ASSOCIAZIONE ITALIANA
DEI COSTITUZIONALISTI

RIVISTA N°: 3/2011
DATA PUBBLICAZIONE: 14/09/2011

AUTORE: Andrea Guazzarotti

I DIRITTI FONDAMENTALI DOPO LISBONA E LA CONFUSIONE DEL SISTEMA DELLE FONTI

1.La CEDU nel Trattato di Lisbona: fraintendimenti e correzioni nella giurisprudenza italiana. – 2. "Comunitarizzare" la CEDU attraverso il cavallo di Troia della Carta dei diritti fondamentali? – 3. Carta di Nizza e competenze dell'Unione nella giurisprudenza costituzionale – 4. Carta di Nizza e competenze dell'Unione nella giurisprudenza della Corte di giustizia – 5. Conclusioni

1. La CEDU nel Trattato di Lisbona: fraintendimenti e correzioni nella giurisprudenza italiana

A seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e della riformulazione dell'art. 6 TUE sul rispetto dei diritti fondamentali da parte dell'Unione europea, si sono registrate in giurisprudenza delle prese di posizione piuttosto discutibili. Con affermazione assai stringata, il Consiglio di Stato ha affermato che, a seguito di tale modifica, le disposizioni della CEDU sarebbero *divenute direttamente applicabili nel sistema nazionale*.[1] L'affermazione, come un sassolino che rotolando rischia di produrre una frana, è stata amplificata dalla giurisprudenza successiva di alcuni TAR, tra cui spicca quella del TAR Lazio. Per quest'ultimo, «fra le più rilevanti novità correlate all'entrata in vigore del Trattato [di Lisbona], vi è l'adesione dell'Unione alla CEDU», cui va ad aggiungersi la riformulazione della disposizione per cui i diritti fondamentali, quali garantiti dalla CEDU e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, "*fanno parte* del diritto dell'Unione in quanto principi generali" (art. 6, par. 3, TUE). Ne deriverebbe che «le norme della Convenzione divengono immediatamente operanti negli ordinamenti nazionali degli Stati (…), e quindi nel nostro ordinamento nazionale, in forza del diritto comunitario, e quindi in Italia ai sensi dell'art. 11 della Costituzione». Conclusione: al giudice comune si dà il potere «di procedere in via immediata e diretta alla disapplicazione [delle leggi statali contrastanti] in favore del diritto comunitario, previa eventuale pronuncia del giudice comunitario ma senza dover transitare per il filtro dell'accertamento della loro incostituzionalità sul piano interno».[2]

La dottrina ha prontamente criticato simili ardite prese di posizione giurisprudenziali.[3] E tuttavia, anche nello stigmatizzare l'erroneità dell'orientamento giurisprudenziale della "comunitarizzaszione" della CEDU, parte di essa non ha mancato di lanciare un ulteriore spunto di ambiguità per il futuro, lasciando aperta la porta della "comunitarizzazione" della Carta dei diritti fondamentali dell'UE,[4] affermazione che, come si vedrà, non è scevra di pericolosi fraintendimenti.

All'erronea impostazione del giudice amministrativo (specie del TAR Lazio, cit.), sembra porre un chiaro freno la sentenza n. 80 del 2011 della Corte costituzionale. Si tratta di un caso in cui la Corte

[1] Consiglio Stato , sez. IV, 2 marzo 2010, n. 1220, corsivi aggiunti.
[2] T.A.R. Roma Lazio sez. II, 18 maggio 2010, n. 11984. Cfr. altresì, in termini meno netti e senza riferimenti espliciti alla disapplicabilità, T.A.R. Brescia Lombardia sez. II, 20 maggio 2010, n. 2070; T.A.R. Genova Liguria sez. I, 18 novembre 2010, n. 10405; T.A.R. Palermo Sicilia sez. II, 01 febbraio 2011, n. 175; T.A.R. Venezia Veneto sez. I, 10 marzo 2011, n. 400.
[3] Cfr. A. CELOTTO, *Il Trattato di Lisbona ha reso la CEDU direttamente applicabile nell'ordinamento italiano?*, in www.giustamm.it; S. MIRATE, *La CEDU nell'ordinamento nazionale: quale efficacia dopo Lisbona?*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.* 2010/5, p. 1354ss.; R. MASTROIANNI, *I diritti fondamentali dopo Lisbona tra conferme europee e malintesi nazionali*, in *Dir. pubb. comp. ed eur.*, 2010/4, XXIIs.; A. TERRASI, *Il giudice amministrativo e l'applicabilità diretta della CEDU all'indomani dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, in *Dir. umani e dir. internaz.*, 2010/3, p. 682ss.
[4] A. CELOTTO, *op. cit.*, cui aderisce S. MIRATE, *op. cit*.

era chiamata a sindacare le disposizioni di legge interne per contrasto con la CEDU (art. 6.1), in riferimento all'art. 117, co. 1, Cost., laddove esse «non consentono che, a richiesta di parte, il procedimento in materia di misure di prevenzione si svolga in udienza pubblica». Nonostante la declaratoria di incostituzionalità invocata dal giudice rimettente andasse a soddisfare nel merito le medesime istanze avanzate dalla parte privata, quest'ultima, costituitasi nel giudizio di costituzionalità dinanzi alla Corte costituzionale, affermava che lo schema della CEDU quale parametro di costituzionalità interposto inaugurato con le sentt. n. 348 e 349 del 2007 della Corte costituzionale era da ritenersi «non più attuale» in virtù delle novità contenute all'art. 6 del nuovo TUE, concludendo con l'affermazione per cui «il giudice comune sarebbe tenuto… a disapplicare qualsiasi norma nazionale in contrasto con i diritti fondamentali sanciti dalla CEDU, in base al principio, fondato sull'art. 11 Cost., secondo cui "le norme di diritto comunitario sono direttamente operanti nell'ordinamento interno".» Ossia, traduce correttamente la Corte costituzionale, concludendo implicitamente ma chiaramente per l'*inammissibilità* della questione.[5]

Andando per gradi, la Corte demolisce, innanzitutto, le prime due invocate novità contenute dall'art. 6, TUE, come modificato dal Trattato di Lisbona. E cioè: l'adesione dell'Unione europea alla CEDU e la previsione che i diritti fondamentali come garantiti dalla CEDU (e dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri) *fanno parte* del diritto dell'Unione. Nessun argomento a favore della "comunitarizzazione" della CEDU può trarsi «dalla prevista adesione dell'Unione europea alla CEDU, per l'assorbente ragione che l'adesione non è ancora avvenuta. (…) La puntuale identificazione [degli effetti di tale adesione] dipenderà ovviamente dalle specifiche modalità con cui l'adesione stessa verrà realizzata».[6] Quanto al fatto che il paragrafo 3 del nuovo art. 6 TUE affermi che i diritti fondamentali garantiti dalla CEDU *facciano parte* del diritto dell'Unione in quanto principi generali, la Corte osserva che si tratta di una variazione linguistica tale da non intaccare le conclusioni già raggiunte dalla stessa Corte sull'interpretazione da dare alla vecchia formula (ove si diceva che "*l'Unione rispetta*" tali diritti): il Trattato sull'Unione europea non fa altro, nel vecchio e nel nuovo art. 6, che recepire la precedente giurisprudenza della Corte di giustizia, per cui *i diritti fondamentali rilevano unicamente in rapporto alle fattispecie cui il diritto dell'Unione è applicabile, e non anche alle fattispecie regolate dalla sola normativa nazionale*.[7]

2. "Comunitarizzare" la CEDU attraverso il cavallo di Troia della Carta dei diritti fondamentali?

