

CONVERGENZE E DIVERGENZE NELL'INTERPRETAZIONE DELLE CLAUSOLE FINALI DELLA CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI DELL'UNIONE EUROPEA****1. All'origine della tutela dei diritti fondamentali nell'Unione europea**

Una esperienza di oltre sessant'anni testimonia che il dialogo tra le corti nazionali e la Corte di giustizia dell'Unione europea è un metodo, non soltanto praticabile, ma ricco, fecondo e benefico. Ciò vale tanto per i giudici comuni, da sempre collaboratori naturali della Corte di giustizia, quanto per le corti supreme e per le corti costituzionali, che solo negli anni più recenti si sono avventurate su questo terreno, rimasto a lungo inesplorato.

L'entrata in vigore del trattato di Lisbona ha coinciso con l'intensificarsi dell'uso del rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE da parte delle corti supreme e costituzionali. Tradizionalmente restie ad utilizzare uno strumento processuale volto a coinvolgere la Corte di giustizia europea nella definizione di un problema giuridico rilevante in un procedimento nazionale, negli anni più recenti, numerose corti supreme e costituzionali nazionali hanno rotto gli indugi e si sono aperte a un dialogo franco e costruttivo, talvolta apertamente dialettico, con la Corte europea. Se fino ad anni assai recenti il rinvio pregiudiziale è stato utilizzato solo eccezionalmente e quasi esclusivamente da alcune di esse – in particolare dalle Corti costituzionali austriaca e belga – in seguito all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona molte giuri-

* Giudice della Corte costituzionale.

** Il testo riproduce, con poche integrazioni e modifiche, l'intervento pronunciato in occasione del Seminario *60 anni dopo i Trattati di Roma. I diritti ed i valori fondamentali nel dialogo tra la Corte di giustizia e le Corti supreme italiane* tenutosi il 25 maggio 2017 a Roma presso il Palazzo della Consulta, sede della Corte costituzionale. Un sentito ringraziamento a Tomaso Epidendio, Valeria Marcenò e Michele Massa per la lettura del testo e per le loro osservazioni critiche; al prof. Roberto Cisotta per l'approfondita ricerca su molti aspetti della giurisprudenza della Corte di Giustizia; ad Alessandro Baro, per il supporto nella ricerca delle fonti e nella redazione del testo. La responsabilità delle opinioni e dei contenuti esposti va imputata esclusivamente all'Autrice.

sdizioni costituzionali nazionali hanno seguito la strada segnata dalle avanguardie del dialogo costituzionale europeo.

La concomitanza degli eventi – l’attribuzione di un valore giuridico vincolante alla Carta dei diritti con l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona e l’intensificazione delle conversazioni costituzionali tra giurisdizioni di vertice – non può spiegarsi in termini di mera coincidenza temporale.

Anche la Corte costituzionale italiana, dopo varie oscillazioni giurisprudenziali¹, negli anni più recenti ha sperimentato proficuamente la via del ricorso in via pregiudiziale², tanto da risolversi a percorrere la medesima strada, da ultimo, nel delicato caso Taricco³, ad oggi pendente davanti alla Corte di giustizia.

La natura degli interlocutori coinvolti ha inciso sul “tono” del dialogo giurisdizionale, che ha assunto accenti più spiccatamente costituzionali. Crescono le questioni prospettate alla Corte di giustizia aventi ad oggetto problematiche attinenti alla tutela dei diritti fondamentali e all’interpretazione delle disposizioni della Carta.

Inoltre, è significativo osservare che le corti costituzionali hanno iniziato a fare uso del rinvio pregiudiziale per chiedere la verifica della validità e non solo, come tradizionalmente accade, per l’interpretazione delle normative europee ai fini della valutazione di compatibilità tra il diritto nazionale e quello europeo. Ciò ha indotto la Corte di giustizia a iniziare a invocare i diritti fondamentali come parametri di giudizio degli atti normativi *dell’Unione*, piuttosto che degli Stati membri, come è avvenuto, emblematicamente, nel caso *Digital Rights*⁴, in cui la Corte di giustizia, su proposta congiunta della Corte costituzionale austriaca e della Corte suprema irlandese, ha accolto una questione di validità di una direttiva europea, annullandola integralmente per violazione del diritto alla privacy e alla tutela dei dati personali.

Dopo l’entrata in vigore della Carta dei diritti, qualcosa sta cambiando nel dialogo tra corti. Ponendo fine a un lungo periodo di marginalizzazione e di auto-esclusione dai rapporti con il diritto dell’Unione, le corti nazionali sembrano avvertire la necessità di svolgere un ruolo più attivo nelle dinamiche dell’integrazione europea⁵, specie nell’ambito della tutela dei diritti fondamentali. Dal canto suo, la Corte di giustizia, sollecitata dalle corti costituzionali, ha più volte mostrato di voler agire, proprio nell’ambito della tutela dei diritti fondamentali, non solo come “giudice dell’integrazione”, ma anche come “giudice costituzionale” dell’ordinamento europeo.

Questa recente fase dei rapporti tra corti nazionali e Corte di giustizia si raccorda idealmente con la genesi della garanzia dei diritti fondamentali nell’ordinamento dell’Unione (allora Comunità europea). Alle origini della tutela dei diritti, non si trovano specifiche dispo-

¹ Sul punto, mi sia consentito rinviare al mio più ampio studio *La Corte costituzionale italiana 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*, ESI, Napoli 2006, pp. 99-128

² Si vedano le ordinanze n. 207 del 2013 e n. 103 del 2008.

³ Ordinanza n. 24 del 2017.

⁴ Cause riunite C-293/12 e C-594/12, *Digital Rights Ireland Ltd c. Minister for Communications, Marine and Natural Resources e a. e Kärntner Landesregierung e a.*, ECLI:EU:C:2014:238.

⁵ A questo proposito, mi permetto di rimandare a M. CARTABIA-A. CELOTTO, *La giustizia costituzionale in Italia dopo la Carta di Nizza*, in «Giurisprudenza costituzionale», 6 (2002).

sizioni nei trattati istitutivi, ma un intenso dialogo giurisprudenziale, sia pure indiretto e non formalizzato tra giudici nazionali ed europei. Furono le sollecitazioni delle corti costituzionali nazionali nel corso degli anni '60 e '70 – soprattutto quelle tedesca e italiana – ascoltate dopo qualche indecisione dalla Corte di giustizia, a spingere verso uno sviluppo giurisprudenziale capace di colmare il vuoto dei trattati e idoneo ad affermare il riconoscimento dei diritti individuali nell'ordinamento europeo.

In conseguenza delle pressioni da parte delle corti nazionali, a partire dal caso *Stauder* nel 1969, la Corte di Lussemburgo ha, infatti, incominciato ad affermare che i diritti umani fondamentali «fanno parte dei principi generali del diritto comunitario, di cui la corte garantisce l'osservanza»⁶, come norme non scritte, ma vincolanti per tutte le istituzioni europee.

Per l'individuazione dei diritti fondamentali e l'elaborazione del loro contenuto, all'epoca la Corte di giustizia traeva ispirazione dalle «tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri», al fine di elaborare i principi non scritti del diritto comunitario, di cui peraltro non mancava di sottolineare un certo grado di autonomia rispetto ai singoli ordinamenti nazionali⁷.

