



ANTONIO RUGGERI\*

## LA CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI DELL'UNIONE EUROPEA E LE TECNICHE DECISORIE IDONEE AD ASSICURARNE LA EFFICACIA ED EFFETTIVITÀ\*\*

SOMMARIO: 1. Processo d'integrazione sovranazionale e Carta di Nizza-Strasburgo: l'efficacia che quest'ultima ha espresso e potrà ulteriormente esprimere nel corso delle vicende di ordine politico-istituzionale. – 2. Carta dell'Unione, tradizioni costituzionali comuni e incidenza sulle pratiche giurisprudenziali di diritto interno. – 3. Efficacia della Carta *in senso formale*, rilevante al piano della teoria delle fonti, ed efficacia *in senso sostanziale*, apprezzabile al piano della teoria dell'interpretazione (in specie, il mutuo sostegno che il Trattato e la Carta si danno in alcune delle più salienti esperienze della pratica giuridica). – 4. I limiti degli inquadramenti della Carta in applicazione degli schemi elaborati dalla teoria delle fonti e il bisogno della conversione della prospettiva formale-astratta, da cui essa è usualmente riguardata, in una assiologico-sostanziale. – 5. I vincoli che la Carta è in grado di esprimere a carico degli operatori, in ambito sovranazionale come pure in ambito interno (con specifico riguardo al piano dell'interpretazione e alle tecniche di cui questa è chiamata ad avvalersi). – 6. La conversione dei contorni nelle tradizioni costituzionali comuni e il riconoscimento di queste ultime attraverso il riferimento a *consuetudini interpretative* radicate e diffuse nel corpo sociale, alle quali danno quindi voce i giudici. – 7. Il giudice all'opera: dalla *efficacia* alla *effettività* della Carta, ovvero sia quale uso ormai più possa farsi della Carta dopo la sent. 269, in specie dandovi subito applicazione nei giudizi comuni, e quali scenari possano delinearsi nel prossimo futuro per i rapporti tra le Corti, prevedibilmente segnati da nuovi ed aspri conflitti.

1. *Processo d'integrazione sovranazionale e Carta di Nizza-Strasburgo: l'efficacia che quest'ultima ha espresso e potrà ulteriormente esprimere nel corso delle vicende di ordine politico-istituzionale*

Siamo oggi chiamati a fermare l'attenzione su termini – *efficacia* ed *effettività* – da tempo largamente in uso sia tra gli studiosi che gli operatori che, nondimeno, risultano gravati da serie ipoteche di ordine teorico, dal momento che costituiscono oggetto di varie e discordanti ricostruzioni, non lievi slittamenti semantici, complessive e varie valenze<sup>1</sup>. Al fine, dunque, di evitare equivoci, occorre far luogo ad alcune precisazioni, fatte precedere dall'avvertenza che non v'è un modo giusto ed altri sbagliati di intenderli, dal momento che

\* Professore ordinario di Diritto costituzionale, Università degli studi di Messina.

\*\* Intervento alla prima sessione, dedicata a *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: efficacia ed effettività*, dell'incontro di studio su *L'applicazione giudiziale della Carta dei diritti fondamentali nell'ordinamento italiano*, svoltosi presso la Corte di Cassazione il 15 e 16 marzo 2018, alla cui data lo scritto è aggiornato.

<sup>1</sup> Sul principio di effettività, con specifica attenzione alle previsioni della Carta di Nizza-Strasburgo e alle indicazioni della giurisprudenza eurounitaria, v., ora, G. VITALE, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale nella Carta dei diritti fondamentali*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 5/2018, 28 febbraio 2018.

anche significati assai diversi ad essi attribuiti possono trovare giustificazione una volta iscritti in certi contesti teorico-ricostruttivi opportunamente descritti; e si tratta, perciò, solo di spiegare come i termini suddetti sono utilizzati.