La terza e più insidiosa breccia attraverso cui far passare il cavallo di Troia della "comunitarizzazione" della CEDU è quella della piena giuridicità acquisita dalla Carta di Nizza, ossia della Carta dei diritti fondamentali dell'UE (proclamata a Nizza nel 2000 e "riproclamata" a Strasburgo, con modifiche, nel 2007).[8] Della Carta di Nizza, come noto, il nuovo TUE afferma che essa assume "lo

[5] C. cost. n. 80/2011, punto 5.

[6] Sent. n. 80/2011, punto 5.3. Sulle difficoltà del procedimento di adesione e sulla complessità delle problematiche in esso coinvolte, cfr. O. DE SCHUTTER, *L'Adhésion de l'Union Européenne à la Convention Européenne des droits de l'Homme: Feuille de Route de la Négociation*, in *RTDH* 2010, p. 535ss.

[7] *Ibidem*, punto 5.4, ove si rinvia alla sent. n. 349/2007. Questa, al punto 6.1 del *Considerato in diritto*, oltre a rammentare che la giurisprudenza della Corte di giustizia garantisce i diritti fondamentali *solo* nell'ambito di applicazione del diritto dell'UE (a partire dalla sent. 18 giugno 1991, C-260/89, *ERT*), ha sottolineato come il Consiglio d'Europa, cui afferisce la CEDU, sia una realtà giuridica, funzionale e istituzionale distinta dalla Comunità e dall'Unione europea.

[8] La Carta di Nizza è stata recepita dall'art. 6, par. 1, del Trattato sull'Unione europea, nella versione consolidata derivante dalle modifiche ad esso apportate dal Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007 ed entrata in vigore il 1° dicembre 2009.

stesso valore giuridico dei trattati" (art. 6, par. 1, TUE). E dinanzi alla Corte costituzionale si è presentata, appunto, la tesi della "trattatizzazione" della Carta di Nizza, in una versione alquanto insidiosa.[9] Posto che, infatti, i diritti contemplati dalla Carta che corrispondano a quelli della CEDU debbono assumere significato e portata uguali a questi ultimi (salva una protezione più estesa conferita dall'ordinamento dell'Unione: art. 52 della Carta e art. 6.1, TUE), ne deriverebbe che tutti i diritti della CEDU che trovino un «corrispondente» all'interno della Carta di Nizza dovrebbero ritenersi «tutelati (anche) a livello comunitario (*rectius*, europeo…), quali diritti sanciti […] dal Trattato dell'Unione».[10] Questa, almeno, la tesi avanza dalla parte privata costituitasi nel giudizio dinanzi alla Corte costituzionale.

Prima di dar conto di come la Corte costituzionale abbia confutato anche questa presa di posizione sulle presunte novità del Trattato di Lisbona, occorre illustrare l'approccio emerso in dottrina circa la portata di questa terza novità sancita all'art. 6 del nuovo TUE. L'opera di codificazione dei diritti fondamentali nell'Unione europea, avutasi con la Carta di Nizza e poi perfezionatasi con il conferimento di forza giuridica alla Carta stessa avvenuto a Lisbona, è stata una scelta assai delicata. Non solo e non tanto per i contenuti assunti dalla Carta (non proprio collidenti con quanto previsto dalla CEDU e/o dal "diritto vivente" della Corte EDU, né con quanto risultante dalle c.d. tradizioni costituzionali comuni).[11] Bensì riguardo alla questione delle competenze. Come già registratosi in altri sistemi federali, infatti, la ritrosia ad adottare una Carta dei diritti scritta a livello "centrale", porta con sé il rischio che ciò costituisca il presupposto o l'occasione per surrettizi ampliamenti delle competenze dell'Ente federale a discapito degli Enti federati, ossia degli Stati membri.[12] A ciò pone un argine il vincolo, anch'esso codificato, del divieto di ampliare le competenze dell'Unione per via della garanzia dei diritti sanciti nella Carta.[13] Tuttavia, lo stesso tenore e oggetto delle previsioni della Carta – quali, ad es., il rispetto della dignità umana o il divieto della pena di morte – sono tali da «investire ogni possibile settore dell'attività umana» e da far svolgere alla Carta «un ruolo del tutto simile a quello degli analoghi testi che troviamo inclusi nelle costituzioni statali».[14] Se questo è vero, va anche rilevato che simili affermazioni non possono, al momento, che collocarsi in una logica informale, di previsione dei possibili sconfinamenti cui potrebbero andare incontro le istituzioni europee, ovvero come rilievo della portata "simbolica" della Carta, quale «sorta di sintesi di valori costituzionali comuni cui l'Unione fa riferimento, anche al di là dell'esercizio delle sue competenze».[15] Altro è, invece, smontare alle fondamenta il limite delle competenze dell'Unione che la Carta di Nizza (e oggi lo stesso art. 6 TUE) ritiene espressamente non superabile ad opera dell'invocazione dei diritti fondamentali ivi sanciti. Questo sembra invece l'approccio di quell'autorevole dottrina – in questo caso non condivisa da chi scrive – per cui, con il Trattato di Lisbona, «la Carta dei diritti costituzionali europei, ormai

[9] Definisce il neologismo della "trattatizzazione" come un termine «non del tutto felice ancorché immediatamente evocativo», A. RUGGERI, *La Corte fa il punto sul rilievo interno della CEDU e della Carta di Nizza-Strasburgo (2011)*, in www.forumcostituzionale.it, p. 5.

[10] C. cost. n. 80/2011, punto 2 del *Ritenuto in fatto*.

[11] Cfr. A. PACE, *A che serve la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea? Appunti preliminari*, in *Giur. cost.* 2011, p. 139ss.

[12] Cfr. M. CARTABIA, *Art. 51 – Ambito di applicazione*, in R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO, *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'UE*, Bologna 2001, 349s.

[13] Art. 51, par. 2.

[14] G. MORBIDELLI, *Corte costituzionale e Corti europee: la tutela dei diritti (dal punto di vista della Corte del Lussemburgo)*, in *Dir. proc. amm.*, 2006/2, 285; similmente F. SORRENTINO, *I diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona (considerazioni preliminari)*, in *Corr. Giur.*, 2010/2, p. 148. Ma cfr., già prima, A. CELOTTO, M. CARTABIA, *La giustizia costituzionale in Italia dopo la Carta di Nizza*, in *Giur. cost.*, 2002, 4488s., i quali correttamente insistevano sulla limitazione "competenziale" della Carta di Nizza, rilevando come la sua eventuale acquisizione di efficacia giuridica non avrebbe potuto mutare il punto: ibidem, p. 4494.