Tutta la storia della tutela dei diritti fondamentali nell'Unione europea, e in particolare le tappe più significative del suo sviluppo, sono dunque intimamente radicate nel dialogo – diretto o indiretto – tra corti costituzionali nazionali e Corte di giustizia europea. Anche oggi, esso costituisce uno strumento fecondo, al quale occorre attingere per affrontare alcuni dei nodi più importanti che impegnano l'attività delle Corti costituzionali nazionali e della Corte di giustizia come “garanti dei diritti”.

Tra i molti terreni di confronto, può essere utile soffermarsi in particolare su tre punti problematici:

- a. il rapporto tra i diritti protetti dalla Carta e le «tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri»;
- b. la definizione dell'ambito di applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione;
- c. il problema della garanzia del massimo livello di tutela dei diritti, formulata nell'art. 53 della Carta.

2. La Carta e le tradizioni costituzionali comuni

È bene anzitutto ricordare le origini, che denotano il radicamento dei diritti protetti dall'Unione nel tessuto costituzionale nazionale degli Stati membri. Le sorgenti originarie, del

⁶ Causa 29/69, *Erich Stauder c. City of Ulm*, ECLI:EU:C:1969:57.

⁷ Causa 44/79, *Liselotte Hauer c. Land Rheinland-Pfalz*, ECLI:EU:C:1979:290, paragrafo 15, dove si afferma che la Corte di giustizia, «nel garantire la tutela di tali diritti, [...] è tenuta ad ispirarsi alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e non potrebbe, quindi, ammettere provvedimenti incompatibili con i diritti fondamentali riconosciuti e garantiti dalle Costituzioni di tali Stati».

resto, non sono esaurite, considerato che le «tradizioni costituzionali comuni» non sono state superate dalla successiva approvazione della Carta dei diritti dell'unione europea.

La Carta dei diritti, infatti, fa esplicito riferimento alle tradizioni costituzionali comuni ad esempio nell'art. 52, paragrafo 4: «Laddove la presente Carta riconosca i diritti fondamentali quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, tali diritti sono interpretati in armonia con dette tradizioni».

Inoltre – e soprattutto – è lo stesso Trattato di Lisbona, all'art. 6, che dopo aver riconosciuto che la Carta «ha lo stesso valore giuridico dei trattati» ribadisce che i diritti fondamentali «risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali».

Di fatto, nel testo attuale dell'art. 6 del TUE, coesistono tre tipi di fonti per la tutela dei diritti umani: la Carta, la Convenzione europea dei diritti umani – sulle cui specificità non occorre soffermarsi in questa sede – e i “principi generali” dell'ordinamento dell'Unione, che, come abbiamo visto, comprendono i diritti che la Corte di giustizia va definendo e sviluppando sulla base delle tradizioni costituzionali nazionali comuni (su questo punto, la Corte costituzionale italiana si è diffusa in particolare nella sentenza n. 80 del 2011).

Un primo punto che richiede un'adeguata riflessione riguarda la coesistenza della Carta dei diritti con le «tradizioni costituzionali comuni» agli Stati membri, quali fonti dei diritti fondamentali protetti dall'ordinamento dell'Unione.

Di norma, i diritti protetti dalla Carta e quelli risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni convergono. La Convenzione incaricata di redigere la Carta dei diritti aveva come compito fondamentale quello di consolidare le garanzie già acquisite all'esperienza giuridica comunitaria, traducendo in un documento scritto i diritti già riconosciuti nell'ordinamento europeo e negli ordinamenti dei suoi stati membri⁸. È vero che, essendo stato redatto in un'epoca che ha potuto tenere conto dei cambiamenti che hanno inciso sulle società contemporanee – anche in virtù degli sviluppi scientifici e tecnologici – il novero dei diritti inclusi nella Carta è più completo e aggiornato rispetto a quello dei documenti più vecchi. Nondimeno, i redattori della Carta avevano il compito di *inventare* – come direbbe il presidente Paolo Grossi⁹ – i diritti fondamentali, dove il verbo *inventare* esprime il significato etimologico del termine: dal latino: *invenire* – scoprire, reperire l'esistente, piuttosto che creare dal nulla con uno sforzo di fantasia e progettualità. Pertanto, i diritti protetti dalla Carta si pongono nel solco della tradizione del costituzionalismo moderno cui appartengono anche gli stati membri dell'Unione: di qui una eredità costituzionale condivisa che spiega perché la lista dei diritti inclusi nella Carta

⁸ *Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo, Colonia. 3-4 giugno 1999, Allegato IV*: «La tutela dei diritti fondamentali costituisce un principio fondatore dell'Unione europea e il presupposto indispensabile della sua legittimità. L'obbligo dell'Unione di rispettare i diritti fondamentali è confermato e definito dalla Corte di giustizia europea nella sua giurisprudenza. Allo stato attuale dello sviluppo dell'Unione è necessario elaborare una Carta di tali diritti al fine di sancirne in modo visibile l'importanza capitale e la portata per i cittadini dell'Unione».

⁹ Si vedano almeno P. GROSSI, *Ordine/compattezza/complessità. La funzione inventiva del giurista, ieri ed oggi*, Satura, Napoli 2012, e P. GROSSI, Sulla odierna “incertezza” del diritto, in «Giustizia civile», 4 (2014), p. 947: «Il diritto va – questo sì – *inventato*, nel senso del latino *invenire*, ossia trovare; va cercato e trovato nelle trame dell'esperienza, sia quando la regola manca, sia quando la regola troppo vecchia o troppo generica non si presta a ordinare i fatti (i quali vanno letti alla luce della loro specifica storicità)».

ripeta in larga misura quelli enumerati nelle costituzioni nazionali dei paesi europei e nei principali strumenti internazionali.

Eppure, l'armonia di fondo che lega le costituzioni nazionali e la Carta dei diritti è pur sempre una «armonia tra diversi»¹⁰. In materia di diritti sociali, di famiglia, di bio-diritti e di diritti connessi alla *matière pénale* non mancano differenze e divergenze tra gli Stati membri e con l'Unione stessa che si accentuano al progredire dello sviluppo dell'integrazione in ambiti ad essi connessi¹¹.

Le più recenti evoluzioni giurisprudenziali nello spazio costituzionale europeo denotano che il pluralismo costituzionale – costitutivo dell'Unione¹² – non è stato congelato con l'entrata in vigore della Carta, come alcuni temevano¹³. Molte corti costituzionali si sono, in vario modo, espresse¹⁴ allo scopo di preservare le tradizioni costituzionali nazionali, anche in nome dell'identità nazionale, riconosciuta anche dal diritto dell'Unione (art. 4.2. TUE).

Per quanto riguarda il caso italiano, basti ricordare che è proprio in nome di una consolidata tradizione costituzionale, esigente e rigorosa nell'interpretare il principio di determinatezza, come emanazione del principio di legalità in materia penale, che questa Corte con l'ordinanza n. 24 del 2017 ha rivolto una molteplicità di quesiti alla Corte di giustizia nel caso Taricco, in ordine alla interpretazione dell'art. 325 del TFUE.

Si avverte, dunque, sempre più stringente l'esigenza di approfondire il concetto di «tradizioni costituzionali comuni», in tutte le sue articolazioni.