Va, innanzi tutto, fatto presente che una qualche efficacia, in senso molto largo (e, se si vuole, improprio), ogni atto, già per il solo fatto di venire alla luce, ce l'ha pur sempre: non è infatti possibile immaginare un atto o un fatto che non produca una qualche trasformazione della realtà, pur laddove abbia mera finalità di conferma o di accertamento dell'esistente, né immaginare un effetto senza allo stesso tempo pensare alla fonte (in senso lato) dalla quale esso scaturisce<sup>2</sup>. Per ciò che qui maggiormente importa, alle volte una certa attività avvia la formazione di processi nuovi ovvero porta alla incisione di processi vecchi tanto al piano politico-istituzionale quanto a quello giuridico, i cui effetti talora non sono immediatamente percepibili rendendosi apprezzabili, seppur in parte, solo a distanza, riguardando a certe vicende *ex post*<sup>3</sup>. La qual cosa è tanto più vera con riguardo ad una Carta dei diritti e, per ciò che qui specificamente importa, per la Carta dell'Unione. Ne ha, peraltro, dato tangibile testimonianza la circostanza che alla stessa sono stati fatti – come si sa – frequenti richiami in plurime sedi (specie in quelle in cui si amministra giustizia) ancora prima che ad essa fosse conferito giuridico rilievo<sup>4</sup>. La Carta non avrebbe potuto esprimere giuridica efficacia ma una qualche efficacia (o, forse meglio, rilevanza<sup>5</sup>) l'ha ugualmente avuta, pur se il più delle volte quale elemento di carattere retorico-argomentativo a rinforzo di una motivazione bisognosa pur sempre di appoggiarsi ad altri dati normativi, perlopiù di natura interna (a partire, ovviamente, dalla Carta costituzionale)<sup>6</sup>.

Difficilmente “pesabili” sono, poi, gli effetti di ordine politico-istituzionale che si immettono in processi complessi, attraversati da spinte e contropunte di vario segno e orientamento, che non di rado si distendono a plurimi piani e livelli, connotando tanto le relazioni interordinamentali quanto quelle che si impiantano e radicano in seno ad uno stesso ordinamento, sia esso quello interno e sia pure quello dell'Unione, senza peraltro trascurare la loro capacità di irradiarsi anche oltre la cerchia in cui si svolgono tutte tali relazioni<sup>7</sup>.

Nella prospettiva istituzionale, la questione di maggior rilievo è quella concernente il rapporto che viene a costituirsi tra la Carta e il processo d'integrazione sovranazionale<sup>8</sup>: un rapporto che appare essere di mutua influenza, pur non riuscendosi a determinare, se non con larga approssimazione, in che misura l'un termine del rapporto condiziona l'altro, vale a dire quale spinta sia dalla Carta venuta per l'avanzamento del processo suddetto e quale concorso quest'ultimo, portandosi avanti (pur se tra non rimosse incertezze e contraddi-

<sup>2</sup> In argomento, insuperata rimane ancora oggi la magistrale lezione teorica di A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV (1965), p. 432 ss.

<sup>3</sup> Si pensi, ad es., all'avvento di un nuovo potere costituente, quale – per ciò che qui più da presso importa – quello europeo, che venga ad affermarsi in modo non cruento e graduale, a mezzo del concorso di una serie nutrita di atti, tra i quali proprio alla Carta di Nizza-Strasburgo va assegnato un ruolo di non secondario rilievo.

<sup>4</sup> Riferimenti in L. TRUCCO, *Carta dei diritti fondamentali e costituzionalizzazione dell'Unione europea. Un'analisi delle strategie argomentative e delle tecniche decisorie a Lussemburgo*, Giappichelli, Torino 2013, spec. P. 46 ss. e p. 70 ss.

<sup>5</sup> Al fine di evitare la confusione derivante dall'uso promiscuo e indistinto dello stesso termine in riferimento ad esperienze diverse, si potrebbe far ricorso al termine “rilevanza” per designare gli utilizzi fatti della Carta prima che ad essa fosse data l'opportunità di produrre effetti (in senso ristretto e proprio).

<sup>6</sup> Come si vedrà meglio più avanti, questo carattere meramente ausiliario la Carta l'ha esibito anche dopo esser entrata formalmente in vigore, per l'uso concretamente fattosene in alcune pratiche giuridiche, specie ad opera della Corte costituzionale.