[15] F. SORRENTINO, *ibidem*.

dotata di effetti giuridicamente vincolanti, consentirà di applicare anche alle norme che li prevedono quelle proprietà di supremazia, effetto diretto e indiretto tipiche del diritto comunitario, che difficilmente potevano riferirsi ai principi costituzionali non scritti elaborati dalla Corte di giustizia. Tramite l'effetto diretto e indiretto e la supremazia del diritto comunitario, i diritti costituzionali europei finiranno per essere direttamente applicati dai giudici – anche al di là dei limiti del campo di applicazione così rigorosamente tracciato dall'art. 51 della Carta».[16] Una simile impostazione sembra condivisa anche da chi, criticando l'interpretazione data dalla citata decisione del Consiglio di Stato all'art. 6 TUE circa la nuova dimensione assunta dalla CEDU, rileva apoditticamente che sarebbe «evidente il diverso valore giuridico che vengono ad assumere la Carta di Nizza e la CEDU. La prima acquisisce "lo stesso valore giuridico dei trattati". In tal modo diviene diritto comunitario e comporta tutte le conseguenze del diritto comunitario in termini di prevalenza sugli ordinamenti nazionali».[17] Un'affermazione così perentoria – e gravida di conseguenze – appare criticabile per la sua incompletezza, ossia per l'assenza di qualsiasi cenno alla cruciale questione delle competenze dell'Unione e alla fondamentale specificazione per cui la Carta non trova ad applicarsi in via autonoma.

Anzi, potremmo aggiungere che Carta di Nizza e CEDU rilevano per l'ordinamento UE solo in quanto "limiti" alla validità delle disposizioni del diritto (derivato) della stessa Unione; dunque, dal punto di vista interno, non sembrano rilevare le differenze genetiche tra i due cataloghi di diritti, ossia, tra la diretta applicabilità della Carta o della Convenzione. Presupposto, infatti, per il quale la Carta di Nizza ovvero la CEDU possano trovare diretta applicazione è l'esistenza di una fattispecie comunitariamente rilevante. In assenza di tale presupposto, la Carta non è "più applicabile" della CEDU, da parte del giudice nazionale come da parte di quello dell'Unione. Se, al contrario, la fattispecie rientra nell'ambito di applicazione dell'Unione, e si profili un contrasto con un diritto garantito dalla CEDU (oltre che dalla Carta, che tendenzialmente contiene tutti i diritti della CEDU), il giudice interno, al pari di quello europeo, sarà tenuto a rilevare tale contrasto, con esiti omologhi a quanto accadrebbe se il contrasto fosse con una disposizione della Carta di Nizza. Si ponga mente a due esempi base: il giudice nazionale è tenuto a dare applicazione diretta al diritto dell'Unione, di cui sospetta il contrasto con un diritto fondamentale (contemplato sia nella CEDU che nella Carta di Nizza). Egli dovrà in ogni caso sollevare il quesito circa la validità del diritto UE alla Corte di giustizia, la sola competente a pronunciarsi sull'invalidità degli atti dell'UE.[18] Nell'eventualità che la Corte di giustizia accerti il contrasto con la CEDU del diritto dell'UE, avverrà l'annullamento dell'atto comunitario, al pari di quanto accadrebbe in caso di contrasto con una disposizione della Carta di Nizza. Se, invece, il giudice dubita della compatibilità con la CEDU di una norma interna comunitariamente rilevante, ossia che dà esecuzione a una disposizione dell'UE, esso finirà – autonomamente o a seguito di una questione pregiudiziale comunitaria – per far prevalere sul diritto interno la disposizione dell'UE interpretata alla luce del vincolo derivante dalla CEDU. La norma CEDU, in altre parole, prevarrà sul diritto interno non da sola, ma "in combinato disposto" con la disposizione del diritto dell'Unione di cui la legge interna costituisce attuazione. E non mi sembra che le cose cambino, se al posto della CEDU mettiamo la Carta di Nizza nell'esempio precedente.[19]

---

[16] M. CARTABIA, *I diritti fondamentali e la cittadinanza dell'Unione,* in F. BASSANINI E G. TIBERI (cur.), *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, Bologna 2010, p. 13s., corsivi aggiunti; il passo è criticato da F.SORRENTINO, *op. cit*., p. 150.

[17] Cfr. A. CELOTTO, *op. cit*., il quale ulteriormente specifica che, a seguito del Trattato di Lisbona, «una legge interna che contrasta con una norma della Carta di Nizza ben potrà essere disapplicata dal giudice nazionale».

[18] A partire dalla sent. 22 ottobre 1987, causa C-314/85, *Foto-Frost*, la Corte di giustizia è perentoria sul punto: cfr. R. MASTROIANNI, *op. loc. cit*.

[19] Non si ignora che la casistica possa essere più complicata dell'ipotesi svolta nel testo, posto che il nesso con il diritto comunitario, ai fini del controllo "comunitarizzato" sul rispetto dei diritti fondamentali, può aversi anche laddove lo Stato invochi delle deroghe ai vincoli comunitari (paradigmatica la sent. 26 giugno 1997, causa C-368/95, *Familiapress*: cfr. G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, Padova 2010, 132). Ulteriore complicazione può essere data dalla disposizione della stessa Carta di Nizza, secondo cui «(l)e disposizioni della presente Carta che contengono dei principi possono essere attuate da atti legislativi e esecutivi adottati da istituzioni, organi e organismi dell'Unione e da atti di Stati membri allorché essi danno attuazione al diritto dell'Unione, nell'esercizio delle loro rispettive competenze. Esse possono essere invocate dinanzi a un

3. Carta di Nizza e competenze dell'Unione nella giurisprudenza costituzionale

La reazione sulla natura e portata giuridica della Carta dei diritti fondamentali dell'UE da parte della Corte costituzionale sembra andare in questa direzione. Prima di darne conto, occorre menzionare una diffusa tendenza "culturale" dei giudici comuni, che si colloca sulla stessa lunghezza d'onda delle dottrine appena criticate. Si sono già visti gli approcci erronei o quantomeno carenti di alcune decisioni dei giudici amministrativi. Oltre a ciò, e sempre restando al giudice amministrativo, possono registrarsi altre prese di posizione ove la Carta di Nizza viene invocata in modo del tutto scorporato dalla rilevanza comunitaria della materia, la quale non viene neppure indagata.[20] A parziale discolpa del giudice amministrativo, potrebbe invocarsi il rinvio "per presupposizione" contenuto all'art. 1, co. 1, della legge sul procedimento amministrativo (n. 241/1990), secondo le modifiche del 2005 (l. 15/2005), in forza del quale l'attività amministrativa è retta anche «dai principi dell'ordinamento comunitario».[21] Il che non toglie, tuttavia, il dato di fondo per cui il diritto dell'Unione non può valere *come tale* (ossia, con le sue note caratteristiche di diretta efficacia e prevalenza sul diritto legislativo interno) in ambiti *puramente interni*. Ancora più numerose le decisioni del giudice ordinario. Solo per limitarsi alla giurisprudenza della Cassazione, a partire dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona ad oggi (luglio 2011), possono rinvenirsi quasi sessanta decisioni (prevalentemente civili, ma anche penali) contenenti un riferimento alla Carta di Nizza.[22] Solo in un pugno di queste ci si trova nell'ambito del diritto dell'Unione ovvero il profilo delle competenze viene indagato.[23]

Occorre rilevare che una parte di responsabilità di un simile richiamo "*ultra vires*" alla Carta di Nizza la porta anche la stessa Corte costituzionale. Nella sua giurisprudenza degli ultimi dieci anni, infatti, è facile imbattersi in citazioni della Carta dei diritti fondamentali dell'UE svolte in maniera forse

---

giudice solo ai fini dell'interpretazione e del controllo di legalità di detti atti» (art. 52, par. 5, su cui cfr. M. CARTABIA, *op. ult. cit.*, p. 113ss.). La disposizione, adottata con le modifiche del 2007 per depotenziare la portata precettiva di alcuni diritti (specie quelli sociali: G. AZZARITI, *Il futuro dei diritti fondamentali nell'era della globalizzazione*, in *Pol. dir.*, 2003/3, p. 333ss.), rischia invero di condurre ad esiti interpretativi non voluti: apparentemente, le disposizioni della Carta che non contengono principi ma veri "diritti", rilevano per se stesse, a prescindere dal loro uso parametrico circa la legittimità del diritto derivato dell'Unione europea (e dell'attuazione nazionale di quest'ultimo).