Cosa significa per la Corte di giustizia «tradizione costituzionale»? Quali sono le fonti e i dati di cui la Corte si serve a tale scopo? L'espressione sembra alludere a un concetto più ricco e articolato rispetto al dato letterale delle singole disposizioni costituzionali e dell'interpretazione giurisprudenziale che ne scaturisce¹⁵. In che modo possono le corti costituzionali nazionali contribuire alla conoscenza e alla diffusione della propria «tradizione costituzionale» e della propria identità costituzionale nazionale?

Il trattato si riferisce alle tradizioni costituzionali «comuni» agli stati membri: come e con quali criteri si può valutare il grado di condivisione di un principio costituzionale al fine di

¹⁰ Valerio Onida, «Armonia tra diversi» e problemi aperti. La giurisprudenza costituzionale sui rapporti tra ordinamento interno e ordinamento comunitario, in «Quaderni costituzionali», 3 (2002).

¹¹ Mi sia consentito di rinviare alle considerazioni e alle esemplificazioni svolte nel mio *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione europea*, in *I diritti in azione*, a cura di M. Cartabia, Bologna 2007, pp. 13-66.

¹² N. MACCORMICK, *Questioning Sovereignty: Law, State, and Nation in the European Commonwealth*, Oxford University Press, Oxford 1999; M. P. MADURO, *Contrapunctual Law: Europe's Constitutional Pluralism in Action*, in N. WALKER (ed.), *Sovereignty in Transition*, Hart Publishing, Oxford 2003, 502-537; M. KUMM, *Who is the Final Arbiter of Constitutionality in Europe? Three Conceptions of the Relationship Between the German Federal Constitutional Court and the European Court of Justice*, in «Common Market Law Review», 36, (1999), 2, pp. 351-386.

¹³ J.H.H. WEILER, *Editorial: does the European Union truly need a Charter of rights?*, «European Law Journal», 6 (2000), p. 96.

¹⁴ Su questo tema, J. KOMÁREK, *The Place of Constitutional Courts in the EU*, in «European Constitutional Law Review», Vol. 9, 3, (2013) e G. MARTINICO, *Preliminary References and Constitutional Courts: Are You in the Mood for Dialogue?*, in F. FONTANELLI-G. MARTINICO-P. CARROZZA (a cura di), *Shaping Rule of Law Through Dialogue: International and Supranational Experiences*, Europa Law Publishing, Groningen 2010.

¹⁵ Si vedano M. A. GLENDON, *Traditions in Turmoil*, Sapientia Press of Ave Maria University, Ann Arbor 2006; J. H. MERRYMAN, *The Civil Law Tradition 3rd Edition: An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America*, Stanford University Press, Redwood City

determinare se esso rientra in una tradizione «comune»? E cosa succede quando, presso gli Stati membri, coesistono tradizioni divergenti, comuni a gruppi distinti di ordinamenti nazionali? È possibile – e, eventualmente, a quali condizioni – fare prevalere la tradizione maggioritaria? Il criterio maggioritario si attaglia a questo tipo di questioni?

Quale vincolo giuridico deriva dal riconoscimento di una tradizione costituzionale comune per la Corte di giustizia e quali margini di autonomia residuano per l'elaborazione di principi propri del diritto dell'Unione?

E ancora, quale rilievo hanno le «tradizioni costituzionali comuni» rispetto alla Carta e alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo? In che rapporto si collocano le diverse fonti dei diritti fondamentali enumerate nei testi dei trattati?

3. Diritti, ambito di applicazione e competenze

Custodire la propria identità e la propria tradizione costituzionale nell'ambito dei diritti fondamentali è divenuta una preoccupazione diffusa e ricorrente in molti degli Stati membri. L'elemento identitario¹⁶ è stato legato, a sua volta, tanto al contenuto di alcuni diritti – che possono essere soggetti a diversa interpretazione e a diverse operazioni di bilanciamento con altri diritti e interessi rilevanti – quanto al rispetto delle competenze da parte delle istituzioni dell'Unione.

Una delle maggiori preoccupazioni al momento della scrittura della Carta era quella di impedire che essa potesse essere utilizzata allo scopo di estendere surrettiziamente le competenze dell'Unione, erodendo quelle degli Stati membri. Il timore di una espansione strisciante delle competenze dell'Unione ha dominato tanto le discussioni al momento della elaborazione della Carta, quanto i successivi passaggi fino all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. Segno del livello di allerta degli Stati membri su questo punto è il numero di disposizioni che tornano sul tema della delimitazione delle competenze, anche solo per ribadire i principi essenziali.

L'art. 6, paragrafo 1, del TUE, subito dopo aver riconosciuto che la Carta ha lo stesso valore dei trattati, afferma che «[l]e disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati».

L'art. 51 della Carta, dopo aver affermato, al paragrafo 1 che l'Unione e gli Stati membri «rispettano i diritti, osservano i principi e ne promuovono l'applicazione secondo le rispettive competenze», al paragrafo 2 ribadisce che «[l]a presente Carta non introduce competenze nuove o compiti nuovi per la Comunità e per l'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti dai trattati».

¹⁶ Per approfondimenti, cfr. B. GUASTAFERRO, *Beyond the exceptionalism of constitutional conflicts. The ordinary functions of the identity clause*, «Yearbook of European Law», 31 (2012), pp. 263-318; P. FARAGUNA, *Ai confini della Costituzione. Principi supremi e identità costituzionale*, Franco Angeli, Milano 2015; F. FABBRINI-O. POLLICINO, *Constitutional identity in Italy: European integration as the fulfillment of the Constitution*, in «EUI Law Department Working Papers», 6 (2017), (<http://cadmus.eui.eu/handle/1814/45605>).

Ancora, la Dichiarazione n. 1, relativa alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea allegata all'atto finale della Conferenza intergovernativa che ha adottato il trattato di Lisbona torna sulla medesima questione affermando che «[l]a Carta non estende l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione al di là delle competenze dell'Unione, né introduce competenze nuove o compiti nuovi per l'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti dai trattati».

Inoltre, un'apposita ulteriore Dichiarazione, la n. 18, è stata dedicata al tema delle competenze, ripetendo principi che da sempre conformano l'ordinamento dell'Unione e che sono già espressi nelle disposizioni del trattato sopra citate.

La preoccupazione degli Stati membri era escludere in modo categorico che i diritti riconosciuti dalla Carta potessero essere interpretati come base giuridica autonoma per giustificare nuove azioni delle istituzioni europee, attraverso l'adozione di atti normativi o amministrativi o *policies* non altrimenti riconducibili alle competenze attribuite all'Unione. L'effetto di accentramento delle competenze verificatosi in altre esperienze federali – e, in particolare, negli Stati Uniti d'America, in relazione all'adozione di un comune *Bill of Rights* – era percepito come un ammonimento storico da non sottovalutare.

Sotto questo profilo, il terreno più delicato è quello della delimitazione dell'ambito di applicazione della Carta dell'Unione europea. Allo stato attuale non appare affatto superflua un'opera di chiarificazione concettuale dei confini entro i quali la Carta assume una rilevanza giuridica, sia da parte delle corti nazionali, sia da parte della Corte di giustizia.

