

SILVIO GAMBINO

*I DIRITTI FONDAMENTALI COMUNITARI FRA TRATTATO
COSTITUZIONALE E COSTITUZIONI NAZIONALI*

*Ordinario di Diritto Pubblico Comparato
Facoltà di Scienze politiche – Università della Calabria **

SOMMARIO

1. La Carta europea dei diritti: un documento politico che diviene testo giuridico. 2. Costituzione o processo costituente?. 3. Il 'Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa': Trattato o Costituzione?. 4. Realtà, prospettive e limiti nella formazione e nella (presente) evoluzione del diritto costituzionale comune europeo. 5. Trattato costituzionale e diritti sociali comunitari. 6. I diritti fondamentali fra nuove positivizzazioni comunitarie e incerte protezioni giurisdizionali.

1. *La Carta europea dei diritti: un documento politico che diviene testo giuridico*

Le più recenti evoluzioni conosciute dal diritto dell'Unione europea si prestano, come è noto, a più livelli di indagine. Quello relativo ai rapporti fra Trattato costituzionale e Costituzioni nazionali, indubbiamente, ne costituisce uno fra i più rilevanti, se non quello maggiormente di rilievo, interrogandosi sulla centrale questione se il TC sia o meno destinato a modificare i rapporti attuali fra diritto comunitario e diritti costituzionali nazionali.

Affronteremo questo tema limitatamente alle problematiche poste a partire dalla incorporazione della Carta dei diritti fondamentali all'interno del TC e dei relativi riflessi sui costituzionalismi nazionali. A tal fine, ci interrogheremo sulla stessa questione della necessarietà di procedure di legittimazione costituenti alla base delle pretese della 'supremazia' del diritto comunitario sulle costituzioni nazionali, ancorché questo non significhi disconoscimento formale della primazia del primo sui secondi. Allo stato, infatti, in accordo con la migliore dottrina, deve dirsi che il diritto

* Relazione al Convegno "La Costituzione della nuova Unione Europea", organizzato dall'Istituto di Diritto Pubblico, della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Urbino "Carlo Bo", l'11 marzo 2005.

dell'U.E. può vantare sulla ricognizione da parte del TC dei valori condivisi fra stati/popoli europei, la cui armonizzazione non potrà che continuare ancora a fondarsi sul ruolo del giudice comunitario, alla ricerca delle ragioni e delle forme per assicurare la convivenza fra più livelli costituzionali, in una parola, come osserva Valerio Onida, una 'armonia fra diversi'.

Nella ricognizione del problema non possiamo che partire da Nizza, salvo poi a ricostruire, sia pure in modo essenziale, la giurisprudenza pretoria della Corte di Giustizia in materia di diritti fondamentali a partire dai primi anni Sessanta.

Se dunque l'analisi può farsi partire dalla solenne proclamazione dei diritti fondamentali nella Carta di Nizza, non pare potersi affermare che le soluzioni accolte in tale documento (ricognitivo di giurisprudenze e di carte internazionali) possano ritenersi comparabili alla tutela dei diritti fondamentali per come accolta nelle maggioritarie esperienze costituzionali europee. Ciò soprattutto se si considera il regime giuridico previsto per i diritti politici e i diritti sociali comunitari, per come definiti – questi ultimi – sia nella Carta di Nizza che nella Convenzione di Roma e nelle Carte sociali (sottoscritte dalla gran parte degli stati membri dell'Unione europea, ancorché dalla incerta forza giuridica).

Tuttavia, deve anche aggiungersi che, pur in assenza della piena vigenza dei diritti fondamentali comunitari (che avverrà solo con la ratifica e la vigenza del 'Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa', ai sensi dell'art. IV-447 TC), nella presente fase, la disciplina di tali diritti costituisce già una importante apertura al tema del bilanciamento fra valori economicistici e valori sociali dell'ordinamento comunitario originario.

Questi ultimi, così, registrano una novità particolarmente significativa, almeno sotto il profilo simbolico, presentandosi come contenuto fondamentale del 'patrimonio costituzionale comune' europeo (A. Pizzorusso).

D'altronde, la stessa dottrina che è stata impegnata validamente nel sostenere le ragioni della necessità della 'Carta dei diritti' in sede di Convenzione, non omette di ricordare come lo stesso art. 136 TCE (vers. cons.) – ove si prevede che la Comunità e gli Stati membri si impegnano a 'tenere presenti' i diritti sociali nel perseguimento degli obiettivi di politica sociale definiti nella medesima disposizione – esclude "tassativamente dalle competenze comunitarie le materie delle retribuzioni, del diritto di associazione, del diritto di sciopero, ecc." (A. Manzella, S. Rodotà).

Uno dei problemi di maggior rilievo in materia, ampiamente approfondito in dottrina e nella stessa giurisprudenza nazionale e comunitaria,

è dato dalla definizione della posizione della Carta europea dei diritti nell'ambito della gerarchia delle fonti di diritto comunitario (M. Cartabia; P. Caretti).

Benché la volontà della Commissione, del Parlamento Europeo e di alcuni Stati (tra cui l'Italia) fosse quella di un inserimento della 'Carta' nel *corpus* dei trattati comunitari, e benché anche l'organo costituito per la sua redazione abbia lavorato sul presupposto della sua efficacia vincolante, il Consiglio europeo, a Nizza, si era limitato a 'proclamare' solennemente la Carta dei diritti fondamentali, senza assumerne l'integrazione/incorporazione nei trattati comunitari. Il Consiglio di Colonia (3/4 giugno 1999), nelle sue conclusioni, aveva precisato, in proposito che, solo dopo la proclamazione comune della 'Carta' ad opera del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione, si sarebbe potuto "esaminare se, ed eventualmente in quale modo, la 'Carta' possa essere integrata nei trattati".

Allo stato, pertanto, pur non avendo natura giuridica ed efficacia vincolante, bisognerà cogliere – nelle more della piena vigenza del Trattato costituzionale (d'ora in poi TC), ai sensi dell'art. IV-447.2 – quale ruolo è stato riservato alla 'Carta' nella prassi applicativa (A. Celotto; M. Cartabia; C. Di Turi).

Se, infatti, in quest'ultima, e soprattutto nella giurisprudenza della Corte comunitaria, potessero individuarsi concrete modalità applicative, la 'Carta' – a mò di *Bill of rights* del costituzionalismo comunitario – rappresenterebbe un passo significativo verso una futura Costituzione sovranazionale europea, rendendo più chiara l'esigenza di ripensare se non a forme di statualità compiute, almeno ad un nuovo e peculiare costituzionalismo inclusivo della relativa legittimazione costituzionale (L.S. Rossi).

In diversa ipotesi, il rischio sarebbe quello che la 'Carta' resti una dichiarazione d'intenti o di diritti non cogenti, di cui è ricca la storia delle organizzazioni internazionali, che spiega in modo semplificato diritti, del resto già riconosciuti in tutti gli Stati della Unione europea, potendo, al massimo, costituire "un immediato ausilio interpretativo per 'rafforzare' conclusioni raggiungibili comunque su altre basi" (A. Pace).

Tuttavia, è da rilevare che la 'Carta', quale 'ricognizione' di un comune 'patrimonio costituzionale europeo', ha già iniziato a costituire un importante punto di riferimento, soprattutto in sede giurisdizionale, ancorché ciò non possa affermarsi per la giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee. Si può ricordare, a tal fine, la decisione accolta nella causa *BECTU vs. Secretary of State for Trade and Industry* (Causa C-173/99), nella quale si dà piena conferma della natura di diritto

sociale con riferimento al diritto alle ferie annuali retribuite, quando affermava e ciò appunto sulla base della Carta che “racchiude enunciazioni in gran parte come ricognitive di diritti già altrove sanciti”. In precedenza, uno specifico riferimento alla Carta dei diritti era stato fatto dal *Tribunal Constitucional* spagnolo (STC 292/2000, del 30 novembre 2000), che, in data addirittura antecedente alla proclamazione della ‘Carta’ stessa, al punto 8 della motivazione, aveva garantito il diritto al trattamento dei dati personali fondandolo, anche in questo caso, sulle previsioni della Carta. La stessa Corte costituzionale italiana, nell’*iter* argomentativo di una sua recente sentenza (Corte cost., sent. n. 135/2002) in tema di libertà di domicilio, ha fatto ricorso alla ‘Carta’ con un ragionamento *ad adiuvandum*, sottolineando che “l’ipotizzata restrizione della tipologia delle interferenze della pubblica autorità nella libertà domiciliare non troverebbe riscontro né nella Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali (art. 8), né del Patto internazionale sui diritti civili e politici (art. 17), né, infine, nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, proclamata a Nizza nel dicembre 2000 (artt. 7 e 52), qui richiamata – ancorché priva di efficacia giuridica – per il suo carattere espressivo di principi comuni agli ordinamenti europei” (punto 2.1 del considerato in diritto). In precedenza, un ‘richiamo’ alla Carta dei diritti era stato fatto, in una sua ordinanza, dalla Corte di appello di Roma, che, in un suo considerando, si richiamava alla Carta dei diritti, rispetto alla quale si sosteneva che, “anche se non ancora inserita nei trattati, è ormai considerata pienamente operante come punto di riferimento essenziale non solo per l’attività delle istituzioni comunitarie, ma anche per l’attività interpretativa dei giudici europei”.

Benché tale orientamento non sia ancora seguito dalla Corte di Giustizia delle Comunità europee, che in merito si attiene ad un prudente *self-restraint* (superato, tuttavia, dal Tribunale di primo grado, almeno in due pronunce: *causa T-54/99* del 30 gennaio 2002 e *causa T-177-01* del 3 maggio 2002), secondo parte della dottrina, esso offre il vantaggio di consentire una fissazione chiara e definitiva dei diritti fondamentali, assicurandone l’*indivisibilità* (fra diritti civili, economici e sociali) e l’*inscindibilità* rispetto ai valori e alla pregressa esperienza comunitaria, in maniera tale da permettere di stabilizzare un processo, a volte tumultuoso, che ha permesso al giudice comunitario di travalicare i limiti dei trattati e di spingersi oltre mediante un procedimento d’interpretazione indubbiamente ‘progressivo’.

È pur vero però che, in astratto, una fissazione rigida dei diritti fondamentali potrebbe rischiare di comportare una riduzione di tutela, in

quanto limitata a quanto espressamente stabilito nella ‘Carta’ e che altri hanno osservato che la ‘Carta’ si riduce ad una elencazione di diritti, senza nessuna previsione di doveri o quantomeno di limiti all’esercizio degli stessi (ad es., nel caso del diritto di proprietà e di iniziativa economica, non è stato previsto il limite della ‘funzione sociale’, necessario a legittimare gli interventi legislativi di conformazione dei diritti medesimi a finalità sociali).

A fronte di tale orientamento, tuttavia, non manca chi si richiami alle origini per così dire giusnaturalistiche dei diritti nell’ambito del costituzionalismo europeo come anche in quello americano. In tale contesto, i diritti costituiscono un *acquis* consolidato “che limita e relativizza qualsiasi sovranità... essi sono per così dire l’antisovrano” (V. Onida), ed ecco perché “scrivere una carta europea dei diritti significa (e ha significato) non tanto redigere un testo su cui dovesse esprimersi una volontà legislativa, ma trovare e raccogliere, nel secolare ‘deposito’ della tradizione costituzionale – fatta di carte, di testi, ma anche e soprattutto di giurisprudenza, sia essa dei giudici nazionali o comunitari o della Corte di Strasburgo – ciò che vi è di essenziale e di comune: un’opera, appunto, prevalentemente ricognitiva” (V. Onida).