[20] Cfr. T.A.R. Lecce Puglia, sez. I, 23 agosto 2010, n. 1861; T.A.R. Palermo Sicilia, sez. II, 12 maggio 2010, n. 6685; Id., 23 marzo 2011, n. 518.

[21] Cfr. D. U. GALETTA, *Diritto ad una buona amministrazione e ruolo del nostro giudice amministrativo dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, in *Dir. amm.*, 2010/3, 601ss. Un rinvio ai principi del diritto europeo è contenuto anche nel nuovo Codice del processo amministrativo, d. lgs., 104/2010, art. 1.

[22] Spiccano quelle relative alla materia dei danni morali: cfr. Cass. civ., sez. III, 2011/11609; Id., 2011/9422; Id., 2010/16387; Id., 2010/5770; Cass. civ., sez. lav., 2011/3048; Cass. civ., sez. III, 2010/2352 (in tema di danni da demansionamento, ove si impone ai giudici del rinvio di «ispirarsi anche ai principi di cui all'art. 1 della Carta, che regola il valore della dignità umana (che include anche la dignità professionale) ed all'art. 15 che regola la libertà professionale»). Cfr., altresì, Cass. civ., sez. III, 2010/18378; Cass. civ., sez. lav., 2011/7889, entrambe in tema di diritti dei disabili; Cass. civ., sez. III, 2011/7237, in tema di consenso informato alle terapie mediche (ove pure si rileva la non stretta connessione con il diritto dell'UE); Id., 2011/2945, in tema di contratti con garanzia di protezione per gli anziani, ove si rileva che «(l)a Carta di Nizza, recepita dal Trattato di Nizza, … è diritto nazionale vigente per effetto della entrata in vigore del Trattato di Lisbona»; Id., 2011/6548, in tema di assistenza sociale; Cass. civ., S.U., 2010/13332, in tema di adozione; Cass. civ., sez. lav., 2010/21967, in tema di licenziamento senza giusta causa; Cass. pen., sez. VI, 2011/15578, in tema di estradizione; Cass. pen., sez. II, 2011/3607 e Cass. pen., sez. III, 2010/18527, entrambe in tema di tutela dei minori connessa all'espulsione del genitore straniero irregolare; Cass. pen., sez. II, 2010/28658, in tema di violenza sessuale, ove pure il giudice riconosce l'assenza di competenza dell'UE, ma ritiene che la Carta rappresenti «uno strumento di interpretazione privilegiata anche per il diritto interno».

[23] Cfr. Cass. civ., sez. lav., 2010/25573-25577 (e molte altre emesse nello stesso periodo, novembre-dicembre 2010), in tema di personale scolastico ATA, ove correttamente si indaga la rilevanza comunitaria della fattispecie, e poi, nell'assenza di questa, si nega l'operatività della Carta di Nizza, anche alla stregua del Trattato di Lisbona; Cass. civ., S.U., 2010/21799; Id., 2010/21803; Cass. civ., sez. I, 2010/20134, tutte in tema di immigrazione, per profili rilevanti per il diritto dell'UE; Cass. pen., sez. VI, 2010/45524, in tema di mandato d'arresto europeo, ove comunque può rinvenirsi l'affermazione esorbitante per cui la Carta di Nizza, con il Trattato di Lisbona, «è da ritenere direttamente applicabile in tutti i sistemi giuridici nazionali, accanto alle Costituzioni nazionali»; Cass. pen., S.U., 2010/1235, in materia di frode fiscale, ove la rilevanza comunitaria viene interpretativamente costruita dallo stesso giudice, posto che le frodi in tema di IVA sono idonee a ledere anche gli interessi finanziari dell'U.E., non solo quelli statali.

poco controllata, se non proprio ultronea. È vero che la Corte si è a volte premurata di dire che la Carta di Nizza veniva richiamata «per il suo carattere espressivo di principi comuni agli ordinamenti europei», ma tale inciso sembra collegarsi più al fatto che la Carta non avesse, ancora, acquistato efficacia giuridica che non al dato per cui, nella fattispecie in esame scollegata dal diritto comunitario, la Carta sarebbe risultata irrilevante.[24] Nella maggior parte dei casi, dunque, la Carta è stata richiamata dalla Corte accanto ad altri parametri di costituzionalità (tra cui quello "interposto" della CEDU), senza alcuna puntualizzazione circa la rilevanza comunitaria o meno della fattispecie oggetto di giudizio.[25] Anche nella nota e discussa decisione della Corte sul c.d. "matrimonio omossessuale", in cui tra l'altro veniva invocato l'art. 9 della Carta di Nizza sul diritto di sposarsi e formare una famiglia, la Corte ha, sì, rilevato il problema della competenza, richiamando espressamente l'art. 51 della Carta sull'ambito di applicazione, ma ha affermato che *non fosse necessario* risolvere tale problema, posto che l'art. 9 in questione (così come il corrispondente art. 12 CEDU) va inteso nel senso per cui esso non implica la concessione dello *status* matrimoniale a unioni tra persone dello stesso sesso.[26]

È, appunto, solo di recente che l'attenzione all'ambito di applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'UE comincia a farsi spazio nella giurisprudenza della Corte costituzionale, che evidentemente ha iniziato a comprendere la minaccia che la Carta, più ancora che la CEDU, costituisce per il suo monopolio sul sindacato sulle leggi.[27] Immediatamente prima e immediatamente dopo la citata sentenza n. 80 del 2011, che affronta di petto il problema, troviamo infatti delle decisioni in cui viene espressamente rilevato il carente nesso con l'ordinamento comunitario, al fine di escludere l'invocabilità della Carta.[28] La correzione di rotta non appare, tuttavia, radicale, posto che

[24] C. cost., sentt. n. 393 e 394/2006, rispettivamente ai punti 6.1 e 6.4 del *Considerato in diritto*, in tema di retroattività della *lex mitior*; sent. n. 135/2002, punto 2.1, in tema di rispetto della vita privata. Cfr. A. CELOTTO, M. CARTABIA, *La giustizia costituzionale in Italia dopo la Carta di Nizza*, cit., p. 4483ss.

[25] C. cost., sent. n. 445/2002, punto 3, in tema di diritto a contrarre matrimonio e tutela della vita privata; sent. n. 190/2006, punto 4.1 e n. 251/2008, punto 12, in tema di discriminazioni contro soggetti disabili; sent. n. 182/2008, in tema di diritto a un ricorso effettivo; sent. n. 438/2008, punto 4, in tema di consenso informato ai trattamenti terapeutici; sent. n. 93/2010, punto 7, in tema di diritto alla pubblicità delle udienze; ord. n. 86/2009, punto 2, in tema di diritto all'assistenza sociale del convivente *more uxorio*, ove la Corte, invero, ha affermato di non poter considerare la censura circa la violazione della Carta di Nizza mossa alla stregua degli artt. 11 e 117 Cost., ma non in virtù dell'irrilevanza comunitaria della fattispecie, bensì della mancata specificazione degli obblighi comunitari ivi sanciti. Nell'ambito del diritto comunitario si colloca pienamente, invece, la sent. n. 28/2007, punto 7, in tema di retroattività della *lex mitior*, posto che la fattispecie in esame (gestione dei rifiuti) veniva disciplinata da direttive dell'UE.

