

ANNO LXXIII - 2006

NUOVA SERIE A - N. 57,1

STVDI VRBINATI

DI SCIENZE GIURIDICHE, POLITICHE ED ECONOMICHE



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI URBINO

STVDI VRBINATI

Rivista trimestrale di Scienze Giuridiche, Politiche ed Economiche

INDICE-SOMMARIO del fascicolo 1

GIOVANNI CORDINI, *Appunti in tema di status e condizione giuridica soggettiva nel trattato costituzionale europeo*, 5

FABIO FEDE, *La ratifica della "costituzione europea" ed i nuovi paesi membri dell'est: quale prospettiva*, 41

SILVIO GAMBINO, *I diritti fondamentali comunitari fra trattato costituzionale e costituzioni nazionali*, 57

GIANCARLO ROLLA, *La carta dei diritti fondamentali dell'unione. Considerazioni in merito alle tecniche di codificazione*, 93

EDUARDO ROZO ACUÑA, *La carta europea: considerazioni generali sul tipo di costituzione e sulla forma di stato e di governo che consacra*, 119

Direttore responsabile: GIOVANNI BATTISTA BOGLIOLO

Comitato scientifico: GIACINTO DELLA CANANEA, ANGELO DONDI, CARLO FANTAPPIÈ, GIUSEPPE GILBERTI, RÉGINALD GRÉGOIRE, MASSIMILIANO GUDERZO, ANNAMARIA LUSARDI, LUIGI MARI, RICCARDO MAZZONI, LUCIO MONACO, PAOLO MOROZZO DELLA ROCCA, VITTORIO PARLATO, EDUARDO ROZO ACUÑA

Redazione: VICTOR CRESCENZI, ANNA MARIA GIOMARO

Direzione e redazione: Facoltà di Giurisprudenza, Via Matteotti 1, 61029 Urbino Tel. 0722 3031

Autorizzazione presso il Tribunale di Urbino del 22 settembre 1950 n. 24

La pubblicazione della rivista ha avuto inizio dal 1927.

Stampa: Arti Grafiche Editoriali Srl, Urbino

ANNO LXXII - 2006

NUOVA SERIE A - N. 57,1

STVDI VRBINATI

DI SCIENZE GIURIDICHE, POLITICHE ED ECONOMICHE



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI URBINO

GIOVANNI CORDINI

APPUNTI IN TEMA DI STATUS
E CONDIZIONE GIURIDICA SOGGETTIVA
NEL TRATTATO COSTITUZIONALE EUROPEO *

*Ordinario di Diritto Pubblico Comparato
Università degli Studi di Pavia*

SOMMARIO

A) *La condizione giuridica soggettiva nella successione dei trattati europei*: 1. Il diretto riferimento al cittadino collegato alle esigenze mercantili e alla libera circolazione. 2. L'avvio del riconoscimento politico circa il ruolo del cittadino nel processo di unificazione dell'Europa. 3. La graduale attribuzione di diritti politici e sociali ai cittadini europei. 4. La cittadinanza derivata e complementare recepita dal trattato costituzionale. B) *La condizione soggettiva nel trattato che istituisce una "Costituzione per l'Europa"*: 1. Presupposti e impianto del trattato costituzionale. 2. Configurazione giuridica dell'Unione Europea e concerto comunitario. 3. Status personale e cittadinanza europea. C) *Diritti fondamentali della persona umana e integrazione europea*: 1. L'inviolabilità della persona umana posta dalla democrazia liberale come garanzia costituzionale avverso ogni forma di totalitarismo. 2. Diritti fondamentali e integrazione europea: il ruolo svolto dalle Corti. D) *La peculiare configurazione giuridica dell'Unione Europea: Associazione di Stati che istituisce un Ente intermedio dotato di competenze sopranazionali e non una comunione dei popoli europei*: 1. L'associazione degli Stati europei e la natura giuridica dell'Unione. 2. Identità e integrazione: i due versanti del rapporto tra istituzioni e cittadini. E) *Vocazione "federale" dell'Unione e configurazione della "cittadinanza europea" esclusivamente sulla base del diritto interno*. F) *Considerazioni finali*.

A) *La condizione giuridica soggettiva nella successione dei trattati europei*

1. *Il diretto riferimento al cittadino collegato alle esigenze mercantili e alla libera circolazione*

Il trattato istitutivo della Comunità Europea del Carbone e dell'Acciaio all'articolo 3 assegnava alle istituzioni comunitarie il compito di as-

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

sicurare l'eguale accesso alle fonti di produzione "a tutti i consumatori del mercato comune posti in condizioni equiparabili" e quello di "promuovere il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro della manodopera". La persona fisica era presa in considerazione in ragione della qualità collettivamente attribuita (consumo o lavoro). Con il trattato di Roma il riferimento diretto ai cittadini, ad esempio, era esplicito già agli articoli 37 (divieto di discriminazioni per quanto riguarda le condizioni dei cittadini degli Stati membri relative agli approvvigionamenti, in sede di riordino dei monopoli), 52 e 53 in tema diritto di stabilimento, mentre le disposizioni relative alla libera circolazione e quelle in materia sociale (ad es. gli articoli da 48 a 51 e gli articoli da 117 a 122) erano ancora rivolte a categorie (lavoratori, manodopera)¹. La persona fisica era tributaria di un'autonoma qualificazione giuridica in forza dell'articolo 173, ove era consentito il ricorso alla Corte di Giustizia avverso decisioni prese "nei suoi confronti" e che la riguardassero "direttamente e individualmente"². La Corte di Giustizia non ebbe dubbi a proposito del riconoscimento di una posizione soggettiva garantita dall'ordinamento comunitario. A far tempo dalla sentenza *Van Gend/Loos* del 1963, nella causa 26/62, la Corte comunitaria ebbe a dichiarare che dal trattato discendono direttamente, in capo ai singoli soggetti, dei diritti che le giurisdizioni (sia quelle nazionali, sia quella comunitaria) devono tutelare. Alla dimensione individuale, alla quale è riconducibile lo status personale³, si affianca quella collettiva, espressa con formule (lavoratori, manodopera, produttori, consumatori, imprese) che sono ricorrenti nell'assetto giuridico del mercato comune e nelle disposizioni economiche e sociali. Data la dimensione giuspubblicistica del trattato, l'ordinamento comunitario non poteva limitare il riconoscimento giuridico alla condizione del soggetto privato per cui la figura del cittadino e il corrispondente status pubblicistico sono presi in considerazione, se pure con cautele e limiti. L'esigenza di far compiere un salto qualitativo rilevante alla configurazione giuridica

¹ Cfr. B. NASCIMBENE (a cura di), *La libera circolazione dei lavoratori*, Giuffrè, Milano, 1998.

² Cfr. G. G. STENDARDI, *Il soggetto privato nell'ordinamento comunitario europeo*, Giuffrè, Milano, 1967; R. MONACO, *Lineamenti di diritto pubblico europeo*, 2ª ediz., Giuffrè, Milano, 1975, pagg. 143 e sgg.

³ Sui profili teorici del concetto giuridico di *status* si v. N. PINTO, *Il concetto giuridico di status*, Giuffrè, Milano, 1941; P. BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Padova, 1953; G. LOMBARDI, *Potere privato e diritti fondamentali*, Giappicelli, Torino, 1970.

del soggetto nell'ambito del diritto europeo venne discussa in molte occasioni che fornirono alle istituzioni comunitarie e ai governi nazionali il destro per una riflessione sulla partecipazione dei cittadini nell'ambito dell'assetto istituzionale europeo. La traduzione in norme giuridiche di questa istanza fu assai più lenta, difficile e complessa. In effetti si poneva il problema di delineare un ordinamento che avesse come punto di partenza e come referente diretto il cittadino, indipendentemente dall'appartenenza ad una categoria di soggetti collegata al mercato (produzione, distribuzione, consumo), alle attività economiche (lavoro e professioni, studi, impresa, servizi), alle condizioni sociali, sanitarie e ambientali alle quali, progressivamente, l'ordinamento comunitario prestava attenzione⁴.

2. *L'avvio del riconoscimento politico circa il ruolo del cittadino nel processo di unificazione dell'Europa*

Nel "vertice europeo" di Copenaghen del 14 dicembre 1973 i Capi di Stato e di Governo della Comunità Europea approvarono una relazione sulla identità europea⁵ nella quale erano definiti obiettivi che «potevano tracciare la via allo sviluppo dei diritti speciali dei cittadini»⁶. La qualità "speciale" con la quale sono specificati tali diritti sembra indicare una sfera autonoma di attribuzione, condizionata dal quadro particolare nel quale si svolgono le competenze comunitarie. È il Parlamento Europeo con la *risoluzione* del 16 novembre 1977⁷ che supera del tutto questa barriera invitando la Commissione ad elaborare delle proposte relative al-

⁴ Una rigorosa riflessione sulle trasformazioni della condizione soggettiva in rapporto alla dimensione istituzionale e ai rapporti che investono l'uomo contemporaneo nella relazione con i poteri è proposta da G. GUARINO, *L'uomo-istituzione*, Laterza, Bari e Roma, 2005.

⁵ Per le distinzioni e le correlazioni tra identità e cittadinanza cfr. CORDINI, *Identità, appartenenza e cittadinanza. Profili di diritto costituzionale e comunitario*, in D. CASTELLANO (a cura di), *L'Europa dopo le sovranità*, ESI, Napoli, 1999, pagg. 35 e sgg.; S. BARTOLE, *La cittadinanza e l'identità europea*, in *Quaderni Costituzionali*, 2000, pagg. 39 e sgg.; AA.VV., *Cittadinanza e identità costituzionale europea*, Il Mulino, Bologna, 2001; V. E. PARSI (a cura di), *Cittadinanza e identità costituzionale europea*, Ricerca del Centro di ricerche in analisi economica, economia internazionale, sviluppo economico, Il Mulino, Bologna, 2001.

⁶ Cfr. i documenti raccolti con il titolo *Europa dei cittadini*, nel Suppl. Bollettino C. E., 1987, n. 7, pag. 19.

⁷ P. E., doc. 346/1977.

l'attribuzione ai cittadini europei di diritti politici e civili, in particolare i diritti elettorali attivi e passivi, i diritti di partecipazione politica e sindacale, il diritto di ricorso individuale alla Corte di Giustizia, il diritto di petizione, il diritto dei cittadini residenti in uno Stato membro da oltre dieci anni di accedere alle pubbliche funzioni nell'amministrazione locale, il diritto di soggiorno, i diritti all'istruzione e alla formazione professionale. La successiva *risoluzione* del Parlamento Europeo del 13 aprile 1978⁸ preparava il terreno per l'adozione di una "carta europea dei cittadini" che, secondo quel documento, avrebbe dovuto avere un contenuto prevalentemente sociale. Negli anni a seguire, la questione della cittadinanza europea assunse una diversa impostazione in quanto venne posta per confermare la scelta di campo degli Stati democratici occidentali che aderivano al patto comune, facendo leva sull'esigenza di consolidare la coesione della Comunità in base ai principi della democrazia rappresentativa, dello Stato di diritto, della giustizia sociale e del rispetto dei diritti umani, considerati come un patrimonio costituzionale acquisito, in quanto già esistente negli ambiti interni e, di conseguenza, comune agli Stati membri⁹.

3. *La graduale attribuzione di diritti politici e sociali ai cittadini europei*

Nel passaggio dalle affermazioni di principio, espresse con formule generali e astratte, al concreto riconoscimento delle posizioni giuridiche soggettive in tema di diritti politici e sociali i governanti europei hanno seguito un indirizzo ispirato alla prudenza, procedendo con gradualità, attraverso complesse fasi negoziali. Alla lucida delineazione dei fini non fecero seguito le condizioni necessarie per imprimere una svolta al processo d'integrazione, dando corso all'unificazione politica del Vecchio Continente e, con questa, alla piena integrazione del soggetto nell'ordinamento europeo. Ove si fosse risolta alla radice la principale "questione politica" che regge l'azione comune, cioè l'interrogativo sul fondamento stesso dell'Unione, sarebbe ben più agevole definire la posizione del cittadino all'interno dell'assetto giuridico europeo. Le ragioni del tortuoso e lento processo di unificazione sono molteplici e si possono riassumere se-

⁸ P. E., doc. 52/1978, nella GUCE C108 dell'8.5.1978, pag. 42.

⁹ Cfr. G. GAJA, *L'attribuzione di diritti speciali ai cittadini della Comunità secondo il parlamento europeo*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 1978, pagg. 943 e sgg.

condo due linee interpretative. Da un lato si considerò opportuno affrontare, con priorità, i dominanti problemi economici e sociali che assillavano l'Europa, facendo perno sull'idea del mercato unico, mediante la più ampia liberalizzazione degli scambi¹⁰. Le libertà fondamentali enunciate dal trattato in materia di circolazione delle persone, delle merci, dei capitali e dei servizi sono state garantite con gradualità. I governi e l'amministrazione comunitaria concentrarono l'attenzione sul funzionamento dei meccanismi mercantili, conseguendo un notevole incremento degli scambi commerciali e la realizzazione della frontiera esterna comune. Il completamento del mercato interno liberalizzato e il ravvicinamento delle legislazioni economiche e monetarie, a giudizio di molti osservatori, dovevano gettare le basi per il successivo passaggio all'unificazione politica. D'altro lato, concentrando gli sforzi per settori, secondo un programma concordato e graduato nel tempo, anziché prospettare un'azione globale sorretta da una ferma volontà politica si accantonavano le divergenze politiche più insidiose e si attenuavano le ragioni di dissenso che avevano ostacolato l'allargamento della Comunità. I Paesi, come la Danimarca e il Regno Unito, allora meno propensi a condividere l'ideale dell'unione politica, potevano accettare i vincoli del mercato comune e consentire alla Comunità di rafforzarsi mediante l'integrazione economica. L'economia, la finanza e la moneta, poi, avrebbero messo in moto una sinergia adeguata per tracciare compiutamente un disegno tanto ambizioso quale appariva, in quel momento, la realizzazione dell'Europa dei cittadini. Il Consiglio Europeo di Fontainebleau del giugno 1984 sembra ammettere lo scacco subito dall'ambizioso progetto delineato dal Parlamento Europeo nel 1977. Lo prova la decisione di costituire un Comitato *ad hoc* sull'Europa "dei cittadini" perché riproponesse le misure idonee ad assicurare ai cittadini europei il riconoscimento dei diritti pubblici che erano stati delineati nella citata *risoluzione* del 1977, promuovendo per tale via "l'identità e l'immagine" della Comunità. Non si trattava di un imbellettamento superficiale o simbolico affidato ad un gruppo di esperti, perché

¹⁰ Si può citare un solo segnale innovativo che provverebbe la propensione della Comunità verso la determinazione di una simbolica identità europea. È quello fornito dalla direttiva del 4 dicembre 1980, n. 1263, con la quale gli Stati membri s'impegnavano all'istituzione di una patente di guida conforme al modello comunitario. Le procedure uniformi dovevano essere concretamente poste in essere dal 1° gennaio 1986. Di eguale segno appare anche la proposta per l'istituzione di un passaporto uniforme. In concreto poi ciascuno Stato ha conservato la propria forma, aggiungendo al testo la dizione "Comunità Europea".

il mandato rispondeva all'esigenza di studiare le condizioni che potessero fare comprendere a fondo le ragioni dell'unificazione, tracciando il quadro entro cui definire un nuovo protagonista della politica europea. La lettura dei lavori svolti da quel Comitato, infatti, consente di valutare l'intenso impegno a favore di un assetto istituzionale della Comunità Europea nel quale fossero consolidati il ruolo e la posizione giuridica soggettiva dei cittadini europei.

Il Comitato, presieduto da Pietro Adonnino, nella prima relazione al Consiglio europeo di Dublino del marzo 1985, infatti, proponeva: 1) di rafforzare la libera circolazione dei cittadini¹¹ (semplificazione dei controlli alle frontiere, passaporto europeo uniforme; 2) di estendere la libera circolazione dei beni e dei servizi (aumento delle franchige, semplificazione delle imposizioni fiscali, regole per evitare la doppia imposizione, attenuazione dei controlli valutari); 3) di riconoscere a tutti i cittadini europei alcuni diritti politici e sociali (diritti di partecipazione del cittadino al processo politico nella Comunità e negli Stati membri, misure di libera circolazione per i professionisti, disposizioni comuni sull'istruzione universitaria e sulla formazione professionale, il rafforzamento del diritto di stabilimento in Paesi diversi da quello di origine, l'estensione del diritto di soggiorno). Venivano inquadrati, con rigore, i principali temi che, negli anni successivi, fino alla riforma operata dal trattato costituzionale del 2004, hanno attratto l'attenzione tanto delle istituzioni europee quanto dei Governi nazionali. Ne voglio sottolineare uno solo, sempre più decisivo nel confronto critico suscitato dall'approvazione del trattato costituzionale: l'inserimento, a pieno titolo, dei cittadini europei e delle autonomie territoriali nella politica europea, adeguando il modello istituzionale comunitario a questa esigenza. Ove l'istanza di partecipazione del cittadino al processo politico europeo avesse trovato ascolto e si fossero definiti, per tempo, ambiti, mezzi e condizioni, attraverso cui renderla effettiva, secondo un indirizzo che il comitato Adonnino aveva sapientemente tracciato, le dispute sul *deficit democratico* e le sempre più insistenti analisi che fotografano minuziosamente le debolezze dell'impianto istituzionale

¹¹ Per i successivi sviluppi cfr. M. CONDINANZI, A. LANG, B. NASCIMBENE, *Cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persone*, Giuffrè, Milano, 2003; M. MARESCA (a cura di), *Valori e principi nella Costituzione europea: il diritto alla mobilità*, Il Mulino, Bologna, 2004.

comunitario, avrebbero potuto trovare qualche risposta¹². I due ambiti in cui l'Europa appare sconcertata e divisa sono proprio quelli che vedono il cittadino sempre meno coinvolto nei processi decisionali, sia quando lo si considera individualmente (diritti politici), sia quando ci si riferisce alle formazioni collettive (sociali e territoriali) delle quali i singoli cittadini fanno parte nell'ambito della complessa rete di relazioni e di raccordi tra le varie entità collettive, le autonomie, gli Stati e l'Unione¹³. Risulta ancora assi debole e, per certi versi, addirittura assente, l'oggetto stesso di un ordinamento costituzionale europeo: lo *status* di cittadinanza, come condizione per realizzare a pieno la convivenza nella comunità politica¹⁴; la definizione della sfera dei diritti e dei doveri che è propria del cittadino comunitario; il grado e le condizioni per assicurare la partecipazione dei soggetti all'esercizio delle potestà di governo e alla gestione della cosa pubblica¹⁵.

¹² La storia "politica" dell'integrazione europea offre numerosi esempi circa le difficoltà incontrate lungo questo percorso inteso a consolidare la posizione giuridica del soggetto. Cfr. B. OLIVI, *L'Europa difficile. Storia politica dell'integrazione europea*, Il Mulino, Bologna, 2000; L. DOBSN, A. FØLLESDAL (eds.), *Political Theory and the European Constitution*, Routledge, London e New York, 2004, nonché le relazioni di Arturo Colombo e Sergio Romano in P. SCARAMOZZINO (a cura di), *Quale Europa?*, Atti della quarta giornata de "Il Politico", Giuffrè, Milano, 2004. Per le ragioni che, in Francia, nel prossimo referendum sul trattato costituzionale, militerebbero a favore del "No" si può v. J. P. CHÈVENEMENT, *Pour l'Europe votez non*, Fayard, Paris, 2005.

¹³ Cfr. P. BILANCIA (a cura di), *Il processo costituente europeo*, Giuffrè, Milano, 2002; A. LUCARELLI e G. PATRONI GRIFFI (a cura di), *Studi sulla costituzione europea: percorsi e ipotesi*, ESI, Napoli, 2003.

¹⁴ Cfr. le dotte ricostruzioni storico-giuridiche delle nozioni di "civis" e "cittadini" proposte negli studi di M. P. BACCARI, *Cittadini popoli e comunione nella legislazione dei secoli IV-VI*, Giappichelli, Torino, 1996 e G. CRIFÒ, *Civis. La cittadinanza tra antico e moderno*, Laterza, Roma e Bari, 2000. Per i profili di diritto costituzionale e comparato gli studi di E. GROSSO, *Le vie della cittadinanza*, Padova, 1997; E. CUNIBERTI, *La cittadinanza*, Cedam, Padova, 1997; E. CASTORINA, *Introduzione allo studio della cittadinanza*, Giuffrè, Milano, 1997; G. CORDINI, *Elementi per una teoria giuridica della cittadinanza. Profili di diritto pubblico comparato*, Cedam, Padova, 1998.

¹⁵ Sono sempre di notevole chiarimento le osservazioni risalenti nel tempo, formulate da V. CRISAFULLI, *Costituzione e protezione sociale*, in *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Giuffrè, Milano, 1952, pag. 116: «Che gli uomini conviventi in una certa società siano, o non "cittadini"; che essi godano di una sfera più o meno ampia di diritti di libertà; che partecipino, e partecipino in maggiore o minor misura, all'esercizio delle potestà riconosciute al soggetto o ai soggetti governanti: tutto ciò, ovviamente, è per forza di cose oggetto di qualsiasi ordinamento costituzionale ed è materia intrinsecamente sociale, nel più generale significato della parola».

B) La condizione soggettiva nel trattato che istituisce una “Costituzione per l’Europa”

Nel Preambolo del nuovo “trattato” costituzionale i redattori dichiarano, genericamente, di volersi ispirare «alle eredità culturali, religiose e umanistiche dell’Europa, i cui valori, sempre presenti nel suo patrimonio, hanno ancorato nella vita della società il ruolo centrale della persona, dei suoi diritti inviolabili e inalienabili e il rispetto del diritto»¹⁶. Questi riferimenti trovano corrispondenza nelle Costituzioni interne degli Stati membri e sono caratteri comuni alla matrice liberale e democratica del costituzionalismo occidentale¹⁷, bene delineata nell’articolo I-2 del trattato, ove si riconosce che «l’Unione si fonda sui valori della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell’uguaglianza, dello stato di diritto e del rispetto dei diritti umani». Il generico riferimento alla condizione giuridica del soggetto, dunque, già ricorre nelle premesse che orientano la lettura del testo e tentano di dare conto del percorso storico che ha caratterizzato l’avventura europea. La cittadinanza dell’Unione è considerata necessaria per rafforzare l’identità europea e la “tutela dei diritti e degli interessi dei cittadini.” (Preambolo). La parte seconda sulla “cittadinanza dell’Unione” (Titolo V, articoli da 39 a 46) deve essere collegata a questi fondamentali principi del patto comune. Quando si scende all’esame degli oggetti ci si avvede che la sfera di efficacia, per lo più, riesce

¹⁶ Per la nozione di “diritti inviolabili” e le incertezze che ne possono derivare cfr. P. GROSSI, *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nel sistema della costituzione italiana*, Cedam, Padova, 1972. In ordine alla tutela che l’ordinamento comunitario presta a questi diritti si v. M. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Giuffrè, Milano, 1995; M. E. GENNUSA, *La tutela dei diritti fondamentali nell’Unione Europea. Trattati di continuità e discontinuità nella giurisprudenza comunitaria*, in corso di pubblicazione nella rivista *Il Politico*, 2005.

¹⁷ Se pure l’analisi muove da prospettive differenti sono interessanti alcuni studi che considerano gli svolgimenti del costituzionalismo democratico liberale in rapporto all’Europa. In tal senso si v.: A. CARRINO, *L’Europa e il futuro delle costituzioni*, Giappichelli, Torino, 2002; A. PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Il Mulino, Bologna, 2002; P. HÄBERLE, *Dallo Stato nazionale all’Unione europea: evoluzioni dello Stato costituzionale*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2002, pagg. 455 e sgg.; C. AMIRANTE, *Costituzionalismo e Costituzione nel nuovo contesto europeo*, Giappichelli, Torino, 2003; C. PINELLI, *Il momento della scrittura. Contributo al dibattito sulla Costituzione europea*, Il Mulino, Bologna, 2002; E. O. ERIKSEN, J. E. FOSSUM, A. J. MENINDEZ (eds.), *Developing a Constitution for Europe*, Routledge, London e New York, 2004; J. ZILLER, *La nuova costituzione europea*, Il Mulino, Bologna, 2003; G. ZAGREBELSKY (a cura di), *Diritti e Costituzione nell’Unione Europea*, Laterza, Bari e Roma, 2004.

limitata all'ordinamento interno dell'organizzazione comunitaria. Nel testo, poi, ricorrono diverse accezioni che richiamano, senza una definizione specifica, la condizione soggettiva: uomo, persona, cittadino¹⁸. Si è scritto che le nozioni di "persona", "soggettività giuridica", "capacità giuridica" sono il frutto di «lente e faticose elaborazioni concettuali, nelle quali si riflette... tutta la storia dell'esperienza giuridica medioevale e di quella moderna con le loro multiformi componenti e spesso contrastanti esigenze»¹⁹. All'interprete si propongono, perciò, tutte le difficoltà che sono emerse nei numerosi studi che hanno indagato questi concetti dalle più varie prospettive teoriche e disciplinari²⁰.

1. Presupposti e impianto del trattato costituzionale

Il trattato costituzionale, nel raffronto con i principi e i criteri seguiti nella formazione dei testi costituzionali rivela un'impostazione del tutto peculiare, dato che ad una prima parte informata da un metodo che non si discosta da quello propriamente applicato ai processi costituenti²¹ ne segue una seconda che ha per oggetto la ricomposizione delle normative, ben più articolate e specifiche, già largamente presenti nei trattati precedenti. In una prima parte da un lato, dunque, si hanno enunciazioni di principi, indicazione di direttive programmatiche e di obiettivi da conseguire, costruzione di schemi entro i quali determinare l'indirizzo politico comunitario; dall'altro trova un assetto l'organizzazione di governo, in buona misura ricavata dall'esistente, con aggiustamenti ed integrazioni resi possibili attraverso la negoziazione inter-governativa e il compromes-

¹⁸ Per una considerazione teorica generale della posizione soggettiva nella sfera giuridica si può rinviare a studi classici come quelli di A. FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Giuffrè, Milano, 1939; G. SPERDUTI, *Contributo alla teoria delle situazioni giuridiche soggettive*, Giuffrè, Milano, 1944; G. GUARINO, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, in *Rassegna di Diritto Pubblico*, 1949, pagg. 238 e sgg.; R. ORESTANO, *Azione Diritti soggettivi Persone Giuridiche*, Il Mulino, Bologna 1978.

¹⁹ R. ORESTANO, *Op. cit.*, pag. 193, ove l'A. Offre numerosi riferimenti circa la nozione di "persona" nel diritto romano.

²⁰ Per qualche approfondimento cfr. D. CASTELLANO (a cura di), *Persona e diritto*, Missio, Udine, 1990. Altre indicazioni in G. CORDINI, *Elementi per una teoria giuridica della cittadinanza*, cit., pagg. 228 e sgg.

²¹ Per un rigoroso ed ampio studio comparato di questi processi cfr. M. P. VIVIANI SCHLEIN, *La rigidità costituzionale. Limiti e graduazioni*, Giappichelli, Torino, 1997.

so “costituente” raggiunto nell’ambito della “Convenzione”²². La seconda parte riproduce, con revisione di discipline e modelli, l’articolazione presente nei trattati (politiche comuni, competenze, settori d’intervento, fino a norme particolari)²³, nel segno della continuità giuridica tra Comunità europea Unione, esplicitamente dichiarata dall’articolo IV-3 delle disposizioni generali e finali²⁴. Il trattato costituzionale, dunque, getta le basi per un riassetto dell’ordinamento comunitario che dovrebbe trovare una sua unità attorno a principi, istituti, indirizzi, regole e criteri con i quali si cerca di conferire un ordine sistematico ad un vasto apparato organizzativo e ad una quasi incontenibile e disordinata mole di norme giuridiche. L’ordinamento comunitario ha una base che possiamo definire di diritto pubblico europeo. Si tratta dei principi costitutivi (in larga misura esposti nella Carta dei diritti integrata nel trattato costituzionale); della distribuzione delle competenze; della soggettività giuridica riconosciuta alle persone fisiche e giuridiche alle quali si rivolge il diritto europeo; dell’esercizio delle funzioni. La peculiare qualificazione di “Ente intermedio” non consente di assegnare ad un ramo esclusivo della scienza giuridica il compito di delineare la struttura e il funzionamento del sistema giuridico comunitario. Nell’età delle specializzazioni la comprensione dei fenomeni giuridici derivanti dall’attività dell’Unione Europea impone uno studio che coinvolge quasi tutte le tradizionali discipline giuridiche, ben oltre le partizioni di scuola e le convenienze didattiche²⁵.

²² Cfr. K. LENAERTS, M. DESOMER, *Bricks for a Constitutional treaty of the European Union: values, objectives and means*, in *European Law Review*, 2002, pagg. 377 e sgg.; V. ONIDA, *Verso la Costituzione europea: passi ulteriori*, in *Quaderni Costituzionali*, 2003, pagg. 171 e sgg.