<sup>7</sup> Si pensi, ad es., ai richiami fatti alla Carta di Nizza-Strasburgo dalla Corte di Strasburgo, così come ai riferimenti alla CEDU fatti dalla Corte di giustizia ed alla ricaduta che essi poi hanno in ambito interno.

<sup>8</sup> Una efficace sintesi può al riguardo vedersi in P. COSTANZO, *Il riconoscimento e la tutela dei diritti fondamentali*, in P. COSTANZO - L. MEZZETTI - A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione Europea*, Giappichelli, Torino, 2014, cap. 7.

zioni), sia riuscito a dare e dia al radicamento della Carta stessa, dandole modo di esprimersi al meglio, alle condizioni oggettive di contesto, del suo formidabile potenziale concettuale e normativo.

La Carta – come ha da ultimo riconosciuto una importante decisione della Corte costituzionale, la n. 269 del 2017, su cui si tornerà – è un documento “tipicamente costituzionale”, avuto riguardo alla mirabile, efficacissima e ad oggi attuale indicazione offerta dall’art. 16 della Dichiarazione del 1789: come tale, ad essa è da assegnare centralità di posto nel processo costituente europeo, è figlia di questo processo ma è anche fattore propulsivo dello stesso<sup>9</sup>. Ed è evidente che, per questa sua complessiva conformazione, la Carta lascia un segno sulle vicende istituzionali interne all’Unione come pure agli Stati, variamente concorrendo alla ridefinizione degli equilibri sia tra gli enti in parola che, in seno a ciascuno di esso, tra le sedi di apparato in cui si essi si articolano.

## 2. Carta dell’Unione, tradizioni costituzionali comuni e incidenza sulle pratiche giurisprudenziali di diritto interno

Si spiega in questa luce il ruolo crescente acquisito dai giudici, i principali “gestori” – se così possiamo dire – della Carta. Non si nega, ovviamente, che esso si debba a plurimi fattori ai quali ora non può riservarsi neppure un cenno: basti solo pensare alle strutturali carenze denunciate dai decisori politici (a partire dal legislatore), alle quali sono quotidianamente chiamati a porre, per la loro parte, rimedio i giudici, esercitando un ruolo di “supplemento” – com’è usualmente (e con una certa improprietà) chiamato – che, come la stessa Consulta ha in un non lontano passato tenuto a precisare, è di certo “non richiesto e non gradito”<sup>10</sup>. Tra questi fattori è, ad ogni buon conto, da annoverare altresì la esistenza stessa della Carta che, per un verso, è debitrice della giurisprudenza pregressa, sovranazionale e nazionale, cui ha largamente attinto, mentre, per un altro verso, si pone quale risorsa preziosa per la giurisprudenza stessa che, facendo leva sulle sue previsioni, ha avuto (ed ha) modo tanto di confermare i suoi precedenti orientamenti quanto di innovarvi in non secondaria misura.

La Carta, per sua esplicita ammissione, riconosce a se stessa plurimi punti di riferimento culturali e positivi dai quali vuole tenersi (in special modo, come si sa, la CEDU e le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri), connotandosi pertanto teleologicamente le attività interpretative della stessa. Ciò non toglie che essa abbia pur sempre una sua peculiare identità e autonomia, concettuale e operativa, visibile già nella sistematica (inusuale rispetto alle Carte costituzionali degli Stati) in cui si articola e svolge.

Ancora una volta, il rapporto che viene ad instaurarsi tra i termini che lo compongono è di mutuo *dare e avere*. E così, se, per un verso, la Carta ha da tener presenti le tradizioni costituzionali suddette, per un altro verso, specie per il modo con cui essa si fa diritto vivente, sollecita la formazione di pratiche interpretative inusuali, volte alla incessante rigene-

---

<sup>9</sup> Il processo costituente in parola è certo che si sia avviato ben prima della proclamazione della Carta, anche se non è agevole stabilire esattamente quando: forse, è iniziato con la nascita stessa delle tre Comunità europee, che hanno avuto nel loro DNA il tratto genetico del loro stesso superamento e perfezionamento a integrazione sovranazionale compiuta. Nessuno è, tuttavia, in grado di dire se e quando questa meta potrà essere raggiunta, con la conseguenza che il processo costituente europeo, a differenza di quelli invalsi in ambito statale che o riescono ovvero si dissolvono, portando alla restaurazione del regime preesistente, potrebbe restare permanentemente *in progress*, senza tornare all’antico né giungere a piena maturazione.