[26] Sent. n. 138/2010, punto 10, ove l'affermazione nel testo viene richiamata, in quanto spiegazione ufficiale allegata alla stessa Carta dei diritti (con ciò ulteriormente avvalorando la centralità dell'importanza della Carta, nel discorso costituzionale sui diritti, anche quando non è preliminarmente dimostrata la rilevanza comunitaria della fattispecie).

[27] Paradossale il caso seguente: un giudice amministrativo, interrogandosi sulla tenuta della "dottrina" delle sentt. nn. 348 e 349/2007 sulla portata dell'art. 117, co. 1, Cost. nei riguardi della CEDU, ha rilevato come il meccanismo della disapplicazione della legge contrastante con la CEDU comporti «un effetto di indubbia marginalizzazione delle Corti costituzionali», escludendo pertanto che, prima dell'adesione dell'UE alla CEDU, possa ritenersi "comunitarizzato" il diritto della CEDU; lo stesso giudice, tuttavia, ha affermato che la disapplicazione della legge contrastante con norme dell'UE senza necessità di sollevare alcuna questione pregiudiziale alla Corte costituzionale, «vale anche per i diritti stabiliti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'UE che (a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona) hanno acquisito lo stesso valore giuridico dei trattati» (T.A.R. Milano Lombardia, sez. III, 14 settembre 2010, n. 5988), come se, in tale secondo caso, non si desse quel problema di marginalizzazione delle Corti costituzionali.

[28] Cfr. l'ordinanza n. 31/2001, in tema di accesso al giudice, in cui si afferma che, «quanto al richiamo alla Carta di Nizza, [il giudice *a quo*] neppure si pone il problema *pregiudiziale* dell'applicabilità della normativa comunitaria alla controversia in esame»; più diretta ancora l'ordinanza n. 138/2011, in tema di eleggibilità ai Consigli degli ordini forensi, ove si osserva che «le censure proposte sono palesemente prive di fondatezza in rapporto a tutti i parametri dedotti, tra i quali risulta in congruamente ricompreso, anche alla luce della sent. n. 80/2011, quello di cui all'art. 52 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea». Cfr., infine, la sent. n. 175/2011, punto 3.2, ove la Corte veniva interrogata circa la legittimità della normativa sugli

anche dopo la sent. n. 80 del 2011 sono rintracciabili affermazioni per cui la Carta dei diritti affianca, *ad abundantiam* o a specificazione, il parametro costituzionale, senza alcuna cura per la questione delle competenze limitate dell'Unione e del conseguente limitato ambito di applicazione della Carta di Nizza.[29]

Siamo finalmente giunti alla risposta data dalla recente sent. n. 80 del 2011 alla questione della portata della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, post Lisbona. Chiamata a ribattere la tesi della parte privata, costituitasi nel giudizio incidentale di costituzionalità, secondo cui l'equiparazione ai Trattati della Carta di Nizza avrebbe determinato una "trattatizzazione" indiretta della CEDU (cfr. *supra*), la Corte costituzionale ritiene necessario ricordare come, «in sede di modifica del Trattato si sia inteso evitare nel modo più netto 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. L'art. 6, paragrafo 1, primo alinea, del Trattato stabilisce, infatti, che "le disposizioni della Carta *non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione* definite nei trattati". (…) I medesimi principi risultano, peraltro, già espressamente accolti dalla stessa Carta dei diritti [art. 51]. (…) Ciò esclude, con ogni evidenza, che la Carta costituisca uno strumento di tutela dei diritti fondamentali *oltre le competenze dell'Unione europea*, come del resto ha reiteratamente affermato la Corte di giustizia, sia prima (…) che dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (…). 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*».[30]

Basteranno queste precisazioni a raddrizzare il diffuso approccio culturale dei giudici comuni?[31] A irrobustire l'opera "correttiva" della Corte costituzionale viene in soccorso l'analisi della stessa giurisprudenza della Corte di giustizia sulla portata della Carta di Nizza, cui è dedicato il prossimo paragrafo.

4. Carta di Nizza e competenze dell'Unione nella giurisprudenza della Corte di giustizia

Il signor Attila Vajnai, vicepresidente del partito dei lavoratori ungherese, veniva condannato per il reato di uso di "simboli del totalitarismo" per aver indossato, durante una manifestazione, una stella rossa a cinque punte. In appello, il giudice ungherese formulava una (bizzarra?) questione pregiudiziale alla Corte di giustizia UE, nella quale egli rilevava che in vari Stati membri, tra cui l'Italia, i partiti di sinistra sono simbolizzati da una stella rossa o da falce e martello, derivandone che, mentre in Italia i militanti delle organizzazioni di sinistra possono portare i simboli del movimento operaio

esami di abilitazione all'esercizio della professione forense alla stregua dei principi del giusto processo e della motivazione delle scelte amministrative, considerati dal giudice *a quo* principi facenti parte del "patrimonio costituzionale comune dei Paesi europei" in forza del Trattato CE (*rectius*, TUE), come tali operanti nell'ordinamento interno come norme interposte, ex art. 117 Cost. La Corte, rigettando questo profilo della questione, osserva come «la disciplina degli esami di abilitazione all'esercizio della professione forense non rientra nel campo di applicazione del diritto comunitario».

[29] Sent. n. 82/2011, punto 3 (ove la Corte, pronunciandosi su un conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato, sollevato da un giudice contro una pronuncia della Camera di insindacabilità delle opinioni formulate da un suo membro, ex 68, co. 1, Cost., ha modo di invocare «il fondamentale valore della dignità della persona, salvaguardato come diritto inviolabile, tanto dall'art. 2 della Costituzione, che dall'art. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, i cui principi sono stati recepiti dall'art. 6 del Trattato sull'Unione europea», senza che, ovviamente, la fattispecie rilevasse per il diritto dell'UE).

[30] Sent. n. 80/2011, punto 5.5.

[31] Il fenomeno "culturale" in questione e la connessa erosione del ruolo della Corte costituzionale quanto a tutela di diritti fondamentali era già stato preconizzato da A. CELOTTO, M. CARTABIA, *La giustizia costituzionale in Italia dopo la Carta di Nizza*, cit., 4489ss.

senza contravvenire a divieto alcuno, la medesima situazione in Ungheria è oggetto di divieto penale. Per il giudice ungherese, allora, andrebbe accertato se una norma giuridica che vieta in uno Stato membro di adoperare i simboli del movimento operaio internazionale, mentre nel territorio di altri Paesi l'uso del medesimo simbolo è consentito, sia discriminatoria e, come tale, contraria al principio fondamentale del diritto comunitario di non discriminazione (oltre agli articoli 10, 11 e 12 della Carta dei diritti fondamentali relativi al diritto di manifestare in qualsiasi Stato membro le proprie idee politiche mediante i simboli che le rappresentano).[32]