²³ Cfr. B. DE WITTE, *Simplification and reorganization of European Treaties*, in *Common Market Law Review*, 2002, pagg. 1255 e sgg.; O. DUHAMEL, *Pour l’Europe: la Constitution Européenne expliquée et commentée*, Seuil, Paris, 2005.

²⁴ Cfr. B. DE WITTE, *Il processo semi-permanente di revisione dei trattati*, in *Quaderni Costituzionali*, 2002, pagg. 499 e sgg.

²⁵ Questa difficoltà viene rappresentata e discussa in molti commenti e non è il caso di fermare su di essa l’attenzione oltre la semplice evidenza. Importa, invece, osservare che una analisi minuziosa ad essa riservata, alfine, potrebbe riuscire poco utile al pari del discorso sul metodo che veniva premesso alle discipline di confine, per legittimarle scientificamente e consentire ai loro cultori di essere cooptati nell’ideale assemblea degli studiosi di quella disciplina. Il ruolo del giuspubblicista che si avvicina all’Unione Europea resta rilevante anche quando se ne riconosca la genesi internazionalistica e si ammetta una configurazione anomala e sfuggente rispetto ad ogni modello costituzionale classico. La ripartizione dei poteri; la condizione dei soggetti; la lettura dei principi che reggono il sistema comunitario; l’esame dei rapporti tra gli ordinamenti e la recezione

2. Configurazione giuridica dell'Unione Europea e concerto comunitario

Gli incessanti tentativi della dottrina di definire le competenze e la natura giuridica dell'originale forma di cooperazione internazionale affidata al concerto comunitario degli Stati europei trovano un limite notevole nel vincolo politico imposto dai governi degli Stati membri, i quali si sono riservati, attraverso le conferenze intergovernative non solo il potere di decidere sull'evoluzione dell'Unione, bensì anche il diritto di determinare le sue strutture e di svolgere un indirizzo politico che, di volta in volta, potrebbe accrescere o sottrarre competenze sovranazionali all'Unione²⁶. Lungo l'incerto cammino verso l'integrazione politica dell'Europa si devono registrare ancora molti delicati passaggi: il consolidamento dell'adesione dei nuovi dieci Stati confluiti nell'Unione nel corso dell'anno 2004, la ratifica del trattato che istituisce una "Costituzione per l'Europa" (in alcuni casi, infatti, si registrano forti perplessità riguardo all'esito positivo dei referendum popolari, come ad esempio, in Francia, in Polonia, nel Regno Unito, in Danimarca e in Spagna) e il complesso e contrastato negoziato per l'eventuale adesione della Turchia. Riesce ancora assai debole, perciò, la ricerca di un sicuro approdo finale dell'integrazione comunitaria. In tal senso sarebbe utile consolidare il legame tra i cittadini europei e le istituzioni, mettendo in campo degli strumenti adatti per l'e-

interna della legislazione comunitaria; il vasto campo del conflitto e i mezzi giuridici per la sua risoluzione sono tutti ambiti che devono interessare il diritto pubblico e i suoi cultori.

²⁶ La gran parte degli studi dedicati all'Unione conferma la difficoltà di delineare un assetto stabile. L'incertezza si ripropone quando l'Unione europea è messa a confronto con i tradizionali modelli dello Stato federale e della Confederazione di Stati. Per un più ampio svolgimento si v.: A. P. PLIAKOS, *La nature juridique de l'Union européenne*, in *Revue Trim. de Droit Européen*, 1993, pagg. 137 e sgg.; M. BOURJOL, *Intercommunalité et Union européenne: réflexion sur le fédéralisme*, LGDJ, Paris 1994; R. DEHOUSSE (ed.), *Europe after Maastricht: an ever closer Union?*, Law Books in Europe, Beck, München, 1994; J. L. MATHIEU, *L'Union européenne*, PUF, Paris, 1994; G. DUPRAT (a cura di), *L'Union européenne*, PUF, Paris 1996; I. PERNICE, *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited*, in *Common Market Law Review*, 1999, pagg. 703 e sgg.; T. BALLARINO, *Manuale di diritto dell'Unione Europea*, Cedam, Padova, 2001; P. FOIS, *La questione della transizione dal trattato-costituzione alla costituzione europea*, in S. LABRIOLA (a cura di), *Ripensare lo Stato*, Atti del Convegno di Napoli del 22-23 marzo 2002, Giuffrè, Milano, 2003, pagg. 113 e sgg.; G. TOSATO, *Il nuovo trattato costituzionale per l'Europa: Trattato o Costituzione?*, in *Queste Istituzioni*, nn. 130-131, 2004, pagg. 31 e sgg.; P. SCARAMOZZINO (a cura di), *Quale Europa?*, cit., Milano, 2004, in particolare la relazione di Marta Cartaria.

esercizio diretto della sovranità popolare riguardo a questioni fondamentali per il futuro dell'Unione: l'identità europea e i valori condivisi; i poteri degli Stati membri; l'adesione di nuovi Stati e i confini dell'Europa comunitaria; i vincoli per la stabilità monetaria e per le compatibilità economiche²⁷. Il Kelsen si pone questo problema in rapporto all'essenza e al valore della democrazia parlamentare e riconosce che «molte questioni troverebbero una soluzione diversa se la loro decisione non fosse unicamente devoluta al Parlamento, ma si interrogasse anche il corpo elettorale»²⁸.

La dottrina sembra concordare sulla peculiarità dell'ordinamento comunitario²⁹, mentre emergono delle valutazioni difformi in ordine alla configurazione dell'Unione come tradizionale entità internazionale, caratterizzata da un più elevato grado di accentramento delle funzioni³⁰, oppure quale assetto costituzionale di tipo confederale da considerare come una fase intermedia tra lo Stato-Nazione e la vera e propria federazione degli Stati europei³¹. Se, prima dell'entrata in vigore dell'Atto Unico Eu-

²⁷ Questi temi sono stati affrontati in varie occasioni di dibattito. Si v. ad esempio il confronto italo-tedesco tra studiosi, giornalisti, politici svoltosi nel febbraio del 2004 a Villa Vigoni, i cui atti sono pubblicati nel volume a cura di U. GIOVINE e A. VENTURELLI, *Cittadinanza e Governance in Europa*, Villa Vigoni, New Press, Como, 2004.

²⁸ H. KELSEN, *La democrazia* (trad. it. di vari testi pubblicati tra il 1922 e il 1956), Il Mulino, Bologna, 1981, pag. 154.

²⁹ Peter Häberle, indicando l'Europa come una «società costituzionale in formazione» scrive che «l'Unione Europea non è più solo una "alleanza tra gli Stati" e non è ancora uno Stato federale, è una struttura costituzionale di tipo particolare» e *sui generis* che non sembra avere riscontro in altre esperienze e per questo costituisce anche una sorta di laboratorio culturale di grande interesse per il cultore del diritto costituzionale comparato. Cfr. P. HÄBERLE, *Europa come società costituzionale in formazione*, in E. PALICI DI SUNI PRAT, F. CASSELLA, M. COMBA (a cura di), *Le Costituzioni dei Paesi dell'Unione Europea*, Cedam Padova, 2001, pagg. 15 e sgg.

³⁰ La peculiarità dell'ordinamento comunitario è stata sottolineata da quasi tutta la dottrina che si è interessata al diritto comunitario. Per un primo orientamento nella sterminata pubblicistica disponibile si v. G. SACERDOTI, *Diritto e istituzioni della nuova Europa*, Giuffrè, Milano, 1995; G. ZANGHI, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, Torino, 1995; F. POCAR, *Diritto dell'unione e delle comunità europee*, Giuffrè, Milano, 2000; L. DANIELE, *Il diritto materiale della comunità europea*, Giuffrè, Milano, 2003; G. TESAURIO, *Diritto comunitario*, Cedam, Padova, 2003; L. FERRARI BRAVO, E. MOAVERO MILANESI, *Lezioni di diritto comunitario*, Editoriale Scientifica, Napoli, I vol. 2003 e II vol. 2004.

³¹ Per una ipotesi confederale che costituisca però una fase intermedia verso il modello federale sembra propendere A. LA PERGOLA, *Sguardo sul federalismo e suoi dintorni*, in *Diritto e Società*, 1992, pagg. 491 e sgg.; Id., *L'Unione europea fra il mercato comune ed*

ropeo, la tesi internazionalistica poteva trovare solidi fondamenti da quel momento l'ordinamento comunitario non è più soltanto, come osservava Santi Romano a proposito del diritto internazionale, «un'estrinsecazione o proiezione del diritto interno dei vari Stati»³². L'Unione Europea si pone come un soggetto autonomo e indipendente da questi sia nella sfera internazionale, sia in rapporto alla protezione degli interessi che sono assegnati alla Sua competenza. Non convince l'idea che per superare le difficoltà poste dalla configurazione da attribuire ad un ordinamento certamente tuttora imperfetto e, per certi versi, anche incompiuto e transitorio, si debbano respingere sia la tesi internazionalista, sia il modello costituzionalista, a favore di una terza via che non è possibile determinare meglio, finendo per dare consistenza sistematica ad una entità fumosa e provvisoria, ipotizzando, così, la coesistenza di vari sistemi interdipendenti, con la pretesa di offrire un sostegno teorico alla confusa "allocazione delle competenze" che, in assenza di un quadro costituzionale di riferimento, si andrebbe «precisando giorno per giorno», con il contributo di molteplici fattori politici e istituzionali (i vari attori del concerto comunitario)³³. L'esperienza giuridica, le convenzioni costituzionali, le prassi e, prima ancora, lo studio degli svolgimenti storici che hanno interessato popoli e nazioni, sono tutti elementi necessari ed utili per comprendere i rivolgimenti che investono l'ordine giuridico, in quanto integrano e soccorrono il lavoro scientifico del giurista. Ove, tuttavia, gli stessi fattori fossero presi a pretesto non già per arricchire quanto, piuttosto, per alterare o accantonare il metodo proprio delle scienze giuridiche, rinunciando al contributo che il pensiero giuridico è in grado di recare alla comprensione delle trasformazioni istituzionali e alla classificazione dei sistemi, verrebbe meno la possibilità stessa di utili classificazioni e di un inquadramento teorico, affidando al caso ogni successivo sviluppo delle premesse tracciate nei testi. Per quanto riguarda i soggetti non v'è dub-

un moderno tipo di confederazione, in *Rivista Trim. di Diritto e Procedura Civile*, 1993, pagg. 1 e sgg. Sottolineano la tendenza verso un modello federale: H. H. WEILER, *Il sistema comunitario europeo*, Il Mulino, Bologna, 1985; S. ORTINO, *Introduzione al diritto costituzionale federativo*, Giappichelli, Torino, 1993, pagg. 15 e sgg.; R. DEHOUSSE (ed.), *Europe After Maastricht*, München, 1994; T. GIEGERICH, *Europäische Verfassung und deutsche Verfassung im transnationale konstitutionalisierungsprozess: wechselseitige Rezeption, konstitutionelle Evolution un föderale Verflechtung*, Springer, Berlin e London, 2003.

³² S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Sansoni, Firenze, 1962, pag. 53.

³³ Sembra questa la tesi sostenuta da E. CANNIZZARO, *Democrazia e sovranità nei rapporti tra Stati membri e Unione europea*, in *Il diritto dell'unione europea*, 2000, 2, pagg. 241 e sgg., spec. pag. 263.

bio che le situazioni positive di vantaggio quanto quelle negative di dovere, anzitutto, devono essere correlate al dettato normativo. Riccardo Orestano, se pure in un contesto del tutto diverso, ebbe a scrivere, assai propriamente: «se non si può ammettere una scienza giuridica che restringa il suo oggetto soltanto alle norme, non può all'inverso concepirsi una scienza giuridica che non si dia carico "anche" del fenomeno normativo»³⁴. Dallo studio dell'attuale quadro giuridico europeo emerge nettamente la figura soggettiva sia in relazione agli interessi economici, sia in rapporto alla cittadinanza politica. Da un lato il lavoratore, il libero professionista, il produttore, il consumatore, l'utente di servizi trovano, nell'ordito comunitario, ciascuno una propria sfera giuridica di attribuzioni e di doveri; dall'altro il cittadino nazionale può beneficiare di condizioni particolari in relazione alle libertà economiche, ai diritti sociali e ai diritti politici previsti dal trattato e dalla legislazione europea³⁵. In particolare, mediante la libertà di circolazione e il diritto di stabilimento, si sono stabilizzate le formule con le quali l'Unione conferisce una condizione equivalente e non discriminatoria a tutti i cittadini degli Stati membri. Lo studio delle posizioni soggettive nell'Unione Europea conferma la tesi per cui nello "Stato sociale del benessere", a cui aspirano tutti gli Stati membri, la figura del cittadino non assume importanza esclusivamente in quanto militante di una formazione politica e come elettore ma anche in quanto parte attiva della comunità economica e della vita professionale e sociale.

³⁴ R. ORESTANO, *Azione Diritti soggettivi Persone Giuridiche*, cit., pag. 137.

³⁵ L'eminente sociologo inglese Marshall, nello studio dedicato alla cittadinanza ha tracciato un percorso secondo tre stadi, quello civile, quello politico e quello sociale, corrispondenti a diverse epoche e caratterizzati da contenuti variabili. In una prima fase "civile" la cittadinanza avrebbe contrassegnato le lotte per la libertà civile e per il riconoscimento e la tutela dei diritti dell'uomo rivendicati dalle rivoluzioni settecentesche. La seconda fase "politica" sarebbe stata caratterizzata dalla partecipazione dei cittadini all'esercizio del potere e nella terza fase "sociale" si manifesterebbe la tendenza a considerare essenziali, per la qualità della vita umana, talune condizioni di benessere economico e di protezione sociale. Si tratta di una prospettiva che pone al centro della riflessione non già la posizione giuridica bensì la condizione storica del soggetto, sia in relazione ai diritti politici, sia con riferimento ai rapporti economici e sociali. Il riflesso giuridico di una tale impostazione si potrebbe riconoscere nell'intreccio dei rapporti di diritto e di dovere che hanno come presupposto le particolari condizioni che, in un ordinamento come quello dell'Unione Europea, coinvolgono il soggetto di diritto, indipendentemente dallo *status* di cittadinanza. Cfr. T. H. MARSHALL, *Citizenship and Social Class, and other essays* (ed. it. Utet, Torino 1976, cit. supra), Cambridge, 1950, pagg. 78 e sgg.

3. Status personale e cittadinanza europea

Nel corso storico, in relazione al concetto di cittadinanza, sono stati messi a confronto due orientamenti opposti. Da un lato sono proposte le visioni organiche dell'universalità dei cittadini considerati "come un tutto, in quanto legati da sentimenti politici comuni, capaci di valutare e volere insieme"³⁶ mentre dall'altro le teorie atomistiche hanno riconosciuto come realtà esistente una mera somma d'individui indipendenti. L'aggregato sociale che ne risulta è frazionato in corpi distinti, spesso divisi fra loro da ideologie e interessi. Nonostante questo duplice inquadramento del tema è possibile fare riferimento alla comune opinione della dottrina giuridica ove la cittadinanza sia correttamente definita come uno *status* volto a stabilire la condizione di coloro che, in virtù di un'appartenenza o di un rapporto giuridico con la comunità politica, sono investiti della titolarità di varie situazioni giuridiche attive e passive (di diritto e di dovere). Le situazioni giuridiche soggettive, configurate sul presupposto di uno *status* conferito al cittadino³⁷, vennero prese in esame, con particolare profondità di analisi, dalla dogmatica tedesca del secolo scorso e, in seguito, furono accolte e classificate dalla dottrina del diritto pubblico in quasi tutto l'Occidente³⁸. Per tutti si può citare

³⁶ P. G. GRASSO, *Rilevanza del costituzionale del sistema elettorale nell'ordinamento repubblicano*, in *Diritto e Società*, 1995, pag. 448.

³⁷ Una sintesi efficace per l'inquadramento del tema nella teoria generale è quella di V. FROSINI, *Situazione giuridica*, voce *Novissimo Digesto italiano*, XVII, Utet, Torino 1970, pagg. 468 e sgg.; Id., *Diritto soggettivo e dovere giuridico*, in *Rivista di Diritto Civile*, 1961, I, pagg. 115 e sgg. Si v. poi F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, 3^a ed., Il Foro Italiano, Roma 1951; G. MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, Cedam, Padova 1960, pagg. 65 e sgg. Per una diligente ricostruzione si v. M. CUNIBERTI, *La cittadinanza*, Cedam, Padova 1997, pagg. 13 e sgg.

³⁸ Sulle idoneità del soggetto ad assumere comportamenti giuridici si soffermava ampiamente ANGELO FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Giuffrè, Milano, 1939. La condizione del soggetto in riferimento all'ordinamento costituzionale italiano è stata rigorosamente indagata da PAOLO BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Cedam, Padova, 1953. Per una accurata ricostruzione storica e uno studio delle diverse figure giuridiche soggettive che tiene conto di tale prospettiva si v. l'opera di RICCARDO ORESTANO, *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto*, in *Jus*, 1960, pagg. 149 e sgg. e poi anche nel volume *Azione. Diritti soggettivi. persone giuridiche*, Il Mulino, Bologna, 1978, pagg. 113 e sgg. e la pregevole costruzione di GIOVANNI MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, Cedam, Padova, 1966, pagg. 42 e sgg., per il quale lo *status* quale modo di essere giuridicamente definito di una persona rappresenta una qualità giuridica del soggetto, derivanti dalla sua appartenenza volontaria o necessaria a un gruppo, a una classe, a una comunità, a un'organizzazione, allo stato "purché detta appartenenza costituisca il

Georg Jellinek, il quale si riferì allo *status civitatis* per l'attribuzione all'individuo i diritti pubblici soggettivi. Questo *status* personale implica un rapporto stabile e duraturo dell'individuo con l'ordinamento giuridico di appartenenza e segue il soggetto ovunque esso si trovi. Solo il cittadino gode dello *status activae civitatis*, per il quale è abilitato all'esercizio dei diritti politici³⁹. I diritti politici (elettorato attivo e passivo, partecipazione a pubblici concorsi e assunzione di pubbliche funzioni); i diritti sociali (prestazioni e assistenze da parte dello Stato e di Enti pubblici); i diritti civici (diritto alla protezione diplomatica) e i doveri giuridici (di prestazione del servizio militare, di fedeltà allo Stato, fiscali) non sono definiti dalle norme sulla cittadinanza ma si ricavano dall'ordinamento giuridico interno, nel suo complesso, mediante le disposizioni che hanno come destinatari i cittadini⁴⁰. I livelli minimi essenziali delle prestazioni fornite ai cittadini dai pubblici poteri sono anch'essi garantiti dal diritto interno e, nell'ambito europeo, di regola, possono essere messi in discussione solo quando si evidenziano delle discriminazioni basate sulla nazionalità. Nel diritto comunitario la sfera di efficacia dei diritti di cittadinanza è quella definita dall'ordinamento europeo, mentre la condizione soggettiva deriva del tutto dagli ordinamenti particolari che contraddistinguono gli Stati membri.

Il richiamo frequente del concetto di "stato" della persona necessita di un approfondimento teorico inteso a meglio delineare il significato che assume nel diritto pubblico e gli aspetti problematici che ne derivano quando si relaziona con la cittadinanza⁴¹. Dapprima è bene rammentare

presupposto per l'applicabilità di disposizioni generali e uniformi dell'ordinamento statale, ovvero dell'ordinamento particolare dell'organizzazione, alla persona così qualificata." (MIELE, *Op. cit.*, pag. 65). In tutti questi studi sembra emergere una posizione convergente ove si osserva che lo *status* è sempre il presupposto sulla base del quale si può determinare una condizione giuridica, un fenomeno giuridico, una capacità, un intreccio di diritti e di doveri.

³⁹ G. JELLINEK, *Sistema dei diritti pubblici soggettivi* (trad. it. della 2ª ed. tedesca del 1905, a cura di G. Vitagliano), Soc. Ed. Libreria, Milano 1912, pagg. 60 e sgg.; Id., *La dottrina generale dello Stato*, (trad. it., Introduzione di V. E. Orlando), Milano 1949, pagg. 23 e sgg.

⁴⁰ Cfr. G. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Giuffrè, Milano 1967; P. VIRGA, *Diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano 1979, pagg. 43 e sgg.

⁴¹ Cfr. P. RESCIGNO, *Situazione e status nell'esperienza del diritto*, cit., pagg. 216 e sgg.; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., I, 1975, pag. 169 ove osserva che gli *status* formano il presupposto necessario della generale capacità giuridica. Di conseguenza si parla di stato di cittadinanza "per indicare la posizione che viene fatta al soggetto in

le avvertenze che alcuni tra gli insigni giuristi che si sono occupati del tema hanno premesso ai loro studi. Una considerazione preliminare comune porta a ritenere che il concetto di *status* sia “tra i più vaghi nella elaborazione scientifica”⁴² e “quasi ribelle ad ogni definizione”⁴³. Un secondo invito alla cautela si basa sulla considerazione che la questione non può essere affrontata esclusivamente in relazione ad un ambito disciplinare dato che, in tema di diritti della persona, ci si trova di fronte, inevitabilmente, ad un intreccio multidisciplinare di analisi e argomentazioni, in particolare per le connessioni tra aspetti pubblicistici e privatistici⁴⁴. La difficoltà di proporre una definizione comune riemerge non appena si passano in rassegna le impostazioni dottrinali che hanno inteso distinguere lo *status* da altre nozioni con le quali si trova ordinariamente relazionato. Una prima classificazione distingue lo *status* dal concetto, più generale, di “situazione giuridica”⁴⁵, nozione a sua volta differenziata ri-

quanto appartiene ad una comunità statale... Lo *status* appare pertanto come una qualità che, in virtù di legge, si pone quale fonte di speciali diritti e doveri ad essa necessariamente inerenti, condizione preliminare per i singoli, concreti rapporti in cui questi si inseriscono.”

⁴² Così A. CICU, *Il concetto di “status” in Studi in onore di V. Simoncelli*, Jovene, Napoli, 1917, pag. 61. Il Crisculi riportando questi passi riconosce che se pure gli studiosi che sono tornati sul tema in tempi successivi hanno abbandonato questo scoperto tipo di avvertenze tutti hanno mostrato consapevolezza circa la difficoltà della sistemazione teorica di una figura controversa che costituiva “uno strumento tecnico tra i più collaudati dell’ambiente giuridico” senza trovare concordanza di vedute né sull’essenza del concetto, né sulla determinazione dei contenuti né sulla qualificazione giuridica del riferimento dello *status* al suo titolare. (G. CRISCUOLI, *Variazioni e scelte in tema di status*, in *Rivista di Diritto Civile*, I, 1984, pagg. 157 e sgg.).

⁴³ Cfr. F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Cedam, Padova, 1940, pag. 250.

⁴⁴ G. ALPA, *Status e capacità*, Laterza, Roma e Bari, 1993, pagg. 46 e sgg., ove l’a. osserva che “negli ordinamenti a costituzione scritta o nei quali esiste un *Bill of Rights*, gli aspetti pubblicistici e privatistici dei diritti della persona sono intrecciati e – anche se districabili e descrivibili con prospettive e accenti diversi – non si dimentica mai la connessione delle due valenze”, mentre alle pagg. 56 e sgg. Alpa rileva che “elevare a dignità costituzionale gli aspetti della persona è conquista recente e appartiene ormai ai valori fondamentali degli ordinamenti democratici. Vi sono casi (come, ad esempio, il nostro) in cui la disciplina è contenuta sia nel codice civile, sia nella Costituzione, e, secondo l’ordine delle fonti, la disciplina costituzionale prevale su quella di codice.” Si v. anche la puntuale rassegna svolta da Marco Olivetti, a commento dell’articolo 1 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea in R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO (a cura di), *L’Europa dei diritti*, Il Mulino, Bologna, 2001, pagg. 38 e sgg.

⁴⁵ Una classificazione degli indirizzi della dottrina che ha dedicato attenzione alla nozione “situazione giuridica” si trova proposta da C. MAIORCA, *Vicende giuridiche*, voce del *Novissimo Digesto Italiano*, XX, Utet, Torino 1975, pagg. 692 e sgg., spec. le note. Il

spetto a quella di “posizione giuridica”⁴⁶. Nella dinamica giuridica la situazione, quale aspetto o momento della formazione di una posizione giuridica, sarebbe precedente a questa, mentre nella posizione si concreterebbe “il modo di essere del potere giuridico” attribuito al soggetto⁴⁷. Lo *status*, infine, si risolverebbe nelle “determinazioni ordinarie personali o reali” che contrassegnano la qualificazione del potere espressa dalla “situazione”⁴⁸. Una diversa classificazione tende a distinguere lo *status* dalla capacità del soggetto, pur ammettendo la connessione dei due concetti⁴⁹. Allo stato di persona sarebbe collegata una generale capacità⁵⁰, mentre allo *status*, quale appartenenza ad un ordinamento particolare o ad una famiglia sarebbero collegate le capacità speciali⁵¹. La

tentativo più impegnato di costituire la situazione giuridica come “nozione centrale della teoria generale del diritto”, risolvendo in essa il tradizionale concetto di diritto soggettivo, a giudizio del Frosini sarebbe quello del Roubier. Cfr. V. FROSINI, *Il soggetto del diritto ecc. cit.*, pagg. 236-237; P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, Paris, 1963.

⁴⁶ Cfr. A. M. OFFIDANI, *Contributo alla teoria della posizione giuridica*, Giappichelli, Torino, 1952.

⁴⁷ Cfr. C. MAIORCA, *Vicende giuridiche*, cit., pagg. 763 e sgg. Nello stesso senso P. RESCIGNO, *Op. cit.*, pagg. 211-212 ove rileva che lo *status* appare come strumento tecnico tra i più collaudati “capace di tradurre in una condizione rilevante per il diritto, e rilevante in maniera precaria e non discontinua, una situazione che, nell’ambiente sociale e secondo l’apprezzamento comune, distingue un soggetto dagli altri soggetti, per ragioni strettamente individuali o in ragione dell’appartenenza ad un gruppo.”

⁴⁸ C. MAIORCA, *Op. cit.*, pag. 766.

⁴⁹ Cfr. F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, Napoli, 1964, pag. 24; C. MAIORCA, *Istituzioni di diritto privato*, I, *Personalità-Capacità-Status*, Giappichelli, Torino, 1979, pagg. 19 e sgg. Per contro Corasaniti ipotizza che la tematica dello *status* non solo si connetta ma possa identificarsi e confondersi con quella della capacità giuridica e della soggettività giuridica. (A. CORASANITI, *Stato delle persone*, voce *Enciclopedia del Diritto*, XLIII, Giuffrè, Milano, 1990, pag. 953). Pietro Rescigno ha osservato che nel sistema normativo i termini “capacità” e “stato” sono spesso accostati. Dalla norma del nostro Codice di procedura civile (art. 70) che impone l’intervento del pubblico ministero “nelle cause riguardanti lo stato e la capacità delle persone” e da quella che vieta il ricorso all’arbitrato per le controversie relative allo stato e alla capacità (art. 806 c.p.c.) l’insigne A. trae la convinzione che la materia degli stati e della capacità sia d’interesse pubblico, anche in relazione alla soluzione dei conflitti che possono insorgere. (P. RESCIGNO, *Status*. I) *Teoria Generale*, voce *Enciclopedia Giuridica Treccani*, XXX, Roma, 1993, pagg. 1 e 2 della vc.

⁵⁰ Un chiaro riferimento dello *status* alla capacità giuridica era già prospettato dal Savigny. Cfr. F. C. VON SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, (1840) (trad. it. di V. Scialoja), II, Utet, Torino, 1888, pag. 442.

⁵¹ Cfr. P. RESCIGNO, *Op. cit.*, pag. 217.

connessione tra lo *status civitatis* e lo *status familiae* riesce evidente ove si consideri da un lato il disegno di assicurare l'unità della cittadinanza nel nucleo familiare (tenendo conto dello stato di coniuge e dello stato di figlio), perseguito dalla gran parte degli ordinamenti contemporanei. Questa esigenza ha impresso alle legislazioni nazionali un indirizzo diretto a favorire, per quanto possibile, il ricongiungimento e la ricomposizione delle famiglie, avendo riguardo non solo ai cittadini ma anche a stranieri, immigrati, asilanti e profughi. Dall'altro lato la connessione tra cittadinanza e famiglia riemerge ogni qualvolta l'acquisto e la perdita della cittadinanza sia connessa alle vicende familiari (il criterio della "discendenza", espresso mediante la formula dello *jus sanguinis*, è quello che consente, in via prioritaria, l'attribuzione automatica della cittadinanza nella gran parte degli ordinamenti contemporanei) e non derivi dal solo *status* personale dell'individuo. La situazione familiare e quella matrimoniale assunte a criterio di attribuzione della cittadinanza hanno comportato, sovente, casi di cittadinanza doppia e plurima che possono dare origine a situazioni di conflitto sul piano del diritto internazionale⁵² posto che i diversi ordinamenti tendono a ridurre tanto i casi di incertezza nel riconoscimento della condizione giuridica di cittadinanza, quanto la moltiplicazione delle cittadinanze in capo ad un identico soggetto⁵³.