<sup>10</sup> V., infatti, quanto dichiarato dal Presidente G. ZAGREBELSKY nel corso della Conferenza stampa del 2004, riferendosi a quanto la Consulta ha dovuto fare a causa della mancanza di un adeguato corpo di leggi in attuazione del nuovo Titolo V (ma con considerazioni estensibili oltre siffatto ambito di esperienza).

razione semantica delle tradizioni stesse<sup>11</sup>.

È stato detto da una sensibile dottrina essere la Costituzione, più ancora che un *atto*, un *processo* che si fa e senza sosta rinnova: è, cioè, *nel suo divenire*<sup>12</sup>; e questo vale anche per la Carta dell'Unione, al pari di ogni altro documento "tipicamente costituzionale". Proprio perché il rapporto che viene ad instaurarsi tra la Carta e le altre Carte (per ciò che qui specificamente importa, le Costituzioni degli Stati) è di reciproca e feconda alimentazione, diventa improbo, comunque assai incerto e approssimativo, stabilire quale sia il verso maggiormente battuto, se quello discendente che porta dall'Unione agli Stati indicazioni e suggestioni di vario segno e intensità ovvero l'altro, ascendente, che va dagli Stati all'Unione. Non posso addurre prove fino in fondo attendibili a conferma dell'assunto che sto per fare, ma è mia impressione, avvalorata da un monitoraggio costante che vado facendo da anni della giurisprudenza, che sia forse più consistente la mole di materiali che l'Unione, per bocca della Corte di giustizia, offre ormai quotidianamente agli operatori nazionali rispetto a quella proveniente da questi ultimi che lascia un segno marcato negli indirizzi del giudice eurounitario.

Basti solo considerare un dato al riguardo, vale a dire l'uso alquanto originale e – diciamo pure – creativo che è fatto delle tradizioni costituzionali comuni, adattate alle peculiari esigenze dell'Unione e, perlopiù, piegate al bisogno di affermazione del primato. È vero che ci sono stati casi non infrequenti in cui le tradizioni in parola hanno determinato anche bruschi e inattesi cambi di fronte nella giurisprudenza dell'Unione (il passaggio dalla prima alla seconda pronuncia su *Taricco* è alquanto eloquente e non richiede qui alcun commento in aggiunta a quelli piovuti a pioggia avutisi a tutt'oggi e che seguitano a cadere copiosi e senza sosta<sup>13</sup>). Quanti, però, sono stati i casi giudiziari risolti proprio facendo ap-

<sup>11</sup> Sul ruolo che, pur dopo il varo della Carta, le tradizioni in parola seguitano ad esercitare nelle pratiche di giustizia che prendono forma in seno all'Unione, v., sopra tutti, L. TRUCCO, *Carta dei diritti fondamentali e costituzionalizzazione dell'Unione europea*, cit., e O. POLLICINO, *Corte di giustizia e giudici nazionali: il moto "ascendente", ovvero l'incidenza delle "tradizioni costituzionali comuni" nella tutela apprestata ai diritti dalla Corte dell'Unione*, in AA.VV., *Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisdizionale, tutela dei diritti fondamentali*, a cura di L. D'Andrea - G. Moschella - A. Ruggeri - A. Saitta, Giappichelli, Torino 2015, p. 93 ss., e *Della sopravvivenza delle tradizioni costituzionali comuni alla Carta di Nizza: ovvero del mancato avverarsi di una (cronaca di una) morte annunciata*, in AA.VV., *La Carta dei diritti dell'Unione Europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, a cura di L. D'Andrea - G. Moschella - A. Ruggeri - A. Saitta, Giappichelli, Torino 2016, 91 ss.; cfr., inoltre, M. CARTABIA, *Convergenze e divergenze nell'interpretazione delle clausole finali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 3/2017, 16 luglio 2017, p. 4 ss.; P. MORI, *Taricco II o del primato della Carta dei diritti fondamentali e delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri*, in [www.dirittounioneuropea.eu](http://www.dirittounioneuropea.eu), *Oss. eur.*, dicembre 2017; N. LAZZERINI, *sub art. 52*, in AA.VV., *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, a cura di R. Mastroianni - O. Pollicino - S. Allegrezza - F. Pappalardo - O. Razzolini, Giuffrè, Milano 2017, p. 1073 ss., e i contributi di S. CASSESE, M. GRAZIADEI - R. DE CARIA, M.E. COMBA e O. PORCHIA che sono in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 4/2017.