È evidente come, dal tenore di una simile questione pregiudiziale, l'approccio in cui il giudice ungherese ha scelto di collocarsi è quello di considerare l'Unione europea al pari di uno stato federale. Mentre il destinatario appropriato delle istanze del ricorrente avrebbe dovuto essere la Corte EDU, la quale è posta al centro di un sistema (ancora) internazionale di tutela, se non altro per il dato dirimente che i giudici nazionali non dialogano direttamente con il giudice europeo del Consiglio d'Europa, a differenza di quanto possono e debbono fare con la Corte di giustizia dell'UE.[33]

Ad ogni modo, la risposta della Corte di giustizia UE è stata *tranchant*: il caso del signor Attila Vajnai «non presenta alcun elemento di collegamento con una qualsiasi delle situazioni considerate dalle disposizioni del Trattato e la normativa ungherese applicata nel procedimento principale non si colloca nell'ambito del diritto comunitario». Con ciò, la Corte dichiara – con ordinanza – la propria manifesta incompetenza a rispondere alla questione pregiudiziale.[34]

La decisione della Corte di giustizia appena illustrata è anteriore all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. Ma il fatto che la Carta di Nizza abbia oggi "lo stesso valore giuridico dei Trattati" (art. 6, par. 1, TUE) cambia qualcosa? No, come la stessa giurisprudenza della Corte di giustizia attesta. Così, interrogata da un giudice bulgaro che chiedeva se la non impugnabilità giurisdizionale di un piano regolatore non fosse per caso in contrasto con l'art. 47 della Carta e il diritto ivi sancito a "un ricorso effettivo", la Corte del Lussemburgo ha dichiarato che, «(p)oiché la decisione di rinvio non contiene alcun elemento concreto che [l'atto amministrativo contestato, ossia il piano regolatore,] costituisca una misura di attuazione del diritto dell'Unione o che ess(o) presenti altri elementi di collegamento con quest'ultimo, la competenza della Corte… non sussiste».[35] Intendiamo, la domanda del giudice bulgaro era apparentemente sensata, nella misura in cui ivi si sostiene il dubbio circa la possibilità di sottrarre dal controllo giurisdizionale (previsto dall'art. 47 della Carta di Nizza) atti amministrativi, «che pregiudicano diritti e libertà garantiti dal diritto dell'Unione». E, difatti, a seguire la tendenza del giudice amministrativo italiano sopra illustrata, il diritto di proprietà (pregiudicato dalla pianificazione urbanistica e sancito dalla Carta di Nizza all'art. 17) è senz'altro un diritto garantito dal diritto dell'Unione, posto che oggi la Carta di Nizza è "diritto dell'Unione", addirittura di rango pari ai Trattati! Solo che non lo è a tutti gli effetti, come la stessa Corte di giustizia ricorda: ai sensi dell'art. 51, n. 1, della Carta, le disposizioni di quest'ultima si applicano «agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione» e, in forza dell'art. 6, n. 1, TUE, la Carta non crea alcuna nuova competenza per l'Unione, né ne modifica le competenze.[36]

---

[32] CGUE, ordinanza 6 ottobre 2005, C-328/04, *Vajnai*.

[33] Degno di nota il fatto che, a distanza di quasi tre anni, la Corte EDU ha affrontato e risolto lo stesso caso, condannando l'Ungheria per violazione della libertà di manifestazione del pensiero, art. 10 CEDU: sent. 8 luglio 2008, *Vajnai* c. *Ungheria*.

[34] CGUE, *Vajnai*, cit.

[35] Corte di giustizia UE, ordinanza 12 novembre 2010, C-339/10, *Asparuhov Estov e a.*

[36] *Ibidem*. Cfr. anche Corte di giustizia UE, ordinanza 1° marzo 2011, C-457/09, *Chartry*, ove la Corte, premesse le stesse considerazioni sull'art. 51, n. 1, della Carta e sull'art. 6, n. 1, TUE, rileva come «(l)a causa principale, in cui un cittadino belga si oppone allo Stato belga in merito alla tassazione di attività esercitate nel territorio di tale Stato membro, non presenta alcun elemento di collegamento con una qualsivoglia delle situazioni previste dalle disposizioni del Trattato relative alla libera circolazione delle persone, dei servizi o dei capitali» e che della controversia non verte neppure sull'applicazione di misure nazionali dirette a dar attuazione al diritto dell'Unione. Nella questione pregiudiziale, il giudice nazionale lamentava la

Dalle prime pronunce della Corte di giustizia che, invece, ritengono *applicabile* la Carta dei diritti fondamentali dell'UE emergono spunti capaci di ridimensionare quelle impostazioni dottrinarie secondo le quali l'acquisto di piena giuridicità della Carta di Nizza consentirebbe di applicare alle norme sui diritti fondamentali ivi sanciti «quelle proprietà di supremazia, effetto diretto e indiretto tipiche del diritto comunitario, che difficilmente potevano riferirsi ai principi costituzionali non scritti elaborati dalla Corte di giustizia».[37] Se si guarda alle pronunce della Corte di giustizia, come dicevo, le cose sembrano leggermente diverse. Con riguardo, ad es., al diritto di accesso alla giustizia, alla Corte del Lussemburgo veniva chiesto di chiarire se da questo diritto potesse farsi derivare – in relazione a una fattispecie nazionale *di rilevanza comunitaria* – anche il diritto di poter godere del gratuito patrocinio da parte delle persone giuridiche alle stesse condizioni cui esso è, nel diritto nazionale, riconosciuto alle persone fisiche.[38] La questione si presenta evidentemente assai delicata, per le conseguenze giuridico-economiche che essa può avere sul diritto interno anche in relazione a fattispecie estranee al diritto dell'UE (posto che, una volta ritenuto incluso nel diritto al giudice indefettibilmente anche quello al gratuito patrocinio per le fattispecie comunitariamente rilevanti, difficile sarebbe negarlo per le fattispecie meramente interne). Si comprende allora come la risposta della Corte di giustizia sia assai prudente: «(s)petta… al giudice nazionale verificare se le condizioni di concessione del gratuito patrocinio costituiscano una limitazione del diritto di accesso alla giustizia che lede la sostanza stessa di tale diritto, se tendano a uno scopo legittimo e se esista un nesso ragionevole di proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo perseguito (…). Quanto, più specificamente, alle persone giuridiche, il giudice nazionale può tener conto della loro situazione. Può prendere in considerazione, in particolare, la forma e lo scopo – di lucro o meno – della persona giuridica in questione, la capacità finanziaria dei suoi soci o azionisti e la possibilità, per questi ultimi, di procurarsi le somme ad agire in giudizio».[39]

Una simile risposta – che ha un andamento accostabile alle decisioni c.d. "additive di principio" della nostra Corte costituzionale – lascia al giudice nazionale della causa principale l'onere di svolgere, alla stregua di parametri assai elastici, un sindacato di proporzionalità sul singolo caso tutt'altro che agevole. Detto altrimenti, anche quando la Corte di giustizia ritiene che un determinato diritto fondamentale sia azionabile in giudizio, ossia risulti in qualche modo dotato di effetti diretti, tale diretta applicabilità è tutt'altro che scevra da incognite e punti oscuri, tanto da far sorgere la domanda se il tipo di test che il giudice dell'UE consegna al giudice interno possa essere da quest'ultimo davvero utilizzato con profitto.[40] Affermare, allora, che i diritti della Carta di Nizza abbiano ottenuto,

---

violazione, per opera di una legislazione nazionale, del diritto alla tutela giurisdizionale effettiva garantita dall'art. 6 CEDU, «integrato nel diritto comunitario».