Le trasformazioni e gli svolgimenti che nel diritto contemporaneo dei Paesi europei, subiscono i concetti di matrimonio, famiglia, convivenza familiare ecc. possono determinare conseguenze rilevanti per l'attribuzione della qualità di cittadino e per le modificazioni correlate a questa condizione⁵⁴. L'ordinamento comunitario non offre indicazioni certe in ordine a questi profili e lascia aperti molti problemi. La tesi trova riscontro

⁵² Cfr. R. QUADRI, *Cittadinanza*, voce del *Novissimo Digesto Italiano*, III, Utet, Torino, 1959, pagg. 321 e sgg. L'a. osservava che la comunità internazionale si sarebbe occupata molto di più del fenomeno della doppia cittadinanza rispetto a quello della apolidia e rammentava le numerose convenzioni internazionali che miravano alla eliminazione della doppia cittadinanza e le altre che avevano per scopo la eliminazione delle conseguenze interne derivanti dal doppio *status*, particolarmente frequenti fra gli Stati del vecchio e del nuovo mondo.

⁵³ A. F. PANZERA, *Limiti internazionali in materia di cittadinanza*, Jovene, Napoli, 1984.

⁵⁴ Cfr. G. DALLA TORRE e F. D'AGOSTINO (a cura di), *La cittadinanza: problemi e dinamiche di una società pluralistica*, Giappichelli, Torino, 2000.

nel diritto pubblico, ove la cittadinanza viene quasi sempre collegata alla speciale capacità di diritto pubblico dell'individuo⁵⁵ sulla quale "influiscono molte condizioni o qualità: l'appartenenza allo Stato come cittadini o sudditi, l'appartenenza a Stati stranieri, l'apolidia, il sesso, l'età⁵⁶, le infermità mentali, varie indegnità o degradazioni giuridiche, fra cui le condanne penali ecc."⁵⁷. La cittadinanza non costituisce più una condizione necessaria per l'acquisizione della capacità giuridica ma resta uno stato soggettivo incidente sulla posizione giuridica rivestita da colui che ne usufruisce (i diritti e doveri che gli sono riconosciuti o imposti) nell'ambito dell'ordinamento particolare al quale appartiene.

4. *La cittadinanza derivata e complementare recepita dal trattato costituzionale*

L'articolo I-8 del trattato costituzionale ripropone la pregressa configurazione giuridica della cittadinanza, confermando che si tratta di nozione derivata e complementare rispetto al fondamento nazionale che la regge: «È cittadino dell'Unione chiunque abbia la cittadinanza di uno Stato membro. La cittadinanza dell'Unione si aggiunge alla cittadinanza nazionale e non la sostituisce». Ne consegue la limitazione dei diritti di cittadinanza all'ambito della libera circolazione e ai diritti politici (principalmente amministrativi ed elettorali) espressamente definiti: voto ed eleggibilità alle elezioni del Parlamento europeo e alle elezioni comunali nello Stato membro di residenza, alle stesse condizioni dei cittadini nazionali, diritto ad una buona amministrazione, diritto di accesso ai documenti, diritto di rivolgersi al Mediatore europeo, diritto di petizione, tutela diplomatica e consolare.

⁵⁵ Cfr. O. FANELLI, *Capacità di diritto pubblico*, in *Enc. Forense*, II, Milano, 1958, pagg. 85 e sgg.

⁵⁶ Sull'età come elemento che condiziona fatti e rapporti giuridici si v. G. ABBA-MONTE, *Età (diritto pubblico)*, voce dell'*Enciclopedia del Diritto*, XVI, Giuffrè, Milano, 1967, pagg. 92 e sgg.

⁵⁷ V. SANTI ROMANO, *Principii di diritto costituzionale generale*, Giuffrè, Milano, 1946, pagg. 101 e sgg. La cit. testuale è alla pag. 103; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., I, pag. 169. Negli ordinamenti contemporanei le differenze di *status* non incidono più sulla soggettività giuridica come nei secoli scorsi ma hanno rilievo in ordine alla capacità e alla legittimazione dei soggetti. (Cfr. M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, Giuffrè, Milano, 1970, pag. 118).

C) Diritti fondamentali della persona umana e integrazione europea

1. *L'inviolabilità della persona umana posta dalla democrazia liberale come garanzia costituzionale avverso ogni forma di totalitarismo*

La condizione di sudditanza che aveva contraddistinto la posizione dell'individuo nello Stato assoluto, nel XX° Secolo si è riproposta sulla ribalta della storia, con forme ed intensità differenti, attraverso i regimi autocratici che conquistarono il potere in Italia, in Germania, in Portogallo e in Spagna, nel primo dopoguerra. Lo Stato totalitario, nelle esperienze storiche più incisive che si ebbero con il nazionalsocialismo in Germania e lo stalinismo sovietico, tendeva a disconoscere al cittadino la qualità di "persona" e lo esponeva ai rischi dell'asservimento brutale al potere. Nel corso storico, anche recente, altri regimi, soprattutto in alcuni Paesi del Terzo Mondo, hanno assunto caratteristiche totalitarie, sottoponendo i cittadini all'incondizionata potestà dei governanti, secondo una concezione che non riconosce la dignità dell'essere umano e nega alla persona ogni diritto, riproponendo la condizione di sudditanza anche in forme sostanzialmente peggiori di quelle dell'assolutismo. In radicale alternativa rispetto a questo indirizzo ideologico le Costituzioni liberali hanno riconosciuto il valore e l'inviolabilità della persona umana, indipendentemente dall'appartenenza di pieno diritto alla comunità politica, dunque prescindendo dalla condizione giuridica soggettiva di cittadinanza. Questo enunciato viene rafforzato dal principio secondo il quale la maggioranza, negli ordinamenti democratici, governa nel rispetto dei diritti delle minoranze. Si tratta di un'affermazione che costituisce un vero e proprio *discrimen* delle forme di Stato e riesce utile per valutare l'adesione effettiva dell'ordinamento agli obblighi internazionali che impegnano gli Stati a contrastare ogni manifestazione concreta di razzismo e di odio xenofobo. La dignità della persona costituisce, perciò, il valore politico fondamentale di ogni regime democratico; di conseguenza ad essa sono riferite le garanzie costituzionali dello Stato di diritto. Con la nozione "dignità umana" s'intende definire una qualità giuridica positiva, assicurando una tutela all'essere umano in quanto tale, soprattutto nelle condizioni in cui trovano limitazione alcuni fondamentali diritti (ad esempio per il carcerato e colui che è sottoposto a misure restrittive della libertà, per il prigioniero di guerra, per colui che subisce un trattamento sanitario obbligatorio) e quando è coinvolta la sfera della personalità. Nello stesso tempo, con questo enunciato, si vuole prescrivere un'astensione che riguarda gli stessi ambiti, in particolare quello assai delicato, dei di-

ritti della persona (identità, vita privata, immagine, riservatezza). Il costituzionalismo liberaldemocratico ha configurato un'area di libertà fondamentali comuni a cittadini e stranieri, proprio sul presupposto della inviolabilità dei diritti della "persona umana"⁵⁸. Del pari sono ricorrenti i casi per i quali l'azione internazionale dello Stato può essere estesa a tutela di "non cittadini", sulla base di una "*functional citizenship*", in relazione a mandati rappresentativi, per la protezione degli apolidi, dei rifugiati e di stranieri domiciliati o residenti nello Stato, o in base a norme che non assumono la cittadinanza dell'individuo quale criterio per l'attribuzione di diritti e doveri e per la determinazione di obblighi *erga omnes* posti a carico dello Stato. La cittadinanza, dunque, non farebbe più da velo alla protezione dei fondamentali diritti dell'uomo⁵⁹. Emerge, perciò, un ulteriore dato volto a confermare la relatività della nozione in esame. I destinatari delle norme non sono esclusivamente i cittadini. In senso più generale soggetti di diritto sono le persone in quanto tali.

Per il diritto pubblico, in ragione del riconoscimento a tutti gli uomini di alcuni fondamentali diritti politici, l'individuo si trova ad essere soggetto di diritto, prescindendo dalla sua appartenenza ad una particolare comunità politica. Una disamina della condizione giuridica dello straniero, negli ordinamenti costituzionali contemporanei, può riuscire utile per comprendere meglio le trasformazioni intervenute nell'istituto della cittadinanza. Gli stranieri residenti in un Paese diverso dal proprio hanno *status* distinti in relazione alle diverse posizioni giuridiche che sono state loro riconosciute dall'ordinamento interno. In alcuni ordinamenti essi vengono progressivamente integrati nella comunità politica, attraverso il riconoscimento di uno *status* pubblicistico, in altri l'ambito di esercizio dei diritti politici è più circoscritto in quanto gli stranieri residenti non vengono del tutto esclusi, e tuttavia la loro partecipazione viene circoscritta mediante l'attribuzioni di specifiche sfere d'esercizio dei diritti politici, affinché essi possano cooperare alla definizione degli indirizzi delle entità territoriali locali delle quali si trovano a fare temporaneamente par-

⁵⁸ Riesce ancora utile la lettura delle relazioni e degli interventi (spec. di PAOLO BAREILE, GUIDO ALPA, VITTORIO LA CAVA, ANDREA PROTO PISANI) al convegno promosso dal CSM nel 1988, ove ampio spazio veniva riservato all'esame anche degli strumenti e delle tecniche di tutela dei diritti della personalità. Cfr. *Diritti della personalità emergenti: profili costituzionali e tutela giurisdizionale*, Quaderni del CSM, Roma, 1990.

⁵⁹ Cfr. L. MONTANARI, *I diritti dell'uomo nell'area europea tra fonti internazionali e fonti interne*, Giappichelli, Torino, 2002.

te. Una classificazione di tali condizioni consente di distinguere e graduare i diversi regimi giuridici che denotano la posizione di chi non è cittadino. Gli ordinamenti contemporanei prevedono figure varie di “non cittadino”: “lo straniero residente” e “lo straniero temporaneamente presente sul territorio” in base ad un titolo legittimo; lo “straniero clandestino” che è entrato nello Stato senza permesso o vi risiede senza che il soggiorno sia stato autorizzato, il “rifugiato politico” (richiedente asilo o già accolto come tale), il “profugo”⁶⁰. Il tema dell’immigrazione e lo studio delle condizioni giuridiche degli immigrati non possono essere scissi da un esame della nozione di cittadinanza e del suo sviluppo storico-giuridico, in quanto prospettano dei problemi fondamentali e ricorrenti nell’esame delle condizioni giuridiche che contraddistinguono la condizione giuridica soggettiva del cittadino e le sue trasformazioni⁶¹. Nella comunità internazionale si va consolidando la tendenza a riconoscere come “universale” la protezione giuridica “essenziale” della dignità umana e dei diritti “inviolabili” della persona. Si tratta, infatti, di garanzie costituzionali comuni, estese anche a coloro che non sono cittadini, in quanto immigrati, profughi, rifugiati politici. Per contro la configurazione degli *status* personali si determina in rapporto allo specifico regime giuridico a cui l’individuo è sottoposto nell’ordinamento di appartenenza. L’Unione ha definito un quadro giuridico entro cui si collocano le discipline che concernono i cittadini provenienti dall’esterno della Comunità, complessivamente, indicati con un’espressione che, semanticamente, richiama questa loro non appartenenza all’area territoriale comune, cioè il nomen “extracomunitari”. Ai cittadini comunitari che si trasferiscono stabilmente in un altro Paese membro la libertà di circolazione, il diritto di stabilimento e il divieto di ogni discriminazione fondata sulla nazionalità garantiscono una protezione giuridica efficace e consentono di reagire avverso ogni limitazione dei diritti. Risulta assai ampia anche la tutela sociale, sulla base delle progressive previsioni contenute nei trattati e nella legislazione comunitaria. Viceversa al cittadino extracomunitario è attribuita una condizione giuridica soggettiva meno garantita non solo sul piano dei diritti politici ma anche in tema di naturalizzazione, di condizione familiare (ricongiungimenti, detassazioni e altre forme di sostegno economico), di tu-

⁶⁰ Cfr. CORDINI, *Elementi per una teoria giuridica della cittadinanza*, cit., pagg. 337 e sgg.

⁶¹ Sui profili generali dell’immigrazione comunitaria cfr. L. MANCA, *L’immigrazione nel diritto dell’unione europea*, Giuffrè, Milano, 2003.

tela sociale e sanitaria, tutte materie che sono oggetto, nei singoli Stati membri, di una legislazione speciale rivolta agli immigrati.

Dalla disamina dei testi emerge una tensione costante tra l'universalismo degli enunciati fondamentali e il particolarismo degli *status* determinati in base ai diritti nazionali. Di conseguenza nelle aree ove si prospetta una convergenza delle politiche dell'immigrazione, con l'adozione di garanzie sopranazionali di protezione dei diritti, il livello minimo di tutela è sempre rinvenibile nel nocciolo duro dei diritti costituzionali della persona qualificati come "inviolabili". Nel corso degli anni le garanzie dei diritti fondamentali riconosciuti ai cittadini europei sono state rafforzate dagli ordinamenti interni, con riferimento ai cosiddetti "diritti emergenti" (ambiente, biotecnologie, informazione e utilizzo dei dati informatici ecc.). I "nuovi diritti" o diritti di ultima generazione hanno trovato cittadinanza in alcuni dei più avanzati sistemi giuridici nazionali e dipartendosi da questi sono risaliti fino all'ordinamento comunitario, secondo un movimento contrario a quello, per lo più discendente, che si è prodotto in relazione al mercato, alla finanza e alla moneta⁶². Il negoziato tra istituzioni comunitarie e governi ha consentito di stabilire i parametri comuni ai quali fare riferimento per l'adozione degli atti interni di recepimento. L'attuazione compete alle autorità nazionali, con il doppio vincolo consistente a) nella verifica affidata alla Commissione attraverso il potere di messa in mora e di denuncia, b) nell'interpretazione e nella soluzione del contenzioso rimesse alla competenza della Corte di Giustizia. La let-

⁶² Per un primo orientamento si v. P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984; A. E. PEREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1984; G. PECES e B. MARTINEZ, *Diritti e doveri fondamentali*, voce *Digesto delle discipline pubblicistiche*, V, Utet, Torino, 1990, pagg. 139 e sgg.; A. BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997; M. PATRONO, *I diritti dell'uomo nel Paese d'Europa*, Cedam, Padova, 2000; P. LILLO, *Diritti fondamentali e libertà della persona*, Giappichelli, Torino, 2001; G. ROLLA (a cura di), *Tecniche di garanzia dei diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2001; P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e Diritti sociali*, Giappichelli, Torino, 2002; F. BILANCIA, *I diritti fondamentali come conquiste sovranazionali di civiltà. Il diritto di proprietà nella CEDU*, Giappichelli, Torino, 2002; J. H. H. WEILER, *Diritti umani, costituzionalismo e integrazione: iconografia e feticismo*, in *Quaderni Costituzionali*, 2002, pagg. 521 e sgg.; L. D'AVACK (a cura di), *Sviluppo dei diritti dell'uomo e protezione giuridica*, Guida, Napoli, 2003. Nella prospettiva internazionale cfr A. CASSESE, *I diritti umani nel mondo contemporaneo*, Laterza, Bari e Roma, 2004.

tura delle numerose dichiarazioni aggiuntive ed esplicative, che l'Atto Finale del trattato costituzionale enumera dettagliatamente, conferma la sensazione per la quale, in tema di diritti della persona, il percorso è opposto a quello che contraddistingue le condizioni soggettive legate alla liberalizzazione commerciale. Il tratto comune impresso a queste dichiarazioni, infatti, è volto a salvaguardare le specificità dei diritti interni, senza risalire ad un principio generale che avrebbe richiesto di rispondere al quesito quale Europa?⁶³ e comportato l'adesione dei diversi popoli europei ad un sentire comune⁶⁴.

2. Diritti fondamentali e integrazione europea: il ruolo svolto dalle Corti

La Corte di Giustizia ha definito la Comunità Europea come "comunità di diritto"⁶⁵, nel senso che nell'interpretazione e nell'applicazione dei trattati, devono essere garantiti i principi generali comuni agli ordina-

⁶³ Si veda, al riguardo, la convincente ricostruzione e le correlate questioni poste da F. GENTILE, *Europa 2004*, in P. G. GRASSO (a cura di), *Europa e Costituzione*, ESI, Napoli, 2005.

⁶⁴ Ad esempio in tema di "diritto all'integrità della persona" sancito dall'articolo II-63 si precisa che la Carta proibisce solo la clonazione riproduttiva e non autorizza o proibisce altre forme di clonazione, né impedisce al legislatore nazionale di vietarle. Riguardo all'articolo II-69 relativo al "diritto di sposarsi e di farsi una famiglia" si specifica che la formulazione di questo diritto è stata aggiornata al fine di disciplinare i casi in cui le legislazioni nazionali riconoscono modi diversi dal matrimonio per costituire una famiglia e che l'articolo non vieta né impone la concessione dello status matrimoniale a unioni tra persone dello stesso sesso.

⁶⁵ È l'espressione utilizzata da Walter Hallstein per designare la Comunità in connessione con la tradizione giuridica europea dello Stato di diritto. (Lo ricordava già nella prima edizione del Suo testo J. V. LOUIS, *L'ordinamento giuridico comunitario*, Commissione C. E., Bruxelles-Lussemburgo, 1980, pag. 21). Sull'evoluzione istituzionale della Comunità si v. A. LOPES SABINO, *Penser la Constitution de l'Union européenne*, in *Revue du Marché Commun*, 1993, pagg. 362 e sgg.; B. BEUTLER, R. BIEBER, J. PIKORN, J. STREIL, J. H. H. WEILER, *L'Unione europea. Istituzioni, ordinamento e politiche*, Il Mulino, Bologna, 1998; I. PERNICE, *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited*, in *Common Market Law Review*, 1999, pagg. 703 e sgg.; J. H. H. WEILER, *The Constitution of Europe*, Cambridge, 1999. Per questa configurazione dell'Unione come "Comunità di diritto" che metterebbe in crisi la concezione classica dello "Stato di diritto" cfr., da differenti prospettive le osservazioni svolte da M. L. FERNANDEZ ESTEBAN, *The rule of law in the European Constitution*, Kluwer, The Hague e Boston, 1999 e A. C. PEREIRA MENAUT, *Rule of Law o estado de derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2003, pagg. 103 e sgg.

menti degli Stati membri⁶⁶. Nel 1969 con la sentenza *Stauder* la Corte affermava che i diritti fondamentali della persona facevano parte dei principi generali dell'ordinamento comunitario, dei quali la stessa Corte doveva garantire l'osservanza⁶⁷. In assenza di un catalogo dei diritti inserito nel trattato, questi potevano essere desunti, per via d'interpretazione, dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri. Il trattato costituzionale contiene il catalogo dei diritti fondamentali disegnato dalla Carta di Nizza⁶⁸. La Convenzione ha risolto la questione della natura giuridica da riconoscere al documento di Nizza, integrando al Carta nel testo del trattato⁶⁹. Ciò nonostante viene confermata una clausola generale aperta, secondo lo schema accolto in precedenza, in occasione delle conferenze intergovernative di Maastricht e di Amsterdam (art. 6 TUE). Secondo questa disposizione l'Unione assicura protezione non solo ai diritti fondamentali enunciati nel trattato ma anche a quelli inseriti nella Convenzione europea del 1950, nonché ai diritti attribuibili sulla base della tradizione giuridica comune e per effetto del ravvicinamento delle norme di principio inserite negli ordinamenti costituzionali statali⁷⁰. Questa formulazione detta un criterio assai ampio e vago, lasciando all'interprete, e principalmente alle giurisdizioni, il compito di enucleare, di

⁶⁶ Cfr. G. CASSONI, *I principi generali comuni agli ordinamenti degli Stati membri quali fonte sussidiaria del diritto applicato dalla Corte di Giustizia delle Comunità europee*, in *Diritto Internazionale*, 1959, pagg. 451 e sgg. Questo indirizzo della Corte di Giustizia importa, dunque, un confronto tra principi generali dell'ordinamento comunitario e principi generali degli ordinamenti interni. Cfr. A. TRABUCCHI, *Regole di diritto e principi generali di diritto nell'ordinamento comunitario*, in *Rivista Di Diritto Civile*, 1991, I, pagg. 513 e sgg.; A. ADINOLFI, *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e la loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 1994, pagg. 521 e sgg.; C. MARINELLI, *I principi generali del diritto comunitario*, ivi, pagg. 957 e sgg.

⁶⁷ Corte di Giustizia, Sentenza del 12 novembre 1969, nella causa 29/1969, in *Racc.*, 1969, pagg. 425 e sgg.

⁶⁸ Sulla portata dei diritti garantiti dalla Carta si v. P. FOIS, *Obblighi internazionali e principi costituzionali nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, in *Studi per Giovanni Motzo*, Giuffrè, Milano, 2003, pagg. 181 e sgg.

⁶⁹ Per il dibattito precedente cfr. A. WEBER, *Il futuro della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, in *Rivista Italiana di Diritto pubblico Comunitario*, 2002, pagg. 31 e sgg.

⁷⁰ Cfr. E. GARCIA DE ENTERRIA, *Los derechos sociales y civiles en la Union Europea*, in M. MARTINEZ QUADRADO (ed.), *Europa Siglo XXI. Ciudadania – Euro – Reforma Institucional*, Atlantica, Madrid, 1997, pagg. 99 e sgg.; G. VOLPE, *Il costituzionalismo del Novecento*, Latera, Bari e Roma, 2000; P. CRAIG, *Costituzioni, costituzionalismo e l'Unione europea*, in *Rivista Italiana di Diritto pubblico Comunitario*, 2002, pagg. 357 e sgg.

volta in volta, la situazione giuridica alla quale accordare una tutela costituzionale⁷¹. Il rinvio trova una spiegazione nella considerazione che tra le Costituzioni degli Stati membri si nota una uniformità di nomenclatura e di stile, dato che le differenze più marcate riguardano la forma di governo, piuttosto che i principi e le garanzie fondamentali che contraddistinguono la forma dello Stato⁷². La Corte di Giustizia, in tal senso, ha costantemente giudicato che i diritti fondamentali, enunciati dagli ordinamenti statali, ivi compresi i diritti politici, sono adeguatamente assicurati dagli ordinamenti costituzionali degli Stati membri⁷³. Questo riconoscimento viene subito bilanciato dalla considerazione per cui gli stessi diritti possono essere applicati dal giudice comunitario per la soluzione delle controversie sottoposte al suo esame, proprio in quanto essi costituiscono un patrimonio comune “immediatamente riconoscibile” nel diritto costituzionale nazionale⁷⁴. Le superiori giurisdizioni nazionali, in generale,

⁷¹ Cfr. M. SCUDIERO (a cura di), *Il diritto costituzionale comune europeo. Principi e diritti fondamentali*, Jovene, Napoli, 2002.

⁷² Cfr. P. G. GRASSO, *Il diritto costituzionale dei popoli europei e l'unificazione politica del vecchio continente*, in *Il Politico*, 1987, pagg. 390 e sgg. Questa impostazione trova conferma anche in relazione alla disputa sull'inserimento o meno nel testo del trattato costituzionale di un riferimento esplicito (alfine non accolto) alle “radici cristiane” dell'Europa. Pietro Grasso osserva, al riguardo, che l'adesione ad una concezione trascendente e alla correlata nozione di “persona umana” è cosa ben diversa rispetto a «elementi, paradigmi, ragionamenti derivanti dall'antico magistero cristiano... imitati costruzioni distaccate e distanti dalle originarie premesse religiose», per concludere rilevando che il richiamo alle vicende storiche dei Paesi europei non sarebbe stato certo incompatibile con l'adesione alle diffuse concezioni del diritto costituzionale liberal-democratico, «conformate a premesse immanentiste e antropocentriche», Cfr. P. G. GRASSO, *Scelta laica e richiami alla tradizione religiosa nel progetto di costituzione per l'Europa*, in *Archivio Giuridico F. Serafini*, 2004, pagg. 55 e sgg.; Id., *Il richiamo alle “radici cristiane” e il progetto di costituzione europea*, in *Diritto e Società*, 2, 2004, pp. 178 e sgg.

⁷³ A questa impostazione aderisce anche la dottrina. Cfr. G. ZAGRELBESKI (a cura di), *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea*, Latera, Bari e Roma, 2003.

⁷⁴ Su questi aspetti che riguardano la controversa configurazione dell'ordinamento europeo e sulla prospettazione di un più solido assetto costituzionale comunitario si v. F. DAUSES, *La protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire*, in *Revue Trim. de Droit Européen*, 1984, 3, pagg. 401 e sgg.; G. F. MANCINI, *The Making of a Constitution for Europe*, in *Common Market Law Review*, 1989, pagg. 595 e sgg.; G. RECHIA, *Corte di Giustizia delle Comunità Europee e tutela dei diritti fondamentali nella giurisprudenza costituzionale italiana e tedesca. Verso un “catalogo” europeo dei diritti fondamentali?*, in AA.VV., *La Corte Costituzionale tra diritto interno e diritto comunitario*, Seminario di studi (1990), Giuffrè, Milano, 1991, pagg. 123 e sgg.; Id., *Diritti fondamentali ed integrazione europea: l'improrogabilità di una scelta*, in *Amministrazione e Politica*, 1991, pagg. 36 e sgg.; G. GAJA, *Aspetti problematici della tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento co-*

non hanno contrastato l'interpretazione seguita dalla Corte europea, riconoscendo il primato del diritto comunitario sul diritto interno⁷⁵. Le Corti costituzionali statali, il più delle volte, hanno seguito un ragionamento analogo a quello della Corte, ritenendo che i diritti fondamentali dei cittadini siano adeguatamente tutelati dall'ordinamento comunitario⁷⁶. Ciò nonostante l'identità europea dell'individuo, nel trattato costituzionale, non sembra emergere con chiarezza e lo *status* del cittadino europeo⁷⁷ è determinato solo in via indiretta e restano aree oscure, ove soltanto si faccia riferimento ai criteri comunemente accolti dal costituzionalismo dell'Occidente⁷⁸.

munitario, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 1992, pagg. 574 e sgg.; G. TESAURO, *I diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Rivista Inter. dei Diritti dell'Uomo*, 1992, pagg. 428 e sgg.; P. ELEFTHERIADIS, *Aspects of European Constitutionalism*, in *European Law Review*, 1996, pagg. 32 e sgg.; J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, I. PERNICE, *European Union Law and National Constitutions*, General Report, FIDE XX Congress, London, 2002, nel sito <www.fide2002.org>

⁷⁵ Per un inquadramento di questa problematica cfr. R. CALVANO, *La Corte di Giustizia e la Costituzione europea*, Cedam, Padova, 2004.

⁷⁶ Cfr. T. BALLARINO, *Lineamenti di diritto comunitario*, 5ª ed., Cedam, Padova, 1997, pagg. 155 e sgg. L'integrazione tra l'ordinamento comunitario e gli ordinamenti interni degli Stati membri propone, tuttavia, qualche problema in ordine alla garanzia dei diritti fondamentali. Cfr. G. GAJA, *Aspetti problematici della tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 1988, pagg. 586 e sgg.

⁷⁷ Per un esame dello *status* del cittadino in relazione alla posizione giuridica dell'individuo nello Stato mi sia consentito fare riferimento a quanto ho scritto in tema di teoria generale della cittadinanza., *Elementi per una teoria giuridica della cittadinanza*, cit., pagg. 228 e sgg.

⁷⁸ Riccardo Monaco, pur considerando che lo *status* dell'individuo nell'ordinamento comunitario potesse configurare un "genere prossimo alla cittadinanza", in quanto riteneva che fossero presenti, in esso, i principali elementi della nozione, negava una identificazione e portava come argomenti probanti la mancanza di una piena attribuzione dei diritti politici, i limiti di accesso alle funzioni pubbliche e al pubblico impiego, la disforme disciplina relativa al servizio militare. (Cfr. R. MONACO, *Lo status dell'individuo nell'ordinamento comunitario*, cit., pagg. 551 e sgg.) Queste limitazioni, ai giorni nostri, sono assai circoscritte. L'accesso a pubbliche funzioni e ad impieghi nell'amministrazione è quasi del tutto liberalizzato, fatte salve alcune situazioni che rilevanti per l'indirizzo politico interno e per la sicurezza dello Stato. Il servizio militare, in diversi Stati membri, è affidato a professionisti o può essere sostituito da forme alternative di servizio civile, dunque, ha perso i caratteri della generalità e dell'obbligatorietà. In ogni caso, la difesa europea è una questione ormai posta decisamente all'ordine del giorno nel calendario europeo, per cui il vincolo della cittadinanza è destinato, in breve tempo, ad attenuarsi sensibilmente, se non ad essere del tutto superato. Rimane solo l'ambito dei diritti politici statali, per l'esercizio dei quali lo *status* di cittadino, di regola, è una condizione necessaria. Ciò nonostante, gli

D) La peculiare configurazione giuridica dell'Unione Europea: Associazione di Stati che istituisce un Ente intermedio dotato di competenze sopranazionali e non una comunione dei popoli europei

1. *L'associazione degli Stati europei e la natura giuridica dell'Unione*

Un eminente storico del diritto come Raoul Van Caenegem ha scritto che, nel momento in cui si parla della possibilità di costituire un futuro Stato europeo sarebbe bene rammentare le vicende del passato, notando che il primo esperimento in tal senso venne proposto dalla «Chiesa medioevale, un quasi Stato che comprendeva le nazioni di quella che oggi è l'Unione Europea»⁷⁹. In effetti, lo stesso A. nota che la Chiesa medievale non poteva essere considerata un vero e proprio Stato in quanto: a) aveva una diversa ragion d'essere (guidare i fedeli verso la salvezza e non già garantire la sicurezza esterna ed interna ai suoi cittadini); b) mancava di un esercito permanente, pur potendo aggregare forze militari appartenenti ai diversi regni e feudi (ad esempio per le crociate); c) non aveva cittadinanza; d) non aveva un territorio ben delimitato. Senza forzare similitudini improprie sembra interessante rilevare che la gran parte degli elementi mancanti, sia pure con incertezze e lacune, ora, sono presenti nel contesto europeo⁸⁰.