3.1. La giurisprudenza della Corte costituzionale italiana...

La Corte costituzionale italiana, al pari delle altre omologhe corti nazionali, dopo una prima fase di entusiastica apertura al nuovo strumento di tutela dei diritti individuali – che l'ha indotta a richiamare le disposizioni della Carta quale espressione di un patrimonio costituzionale comune, anche in casi privi di evidenti connessioni con il diritto dell'Unione, in forma di *obiter dicta* e per lo più come ausilio interpretativo (sentenze n. 349 del 2007 e n. 251 del 2008) – ora si è fatta via via più attenta ed esigente nel riferirsi alle disposizioni della Carta entro il perimetro del suo ambito di efficacia.

Basti raffrontare la prima e l'ultima delle decisioni – ad oggi – in cui la Corte costituzionale menziona la Carta dei diritti dell'Unione.

Nella sentenza n. 135 del 2002, la Corte costituzionale ha richiamato la Carta «ancorché priva di efficacia giuridica per il suo carattere espressivo di principi comuni agli ordinamenti europei», in un giudizio avente ad oggetto la captazione di immagini in luoghi di privata dimora a fini investigativi, senza porsi il problema del suo ambito di applicazione.

All'estremo opposto dello sviluppo cronologico, nella recentissima pronuncia n. 111 del 2017, in materia di parità retributiva tra donne e uomini, questa Corte dopo aver richiamato gli artt. 21 e 23 della Carta, afferma testualmente: «Entrambe queste norme in tanto si possono richiamare in quanto si verta in una materia di attuazione, da parte dello Stato, del diritto dell'Unione, secondo le rispettive competenze (art. 51, comma 1, della medesima CDFUE)». In questo recente caso, prima di procedere all'esame della compatibilità della

normativa italiana impugnata con i principi della Carta, la Corte si è posta spontaneamente il problema della individuazione delle competenze dell'Unione rilevanti. Nella specie, il caso non presentava aspetti di incertezza e la Corte ha potuto agevolmente dare applicazione alla Carta.

Nel corso dei 15 anni che intercorrono tra la prima e la più recente pronuncia della Corte costituzionale che coinvolge la Carta dei diritti dell'Unione europea, si può notare un lungo cammino di maturazione, nel corso del quale non sono mancate oscillazioni. Tra le 103 pronunce che si riferiscono alla Carta dei diritti dell'Unione europea solo un piccolo numero affronta in modo esplicito il problema dell'ambito di applicazione e del nesso tra la normativa nazionale censurata e il pertinente diritto UE¹⁷.

In particolare, la sentenza n. 349 del 2007 ha dato conto di una risalente giurisprudenza della Corte di giustizia, la quale afferma che i diritti fondamentali protetti dall'ordinamento comunitario «rilevano esclusivamente rispetto a fattispecie alle quali tale diritto sia applicabile: *in primis* gli atti comunitari, poi gli atti nazionali di attuazione di normative comunitarie, infine le deroghe nazionali a norme comunitarie asseritamente giustificate dal rispetto dei diritti fondamentali». Ancora, la sentenza n. 80 del 2011 ha sottolineato come «in sede di modifica del Trattato si sia inteso evitare che l'attribuzione alla Carta di Nizza dello “stesso valore giuridico dei trattati” abbia effetti sul riparto delle competenze fra Stati membri e istituzioni dell'Unione». Dopo aver richiamato il citato art. 51, la Corte ricorda: «Presupposto di applicabilità della Carta di Nizza è, dunque, che la fattispecie sottoposta all'esame del giudice sia disciplinata dal diritto europeo – in quanto inerente ad atti dell'Unione, ad atti e comportamenti nazionali che danno attuazione al diritto dell'Unione, ovvero alle giustificazioni addotte da uno Stato membro per una misura nazionale altrimenti incompatibile con il diritto dell'Unione – e non già da sole norme nazionali prive di ogni legame con tale diritto» (come riscontrato nella specie). Gli insegnamenti della sentenza n. 80 del 2011 sono stati ribaditi dalla sentenza n. 63 del 2016, ove si è sostenuto che «perché la Carta dei diritti UE sia invocabile in un giudizio di legittimità costituzionale, occorre (...) che la fattispecie oggetto di legislazione interna sia disciplinata dal diritto europeo» nei medesimi termini indicati nell'autorevole precedente. Nell'occasione, la Corte – adita in via principale dallo Stato con un ricorso avverso disposizioni regionali in materia di edilizia di culto, asseritamente lesive, tra gli altri, degli artt. 10, 21 e 22 della Carta che tutelano la diversità religiosa, garantiscono la libertà di religione e vietano discriminazioni basate sulla religione – ha sanzionato, con l'inammissibilità della questione, l'«assenza di qualsiasi argomentazione in merito ai presupposti di applicabilità delle norme dell'Unione europea» alla legge impugnata e la genericità del riferimento ad esse, «peraltro in un caso in cui i punti di contatto tra l'ambito di applicazione di tali norme e quello delle disposizioni censurate sono tutt'altro che evidenti». Queste conclusioni sono state raggiunte in un giudizio di legittimità in via principale. Ma, *mutatis mutandis*, possono essere trasposte anche nei giudizi in via incidentale: è

¹⁷ Un esame completo della giurisprudenza è reperibile nel quaderno di R. NEVOLA, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e l'interpretazione delle sue clausole finali nella giurisprudenza costituzionale*, Servizio Studi della Corte costituzionale, STU 302, 2017, dal quale si è attinto per dati giurisprudenziali.

onere anzitutto dei giudici rimettenti individuare compiutamente le norme del diritto UE, invocate come parametro interposto, e con altrettanta completezza illustrare i presupposti della loro applicabilità alla fattispecie oggetto del giudizio *a quo*, pena l'inammissibilità della questione.

Benché la giurisprudenza costituzionale italiana mostri, negli anni più recenti, di volersi attenere in modo sempre più preciso limiti materiali entro i quali assume rilievo la Carta dei diritti ai fini dei giudizi di legittimità costituzionale delle leggi nazionali, non si può dire che questa problematica abbia trovato un assetto stabile chiaro e definitivo.

Persistono, non poche aree dubbie e altrettante zone grigie, non del tutto fugate dalla formulazione testuale dell'art. 51, paragrafo 1 della Carta dei diritti fondamentali, che afferma che: «[l]e disposizioni della presente Carta si applicano alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà, come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione».

Come è noto, la redazione di questa disposizione è frutto di una storia molto tormentata, testimoniata dalle numerose variazioni linguistiche che si sono susseguite nelle diverse stesure. Alcuni testi individuavano i confini dell'applicazione della Carta agli Stati membri in riferimento all'«*ambito di applicazione del diritto dell'Unione*», altri lo restringevano ai casi in cui gli Stati «*danno attuazione alle discipline comunitarie*»¹⁸. Apparentemente simili, queste diverse formulazioni lessicali pongono all'interprete il problema di stabilire se via sia equivalenza tra l'espressione «ambito di applicazione del diritto dell'Unione» e «attuazione del diritto dell'Unione».

3.2. ...e quella della Corte di giustizia

In seguito alla entrata in vigore della Carta, la Corte di giustizia è parsa almeno inizialmente propensa ad abbracciare una interpretazione estensiva dell'art. 51.

Particolarmente discusso¹⁹ è stato il caso Åkerberg Fransson²⁰, relativo all'applicazione del principio del *ne bis in idem* – tutelato dalla Carta all'art. 50 – al diritto svedese, che consentiva di assoggettare il medesimo soggetto a distinti procedimenti per l'irrogazione di sanzioni penali e di sanzioni amministrative, per gli stessi fatti di frode fiscale in materia di IVA.