Le disposizioni della ‘Carta’, nella previsione accolta a Nizza, hanno un ambito di applicazione limitato agli atti delle Istituzioni e degli Organi dell’Unione e agli atti degli Stati membri che danno attuazione al diritto dell’Unione, così come previsto espressamente all’art. 51, par. 1, della stessa ‘Carta’, mentre il par. 2 della medesima disposizione afferma che la ‘Carta’ non introduce nuove competenze per l’Unione, né apporta modifiche ai compiti definiti dai Trattati.

Il nuovo testo, peraltro, non richiede modifiche delle costituzioni degli Stati membri, né (naturalmente) si sostituisce ad esse, limitandosi a proporre una sistemazione (visibilità) che offre uno spazio comune di diritti, un denominatore comune fra tradizioni giuridiche e sensibilità diverse, diventando, in tal modo, premessa di una (quasi) compiuta ‘cittadinanza europea’ (M. Cartabia; S. Gambino; V. Lippolis).

In ogni caso, la ‘Carta’ ha già oggi una sua valenza, a testimoniare quel sentimento comune europeo che è costituito di diritti e di importanti conquiste civili e a manifestare quello che è il carattere profondo di una Europa, non solo economica ma sempre più aperta alla ricerca di ‘tradizioni costituzionali comuni’ che possano costituire l’*ethos* condiviso dei diversi popoli europei riuniti giuridicamente attraverso le istituzioni comunitarie.

La soluzione al problema della natura giuridica della ‘Carta’ (e di

conseguenza il problema della sua collocazione nell'ambito della gerarchia delle fonti comunitarie), pertanto, è rinviato ad una fase successiva (ed è appunto oggetto di disciplina nel Trattato costituzionale, di cui si dirà in seguito).

In relazione al connesso profilo riguardante l'ambito di applicazione della 'Carta', è stato osservato che alcune disposizioni della stessa sembrerebbero disciplinare materie di più ampio respiro rispetto al nucleo delimitato delle competenze dell'Unione. Era stata, a tal fine, predisposta una 'clausola orizzontale', secondo la quale la 'Carta' non ha la finalità di modificare le competenze dell'Unione, in quanto una siffatta innovazione potrebbe essere introdotta solo attraverso l'attivazione dell'apposito *iter* procedimentale di revisione dei trattati.

In conclusione, appare certo come il presente sforzo di positivizzare le 'tradizioni costituzionali comuni' dei Paesi membri dell'Unione europea in materia di diritti fondamentali consegnati alla *Carta europea dei diritti fondamentali* un evidente ruolo di '*ponte fra passato e futuro dell'Europa*'. Non appare dubbio, così, che l'Europa si lascia alle spalle un complesso ordinamento giuridico pensato soprattutto per le merci e i capitali, e si profila all'orizzonte (più o meno vicino, più o meno chiaro) una Europa dei cittadini e dei diritti. Una Europa che potrà attrarre le sensibilità e le culture dei popoli europei, molto più di quanto non ha potuto e saputo fare l'Europa dei mercati (e dei mercanti).

In tale nuovo scenario, importanti scelte di fondo riguardano il contenuto, l'estensione, le garanzie giurisdizionali dei singoli diritti intesi non come mere questioni tecnico-redazionali ma nel loro significato assiologico-oggettivo (A. Ruggeri). Esse hanno un primario carattere politico, proponendosi, perfino, come momento fondativo di un ordinamento democratico-costituzionale (quasi) pienamente compiuto e, pertanto, autoreferenziale.

Secondo parte della dottrina (A. Baldassarre) – le cui argomentazioni, tuttavia, in assenza di un compiuto procedimento costituente (che segna l'impervia via delle assemblee costituenti ovvero quella, più domestica, del referendum confermativo o meglio ancora della recezione del trattato con legge costituzionale), non riteniamo di poter condividere (salvo a considerarle come espressione di un mero 'fatto' costituzionale o, meglio ancora, come espressione di un costituzionalismo consuetudinario, ormai pienamente riconosciuto dagli stessi Stati membri dell'Unione europea) –, la Carta dei diritti, in tal senso, potrebbe trasformare la stessa fonte di legittimazione dell'ordinamento europeo, che passerebbe in tal modo dalla volontà degli Stati membri a quella dell'Unione.

Pur dovendo prendere atto della evidenza della effettività osservabile, oltre che nel processo (A. Spadaro), nella (pienamente conseguita e riconosciuta) normatività costituzionale europea, in senso diverso, a noi pare doversi sottolineare che la incorporazione della Carta dei diritti all'interno dei trattati comunitari deve affrontarsi anche con riferimento alle problematiche costituzionali poste dalla legittimazione costituzionale del (nuovo) ordinamento costituzionale comunitario, come appunto il diritto comunitario si presenterà al giudice comunitario ma anche a quelli ordinari e costituzionali dei singoli Paesi dell'Unione europea.

Analogo percorso argomentativo, peraltro, può seguirsi, in via generale, anche per le transizioni costituzionali o per l'instaurazione di nuovi ordinamenti costituzionali (S. Gambino), ancorché tale orientamento sia contrastato da chi osserva come non sia affatto scontato ai fini della legittimazione dei nuovi ordinamenti costituzionali – sia per le transizioni europee del secondo dopoguerra sia per quelle della transizione post-comunista degli anni Novanta – il ricorso ad assemblee costituenti, e dovendosi, per questo, sottolineare come “negli stati membri dell'Unione, il potere costituente si è estrinsecato in una pluralità di forme, il cui tendenziale *quid* comune è costituito dalla deliberazione dell'atto da parte di un'assemblea parlamentare, non importa se appositamente costituita, e dalla successiva approvazione con referendum popolare” (C. Pinelli).

2. Costituzione o processo costituente?

Come si può cogliere, dunque, la questione rinvia espressamente alla peculiare *natura del processo costituente comunitario in corso*, che l'integrazione della 'Carta' nei trattati comunitari accentuerebbe e in qualche modo definirebbe in modo sostantivo.

La questione, in altri termini, rinvia al tema (mitico?) del potere costituente (A. Barbera). Essa spinge ad interrogarsi se il 'Trattato costituzionale' comunitario, nel portare a completamento un (ricercato, positivo e risalente) processo di costruzione comunitaria, non debba inquadrarsi come espressivo di una oramai compiuta 'discontinuità' costituzionale, e come tale “non sanabile, dal punto di vista dell'ordine costituzionale ormai travolto, per il mero fatto dell'utilizzo di questo o quello strumento comunque espressivo di potere costituito (e non appunto costituente)” (A. Ruggeri). In altri termini, si ripropone la questione centrale “se il nuovo Trattato costituzionale si ponga, per natura giuridica ed effetti, al fianco (o al posto) dei vecchi trattati ovvero se non sia ad essi accostabi-

le... il che è come dire se possa, esso pure, farsi riportare sotto la ‘copertura’ dell’art. 11, nel segno della continuità, ovvero se debordi irrimediabilmente dall’alveo tracciato nella Carta del 1948, siccome appunto fattore di discontinuità” (A. Ruggeri).

A partire dall’apparente natura quasi-costituzionale (e dall’autodefinizione come tale) che il nuovo Trattato assume (soprattutto) in ragione della incorporazione della ‘Carta’, tale approccio, dunque, argomenta nel senso dell’avvenuta discontinuità rispetto alla precedente formazione del diritto comunitario per via di ‘trattati non costituzionali’, sottolineando che la ‘forza simbolica’ di tale scelta sarebbe tale da assicurare piena legittimazione alla “nascita in via consuetudinaria di una nuova norma di riconoscimento della Costituzione europea”.

Rispetto a tale (pur autorevole) orientamento dottrinario, tuttavia, si deve osservare come continuo a non trovare risposte quelle censure che insistono sulla precarietà, sul *deficit* costituzionale, di un simile processo costituente, nell’ambito costituzionale europeo, quasi ovunque caratterizzato dalla rigidità delle costituzioni e garantito da sistemi di giustizia costituzionale.

La Convenzione ha indubbiamente spostato in avanti la frontiera dell’integrazione comunitaria attraverso i diritti e di ciò, naturalmente, deve prendersi atto da parte della stessa dottrina costituzionale più riottosa rispetto alle forme fin qui seguite, debitorie a loro volta della cultura e delle connesse flessibilità proprie del diritto pattizio connotante l’approccio internazionalistico. Tuttavia, rimane “la debolezza del riferimento alla concreta interazione politica, in altri termini dei diritti politici dei cittadini” (S. Dellavalle); pertanto, rimane tuttora posto il dubbio “che il fine non sia stato conseguito in modo soddisfacente e che anzi la retorica unitaria altro non sia che un paravento dietro al quale nascondere la mancanza di una reale democratizzazione delle istituzioni” (S. Dellavalle).

Che di Costituzione vera e proprio non si tratti, in verità, costituisce ormai orientamento comune condiviso nella dottrina, ivi compreso in quella componente della stessa che sottolinea come “l’attuale stadio evolutivo dell’Unione non è paragonabile a quello in cui si trovavano gli Stati all’epoca della fondazione costituzionale” (C. Pinelli). Che si tratti di un processo costituente atipico, in senso descrittivo (per usare una formula usata da G. U. Rescigno nell’analisi delle transizioni costituzionali del secondo dopo-guerra), volto a consolidare una evoluzione della integrazione comunitaria pare parimenti condiviso, almeno a partire dal Trattato di Maastricht in poi. È indubbio infatti come, a partire dal novellato TC, intere parti della Costituzione italiana (e degli altri Paesi membri

dell'UE) registrino significative influenze e di ciò non potranno che aversi riscontri nella giurisprudenza comunitaria ma anche nella espansione delle funzioni giurisdizionali degli stessi giudici nazionali (ordinari e costituzionali) in sede di applicazione nel diritto interno della novellata normativa comunitaria (primaria e secondaria).

Le disposizioni degli artt. I-5, I-6, II-111 e II-113, in particolare, per come autorevolmente letti di recente, consentono tre principali conclusioni. Nella prima si afferma che il principio che deve guidare l'interprete della indagine relativa ai rapporti fra TC e Costituzioni nazionali rimane quello della "suddivisione dei rispettivi ambiti di operatività in base ad un principio di competenza, rimanendo ciascun ordinamento fondato e orientato su una propria Carta costituzionale". Nella ipotesi di intreccio e sovrapposizione fra discipline dei diversi ordinamenti il TC gode di supremazia e prevalenza sulle costituzioni nazionali; tale supremazia, tuttavia, allorché tocca l'ambito dei principi e dei diritti fondamentali dei singoli ordinamenti costituzionali nazionali, lascia l'ultima parola alle costituzioni nazionali e per esse ai relativi giudici costituzionali, in una sorta di "primato invertito" (M. Cartabia).

Rimane comunque aperta, nella fase attuale, la questione relativa alle ulteriori fasi, necessarie, ai fini di un più compiuto e perfezionato processo di integrazione comunitaria.

In tale direzione muovono argomentazioni a favore a) del referendum come "elemento aggiuntivo essenziale al perfezionamento dell'atto in corso" (G. De Minico), b) di "un riallineamento della nostra Costituzione del 1948 a quanto il processo di integrazione europeo ha già prodotto e a quanto ancor più produrrà in futuro, abbandonando la strada sin qui seguita di abbandonare questo riallineamento a quell'unica disposizione contenuta nell'art. 11, che è norma idonea a consentire, a certe condizioni, cessioni di sovranità, ma del tutto inidonea a riconformare quegli aspetti del disegno costituzionale originario più esposti agli effetti che quelle cessioni hanno prodotto" (P. Caretti) – in ciò collocandosi sulla scia di altre esperienze europee come quella francese, tedesca, spagnola e portoghese – ed infine c) opinioni volte a sostenere la necessità di spingersi oltre, optando "per la ratifica e il recepimento del Trattato costituzionale europeo con legge costituzionale... (che) consentirebbe di formalizzare l'eguale dignità delle costituzioni nazionali e della Costituzione europea, facilitando l'interpretazione armonizzatrice da parte dei giudici, necessaria in un sistema che intende ispirarsi al *multilevel constitutionalism*" (M. Cartabia).