L'Unione Europea si potrebbe configurare come un Ente intermedio tra uno Stato-nazione tradizionale e uno Stato federale⁸¹. È noto che negli ordinamenti federali spetta alla Federazione il potere esclusivo di legiferare in materia di cittadinanza federale. La cittadinanza federale non dipende da quella dello Stato membro e lo *status* di riferimento, nei rapporti internazionali, è sempre quello federale. Un giurista illustre, propose molti anni or sono, di distinguere tra una comunione (o Unione) come comunità dei popoli, che abbraccia tutti i membri per

ordinamenti interni hanno ammesso molte deroghe sia per i cittadini comunitari, sia per gli extracomunitari. Si possono indicare, come esempi, la materia dei diritti elettorali municipali e la partecipazione dello straniero alla vita politica nello Stato di residenza, attraverso l'adesione ai partiti e ad altre formazioni sociali.

⁷⁹ Cfr. R. VAN CAENEGEM, *I sistemi giuridici europei*, (trad. it dell'opera *European Law in the Past and the Future*, Cambridge, 2002), Il Mulino, Bologna, 2003, pag. 24.

⁸⁰ R. VAN CAENEGEM, *Op. cit.*, pag. 25.

⁸¹ Per questa prospettiva cfr. J. H. H. WEILER, *La Costituzione dell'Europa*, Il Mulino, Bologna, 2003.

«una necessità superiore al loro arbitrio» e una associazione che persegue «scopi comuni, che corrispondono a determinati interessi delle parti, in sè divisi e virtualmente in contrasto, anche se occasionalmente paralleli e orientati nello stesso senso»⁸². Si tratta di un'intuizione che offre al comparatista vari motivi di riflessione: a) per la delineazione dei rapporti tra i popoli europei, posto che riesce importante configurare l'Unione come "comunità di popoli diversi", oltre che come "comunità di diritto"⁸³; b) per la legittimazione democratica delle istituzioni europee, dato che i trattati hanno sancito il diritto d'ingerenza del Consiglio Europeo nei confronti del Governo di uno Stato membro, nel caso che siano constatate gravi e persistenti violazioni del principio democratico; c) per l'interpretazione delle regole costituzionali sulla competenza, la vera e propria intelaiatura che regge il sistema dei trattati. Alcuni Paesi membri non condividono l'idea dell'Europa federale e considerano l'accordo comune come reversibile (o, perlomeno, soggetto a verifica). Molti osservatori ritengono che l'integrazione politica comunitaria sia oggetto di un dibattito aperto, nel quale si prospettano soluzioni diverse ed anche contraddittorie⁸⁴. Il cammino, dunque, è ancora irto di difficoltà.

2. *Identità e integrazione: i due versanti del rapporto tra istituzioni e cittadini*

Delle deficienze e dei limiti dell'attuale quadro istituzionale sembrano consapevoli anche i governi degli Stati membri. Il forte richiamo a favore della identità e della storia nazionale di ciascun popolo (già presente nel

⁸² La magistrale distinzione tra comunione dei popoli e semplice loro associazione venne tracciata dal Betti in un breve scritto ricco di suggestioni. Cfr. E. BETTI, *Possibilità e limiti di un diritto di convivenza europeo*, in *Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale*, 1953, I, pag. 107 e *passim*.

⁸³ In tal senso riesce utile richiamare una distinzione tra *civitas*, intesa come «vita associata sotto forma di un corpo istituzionalmente organizzato, tendenzialmente orientato all'accentramento e gerarchizzato con al vertice l'autorità di un potere legislativo o comunque marcatamente normativo» e *socialitas*, cioè un'idea di «comunità che valorizza prioritariamente l'iniziativa dei soggetti sociali così come essi coltivano i propri interessi e le proprie identità». Cfr. G. CHIODI, *Europa. Universalità e pluralismo delle culture*, Giapichelli, Torino, 2002.

⁸⁴ Si v. G. DELLA CANANEA, *L'Unione europea. Un ordinamento composito*, Laterza, Bari e Roma, 2003.

Preambolo del progetto di “Costituzione per l’Europa”⁸⁵) viene ribadito negli articoli 3 e 5 del testo ove si afferma che l’Unione rispetta «la ricchezza della sua diversità culturale e linguistica» e «l’identità nazionale degli Stati membri legata alla loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, compreso il sistema delle autonomie regionali e locali». Questa adesione alla formula democratica del pluralismo politico e culturale tende a bilanciare le affermazioni, altrettanto vigorose, a favore dell’integrazione, prospettando un’esigenza di conciliazione tra istanze profondamente diverse, una sorta di eguaglianza nella diversità, ben difficile da concretizzare nell’esperienza giuridica di ciascun Paese membro. Ogni ulteriore svolgimento del patto politico comune, dunque, sembra rimesso all’approvazione degli Stati membri, nel rispetto delle regole democratiche che informano i diritti costituzionali statali. Da quanto precede si potrebbe vedere riproposta una questione che ricorre nell’esperienza giuridica e nelle dispute teoriche della dottrina: il rapporto tra condizione soggettiva, fondata e rafforzata sulla base di premesse individualistiche e la concezione pluralistica che riconduce alle formazioni sociali e al ruolo delle entità collettive l’azione del soggetto in campo politico e sociale, pur senza aderire a istanze ideologiche organicistiche. L’identità alla quale si richiama il testo, nella parte sopra citata, è prettamente collettiva, come espressa nelle formule classiche del “popolo” e, addirittura, della “nazione” mentre l’inserimento testuale della “Carta dei diritti” nel trattato costituzionale accentua, in chiave liberale e individualistica, le garanzie per la persona umana e per il cittadino europeo⁸⁶.

⁸⁵ Per acute considerazioni critiche sul Preambolo, con riferimento alle contraddizioni che sembrano emergere proprio in ragione delle soluzioni compromissorie che intenderebbero rafforzare le identità e il comune sentire dei cittadini europei si v. D. CASTELLANO, *Il problema del preambolo della costituzione europea*, nel volume a cura dello stesso A., *Quale costituzione per quale Europa?*, ESI, Napoli, 2004, pagg. 27 e sgg.

⁸⁶ Cfr. il commentario a cura di R. BIFULCO, M. CARTABIA e A. CELOTTO, *L’Europa dei diritti*, Il Mulino, Bologna, 2001. La dottrina che si è interessata al tema è piuttosto estesa. Per un inquadramento si possono v. i seguenti studi collettivi G. F. FERRARI (a cura di), *I diritti fondamentali dopo la carta di Nizza*, Giuffrè, Milano, 2001; A. MANZELLA, P. MELOGRANI, E. PACIOTTI, S. RODOTÀ, *Riscrivere i diritti in Europa: La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea*, Il Mulino, Bologna, 2001; M. PANEBIANCO (dir.), *Repertorio della carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2001; L. S. ROSSI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione dell’Unione Europea*, Giuffrè, Milano, 2002; R. TONIATTI (a cura di), *Diritto, diritti, giurisdizione: la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea*, Cedam, Padova, 2002; M. SICLARI (a cura di), *Contributi allo studio della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2003.

E) Vocazione “federale” dell’Unione e configurazione della “cittadinanza europea” esclusivamente sulla base del diritto interno

La Presidenza della conferenza intergovernativa di Maastricht, sulla scia di un’impostazione cara al vasto e multiforme movimento federalista che ha fatto sentire la propria voce in tutte le fasi cruciali delle trasformazioni che hanno avuto per oggetto l’ordinamento giuridico comunitario⁸⁷, aveva pur timidamente avanzato la proposta di considerare il trattato come “una tappa nel processo graduale verso l’Unione a vocazione federale”⁸⁸, ancorando la sopranazionalità europea alla forma federale dello Stato⁸⁹. Dopo quell’accenno il tentativo di definire l’assetto costitutivo dell’Unione è stato ripreso nel momento in cui i governi nazionali (alla conferenza intergovernativa di Leaken) hanno istituito la “Convenzione” per la riforma dei trattati. Il mandato di Laeken era piuttosto stretto dato che si prospettava, in fondo, il riordino del quadro normativo dell’Unione secondo modalità e schemi collaudati, se pure innovando nel procedimento. In fondo la Convenzione era pur sempre una sorta di allargato “comitato consultivo” della conferenza intergovernativa alla quale erano riservati i poteri di revisione del trattato⁹⁰. Il progetto della Convenzione non costituisce un vero e proprio modello riformatore, redatto secondo i canoni dell’ingegneria istituzionale in dimensione europea, in quanto propone una mera razionalizzazione dell’esistente per ren-

⁸⁷ Il dibattito che ha per oggetto da un lato i limiti dell’armonizzazione degli ordinamenti interni verso l’uniformità e dall’altro la concorrenzialità tra gli ordinamenti è oggetto di particolare considerazione nell’opera collettiva curata da A. ZOPPINI, *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, Laterza, Bari e Roma, 2004.

⁸⁸ Si tratta di una prospettiva che affonda le radici nelle origini stesse del “patto” tra gli Stati europei. Sul progetto discusso, ad esempio, dalla “Commissione Spaak” negli anni ’50 cfr. D. PREDA (a cura di), *Per una costituzione federale dell’Europa*, Lavori preparatori del Comitato di studi presieduto da Paul Henry Spaak, 1952-1953, Il Mulino, Bologna, 2001.

⁸⁹ Un dibattito su questa prospettiva si svolge tra i collaboratori all’opera collettiva diretta da J. J. HESSE e V. WRIGHT (ed.), *Federalizing Europe?*, Oxford University Press, Oxford, 1996. Si v. anche F. MANCINI, *Europe: The Case for Statehood*, in *European Law Journal*, 1998, pagg. 29 e sgg.

⁹⁰ Cfr. U. DE SIERVO (a cura di), *La difficile costituzione europea*, Ricerca dell’Istituto Luigi Sturzo, Il Mulino, Bologna, 2001; G. FERRARA, *Verso la Costituzione europea?*, in *Diritto Pubblico*, 2002, pagg. 161 e sgg.; G. G. FLORIDIA, *Una Costituzione per l’Europa. Ma in che senso? (Appunti definitivi e di metodo)*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2002, pagg. 579 e sgg.; A. PACE, *La dichiarazione di Laeken e il processo costituente europeo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2002, pagg. 613 e sgg.

dere possibile l'allargamento dell'Unione e la gestione delle politiche comuni, in un quadro internazionale assai problematico⁹¹ e in costante mutamento⁹². La leale cooperazione richiesta agli Stati membri dall'articolo 5 secondo uno schema non difforme da quello applicato nei sistemi a base regionale; la possibile "sospensione" dei diritti di appartenenza di uno Stato membro all'Unione, disposta, con molte cautele e garanzie, dall'articolo 58, in ragione di un «evidente rischio di violazione grave» dei valori di cui all'articolo 2; il possibile "ritiro volontario" di uno Stato membro dall'Unione, seguendo la procedura stabilita dall'articolo 59, sono alcune delle disposizioni che segnalano l'ispirazione di fondo del nuovo trattato: rafforzare il "patto comune" e le reciproche "garanzie" per evitare una possibile dissoluzione, piuttosto che indicare gli elementi fondativi (storici, ideali, spirituali, culturali) di una comunione dei popoli europei in grado di ricomporre gli interessi nazionali, secondo una sintesi unitaria volta al comune bene dei cittadini europei⁹³. La ragione politica sembra avere suggerito ai Capi di Stato e di Governo di eludere la questione della "sovranità europea", a favore di una dinamica comunitaria duttile. I contorni del patto comunitario sono sempre più sfumati e i criteri comuni necessari per definire un quadro politico di maggiore coesione non sembrano condivisi da tutti gli Stati membri. Sino ad ora è mancata, dunque, la base giuridica che potrebbe legittimare un impegno vincolante sulla struttura fondamentale dell'Unione, indicando i passi necessari per una stabile organizzazione della stessa, come è stato possibile per altre decisioni non meno importanti (ad esempio quelle relative all'unione monetaria). I Governi nazionali, nel corso della conferenza intergovernativa di Laeken hanno faticosamente avviato il negoziato che ha consentito la riforma dei trattati attraverso il lavoro preparatorio svolto

⁹¹ È bene riflettere sulle ripercussioni che instabilità ed emergenze terroristiche, riassumibili con l'espressione "disordine internazionale", generano nei confronti del diritto costituzionale di tradizione liberaldemocratica, mettendo in crisi molte categorie tradizionali della «giuspubblicistica dello Stato nazionale accentrato di tipo ottocentesco dove politico e giuridico risultano strettamente connessi sulla base dell'accettazione di una precisa concezione della statualità, sorretta dalla sovranità». Cfr. F. LANCHESTER, *La costituzione europea nel diritto dell'emergenza*, in D. CASTELLANO (a cura di), *Quale costituzione per quale Europa?*, cit., pagg. 9 e sgg.

⁹² Su queste problematiche cfr. M. GANINO (a cura di), *Europa di domani. Verso l'allargamento dell'Unione*, Giuffrè, Milano, 2002.

⁹³ I caratteri di questo difficile confronto e le riflessioni costituzionali che ne derivano sono documentati nell'opera di N. MACCORMICK, *La sovranità in discussione. Diritto, stato e nazione nel "commonwealth" europeo*, Il Mulino, Bologna, 2003.

dalla “Convenzione sull’avvenire dell’Europa” che era incaricata “di esaminare le questioni essenziali che il futuro sviluppo dell’Unione comporta e di ricercare le diverse soluzioni possibili”⁹⁴. Le scelte tra queste varie soluzioni erano rimesse alla decisione del Consiglio europeo. Nello Stato federale la cittadinanza ha un duplice significato dato che configura una appartenenza dell’individuo a due entità che sono distinte, se pure strettamente collegate: la federazione e lo Stato membro. I cittadini svolgono la gran parte delle loro attività nel quadro normativo stabilito da ogni singolo Stato e tuttavia, come recita l’articolo IV, sezione II della Costituzione degli Stati Uniti: “i cittadini di ogni Stato avranno il diritto di godere negli altri Stati di tutti i privilegi e di tutte le immunità inerenti alla condizione di cittadini” (della federazione). Dato che i due ordinamenti, quello federale e quello del singolo Stato, non sono separati e distinti ma risultano intrecciati in un fitto rapporto tra poteri, regolato da competenze e limiti, può ben dirsi che la cittadinanza federale prevale su quella interna ma non la annulla, assicurando all’individuo uno *status* particolare che lo qualifica nell’ambito del singolo Stato di appartenenza. Nella confederazione, al contrario, non si afferma una “cittadinanza” confederale in quanto la comunità confederale comprende esclusivamente gli Stati che la compongono e non si estende agli individui. I “costituenti” che sono stati impegnati nella discussione sul progetto di riforma dell’assetto istituzionale comunitario non hanno affrontato questo dilemma, dato che il trattato costituzionale, al pari delle riforme precedenti, infine, fa dipendere la cittadinanza sovrastatale dalla condizione giuridica determinata in base al diritto pubblico interno, operando un rinvio automatico al rispettivo ordinamento nazionale.

⁹⁴ La citazione testuale è tratta dalla “Dichiarazione di Leaken sul futuro dell’Unione Europea”. Per una ricostruzione del processo che ha condotto all’istituzione della Convenzione e un primo commento relativo ai compiti assegnati si v. R. A. CANGELOSI e G. BUCCINO GRIMALDI, *Verso la Costituzione Europea. Da Amsterdam a Laeken*, Quadermo n. 1 della rivista *La cittadinanza Europea*, Philos Edizioni, Roma, 2002, con prefazione di GIULIANO AMATO, Vice-Presidente della Convenzione. Cfr. anche F. DEHOUSSE, *La déclaration del Laeken: mode d’emploi*, in *Revue du Marché Commun et de l’Union Européenne*, 2002, pagg. 79 e sgg.; P. GARGIULO, *Il futuro dell’Unione Europea: posizioni a confronto*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2002, pagg. 596 e sgg.; G. G. FLORIDIA, L. G. SCIANNELLA, *Siamo una Convenzione: Vale a dire che cosa? Anatomia (e autonomia) della Convenzione Europea*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2002, pagg. 997 e sgg.; D. PASQUINUCCI, *I progetti di Costituzione europea dall’assemblea ad hoc alla dichiarazione di Laeken*, UNICOPLI, Milano, 2003.

F) Considerazioni finali

Una prima conclusione induce a ritenere che il rapporto tra l'individuo e l'Unione Europea si debba consolidare sul piano dell'organizzazione politica e non trovi un'impostazione sufficientemente solida nell'attuale fase del lento e gradualissimo sviluppo politico dell'Europa. In uno Stato federale europeo il soggetto potrebbe conseguire un effettivo e specifico *status* di cittadinanza europea fondato sul riconoscimento della personalità giuridica internazionale dell'Unione⁹⁵ e non più subordinato alla sola appartenenza allo Stato membro. Per contro si deve osservare che il concetto di "cittadinanza europea", nell'attuale configurazione dell'ordinamento comunitario, non viene adeguatamente esplicitato. Come si è detto la nozione inserita nel trattato costituzionale fa esclusivo riferimento alla tradizione giuridica degli Stati membri e viene determinata in relazione alla "cittadinanza nazionale" di diritto interno. La formula "cittadinanza europea" iscritta nel trattato di Maastricht rivestiva un preminente rilievo "politico", mentre per i profili giuridici risultava imprecisa ed ambigua e come tale, sul piano scientifico, non apportava quel contributo di chiarezza necessario per impostare uno studio di teoria giuridica. Il trattato costituzionale non offre ulteriori e più solidi elementi per modificare questa tesi. I giuristi, dunque, possono restare fedeli al rigore della tradizionale costruzione concettuale dell'istituto. La questione della "cittadinanza comunitaria", semmai, richiede che ci si avvalga, con maggiore convinzione, del metodo comparato, per approfondire e delineare meglio l'impostazione comune alla quale sembra tendere la dottrina, in riferimento allo svolgimento storico-costituzionale del concetto e alla disciplina dello *status* personale del cittadino. Si possono trarre delle indicazioni ulteriori mettendo a confronto il modello europeo di "cittadinanza", proposto da ordinamenti che sono tutti di derivazione liberale e democratica con quello che viene accolto in altri sistemi giuridici.

⁹⁵ Cfr. V. LIPPOLIS, *La cittadinanza europea*, Il Mulino, Bologna, 1994.

FABIO FEDE

LA RATIFICA DELLA “COSTITUZIONE EUROPEA”
ED I NUOVI PAESI MEMBRI DELL’EST:
QUALE PROSPETTIVA¹

*Associato di Diritto Pubblico Comparato
Facoltà di Giurisprudenza – Università di Camerino **

SOMMARIO

Introduzione. 1. Gli ex Stati socialisti e l'ingresso in Europa: problematiche costituzionali. 2. Le prime tendenze. 3. L'incidenza del Trattato. Conclusioni.

Introduzione

Il 1° maggio 2004 si è realizzata quella che autorevole dottrina² ha definito «l'apertura grandiosa ed anche avventurosa dell'Unione Europea» (di seguito U.E.) prevista dal Trattato di Copenaghen del 13 dicembre 2002: dieci nuovi Paesi europei, infatti, sono entrati a farne parte. Di questi ultimi, otto sono Stati ex socialisti: la Repubblica di Ungheria, la Repubblica Ceca, la Repubblica Slovacca, la Repubblica di Slovenia, la Repubblica di Lituania, la Repubblica di Estonia, la Repubblica di Lettonia e Repubblica di Polonia.

Il 24 ottobre 2004 i rappresentanti dei 25 Stati dell'Unione hanno firmato a Roma il «Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa» (di

* 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.

¹ Nel momento in cui il presente intervento è stato svolto, il Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa era stato ratificato solo dai Paesi indicati nel testo, mentre in Spagna si era svolto, il 20 febbraio 2005, il referendum consultivo previsto nell'ambito della procedura di ratifica del Trattato. Successivamente, quest'ultimo è stato ratificato dall'Italia in data 7 aprile 2005, dalla Grecia in data 19 aprile 2005, dalla Slovacchia in data 11 maggio 2005, dalla Spagna in data 18 maggio 2005, dal Belgio in data 19 maggio 2005, dall'Austria in data 25 maggio 2005, dalla Germania in data 27 maggio 2005, dalla Lettonia in data 2 giugno 2005. Il Trattato, invece, non sarà ratificato dalla Francia, così come deciso nel referendum del 29 maggio 2005, né dai Paesi Bassi, considerato l'esito negativo del referendum consultivo tenutosi in data 1 giugno 2005.

² M. PATRONO, *Il Governo della prima Europa*, Padova, Cedam, 2003, pag. 3.

seguito il Trattato) che all'articolo IV-447 statuisce «Il presente trattato è ratificato dalle Alte Parti Contraenti conformemente alle rispettive norme costituzionali... Il presente trattato entra in vigore il 1° novembre 2006, se tutti gli strumenti di ratifica sono stati depositati...».

Di fronte a questa nuova “sfida”, sorge l'interesse circa i possibili atteggiamenti che i predetti otto Stati, da pochissimo entrati nell'U.E., potrebbero adottare nei confronti del Trattato, soprattutto per le ripercussioni che quest'ultimo potrebbe avere sulle loro Costituzioni e sul ruolo della giustizia costituzionale, in particolare per avere positivizzato, all'art. I-6, la primazia della Costituzione e del diritto dell'U.E. sul diritto degli Stati membri ed aver previsto un Bill of rights (quello della primazia del diritto comunitario, peraltro, costituisce un interrogativo valevole per tutti gli Stati dell'Unione ed ai quali alcuni – Francia e Spagna – hanno già risposto, come meglio vedremo in seguito).

Atteggiamenti che, per quello fin qui accaduto, sono tutti favorevoli al Trattato: sino ad oggi, infatti, i soli tre Stati che lo hanno ratificato sono la Lituania (11/11/04), l'Ungheria (20/12/04) e la Slovenia (1/02/05). Non solo: tutti e tre detti Stati hanno provveduto a ratificarlo per via parlamentare senza far ricorso al controllo preventivo di costituzionalità, pure previsto dalle loro Costituzioni³ (controllo che, invece, hanno effettuato Francia e Spagna).

Sulla base di quanto appena rilevato, scopo del presente intervento diventa, da un lato, quello di comprendere la *ratio* (giuridica) di detta rapidità e modalità di ratifica del Trattato e, dall'altro, quello di verificare se anche gli altri cinque Stati dell'est potrebbero fornire una risposta simile a quella già fornita dai primi.

1. Gli ex Stati socialisti e l'ingresso in Europa: problematiche costituzionali

Per cercare di capire l'atteggiamento dei tre Stati che hanno ratificato il Trattato e tentare di “prevedere”⁴ quello che gli altri cinque Stati po-

³ Per la Lituania artt. 73 e 106 Cost. e 74 Legge sulla Corte cost. del 1993; per l'Ungheria artt. 32/A Cost. e 36 Atto XXXII sulla Corte cost. del 1989; per la Slovenia art. 160, comma 2, Cost.

⁴ Ovviamente, i futuri comportamenti di detti Stati potrebbero essere influenzati da fattori extra giuridici, quali ad esempio la non ratifica di uno o più dei “vecchi” Stati dell'U.E.

trebbero adottare, occorre prendere le mosse proprio dalla loro adesione all'U.E. e dalle problematiche costituzionali che quest'ultima ha fatto sorgere in questi Paesi proprio in relazione ai rapporti fra Costituzioni nazionali e diritto comunitario e, conseguentemente, sul ruolo della giustizia costituzionale.

Con il crollo dello Stato socialista, definitivamente realizzatosi nel dicembre 1991 (con il dissolvimento dello Stato sovietico), le otto repubbliche hanno fatto ritorno nell'alveo del costituzionalismo occidentale, i cui principi sono stati recepiti nelle nuove Costituzioni – rigide – che tutti si sono dati a partire dal 1990. Principi quali la supremazia della Costituzione, appunto, lo Stato di diritto, la democrazia pluralista, il riconoscimento e la protezione dei diritti fondamentali, erano pertanto già entrati (*rectius* ritornati) nella loro cultura giuridica.

Per entrare in "Europa", però, la quasi totalità dei Paesi hanno apportato cambiamenti costituzionali: la gran parte, modificando direttamente la Costituzione⁵, Lituania ed Estonia, invece, adottando specifici Atti Costituzionali⁶.

Analizzando queste modifiche, o gli Atti da ultimo citati, che hanno introdotto le così dette "clausole di integrazione", si nota generalmente la loro *estrema vaghezza* con particolare riguardo proprio ai rapporti tra diritto comunitario e Costituzione. Infatti, se nella gran parte di queste ultime è facilmente desumibile la diretta applicabilità e la supremazia del diritto comunitario sulle leggi e sugli altri atti normativi nazionali (peraltro, solo in Lituania⁷, Slovenia e Polonia⁸ la supremazia è espressamente disposta), nulla è detto circa la questione principale e circa il ruolo delle Corti costituzionali. Questa vaghezza è stata fortemente criticata da parte della dottrina di questi Paesi⁹, la quale ha sottolineato che, se essa è giustificabile per i vecchi membri dell'Unione, che hanno creato e gradualmente trasformato quest'ultima, molto meno lo è per i nuovi, i quali

⁵ L'Ungheria nel 2002; la Slovenia nel 2003; la Lettonia negli anni 2003 e 2004, la Repubblica Ceca negli anni 2001 e 2002; la Repubblica Slovacca nel 2001. Solo la Polonia non ha provveduto a modifiche considerato che la sua Costituzione è del 1997.

⁶ La Lituania l'Atto costituzionale del 13 luglio 2004 N. IX-2343; l'Estonia l'Atto costituzionale del 14 dicembre 2003.

⁷ Art. 2 Atto costituzionale del 13 luglio 2004.

⁸ Art. 91 Cost.

⁹ Tra gli altri C. RIBIČIČ, Intervento al Convegno Internazionale su «La Posizione delle Corti costituzionali a seguito dell'integrazione europea», Bled, Slovenia, 30 settembre-2 ottobre 2004, sito Internet: www.us-rs.com/en/.

avrebbero dovuto porre più attenzione alla disciplina costituzionale dell'integrazione, non limitandosi ad un'operazione che appare troppo superficiale.

2. *Le prime tendenze*

Di fronte alla predetta vaghezza delle clausole di integrazione, occorre accertare quali sono, nelle otto repubbliche, i primi orientamenti circa il delicato problema dei rapporti fra diritto comunitario e Costituzione, anche alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia che afferma la supremazia del diritto comunitario pure nei confronti del diritto costituzionale nazionale¹⁰. L'esame riguarderà prima i Paesi che hanno già ratificato il Trattato e, successivamente, gli altri cinque.

Lituania: secondo quello che sembra essere l'orientamento¹¹ prevalente, la supremazia del diritto comunitario non può giungere ad intaccare la "spina dorsale" della Costituzione. Posizione, questa, che trova il suo fondamento in precise norme costituzionali, quali l'art. 1, che statuisce l'indipendenza e la democraticità dello Stato, l'art. 2, che riconosce la sovranità popolare, gli artt. 6 e 7, che dispongono la supremazia della Costituzione, gli artt. 147 e seguenti che richiedono un referendum approvato a maggioranza dei tre-quarti degli aventi diritto al voto per modificare l'art. 1 della Costituzione. Proprio in ragione della disciplina dettata per la revisione costituzionale, viene respinta l'interpretazione contraria – volta a riconoscere la supremazia del diritto comunitario anche sulla Costituzione – in quanto basata sull'affermazione che l'adesione all'U.E. è avvenuta tramite referendum *ex* art. 9 della Costituzione. In realtà, si precisa dai sostenitori della supremazia della Costituzione, il referendum disciplinato dall'art. 9 e previsto per decidere questioni importanti circa la vita dello Stato e della popolazione, richiede dei quorum nettamente inferiori (1/2 degli aventi diritto, 1/2 dei votanti) a quelli previsti per la modifica dell'art. 1 Cost. A ciò si aggiunge che l'art. 1 della Legge costituzionale di adesione, parla soltanto di competenze attribuite alle istituzioni europee, in ambiti ben determinati. Dunque, almeno con

¹⁰ Supremazia chiaramente realizzatasi con la sentenza dell'11 gennaio 2000, caso C-285/1998, conosciuta come "sentenza Kreil", in S. GAMBINO, *Diritto costituzionale comparato ed europeo*, Giuffrè, Milano, 2004, pagg. 110 e sgg.