In quel caso, la Corte di giustizia ha ritenuto che la normativa nazionale presentasse un nesso sufficientemente chiaro con il diritto comunitario, sì da giustificare la proiezione dei diritti protetti dalla Carta all'interno del diritto nazionale. La sentenza sottolinea che i procedimenti penali a cui l'imputato era stato sottoposto erano «in parte collegati a violazioni dei

¹⁸ J. ZILLER, *Art. 51. Ambito di applicazione*, in R. MASTROIANNI–O. POLLICINO–S. ALLEGREZZA–F. PAPPALARDO–O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano 2017 pp. 1050 ss.

¹⁹ F. FONTANELLI, *The Implementation of European Union Law by Member States under Article 51(1) of the Charter of Fundamental Rights*, in «Columbia Journal of European Law», 2014, pp. 193-247.

²⁰ Causa C-617/10, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, ECLI:EU:C:2013:280.

suoi obblighi dichiarativi in materia di IVA» e che tale tipo di tributo risulta variamente collegato al diritto dell'Unione, non ultimo per il fatto che le risorse proprie dell'Unione comprendono in particolare le entrate provenienti dall'applicazione di una aliquota uniforme agli imponibili IVA. Pertanto, la Corte ha ritenuto che il caso rientrasse nell'ambito di applicazione della Carta, sulla base dell'art. 51, nonostante le specifiche obiezioni della Commissione, dei governi di numerosi Stati membri intervenuti in giudizio e nonostante l'opinione contraria espressa dall'Avvocato generale, Pedro Cruz Villalón, nelle sue *Conclusioni*²¹. Dopo aver ricordato – richiamando la sua giurisprudenza pregressa – che i diritti fondamentali garantiti nell'ordinamento dell'Unione si applicano a «tutte le situazioni disciplinate dal diritto dell'Unione, ma non al di fuori di esse» e dopo aver ribadito che se una situazione giuridica non rientra nella sfera di applicazione del diritto dell'Unione, la Corte di giustizia non è competente al riguardo – la Corte conclude che il caso di specie si intreccia con il diritto dell'Unione e, quindi, essa è competente a rispondere alle questioni sollevate e a fornire tutti gli elementi di interpretazione necessari per la valutazione della conformità della normativa nazionale con il principio del *ne bis in idem*, sancito dall'art. 50 della Carta, dato che «non possono esistere casi rientranti nel diritto dell'Unione senza che tali diritti fondamentali trovino applicazione. L'applicabilità del diritto dell'Unione implica quella dei diritti fondamentali garantiti dalla Carta».

La Corte di giustizia si è poi nuovamente e ripetutamente pronunciata su questa problematica – assai delicata per il rapporto con le Costituzioni nazionali e con le autorità giudiziarie nazionali – mostrando di attenersi ad un atteggiamento più restrittivo e sforzandosi di precisare i fattori o gli indizi che possono dimostrare un nesso sufficientemente robusto con il diritto dell'Unione da assoggettare la legislazione nazionale alle previsioni della Carta e di conseguenza alla giurisdizione della Corte di giustizia, come mostrano tra l'altro gli scritti ricchi e profondi di Koen Lenaerts²².

Nonostante l'ampio numero delle decisioni che la Corte di giustizia ha pronunciato su questo punto, in un rapido susseguirsi di ipotesi diverse, la problematica non sembra ancora definitivamente assestata e i giudici nazionali seguitano a investire la Corte di giustizia di questioni pregiudiziali volte a ottenere chiarimenti sull'esatta portata dell'art. 51.

Da ultimo, la Corte di giustizia sembra essersi ricollocata nel solco di Åkerberg Fransson con la recentissima decisione *Berlioz*²³: i giudici di Lussemburgo hanno ritenuto che gli Stati operino in attuazione del diritto dell'UE – con conseguente applicabilità della

²¹ Causa C-617/10, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, *Conclusioni dell'Avvocato Generale Pedro Cruz Villalón*, ECLI:EU:C:2012:340.

²² Tra i tanti segnalo almeno K. LENAERTS, *The European Court of Justice and the Comparative Law Method*, in «European Review of Private Law», 25 (2017), 2, pp. 297-311; K. LENAERTS–J.A. GUTIÉRREZ-FONS, *The place of the Charter in the EU constitutional edifice*, in S. PEERS–T. HERVEY–J. KENNER–A. WARD (a cura di), *The EU Charter of fundamental Rights*, Hart Publishing, Oxford e Portland (OR) 2014, pp. 1559-1593; K. LENAERTS, *The Court's Outer and Inner Selves: Exploring the External and Internal Legitimacy of the European Court of Justice*, in M. ADAMS–H. DE WAELE–J. MEEUSEN–G. STRAETMANS, *Judging Europe's Judges. The Legitimacy of the Case Law of the European Court of Justice*, Hart Publishing, Oxford e Portland (OR) 2013, pp. 13-60.

²³ Causa C-682/15, *Berlioz Investment Fund SA c. Directeur de l'administration des Contributions directes*, ECLI:EU:C:2017:373, paragrafi 32-42.

Carta, ai sensi dell'art. 51 – nell'ambito di uno scambio di informazioni tra amministrazioni in campo fiscale previsto dalla Direttiva 2011/16/UE e ciò anche se la normativa nazionale non era stata esplicitamente adottata per attuare la direttiva e anche se lo Stato commina sanzioni che la direttiva non obbligava specificamente a prevedere.

Alcuni commentatori hanno autorevolmente notato²⁴ che l'ambito di applicazione della Carta è soggetto ad una interpretazione "diversificata" o "gradata" da parte della Corte di giustizia. Si è detto che negli ambiti legati alla integrazione economico-finanziaria e al mercato interno la Corte di giustizia tende ad applicare generosamente ed estensivamente la Carta anche agli Stati membri, come nel caso *Fransson* già citato²⁵ e nel caso *Taricco*²⁶. Altrettanto chiara sarebbe la situazione dei casi totalmente estranei alle competenze dell'Unione, in cui la Corte è molto attenta a non compiere indebite incursioni negli ordinamenti nazionali (come avviene esemplificativamente nei casi *Siragusa*²⁷, *Torralbo*²⁸, *Hernandez*²⁹). Più problematici sono gli ambiti dove l'Unione ha compiti di "coordinamento", ma non di armonizzazione, di normative che restano di competenza degli Stati membri: il riferimento è in particolare al mandato di arresto europeo, all'immigrazione, alla cittadinanza, all'asilo. In questi ambiti, la Corte avrebbe mantenuto un atteggiamento molto cauto e restrittivo, ritenendo applicabili i diritti protetti dalla Carta solo "in casi eccezionali", lasciando ampio spazio al principio della fiducia reciproca – *mutual trust* – fra gli Stati membri in merito alla tutela dei diritti fondamentali.

C'è da chiedersi se questa lettura corrisponda alle linee giurisprudenziali della Corte di giustizia. Negli orientamenti della Corte europea, possono identificarsi diversi standard di giudizio per la determinazione dell'applicabilità della Carta a seconda del settore materiale o del tipo di strumenti a disposizione dell'Unione? Su quali basi si potrebbe elaborare e giustificare una tale differenziazione?