Con riferimento alla natura del presente Trattato, dunque, se ne deve

concludere che la riorganizzazione dei trattati, perseguito mediante abrogazione di quelli precedenti e la loro riformulazione in un unico Trattato che ne assicuri una migliore leggibilità, non costituiscono di per sé argomento o indice risolutivi a favore di una loro trasformazione in un testo (formalmente) costituzionale.

In realtà, a ben cogliere, argomenti in favore di tale trasformazione erano già presenti sia nella giurisprudenza di alcune corti costituzionali europee, come quella tedesca – secondo la quale i trattati comunitari costituirebbero in qualche modo la Costituzione di questo ordinamento (sentt. del 18 ottobre 1967 e del 9 giugno 1971), “in quanto le regole giuridiche sancite dalle istituzioni comunitarie... costituiscono un ordine giuridico proprio che non deriva né dal diritto internazionale pubblico né dal diritto nazionale degli stati membri” – sia nella stessa affermazione pretoria del giudice comunitario che, unitamente all’affermazione del primato e della diretta applicabilità del diritto comunitario, e sulla base del controllo giurisdizionale previsto nello stesso Trattato, conclude per la qualificazione dell’ordinamento comunitario come “carta costituzionale di base” (sent. *Les Verts c/ Parlement européen*, 22 aprile 1986), o come “carta costituzionale di una comunità di diritto” (Parere 1/91, *Espace économique européen*, 14 dicembre 1991).

Tuttavia, tali affermazioni, fondate sulla ‘analogia’ fra le disposizioni dei trattati e quella delle costituzioni nazionali, pur incontestabili, non appaiono risolutive ai fini della individuazione dei profili distintivi fra le due tipologie di atti, di tal che, in definitiva, “solo l’esistenza di un aspetto formale di costituzione – un ordine giuridico autonomo dotato di un proprio controllo giurisdizionale – imporrebbe la questione della costituzionalizzazione del trattato” (Ch. Franck). Tale aspetto formale non riceverebbe risposta finché un altro elemento formale di costituzione non sia previsto, quello appunto del potere costituente.

Sotto questo profilo, non risultano convincenti né risolutive le argomentazioni di un orientamento diffuso che si sofferma a sottolineare quanto, in realtà, nessuno nega in dottrina – l’esistenza cioè di un ordinamento autonomo, quello comunitario – che produce effetti giuridici sugli ordinamenti interni dei Paesi membri; tali effetti sono pienamente riconosciuti negli ordinamenti interni e come tali fatti valere (A. Pizzorusso, R. Romboli, A. Ruggeri, A. Saitta, G. Silvestri). Ma può dirsi che questo faccia perdere ogni distinzione fra ‘trattato’ e ‘costituzione’, come pure taluno assume?

A rischio di iscriversi in un orientamento dottrinario (che appare conservatore (di risalenti categorie e connesse certezze giuridiche), così,

pare necessario sottolineare come una Costituzione – in quanto atto giuridico fondativo di un ordinamento giuridico primario e di quest'ultimo costituente parte integrante fondamentale nella sua componente di *inner law* – non possa che procedere da una volontà costituente.

Lungo questo percorso analitico, indubbiamente, sono da superare risalenti rigidità di tipo procedurale delle categorie dogmatiche, come quelle di assumere come fondativo di nuovi ordinamenti costituzionali il solo pronunciamento di tale volontà mediante assemblee costituenti, idoneamente costituite allo scopo. A tanto muove non tanto e non solo il riconoscimento delle peculiarità storiche delle assemblee costituenti delle fasi post-belliche quanto la considerazione che anche prima di tale periodo evolutivo del costituzionalismo contemporaneo, in quello originario risultava prevalente una natura 'flessibile' delle costituzioni rigide moderne (A. Pace).

Rimane in ogni caso che un pronunciamento costituente alla base di un nuovo ordinamento costituzionale, che garantisca al contempo anche una nuova gerarchia fra gli ordinamenti nazionali e quello comunitario, risulta necessario al fine di risolvere tutte le possibili antinomie che una mancata legittimazione di tale gerarchia comunque presenterebbe. D'altra parte, in quali disposizioni del Trattato costituzionale è possibile riconoscere al Parlamento europeo una forza propria, costituente e/o di 'revisione costituzionale', tale da imporsi sulle 'Alte Parti contraenti' (che sono appunto i governi nazionali, e solo indirettamente i Parlamenti nazionali)? Anche sotto questo profilo, pertanto, deve osservarsi come la mera elezione a suffragio universale del Parlamento europeo e la naturale (pretesa) competenza costituente dello stesso non costituisce argomento risolutivo ai fini della garanzia di esercizio da parte dello stesso di un potere costituente. Il Parlamento europeo, nella concreta realtà, esercita i soli poteri che 'i signori dei trattati' gli riconoscono.

L'argomento risolutivo in tale ottica ritorna, in tal modo, a riproporsi come necessità di una legittimazione costituente da parte dei popoli europei, che si esprimono sia attraverso i parlamenti nazionali, sia attraverso i propri eletti nel Parlamento europeo sia, nella fase individuata come veramente costitutiva del nuovo costituzionalismo europeo, attraverso modalità diretta dei cittadini dei paesi membri.

Ma, come si è già sottolineato, l'ipotesi di un referendum europeo, che è pregno di evocazioni costituenti, non è stato ancora ritenuto, almeno in questa fase, necessario (né concretamente praticabile). Al pari della nozione di cittadinanza europea, esso è ancora destinato a fungere da "premessa ideologica", volta a sostenere "una tensione crescente a sele-

zionare valori e idee comuni ad un popolo di Europa in senso stretto (che) si va affiancando alla consapevolezza della identità nazionale” (G. De Minico).

Anche sotto questo profilo, non può che sottolinearsi nuovamente come l’orizzonte costituente, con buona pace delle opinioni in senso contrario, sia mancato anche nella ulteriore, attuale ed importante, fase di sviluppo della integrazione comunitaria. I problemi non sarebbero certo mancati in assenza di una disciplina comunitaria in materia e di soggetti legittimati ad indirlo a livello comunitario. Rimane così il solo orizzonte nazionale; tuttavia, lo svolgimento di referendum nazionali non potrebbe certo surrogare l’atteso effetto legittimante “della funzione nominalmente costituente esercitata dal binomio Convenzione-CIG, (potendo unicamente intervenire) sul piano degli strumenti impiegati da ciascuno Stato per immettere il diritto comunitario all’interno del proprio ordinamento” (G. Allegri).

Per tornare alle tesi già richiamate in precedenza, pertanto, e salvo a convenire (come non si ritiene di poter fare in presenza di istituzioni nazionali pienamente operanti nell’ambito della garanzia costituzionale dei diritti fondamentali), l’orientamento che pare più convincente e argomentato è quello che porta a sottolineare come i lavori della Convenzione avrebbero concretizzato poco più che una riorganizzazione normativa dei trattati delle Comunità e dell’Unione europea. “Ciò non toglie, infatti, – come è stato bene osservato – che continuiamo ad avere a che fare con un testo che è oggettivamente impossibile chiamare Costituzione, perché una Costituzione è tale non solo per il fatto di avere questo genere di contenuti, ma anche e soprattutto perché rappresenta il risultato di un processo che nasce, dal popolo, con l’intenzione di essere un processo costituente, con una legittimazione, quella del titolare della sovranità, che non può dare adito a dubbi, con una forza conformante dirompente, proprio perché basata sulla volontà del *demos*. In altri termini, per poter affermare che un determinato testo normativo è una Costituzione, e, nel caso di specie, è la Costituzione europea, è necessario che esso sia elaborato ad opera di un’Assemblea costituente europea, eletta a suffragio universale diretto da un popolo europeo che si dovrebbe caratterizzare per un *idem sentire* che, ad oggi, non è dato rintracciare” (F. Salmoni).

Seguendo un orientamento già autorevolmente argomentato dalla migliore dottrina costituzionale italiana (G. Zagrebelsky; U. De Siervo; A. Pizzorusso; V. Onida) e straniera (O. De Schutter; L. Favoreu), può sottolinearsi, così, che il tema dei rapporti fra diritti e Costituzioni nel nuovo ordinamento comunitario – e con esso il tema della ‘giustiziabilità’ dei

diritti accolti nella Carta di Nizza (e ora nel Trattato costituzionale) – non ha ancora trovato soluzioni pienamente soddisfacenti.

Si pensi in tal senso alle problematiche costituzionali sollevate dagli artt. 51 e 52 della Carta di Nizza e non ancora pienamente risolte dal nuovo Trattato costituzionale, ivi considerando le integrazioni apportate all'art. 52, nonché il ruolo assegnato alle 'Spiegazioni' del Presidium della Convenzione sulla interpretazione della 'Carta'. Ciò ha portato autorevole dottrina, come è noto, ad interrogarsi sulla necessità di dar vita ad una sorta di "super-Corte europea per regolare i problemi, una specie di tribunale dei conflitti costituzionali europei con il compito di armonizzare i cataloghi e le giurisprudenze delle diverse Corti" (U. De Siervo).

Ma ciò che maggiormente rileva di tale rapporto, con peculiare riferimento alla garanzia delle posizioni giuridiche soggettive costituzionalmente garantite, in passato solo rinviato con la nota giurisprudenza sui 'controlimiti', pare da individuare nella necessità (costituzionale ma anche politica) di una "riforma costituzionale sia a livello europeo che a livello nazionale" (U. De Siervo), non potendosi continuare ad ipotizzare/praticare un processo di integrazione comunitaria, che diviene *in itinere* (quasi fattualmente) processo di costituzionalizzazione comunitaria piena, in assenza di una legittimazione democratica adeguatamente rappresentativa, come solo le procedure costituenti possono assicurare, e attenta "a progettare un sistema di garanzie davvero funzionale" (U. De Siervo).

In una lucida analisi sulle 'sorti' dei 'controlimiti' nell'ottica della positivizzazione dell'art. II-53 nel TC, A. Celotto e T. Groppi hanno bene sottolineano tutti i paradossi della giurisprudenza costituzionale in materia (sia di quella nazionale che delle altre corti costituzionali europee). Da una parte, infatti, "i 'controlimiti' sono da intendere come rigurgito di orgoglio nazionale (...soprattutto in ragione della considerazione secondo cui è ormai chiaro come) l'intervento del diritto comunitario non costituisca un attentato agli ordinamenti costituzionali nazionali, bensì, piuttosto, uno strumento di notevole potenzialità per dare sviluppo a principi a valori presenti nelle Costituzioni, ma spesso negletti o dimenticati" (§ 4). Dall'altra, è da sottolineare "la inutilità di questi indirizzi, in quanto nessuno Stato ha avuto il 'coraggio' davvero di dichiarare la prevalenza di un 'controlimite' sulle norme comunitarie (§ 4) ... il diritto comunitario (infatti) 'aggira' le garanzie poste a tutela della rigidità delle Costituzioni, grazie ai principi di *primauté* e di efficacia diretta, che non possono non valere anche rispetto alle norme di rango costituzionale", come il caso Kreil ha bene dimostrato. Ne segue una considerazione nella quale si sottolinea come "i controlimiti si avviano a divenire non più il

rigido muro di confine fra ordinamenti, ma il punto di snodo, la cerniera nei rapporti fra UE e Stati membri... Una UE che tende alla formazione di un vero Stato unitario di tipo federale non può non consentire che i singoli Stati membri, soprattutto in materia di diritti, non applichino le proprie disposizioni che riconoscono livelli di protezione più elevati, al pari di quanto avviene tradizionalmente negli Stati federali... (in questa ottica, pertanto) i ‘controlimiti’ acquistano una propria legittimazione, quale forma dinamica di prevalenza del diritto nazionale, rispetto al caso concreto; la *primauté* assume contenuti nuovi e differenti, ammettendo deroghe a livello nazionale” (§ 4) (F. Salmoni).