¹¹ E. KÜRIS, Intervento al Convegno Internazionale su «La Posizione delle Corti costituzionali...», cit.

riferimento ai principi fondamentali, la supremazia della Costituzione deve essere garantita dalla Corte Costituzionale, la quale può controllare a posteriori sia i trattati internazionali che la legge di ratifica degli stessi.

Ungheria: anche se meno decisamente, pure la situazione ungherese sembra tendere verso una supremazia della Costituzione sul diritto comunitario. Parte della dottrina¹², infatti, ricorda che, se da un lato l'art. 1 dell'Atto costituzionale di adesione consente alla Repubblica di Ungheria, nella sua qualità di Stato membro dell'U.E., di esercitare alcuni poteri costituzionali congiuntamente con gli Stati membri nell'estensione compatibile con i diritti e gli obblighi scaturenti dai Trattati fondativi e che detti poteri possono essere esercitati anche tramite le istituzioni europee, dall'altro lato sottolinea che la base di tale concessione rimane la Costituzione, la quale all'art. 2 statuisce che la Repubblica di Ungheria è uno Stato costituzionale indipendente e che la sovranità appartiene al popolo. A ciò si aggiunga che determinante è il ruolo della Corte costituzionale che, oltre a controllare preventivamente la costituzionalità di un trattato internazionale, può sempre controllare, *a posteriori*, la costituzionalità della legge di ratifica.

Slovenia: prevalente è l'orientamento¹³ secondo cui, anche dopo l'adesione all'U.E., residuerebbe un "nocciolo duro" della Costituzione che continua ad essere superiore al diritto comunitario. Ciò, anche se con la modifica costituzionale del 2003 è stato introdotto l'art. 3a¹⁴ il cui primo comma recita «Con un trattato ratificato l'Assemblea nazionale... può trasferire l'esercizio di una parte dei suoi diritti sovrani ad organizzazioni internazionali fondate sul rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, democrazia, principi dello Stato di diritto...» ed il terzo comma dispone «Gli atti normativi e le decisioni adottate nel quadro delle organizzazioni internazionali alle quali la Slovenia trasferisce l'esercizio di una parte dei diritti sovrani sono applicati .. conformemente a l'ordine giuridico di quelle organizzazioni». Detto articolo, ed in particolare il terzo comma, prevede la diretta applicabilità e la primazia del diritto comunitario sul diritto nazionale. Tuttavia, si sostiene, sarebbe esagerato

¹² A. HARMATHY, Intervento al Convegno Internazionale su «La Posizione delle Corti costituzionali...», cit.

¹³ C. RIBIČIČ, op. cit.

¹⁴ Da ricordare che esso è stato inserito pur in presenza dell'art. 8 della Costituzione il quale prevede la supremazia dei trattati internazionali regolarmente ratificati sulle leggi e sugli altri atti normativi interni, nonché la diretta applicabilità degli stessi trattati. Norma questa ritenuta insufficiente per consentire l'ingresso nell'Unione.

estenderne il contenuto fino a ricomprendersi la Costituzione, che è il fondamento per l'integrazione della Slovenia nell'U.E. Negare la Costituzione, ritenendola inferiore al diritto comunitario, significherebbe non solo trasferire l'esercizio di limitati diritti sovrani, ma cedere la sovranità della Slovenia e della sua Costituzione. Richiamando le esperienze di Germania ed Italia, la predetta dottrina afferma che garante di questa supremazia deve essere la Corte costituzionale la quale dovrebbe intervenire soltanto in casi eccezionali: non allorché il diritto comunitario leda interessi nazionali in genere, bensì quando andasse a violare i diritti e le libertà fondamentali, il principio democratico e il principio della *rule of law* sanciti dalla Costituzione.

Estonia: sulla base degli artt. 1, 3, 123, 162 e 163 della Costituzione¹⁵, nonché del laconico contenuto dell'Atto costituzionale di emendamento della Costituzione¹⁶ che recita: 1) l'Estonia può appartenere all'U.E. nel rispetto dei principi fondamentali della Costituzione della repubblica di Estonia; 2) con l'accesso nell'U.E., la Costituzione si applica tenendo conto dei diritti e delle obbligazioni scaturenti dal Trattato di adesione, l'orientamento prevalente¹⁷ sostiene che la primazia del diritto comunitario sul diritto interno, non possa giungere fino a coinvolgere i principi supremi della Costituzione. Si sottolinea, infatti, che il riferimento ai principi fondamentali, non contenuto nel primo progetto del suddetto Atto costituzionale, fu introdotto successivamente, quale risposta alle fortissime critiche a cui il testo fu sottoposto. La previsione di questa "clausola di difesa", si ricorda, fu voluta proprio per proteggere dal pericolo di una eccessiva estensione del principio della supremazia del diritto comunitario fino a minacciare e danneggiare l'identità dello Stato membro ed i principi fondamentali della sua Costituzione. Ne consegue che laddove si dovessero configurare tali ipotesi, allo stato non immaginabili, spetterebbe alla Camera costituzionale della Corte suprema garantire,

¹⁵ Detti articoli sanciscono rispettivamente la sovranità e l'indipendenza inalienabile e perpetua della Repubblica, lo Stato di diritto e la superiorità della Costituzione, la prevalenza della Costituzione sui trattati e di questi sulle leggi, la necessità di un referendum per la modifica dei primi articoli della Costituzione.

¹⁶ Definito Terzo Atto costituzionale (il secondo, invece, è l'Atto di implementazione della Costituzione adottato, insieme a quest'ultima, con il referendum del 28 giugno 1992).

¹⁷ E. KERGANDBERG, Intervento al Convegno Internazionale su «La Posizione delle Corti costituzionali...», cit.

quale "ultima roccaforte", i principi fondamentali della Costituzione estone.

Lettonia: l'orientamento prevalente¹⁸ è nel senso che la primazia del diritto dell'U.E. vale rispetto a tutte le norme di legge, nonché a quelle della Costituzione, fatte salve, però, quelle che esprimono le basi costituzionali dello Stato, quali l'art. 1 – il quale statuisce che la Repubblica lettone è indipendente e democratica – e l'art. 2 – ove è detto che il potere sovrano dello Stato appartiene al popolo. Il predetto orientamento si fonda sulla considerazione che un'interpretazione che conduca all'affermazione della totale primazia del diritto comunitario sarebbe in contrasto con i principi sanciti nei due predetti articoli, i quali non sono stati modificati con l'ingresso della Lettonia nell'U.E. Infatti si sottolinea che, se è vero che l'adesione è stata decisa con referendum, altrettanto vero è che esso non può essere letto come modificativo dei primi articoli della Costituzione sia perché questo non era il quesito proposto sia, soprattutto, perché per modificare i detti articoli necessita un referendum il cui quorum deliberativo è notevolmente più elevato di quello che si è reso necessario per l'adesione all'U.E. (art. 79 Cost.). Garante della supremazia della Costituzione resterebbe la Corte costituzionale.

Repubblica Ceca: ancora fluida risulta essere la situazione dei rapporti tra diritto comunitario e Costituzione. Da una parte, infatti, si sostiene che l'inserimento in Costituzione dell'art. 10a, secondo cui «Con un trattato internazionale alcuni poteri degli organi della Repubblica possono essere delegati ad una organizzazione o istituzione internazionale...» (cd. clausola d'integrazione), determinerebbe la primazia del diritto comunitario su quello interno sia con riferimento alle leggi che, considerata la delega di poteri, in quegli ambiti, anche sulla Costituzione. D'altra parte, però, proprio il predetto articolo è ritenuto l'ancoraggio costituzionale della supremazia del diritto comunitario su quello interno¹⁹ e, dunque, l'interpretazione di detta disposizione non potrebbe giungere a comprendere in tale supremazia l'essenza stessa della Costituzione. Conclusione

¹⁸ A. ENDZINŠ, Intervento al Convegno Internazionale su «La Posizione delle Corti costituzionali...», cit.

¹⁹ J. MUCHA, Intervento al Convegno Internazionale su «La Posizione delle Corti costituzionali...», cit., il quale ricorda che secondo altro orientamento, la prevalenza del diritto comunitario su quello interno troverebbe il proprio fondamento nell'art. 10 Cost. che dispone la diretta applicabilità dei trattati ratificati e la loro prevalenza in caso di contrasto con le leggi. Ne discende che, per tale orientamento, la supremazia del diritto comunitario non può riguardare la Costituzione.

questa rafforzata dalla stessa Carta fondamentale laddove, all'art. 9, dispone l'inammissibilità della revisione dei caratteri essenziali dello Stato democratico. Situazione incerta che si riflette anche sul ruolo della Corte costituzionale, con particolare riguardo ai rapporti con la Corte di Giustizia.

Polonia: l'orientamento prevalente²⁰ respinge la primazia del diritto comunitario rispetto alla Costituzione. Secondo tale orientamento, infatti, detta primazia si basa soltanto su una interpretazione dei trattati ad opera della giurisprudenza della Corte di Giustizia. Troppo poco, in assenza di precise e chiare disposizioni costituzionali in tal senso le quali, invece, statuiscono che: la Repubblica è un bene comune di tutti i cittadini (art. 1); la Repubblica di Polonia è uno Stato democratico di diritto (art. 2); la Costituzione è il diritto supremo della Repubblica (art. 8). A ciò si aggiunga che, se è vero che l'art. 91 Cost. dispone che i trattati ratificati sono immediatamente applicabili e che quelli ratificati in virtù di una legge di autorizzazione prevalgono sulle norme di legge incompatibili con essi, nonché la prevalenza del diritto prodotto da un'organizzazione internazionale²¹, sulle leggi nazionali in caso di incompatibilità, è altrettanto vero che l'art. 90 Cost. prevede la possibilità che la Polonia possa cedere ad una organizzazione internazionale, in virtù di un trattato, le competenze delle autorità del potere statale in materie specifiche. Dunque, una interpretazione che andasse indistintamente nella direzione di affermare una supremazia del diritto comunitario sulla Costituzione, si scontrerebbe con la sovranità nazionale e con la natura attributiva delle competenze dell'U.E., anche perché i trattati autorizzati di cui al secondo comma dell'art. 91 della Costituzione, pur trovandosi nella gerarchia delle fonti prossimi alla Costituzione, devono tuttavia essere ad essa conformi. Secondo l'art. 188 Cost., infatti, spetta al Tribunale costituzionale statuire sulla conformità alla Costituzione delle leggi e dei trattati.

Repubblica Slovacca: ancora non totalmente chiaro è il rapporto tra diritto comunitario e Costituzione. Come ricorda autorevole dottrina²², se è ormai pacifico il riconoscimento dell'immediata applicabilità e della supremazia del diritto comunitario su quello nazionale primario, conside-

²⁰ M. GRZYBOWSKI, Intervento al Convegno Internazionale su «La Posizione delle Corti costituzionali...», cit.

²¹ Creata ex art. 90 Cost.

²² J. MAZÁK, Intervento al Convegno Internazionale su «La Posizione delle Corti costituzionali...», cit.

rato quanto disposto dall'art. 7 Cost.²³, altra e più delicata questione, è la supremazia con riferimento alla Costituzione. La prevalenza del diritto comunitario, infatti, si scontrerebbe, in particolare, con l'art. 1 Cost. – che statuisce la sovranità statale – e con l'art. 2 Cost. – che afferma la supremazia della Costituzione. Supremazia che è assicurata dalla Corte costituzionale, così come disposto dall'art. 152 Cost., che impone, altresì, una interpretazione ed applicazione del diritto in conformità con la Costituzione.

Da questa analisi, seppur necessariamente breve, dei primi orientamenti circa i rapporti fra Costituzioni nazionali e diritto comunitario, emerge tuttavia abbastanza chiaramente una tendenziale lettura volta ad affermare una sorta di teoria dei "controlimiti": le Costituzioni di questi Paesi, pur avendo permesso in alcuni ambiti una cessione di esercizio di parte dei poteri sovrani per accedere nella C.E. e all'U.E.²⁴, vogliono tuttavia mantenere e garantire, per il tramite della giustizia costituzionale, l'identità nazionale e, dunque, la sovranità nazionale, affermando l'intangibilità dei principi essenziali del proprio ordinamento nei confronti di qualsivoglia norma internazionale o comunitaria.

Si tratta di una posizione sostanzialmente condivisibile sia dal punto di vista politico che da quello giuridico²⁵. Non bisogna dimenticare, infatti, che queste Costituzioni, seppur eteroinfluenzate dalle stesse istituzioni comunitarie o internazionali (per tutte il Consiglio d'Europa) e contenenti quello che il prof. De Vergottini ha definito recentemente il "distillato" del costituzionalismo occidentale²⁶, non solo delineano una nuova forma di Stato, un nuovo inizio, ma esprimono soprattutto il punto di arrivo della riconquistata indipendenza e sovranità di quelle comu-

²³ «Sulla base di un trattato internazionale la Repubblica Slovacca può trasferire l'esercizio di una parte dei suoi poteri alla Comunità Europea ed all'Unione Europea. Gli atti normativi della Comunità Europea ed dell'Unione Europea avranno precedenza sulle leggi della Repubblica».

²⁴ Confermando con ciò l'evoluzione in corso nello Stato contemporaneo, attraversato, nella vecchia Europa, da un significativo processo di devoluzione (verso l'alto e verso il basso) di quote rilevanti della propria sovranità: in tal senso S. GAMBINO, op. cit., pag. 334.

²⁵ Ritengono prevalenti le ragioni politiche A. CELLOTTO e T. GROPPI, «Primauté e Controlimiti nel Progetto di Trattato costituzionale», in *Quaderni costituzionali*, 4, 2004, pag. 868.

²⁶ Intervento al convegno su «Le transizioni costituzionali nei Balcani occidentali e l'allargamento dell'Unione Europea», Pescara, 19-20 novembre 2004.

nità nazionali dopo il “grande gelo” della dittatura comunista. Indipendenza e sovranità, quali principi cardine della loro statualità, si trovano infatti affermati e garantiti sia nella gran parte dei Preamboli²⁷ che, come sopra ricordato, soprattutto nei primi articoli del dettato normativo²⁸.

3. *L'incidenza del Trattato*

Inserendosi nel quadro appena sopra delineato, si deve ritenere che la “Costituzione europea”, non solo non rappresenti una minaccia per l'identità nazionale, ma anzi apporti ulteriori elementi chiarificatori proprio nei rapporti tra diritto comunitario e Costituzioni nazionali, riconoscendo la prevalenza di queste ultime, almeno per quel che riguarda i loro elementi essenziali.

Prima di indicare le ragioni testuali che inducono a formulare tale affermazione, due aspetti preliminari, volti a corroborarla, devono essere puntualizzati.

Il primo ci viene dalla proprio dalla comparazione. Quest'ultima, infatti, ci insegna che allorquando una Costituzione ha voluto porsi come superiore rispetto ad altre, lo ha espressamente detto. In tal senso si vedano sia la Costituzione degli Stati Uniti d'America²⁹ e la Legge Fondamentale tedesca³⁰.

Il secondo aspetto preliminare, certamente più “sostanziale” del primo, riguarda la natura giuridica della “Costituzione europea”. L'atto adottato a Roma il 29 ottobre 2004, al di là dell'autoqualificazione, non è

²⁷ Accanto all'autodeterminazione, alla nazionalità ed alla cultura (Slovenia, Estonia, Polonia, Rep. Slovacca).

²⁸ In tal senso si vedano: artt. 1 e 2 della Costituzione lituana; art. 2 della Costituzione ungherese; art. 3 della Costituzione slovena; art. 1 della Costituzione estone; artt. 1 e 2 della Costituzione lettone; art. 1 della Costituzione ceca; artt. 1 e 4 della Costituzione polacca; artt. 1 e 2 della Costituzione slovacca.

²⁹ L'art. VI, sezione 2, seconda parte, così dispone: «La presente Costituzione e le leggi... costituiranno la legge suprema del Paese; e i giudici di ogni Stato saranno tenuti a conformarsi ad essi, quali che possano essere le disposizioni in contrario nella Costituzione... di qualsiasi singolo Stato».

³⁰ L'art. 28, comma 1, così dispone: «L'ordinamento costituzionale dei Länder deve corrispondere ai principi dello Stato di diritto repubblicano, democratico e sociale ai sensi della presente Legge Fondamentale», mentre l'art. 31, così statuisce «Il diritto federale prevale sul diritto del Land».

una Costituzione³¹. Essa non è l'espressione di un potere costituente³²; non esiste uno Stato, elemento essenziale al concetto di Costituzione³³; mancano gli elementi formali di una Costituzione. Con riguardo a quest'ultimo aspetto, in particolare, l'articolo IV-447 della "Costituzione europea" richiede la ratifica di tutti gli Stati per la sua entrata in vigore; gli articoli IV-443, 444 e 445 richiedono l'unanimità per la revisione ordinaria o semplificata; l'articolo I-60 riconosce ad ogni Stato il diritto di recesso dall'Unione³⁴. In definitiva può dirsi, così come hanno fatto i giudici costituzionali che per primi si sono occupati della conformità del Trattato con la propria Costituzione³⁵, che l'Atto che adotta una Costituzione per l'Europa, anche se particolare, è pur sempre un trattato.

Fatte queste precisazioni, veniamo ora ad esaminare le ragioni testuali che inducono, nei termini di cui sopra, a sostenere la superiorità delle Costituzioni nazionali sul diritto comunitario.

³¹ Da ultimo A. PACE, «Costituzione europea e autonomia contrattuale. Indicazioni e appunti» 6 maggio 2005, sito Internet: www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/index.html; G. FERRARA, «La costituzione europea: un'ambizione frustrata», 13 dicembre 2004, sito Internet: www.costituzionalismo.it; P. PASSAGLIA, «La problematica qualificazione dell'atto», in *Il trattato che adotta una Costituzione per l'Europa*, *Il Foro Italiano*, Parte V, 2005, pag. 5 e sgg.

³² Essa non è l'espressione della volontà popolare. La "Costituzione europea" nasce dalla dichiarazione di Nizza prima e da quella di Laeken poi, entrambi tendenti ad una riorganizzazione complessiva dei trattati esistenti relativamente a temi precisi: il settore delle competenze; la semplificazione del sistema delle fonti dell'Unione; le istituzioni comunitarie, con particolare riguardo alla Commissione, al Parlamento europeo e al Consiglio dell'Unione; il ruolo dei Parlamenti nazionali; il processo decisionale.

³³ Come ricorda G. FERRARA, «La costituzione europea...», cit., pag. 5, oggetto della Costituzione è lo Stato. Sulla coesistenzialità tra Costituzione e Stato, tra gli altri, A. PACE, «Costituzione europea e autonomia contrattuale...», cit., pag. 2; P. PASSAGLIA, «La problematica...», cit., pag. 5; F. CUOCOLO, «Costituzione europea e costituzioni nazionali», in *Iustitia*, 4, 2000, pagg. 466 e sgg.

³⁴ Lo stesso Vice Presidente della Convenzione Europea G. AMATO, «La Convenzione Europea. Primi approdi e dilemmi aperti», in *Quaderni Costituzionali*, 3, 2002, pag. 459, scriveva che se la procedura di revisione del Trattato fosse rimasta quella che richiedeva l'unanimità, l'eventuale *nomen* Costituzione "non esprimerebbe alcuna sostanza".

³⁵ Nella Décision del 19 novembre 2004, n° 2004-505 DC, del Consiglio costituzionale francese, al punto 9 si legge «Considerato, in primo luogo, che risulta dalle disposizioni del trattato sottoposto al Consiglio costituzionale... e in particolare da quelle relative alla sua entrata in vigore, alla sua revisione e alla possibilità di sua denuncia, che esso conserva il carattere di un trattato internazionale...». Allo stesso modo, nella Dichiarazione n. 1/2004 del 13 dicembre 2004 del Tribunale costituzionale spagnolo, al par. I, punto 2, lett. b. si legge «...è un trattato internazionale, formalmente e materialmente...».

Innanzitutto, la prevalenza del diritto dell'Unione (Costituzione e diritto adottato dalle istituzioni dell'Unione) sul diritto degli Stati membri, sancita dall'art. I-6, è prevista, come recita detto articolo, *nell'esercizio delle competenze a questa attribuite*.

Inoltre, l'art. I-6, di per sé già indicativo³⁶, deve essere interpretato in modo sistematico con altre disposizioni del testo normativo. Ed è innegabile che in quest'ultimo sono presenti molteplici disposizioni che fanno protendere per la prevalenza delle Costituzioni nazionali sul diritto comunitario.

La prima si ritrova nell'art. I-1 che recita «...la presente Costituzione istituisce l'Unione europea, alla quale gli Stati membri attribuiscono competenze per conseguire obiettivi comuni...». Si tratta di una prescrizione fondamentale in quanto essa afferma il **principio di attribuzione**. Questo significa che la primazia del diritto comunitario è autorizzato proprio dalle Costituzioni nazionali nei limiti delle competenze attribuite per volontà sovrana degli Stati. E non bisogna dimenticare che, in virtù dell'art. I-60, dette attribuzioni possono essere sempre liberamente riassunte in quanto «Ogni Stato membro può decidere, conformemente alle proprie norme costituzionali, di recedere dall'Unione». Principio di attribuzione che si ritrova riaffermato sia nell'art. I-11 «La delimitazione delle competenze dell'Unione si fonda sul principio di attribuzione...» che nell'art. II-111, comma 2, «La presente Carta non estende l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione al di là delle competenze dell'Unione, né introduce competenze nuove o compiti nuovi per l'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti nelle altre parti della Costituzione».

Seconda disposizione di estrema rilevanza è quella contenuta nell'art. I-5 ove è detto che «L'Unione rispetta l'uguaglianza degli Stati... e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale...». L'affermazione del rispetto della **struttura costituzionale fondamentale** dei singoli Stati, significa che è la «Costituzione europea» a vietare *letteralmente* all'Unione l'adozione di qualsivoglia atto che incida sulle «strutture portanti» degli ordinamenti costituzionali dei singoli Stati membri.

Altra disposizione di notevole importanza è quella dell'art. II-112,

³⁶ Certo, per rafforzare la portata dell'art. I-6, si potrebbe far riferimento all'art. I-18 che introduce la «clausola di flessibilità» analogamente prevista dall'art. I, sez. 8, alinea 18, della Costituzione federale degli Stati Uniti d'America. A ben guardare, però, il ricorso a tale strumento richiede necessariamente l'unanimità del Consiglio dei ministri.

comma 4, ove si legge che «Laddove la presente Carta riconosca i diritti fondamentali quali risultino dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, tali diritti sono interpretati in armonia con dette tradizioni». Tale disposizione fissa quello che potremmo definire il **limite di interpretazione dei diritti fondamentali** sanciti nella "Costituzione europea", almeno per quelli che risultano dalle tradizioni comuni. Come sottolinea autorevole dottrina³⁷, la Corte di Giustizia, per riconoscere e tutelare i diritti fondamentali comunitari, ha creato e ha fatto costantemente riferimento al criterio dei "principi e delle tradizioni comuni agli Stati membri". Peraltro, come precisato dalla stessa Corte, essa è "tenuta ad ispirarsi" a dette tradizioni comuni, per cui imperativo per la Corte è la garanzia dei diritti e dei principi fondamentali, ma non che la Corte si conformi a quanto sancito nelle Costituzioni nazionali. Queste ultime, dunque, prosegue la predetta dottrina, possono fungere quali mere fonti d'ispirazione o, in qualche caso, essere direttamente applicabili, ma mai diventare vincolanti per la Corte di Giustizia. Orbene, questa impostazione, alla luce dell'art. II-112, comma 4, dovrebbe ritenersi totalmente rovesciata in quanto essa trasforma *le tradizioni comuni* da fondamento per la giurisprudenza della Corte di Giustizia in limite positivo della stessa, evidenziando così la prevalenza, in questo ambito, delle tendenze costituzionali dei singoli Stati membri.

Ulteriore disposizione di assoluta importanza è quella fissata dall'art. II-113 che recita «Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione... dalle costituzioni degli Stati membri». Con essa, che sancisce il **limite di protezione dei diritti fondamentali**, ancora una volta è chiaramente affermata la supremazia delle Costituzioni nazionali, non potendo sussistere, in ambito europeo, un livello di protezione dei diritti fondamentali inferiore a quello assicurato dalle Costituzioni nazionali.

In definitiva, per quanto detto, è la stessa "Costituzione europea" a riconoscere la supremazia delle Costituzioni nazionali, almeno per ciò che riguarda i principi supremi ed i diritti fondamentali in ciascuna contenuti.

Conclusione questa, sostanzialmente conforme a quella a cui sono giunti sia il giudice costituzionale francese che quello spagnolo.

Il Consiglio costituzionale, infatti, nella già ricordata *Décision* n°

³⁷ S. GAMBINO, *Diritto costituzionale...*, cit., pagg. 114 e sgg.

2004-505 DC, dopo aver affermato che la “Costituzione europea”, al di là della denominazione resta un trattato, al punto 10 precisa che «...risulta in particolare dal suo articolo I-5... che questa denominazione è senza incidenza sulla esistenza della Costituzione francese e sul suo posto al vertice dell’ordine giuridico interno», mentre al punto 13 sottolinea che «... in particolare dal combinato dei suoi articoli I-5 e I-6, ...esso non modifica né la natura dell’Unione europea, né la portata del principio di primazia del diritto dell’Unione... così come lo ha giudicato il Consiglio costituzionale nelle decisioni sopraindicate³⁸...».

Analogamente, il Tribunale costituzionale spagnolo, nella parte II, par. 3, della Dichiarazione n. 1/2004, dopo aver fatto riferimento agli artt. I-5, I-2 e II-113 del Trattato, tra l’altro afferma che «...Detti precetti... consacrano la garanzia di esistenza degli Stati membri e delle loro fondamentali strutture, così come dei valori, dei principi e dei diritti fondamentali che sono ad essi propri, che in nessun caso potranno essere trasformati, fino ad essere resi irriconoscibili in conseguenza della cessazione dell’esercizio di competenze all’organizzazione sopranazionale, garanzia la cui assenza o quantomeno una proclamazione esplicita giustificò nelle fasi anteriori le riserve opposte al primato del diritto comunitario sulle rispettive Costituzioni da parte di note decisioni delle giurisdizioni costituzionali di alcuni Stati...» e che «Il primato opera rispetto a competenze cedute all’Unione per volontà sovrana dello Stato e allo stesso tempo sovranamente recuperabili attraverso lo strumento del “ritiro volontario”, previsto nell’art. I-60».

³⁸ Si tratta delle decisioni nn. 2004-496 DC, 2004-497 DC, 2004-498 DC e 2004-499 DC, tutte del 2004, con le quali il Consiglio ha stabilito che non spetta al giudice costituzionale sindacare la legittimità delle direttive comunitarie. Secondo il Consiglio, infatti, per il legislatore francese l’obbligo di attuazione del diritto comunitario deriva dalla stessa Costituzione (art. 88-1). In questi casi, competente a decidere è la Corte di Giustizia. Il Consiglio, però, dopo tale apertura, pone un preciso limite: l’obbligo per il legislatore viene meno qualora l’attuazione del diritto comunitario si ponga in contrasto con una disposizione espressa della Costituzione. Si tratta, in sostanza, di una affermazione molto più rigida di quella dei giudici costituzionali (tedeschi ed italiani) che hanno formulato la teoria dei controlimiti. Questi ultimi, infatti, fanno riferimento ai principi supremi dell’ordinamento costituzionale, mentre il giudice costituzionale francese fa riferimento a qualsiasi disposizione costituzionale. Per l’affermazione della supremazia della Costituzione francese sul diritto comunitario, tra gli altri, J. ROUX, «Le Conseil constitutionnel, le droit communautaire dérivé e la Constitution», in *Revue du droit public*, 4, 2004, pag. 912 e sgg.

Conclusioni

L'approdo cui siamo giunti, ossia che è la stessa "Costituzione europea" a riconoscere la supremazia delle Costituzioni nazionali, almeno per ciò che riguarda i principi supremi ed i diritti fondamentali in ciascuna contenuti, consente di rispondere al quesito posto all'inizio di questo breve intervento.