<sup>12</sup> V., part., A. SPADARO, *Dalla Costituzione come "atto" (puntuale nel tempo) alla Costituzione come "processo" (storici co). Ovvero della continua evoluzione del parametro costituzionale attraverso i giudizi di costituzionalità*, in *Quad. cost.*, 3/1998, 373 ss.; del moto della Costituzione ha, più di recente, discorso M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle Costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 1/2013, 1 marzo 2013.

<sup>13</sup> Solo per una prima informazione, v., tra i molti altri, v., part., *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, a cura di A. Bernardi, Jovene, Napoli 2017; AA.VV., *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, a cura di A. Bernardi e C. Cupelli, Jovene, Napoli 2017; A.C. VISCANTI, *Integrazione europea e "controlimiti". Una necessaria actio finium regundorum?*, in *Riv. dir. pubbl. comp.*, 2/2017, p. 543 ss.; D. GALLO, *Controlimiti, identità nazionale e rapporti di forza tra primato ed effetto diretto nella saga Taricco*, in *Dir. Un. Eur.*, 2/2017, p. 249 ss.; A. DE DOMENICO, *Il dialogo tra le Corti nel caso Taricco: un pericoloso braccio di ferro alla ricerca del sistema dei sistemi*, in [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it), 6 ottobre 2017; L. COSTANZO, *La prescrizione giusta: nodi e questioni del caso Taricco*, in *Consulta Online*, 3/2017, 4 dicembre 2017, p. 504 ss.; A. NATALE, *Le tappe della cd. saga Taricco e alcune riflessioni in ordine sparso*, in [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), 7 dicembre 2017; D. BURCHARDT, *Belittling the Primacy of EU Law in Taricco II*, in [www.verfassungsblog.de](http://www.verfassungsblog.de), 7 dicembre 2017; B. BUDINSKA - Z. VIKARSKA, *Judicial dialogue after Taricco II: who as the last word, in the end?*, in

pello ad indicazioni del giudice dell'Unione, magari correggendo indirizzi affermatasi in ambito interno prima che venissero alla luce pronunzie innovative di quest'ultimo? C'è un sommerso imponente di decisioni dei giudici comuni ancora poco esplorato, anche per le obiettive difficoltà di portarlo alla luce e consentirne la proficua fruizione da parte di studiosi ed operatori, che spinge vigorosamente alla conclusione che, senza la spinta e le sollecitazioni venute dalla giurisprudenza della Corte di giustizia così come dalla Corte di Strasburgo, molti diritti sarebbero rimasti inappagati ovvero appagati solo in parte<sup>14</sup>. Gli stessi giudici costituzionali, che pure in più d'una occasione, facendosi forti dell'*auctoritas* di cui sono provvisti, hanno fatto resistenza all'ingresso degli indirizzi della Corte di giustizia<sup>15</sup>, hanno comunque tendenzialmente spianato il terreno per il radicamento in ambito interno degli indirizzi medesimi: della qual cosa, peraltro, lo stesso Presidente della Corte K. Lenaerts si è orgogliosamente fatto vanto<sup>16</sup>.

Si dirà che siffatta sostanziale “acquiescenza” – come lo stesso Presidente l'ha qualificata – ha avuto quale suo solido fondamento proprio la osservanza da parte della Corte dell'Unione delle tradizioni statali suddette: non tanto di quelle “comuni”, delle quali francamente credo che il singolo Stato si prenda poca cura, quanto di quelle proprie dello Stato stesso e che a quest'ultimo stanno specificamente a cuore, tradizioni che perciò, in buona sostanza, prendono forma e voce attraverso i principi fondamentali dell'ordinamento nazionale (i c.d. “controlimiti”).