[37] M. CARTABIA, *op. ult. cit.*, p. 113s.

[38] Sent. 22 dicembre 2010, C-279/09, *DEB*.

[39] Corte di giustizia, caso *DEB*, cit., § 60. La sentenza così prosegue: «In tale accertamento il giudice nazionale può tener conto dell'oggetto della controversia, delle ragionevoli possibilità di successo del richiedente, della posta in gioco per quest'ultimo, della complessità del diritto e della procedura applicabili nonché della capacità del richiedente di far valere effettivamente le proprie ragioni (…). Quanto, più specificamente, alle persone giuridiche, il giudice nazionale può tener conto della loro situazione. Può prendere in considerazione, in particolare, la forma e lo scopo – di lucro o meno – della persona giuridica in questione, la capacità finanziaria dei suoi soci o azionisti e la possibilità, per questi ultimi, di procurarsi le somme ad agire in giudizio» (*ibidem*, §§ 61s.)

[40] In casi come questi, già in passato era sorta la domanda se la Corte di giustizia non scaricasse sulle spalle del giudice nazionale un onere troppo gravoso: cfr. E. STEIN, *Un nuovo diritto per l'Europa*, Milano 1991, p. 141; M. P. MADURO, *We, the Court. The European Court of Justice and the European Economic Constitution*, Oxford 1998, p. 32 ss. Un chiaro esempio di questo schema è dato dalla sentenza *Familiapress*, cit., in cui la Corte ha affermato che «spetta al giudice nazionale valutare se ricorrano (i) presupposti» in forza dei quali il divieto statale alla commercializzazione di determinati giornali possa dirsi «proporzionato alla salvaguardia del pluralismo della stampa», con ciò scaricando sul giudice nazionale un test che richiedeva una vera e propria analisi di mercato per valutare l'assenza di alterazione della concorrenza in danno dei piccoli editori (cfr. A. BAVASSO, in *CMLR*, vol. 35, 1998, p. 1424s.). Per l'Italia, un analogo fenomeno di "delega di bilanciamento" troppo "onerosa" per il giudice nazionale si è prodotto nel caso *Palmisani* (sent. 10 luglio 1997, causa C-261/95: cfr. A. GUAZZAROTTI, *I giudici comuni e la CEDU alla luce del nuovo art. 117 della Costituzione*, in *Quad. cost.*, 2003/1, p. 44s.).

grazie al Trattato di Lisbona, le prerogative della diretta applicabilità in termini così generalizzati come fanno le impostazioni dottrinarie sopra richiamate, comporterebbe affidare a tutti i giudici comuni (anche al nostro giudice di pace) strumenti di de-strutturazione delle disposizioni di legge vigenti assai pervasivi, capaci di minare quel poco di certezza del diritto che ancora rappresenta il postulato di fondo di un ordinamento giuridico *post-Ancien Régime*.[41]

Un altro esempio vale a rafforzare quanto appena rilevato. Sempre in sede pregiudiziale, alla Corte di giustizia veniva chiesto di chiarire se dall'interpretazione congiunta di diritto derivato e Carta di Nizza potessi ricavarsi il diritto ad ottenere il congedo parentale in misura raddoppiata, in caso di nascita di gemelli.[42] Ancora una volta, le conclusioni della Corte sono assai prudenti: la clausola 2.1 dell'accordo quadro sul congedo parentale «non deve essere interpretata nel senso che la nascita di gemelli conferisce un diritto a tanti congedi parentali quanti sono i figli nati; tuttavia tale clausola, letta alla luce del principio della parità di trattamento [il cui carattere fondamentale è sancito dall'art. 20 della Carta], obbliga il legislatore nazionale ad istituire un regime di congedo parentale che, in funzione della situazione esistente nello Stato membro interessato, garantisca ai genitori di gemelli un trattamento che tenga debitamente conto delle loro particolari esigenze. È compito del giudice nazionale verificare se la normativa nazionale risponda a tale requisito e, all'occorrenza, fornire un'interpretazione di tale normativa nazionale quanto più possibile conforme al diritto dell'Unione». Come si vede, oltre a rappresentare un altro esempio di decisione "additiva di principio", la decisione della Corte di giustizia pretende anche fissare un paletto al giudice della causa principale, ossia il potere di giungere *al massimo* all'interpretazione conforme del diritto nazionale e non alla disapplicazione di quest'ultimo in favore del principio della parità di trattamento (e dello stesso diritto al congedo parentale) riconosciuto dalla Carta dei diritti fondamentali. Il caso costituisce un buon esempio di come i diritti sanciti dalla Carta non hanno ricevuto, in virtù dell'acquisita giuridicità della Carta stessa, un'indiscriminata natura autoapplicativa, ben potendo darsi casi in cui lo stesso principio o diritto possa rivestire tale natura e altri in cui non possa.

5. Conclusioni

Nonostante gli sforzi che sembrano intrapresi dalla Corte costituzionale nella sent. n. 80 del 2011 per riporre nella giusta collocazione la portata e la forza della Carta di Nizza, sembra di assistere a un fenomeno relativo alle fonti del diritto che corrisponde a quanto icasticamente fotografato da Roberto Bin con l'espressione di "entropia delle fonti": «(n)ell'operare quotidiano [del giurista] forse prevale la "contaminazione" trai sistemi [normativi], o forse meglio la loro *confusione*. Il fenomeno a cui si assiste può essere ben illustrato ricorrendo al *principio di entropia*. In fisica l'entropia indica la tendenza del sistema verso il maggior "disordine". Se si versa una boccetta d'inchiostro in un bicchiere d'acqua la tendenza è verso un progressivo confondersi dei due liquidi, che alla fine raggiungono un punto di equilibrio avendo generato una miscela in cui non è più distinguibile l'uno dall'altro. L'entropia perciò rappresenta la perdita delle informazioni iniziali (…): l'ordine e le relative informazioni cedono al disordine e all'equilibrio. La contaminazione è il risultato, il processo è irreversibile. (…)Le norme sono significati che si combinano aumentando l'entropia, ossia mescolandosi, contaminandosi; l'equilibrio corrisponde alla completa confusione, e la perdita di ogni informazione sulle fonti».[43]

La Carta di Nizza sembra ormai confondersi con le Costituzioni nazionali e con la CEDU, così come la CEDU sembra ormai confondersi irrimediabilmente con il diritto dell'Unione europea, in un intreccio sempre meno districabile. Da notare, a tal proposito, che nelle più recenti decisioni in cui il giudice (amministrativo) invoca la CEDU in relazione all'art. 117, co. 1, Cost., egli non parla più di obblighi internazionali richiamati dall'art. 117, bensì di "vincoli derivanti dall'ordinamento *comunitario*", con ciò facendo perdere qualsiasi autonoma rilevanza alla CEDU, pur nella sua dimensione di parametro interposto.[44] La CEDU sembra rilevare *solo* nella sua natura di diritto dell'Unione europea,

[41] Cfr., su profili non proprio coincidenti, le critiche di M. LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale*, *oggi*, *e l'interpretazione «conforme a»* (8 agosto 2007), in <*http//www.federalismi.it*>.
[42] CGUE, sent. 16 settembre 2010, C-149/10, *Chatzi*.

[43] R. BIN, *Gli effetti del diritto dell'Unione nell'ordinamento italiano e il principio di entropia*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, Napoli 2011, p. 374.