La Lituania, l'Ungheria e la Slovenia hanno ratificato così rapidamente il Trattato, e con le dette modalità, proprio perché il Trattato getta uno squarcio di luce sui rapporti fra Costituzioni nazionali e diritto comunitario: quest'ultimo ormai, non sembra più costituire una minaccia per la sovranità e per l'indipendenza riconquistata da così poco tempo. Dalla predetta chiarificazione, inoltre, discende un rafforzato ruolo delle Corti costituzionali quali garanti delle Costituzioni nazionali anche nei confronti del diritto comunitario e, dunque, pure nei rapporti con la Corte di Giustizia, quale unico soggetto autorizzato a pronunciarsi sulla validità degli atti adottati dalle istituzioni europee. È proprio la "Costituzione europea", infatti, ad aver "smantellato" i due pilastri della giurisprudenza della Corte di Giustizia: 1) l'originarietà dell'ordinamento comunitario, 2) la primazia del diritto comunitario sul diritto interno dei singoli Stati, ivi compreso il diritto costituzionale e, quindi, in ultima analisi, ad aver "autorizzato" i controlimiti. Conseguentemente, dovrebbe discenderne per le Corti costituzionali la possibilità di sindacare il diritto comunitario allorché esso violi i principi supremi ed i diritti fondamentali contenuti nelle proprie Costituzioni, naturalmente solo dopo che lo stesso sia stato vagliato dalla Corte di Giustizia e le sue conclusioni siano considerate in contrasto con gli stessi principi sanciti dagli artt. I-5, II-112 e II-113 del Trattato. Ciò comporterebbe, peraltro, come è già stato rilevato³⁹, una nuova impostazione dei controlimiti, da momenti di estrema difesa degli ordinamenti a strumenti volti ad assecondarne l'integrazione assicurando sia la garanzia degli elementi essenziali della loro struttura costituzionale che un più elevato livello di protezione dei diritti.

Per tutto quanto detto, sembra ragionevole prevedere che anche gli altri cinque Stati ex socialisti ratificheranno il Trattato⁴⁰.

³⁹ A. CELOTTO e T. GROPPi, «Primaute e Controlimiti...», cit., pag. 870.

⁴⁰ Come sopra indicato, tra i Paesi che hanno ratificato il Trattato troviamo la Slovacchia e la Lettonia: entrambi hanno adottato la via parlamentare.

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 necessità 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 consignati 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 previgente 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 continuino 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. Saïtta, 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 Krelil 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 accompagna 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 inquadrarsi 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 coesenziale 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 agiscano 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'adequatezza 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. Coccozza) 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 ch  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 pi  ampio di ambito europeo. Ne segue, cos , 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 necessit  di superare quell'ostacolo che l'attuazione decentrata dei diritti fondamentali pu  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   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 Comunit  o per l'Unione, n  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".

Gi  altri hanno autorevolmente osservato, sotto tale profilo, come le richiamate disposizioni della Carta, in presenza dell'ampia flessibilit  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 facoltizza 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'Unione 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 evidenziamiento 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 *primauté* 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.

GIANCARLO ROLLA

LA CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI DELL'UNIONE.
CONSIDERAZIONI IN MERITO
ALLE TECNICHE DI CODIFICAZIONE

*Ordinario di Diritto costituzionale
Università di Genova*

SOMMARIO

1. *La carta dei diritti fondamentali nel processo di costituzionalizzazione dell'Unione.* 2. *La difficile costituzionalizzazione di ordinamenti plurinazionali: l'esperienza del Canada.* 3. *Tecniche di codificazione inerenti al riconoscimento dei diritti fondamentali.* 4. *Clausole costituzionali finalizzate all'implementazione dei diritti fondamentali.* 5. *Clausole costituzionali valorative per la ponderazione dei diritti e degli interessi.*

1. La Carta dei diritti fondamentali nel processo di costituzionalizzazione dell'Unione

Diversi autori hanno avanzato argomentati **dubbi sulla natura costituente** del processo che ha portato all'approvazione del Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa; e le vicende contraddittorie del processo di ratifica del Trattato alimentano, senza dubbio, siffatte perplessità ¹.

In effetti, appare assai arduo inquadrare le diverse tappe che hanno contrassegnato l'evoluzione costituzionale e l'allargamento dell'Unione europea tra le manifestazioni di esercizio del potere costituente: specie se si rimane fedeli alla nozione consolidata nel tempo e tradizionalmente accettata secondo la quale si tratterebbe di un potere originario, primario, incondizionato, perfettamente in grado di decidere i modi nei quali esso intende esercitarsi ².

¹ Si veda per tutti, DIEZ PICAZO, *¿Tratado o Constitución? El valor de la Constitución para Europa* (ÁLVAREZ CONDE-GARRIDO MAYOL dir.), Comentarios a la Constitución europea, Valencia, 2004, pag. 59. Si veda anche il dibattito presente sulla Revista de derecho constitucional europeo.

² Per una ricognizione complessiva del dibattito teorico e delle tendenze in atto si veda MORBIDELLI, *Lezioni di diritto pubblico comparato. Costituzioni e costituzionalismo*, Bologna, 2000, pagg. 86 e sgg.

Tale nozione, tuttavia, appare da tempo contraddetta dalla realtà ed incapace di qualificare come Costituzioni in senso proprio gli esiti di diverse, recenti processi politici e costituzionali: sia perché abbiamo l'esperienza di Costituzioni che non si autolegittimano (le Costituzioni eterodirette, assistite, affidate all'ordinamento internazionale); sia perché si assiste all'esercizio di un potere costituente limitato nei fini e predeterminato nelle procedure (le transizioni costituzionali pattuite, le revisioni totali della Costituzione)³.

D'altra parte, non è affatto inusuale che la realtà irrompa sulla scena, scompaginando nozioni e concetti consolidati. Si pensi, agli inizi del secolo passato, alla crisi delle teorie moniste del diritto ed alla formazione dello Stato sociale e pluriclasse, che ha potuto essere interpretato soltanto aderendo alle teorie della pluralità degli ordinamenti giuridici.

Muovendo da siffatta constatazione, si può ritenere che tanto la storia, quanto la comparazione giuridica consentono di assimilare il processo di costituzionalizzazione dell'Unione europea ad altre transizioni costituzionali, con le quali hanno in comune diversi elementi caratteristici: la proceduralizzazione dell'attività costituente, la codificazione per tappe, il rispetto di limiti e vincoli di natura contenutistica⁴.

La storia costituzionale, ad esempio, aiuta a meglio considerare il ruolo che la codificazione di una Carta dei diritti assume all'interno di un processo di costituzionalizzazione.

I due elementi che, secondo la nota affermazione contenuta nell'art. 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino, dovrebbero determinare l'*ubi consistam*, la ragione d'essere di una Costituzione – cioè la garanzia dei diritti e la separazione dei poteri – non sempre e non necessariamente sono stati simultaneamente codificati: talchè la Costituzione di alcuni ordinamenti si è presentata all'esame dello storico come un dittico le cui parti sono state dipinte in tempi differenti e con stili diversi.

In altri termini si hanno diversi **esempi di Costituzioni che, inizialmente, nascono come testi che regolano essenzialmente l'organizzazione dei poteri** e la distribuzione delle competenze e che, solo successivamente, avvertono l'esigenza di incorporare (o di affiancare) nel testo costituzionale il riconoscimento e la garanzia dei diritti fondamentali della persona. E questi sono **presenti, soprattutto, negli ordinamenti costituziona-**

³ Cfr. AA.VV., *Limitazioni di sovranità e processi di democratizzazione*, Torino, 2004.

⁴ Vedi DE VERGOTTINI, *Le transizioni costituzionali*, Bologna, 1998.

li federali, anche a causa di posizioni teoriche che consideravano la Costituzione federale una Costituzione parziale destinata a combinarsi con le Costituzioni nazionali: la prima si considerava limitata alla disciplina dell'organizzazione del potere centrale, alla ripartizione delle competenze tra il centro ed i soggetti decentrati, alle seconde – a loro volta – era riservato il riconoscimento dei diritti fondamentali della persona.

Due esempi possono essere al tal fine richiamati: da un lato, l'ordinamento federale del Canada, dall'altro lato, la Costituzione degli Stati Uniti.

La **Costituzione federale degli USA** (1787) non conteneva all'origine articoli relativi al riconoscimento ad alla tutela di specifici diritti, introdotti in seguito all'approvazione del *Bill of Rights* americano (1791) ed alla approvazione dei tre fondamentali emendamenti, codificati successivamente alla guerra civile con il preciso obiettivo di introdurre garanzie generali applicabili in tutti gli Stati della federazione⁵.

A sua volta, la carta costituzionale del **Canada** risulta composta da due documenti, ben distinti tanto dal punto di vista temporale, che sotto il profilo contenutistico. Si tratta del *British Nordamerican Act* 1867 e del *Constitution Act* del 1982. Mentre il primo si concentrava sull'organizzazione costituzionale del Canada, sulla ripartizione delle competenze tra la Federazione e le Province, sulla regolazione del carattere duale del Canada (due lingue, due religioni, due sistemi giuridici); il secondo, a sua volta, si caratterizzava per l'approvazione di una Carta dei diritti e delle libertà.

Non molto dissimile si presenta l'esperienza costituzionale dell'Unione europea: il cui processo di codificazione ha interessato prima la forma di Stato e di governo (si vedano i diversi Trattati), poi la determinazione di alcuni presupposti unificanti (moneta, cittadinanza), infine, il riconoscimento dei diritti fondamentali.

Un ulteriore elemento che accomuna le esperienze sopra richiamate può essere individuato nel fatto che **i diritti fondamentali sono stati codificati** essenzialmente per **assolvere ad una funzione di integrazione** tra ordinamenti ed identità differenti, cioè, per fondare l'identità politica ed istituzionale di un ordinamento giuridico generale.

⁵ Si trattava dei *Three Civil War Amendments*: il XIII, che proibisce la schiavitù; il XIV, che garantisce la cittadinanza a tutti coloro che sono nati o naturalizzati negli Stati Uniti ed introduce il principio dell'*equal protection* e del *due process*; il XV, infine, che riconosce il diritto di voto a ogni cittadino a prescindere dal colore, dalla razza o da qualsiasi precedente condizione di schiavitù.

In altri termini, alle Carte dei diritti si riconosce la funzione di offrire “comuni valori civici” ad un ordinamento democratico che nasce dall’insieme di tradizioni, di storie e di culture differenti. D’altra parte, la costruzione di tali valori comuni è uno dei compiti fondamentali delle Costituzioni: come insegnano le parole di un illustre giurista ad avviso del quale “la Constitución no es solo un texto jurídico o una obra normativa reguladora, sino que también es expresión de una situación de desarrollo cultural, medio de autorrepresentación cultural del pueblo, reflejo de su herencia cultural y fundamento de sus esperanzas”⁶.

La codificazione della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, quindi, prima ancora di riconoscere specifiche posizioni soggettive, delinea i valori dell’ordinamento europeo, suscettibili di conferire una identità comune al suo corpo sociale.

2. La difficile costituzionalizzazione di ordinamenti plurinazionali: l’esperienza del Canada

Se si analizzano le difficoltà che ha incontrato e sta incontrando la costituzionalizzazione **dell’Unione europea** diviene spontaneo richiamarsi alla storia costituzionale del **Canada**, dal momento che vengono in rilievo alcune impressionanti somiglianze.

D’altra parte **una comparazione tra le due realtà** non dovrebbe essere metodologicamente azzardata qualora si consideri che tanto l’Unione europea quanto il Canada sono delle **entità plurinazionali** e pluriethniche la cui Costituzione è contestata⁷; tanto il Canada quanto l’Unione europea rappresentano **ordinamenti** che hanno a lungo funzionato sotto un sistema costituzionale **non esplicitamente fondato sul principio della sovranità popolare** (nel caso dell’Unione l’esercizio dei poteri sovrani trovava fondamento come limite alla sovranità dello Stato; mentre il *British Nord American Act*, 1867 creò il Canada con atto del Parlamento inglese al di

⁶ Così: HABERLE, *La teoría de la constitución como ciencia cultural en el ejemplo de los cincuenta años de la ley fundamental*, BALAGUER CALLEJON (coord), Derecho constitucional y cultura, Madrid, 2004, pag. 25.

⁷ Basti considerare, in ambito europeo il travagliato processo di ratifica del Trattato costituzionale; mentre l’approvazione e l’entrata in vigore della Carta canadese dei diritti e delle libertà fondamentali è stata possibile soltanto grazie ad un coraggioso *reference* della Corte suprema e scontando una profonda lacerazione tra la Federazione e la Provincia del Quebec.

fuori da ogni legittimazione popolare e soltanto con il *Constitution Act* si è avuta una effettiva *patriation*, che ha determinato la nascita di una comunità sovrana dal punto di vista formale e sostanziale; infine, tanto il Canada quanto l'Unione europea hanno tentato di **far ricorso a Carte dei diritti per costruire un senso di unità** tra le loro varie componenti (geografiche, politiche e sociali)⁸.

In particolare, l'esperienza canadese offre all'osservatore europeo **tre ammonimenti**.

Il primo consiste nel travaglio che **connota la gestazione dei processi costituenti in ordinamenti plurinazionali**. In Canada, è sempre stato laborioso conseguire un accordo in ordine alle procedure costituzionali, non codificate, ma affidate ad accordi politici o ad *agreements* tra le Province e la federazione. Da ciò il paradosso di una contraddizione tra la consapevole necessità di una revisione costituzionale la pratica incapacità di trovare una formula di decisione adeguata e consensualmente accettata.

Le ragioni di siffatta impossibilità sono eminentemente politiche: vanno ascritte alla crisi della politica come tecnica di mediazione e di superamento dei conflitti, all'*impasse* che l'azione decisionale dei tradizionali organi di governo incontra a causa dei reciproci veti, ai delicati problemi di equilibrio istituzionale che contrassegnano la storia costituzionale del Canada – da quelli che ruotano attorno al contrasto tra le popolazioni di lingua inglese e francofone a quelli che contrappongono le province dell'East a quelle del West –.

Utilizzando le parole di un costituzionalista canadese, i tentativi di completare il processo di riforma costituzionale possono essere annoverati tra i casi di *politics of frustration*⁹.

Il secondo ammonimento è rappresentato dalla difficoltà di realizzare nel corso dei processi costituenti il **passaggio dal power package al people package**. Un esempio negativo, che evidenzia le difficoltà di un processo politico istituzionale basato sulle relazioni intergovernative tra Capi di Stato. È sicuramente costituito dall'esito fallimentare dei tentativi di riforma costituzionale: il *Meech Lake Accord* è naufragato a causa della mancata ratifica degli accordi da parte dei parlamenti provinciali; gli Accordi di *Charlottetown* non entrarono mai in vigore a causa dell'esito ne-

⁸ Per una accurata ricostruzione della storia del Canada si veda: CODIGNOLA-BRUTI LIBERATI, *Storia del Canada*, Milano, 1999.

⁹ Cfr. RUSSEL, *Constitutional Odissey*, Toronto, 1992.

gativo del referendum nazionale che bocciò una intesa sottoscritta dai primi ministri, dai *leaders* del territorio e da quattro organizzazioni di aborigeni¹⁰.

È opinione consolidata che la crisi di tali intese costituzionali fu favorita anche dalla debolezza di un modello elitario di azione politico-istituzionale: basato sugli accordi e sugli incontri segreti dei primi ministri, invece che sulla trasparenza e sul coinvolgimento dei cittadini.

Di segno opposto fu, invece, l'esito del processo di elaborazione della Carta canadese dei diritti e delle libertà del 1982. In questo caso, il progetto di riforma suscitò il crescente interesse dei cittadini, che rivendicarono ed ottennero, tramite le loro associazioni e gruppi, di partecipare attivamente al processo di elaborazione della Carta dei diritti. E l'apporto del pluralismo sociale e politico della società canadese all'elaborazione della Carta fu significativo, nella misura in cui alcune delle esigenze prospettate trovarono soddisfazione nel testo finale.

Con il rumore di fondo delle molteplici voci della società, l'adozione di decisioni diventa più difficile ma anche più democratica.

Il terzo ammonimento, infine, ha ad oggetto la **difficoltà di conferire una identità ad ordinamenti che sono, al tempo stesso, multinazionali e multiculturali**: o meglio, di riuscire a suscitare un sostanziale "patriottismo costituzionale" attorno a valori e principi unificanti in ordinamenti costituiti da molteplici nazionalità e differenti identità culturali. È noto che l'obiettivo fondamentale della Carta canadese dei diritti e delle libertà consisteva tanto nel codificare diritti fruibili dai cittadini, quanto nel forgiare un senso di appartenenza, di identificare le ragioni che stanno alla base di un cosciente e consensuale "stare insieme".

In società composite, eterogenee, pluralistiche *l'idem sentire*, il sentirsi parte di un medesimo ordinamento non può fondarsi sul principio di gerarchia e di uniformità (che annulla le differenze e le molteplici aspirazioni): la capacità di affermare una comune base di valori, senza omogeneizzare le diversità presenti, rappresenta la via maestra per conseguire un effettivo equilibrio costituzionale.

In altri termini, la possibilità di "stare insieme" presuppone non soltanto valori e diritti universali, ma anche il riconoscimento delle differenze e delle diverse "storie": si deve, cioè, conseguire un accorto mix tra

¹⁰ Tra i molti, si veda: CAIRNS, *Constitutional struggle from the Charter to Meech Lake*, Toronto, 1991; MONAHN, *The Charlottown Accord, the referendum and the future of Canada*, Toronto, 1993.

patriottismo costituzionale e meccanismi finalizzati a riconoscere le differenze e le diversità, tra esigenze generali e riconoscimento delle specifiche identità culturali ¹¹.

3. *Tecniche di codificazione inerenti al riconoscimento dei diritti fondamentali*

Analizzare le Carte costituzionali dei diritti sotto il profilo delle tecniche di codificazione equivale essenzialmente ad approfondire quattro profili: a) Il riconoscimento dei diritti fondamentali (le posizioni oggettive garantite costituzionalmente); b) gli strumenti di tutela giurisdizionale; c) i principi di garanzia istituzionale generale riconducibili al costituzionalismo liberale e democratico; d) infine, gli strumenti di garanzia istituzionale specificamente relativi alla materia dei diritti della persona.

Esulano dall'oggetto del presente lavoro i punti sub b) e sub c), per cui affronteremo – sia pure in termini generali – alcune caratteristiche della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea relative, per un verso, alle **tecniche di riconoscimento dei diritti** e, per un altro verso, alle clausole di interpretazione.

Per quanto concerne il primo profilo, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea presenta, a nostro avviso, **due caratteristiche**: la prima è riassumibile nell'adesione dei costituenti europei alla tecnica della **specificazione**; la seconda riguarda, invece, il metodo di classificazione.

In ordine alla codificazione, va notato che le più recenti Carte dei diritti presentano una evidente propensione alla specificazione delle situazioni soggettive riconosciute come diritti: la codificazione tende ad essere esaustiva ed a specificare in modo dettagliato i profili della personalità e dell'agire umano che vengono tutelati; gli elenchi si presentano assai minuziosi ed il costituente si fa carico di individuare direttamente le situazioni giuridiche soggettive da tutelare ¹².

Va, però, precisato che un'analitica positivizzazione non è di per sé indice di effettiva tutela dei diritti della persona; l'inserimento di ampi cataloghi nel testo delle Costituzioni – per quanto necessario ed importante – non consente di percepire con immediatezza il livello di effettività

¹¹ Per ulteriori riferimenti si rinvia a: ROLLA (cur.), *Lo sviluppo dei diritti fondamentali in Canada*, Milano, 2000.

¹² ROLLA, *I diritti fondamentali nel costituzionalismo contemporaneo: spunti critici*, in (ROLLA cur.), *Tecniche di garanzia dei diritti fondamentali*, Torino, 2001, pagg. 10 e sgg.

degli stessi. Affinchè il riconoscimento si trasformi in tutela occorre che i diritti siano non solo codificati, ma anche accettati e convalidati dalla cultura giuridica e politica: in altri termini, l'idea di tutela si deve formare all'interno della comunità, altrimenti si determina un fenomeno che può essere qualificato come *Constitution without constitutionalism*, cioè di documenti che assumono la forma delle Costituzioni proprie della tradizione liberale e democratica, ma non ne possiedono l'anima.

Cionostante, le più recenti carte costituzionali appaiono chiaramente favorevoli ad adottare la tecnica dei cataloghi dettagliati¹³; e ciò accade essenzialmente per soddisfare alcune specifiche esigenze: storicizzare i diritti della persona riconosciuti in un preciso periodo storico, sì da segnare un'emblematica cesura nei confronti del passato; offrire parametri univoci per l'attività interpretativa dei giudici e quella specificativa del legislatore (specie in quei sistemi costituzionali ove mancano organi giurisdizionali professionali e dotati di uno *status* costituzionale di autonomia e di indipendenza dal potere politico); rendere "visibili" i diritti garantiti, assolvendo ad una funzione di trasparenza nei confronti dei cittadini.

Nel caso della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, la specificazione sembra assolvere precipuamente ad una funzione didattica: sia nei confronti dei suoi cittadini, sia nei confronti di quegli ordinamenti che aspirano di far parte o di entrare in partenariato con la Unione europea.

Basti considerare, in proposito, che il documento preparatorio redatto dal c.d. "Comitato Simitis" (composto da otto costituzionalisti ed istituito dalla commissione europea per impostare il dibattito sulla codificazione di una carta dei diritti fondamentali) manifestò con nettezza l'avviso che i diritti dovessero enumerati ed enunciati in modo tale che ogni cittadino europeo sia in grado di conoscerli e di farli valere: in altri termini, "i diritti fondamentali devono essere visibili"¹⁴.

Inoltre, i diritti specificati nella Carta rappresentano un parametro per valutare i rapporti e le relazioni esterne dell'Unione.

Una seconda peculiarità della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea riguarda il **tipo di classificazione adottato**. Una lettura anche superficiale del testo consente di comprendere che la Carta non accoglie

¹³ Vedi CECCHERINI, *La codificazione dei diritti nelle recenti costituzioni*, Milano, 2002.

¹⁴ Commissione europea, *Relazione del gruppo di esperti in materia di diritti fondamentali: per l'affermazione dei diritti fondamentali nell'U.E.*, Bruxelles, 1999.

le tradizionali classificazioni, ma tenta di ricondurre le molteplici posizioni soggettive garantite all'interno di alcuni valori di riferimento: quali la dignità, la libertà, l'eguaglianza la solidarietà, la cittadinanza, la giustizia. E questi valori vengono, a loro volta, unificati dalla posizione centrale della persona e della sua intrinseca ed indefettibile dignità.

Si determina, quindi, una struttura piramidale che ha al suo vertice la persona, la cui tutela presuppone il riconoscimento attivo di precisi valori, i quali – a loro volta – vengono realizzati attraverso il riconoscimento di specifici diritti.

Fermo restando che l'elencazione dei diritti presente nella Carta non possiede una portata sostanzialmente innovativa rispetto alle Carte costituzionali nazionali ed alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, può essere interessante evidenziare che sono stati codificati sia diritti conseguenti ad innovazioni – quali, ad esempio, la biomedicina (63) e la manipolazione genetica (81), sia diritti riconducibili a comportamenti sociali contemporanei – come nel caso, ad esempio, del divieto di discriminazione sulla base delle caratteristiche genetiche e dell'orientamento sociale (81), della libertà di cambiare credo (70), della tutela della diversità culturale (82) ¹⁵.

4. Clausole costituzionali finalizzate all'implementazione dei diritti fondamentali

Una delle **difficoltà** principali che si incontrano nel garantire la effettiva fruizione di un diritti fondamentale consiste **nell'individuare la regola da applicare dinanzi ad una concreta fattispecie**: ciò in quanto la storica idea del giudice quale “bocca della legge”, la concezione del giudice quale mero esecutore della volontà del legislatore male si adatta alla realtà di oggi.

Infatti, nei sistemi costituzionali è assai improbabile che la tutela di una posizione soggettiva si realizzi utilizzando una sola disposizione costituzionale, facendo riferimento ad un unico diritto, ovvero interpretando una o di più disposizioni omogenee. In genere, per individuare la norma applicabile si rende necessario realizzare una ponderazione: sia nei

¹⁵ CASONATO, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: tra conferme, novità e contraddizioni*, in (TONIATTI cur.), *Diritto, diritti, giurisdizione*, Padova, 2002, pagg. 99 e sgg.

casi in cui occorre bilanciare più diritti suscettibili di entrare in conflitto ovvero in una situazione di concorrenza, sia allorchè si tratta di temperare l'esercizio di un diritto con la salvaguardia di un principio o di un valore costituzionale ¹⁶.

In questi casi, si rende necessario un **bilanciamento** che può essere operato, di volta in volta, dall'interprete competente alla soluzione del caso – *ad hoc balancing* – ovvero realizzato direttamente dal legislatore in virtù di puntuali disposizioni normative – *definitional balancing* – ¹⁷.

Tale attività ermeneutica viene **agevolata con l'inserimento** – specie nelle più recenti Carte costituzionali dei diritti – di **apposite clausole di interpretazione**, che possono essere ricondotte a **tre distinte tipologie** a seconda che consentano un ampliamento delle posizioni soggettive garantite, legittimino la limitazione di diritti costituzionali a salvaguardia di principi o valori fondamentali, che favoriscano un equilibrato contemperamento tra diritti costituzionali che entrano in conflitto.

Nelle pagine che seguono tenterò di individuare le principali clausole presenti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, nonché nelle Costituzioni degli Stati aderenti all'Unione europea.

Le clausole riconducibili alla **prima tipologia incidono più sul versante del riconoscimento dei diritti**, che su quello della ponderazione: nel senso che tentano di qualificare gli elenchi dei diritti contenuti nelle Carte come parzialmente “aperti” o “dinamici” tali da consentire una interpretazione evolutiva delle disposizioni costituzionali in materia di diritti. Queste sono le clausole maggiormente consolidate e risalenti nel tempo; e da una lettura delle Carte costituzionali si può apprezzare la loro varietà.

A) In primo luogo, si rinvencono clausole che si richiamano al **principio personalista** riconoscendo le molteplici manifestazioni dell'agire umano riconducibili alla personalità dell'individuo. È il caso, ad esempio, dell'art. 2 Cost. italiana (la Repubblica riconosce e garantisce i diritti in-

¹⁶ Si ha concorrenza quando la condotta di un determinato soggetto può essere ricondotta ad una pluralità di diritti garantiti – riunione e manifestazione del pensiero; associazione-libertà religiosa; manifestazione del pensiero ed iniziativa economica, ecc. –; i conflitti intervengono quando il diritto di un soggetto deve essere comparato con i diritti di altri (ad esempio, riservatezza e cronaca, iniziativa economica e dignità umana, sciopero e salute o libertà di circolazione) ovvero con valori o principi di natura generale (diritti di libertà e sicurezza, segretezza comunicazioni e legalità).

¹⁷ Sul bilanciamento.

violabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità), l'art. 2 Cost. tedesca (tutti hanno diritto al libero sviluppo della propria personalità), l'art. 5 Cost. greca (tutti hanno diritto a sviluppare liberamente la propria personalità e a partecipare alla vita sociale, economica e politica del paese), l'art. 10.1 Cost. spagnola (la dignità della persona, i diritti inviolabili ad essa connessi, il libero sviluppo della personalità, il rispetto della legge e dei diritti altrui sono il fondamento dell'ordine politico e della pace sociale), l'art. 7 Cost. finlandese (tutti hanno diritti alla vita e alla libertà personale, all'integrità fisica e alla sicurezza personale).

La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione non contiene una disposizione esplicitamente assimilabile a quelle sopra richiamate: tuttavia, **la centralità del principio personalista emerge tanto dal Preambolo alla Carta, che “pone la persona al centro” dell'azione dell'Unione, quanto dal rinvio dinamico che lo stesso contiene alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri.**

Queste formule consentono un più ampio riconoscimento dei diritti fondamentali della persona. Se, per un verso, l'individuazione dei diritti fondamentali non può prescindere da un ancoraggio alle previsioni formali della Costituzione, per un altro verso, l'inserzione di tali clausole autorizza una interpretazione dinamica delle posizioni soggettive espressamente riconosciute: consente – come è stato autorevolmente affermato – di considerare fondamentali non soltanto i diritti riconosciuti in modo esplicito dalla Costituzione, ma anche quelli che sono ricavabili in via implicita, strumentale o trasversale, purchè riconducibili al principio personalistico¹⁸.

Le clausole generali riconducibili alla personalità dell'essere umano consentono di tener l'ambito semantico ed il dato linguistico di un diritto distinto dal suo ambito normativo: essendo quest'ultimo la risultante dell'interpretazione che di quella determinata formula linguistica si afferma in un determinato contesto, In tal modo, facilitano la sintesi tra disposizioni costituzionali e valori contemporanei: in definitiva, tra diritto e storia¹⁹.

B) Meno frequente è la codificazione di **clausole che contengono**

¹⁸ Si veda MODUGNO, *I nuovi diritti nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995.

¹⁹ Dottrina su clausole che si rifanno alla persona.

un'apertura generica al riconoscimento di futuri diritti, al momento non enumerati. Queste, in genere, si ispirano alla nota formula della Costituzione degli Stati Uniti, secondo la quale l'enumerazione di determinati diritti non deve essere interpretata come negazione o restrizione di altri diritti.