Al momento, queste ultime risultano assenti nella previsione comunitaria *de jure condendo*, la quale si limita “ad affermare libertà e diritti, allorché il moderno costituzionalismo esige quanto meno che nelle disposizioni di garanzia si predeterminino anche le categorie dei limiti che potranno essere successivamente sviluppate dal legislatore alle situazioni soggettive di vantaggio. Analogamente assai importante nel moderno costituzionalismo appare l’esatta predeterminazione dei casi nei quali l’esercizio dei poteri limitativi delle libertà sarà riservato alle sole autorità giurisdizionali piuttosto che alle autorità amministrative. Il rischio conseguente è che tutta una serie di importanti libertà possono essere in concreto garantite assai meno che nel nostro ordinamento” (F. Salmoni).

3. Il ‘Trattato che istituisce una Costituzione per l’Europa’: Trattato o Costituzione?

Le considerazioni che saranno di seguito sviluppate si incentrano, senza presunzione di completezza, sull’analisi (soprattutto alla luce dei trattati comunitari e della giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee) di alcune delle problematiche relative ai rapporti fra processo di integrazione comunitaria, affermazione del primato del diritto comunitario e garanzie assicurate ai diritti fondamentali nelle costituzioni nazionali. Il processo di integrazione comunitaria, come si è ricordato, si caratterizza tuttora come un processo denso di ambiguità, soprattutto se considerato rispetto alle tecniche seguite dal costituzionalismo originario, e da quello contemporaneo, per la fondazione della sovranità degli Stati e la legittimazione democratica di nuovi ordinamenti costituzionali.

La riflessione sul tema impone, pertanto, una previa analisi che consenta un inquadramento – sia pure essenziale e problematico – delle sue tematiche evolutive. Innanzitutto, è da osservare come un simile processo

di integrazione sovranazionale fra ordinamenti nazionali si accompagni ad una contestuale crisi (di forma e di contenuti, ma anche di categorie interpretative) degli Stati nazionali, il cui rapporto con le classiche categorie del territorio, del popolo e della sovranità veniva, per questo, assiologicamente inquadrato come Stato-Nazione e declinato nella specificità, esclusività, di ogni singola esperienza nazionale. Sono ormai disponibili ampi dati materiali (normativi, dottrinari e giurisprudenziali) per affrontare tale inquadramento utilizzando nozioni aperte alle più attuali ricostruzioni teorico-dogmatiche, tuttora senza un consenso definitivamente conseguito in dottrina.

La questione coinvolge la stessa questione teorica della *natura giuridica del 'Trattato che istituisce una Costituzione per l'Unione'* e del relativo inquadramento nella tipologia dei trattati o in quella, ben diversa, delle costituzioni.

La risposta a tali interrogativi teorico-dogmatici, naturalmente non scevri di conseguenze per il tema oggetto di analisi, vede tuttora la dottrina, come si è già in parte osservato, incerta e articolata su posizioni notevolmente differenziate. In un primo orientamento, infatti, ritroviamo approcci che, nell'analisi del processo di integrazione comunitario, e soprattutto nella disciplina comunitaria del 'riconoscimento' e della protezione dei diritti fondamentali, sottolineano l'esigenza che lo stesso si pieghi alle regole del 'costituzionalismo rigido' e alle procedure stringenti del potere costituente (e dovremmo aggiungere a quelle della giustizia costituzionale). Tali temi sono stati sostanzialmente elusi dal dibattito che ha accompagnato l'adozione del 'Progetto di Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa' (anche perché nessun mandato era stato previsto, in tal senso, a Laeken).

Rispetto a tale profilo, la legittimazione costituzionale comunitaria deve inquadarsi nel contesto della evoluzione registrata nell'ambito delle categorie del diritto pubblico europeo, da ciò facendosi partire una riflessione generale preliminare secondo cui "... non stiamo lavorando nel vuoto e che la materia di cui trattiamo ha una sua insopprimibile e specifica densità di ordine storico... che è quel particolare tipo storico di diritto pubblico che si è affermato in Europa negli ultimi due secoli, in una parola dopo la Rivoluzione francese" (M. Fioravanti). Si nega, cioè, che si possa procedere ad un "approdo progressivo alla 'Costituzione' (europea)" senza abbandonare "definitivamente e completamente l'origine del Trattato, ovvero un intero politico non dimentico delle parti che lo compongono, e che anzi presuppone la loro permanente esistenza" (M. Fioravanti).

L'approdo più recente del processo di integrazione europea, così, – pur registrando un processo che è di indubbia discontinuità con la fase precedente, soprattutto quando si consideri la ‘faticosa marcia’ dei diritti sociali fondamentali della ‘Carta di Nizza’ ora definitivamente incorporati all’interno del Trattato costituzionale – lascia tuttora aperto il problema di un non superato *deficit* costituzionale, che potrebbe trovare soluzione, pertanto, solo ricorrendo alle più garantistiche procedure costituenti classiche o, almeno, ad “una deliberazione popolare sulla Costituzione europea... con apposite deliberazioni da tenere lo stesso giorno, con regole comuni, elaborate a livello europeo” (M. Fioravanti).

A sottolineare tale *deficit* costituzionale, e pertanto la natura giuridica di trattato, sotto cui occorre continuare ad inquadrare il più recente (e avanzato) esito del processo comunitario, sovviene la corretta sottolineatura secondo la quale il ‘Trattato costituzionale’ non può aspirare a definirsi ‘Costituzione’, in ragione del fatto che esso difetta tuttora di un elemento coesistente delle costituzioni, quello dei principi costituzionali, posti alla base del processo di attuazione comunitaria e di interpretazione da parte del giudice comunitario (o di altro giudice comunitario cui si volesse riconoscere in futuro l’esercizio di una simile, necessaria, funzione).

Come è stato bene sottolineato, infatti, molti elementi del costituzionalismo sono previsti, e fra essi rilevano indubbiamente i diritti fondamentali, “ma complessivamente il salto che non si compie è quello dai principi generali del diritto dell’Unione ai principi costituzionali, ovvero nel testo non si ha l’emancipazione di un nucleo forte di principi costituzionali direttamente fondato sulla Costituzione stessa, e non più sui meccanismi noti del diritto comunitario” (M. Fioravanti). Si osserva, sotto tale profilo, come il Trattato costituzionale, oltre ai richiamati diritti fondamentali, si limita a disciplinare soltanto ‘valori’ (I.2) e ‘obiettivi’ (I.3).

Di null’altro, pertanto, può parlarsi, con riferimento alla più recente evoluzione in materia, che di un trattato. Se proprio si volesse accogliere il *nomen juris* proprio delle costituzioni, al massimo si tratterebbe di una “Costituzione ottriata”, come bene sottolinea A. Pizzorusso, ma anche tale approccio non appare risolutivo nel farsi carico delle problematiche poste, nella presente fase di evoluzione del processo costituzionale europeo, rispetto al rapporto fra ordinamenti costituzionali nazionali e quello comunitario.

A fonte di tale approccio – strettamente adesivo alle categorie dogmatiche classiche del costituzionalismo moderno – si colloca un altro

orientamento del tutto aperto al “valore innovativo dell’agnizione costituzionale, della rivelazione di un ordinamento costituzionale nascosto” (A. Manzella), che – sulla base della ‘natura speciale’ del trattato in considerazione – già si interroga sugli effetti abrogativi di un simile ordinamento rispetto alle costituzioni nazionali, assumendo una conferma della natura costituzionale dello stesso nella nuova previsione del diritto di recesso volontario (I.60).

Secondo tale lettura del processo, l’unificazione politica europea non segue le strade già note al costituzionalismo classico ma quelle (radicalmente nuove nelle forme) della legittimazione dei cittadini “che agiscono attraverso i diritti (e perfino contro i propri Stati)” (A. Manzella) e della legittimazione assicurata attraverso i rappresentanti eletti degli Stati all’interno delle *constituencies* europee, “emerge(ndo) dunque dal progetto un persuasivo tentativo per giungere, attraverso convergenti percorsi, all’unità ordinamentale e politica della Unione, su cui basare la nuova-vecchia Costituzione europea” (A. Manzella).

Se si parte dalla esperienza costituzionale del Novecento, come *tertium comparationis*, saremmo in presenza, così, di una perdita di significatività, più o meno rilevante, delle più ricorrenti categorie analitiche fin qui utilizzate nell’indagine giuspubblicistica, che si può cogliere, al contempo, oltre che come crisi dello Stato-Nazione, anche come crisi dello Stato sociale e dello Stato dei partiti, che hanno costituito, almeno per mezzo secolo, categorie interpretative del costituzionalismo ampiamente ricorrenti nell’analisi dottrinarie. Il dibattito, pertanto, deve inquadrare tale approccio nell’ambito delle modalità conosciute dagli ordinamenti costituzionali per guidare il cambiamento costituzionale.

Quest’ultimo tema, come si è già ricordato, appare, in assoluto, fra quelli maggiormente trascurati, o esplicitamente svalorizzati, da parte di un’ampia dottrina costituzionale. Nel sottolineare l’originalità del processo di integrazione comunitaria e la natura peculiare dell’ordinamento comunitario (nel suo dinamico sviluppo), una viepiù crescente area della dottrina gius-pubblicistica pare sempre più disponibile, in modo poco comprensibile, a sottovalutare (quasi fino a prescindere) la prescrittività delle regole costituzionali in tema di revisione costituzionale e i limiti, soprattutto impliciti, alla revisione costituzionale. Una sottovalutazione – quest’ultima – che ha come presupposto e come conseguenza la scarsa considerazione teorica delle esigenze della rigidità costituzionale nel suo rapportarsi all’integrazione comunitaria.

Più correttamente, tale problematica appare affrontata e risolta in altri ordinamenti, come quello spagnolo, francese, portoghese e tedesco,

nei quali si procede alla contestuale revisione costituzionale quando si recepiscono trattati le cui norme (o solo parte di esse) risultino eventualmente in contrasto con il dettato costituzionale.

4. *Realtà, prospettive e limiti nella formazione e nella (presente) evoluzione del diritto costituzionale comune europeo*

Accostandoci più da vicino al tema ora oggetto di analisi, così, si deve sottolineare come la ratifica del Trattato sottoscritto a Maastricht (il 7 luglio 1992) e il Trattato di Amsterdam (in vigore dal maggio 1999) costituiscano una tappa fondamentale nella evoluzione del diritto costituzionale europeo e, al contempo, una nuova fase nel processo di consolidamento di una Unione sempre più stretta tra i popoli dell'Europa (artt. I.1 e I-2 TC).

L'Unione europea – per la prima volta in modo tanto solenne (art. 6 TUE, vers. cons., ora art. I-9 TC) – s'impegna a rispettare “*i diritti fondamentali* quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali... e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, *in quanto principi generali del diritto comunitario*”.

Con le scelte fin qui operate e con le altre che sono *in itinere* di perfezionamento normativo, i governi e i parlamenti europei hanno, dunque, avviato una trasformazione sostanziale del diritto comunitario nella direzione della formazione (sia pure ancora incompiuta) di un diritto costituzionale comune europeo (M. Scudiero. S. Gambino), assicurando la forza propria del dato normativo positivo ad una giurisprudenza comunitaria che aveva già pienamente conseguito una simile tutela.