[44] Cons. St., 2010/3760; Id., 2010/7200; T.A.R. Venezia Veneto, cit.; T.A.R. Genova Liguria sez. I, cit.

cosa che, oltre ad essere formalmente erronea, fa perdere ogni rilievo alle peculiarità e perfino ai vantaggi strategici delle differenti caratteristiche che connotano tale strumento internazionale rispetto al diritto dell'Unione.[45]

Se si vuole provare a individuare un fondamento "di giustizia" che dia sostanza al dilagare tra i giudici comuni dell'approccio "antiformalista" o "confusionario" fin qui rassegnato, tale fondamento può rintracciarsi forse tra le pieghe della motivazione di una delle tante decisioni ove si invocano (a sproposito) le novità del Trattato di Lisbona in tema di diritti fondamentali. Prefigurando l'ipotesi di una futura adesione dell'Unione europea alla CEDU, il nostro giudice è convinto che, con l'adesione, la CEDU «non potrà che godere di tutti gli attributi tipici del diritto comunitario in termini di primato, effetto diretto, possibilità per il giudice di procedere alla disapplicazione della norma interna contrastante». Tuttavia ciò potrà avvenire *solo* nel caso in cui la CEDU penetri nell'ordinamento nazionale «tramite le fattispecie di rilevanza comunitaria», con ciò creandosi «*il rischio di un regime diverso rispetto ai diritti CEDU non veicolati dal diritto dell'Unione*».[46] La refrattarietà di fondo dei giudici comuni ad accettare e/o assimilare la logica competenziale chiaramente iscritta nelle disposizioni sui diritti fondamentali contenute nel TUE e nella Carta di Nizza è forse spiegata da questo passaggio: appare profondamente ingiusto che un individuo possa giovarsi delle potenti armi del primato e degli effetti diretti di una norma europea sui diritti fondamentali soltanto quando la situazione da esso vantata sia giuridicamente rilevante per l'ordinamento dell'Unione. Nel caso dell'invocazione di un "mero diritto fondamentale" non rilevante per l'Unione europea lo stesso individuo viene lasciato all'"*arbitrio"* di un sistema che gli impone, al più, di innescare l'incidente di costituzionalità dinanzi alla Corte costituzionale, la quale a sua volta utilizzerà quel diritto fondamentale europeo (sancito dalla CEDU) "*solo"* quale parametro interposto, ai sensi dell'art. 117, co. 1, Cost., fra l'altro verificando che la norma europea sui diritti non vada a sua volta in contrasto con una o più norme costituzionali.[47]

L'impostazione non è priva di una sua logica. Essa, tuttavia, cela una sorta di *a-priori* indimostrato, per cui il diritto dell'Unione sarebbe più efficace e dunque più garantista di altri strumenti di tutela dei diritti fondamentali. Lo stesso caso da cui ho tratto la citazione ci dimostra le insidie di un simile approccio. Il giudice amministrativo, che per la verità aveva già inutilmente tentato la strada dell'incidente di costituzionalità,[48] svolge un sindacato di ragionevolezza e proporzionalità sulla norma di legge (regionale), alla stregua di criteri tratti genericamente dalla giurisprudenza della Corte di giustizia (che però non si era pronunciata su questioni davvero identiche o sovrapponibili), concludendo per la giustificazione della restrizione legislativa che negava i vantaggi dell'accesso all'edilizia residenziale pubblica a chi non avesse risieduto o lavorato per almeno 5 anni nella Regione. Il tutto, ritenendo espressamente superfluo sollevare la relativa questione pregiudiziale alla Corte di giustizia.[49] Pochi mesi dopo, la Corte costituzionale accoglieva una questione di costituzionalità su una fattispecie simile, contemplata da una legge (di un'altra Regione) volta anch'essa a subordinare al requisito della residenza continuata la fruizione delle provvidenze sociali

[45] Cfr. A. GUAZZAROTTI, *L'autoapplicabilità delle norme. Un percorso costituzionale*, Napoli 2011, p. 167s. Sulla strutturale differenza tra ordinamento dell'UE e sistema della CEDU, quanto all'autoapplicabilità delle rispettive norme, cfr. A. VON BOGDANDY, *Pluralism, direct effect, and the ultimate say: On the relationship between international and domestic constitutional law*, in *Intern. Journal of Const. Law*, 2008, p. 406s.

[46] T.A.R. Milano Lombardia, sez. III, cit.

[47] C. cost., sentt. nn. 348 e 349/2007. Su questo profilo, cfr. criticamente A. RUGGERI, *Corte costituzionale e Corti europee: il modello, le esperienze, le prospettive*, in F. DAL CANTO, E. ROSSI (cur.), *Corte costituzionale e sistema istituzionale*, Torino 2011, p. 168ss.

[48] Cfr. C. cost., ord. n. 32/2008, su cui cfr. le penetranti critiche di F. CORVAJA, *Libera circolazione dei cittadini e requisito di residenza regionale per l'accesso all'edilizia residenziale pubblica*, in *Regioni* 2008/3, p. 611ss.

[49] T.A.R. Milano Lombardia, sez. III, cit., § 5.2.

fornite dal sistema integrato dei servizi regionale. Per la Corte si trattava di una chiara violazione del principio d'eguaglianza.[50]

Il caso rappresenta, forse, l'ennesima riprova che la moltiplicazione dei cataloghi dei diritti fondamentali amplia *prima di tutto e sicuramente* la libertà di manovra del giudice, *forse e in secondo luogo* il patrimonio dei diritti dei singoli.[51]

Dal punto di vista teorico, l'osservazione conclusiva che può farsi è la seguente: la questione delle competenze deve restare dirimente per il diritto dell'UE, anche quando si parla di *diritti fondamentali*. È sulla scorta della logica competenziale che le Corti costituzionali europee, specie la nostra, hanno accettato di garantire al diritto comunitario i crismi della diretta applicabilità e dell'effetto diretto, armando così la mano del giudice comune contro le leggi statali difformi alle norme comunitarie autoapplicative. Il diritto comunitario poteva prevalere perché relativo a poche, definite competenze, dalle quali gli Stati avevano accettato di ritrarsi onde permettere il funzionamento del mercato comune.[52] Molte cose sono cambiate dalla sentenza n. 170/1984 della Corte costituzionale.[53] Ma il principio delle competenze attribuite continua a essere iscritto nel Trattato sull'UE e nella stessa Carta di Nizza. Anche quando sono in ballo i diritti fondamentali. La pervasività di questi ultimi rischia di decostruire il concetto su cui si è fin qui ammessa la prevalenza del diritto comunitario e dell'Unione sugli ordinamenti nazionali e di segare il ramo su cui è stato finora aggrappato il delicato equilibrio tra sovranità nazionale e poteri sovranazionali derivati.

[50] C. cost., sent. n. 40/2011.

[51] Scettico sull'effettività della tutela dei diritti fondamentali in Europa per mezzo della stesura di cataloghi e della (prevalente) funzione del giudice europeo, appare A. AZZARITI, *op. cit*., p. 340ss.

[52] Cfr. J. H. H. WEILER, *The Constitution of Europe*, Cambridge 1999, p. 61 e 212; ID., *La Costituzione dell'Europa*, Bologna, 2003, p. 112. Per la giurisprudenza costituzionale, cfr., in particolare, C. cost. n. 183/1973, punto 9.

[53] Cfr., tra i tanti, A. RUGGERI, *op. ult. cit*., p. 154ss.; R. BIN, *op. ult. cit*., 363ss.