A titolo di esempio, possiamo ricordare, da un lato, l'art. 16.1 Cost. portoghese (I diritti fondamentali riconosciuti in Costituzione non escludono altri previsti dalle leggi e dalle norme applicabili del diritto internazionale); dall'altro lato, l'art. 10 Cost. estone, il quale stabilisce che i diritti enumerati nella Costituzione non precludono altri diritti e libertà che sono coerenti con lo spirito della Costituzione o con la dignità umana ed i principi di una società basata sulla giustizia sociale, la democrazia e la *rule of law*. La loro funzione consiste, a nostro avviso, nell'affidare ai giudici il compito non tanto di implementare i diritti della persona, quanto di interpretare il sentire sociale del tempo pronunciandosi in merito "ad un set di diritti controversi" circa la loro sussistenza o portata oggettiva²⁰.

Una clausola riconducibile a siffatta tipologia non è presente nel testo **della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione**. Tuttavia, non è da escludersi in assoluto che per conseguire tale risultato l'interprete possa far leva su altre clausole, apparentemente estranee all'ambito dei diritti fondamentali.

Infatti, l'esperienza costituzionale comparata insegna che la funzione di ampliare il novero delle posizioni soggettive tutelate può essere assicurata anche da disposizioni costituzionali, le quali – pur essendo state codificate con finalità diverse – sono state utilizzate a tal fine dalla giurisprudenza.

Il caso più evidente è costituito dalla *commerce clause*, contenuta nell'art. I, sezione 8 della Costituzione degli Stati Uniti (Il Congresso avrà facoltà di regolare il commercio con le altre Nazioni e fra i diversi Stati e con le tribù indiane), che, istituita dai costituenti per riservare alla Federazione la competenza in ordine alla regolazione del commercio inter-statale, è stata utilizzata – in alcune importanti pronunce – dalla Corte suprema per dichiarare la legittimità costituzionale di leggi federali in materia di diritti fondamentali. Ad esempio, utilizzando tale clausola, è

²⁰ Rinvia a mio articolo.

stata ritenuta conforme a Costituzione la competenza del Congresso ad approvare il *Civil Rights Act* del 1964²¹.

C) Tuttavia, le **clausole** più innovative e maggiormente diffuse nelle recenti Carte costituzionale sono quelle **che aprono, in materia di diritti, il sistema costituzionale locale al diritto internazionale** e che attribuiscono alle Dichiarazioni internazionali in materia di diritti fondamentali rango costituzionale ed una posizione di supremazia sul resto dell'ordinamento giuridico.

Secondo l'art. 16 Cost. portoghese le previsioni costituzionali e legislative in materia di diritti fondamentali debbono essere interpretate e integrate in armonia con la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo. Egualmente, secondo l'art. 10.2 Cost. le norme relative ai diritti fondamentali ed alle libertà riconosciute dalla Costituzione si interpretano in conformità alla dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e ai trattati e accordi internazionali sulle stesse materie ratificati dalla Spagna. A loro volta, l'art. 11 Cost. slovacca e l'art. 10 Cost. ceca riconoscono che le norme sui diritti fondamentali ratificate dallo Stato hanno una forza giuridica superiore alle leggi.

Nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione non mancano clausole, in un certo senso, assimilabili. Può essere il caso, ad esempio, dell'art. **112.3** il quale dispone che "laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono eguali a quelli conferiti dalla suddetta Convenzione. La presente convenzione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa".

Così come si può richiamare la disposizione contenuta nell'art. **113** della Carta secondo la quale nessuna disposizione di essa deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle Convenzioni internazionali delle quali l'Unione o tutti gli Stati membri sono parti contraenti, dalle Costituzioni degli Stati membri. La novità di tale formulazione – peraltro pienamente comprensibile alla luce della peculiarità istituzionale dell'Unione – può essere rinvenuta nella circostanza che l'Unione si apre non soltanto ai diritti riconosciuti dal-

²¹ Si veda TOMAS DE LA QUADRA-SALCEDO, *Unidad económica y descentralización política*, Valencia, 2004.

l'ordinamento internazionale, ma anche a quelli tutelati negli ambiti nazionali degli Stati aderenti.

L'influenza della normativa (e della giurisprudenza) sovranazionale sugli ordinamenti nazionali genera un vero e proprio blocco di costituzionalità a tutela dei diritti fondamentali e consente di omogeneizzare i livelli di tutela dei diritti della persona, indipendentemente dall'ordinamento statale di riferimento²².

5. Clausole costituzionali valorative per la ponderazione dei diritti e degli interessi

Queste clausole possono essere essenzialmente di **due tipi**: a seconda che costituiscano **una tecnica di interpretazione** ovvero individuino **un valore sulla base del quale operare il bilanciamento**. Appartengono alla prima tipologia le disposizioni costituzionali che si richiamano al principio di proporzionalità ovvero al contenuto essenziale dei diritti; la seconda tipologia, per contro, è costituita da clausole che si richiamano alla dignità umana, al principio multiculturale, alla natura democratica e libera della società ovvero a formule assimilabili.

Le Costituzioni che si ispirano ai principi dello Stato democratico di diritto contengono, in genere, un richiamo generale ed esplicito al valore della **dignità umana**²³: è il caso, ad esempio, della Costituzione italiana, la quale all'art. 3 afferma la pari dignità sociale di tutte le persone; ovvero di quella spagnola, il cui art. 10 considera la dignità umana quale "fundamento del orden político y de la paz social". Egualmente, l'art. 1 Cost. tedesca proclama la intangibilità della dignità dell'uomo, l'art. 13 Cost. portoghese dispone che tutti i cittadini hanno la stessa dignità sociale, l'art. 1 della Carta dei diritti e delle libertà fondamentali della Repubblica Ceca e l'art. 11 Cost. slovacca affermano che gli esseri umani sono liberi ed eguali nella dignità.

Si possono, inoltre, richiamare l'art. 30 Cost. polacca che parla dell'innata dignità della persona, l'art. 34 Cost. slovena secondo cui ognuno ha diritto ad una personale dignità, mentre l'art. 54 Cost. ungherese riconosce i diritti innati alla vita ed alla dignità umana. Infine, l'art. 61 della

²² Dottrina.

²³ ROLLA, *El difícil equilibrio entre el derecho a la información y la tutela de la dignidad la vida privada*, Cuestiones constitucionales, 2002, pagg. 139 e sgg.

Carta dei diritti fondamentali dell'Unione afferma l'inviolabilità della dignità umana, che deve essere rispettata e tutelata.

Siffatti articoli non codificano un diritto, ma piuttosto un principio da utilizzarsi al momento di valutare la legittimità di determinati atti o comportamenti suscettibili di incidere sulla personalità dell'individuo; ed il richiamo al valore assoluto della dignità umana può influire tanto sul piano formale, quanto su quello sostanziale.

Innanzitutto, **il valore della dignità umana si traduce sul piano formale** nel vincolo a chè le limitazioni di un diritto fondamentale avvengano in modo da incidere sul godimento dello stesso nella minor misura possibile, senza che si vanifichi l'esistenza stessa del diritto, comprimendolo nel suo contenuto essenziale. Proprio in ragione della sua intrinseca dignità ogni persona deve essere trattata *fairly by the law* ed i suoi diritti non possono essere compressi "oltre misura": cioè oltre ciò che è essenziale ed indispensabile per esercitare tale diritto.

Sotto il profilo sostanziale, poi, va considerato che la dignità umana non è di per sé un diritto, bensì costituisce la base dei diritti riconosciuti come fondamentali dalla Costituzione: ciò significa che dignità e diritti fondamentali della persona non si pongono sullo stesso piano, con la conseguenza che la prima rappresenta un valore assoluto, che non può essere intaccato (la dignità umana costituisce un *minimum* invulnerabile) mentre i secondi sono limitabili, regolabili ed in alcuni casi – costituzionalmente disciplinati – possono anche essere temporaneamente soppressi.

Di conseguenza, la regolamentazione dei diritti fondamentali trova un limite (un controlimite) nella assoluta necessità di proteggere il valore della dignità umana, in quanto principio supremo, qualificante un ordinamento costituzionale democratico ²⁴.

Finalità simile deve essere assegnata alla **clausola multiculturale** codificata – su evidente influenza dell'art. 27 della Carta canadese dei diritti e delle libertà ²⁵ – nell'art. 82 della Costituzione europea (L'Unione rispetta la diversità culturale, religiosa e linguistica) e presente anche in alcune Costituzioni di Stati aderenti all'Unione ²⁶.

Il rispetto della diversità culturale, religiosa e linguistica non costitui-

²⁴ Dottrina sulla dignità.

²⁵ Dottrina su art. 27 Canada.

²⁶ Ad esempio, l'art. 49 Cost. estone afferma che ognuno ha diritto a preservare la propria identità etnica.

sce una mera specificazione del principio di eguaglianza: utilizzando le parole del giudice costituzionale italiano si potrebbe affermare che esso “rappresenta qualche cosa di diverso, e di più, rispetto al principio di parità dei cittadini”, in quanto da esso discende la “esigenza di un trattamento specificamente differenziato”²⁷.

Nella fattispecie, il criterio distintivo può essere individuato nel fatto che, mentre il principio di eguaglianza formale vieta qualsiasi discriminazione e, quindi, rende facoltative le misure di tutela predisposte dall'ordinamento (al punto che l'art. 23,2 c. ha dovuto specificare che il principio della parità tra uomini e donne non osta al mantenimento o all'adozione di misure che prevedano vantaggi specifici a favore del sesso sottorappresentato), mentre il principio di eguaglianza sostanziale legittima apposite azioni positive, per contro, la tutela delle differenze è rivolta a conservare la specificità di un gruppo riconosciuto dall'ordinamento. In quanto tale, consente di configurare **la diversità come un criterio legittimante deroghe alla dimensione universalistica di determinati diritti**: deroghe giustificate proprio dalla differente identità culturale, religiosa e linguistica di un gruppo e dei suoi appartenenti.

E tale disposizione non si pone in conflitto con il principio di eguaglianza qualora si consideri che il valore dell'eguaglianza consiste proprio nell'assegnare eguale valore a tutte le differenti identità che fanno di ogni persona un individuo differente dagli altri e di ogni persona un individuo eguale agli altri²⁸.

Il principio multiculturale è stato utilizzato dalla Corte suprema del Canada in funzione specificativa, per precisare la portata ed il significato di alcuni diritti, specie di quelli tutelati dall'art. 2 della Carta. Ad esempio, in materia di libertà religiosa, la clausola multiculturale ha consentito di affermare che una norma che imponga la domenica quale giorno festivo privilegia una religione a scapito delle altre, entrando in conflitto con il dovere di tutelare il *multicultural heritage* dei canadesi.

Inoltre, essa è stata utilizzata sia per rafforzare i diritti processuali dell'imputato, ritenendo discriminatorio nei confronti di un cittadino di altra razza che non comprende l'inglese il fatto che l'interprete non traduca nella lingua madre dell'imputato l'intero dibattito processuale. Sia per meglio valutare il carattere discriminatorio di determinate norme: a

²⁷ Citare sentenza.

²⁸ ROLLA, *Il riconoscimento delle diversità culturali nella Costituzione europea*, *Revista europea de derechos fundamentales*, 2004, pagg. 15 e sgg.

tal fine, è stato precisato che la tutela del multiculturalismo impone di vietare forme di discriminazione anche indiretta e di considerare attentamente l'impatto che ogni normativa produce nei confronti dei gruppi che compongono che il mosaico etnico del paese, ciò in quanto si ha discriminazione anche a causa delle conseguenze non intenzionali prodotte da una determinata normativa²⁹.

Nella realtà contemporanea si presentano con frequenza casi nei quali l'affermazione piena di una posizione soggettiva finirebbe per incrinare valori costitutivi l'ordinamento costituzionale. Talvolta, i presupposti per garantire la permanenza dei diritti fondamentali e delle istituzioni che determinano la democraticità di un regime politico possono essere assicurati soltanto in seguito alla loro temporanea attenuazione³⁰.

Per questa ragione, **riconoscendo dignità costituzionale al principio della "democrazia che si difende"**, diverse Costituzioni contengono delle clausole finalizzate a giustificare la limitazione nell'esercizio di determinati diritti con l'esigenza di salvaguardare i principi generali di democrazia e di giustizia.

L'art.10.2 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali consente di sottoporre l'esercizio della libertà di espressione a determinate formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni costituenti "misure necessarie in una società democratica, per la sicurezza nazionale, l'integrità territoriale o l'ordine pubblico, la prevenzione dei reati, la protezione della salute e della morale, la protezione della reputazione o dei diritti altrui, o per impedire la divulgazione di informazioni riservate o per garantire l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario". Tale formulazione è stata sostanzialmente ripresa dalla Costituzione della Polonia, il cui art. 31 dispone che ogni limitazione ai diritti ed alle libertà costituzionali deve essere imposta soltanto se necessaria "in uno Stato democratico per la protezione della sua sicurezza o dell'ordine pubblico, o per proteggere l'ambiente, la salute e la morale pubblica o i diritti degli altri".

A sua volta, l'art. 11 Cost. estone prevede che i diritti costituzionali possano essere limitati qualora ciò sia necessario in una "società democratica". Mentre, secondo l'art. 12 Cost. svedese le limitazioni ai diritti

²⁹ ROLLA, *La tutela costituzionale della persona come individuo e come parte di un gruppo: l'esperienza della Carta canadese dei diritti e delle libertà* (GAMBINO cur.), *La protezione dei diritti fondamentali. Europa e Canada a confronto*, Milano, 2004, pagg. 125 e sgg.

³⁰ Dottrina sulla democrazia che si difende.

possono essere imposte solo per soddisfare finalità compatibili con una società democratica; inoltre tali limitazioni non possono estendersi sino a minacciare la libera formazione delle opinioni quale principio fondamentale di democrazia.

Se poniamo lo sguardo al di **fuori dell'Europa**, si possono individuare due esempi di particolare interesse.

Da un lato, l'art. 1 della **Carta canadese** dei diritti e delle libertà afferma che non possono essere imposte restrizioni ai diritti ed alle libertà enunciate nella Carta se non quelle stabilite dalla legge, nei limiti della ragionevolezza e di cui si possa dimostrare la giustificazione nel quadro di una società libera e democratica. Dall'altro lato, l'art. 33 della Costituzione del **Sud Africa** contiene una disposizione chiaramente ispirata alla Carta canadese dei diritti e delle libertà – sia pure “contaminata” con la Costituzione tedesca – la quale consente di apportare ai diritti fondamentali limiti ragionevoli e giustificabili in una società aperta e democratica fondata sulla dignità, sulla libertà e sull'eguaglianza, purchè non sia violato il contenuto essenziale del diritto stesso³¹.

Con tali formulazioni le Costituzioni intesero **affidarsi alla saggezza dei giudici costituzionali nel dirimere le controversie derivanti da un bilanciamento tra libertà individuali ed interessi della comunità**. Conseguentemente, i giudici debbono adeguare i loro criteri interpretativi ad una lettura dinamica delle clausole che si richiamano ad una *free and democratic society*. Da un lato, debbono **predeterminare i parametri sulla scorta dei quali considerare ragionevoli le limitazioni legislative** al godimento di diritti costituzionali³²; dall'altro lato, debbono **attribuire alla nozione di “società libera e democratica” un significato** fortemente legato al contesto politico e culturale: comunque, sempre finalizzato ad assicurarsi che l'intervento di limitazione dei diritti sia legato a bisogni rilevanti, urgenti e reali in una società libera e democratica. Ad esempio,

³¹ ROSA, *Limiti ai diritti e clausole orizzontali: Canada, Nuova Zelanda, Israele e Sudafrica a confronto*, Diritto pubblico comparato ed europeo, 2002, pagg. 656 e sgg.

³² Ad esempio, la Corte suprema del Canada ha elaborato un vero e proprio *Test* – che prese il nome dall'opinione autorevole del giudice *Dickinson* – basato su quattro elementi: l'obiettivo che si intende perseguire con la limitazione deve essere di sufficiente importanza; deve sussistere una connessione razionale tra tale obiettivo ed il contenuto della limitazione; la limitazione deve procurare la minore restrizione possibile all'esercizio del diritto; gli effetti della limitazione del diritto non debbono essere sproporzionati rispetto allo scopo che si vuole perseguire. Cfr. TELESE, *Le limitazioni al godimento dei diritti fondamentali secondo i principi generali elaborati dalla Corte suprema del Canada*, in (ROLLA cur.) *Lo sviluppo dei diritti fondamentali in Canada*, Milano, 2000, pagg. 83 e sgg.

una legge che vieta le parole di odio limita il diritto fondamentale alla libertà di manifestazione del pensiero, però, sostiene valori che sono l'essenza stessa della democrazia liberale contemporanea. Come è stato autorevolmente ricordato da un giudice della Corte Suprema "siamo disposti a mantenere le leggi in materia di oscenità ed i divieti relativi alle parole di odio, anche se ledono la libertà d'espressione, proprio perché tutelano la società contro alcuni mali ed incoraggiano il rispetto dell'uguaglianza del valore e della dignità delle persone"³³.

A sua volta, il Tribunale costituzionale del Sud Africa, nel valutare alla luce della clausola dell'art. 33 la costituzionalità della pena di morte, ha dichiarato l'illegittimità di tale previsione perché conculca il diritto alla vita, introduce una pena senza che sia dimostrato che sia più efficace del carcere a vita, l'ordinamento prevede altre misure egualmente efficaci (come il carcere a vita).

Si possono ricondurre alle medesime finalità anche le **clausole generali che vietano il c.d. "abuso dei diritti"**: a proposito delle quali è interessante notare una circolazione delle formule, che si presentano identiche anche dal punto di vista linguistico. Ad esempio, l'art. 34 Cost. Cipro contiene una disposizione eguale all'art. 17 dell'*Human rights Act* del Regno Unito (Nessuna disposizione può essere interpretata nel senso di prevedere per ogni Stato, gruppo o persona un diritto a svolgere attività rivolte a distruggere diritti e libertà) ed all'art. 114 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione (Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata nel senso di comportare il diritto di esercitare un'attività o di compiere un atto che miri a distruggere diritti o libertà riconosciuti nella presente Carta).

Un'altra clausola costituzionale a contenuto valorativo si rinviene nell'art. 7 dell'*Human rights Act* del Regno Unito secondo la quale non è pregiudicato il processo e la sanzione per ogni atto o omissione che, al momento in cui era commesso, era reato secondo i **general principles of law recognised by civilised nations**. Mentre secondo l'art. 7 della Carta canadese dei diritti e delle libertà il diritto di ognuno alla vita, alla libertà ed alla propria sicurezza non può essere leso se non in conformità con i principi fondamentali di giustizia³⁴.

³³ IACOBUCCI, *La Carta: venti anni dopo* (GAMBINO cur.), *La protezione dei diritti fondamentali: Europa e Canada a confronto*, cit., pag. 87.

³⁴ ROLLA, *The constitutional right to freely express one's lifestyle*, in (CECCHERINI ed.), *Sexual orientation in Canadian law*, Milano, 2004, pagg. 41 e segg.

Con tali clausole si impone all'interprete di trovare **un punto d'equilibrio tra l'interesse dello Stato e quello della persona**. In proposito, appare quanto mai interessante la giurisprudenza della Corte suprema del Canada la quale ha affermato che *"the principles of fundamental justice are to be found in the basic tenets of our legal system. They do not lie in the realm of public policy but in the inherent domain of the judiciary as guardian of the justice system"*³⁵. Al giudice compete, pertanto, storicizzare i principi fondamentali di giustizia che – sempre ad avviso della Corte Suprema – debbono essere generalmente accettati *among reasonable people*, debbono, cioè, far parte della comune consapevolezza sociale.

Siffatta attività di ricostruzione, però, deve essere esercitata con particolare accortezza ed attenzione alle dinamiche sociali ed all'evoluzione del costume; ma anche con la spiccata consapevolezza che intimi ed individuali del singolo non necessariamente debbono corrispondere alla tradizione del passato o al punto di vista della maggioranza.

La prospettiva storica o quella della maggioranza non sempre possono essere utilmente utilizzate per limitare l'esercizio del diritto alla propria vita privata: la tutela di comportamenti eterodossi o "socialmente scandalosi" impone una deroga ai tradizionali stili di vita, altrimenti si finirebbe per annullare quel *degree of personal autonomy* che è parte integrante del *right to liberty*³⁶.

Eguale, la Corte suprema ha introdotto la regola consolidata che nel diritto penale il diritto all'equità procedurale e materiale non possa essere sacrificato all'interesse del pubblico per il rispetto della legge ed il mantenimento dell'ordine: la volontà di punire un crimine non deve dar luogo a leggi severe, a procedure ingiuste ed a tecniche d'indagine autoritarie, a discapito del diritto alla tutela della vita privata e dell'uguaglianza.

5. Clausole costituzionali di mera interpretazione

La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea si qualifica per la inserzione al suo interno di molteplici clausole interpretative che possono orientare l'interprete, sia sovranazionale che nazionale: tra queste le

³⁵ Re Motor Vehicle, 1985.

³⁶ Si veda ROLLA, *The constitutional right to freely express one's lifestyle*, in (CECCHERINI ed.), *Sexual orientation in Canadian law*, Milano, 2004, pagg. 41 e sgg.

più significative sono, senza dubbio, quelle che si richiamano al **principio di proporzionalità** ovvero alla tutela del contenuto essenziale dei diritti (art. 112).

Le prime hanno codificato un criterio ermeneutico che impone all'operatore giuridico di ricercare un ragionevole e proporzionato equilibrio tra interessi, tra diritti in conflitto e che può essere annoverato tra i principi generali del diritto costituzionale³⁷.

La costituzionalizzazione del principio di proporzionalità in materia di interpretazione dei diritti fondamentali è presente nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, il cui **art. 112.1 afferma** che limitazioni ai diritti fondamentali possono essere apportate soltanto nel rispetto del principio di proporzionalità e laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui.

La stessa clausola è presente anche in alcune Costituzioni di Stati aderenti all'Unione europea. L'art. 25 Cost. greca afferma che le limitazioni ai diritti costituzionali debbono rispettare il principio della proporzionalità; l'art. 18 Cost. portoghese prevede che le restrizioni di diritti, delle libertà e delle garanzie debbono "limitarsi al necessario per salvaguardare altri diritti o interessi costituzionalmente protetti". Egualmente, l'art. 12 Cost. svedese vieta che le limitazioni ai diritti ed alle libertà fondamentali vadano "oltre la misura necessaria con riferimento al motivo che l'ha provocata".

Tali disposizioni si premurano di evitare che la fruizione di un diritto avvenga con modalità tali da comprimere i diritti altrui "oltre misura", cioè oltre quanto è essenziale ed indispensabile per esercitare tale diritto).

Se si escludono l'art. 18 Cost. portoghese e l'art. 12 Cost. svedese – che precisano le operazioni logiche che l'interprete deve compiere in sede interpretativa –, le altre Costituzioni si limitano ad operare un rinvio dinamico al principio di proporzionalità, così come è sarà specificato dalla giurisprudenza. Spetta, quindi, ai giudici determinare il **test** sulla base dei quali valutare la conformità delle norme al principio di proporzionalità; ed al momento, tali regole debbono essere rinvenute nella verifica de:

³⁷ Si veda CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952.

a) la legittimità dei fini per cui tale diritto è stato limitato; b) la sussistenza di un'effettiva relazione tra il contenuto della limitazione e le sue finalità; c) il carattere non irragionevole, arbitrario o inutilmente oppressivo del limite; d) il non totale annullamento del diritto³⁸.

Maggiori dubbi sotto il profilo dei canoni interpretativi presenta, invece, la **clausola del rispetto del contenuto essenziale**: al punto che un autorevole autore ha affermato che apprezzare se una limitazione di uno specifico diritto fondamentale ne vulnera l'essenza costituisce spesso un impegno assai ostico come quello di decifrare un enigma³⁹.

Il richiamo alla garanzia del contenuto essenziale dei diritti è contenuto, in genere, in una specifica clausola costituzionale. Ciò accade, ad esempio, nell'art. 53.1 Cost. spagnola (i diritti e le libertà riconosciute nel Capitolo secondo del Titolo primo possono essere limitati solo per legge e nel rispetto del loro contenuto essenziale), nell'art. 19.2 Cost. tedesca (In nessun caso un diritto fondamentale può essere intaccato nel suo contenuto essenziale), nell'art. 18.3 Cost. portoghese (le leggi restrittive dei diritti, delle libertà e delle garanzie... non possono... diminuire l'estensione e la portata del contenuto essenziale delle previsioni costituzionali), nell'art. 8 della Cost. ungherese, che vieta la limitazione dei diritti che colpisca il loro significato e contenuto essenziale.

La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea opta, invece, per una soluzione diversa nel senso che **il principio di proporzionalità e del rispetto del contenuto essenziale sono inseriti all'interno del medesimo articolo**, intitolato "portata e interpretazione dei diritti e dei principi". Infatti, secondo l'art. 112 della Carta le limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà debbono rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà, inoltre le stesse debbono essere apportate nel rispetto del principio di proporzionalità.

La formulazione utilizzata induce a ritenere che la clausola del rispetto del contenuto essenziale dei diritti non rappresenta un criterio interpretativo autonomo, bensì uno dei profili di valutazione necessari per ri-

³⁸ BRAGE CAMAZANO, *Los limites a los derechos fundamentales*, Madrid, 2004, pagg. 215 e sgg.; BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, 2003.

³⁹ Così JIMENEZ CAMPO, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid, 1999, pag. 69.

spettare il principio di proporzionalità⁴⁰. Esprime un'opzione a favore delle posizioni dottrinali che considerano **la garanzia del contenuto essenziale rappresenta un completamento del principio di ragionevolezza** e di proporzionalità. Nel senso che la garanzia del contenuto essenziale serve come contrappunto argomentativo e valorativo del giudice, al momento di considerare se una determinata disciplina legislativa sia ragionevole e garantisca il diritto costituzionalmente tutelato⁴¹.

D'altra parte la giurisprudenza ha precisato che la proporzionalità richiede che gli interventi sui diritti non costituiscano un'intervento smisurato e intollerabile tale da attentare alla sostanza del diritto garantito⁴².

Non è, tuttavia, da escludere anche una possibile **utilizzazione autonoma della clausola del contenuto essenziale** in caso di inerzia del legislatore, per risolvere fattispecie non coperte da una base legislativa: in tale ipotesi, infatti, tale clausola sembra autorizzare il giudice a compiere un'applicazione diretta dei diritti garantiti dalla Carta, proprio al fine di assicurare comunque la salvaguardia del loro contenuto⁴³.

Il principio di **proporzionalità** assume, poi, una particolare rilevanza **nell'ambito del diritto penale**, laddove l'art. 109.3 afferma che le pene inflitte non debbono essere sproporzionate rispetto al reato.

La specificità di siffatta clausola consiste nella circostanza che nelle fattispecie non si discute della ragionevolezza della limitazione di un diritto costituzionalmente garantito, bensì della razionalità (costituzionalità) di pene sproporzionate le quali, pur colpendo dei comportamenti non garantiti dalla Costituzione, sono suscettibili di produrre degli effetti incompatibili per l'ordine costituzionale e lo Stato di diritto: in altri termini

⁴⁰ HABERLE, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid, 2003.

⁴¹ PRIETO SANCHIZ, *La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades*, *Derechos y libertades*, 2000, pag. 438.

⁴² STJCE del 22 ottobre 1991. Interessante è la sentenza n. 43 del 24 febbraio 1987 del Tribunale costituzionale del Cile secondo la quale i diritti "pueden en consecuencia ser canalizados en sus diferentes expresiones, sin ser desconocidos de plano; ellos pueden ser moldeados pero no pueden ser objeto de desnaturalización", vivercisa non possono essere privati di quello che le es consustancial, de manera tal que deja de ser reconocible y que se impide "el libre ejercicio" en aquellos casos en que el legislador lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entran más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica".

⁴³ BALAGUER, *La configuración normativa de principios y derechos constitucionales en la Constitución europea*, Colóquio ibérico: constituição europeia, Coimbra, 2005, pagg. 179 e sgg.

si potrebbe sostenere che siano gli “**effetti collaterali**” a determinare l’illegittimità di una determinata pena o sanzione.

Viene, in altri termini, sanzionato ciò che la dottrina ha chiamato, sulla scorta della giurisprudenza nordamericana, *chilling effect*⁴⁴. E gli effetti collaterali che provocano l’illegittimità di una sanzione non proporzionata sono quelli che possono determinare – come sostenuto dal Tribunale costituzionale spagnolo – a causa della loro severità, un sacrificio non necessario e sproporzionato o un effetto di scoraggiamento nell’esercizio dei diritti fondamentali⁴⁵. Ovvero che – come ha affermato la Corte Suprema degli Stati Uniti in un caso inerente alla libertà di manifestazione del pensiero – risultano, ad esempio, “*incompatible with the atmosphere of free discussion contemplated by the First Amendment in the context of political campaigns*”⁴⁶.

Una corretta utilizzazione del principio proporzionale nell’ambito del diritto penale deve tener conto di **due elementi**.