In tale quadro evolutivo, i parlamenti europei sono sempre più rapportati all'esigenza di assicurare, con le opportune misure costituzionali, il processo di modificazione delle proprie costituzioni per armonizzarle con i principi appena evocati. Molti Stati hanno già proceduto alle necessarie revisioni costituzionali; gli altri saranno chiamati (prima o poi) a farlo. La dottrina costituzionale e in particolare quella comparatistica dispongono ormai di ampio materiale su cui esercitare la propria ricerca nell'analisi delle opportunità ma anche dei vincoli costituzionali al processo di integrazione comunitaria, nonché delle vie seguite (e da seguire), certo non di poco influenti sugli esiti finali del processo, solo che si pensi – oltre alle problematiche già richiamate di una costruzione eminentemente giurisprudenziale di tale diritto – alla combinazione della via par-

lamentare e referendaria e all'impatto che necessariamente esse avranno nella formazione di un'opinione pubblica e ancora di più di una vera e propria coscienza costituzionale comunitaria, in una parola, di uno "spirito comunitario".

Le soluzioni seguite sono variegate. Può ricordarsi, ad esempio, come il 'ritardo' di alcuni Paesi in materia di integrazione comunitaria – come la Francia – sia stato ampiamente colmato con tutta una serie di atti sia positivi (trattati, accordi), sia giurisprudenziali sia, infine, di revisione costituzionale. L'allineamento del Paese appena richiamato alle posizioni giuridiche degli altri Stati membri dell'UE può dirsi conseguito (*Conseil constitutionnel*, 2004-505 DC). La scelta seguita, con l'art. 88.1 Cost., infatti, è stata la medesima seguita dalla Germania (art. 23 LFB), dalla Spagna (art. 95, 96 e 10.2 Cost.) e dal Portogallo (art. 7.6 Cost.): una scelta che si può ritenere rispettosa della sovranità nazionale ma inquadrabile, al contempo, come un segnale esplicito e senza incertezze verso l'integrazione europea.

Alcuni problemi, tuttavia, permangono. Le Carte costituzionali, benché revisionate, non possono tutto; restano limiti alla cessione della sovranità (in materia di principi supremi e di diritti fondamentali); in una parola, rimane confermato che la Costituzione s'impone al diritto comunitario in materia di diritti fondamentali e di principi costituzionali. Né convincono pienamente sul punto gli orientamenti dell'autorevole dottrina che, nell'argomentare l'esistenza di una (pressoché compiuta) Costituzione europea, ricorda come, in base ai principi sanciti dalla Corte di Giustizia in tema di primato sul diritto interno (benché non previsti formalmente dai trattati istitutivi della CEE), fin dai primi anni Sessanta (sent. *Van Gend e/Amministrazione delle Finanze olandese, Costa e/ENEL*), i trattati e i regolamenti comunitari siano dotati di diretta applicazione, producendo una deroga al diritto interno e resistendo alle stessi leggi di rango costituzionale.

Pertanto, all'interrogativo se esista una Costituzione europea, o a quello, in assenza di Costituzione formale, di chi, in breve, rilasci il 'visto d'ingresso' alle norme comunitarie, se l'apposita norma legittimante delle varie costituzioni nazionali od ormai l'Unione europea, per forza costituzionale propria (A. Barbera), si potrebbe allora rispondere che tale soggetto è indubbiamente l'Unione europea, ma a condizione di sottolineare che tale 'autorizzazione' conosce dei limiti inderogabili, quelli appunto di principi supremi degli ordinamenti nazionali, che non certo un giudice può rimuovere ma solo un procedimento, una decisione costituente, che rinvii ai popoli-sovrani dell'Europa.

La risoluzione di tali problematiche di legittimazione costituzionale, dunque, non può avvenire che ricorrendo al ('pur problematico' nelle forme del suo esercizio) potere costituente originario. Come si deve osservare, infatti, non è appropriatamente di *deficit* democratico che può correttamente parlarsi quando si affrontano le tematiche dei rapporti fra Costituzione nazionale e diritto comunitario quanto piuttosto di *deficit* costituzionale, che risulta solo superabile con il rinvio ai soggetti che unicamente possono risolvere tale *deficit* di legittimazione costituzionale: i popoli europei, sovrani decisori della Costituzione europea.

È pur vero, sotto tale profilo, che i conflitti fra gli ordinamenti – nazionali e comunitario – sono molto più paventati che effettivi. In tale contesto, i giudici nazionali sono chiamati a conciliare regole costituzionali e diritto comunitario, assicurando la primazia e la diretta applicabilità del diritto comunitario (regolamenti comunitari ma anche direttive *self-executing*) ma, al contempo, azionando, nel caso si renda necessario, il sindacato delle leggi di recezione dei trattati, almeno rispetto ai profili riguardati dal giudizio in corso. Omologo percorso dovrà seguire la giurisprudenza della Corte di Giustizia a sostegno del primato del diritto comunitario su quello degli Stati membri dell'Unione.

La giurisprudenza costituzionale italiana in tema di contrasto fra norme comunitarie e principi supremi dell'ordinamento costituzionale (in particolare nella sent. n. 232/1989), partendo dall'orientamento nel quale (Sent. n. 183/1973, caso *Frontini* e n. 170/1984, caso *Granital*), con la sanzione del principio della diretta applicabilità e del primato delle norme comunitarie, si limita ad ipotizzare l'incostituzionalità delle legge di esecuzione del Trattato (sentenze *Frontini* n. 183/1973 e *Granital* n. 170/1984), rinvia ad un controllo di costituzionalità che si estende a qualsiasi norma del Trattato per come è interpretata e applicata dalle istituzioni comunitarie. La Corte, in tal senso, "non intende più soltanto svolgere un controllo, necessariamente di carattere eccezionale, sul rispetto delle condizioni di costituzionalità dell'adesione dell'Italia alla Comunità europea, ma si riserva la possibilità di svolgere un ordinario controllo di legittimità costituzionale del diritto comunitario, anche se in riferimento ai soli principi e diritti fondamentali della Costituzione... vale a dire quei principi che la Corte stessa, con giurisprudenza ormai costante, considera incommensurabili rispetto alle altre norme costituzionali" (M. Cartabia).

D'altra parte, la previsione, nel Trattato dell'UE, della disposizione sulle *'tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri'*, come vedremo meglio in seguito, non può che fondare (sia prima che dopo il recente

TC) principi generali del diritto a cui la Corte di Giustizia deve attenersi nella propria giurisdizione, facendo sì che, in conclusione, i timori di vedere violata la Costituzione da parte del diritto comunitario dovrebbero scemare di molto, quasi fino a scomparire.

Circa il ruolo che la Corte di Giustizia potrà ulteriormente svolgere nella (recente) recezione nel 'Trattato costituzionale' della Carta europea dei diritti, ad ulteriore sviluppo delle forme di tutela dei diritti fondamentali e nello stesso consolidamento del diritto costituzionale comune europeo avremo modo di ritornare in seguito, sia pure in modo necessariamente essenziale. Rimane del tutto aperta, comunque, la questione della giustiziabilità degli atti del diritto comunitario derivato, che in Italia ha trovato soluzione sulla debole base dell'art. 11 Cost., nella parte in cui autorizza la immissione di norme in contrasto con la Costituzione, soggette, tuttavia, al sindacato della Corte costituzionale (mentre questa strada, ad esempio, rimane impercorribile per l'ordinamento francese, attesa la natura del controllo *a priori* svolto dal *Conseil constitutionnel*). Una questione, quest'ultima, che suggerisce, in modo più convincente, un più esplicito rispetto del principio di democraticità mediante una previa revisione e un adattamento delle costituzioni nazionali (comunque nel rispetto dei relativi limiti impliciti ed espliciti) al fine di stabilire la possibilità di un controllo *a priori* degli atti comunitari diversi dai trattati in senso stretto, nonché, ovviamente, di questi ultimi.

Le Corti costituzionali, in questo scenario, sono chiamate, molto più di quanto avviene attualmente, a marcare i limiti dello sviluppo del diritto comunitario, provocando una presa di coscienza più netta del fatto che, di volta in volta, è necessario rivedere la Costituzione se si vuole far progredire l'integrazione comunitaria. "La Costituzione europea non può progredire senza periodiche revisioni delle costituzioni nazionali" (L. Favoreu) (cfr., in tal senso, la recente decisione del *Conseil constitutionnel* (Déc 19 nov. 2004, n. 2004-505 DC).

La Francia e alcuni pochi altri Paesi europei (Germania, Spagna, ma anche Portogallo), hanno avviato un proficuo percorso costituzionale in tale direzione. L'Italia aveva affrontato tale questione nell'art. 61 del testo di revisione costituzionale proposto dalla Commissione bicamerale (Commissione D'Alema), ma il fallimento dell'intera proposta di revisione ha fatto rinviare ad un futuro indefinito una più organica riconsiderazione del problema, con la non irrilevante conseguenza che è dato assistere, da una parte, a vere e proprie declamazioni retoriche di tipo 'europeistico' circa la esigenza di spingere oltre il processo di integrazione comunitaria e, dall'altra, disporre ancora a tal fine di disposizioni costituzionali pensa-

te dai costituenti per dirimere le controversie internazionali e concorrere ad assicurare la pace e la giustizia fra le Nazioni, che solo mediante una 'forzatura' interpretativa hanno potuto essere utilizzate per legittimare la stipula del Trattato di Roma (e di quelli che successivamente lo hanno integrato e modificato).

5. Trattato costituzionale e diritti sociali comunitari

Sia pure con una gradualità che è chiamata a farsi carico delle differenziate modalità di tutela dei diritti nelle costituzioni nazionali, a livello comunitario è dato ormai registrare (tale affermazione avrà piena effettualità solo a seguito della ratifica e della entrata in vigore del Trattato costituzionale ai sensi dell'art. IV-447 TC, le cui previsioni in tema di diritti fondamentali saranno in seguito meglio approfondite) una positivizzazione costituzionale dei diritti fondamentali classici, mentre si registrano tuttora ritardi nel pieno riconoscimento dei cataloghi dei diritti politici (G. Ferrara) e sociali previsti nelle costituzioni europee (M. Luciani), la cui "minorità comunitaria", rispetto ai modelli costituzionali nazionali (soprattutto italiano, spagnolo e tedesco), risulta confermata dalla disciplina dell'art. 136 TCE (vers. cons.) (ora art. III-209 TC).

Secondo tale disposizione, infatti, "la Comunità e gli Stati membri, *tenuti presenti i diritti sociali fondamentali*, quali definiti nella Carta sociale europea firmata a Torino il 18 ottobre 1961 e nella Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori del 1989, hanno come obiettivo la promozione dell'occupazione, il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro... una protezione sociale adeguata, il dialogo sociale, lo sviluppo delle risorse umane atto a consentire un livello occupazionale elevato e duraturo e la lotta contro l'emarginazione"; al II co., tuttavia, si aggiunge che, nella realizzazione di un simile complesso obiettivo, sia la Comunità che gli Stati membri attuano misure compatibili con la diversità delle prassi nazionali e idonee a farsi carico "della *necessità di mantenere la competitività dell'economia della Comunità*". D'altra parte, la giurisprudenza comunitaria aveva già offerto un chiaro riscontro di tale bilanciamento fra esigenze economiche e diritto alla contrattazione collettiva, nel caso *Albany International BV (Causa C-67/96*, del 21 settembre 1999).

Il quadro normativo comunitario in materia di diritti sociali solleva molteplici perplessità, sia per quanto riguarda la disciplina positiva di tali (peculiari) situazioni giuridiche, sia per quanto riguarda l'effettiva loro

‘giustiziabilità’. Tale preoccupazione, peraltro, appare condivisa dalla stessa dottrina che ha partecipato ai lavori della *Convenzione* incaricata di redigere il progetto della ‘Carta europea dei diritti’, benché da parte di tale dottrina si faccia osservare che la *ratio* che ha guidato i lavori della Convenzione non poteva che ispirarsi ad un necessario ‘compromesso costituzionale’ (S. Rodotà).

