinanza n. 117 del 2019. Anche in questa decisione la Corte ha evocato – seppure in maniera più sfumata – i controlimiti, allorché ha qualificato il «diritto al silenzio» dell'imputato come «appartenente al novero dei diritti inalienabili della persona umana (sentenze n. 238 del 2014, n. 323 del 1989 e n. 18 del 1982), che caratterizzano l'identità costituzionale italiana».

¹⁵⁸ Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 2 febbraio 2021, causa C-481/19.

In questa natura anfibia si riflettono le due funzioni – «offensiva» e «difensiva» – che, secondo Häberle¹⁵⁹, sono insite nella clausola del «contenuto essenziale» e che si pongono tra di loro in un rapporto di proporzione inversa, nel senso che quanto maggiore è l’apporto fornito dal giudice costituzionale all’interpretazione di questa clausola da parte dei giudici di Lussemburgo, tanto minore è il rischio che costoro possano ritenere conforme al «contenuto essenziale» una norma europea che per la Corte costituzionale ne provochi invece il sacrificio, con conseguente opposizione dei controlimiti.

5. Conclusioni

Pro futuro è la proiezione «offensiva» del «contenuto essenziale» che andrebbe ulteriormente sviluppata nella prospettiva di espandere la tutela dei diritti fondamentali. Come ha osservato Häberle, in senso “offensivo” la clausola «s’impone proprio là dove, come nel diritto europeo, è necessaria un’interpretazione “dinamica” dei diritti fondamentali attraverso l’opera del giudice che “forma il diritto”»¹⁶⁰.

Ebbene, in tale opera la Corte di giustizia è vincolata dall’art. 52, par. 4, della Carta, che richiede di interpretare i diritti da essa sanciti, risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni, «in armonia» con siffatte tradizioni.

A questo vincolo ermeneutico, per ragioni di ordine sia testuale, sia logico sistematico, è soggetto anche il «contenuto essenziale» dei diritti, ex art. 52, par. 1. Infatti, non solo i diritti che la Carta «riconosc[e] [...] quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni», ai sensi del par. 4, sono gli stessi che, ai sensi del par. 1, non ammettono l’apposizione di limiti irrispettosi del loro «contenuto essenziale»; ma per delineare la complessiva «portata» – così recita la rubrica dell’art. 52 – di ciascuno di essi non si può certo prescindere dall’interpretarlo congiuntamente al proprio limite.

Se questo ragionamento è condiviso, ne consegue che il significato di «contenuto essenziale» che risulta dalla giurisprudenza costituzionale e che per questa via viene veicolato nell’ordinamento dell’Unione, non solo arricchisce di “contenuto” la clausola di cui all’art. 52, par. 1, ma (soprattutto) conferma l’interpretazione che di essa dà la Corte di giustizia.

Ecco allora che il «contenuto essenziale» si presta ad essere un terreno privilegiato di incontro che può favorire la convergenza delle giurisprudenze delle rispettive Corti in vista della «definizione di livelli comuni di tutela dei diritti fondamentali»¹⁶¹.

L’analisi condotta ha consentito di far emergere, in effetti, l’esistenza di punti di contatto fra le due giurisprudenze, nonostante l’uso molto cauto che di questa clausola ha fatto

¹⁵⁹ P. HÄBERLE, *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*, op. cit., 245.

¹⁶⁰ P. HÄBERLE, *ivi*, 246.

¹⁶¹ Da questo punto di vista anche i rapporti tra Corti dovrebbero rientrare in quell’«armonico orientamento di individui, gruppi, istituzioni verso fini determinati, senza però annullare la libertà o l’iniziativa di tali individui, gruppi o istituzioni» nel quale V. BACHELET, *Coordinamento*, in *Enc. Dir.*, X, 1962, ravvisava il *proprium* dell’attività di coordinamento. Il virgolettato è tratto da Corte costituzionale, ordinanza n. 117 del 2019.

finora la Corte di giustizia. Il che ne rende auspicabile una maggiore valorizzazione da parte sua, perché è anche dalla formazione di una *communis opinio* intorno a ciò che deve essere considerato parte del loro nucleo intangibile che passa il progressivo avvicinamento delle diverse culture dei diritti fondamentali in Europa.

Quello del «contenuto essenziale», in definitiva, sembra oggi davvero il banco di prova per la costruzione di un'identità collettiva europea che muova da processi di contaminazione e di reciproca interferenza tra le giurisprudenze delle Corti; processi, può aggiungersi, che la nuova dottrina della pregiudizialità tende ad agevolare.

La competenza che la Corte si è riconosciuta nel valutare gli eventuali profili di contrasto delle norme interne con quelle della Carta, infatti, può richiedere l'attivazione del rinvio pregiudiziale per chiarire la portata di quest'ultime e dunque aumenta le occasioni per il giudice costituzionale di interloquire proficuamente con i giudici di Lussemburgo¹⁶² al fine di addivenire ad una definizione condivisa, all'interno dell'Unione europea, del limite oltre il quale la compressione di un diritto fondamentale da parte del legislatore di uno Stato membro non possa più essere in alcun modo tollerata.

¹⁶² Nella prospettiva, indicata da F. DONATI, *La questione prioritaria di costituzionalità: presupposti e limiti*, in *federalismi.it*, 3, 2021, 11, di «fornire [...] indicazioni sui principi inderogabili del nostro sistema costituzionale, di cui la Corte di giustizia dovrà tenere conto nell'interpretazione del diritto dell'Unione, al fine di attenuare il rischio che venga attivata l'arma estrema dei "controlimiti"».