Dal punto di osservazione delle giurisdizioni nazionali, una maggiore chiarezza, nell'interpretazione dell'ambito di applicazione della Carta si sta rendendo sempre più urgente, anche in nome dell'effettivo rispetto delle identità nazionali, insite nella struttura fondamentale politica e costituzionale degli Stati membri, che il Trattato di Lisbona ha voluto esplicitamente riconoscere, all'art. 4.2 TUE.

²⁴ E. SPAVENTA, *The interpretation of Article 51 of the EU Charter of Fundamental Rights: the dilemma of stricter or broader application of the Charter to national measures*, Studio per la Commissione PETI, 2016, [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/556930/IPOL_STU\(2016\)556930_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/556930/IPOL_STU(2016)556930_EN.pdf) (24 feb. 2017).

²⁵ Vedi *supra*, n. 20.

²⁶ Causa C-105/14, *Procedimento penale a carico di Ivo Taricco e a.*, ECLI:EU:C:2015:555.

²⁷ Causa C-206/13, *Cruciano Siragusa c. Regione Sicilia – Soprintendenza Beni Culturali e Ambientali di Palermo*, ECLI:EU:C:2014:126.

²⁸ Causa C-265/13, *Emiliano Torralbo Marcos c. Korota SA e Fondo de Garantía Salarial*, ECLI:EU:C:2014:187.

²⁹ Causa C-198/13, *Víctor Manuel Julian Hernández e a. c. Reino de España (Subdelegación del Gobierno de España en Alicante) e a.*, ECLI:EU:C:2014:2055.

4. I livelli di tutela dei diritti nel sistema composito europeo

La complessità del sistema di tutela dei diritti fondamentali nello spazio costituzionale europeo, un tempo oggetto soltanto di riflessioni accademiche e dottrinali, è divenuta una realtà pressante ad elevato tasso di problematicità per il concreto agire delle giurisdizioni chiamate a garantire i diritti della persona. Costituzioni nazionali, Carta dei diritti dell'Unione europea e Convenzione europea dei diritti dell'uomo concorrono indubbiamente al rafforzamento del sistema delle garanzie. E tuttavia i loro reciproci rapporti sono tutt'altro che lineari e immediati.

Anzitutto, perché l'elenco dei diritti inclusi in ciascuno di questi documenti non è perfettamente sovrapponibile a quello degli altri. In secondo luogo, per le inevitabili divergenze interpretative che si riscontrano nella giurisprudenza e nelle prassi applicative di ciascuno di essi: il bilanciamento tra diritti e interessi contrapposti che si rende necessario di fronte alle esigenze della singola controversia, può aprire a percorsi ermeneutici divergenti anche a fronte di testi formulati in termini apparentemente analoghi. Infine, perché ciascun sistema di tutela dei diritti risponde a una *ratio* e a una finalità diverse: altro è una Costituzione nazionale, fondamento e apice dell'intero ordinamento giuridico statale; altro è la Convenzione europea, volta ad assicurare uno standard minimo comune agli Stati aderenti e operante solo in via sussidiaria rispetto alle garanzie nazionali; altro ancora è la Carta dei diritti dell'Unione che opera sì in settori delimitati, ma in quegli ambiti tende a porre uno standard comune e uniforme di tutela tra tutti gli Stati membri.

Solo impropriamente, dunque, si può continuare a parlare di sistema multilivello dei diritti fondamentali, secondo la fortunata espressione di Ingolf Pernice³⁰: l'immagine a cerchi concentrici, o a strati sovrapposti, che essa evoca in realtà offre una visione stilizzata e ipersemplificata di relazioni che sono in realtà assai più articolate e complesse fra i tre ordini di garanzie³¹.

La Corte costituzionale italiana – come ogni altra corte costituzionale nazionale – si trova spesso al crocevia di tutti e tre questi sistemi ed è chiamata ad essere contemporaneamente custode della costituzione nazionale, garante dell'osservanza del diritto dell'Unione, guardiana del rispetto della Convenzione europea. Più precisamente: in quanto custode della Costituzione nazionale – che a sua volta contiene clausole di limitazione della sovranità dello Stato (nel caso italiano all'art. 11 Cost.) e principi che assoggettano tutte le istituzioni della repubblica al rispetto dei «vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario» e dagli «obblighi internazionali» (art. 117, primo comma, Cost.) – la Corte costituzionale ha la missione di assicurare anche la piena osservanza del diritto UE e della Convenzione.

³⁰ I.E.A. PERNICE, *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited?*, in «Common Market Law Review», 36 (1999), 703ss., ma anche, dello stesso PERNICE, *Multilevel Constitutionalism in the European Union*, in «European Law Review», 2002, 511ss.

³¹ Per un'acuta critica della teoria multilivello si vedano, tra i vari interventi di Sabino Cassese, almeno *Lo spazio giuridico globale*, Laterza, Roma-Bari 2003; *Il mondo nuovo del diritto. Un giurista e il suo tempo*, Bologna, Il Mulino, Bologna 2008; *Fine della solitudine delle corti, ovvero il dilemma del porcospino*, *Accademia delle Scienze di Torino*, in «Ars interpretandi», 1 (2015), 21-32.

Nelle questioni di legittimità costituzionale contrassegnate da una concorrenza dei parametri costituzionali ed europei, la giurisprudenza della Corte costituzionale italiana mostra una varietà di risposte.

Talora essa ha dato precedenza al profilo riguardante la violazione del parametro costituzionale interno e, se riscontra una illegittimità costituzionale, ritiene assorbito ogni altro motivo di censura (ne è un esempio, fra i molti la sentenza della Corte costituzionale italiana n. 213 del 2016). In altri termini, la fedeltà alla tradizione nazionale si esprime attribuendo rilievo esclusivo ai principi della Costituzione interna, lasciando in ombra i corrispondenti principi tutelati nel sistema dell'Unione.

Più raramente, essa ha permesso che prevalessero i profili europei rispetto a quelli di diritto costituzionale nazionale³², senza peraltro aver mai avvertito l'esigenza di elaborare una dottrina esplicita sul punto, come sembra invece essere stato necessario nell'ordinamento francese, nei casi che hanno poi dato origine alla sentenza Melki Abdeli³³ della Corte di giustizia.

A volte, la Corte ha esaminato congiuntamente i profili interni e quelli europei, specie nei casi in cui vi sia una sostanziale convergenza di contenuti tra i diversi sistemi di tutela. In tali casi, la Carta dell'Unione è stata considerata assieme ad altri parametri costituzionali e sovranazionali, cumulativamente e senza argomentazioni che la riguardino individualmente (ciò è accaduto esemplificativamente nelle sentenze n. 235 del 2014, n. 7 del 2013 e n. 245 del 2011).

Non sempre, tuttavia, l'armonizzazione sul piano giurisprudenziale è possibile e la Corte costituzionale si trova talora nella difficile posizione di dover scegliere se dare priorità alle garanzie interne o a quelle europee.