Le previsioni dell’art. 20 della ‘Carta’ (uguaglianza davanti alla legge) (ora art. II-80 TC), infatti, se paragonate con la ricchezza normativa del I e del II comma dell’art. 3 della Costituzione, appaiono operare un arretramento di almeno due secoli del dibattito e delle tutele assicurate dal costituzionalismo moderno e contemporaneo (G. Azzariti). Le problematiche dell’armonizzazione fra ordinamenti (costituzioni nazionali e Unione europea) sono, ancora una volta, rinviate ad un futuro indefinito, prevedendosi da parte della Carta dei diritti, all’art. 53 (ora art. II-113 TC), una (evidentemente) necessaria clausola di salvaguardia dei diritti per come sono costituzionalmente e internazionalmente protetti.

Pertanto, come è stato bene sottolineato, la disciplina comunitaria dei diritti sociali, se non contrasta, di certo non corrisponde, nel fondo, con la loro concezione negli ordinamenti costituzionali nazionali a base sociale (fra cui certamente l’Italia, la Spagna e la Germania), nei quali “i diritti sociali sono immaginati come una condizione a priori dell’azione dei pubblici poteri e gli interessi sociali ad essi connessi come semplici *reflexinteresse*” (M. Luciani).

Ciò che rileva di tali diritti nell’azione e per la realizzazione delle finalità dell’ordinamento comunitario è, dunque, la loro strumentalità (si direbbe, perfino, la loro ‘funzionalizzazione’) alle esigenze dello sviluppo economico e alle esigenze di competitività proprie del mercato comune europeo. In una simile ottica, i diritti sociali – nell’ambito più generale della politica sociale comunitaria, disciplinata nel nuovo Cap. I del Tit. XI del Trattato CE (art. 136-145), e nella reiterata sottolineatura (ora anche nel Trattato costituzionale, art. III-219) che il loro riconoscimento costituzionale non modifica l’assetto delle competenze comunitarie – si trasformano in meri parametri di legittimità normativa di questa ultima, assumendo per questo non più una validità in sé, bensì la natura di diritti complementari alle libertà economiche, riservandosene il relativo riconoscimento e la tutela al solo ambito interno degli Stati membri, mentre l’intervento normativo e giurisprudenziale europeo rimane esterno e subordinato alle tutele assicurate dalle legislazioni e dalle giurisdizioni degli Stati membri.

I diritti sociali, pertanto, nella costruzione dell’ordinamento comuni-

tario, assumono una natura di diritti 'residuali' e strumentali agli obiettivi economici del mercato unico europeo. La normativa comunitaria in materia sociale, in tal senso, si limiterebbe a disciplinare mere disposizioni programmatiche, prevedendo poco più che semplici 'obiettivi'. In altri termini, mancherebbero veri e propri contenuti prescrittivi per le istituzioni comunitarie nel dare attuazione alle stesse se non nell'ottica della più volte richiamata 'funzionalità sociale' del mercato economico, nel senso della già sottolineata idoneità ad assicurare la "competitività della economia della Comunità".

La Corte di Giustizia, come si è ricordato, ha fatto proprio tale indirizzo, quando, dopo un primo orientamento nel quale assume l'esistenza di limiti ai diritti fondamentali nella sola materia dei diritti economici (sent. 14 maggio 1974, *Nold*, causa 4/73; sent. 13 dicembre 1979, *Hauer*, causa 44/79), ha sancito che "*i diritti fondamentali riconosciuti dalla Corte non risultano... essere prerogative assolute e devono essere considerati in relazione alla funzione da essi svolta nella società. È pertanto possibile operare restrizioni all'esercizio di detti diritti, in particolare nell'ambito di una organizzazione comune di mercato, purché dette restrizioni rispondano effettivamente a finalità d'interesse generale perseguite dalla Comunità e non si risolvano, considerato lo scopo perseguito, in un intervento sproporzionato e inammissibile che pregiudicherebbe la stessa sostanza di tali diritti*" (*Wachauf*, sent. 13 luglio 1989, *causa 5/88*).

La natura giuridica imprecisa e incerta di tali disposizioni pare, dunque, unicamente superabile con la loro (innovata) positivizzazione in un più compiuto 'catalogo' di diritti sociali, all'interno di una rivisitata 'Carta dei diritti', su cui le istituzioni europee e la dottrina vanno discutendo negli ultimi anni (conoscendo, tuttavia, forti resistenze di alcuni Paesi membri, fra cui soprattutto la Gran Bretagna). Evidentemente, l'adeguatezza di una simile Carta dei diritti sociali è funzione delle scelte politiche e costituzionali sul futuro dello Stato sociale in Europa; ciò soprattutto se si considerano le esigenze integratrici alla base del recente allargamento del *parterre* europeo a dieci nuovi stati membri.

In definitiva, dunque, il futuro dei diritti sociali nel processo di costruzione comunitaria non pare ulteriormente affidabile alla sola giurisprudenza pretoria della Corte di Giustizia e ai relativi, sempre possibili, conflitti con le giurisdizioni costituzionali nazionali, dovendosi prevedere una loro positivizzazione normativa capace di farsi carico – in modo più convinto (certo e garantito) rispetto al regime giuridico vigente e a quello *de jure condendo* – delle più avanzate 'tradizioni costituzionali comuni' in questa materia. Solo a partire da una disciplina comunitaria capace di

conformarsi al più avanzato patrimonio costituzionale europeo in materia di diritti e di giustizia sociale, potranno ritenersi risolte le problematiche poste dall'esercizio dello stesso diritto alla tutela giudiziaria effettiva in tale ambito (principio, peraltro, affermato come fondamentale dalla Corte di Giustizia) sia con riferimento ai diritti c.d. negativi, sia e soprattutto ai diritti a prestazioni da parte dei pubblici poteri comunitari.

A partire da tale disciplina positiva, potrà conoscersi una limitazione della giurisprudenza comunitaria, nel senso che la Corte di Giustizia si vedrebbe legittimata nella sua interpretazione, fin qui orientata alla realizzazione delle finalità del mercato unico in ossequio ai valori di base accolti nei trattati comunitari originari, ad aprirsi ad una lettura delle disposizioni del Trattato capace di assicurare la garanzia dei diritti per sé considerati.

Tuttavia, tale orientamento che, nel fondo fa proprie le conclusioni cui era pervenuto il Rapporto del *Comitato Simitis*, nel suo farsi promotore di un forte invito alla Convenzione incaricata di redigere la 'Carta' ad operare "una ricomposizione dei valori fondamentali del modello sociale europeo nel nome della unità e delle complementarità dei diritti di prima, seconda e terza generazione" (S. Giubboni), non intende affatto sottovalutare il significato importante delle scelte operate dalla 'Carta' in materia di diritti sociali, significativamente disciplinati, in parte, al titolo III (Uguaglianza) per quanto concerne i diritti sociali incondizionati (divieto di discriminazione), e in parte al titolo IV (Solidarietà) per quanto concerne sia i diritti sociali c.d. incondizionati che quelli c.d. condizionati.

Una parte di tali disposizioni riguarda il diritto del lavoro (ma non il diritto al lavoro) (art. II-75 TC), concretizzandosi in previsioni volte a garantire il diritto dei lavoratori all'informazione e alla consultazione nell'ambito dell'impresa (art. II-87 TC), il diritto alla negoziazione e alle azioni collettive (art. II-88 TC), il diritto di accesso ai servizi di collocamento (art. II-89 TC), la tutela in caso di licenziamento ingiustificato (art. II-90 TC), le condizioni di lavoro giuste ed eque (art. 22-91 TC), il divieto di lavoro minorili e la protezione dei giovani sul lavoro (art. II-92 TC). Altre disposizioni riguardano invece, sia pure con diversa modalità di protezione, la vita familiare e professionale (art. II-93 TC), la sicurezza e l'assistenza sociale (art. II-94 TC), la protezione della salute (art. II-95 TC), l'accesso ai servizi di interesse economico generale (art. II-96 TC), la tutela dell'ambiente (art. II-97 TC) e la protezione dei consumatori (art. II-98 TC).

Con tali disposizioni di protezione, come è stato bene osservato, si

determina il “*transito simbolico dall'integrazione attraverso il mercato a quella attraverso i diritti*” (S. Giubboni). In tale nuovo ambito normativo, i diritti sociali, sia pure con modalità e contenuti assolutamente non comparabili alle più avanzate discipline costituzionali europee, risultano disciplinati in modo non differenziato rispetto agli altri diritti fondamentali e alle libertà economiche comunitarie, condividendone ormai la natura pienamente costituzionale e concorrendo a ripensare *funditus* il concetto di cittadinanza comunitaria “a partire dalla sua capacità di effettiva inclusione sociale” (S. Giubboni). Rimane confermato, in ogni caso, che tale ricostruzione rischia di restare astratta in assenza di una compiuta vigenza del TC, pur non negandosi il valore di *moral suasion* che simili disposizioni della ‘Carta’ avrebbero comunque per il giudice e le istituzioni comunitarie nel loro complesso.

6. I diritti fondamentali fra nuove positivizzazioni comunitarie e incerte protezioni giurisdizionali

Se l'incorporazione nel TC della Carta dei diritti fondamentali dell'U.E., cioè la ‘scrittura’ di questi ultimi in un ampio (benché ancora incompleto) catalogo – che riepiloga, positivizza e rende visibile la giurisprudenza del giudice di Lussemburgo (C. Pinelli; G. Tesauro; A. Adinolfi; G. Gaja; P. Pescatore; P. Mengozzi; F. Cocozza) e di quello di Strasburgo e alla cui formazione hanno contribuito le tradizioni costituzionali comuni agli stati membri per come lette dal giudice comunitario – non consente ancora di poter essere assunta quale espressione di una piena costituzionalizzazione dell'ordinamento comunitario, indubbiamente essa incide in modo rilevante nel ‘processo di costituzionalizzazione’ dello stesso, costituendone momento decisivo (M. Cartabia; G. Zagrebelsky).

Con la positivizzazione comunitaria dei diritti fondamentali può affermarsi, infatti, che alla previgente funzione di mero limite all'adozione di atti comunitari in eventuale loro violazione si accompagna, ora, una di tipo positivo, quella di costituire uno spazio comune di libertà, sicurezza e giustizia, capace di guidare lo stesso esercizio da parte delle istituzioni comunitarie delle competenze loro riconosciute (O. De Schutter).

Così, se gli stessi hanno svolto fin qui una funzione per così dire strumentale, in ragione delle esigenze connesse ai progressi della costruzione del mercato comune europeo, il loro inserimento all'interno del TC ne disvela una nuova vocazione, capace di assicurare maggiore linfa e smalto

a concetti ugualmente centrali nel processo di costruzione europea, come la cittadinanza dell'Unione o il significato della *reciproca fiducia tra gli Stati in uno spazio comune di libertà, di sicurezza e di giustizia*.

I diritti fondamentali, pertanto, non costituiscono più un mero limite, imposto all'azione delle istituzioni comunitarie o degli Stati membri nel campo d'applicazione del diritto dell'Unione. Al previgente obbligo (di non violare i diritti fondamentali) imposto alle istituzioni e agli organi dell'Unione come anche agli stati membri in sede di attuazione del diritto comunitario, ne segue uno di tipo promozionale, quello secondo cui "i suddetti soggetti rispettano i diritti, osservano i principi e ne *promuovono* l'applicazione secondo le rispettive competenze" (art. 51.1 Carta, ora art. II-111.1 TC).