In primo luogo, non deve essere applicato indifferenziatamente nei confronti di tutte le sanzioni che possono apparire eccessive, ma soltanto **qualora vengano colpiti in misura sproporzionata comportamenti “oggettivamente contigui” all’esercizio di una libertà** o diritto costituzionale: come precedentemente sottolineato, si intende evitare l’effetto collaterale di produrre un effetto di dissuasione nei confronti di un esercizio legittimo di un diritto.

In secondo luogo, l’applicazione del principio di proporzionalità non è funzionale alla salvaguardia di una posizione soggettiva, bensì **a tutela a dell’ordine costituzionale**. In altri termini, entra in gioco la natura istituzionale dei diritti fondamentali, il loro essere al tempo stesso diritti soggettivi e principi istituzionali dell’ordinamento⁴⁷.

I diritti costituiscono, nella gran parte delle comunità politiche contemporanee, un elemento qualificante il patto che si instaura tra i cittadini e tra questi ed i loro rappresentanti in ordine alla realizzazione delle forme e delle istituzioni della convivenza: in quanto tali, fanno parte del

⁴⁴ Si veda DOMINGO PEREZ, *La argumentación jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales: en torno al denominado “chilling effect” o “efecto desaliento”*, Revista de estudios políticos, 2003, pag. 122, pagg. 141 e sgg.

⁴⁵ STC 110/2000.

⁴⁶ 456 U.S. 45 (1982).

⁴⁷ HABERLE, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid, 2003, pagg. 71 e sgg. Si veda anche ROLLA-CECCHERINI, *Scritti di diritto costituzionale comparato*, Genova, 2005.

sistema valori, della cultura sostanziale che si esprime attraverso la Costituzione⁴⁸.

Da ultimo, è interessante notare che la Carta europea dei diritti fondamentali contiene anche alcune **clausole riconducibili al principio di sussidiarietà**, nel senso che demanda alla legislazione nazionale la disciplina (e, quindi, gli ambiti della garanzia) di un determinato diritto riconosciuto dalla Carta. Ciò accade, ad esempio, in ordine al diritto a sposarsi (art. 69), all'obiezione coscienza (art. 70), all'istruzione (art. 74), diritto al lavoro (art. 75.3), al lavoro (art. 87), alla contrattazione (art. 88), all'assistenza sociale (art. 94), alla salute (art. 95).

L'interesse deriva dal fatto che nel caso di specie la Costituzione europea pare optare per un'applicazione della sussidiarietà distinta da quella richiamata dall'art. 11.3 della Costituzione europea.

In materia di diritti fondamentali, la Costituzione europea opta per una visione statica della sussidiarietà nel senso che la ripartizione delle competenze normative è predeterminata ed irrigidita dalla disposizione costituzionale; mentre negli altri settori di interesse comunitario la sussidiarietà è sempre stata utilizzata in modo dinamico, nel senso che gli organi dell'Unione si riservano di intervenire in un determinato settore nella misura in cui gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere sufficientemente realizzati dai singoli Stati: secondo una concezione assimilabile all'art. 72,2 c. Cost. tedesca, il quale afferma che la Federazione può legiferare in luogo dei Länder se e nella misura in cui l'instaurazione di condizioni di vita equivalenti nel territorio federale e la garanzia dell'unità del diritto e dell'economia nell'interesse dello Stato nel suo complesso rendono necessaria una disciplina legislativa federale.

⁴⁸ La terminologia adoperata dalla dottrina è in proposito varia – alcuni parlano di “postulati generali della società”, altri di “principio istituzionale” –, però sul punto si può rimarcare una significativa concordanza: La stessa giurisprudenza di alcuni tribunali costituzionali pare aver accolto la medesima prospettiva, qualora si consideri che, da un lato, il Tribunale costituzionale spagnolo ha parlato di “elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto esta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica”; dall'altro lato, il giudice costituzionale italiano ha fatto riferimento alla nozione di “principi supremi”.

EDUARDO ROZO ACUÑA

*LA CARTA EUROPEA: CONSIDERAZIONI GENERALI
SUL TIPO DI COSTITUZIONE E SULLA FORMA DI STATO
E DI GOVERNO CHE CONSACRA**

*Ordinario di Diritto pubblico comparato
Facoltà di Giurisprudenza – Università di Urbino “Carlo Bo”*

Le considerazioni generali su quale tipo di Costituzione rappresenta la Carta costituzionale europea¹, portano obbligatoriamente a ricordare che, per la teoria costituzionale, la classificazione delle costituzioni che le distingue in scritte e non scritte, rigide e flessibili è da tempo superata. Prima di tutto, oggi non esistono costituzioni non scritte, ossia, affermare che la Costituzione Europea è una costituzione scritta è qualcosa di tanto ovvio che è superfluo dirlo. Considerarla come costituzione rigida o flessibile tenendo conto del procedimento che si deve seguire per effettuare la sua riforma o per emendarla, non ha nemmeno maggior senso, poiché la formalità del procedimento non indica chiaramente se la Costituzione sia facilmente riformabile o meno.

Semplicemente leggendo l'art. IV-443, che contiene il procedimento ordinario per la revisione o riforma del Trattato costituzionale europeo, si potrebbe rispondere con facilità che la Costituzione Europea è di tipo rigido, cioè, molto difficile da riformare poiché, a parte i problemi dell'esercizio della titolarità del potere d'iniziativa della proposta di riforma, ci sono anche le difficoltà di eleggere una Convenzione, organo speciale per l'elaborazione del progetto di riforma, anche se la stessa Costituzione prevede che il Consiglio Europeo possa decidere, a maggioranza semplice e previa approvazione del Parlamento Europeo, di non convocare la Convenzione se l'importanza delle modifiche non la giustifichi. Qualora venga istituita la Convenzione e questa presenti il progetto di riforma, quest'ultimo deve essere a sua volta approvato dalla CIG, Conferenza dei

* Relazione al Convegno: “La Costituzione della nuova Unione Europea”, promosso dall'Istituto di Diritto Pubblico della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Urbino “Carlo Bo”, l'11 marzo 2005.

¹ Per l'analisi completa del testo, vedi, E. Rozo Acuña, *La Carta Costituzionale dell'Unione Europea*, Edizioni Studio @lfa, Pesaro, 2005.

Capi di Stato e/o di Governo. Ma la maggiore complicazione della riforma si ha dopo l'approvazione da parte della CIG, poiché gli emendamenti entreranno in vigore solo dopo che siano stati ratificati da parte di tutti gli Stati membri in conformità alle rispettive norme costituzionali, che generalmente prevedono una legge ordinaria od un referendum popolare o i due requisiti.

Non c'è dubbio che nel caso della Carta europea, così come avviene con la Costituzione degli Stati Uniti d'America, il processo di riforma è molto difficile, complicato e lungo, cosa che indurrebbe a concludere che realizzarle è compito quasi impossibile. Questo meccanismo spiega perché la Carta statunitense in più di due secoli di vita ha avuto pochi emendamenti. Con la Costituzione Europea potrebbe succedere lo stesso, cosa che porterebbe a concludere qualificandola come una costituzione rigida. Ciò nonostante, ricordando l'esempio nordamericano, formalmente la Costituzione degli Stati Uniti ha avuto pochi emendamenti, ma in realtà questo testo è stato ed è permanentemente e profondamente modificato dalle sentenze della Corte Suprema, specialmente dall'inizio del secolo XIX, quando questo Tribunale ha iniziato ad esercitare il controllo di costituzionalità delle leggi. Nel caso della Costituzione Europea potrebbe succedere lo stesso e già si prevede la continuazione del processo di trasformazione della Corte o Tribunale Europeo di Giustizia in Corte Costituzionale, e con l'entrata in vigore della Costituzione questo processo potrebbe realizzarsi in forma più rapida. Concludendo, si potrebbe qualificare la Costituzione Europea come formalmente rigida, ma in futuro sarà la prassi ed il ruolo delle istituzioni e degli organi costituzionali a confermarlo o meno.

D'altra parte, analizzando con attenzione il contenuto della Carta europea, si apprezza il suo carattere segnatamente pragmatico, mentre la parte ideologica si mantiene al minimo livello in relazione alle necessarie affermazioni dei principi costituzionali e dei valori liberali, democratici e sociali. Questa difficile scelta di principio del costituente spiega anche perché si è evitato d'includere nel testo o nel Preambolo, come sollecitavano alcuni Stati, come la Spagna, la Polonia e l'Italia il richiamo dei valori cristiani, così come l'opzione di cancellare, dalla versione definitiva del Preambolo, il riferimento al discutibile significato di costituzione democratica elaborato da Tucidide. Ricordando anche che la Carta dedica più di due terzi del suo contenuto all'economia, al mercato, alla finanza, alle politiche economiche dell'Unione, si può dimostrare ancor più l'affermazione che la Costituzione europea è tendenzialmente pragmatica e programmatica.

Il catalogo dei diritti, nella loro forma e nel loro contenuto, è inoltre più pragmatico e programmatico che ideologicamente orientato, come dimostra la precisione che si trova nel suo Preambolo, di cui la Carta dei Diritti solo riafferma, rispettando le competenze ed i doveri dell'Unione ed il principio di sussidiarietà, i diritti riconosciuti, in special modo, dalle tradizioni costituzionali e dagli impegni internazionali comuni degli Stati membri, dalla Convenzione Europea per la protezione dei diritti umani e delle libertà fondamentali, dalle Carte Sociali adottate dall'Unione e dal Consiglio d'Europa, così come dalla giurisprudenza della Corte Europea di Giustizia e della Corte Europea dei Diritti Umani. In questo contesto, i Tribunali dell'Unione e degli Stati membri dovranno interpretare i diritti costituzionali europei tenendo sempre in considerazione le spiegazioni elaborate sotto la responsabilità del Presidium della Convenzione che ha redatto la Carta dei Diritti.

È ancora molto presto per poter dare un giudizio sul carattere ontologico, normativo o semantico della Costituzione Europea, soprattutto perché deve ancora essere ratificata dai 25 Stati membri che sono, in ultima istanza, i suoi titolari, il che significa, come è stato già detto, che non entrerà in vigore prima della fine del 2006. Nonostante questo limite, già da ora si possono prevedere i grandi ostacoli che si dovranno affrontare per la sua attuazione o realizzazione, cioè perché diventi una costituzione ontologica, perché il suo carattere formale corrisponda ad una costituzione materiale. Si tratterà di renderla effettiva in paesi con diverse culture giuridiche, alcuni di essi, specialmente quelli di recente ingresso, ancora in via di sviluppo. Ma, inoltre, si dovranno affrontare gli ostacoli che provengono dal sistema di voto qualificato e soprattutto, del veto e dell'unanimità, che non saranno facili da superare per rendere effettivi i mandati costituzionali. Si possono anche ricordare, come limiti per la realizzazione della Costituzione, i dogmi ancora non completamente superati, e pertanto imperanti, dei concetti tradizionali della sovranità degli Stati, specialmente in materia di politica tributaria e fiscale; di sicurezza comune e nella costruzione dello spazio europeo unico di libertà e giustizia.

In questo senso si potrebbe concludere che la Costituzione Europea comincia ad essere una Carta prevalentemente semantica, anche se è dimostrabile che porta con sé una forte tendenza a convertirsi in costituzione normativa, in riferimento alla cultura del diritto ed alle tradizioni costituzionali e democratiche che esistono nella maggior parte dei suoi Stati membri. Nonostante l'euroscetticismo crescente, dimostrato, come già citato, in modo particolare con la forte astensione elettorale (in media

più del 50%) che si è avuta nell'ultima elezione del Parlamento Europeo del 2004, l'auspicio di tutti è che si arrivi a convertire la Carta europea, in un lasso di tempo non molto lungo, in una vera costituzione ontologica, vale a dire, materiale o reale.

In relazione alla forma di Stato che deriva o che si può dedurre dalla Costituzione Europea, si può speculare in molti modi, ma in realtà i margini di analisi sono molto stretti e per semplificare si può ricorrere alla comparazione storico-giuridica con l'esperienza istituzionale più prossima che è quella degli Stati Uniti d'America. Quando le tredici colonie inglesi d'America, conseguita la loro indipendenza, desiderarono darsi nel 1787 una Costituzione, proprio per costituirsi politicamente come un solo Stato, non avevano alternative diverse dal federalismo o dall'unione internazionale di Stati. La forma di Stato unitario, anche se possibile teoricamente, era impraticabile.

Com'è noto, l'unione internazionale di Stati comprende un gruppo di Stati che, di comune accordo, si dichiara ricettore di norme di diritto internazionale che nascono proprio da questo accordo e che hanno la finalità di organizzare la loro cooperazione per soddisfare interessi e valori comuni. In questo senso la loro unità di cooperazione è regolata dal diritto internazionale e non da un ordine giuridico interno o diverso. Nello Stato Federale, al contrario, l'unità tra gli Stati che lo formano, necessaria per il raggiungimento dei loro principi, valori, obiettivi ed interessi comuni, anche se si fonda in un accordo internazionale tra i suoi membri, le loro relazioni sono regolate da un ordinamento statale, precisamente, quello che emana lo Stato federale, nato appunto dalla menzionata unione. Questo fa sì che lo Stato federale rappresenti un'unione di diritto statale e non di diritto internazionale. Gli Stati americani del nord – ex colonie inglesi – nell'unirsi e nel dar vita agli Stati Uniti d'America, decisero di scegliere la via federale considerandola più efficace per i loro fini interni ed internazionali.

La cinquantenaria esperienza europea, prima d'integrazione economica e poi politico-economica, insegna che si è iniziato con la creazione delle Comunità europee e le fondamenta della sua unione politica, in base ad accordi, trattati o patti internazionali, ma che ogni volta è stata più marcata la tendenza a sostituire questo diritto, vale a dire, a che fosse un diritto "Statale", a regolare e determinare l'unione e la cooperazione tra gli Stati membri, oggi già istituzionalizzato in forma completa dalla Costituzione, che nasce appunto dalle istituzioni, organi ed autorità comuni come sono il Parlamento, il Consiglio dei Capi di Stato e/o di Go-

verno, il Consiglio dei Ministri, la Commissione, le Corti o Tribunali, la Banca Europea.

Inoltre è fondamentale, in questa tendenza, che la Costituzione abbia previsto la capacità giuridica dell'Unione verso l'esterno e l'interno, consacrando la sua personalità giuridica². Con l'istituzione di organi comuni con potere "sovrano" sugli Stati membri, l'Unione Europea, per effetto del diritto internazionale, possiede capacità propria ed effettività d'azione di fronte a tutti i soggetti dell'ordine internazionale, i quali in relazione con l'Unione Europea hanno una pluralità di Stati che agiscono simultaneamente ed in modo identico per mezzo dei loro organi comuni. È questo il caso, per esempio, del Ministro degli Affari Esteri della UE e del Servizio Europeo per l'Azione Estera³, nuovi organi costituzionali, con le funzioni di preparare e guidare la politica estera e di sicurezza comune della UE. Gli atti giuridici di tutte le menzionate istituzioni, organi ed organismi comuni, come già precisato, sono atti che si promulgano ed entrano in vigore per volontà di tutti gli Stati membri e, di conseguenza, producono effetti per tutti questi.

Appare relativamente chiaro che con lo sviluppo politico-istituzionale dell'Unione Europea degli ultimi cinquanta anni, la cui dimensione più strutturale e funzionale è stata l'approvazione della Costituzione Europea, la forma di Stato che da questo testo si può dedurre è, in primo luogo, quella di un'unione istituzionale di Stati di diritto statale, che comprende elementi essenziali della confederazione di Stati, come la personalità internazionale di ciascuno dei membri dell'Unione, unita alla personalità internazionale della stessa confederazione. In secondo luogo, i più recenti sviluppi politici ed istituzionali dell'Unione Europea sono stati di così ampia portata che non si può negare l'affermazione che il suo carattere statale federale è sempre più oggettivo.

Gli argomenti contrari all'affermazione del carattere federale dello Stato Europeo, in avanzata gestazione, che si basano in particolare sulla mancanza di un popolo, di un territorio e di un ordinamento giuridico-politico proprio ed originale, cominciano ad essere definitivamente superati non solo con la creazione della cittadinanza europea ma anche con il riconoscimento costituzionale del popolo europeo come soggetto di obblighi giuridici e diritti non solo politici. Inoltre, nel processo di ratifica finale della Costituzione, il popolo di ciascuno Stato membro, diretta-

² Artt. I-7 e III-426.

³ Art. I-28 e Dichiarazione ad hoc allegata alla Costituzione.

mente per mezzo di referendum o indirettamente per mezzo dei suoi rappresentanti nei parlamenti nazionali, ha l'opportunità di pronunciarsi sulla entrata in vigore della Costituzione.

Allo stesso modo, la Carta europea determina con precisione quale è il territorio o l'ambito di applicazione del nuovo ordinamento giuridico⁴, che corrisponde al territorio degli Stati membri più quei territori che, in qualche maniera, si trovano legati agli Stati membri, come nel caso dei dipartimenti francesi d'Oltremare, le isole Azzorre, Madeira e le Isole Canarie.

Infine, la Costituzione ha creato il Governo centrale europeo con potere e competenza sovrana, propria ed anche condivisa con gli Stati membri, per promuovere i principi, valori ed obiettivi dell'Unione, riformare la propria struttura organica e funzionale ed interpretare il testo costituzionale e tutto il suo ordine giuridico.

In concreto, si può già affermare che lo Stato europeo conta sui tre elementi giuridico-politici essenziali del popolo, del territorio e dell'ordinamento giuridico originale, che rendono possibile affermare l'esistenza di uno Stato. Che la Costituzione stabilisca poteri esclusivi dell'Unione, per esempio, è la prova del trasferimento reale dei poteri e delle funzioni dagli Stati membri allo Stato Federale, fatto con il quale si afferma la sovranità dell'Unione a livello interno ed internazionale ed il carattere originale del suo ordinamento giuridico.

La realtà del federalismo europeo si comprende di più e meglio se si ricorda che gli Stati membri restano obbligati ad astenersi dall'esercitare i loro poteri sovrani negli stessi campi delle competenze esclusive della UE. In questo senso, la Costituzione ed il diritto adottato dalle istituzioni dell'Unione nell'esercizio delle proprie competenze hanno supremazia sul diritto degli Stati membri, che restano obbligati ad adottare tutte le misure generali e/o speciali che si richiedono per assicurare il compimento delle obbligazioni derivate dalla Costituzione o risultanti dagli atti delle istituzioni dell'Unione. Con la consacrazione costituzionale delle competenze esclusive dell'Unione, solo questa può legiferare ed adottare atti giuridici vincolanti, mentre gli Stati membri, in quanto tali, potranno farlo solamente se l'Unione li autorizza o per applicare gli atti adottati da questa⁵.

Ciò nonostante, perché si possa affermare completamente il carattere

⁴ Art. IV-440.

⁵ Artt. I-5, comma 2, I-6 e I-12.

federale della UE, esiste ancora un ostacolo fondamentale, che la promulgazione della nuova Costituzione non ha superato e che ancora non si vede come potrà essere superato. Come si sa, nello Stato Federale il suo ordine giuridico ha come soggetti diretti e permanenti i propri Stati membri. Come nell'esempio iniziale degli Stati Uniti, il diritto federale deve essere rispettato obbligatoriamente dagli Stati federati e nelle relazioni interstatali di questi Stati. Lo stesso vale nelle relazioni degli Stati membri con gli altri soggetti della comunità internazionale che sono anch'esse regolate dal diritto della federazione o dello Stato Federale e non dal diritto internazionale. Nel caso dell'Unione Europea, prendendo in considerazione solo la prima parte, cioè che esiste l'obbligatorietà del diritto dell'Unione per gli Stati membri, si potrebbe affermare il suo carattere federale, ma passando alla seconda parte, le relazioni tra gli Stati membri dell'Unione Europea e quelle di questi con gli altri soggetti della comunità internazionale, sono regolate nella loro maggior parte ancora oggi dal diritto internazionale e non dal diritto dell'Unione, fatto per il quale si giungerebbe alla negazione del carattere federale della Unione Europea.

Nello Stato federale scompaiono le relazioni di diritto internazionale tra gli Stati che costituiscono l'unità federale e tra questi e gli altri Stati ed organizzazioni internazionali. Nell'Unione Europea queste relazioni persistono e non si vede chiaramente né come né quando potrebbero estinguersi, se si considera la sovranità interna ed internazionale dei suoi Stati membri. È certo che il trasferimento di competenze dagli Stati membri all'Unione ha già la sua base nello stesso ordine giuridico dell'Unione giacché i trattati internazionali che la crearono si estingueranno con l'entrata in vigore della nuova Unione Europea e della sua Costituzione. In questo senso si può affermare l'esistenza di un ordinamento giuridico europeo originale, con validità propria per l'Unione e per gli Stati membri. Ma questo ordinamento giuridico non è sufficiente per regolare le relazioni degli Stati membri della UE tra di loro e tra ciascuno di essi e gli altri membri della comunità internazionale e nel momento in cui si continua a richiedere il diritto interno di ciascun paese ed il diritto internazionale per regolamentare queste relazioni non è possibile affermare l'esistenza dello Stato Federale Europeo o degli Stati Uniti d'Europa.

I giuristi ed i politici lavorano e continueranno a farlo in questa direzione e per raggiungere questo obiettivo ed una soluzione la potranno sicuramente trovare, poiché il federalismo della UE, specialmente con l'approvazione del Trattato di Costituzione, ha fatto un immenso passo in

avanti nel superamento delle frontiere degli Stati nazionali, creando solide basi per la costruzione dello Stato Federale Europeo.

Sulla forma di governo, in primo luogo, il testo costituzionale europeo non lascia margini di dubbio sul carattere liberale, democratico e sociale di Stato di diritto, vale a dire di forte tendenza interventista nel campo sociale, nel rispetto del diritto sia per il contenuto che per le sue finalità⁶. La consacrazione costituzionale dell'Unione Europea come Stato interventista sociale di diritto potrebbe apparire, ciò nonostante, in contrasto con quello che sta succedendo, specialmente negli ultimi quinquenni, in buona parte degli Stati membri, come insegnano le esperienze del Regno Unito, dell'Italia, della Germania, della Spagna, che hanno continuato a demolire e stanno smantellando a poco a poco, con gli strumenti della privatizzazione, il cosiddetto welfare state o Stato sociale di diritto. Ciò nonostante, forse come giustificazione di ciò che sta accadendo all'interno degli Stati, il tipo di organizzazione politica di welfare dell'Unione è basato sulla sovranità degli Stati membri, che trasferiscono le competenze necessarie all'Unione per poter perseguire i loro obiettivi sociali talvolta orientati dalla volontà dei loro cittadini manifestata attraverso l'elezione del Parlamento Europeo e gli istituti di partecipazione democratica diretta previsti nella Carta⁷.

D'altra parte, per quanto si riferisce alla forma di governo, tenendo presente la forma di organizzazione dei poteri dell'Unione Europea, chiaramente distinti in legislativo, esecutivo, giudiziario e di controllo, ed in special modo in considerazione dei principi di separazione-collaborazione adottati dalla Costituzione⁸, si potrebbe affermare, in linea generale, che il governo istituzionale della UE segue in maniera preponderante il modello parlamentare. L'affermazione si deduce dagli articoli sulla materia⁹, che definiscono l'origine popolare diretta del Parlamento, le sue funzioni legislative e di riforma costituzionale, la sua attribuzione riguardo al bilancio preventivo insieme al Consiglio dei Ministri, così come le sue funzioni di controllo politico e consultivo ed il suo potere di eleggere il Presidente della Commissione. Ma questa affermazione è relativa, poiché il "parlamentarismo" europeo è molto particolare, come inevitabilmente doveva essere, considerando l'imperante potere sovrano dei suoi Stati

⁶ Artt. III-209 a III-256.

⁷ Artt I-10 e I-47.

⁸ Artt. I-19 a II-32.

⁹ Artt. I-20 e III-330 a III-340.

membri ed il particolare tipo di governo sopranazionale, non completamente federale, che è stato creato nel dar vita alla nuova Unione Europea.

Che la forma di governo sia di tipo parlamentare, nonostante il menzionato problema della sovranità degli Stati membri, lo si può ribadire ricordando che la Costituzione Europea prevede l'istituzione tipicamente parlamentare della responsabilità politica, anche se solo nelle relazioni Parlamento/Commissione, poiché i meccanismi del voto di fiducia, di censura o di sfiducia e di scioglimento del Parlamento non sono stati previsti nel resto dello schema costituzionale europeo, trattandosi appunto, in questo caso, più di un'unione istituzionale di Stati che di uno Stato Federale parlamentare.

Nelle relazioni tra la Commissione Europea ed il Parlamento Europeo è prevista costituzionalmente la responsabilità collettiva o collegiale della Commissione davanti al Parlamento¹⁰. Il Presidente della Commissione è responsabile davanti al Parlamento delle attività di tutti i Commissari, potendo il Parlamento adottare una mozione di censura contro la Commissione ed in questo caso tanto i Commissari europei, quanto quelli che hanno voce ma non voto nella Commissione, dovranno rinunciare collettivamente ai loro incarichi. Una volta presentata la mozione di censura, il Parlamento deve pronunciarsi con una votazione pubblica dopo almeno tre giorni dalla presentazione della mozione. Se questa è approvata a maggioranza dei due terzi dei voti espressi, che rappresentino, a loro volta, la metà più uno dei membri che compongono il Parlamento, la Commissione dovrà cessare le sue funzioni, potendo continuare a sbrigare gli affari di ordinaria amministrazione fino alla sua sostituzione. In questo caso, il mandato della nuova Commissione designata non sarà di cinque anni ma scadrà nella data prevista per la fine della Commissione che è stata costretta a cessare le sue funzioni.

Per quanto riguarda il Ministro degli Affari Esteri, che è anche uno dei due Vicepresidenti della Commissione, si deve ricordare che, essendo scelto dal Consiglio Europeo, a maggioranza qualificata e con l'accordo del Presidente della Commissione, e che allo stesso tempo è parte del Consiglio dei Ministri e Commissario Vicepresidente, risponde politicamente davanti al Consiglio Europeo e davanti al Presidente della Com-

¹⁰ Artt. I-26, comma 8 e III-340.

missione, evidenziandosi di nuovo in questo caso l'istituzione parlamentare della responsabilità politica ¹¹.

Ma il modello parlamentare resta escluso dal resto dello schema costituzionale europeo, come si deduce dal nuovo ordine costituzionale che crea un differente Presidente del Consiglio Europeo, Capo dell'Unione europea specialmente a livello esterno in materie relative alla politica estera e di sicurezza comune ¹², che ha una stabilità istituzionale di due anni e mezzo, uguale a quella del Presidente del Parlamento ¹³. Come è noto, i Presidenti e i Capi di Consiglio di Governo nei sistemi parlamentari non hanno altra stabilità che quella che nasce dalla fiducia che gli concede il Parlamento. Nell'Unione Europea, inoltre, il Presidente del Consiglio Europeo è nominato dallo stesso Consiglio senza intervento o ratifica parlamentare.

Inoltre, in relazione alla Commissione Europea, che rappresenta propriamente l'organo esecutivo e di controllo dell'applicazione delle disposizioni europee adottate dalle sue istituzioni ed organi, cioè del Diritto dell'Unione, il suo Presidente è eletto dal Parlamento per un periodo di cinque anni, come i Commissari, a rotazione, in base alla proposta o presentazione dei candidati da parte dei Governi degli Stati membri. Il Presidente della Commissione si trova in un rapporto più tipicamente presidenziale che parlamentare, poiché ha il potere esclusivo per proporre al Parlamento la nomina dei Commissari e, una volta nominati e ratificati dal Parlamento, per chiederne la rinuncia nel caso in cui sia considerato opportuno e necessario. In effetti la Costituzione prescrive che tutti i Commissari rassegnino le dimissioni se lo richiede il Presidente ¹⁴.

Nemmeno il Consiglio dei Ministri funziona secondo il modello di governo parlamentare, considerando che questo organo è composto dai rappresentanti diretti di ciascuno Stato membro e che pertanto non possono essere soggetti al voto di sfiducia o di censura da parte del Parlamento Europeo ¹⁵.

Da tutto quanto precede si può dedurre la difficoltà nel definire il tipo di governo che è stato consacrato dalla nuova Costituzione Europea, anche se sono riconoscibili alcuni elementi del modello parlamentare e le

¹¹ Artt. I-27 e I-28.

¹² Senza che possa interferire nelle funzioni ed attribuzioni del Ministro delle Relazioni Esterne dell'Unione.

¹³ Art. I-22.

¹⁴ Art. I-27.

¹⁵ Artt. I-23 e I-24.

caratteristiche del governo presidenziale o di assemblea siano quasi inesistenti o non molto marcate.

Per il momento, circa il tipo di Stato, si può solo concludere che l'Unione Europea, in base al suo ordinamento costituzionale, probabilmente nel prossimo futuro potrà continuare in un processo di affermazione della forma federale, che ogni volta appare essere più evidente. Per quanto riguarda la forma di governo, essendo le sue basi istituzionali più vicine al modello parlamentare che agli altri modelli o tipi di governo, dovuto necessariamente alla lunga pratica di parlamentarismo in Europa, la tendenza è ancora verso il suo rafforzamento.