L'ambito nel quale oggi più frequentemente si stanno verificando situazioni di tensione, in Italia, è quello della *matière pénale* e del sistema delle garanzie, anche processuali, che tale specialissimo settore porta con sé. Qui, la differenza delle varie tradizioni si avverte in tutta la sua criticità e i motivi che generano tensione sono fondamentalmente due. Da un lato, la definizione della sanzione penale in ambito europeo si collega a caratteristiche sostanziali e contenutistiche, piuttosto che alla qualificazione formale datane dall'ordinamento giuridico nazionale. Il riferimento è ai criteri Engel³⁴ elaborati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, che inevitabilmente si ripercuotono in tutto lo spazio costituzionale europeo, per i nessi che legano i diversi ordini giuridici e per l'attenzione che tradizionalmente le varie Corti

³² Con la sentenza n. 284 del 2007 e, più recentemente con la sentenza n. 193 del 2016, si è affermato che «la questione di compatibilità comunitaria costituisce un *prius* logico e giuridico rispetto alla questione di costituzionalità». Viceversa, nei giudizi in via principale, la sentenza n. 209 del 2013 ha puntualizzato che le censure relative «all'asserita violazione del riparto interno, tra Stato e Regioni, delle competenze legislative (...) assumono carattere pregiudiziale, sotto il profilo logico-giuridico, rispetto alle censure intese a denunciare la violazione dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario, che investono i contenuti delle scelte legislative concretamente operate» (conformi, in tal senso, tra le altre, le sentenze n. 219 del 2012, n. 245 del 2013, n. 49 e n. 197 del 2014).

³³ Cause riunite C-188/10 e C-189/10, *Aziz Melki e Sélim Abdeli*, ECLI:EU:C:2010:363.

³⁴ Ricorsi 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, *Engel and Others v. The Netherlands*, ECLI:CE:ECHR:1976:0608JUD000510071.

riservano, anche solo sul piano interpretativo, alla giurisprudenza di Strasburgo. D'altro lato, questa estensione della *matière pénale* determinata dai criteri Engel deve fare i conti con una nozione particolarmente rigorosa ed esigente del principio di *stretta* legalità che vige, in riferimento al diritto penale, nei paesi di tradizione continentale. Il diritto penale e processual-penale è l'ambito in cui maggiormente si avverte la persistente differenza tra sistemi giuridici di *common law* e quelli di *civil law*, dal momento che nei secondi il principio di legalità affida un essenziale ruolo di garanzia alla legge parlamentare, la quale non può essere sostituita da diritto di creazione giurisprudenziale. In ambito penale la determinazione delle fattispecie e delle sanzioni per legge non è fungibile e in particolare non è fungibile ad opera della giurisprudenza, giacché – storicamente parlando – è proprio nei riguardi dei giudici che la funzione garantistica della legge deve anzitutto espletarsi.

La Carta dei diritti sembra aver previsto la possibilità che si verifichino simili divergenze, in particolare, nelle previsioni di cui all'art. 53 relativo al livello di protezione dei diritti, il quale, testualmente, recita: «Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell'Unione, [...] e dalle costituzioni degli Stati membri».

Questa disposizione sembra, a prima lettura, risolvere in modo semplice ed univoco ogni possibile conflitto, assicurando la prevalenza sempre e comunque al sistema che offre il grado più elevato di tutela. Peraltro, come era stato da tempo intuito dai commentatori più profondi³⁵, i criteri di tipo quantitativo, incentrati sulla misurazione del minimo e del massimo standard di protezione, sono intrinsecamente inadeguati a risolvere i conflitti tra diritti, per la struttura relazionale che li connota.

La giurisprudenza della Corte costituzionale italiana conosce un principio che per alcuni aspetti è assimilabile a quello del massimo standard, ma che è altresì dotato di caratteristiche significativamente diverse. Si tratta del criterio della «*massima espansione delle garanzie*»³⁶: essa richiede il più ampio livello di tutela riferito, però, non già al singolo diritto, interesse o principio costituzionale singolarmente individuato, bensì all'insieme delle garanzie, derivante da una lettura sistematica, non frammentata di tutti i beni costituzionalmente rilevanti. La *massima espansione delle garanzie* guida il bilanciamento tra tutti gli interessi in gioco, imponendo a ciascuno di essi un sacrificio nella misura strettamente necessaria per assicurare la massima contestuale garanzia di tutti, al fine di evitare che la piena affermazione "tirannica" di uno dei valori determini l'annientamento degli altri.

Ci si potrebbe interrogare se una tale forma di bilanciamento dei diritti, tesa alla massima affermazione di tutti, ma entro i "limiti del possibile", possa trovare applicazione anche

³⁵ Si vedano il capitolo *Fundamental Rights and Fundamental Boundaries: on the conflict of standards and values in the protection of human rights in the European legal space*, in J.H.H. WEILER, *The Constitution of Europe. "Do the New Clothes Have an Emperor?" and Other Essays on European Integration*, Cambridge University Press, Cambridge 1999, pp. 102-129 e L.F.M. BESSELINK, *Entrapped by the Maximum Standard: On Fundamental Rights, Pluralism and Subsidiarity in the European Union*, in «Common Market Law Review», 35 (1998), 3, pp. 629-680.

³⁶ Sentenza n. 85 del 2013.

nei rapporti intersistemici e possa offrire uno strumento di qualche utilità per la soluzione di quei delicatissimi casi in cui gli ordinamenti nazionali e l'ordinamento europeo proteggano il medesimo diritto secondo accezioni e ampiezze diverse.

Inevitabile è il riferimento al caso Melloni³⁷, relativo al mandato di arresto europeo e al processo in contumacia. Quella vicenda³⁸ ha rivelato una serie di tensioni che hanno coinvolto la Spagna, l'Unione e l'Italia – inizialmente coinvolte nella vicenda originaria – e che hanno avuto successive ripercussioni anche in Germania, con la sentenza del Corte costituzionale federale del 15 dicembre 2015³⁹.

5. Spunti per proseguire il dialogo

A conclusione di questa breve disamina degli aspetti problematici che riguardano il rapporto tra giudizio di legittimità costituzionale delle leggi e la Carta dei diritti dell'Unione europea, può essere utile svolgere qualche considerazione sul ruolo complessivo che spetta oggi alle Corti costituzionali nazionali nello spazio giuridico europeo.

Dopo la sentenza *Simmenthal* del 1978⁴⁰, il ruolo delle corti costituzionali a garanzia dell'osservanza del diritto europeo sembrava essere destinato ad una posizione sempre più marginale: il principio dell'effetto diretto, come declinato nella giurisprudenza europea, esaltava in prima battuta il ruolo dei giudici ordinari, che di fatto sono divenuti interlocutori imprescindibili della Corte di giustizia europea.

Oggi, l'entrata in vigore della Carta dei diritti ha restituito un ruolo di primo piano alle corti costituzionali nazionali. La materia costituzionale che la Carta ha introdotto nel tessuto dei trattati spiega – unitamente ad altri fattori su cui non occorre soffermarsi in questa sede⁴¹ – il ritorno delle corti costituzionali nazionali sulla scena europea.

Tuttavia, questa ulteriore tappa del comune convergere di Corte di Giustizia e corti nazionali verso l'obiettivo comune, che è la tutela dei diritti, apre interrogativi nuovi e con essi reca un'ulteriore occasione di sviluppo e approfondimento dei rapporti tra Unione e Stati membri.