Come è stato già sottolineato, nella dinamica evolutiva che ha preceduto l'attuale fase di positivizzazione sono bene evidenziabili tre stadi/dinamiche, due delle quali sono state maggiormente approfondite dalla dottrina. La prima è costituita dalla giurisprudenza creatrice degli stessi da parte del giudice comunitario fondata sulla loro individuazione, come un contenuto necessario, all'interno dei principi generali del diritto (S. Gambino). Tale dinamica si ricollega alla volontà della Corte di giustizia delle Comunità europee di rispondere alla stessa minaccia che incombeva sull'affermazione del 'primato' del diritto comunitario sull'insieme del diritto nazionale degli Stati membri, soprattutto rispetto a quegli ordinamenti nazionali le cui Costituzioni si pongono come 'controlimiti' all'azione delle istituzioni comunitarie.

Una seconda dinamica, a partire dal Trattato di Maastricht, si è sviluppata con la creazione della nozione di cittadinanza dell'Unione europea. Tale nozione non si sostituisce a quella nazionale, ma viene ad aggiungere, a beneficio dei cittadini degli Stati membri, un certo numero di diritti, creando, al contempo, un sentimento di appartenenza comune. In tale ambito, i cittadini dell'Unione si vedono riconosciuti il diritto di circolare e soggiornare liberamente sul territorio degli Stati membri e quello di votare ed essere eletti alle elezioni municipali degli Stati membri in cui ogni cittadino risiede, il diritto di beneficiare della protezione diplomatica o consolare da parte delle autorità di qualsiasi Stato europeo.

Una terza dinamica appare maggiormente rilevante ai fini della stessa comprensione della innovativa giurisprudenza pretoria in tema di diritti fondamentali. In essa si evidenzia come i diritti fondamentali siano colti come strumento costitutivo di uno spazio comune, relativamente omogeneo, fra gli Stati membri dell'Unione. Si tratta di una dinamica indubbiamente complessa, coincidente con il fine ultimo dell'Unione, che è quello

di creare le condizioni per una libera circolazione dei fattori produttivi tra gli Stati membri, accompagnato dall'eliminazione delle principali fonti di distorsione della concorrenza. Tale spazio, a partire dal Trattato di Amsterdam, si è arricchito con l'obiettivo di conseguire uno spazio di libertà, di sicurezza e di giustizia, "nel segno del quale è assicurata la libera circolazione delle persone accompagnandosi con misure idonee in tema di controllo delle frontiere esterne, di asilo, di immigrazione come anche di prevenzione della criminalità e di lotta contro la stessa".

Il Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa completa questo scenario, sancendo, all'art. I-3.2, che "L'Unione offre ai suoi cittadini uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere interne, e un mercato interno nel quale la concorrenza è libera e non è falsata". Con tale affermazione normativa si vuole sottolineare come alcune libertà fondamentali fossero state accolte fin dall'origine della costruzione comunitaria (Trattato di Roma, 1957). Fra queste ultime, accanto alle libertà economiche, figurano libertà classiche come il diritto dei lavoratori a ricercare un impiego in altro Stato membro (facendosi divieto pertanto di discriminazioni fondate sulla nazionalità), la libera prestazione dei servizi, la libertà di concorrenza, e il divieto di abuso di una posizione predominante. Tali libertà rappresentano lo strumento di realizzazione del mercato comune, costituendo componente essenziale dell'armamentario giuridico del mercato stesso.

I diritti fondamentali, pertanto, sono stati progressivamente riconosciuti come dei complementi indispensabili dello spazio unico europeo, benché ancora non omogeneo.

Le differenze da Stato membro a Stato membro nel campo della tutela di questa categoria di diritti non potevano che richiamare in causa l'idea di uno spazio unico, creando pertanto delle interdipendenze tra Stati, tali che le realizzazioni di ciascuno Stato in tale ambito producessero necessariamente delle conseguenze in tutti gli altri Stati, in ciò conpendosi come vere e proprie limitazioni delle autonomie/sovranità di questi ultimi.

L'obiettivo di specifiche direttive adottate in tale ambito è appunto quello di evitare un *dumping sociale* che può verificarsi a causa delle legislazioni degli Stati che non riconoscono delle garanzie minime ai lavoratori, dal punto di vista delle remunerazioni, delle ore di lavoro, della durata del congedo pagato, ecc. Esse pertanto consentono anche di "favorire il rispetto di taluni diritti sociali fondamentali dei lavoratori", rinviando per le relative misure attuative alla disciplina nazionale.

La creazione di tale spazio di libertà, sicurezza e giustizia fra gli Stati

membri, e la stessa idea di una rete fiduciaria che si crea fra gli stessi, trova poi un suo ulteriore fondamento nell'appartenenza di tali Stati alla CEDU ed alle altre Carte internazionali di protezione dei lavoratori (e non solo), con l'assoggettamento da parte di questi ultimi a taluni *standards* minimi. La disciplina comunitaria in materia di diritto di asilo e di immigrazione costituiscono una buona esemplificazione di tale affermazione. In assenza di una competenza esclusiva, l'iniziativa comunitaria in materia deve conformarsi al rispetto del principio di sussidiarietà, giustificandosi i propri interventi sulla considerazione che una mancata armonizzazione fra gli stati membri in tali materie può produrre distorsioni, "di tal ché le scelte di ogni Stato producono necessariamente ripercussioni nei confronti di tutti gli altri stati che condividono il medesimo spazio" (COM (2001) 287, 18 luglio 2001).

In conclusione, si deve sottolineare come nella *ratio* sottostante alla creazione di uno spazio comune per il mercato europeo, alla base dei primi trattati comunitari, non possa non rilevarsi un apporto almeno comparabile a favore dei diritti fondamentali. Un loro riconoscimento e garanzia nei soli livelli nazionali avrebbe infatti comportato dei riflessi negativi, dei veri e propri impedimenti, nella creazione di uno spazio più ampio di ambito europeo. Ne segue, così, per richiamare la tesi conclusiva di tale orientamento dottrinario, che sia pure in ambiti limitati (protezione dei dati personali, protezione dei diritti dei lavoratori), "l'armonizzazione di tali diritti sul piano dell'Unione europea si giustifica... sulla base della necessità di superare quell'ostacolo che l'attuazione decentrata dei diritti fondamentali può costituire per l'emersione di uno spazio davvero unico" (COM (2001) 287, 18 luglio 2001).

Un profilo di pari rilevanza rispetto a quello ora in considerazione è posto dalla clausola (di cui all'art. 51.2 della Carta, ora II-111.2 TC) secondo cui la Carta "non introduce competenze nuove o compiti nuovi per la Comunità o per l'Unione, né modifica competenze e i compiti definiti dai trattati"; una clausola – quest'ultima – da interpretare alla luce anche dell'art. 11.2 Carta (ora art. I-12.2 TC), in base al quale "l'Unione e gli stati membri possono legiferare e adottare atti giuridicamente vincolanti in tali settori. Gli stati membri esercitano la loro competenza nella misura in cui l'Unione non ha esercitato la propria o ha deciso di cessare di esercitarla".

Già altri hanno autorevolmente osservato, sotto tale profilo, come le richiamate disposizioni della Carta, in presenza dell'ampia flessibilità accolta nelle stesse, si prestino in "modo inevitabile" ad influenzare la natura e i compiti dell'Unione (G. De Burca).

L'ambito di tali competenze concorrenti, infatti, è piuttosto ampio. Le competenze condivise tra gli Stati membri e l'Unione, attengono principalmente al mercato interno, allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, alla politica sociale per gli aspetti definiti nella terza parte della Costituzione. L'Unione dispone di una serie di possibilità al fine di realizzare i valori iscritti nella Carta; l'inserimento della Carta nella Costituzione/Trattato ne incoraggerà l'utilizzo.

Si possono ricordare in tal senso le disposizioni accolte negli artt. III-123 TC, II-105 TC, il cap. I del Titolo III del TC, III -209 e III-210 TC, a cui si devono aggiungere le previsioni secondo le quali, fatto salva la clausola di salvaguardia per cui le misure da adottarsi non possono comportare una armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri nei casi in cui la Costituzione lo esclude, si prevede che "se un'azione dell'Unione appare necessaria, nel quadro delle politiche definite nella parte III, per realizzare uno degli obiettivi di cui alla Costituzione... il Consiglio dei Ministri, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione europea e previa approvazione del Parlamento europeo, adotta le misure appropriate" (art. 308 TCE, ora I-18 TC).

Nonostante un simile quadro normativo, che facilita le istituzioni comunitarie ad attivarsi nella lotta contro le discriminazioni e le esclusioni sociali, di ogni tipo, e nonostante le aspettative della prima ora e quella di molti fra i convenzionali, rimane che l'orizzonte normativo accolto nel nuovo TC non colloca l'attuazione della Carta dei diritti fra gli obiettivi dell'Unione.

Cosicché la conclusione che può trarsi rimane ancora quella accolta nel Rapporto Duff al Parlamento europeo secondo cui "la Carta non attribuisce competenze all'Unione; al contrario, essa ha come effetto di limitare l'esercizio del potere delle istituzioni europee in ragione dell'obbligo loro fatto di rispettarla", ancorché nello stesso Rapporto si aggiunga che "nel quadro delle proprie competenze, le istituzioni hanno parimenti il dovere di promuovere il rispetto delle sue disposizioni" (*Rapport sur l'impact de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et son statut futur* (§ M del considerato in diritto) (2002/2139/INI; Doc. final A5-0332/2002, 8 ottobre 2002). D'altra parte, ciò è quanto risulta dalla previsione di cui all'art. II-111 TC).

Possiamo, ora, trarre qualche orientamento conclusivo di ordine generale e astratto, anche richiamando la più autorevole dottrina che si è fin qui espressa in materia.

La questione centrale da dipanare – già posta con riferimento all'art. II-112 del Trattato costituzionale – rimane quella del rapporto esistente

fra la tutela comunitaria dei diritti fondamentali, le altre disposizioni europee e le 'tradizioni costituzionali comuni' agli Stati membri, nonché quella, strettamente connessa, se sia stato previsto un controllo di costituzionalità sugli atti normativi 'ordinari'.

La risposta che se ne dà è nel senso assertivo; e da ciò se ne trae la conclusione che tale controllo costituisce sintomo ed evidenziamento di un compiuto processo di costituzionalizzazione europeo. Come è stato autorevolmente osservato, infatti, "...questo mi sembra il momento essenziale in cui nasce una vera Costituzione: finché non c'è nessun giudice che può utilizzare la Costituzione per contestare la legalità di un altro atto, anche legislativo, il documento rimane una mera enunciazione politica; si trasforma in un documento giuridico quando questo controllo è possibile" (V. Onida).

Che pertanto si dia una competenza (di giurisdizione costituzionale europea) in capo alla Corte di Giustizia pare problema non più revocabile in dubbio. Che tale competenza confonda in una sola giurisdizione competenze di merito (a risolvere la causa) e competenze di legittimità (degli atti comunitari ai Trattati) è parimenti indubitabile.

Ciò che costituisce, al momento, un problema aperto (e che potrà accompagnarsi con eventuali pronunce divergenti fra le diverse giurisdizioni in sede di applicazione del diritto comunitario) – più che l'incerta individuazione del contenuto dei singoli diritti (che pure è problema aperto) – è quello, risalente e ancora senza soluzione, del "rapporto fra le diverse enunciazioni degli stessi diritti e fra le diverse giurisdizioni sui diritti", e in particolare del rapporto fra giudice comunitario, Corti costituzionali nazionali e Corte europea dei diritti dell'uomo (M. P. Chiti).