Nelle riflessioni precedenti, si sono evidenziati alcuni dei principali fattori critici che lo spazio costituzionale europeo attualmente presenta: la coesistenza di una pluralità di fonti che garantiscono i diritti fondamentali nell'Unione europea – Carta, Convenzione e tradizioni costituzionali comuni; l'evidenziarsi di significative divergenze nelle tradizioni costituzionali degli Stati membri pur appartenenti alla comune famiglia europea, specie nell'ambito del diritto penale, della bioetica, della libertà religiosa, del diritto di famiglia, dei diritti sociali, ad

³⁷ Causa C-399/11, *Stefano Melloni contro Ministero Fiscal*, ECLI:EU:C:2013:107.

³⁸ Sentenza del Tribunale costituzionale spagnolo del 13 febbraio 2014, ricorso 6922/2008, *Melloni*.

³⁹ Sentenza della Corte costituzionale federale tedesca del 15 dicembre 2015, RG. 2 BvR 2735/14.

⁴⁰ Causa 243/78, *Simmenthal SpA c. Commissione delle Comunità europee*, ECLI:EU:C:1980:65.

⁴¹ Si veda a tale proposito D. SARMIENTO, *Poder judicial e integración europea. La construcción de un modelo jurisdiccional para la Unión*, Civitad, Madrid 2004.

esempio; la difficile applicazione del criterio del massimo livello di tutela come chiave di soluzione ai conflitti costituzionali in materia di diritti.

Tanti sono gli interrogativi che questi primi dieci anni di vigenza della Carta dei diritti hanno suscitato nelle giurisdizioni costituzionali nazionali, ma tutti si riconducono al difficile, ma affascinante carisma pluralistico dell'Unione europea che è stata fondata – e continua a svilupparsi – all'insegna dell'*unità nelle diversità*.

L'alterità che si intreccia nel tessuto costituzionale europeo genera, inevitabilmente, momenti puntuali di contrasto o di divergenza. Non sempre le diverse tradizioni convergono per addivenire ad una soluzione condivisa nel singolo caso controverso. I singoli episodi giurisprudenziali possono talora consegnarci fotogrammi di conflitto.

Ma se quei fotogrammi sono debitamente collocati nel fluire del tempo, non di rado si osserva un movimento, un processo di progressivo avvicinamento, fatto di *trial and error* – non privo di battute d'arresto, insieme ai molti passi avanti – al cui esito tutti si ritrovano soddisfatti, come è felicemente accaduto, per l'Italia, nella complessa vicenda delle assunzioni a termine dei docenti precari della scuola, in cui la Corte di giustizia è intervenuta con la sentenza Mascolo del novembre 2014⁴².

Una risorsa preziosa per alimentare un tale processo è senz'altro costituita dalle «tradizioni costituzionali comuni» agli Stati membri, insistentemente richiamate da numerose disposizioni dei trattati e della Carta in tema di diritti fondamentali, a condizione che la tradizione sia intesa nel significato che le è proprio.

La tradizione evoca una idea dinamica: non coincide con quell'immagine riduttiva contro la quale si è ribellata la modernità in nome del progresso. Non identifica un assetto culturale del passato, congelato in una storia che fu, fatto di pregiudizi e di relazioni di potere. Non si oppone alla creatività, alla novità, alla apertura: tradizione è un sistema vitale, dinamico, sempre in movimento.

Come direbbe Mary Ann Glendon: «In the minds of many people, the word “tradition” evokes a vision of the frozen and static past. As we use it here, however, it denotes a vital, dynamic, ongoing system»⁴³.

Il diritto come tradizione indica un corpo normativo, che come ogni organismo vivente cresce e si trasforma, mantenendo la propria identità, mentre le singole parti di cui è composto sono soggette a un incessante processo di trasformazione e di cambiamento, di decadenza e di rinnovamento: la tradizione è, dunque, «a body of law, [...] a being that lives and grows, that preserves its identity while every atom of which it is composed is subject to a ceaseless process of change, decay and renewal»⁴⁴.

⁴² Cause riunite C-22/13, da C-61/13 a C-63/13 e C-418/13, *Raffaella Mascolo e altri contro Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca e Comune di Napoli*, ECLI:EU:C:2014:2401.

⁴³ M.A. GLENDON–P.G. CAROZZA–C.B. PICKER, *Comparative Legal Traditions. Test, Materials and Cases on Western Law*, West Academic Publishing, St. Paul (MN) 2014⁴, p. 34.

⁴⁴ Così, ancora la Glendon nel suo *Traditions in Turmoil*, cit., p. 5, che riprende un'espressione di F.W. Maitland in H.A.L. FISHER (a cura di), *The Collected Papers of Frederic William Maitland*, Vol. 2 Cambridge University Press, Cambridge 1911, p. 417.

Tradizione è, dunque, il diritto vivente di una comunità, soggetto ad una continua evoluzione. Pertanto dare spazio alle tradizioni costituzionali comuni richiede un processo di continua reciproca trasformazione, in cui l'opera dinamizzante della giurisprudenza e del dialogo tra le Corti riveste un ruolo di primo piano.

Tradizione e dialogo sono strumenti capaci di introdurre dinamismo e flessibilità nei momenti di attrito tra sistemi, trasformandoli in spunti per una nuova evoluzione inclusiva della pluralità che contraddistingue lo spazio costituzionale europeo, come direbbe K. Lenaerts, alla ricerca dell'equilibrio dinamico tra unità e diversità⁴⁵.

Nel passato, la riflessione accademica ha espresso voci scettiche⁴⁶ sulla possibilità stessa di configurare forme di comunicazione diretta tra organi giurisdizionali: il dialogo – si è detto – si addice alle istituzioni politiche, dove si discute, si negozia, si cercano accordi per trovare soluzioni comuni. Al contrario, i giudici parlano per sentenze, che sono atti di decisione che optano per una soluzione, escludendone altre: le loro modalità di azione sembrano non lasciare spazio all'interlocuzione e allo scambio reciproco; sicché, quelli che normalmente sono definiti dialoghi giurisdizionali in realtà non sono che monologhi.

Eppure la realtà dei fatti – lo abbiamo visto – smentisce tale scetticismo. Ogni decisione presuppone il dialogo, almeno nella fase conoscitiva del problema. Essa stessa, poi, dà adito a un dialogo, non potendosi ritenere posta, con la sola sentenza, la parola ultima. Apre un processo, che coinvolge altri attori, giurisdizionali e non⁴⁷, nella ricerca comune di una sempre più adeguata risposta ai problemi sociali.

⁴⁵ K. LENAERTS, *The European Court of Justice and the Comparative Law Method*, in «European Review of Private Law», 25 (2017), 2, pp. 297-311; K. LENAERTS–K. GUTMAN, *The Comparative Law Method and the European Court of Justice: Echoes Across the Atlantic*, in «The American Journal of Comparative Law», 64 (2016), pp. 841-864.

⁴⁶ Si veda B. DE WITTE, *The Preliminary Ruling Dialogue: Three Types of Questions Posed by National Courts*, in B. DE WITTE–J. MAYORAL–U. JAREMBA–M. WIND–K. PODSTAWA (a cura di), *National Courts and EU Law: New Issues, Theories and Methods*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham 2016, pp. 15-25.

⁴⁷ Sul contributo della Corte costituzionale italiana allo sviluppo di un diritto costituzionale "relazionale" si veda V. BARSOTTI–P.G. CAROZZA–M. CARTABIA–A. SIMONCINI, *Italian Constitutional Justice in Global Context*, Oxford University Press, Oxford 2015.