Rispetto a tali problematiche, autorevole dottrina (L. Favoreu) sottolinea la forte problematicità delle soluzioni di riforma avanzate dalla Convenzione al fine di garantire l'effettiva tutela dei diritti iscritti nella 'Carta' nell'ambito dello spazio giuridico europeo. La Corte di Lussemburgo sarebbe inevitabilmente chiamata a svolgere il delicato compito di garantire i contenuti normativi della Carta dei diritti; né appare proponibile (o auspicabile) l'attribuzione di tale incombenza alla Corte di Strasburgo, ovvero, ancora, ad una Corte appositamente creata, una sorte di 'Corte europea *bis*' (L. Favoreu). Molteplici elementi osterebbero, però, all'efficace svolgimento di tale compito cui i nuovi articoli del Trattato non aggiungerebbero nessuna reale garanzia di miglioramento.

D'altra parte, i giudici nazionali, chiamati a fare riferimento alla 'Carta' nell'ambito di applicazione del diritto comunitario, non avrebbero competenza per sottoporre al controllo di tutela dei diritti gli atti del-

l'Unione; le Corti nazionali non potrebbero, quindi che limitarsi al controllo dell'attività degli organi degli Stati membri.

In verità, non manca sul punto chi si interroghi autorevolmente se il nuovo ordinamento comunitario dei diritti fondamentali non autorizzi gli stessi giudici nazionali – in un controllo che diverrebbe così di costituzionalità diffusa – alla disapplicazione del diritto nazionale in contrasto con quello comunitario nell'ambito della stessa materia dei diritti fondamentali (A. Pizzorusso). “Altro è, infatti, – osserva convincentemente Onida – dare la prevalenza a una specifica norma europea su quella nazionale contrastante, per la risoluzione di un caso concreto, altro negare applicazione a una norma nazionale per contrasto con un principio generale del diritto europeo. Parimenti, non si può immaginare che il giudice, invocando tali principi, possa negare applicazione a una legge europea ritenendola in contrasto con essi, senza provocare il controllo della Corte di giustizia sulla validità della legge stessa” (V. Onida).

Negli ordinamenti europei, si dischiude in tal modo una inedita via a forme di controllo diffuso della costituzionalità delle leggi, “che certamente riceverà un incremento, mano a mano che i magistrati e gli avvocati dei vari Paesi realizzeranno una piena maturazione culturale che li porterà a utilizzare meglio queste tecniche fino ad ora, a mio parere, poco conosciute. In Italia, tale prospettiva è stata recentemente rafforzata, tra l'altro, dalla modifica dell'art. 117 della Costituzione che ha introdotto un primo comma che sembra possa consentire sviluppi di questo tipo, per quanto la giurisprudenza non si sia ancora pronunciata in proposito. Quando le disposizioni del Trattato in preparazione entreranno in vigore, inclusa la Carta dei diritti, queste opportunità probabilmente cresceranno e la prospettiva di sviluppo della giurisdizione costituzionale diffusa potrà probabilmente avere ragione anche della modificazione apportata all'art. 52 della ‘Carta’, di cui si è detto sopra. Per non dire che, se per avventura tale disposizione funzionasse nel senso di escludere la possibilità di utilizzare le norme della ‘Carta’, in loro vece ben potrebbero essere utilizzate moltissime altre norme di carattere internazionale di analogo contenuto che sono comunque in vigore anche negli ordinamenti statali. Ci sono ormai decine di testi internazionali che, in un modo o in un altro, sono stati recepiti nel diritto interno di molti Stati e ciò fa sì che il mondo del diritto sia ormai quasi sempre permeabile a questo tipo di esigenze, per cui le idee che si sono concretizzate in un modo o nell'altro in questi testi hanno grandi possibilità di trovare attuazione soprattutto nella misura in cui esiste una maturazione culturale degli operatori che rende tutto questo possibile (insieme ovviamente con tutte le

altre circostanze che si possono presentare nel corso della storia dei singoli Paesi)” (A. Pizzorusso).

Tali autorevoli orientamenti nel senso di una apertura al nuovo quadro normativo europeo – che continua a restare, per molti profili, incerto e ambiguo per quanto concerne il tema della effettività della protezione giurisdizionale dei diritti – pertanto, non fanno che sottolineare, sia pure in modo implicito, il persistente *deficit* regolativo in tema di verifica degli atti comunitari e di insufficienza delle vie di ricorso disponibili per far valere i diritti fondamentali. La Convenzione non ha compiuto grandi passi in avanti sotto questo profilo.

La stessa considerazione secondo cui il lavoro cui è soggetta la Corte sia già troppo gravoso non può offrire una risposta sufficiente alle critiche che vengono poste allo stesso *locus standi* dell’art. 230 TCE (ora art. III-365 TC). Esso induce solo a riflettere sul fatto che il sistema giudiziario dell’Unione richiede una riforma più radicale di quella apportata a Nizza, che pure non è stata irrilevante. La Convenzione europea, anche sotto questo aspetto, sembra aver perduto un’occasione importante.

Inoltre, la elaborazione di un nuovo Trattato costituzionale, che colloca la protezione dei diritti fondamentali in una posizione centrale e che incorpora la Carta dei diritti fondamentali, non potrebbe non far propria una *mainstreaming clause* concernente tutte le altre politiche, interne ed esterne, della Unione. Una clausola di tal genere troverebbe un fondamento reale solo se si costituzionalizzasse una disposizione che definisse la protezione dei diritti fondamentali come un obiettivo basilare dell’Unione. Sulla base dei trattati comunitari e dell’Unione che sono attualmente in vigore, tale oggettivizzazione non esiste.

È pur vero che l’adozione della Carta di Nizza avrebbe potuto porsi significativamente alla base di un’evoluzione in tal senso, ma ciò non si è realizzato. Un indizio ancora più importante risiederebbe nella previsione di doveri di protezione e garanzie di effettività dei diritti sociali. Lo sviluppo di una politica dei diritti fondamentali è stato vigorosamente propugnato da parte della dottrina costituzionale e comunitaria, ribaltando la prospettiva dalla quale comunemente vengono rivolte le maggiori critiche alla tutela dei diritti fondamentali nell’Unione europea, ossia, come si è già visto, quella della tutela giurisdizionale (G. Morbidelli). Si sostiene, in tal senso, che la questione dovrebbe riguardare tutti gli organi politici e amministrativi che operano nell’ambito della Unione.

In conclusione, pertanto, se già un’attenta considerazione delle disposizioni della ‘Carta’ e degli articoli del TC che si riferiscono ai diritti fondamentali rivelano un certo ‘stridore’ fra l’elaborazione di una Carta dei

diritti, il suo inserimento in un Trattato costituzionale e le cautele di cui tali testi vengono circondati con riferimento ai soggetti chiamati a tutelarli e a promuoverli, l'analisi del sistema giurisdizionale (per come emerso dai lavori della Convenzione) solleva perplessità ancora maggiori. Come si fa bene osservare, "Un catalogo dei diritti in assenza di un assetto giurisdizionale chiaro, con una permanente tensione (non risolta attraverso i canali democratici, ma affidata al cosiddetto dialogo fra le Corti) tra competenza statale e competenza comunitaria, caratterizzato per di più da un'incertezza attorno al sistema delle fonti e ai procedimenti di formazione delle medesime, non può che accrescere lo sbilanciamento fra coinvolgimento politico-democratico a livello europeo e ruolo della giurisprudenza comunitaria" (R. Balduzzi).

Tali affermazioni riportano, ancora una volta, alla questione della positivizzazione di adeguate tutele giurisdizionali dei diritti fondamentali, la garanzia dei quali non può che chiamare in causa il livello della Costituzione. Laddove esiste una Dichiarazione di diritti e una Costituzione non può che esistere anche una qualche forma di separazione dei poteri, un regolare circuito democratico, una disciplina degli stessi che si avvalga di strumenti generali e astratti quali le leggi, in breve, di quei principi strutturali che definiscono tutti i moderni ordinamenti costituzionali.

Si ribadisce, in conclusione, come parlare di diritti e di Costituzione nell'ambito dell'Unione europea voglia dire porsi degli interrogativi sulla natura stessa dell'integrazione europea, superando l'approccio funzionalista che l'ha caratterizzata fin dalle origini per ridefinirne le fonti di legittimazione e i valori fondanti (rispettando ed esprimendo realmente le tradizioni costituzionali comuni degli Stati).

La garanzia costituzionale dei diritti esige innanzitutto chiarezza sulle responsabilità istituzionali. Le tecniche di garanzia, a loro volta, dipendono irrimediabilmente dalla rigidità o flessibilità del sistema delle disposizioni costituzionali, quindi dalla configurazione del sistema delle fonti, nonché dai poteri riconosciuti in materia agli organi giurisdizionali.

In effetti, alla luce della introduzione della Carta dei diritti nel Trattato costituzionale e nella prospettiva di una (futura) ratifica e vigenza dello stesso, riesce difficile ignorare come sia i valori che gli obiettivi dell'Unione europea abbiano percorso molta strada rispetto alla loro originaria definizione nei trattati fondativi dell'Unione, trasformandone radicalmente contenuti e obiettivi. Se non può ancora parlarsi di una 'Comunità di diritti fondamentali', i tentativi per una migliore definizione della tutela di tali diritti sono stati comunque molteplici e significativi.

In tale ottica, la costituzionalizzazione della 'Carta' rappresenta un

cambiamento importante, sia nella sua portata simbolica e identitaria (– i diritti fondamentali assunti come base ed espressione di un *ethos* e di uno spazio pubblico europeo –) sia in quella di parametro di interpretazione del giudice comunitario e di ispirazione per il legislatore europeo; essa pone ancora quesiti e dilemmi sul processo di integrazione e sulla configurazione ultima della Unione europea, soprattutto per quanto concerne l’attuazione di un compiuto ‘modello sociale europeo’ (G. Bronzini).

Le perplessità aumentano se si prova ad intravedere, in un prossimo futuro, il profilarsi di un’entità a fini generali che ruota attorno all’obiettivo prioritario della tutela dei diritti fondamentali. Ciò che osta maggiormente alla realizzazione di una simile prospettiva è la considerazione in base alla quale ciò metterebbe in ombra la ‘Costituzione dei diritti fondamentali’ degli Stati membri.

La introduzione di una ‘macro politica’ dei diritti fondamentali forte e onnicomprensiva, infatti, verrebbe inevitabilmente, ad alterare in modo consistente “l’equilibrio costituzionale all’interno dell’Unione; si porrebbe in contrasto col principio di sussidiarietà e potrebbe attentare alla garanzia dell’autonomia costituzionale come parte dell’identità nazionale” (A. Bogdandy). Un aspetto – quello dell’impatto dell’adozione della Carta dei diritti sui diritti costituzionali nazionali e sui sistemi di garanzia degli stessi –, spesso, non tenuto adeguatamente in considerazione. Si pensi, ancora, alla già richiamata tecnica normativa adottata nella formulazione di molte disposizioni sostanziali della ‘Carta’, laddove queste ultime si definiscono come affermazioni di diritti e libertà senza che vengano prefigurate adeguate categorie di limiti suscettibili di essere poi sviluppati dal legislatore – prassi riconducibile, invece, ad una delle più importanti tradizioni del costituzionalismo moderno (U. De Siervo). Al legislatore europeo, in tale quadro, spetterebbe il delicatissimo compito di decidere sul bilanciamento fra libertà e relativi limiti. Lo stesso potere valutativo della Corte di giustizia risulterebbe accresciuto: come si è già avuto modo di riflettere, infatti, le cautele con le quali vengono circondate le possibili limitazioni dei diritti *ex art. II-112 TC* sembrano rivolgersi più alle autorità giurisdizionali che al potere legislativo.

Com’è stato giustamente osservato, poi, la *primaute* dei diritti fondamentali sulla politica presupporrebbe un consenso solido su valori comuni, ma è quantomeno opinabile il fatto che questo consenso esista già in Europa, se non altro perché i canali democratici esistenti nell’Unione sono ancora insufficienti per offrire una risposta soddisfacente in proposito.