Dubito però che in questa irenica rappresentazione si rispecchi davvero e fino in fondo la realtà, per varia e internamente articolata o, diciamo pure, confusa e opaca che sia. Si dispone di un dato certo a conferma di questo dubbio che – come si vede – avvalorata l'impressione di partenza circa i condizionamenti che vengono dall'Unione (e, segnatamente, dalla sua Corte) nei riguardi degli operatori nazionali, persino appunto dei tribunali co-

www.eulawanalysis.blogspot.it, 7 dicembre 2017 e, pure *ivi*, M. FICHERA, *Taricco II: the Italian Constitutional Court raises its voice and the Court of Justice listens*; E. LUPO, *La sentenza europea c.d. Taricco-bis: risolti i problemi per il passato, rimangono aperti i problemi per il futuro*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 12/2017, 15 dicembre 2017; M.L. FERRANTE, *La vicenda “Taricco” e la sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea - Grande Sezione, 5 dicembre 2017*, in [www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it), 1/2018, 9 gennaio 2018; M. NISTICÒ, *Taricco II: il passo indietro della Corte di giustizia e le prospettive del supposto dialogo tra le Corti*, in [www.osservatorioaic.it](http://www.osservatorioaic.it), 1/2018, 17 gennaio 2018; R. BIN, *Taricco Tango. Quale sarà il prossimo passo?*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2 febbraio 2018. Infine, i contributi al *forum* su *La saga Taricco a una svolta: in attesa della decisione della Corte costituzionale*, in [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it), 1/2018.

<sup>14</sup> La gigantesca costruzione edificata da entrambe le Corti europee, in cui trovano ricetto e appagamento diritti vecchi e nuovi, sta qui sotto i nostri occhi a irrefutabile conferma dell'assunto appena fatto nel testo; e basti solo spogliare alcuni tra i commenti venuti alla luce per averne eloquente testimonianza [v., dunque, AA.VV., *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2010-2015)*, a cura di A. Di Stasi, Wolters Kluwer - Cedam, Padova 2016, e AA.VV., *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, cit.].

<sup>15</sup> Queste vicende sono state fatte oggetto – come si sa – di una nutrita schiera di commenti di vario segno (riferimenti su tutto ciò, tra gli altri, in O. POLLICINO, *Qualcosa è cambiato? La recente giurisprudenza delle Corti costituzionali dell'est vis-à-vis il processo di integrazione europea*, in *Dir. Un. Eur.*, 4/2012, p. 765 ss.; J. RIDEAU, *The Case-law of the Polish, Hungarian and Czech Constitutional Courts on National Identity and the ‘German Model’*, in AA.VV., *National constitutional identity and European integration*, a cura di A. Saiz Arnaiz-C. Alcobarro Llivina, Intersentia, Cambridge 2013, p. 243 ss.; A. D'ALOIA, *Europa e diritti: luci e ombre dello schema di protezione multilevel*, in *Dir. Un. Eur.*, 1/2014, 1 ss., spec. p. 41 ss.; M. DICOSOLA, *Gli stati dell'Europa centro-orientale tra identità nazionale e costituzionalismo europeo*, in *La cittadinanza europea*, suppl. al fasc. 1/2016, FrancoAngeli, Milano 2016, p. 129 ss.; P. FARAGUNA, *Il Bundesverfassungsgericht e l'Unione Europea, tra principio di apertura e controlimiti*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2/2016, p. 431 ss.; D. TEGA, *Il tono dell'ordinanza della Corte costituzionale N. 24/2017 e i suoi destinatari: narrowing the dialogue*, in AA.VV., *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, cit., p. 460 ss.).

<sup>16</sup> V., in particolare, quanto dichiarato da K. LENAERTS, in *L'eredità del procedimento Costa c. ENEL*, in AA.VV., *Il filo delle tutele nel dedalo d'Europa*, a cura di E. Falletti e V. Piccone, Editoriale Scientifica, Napoli 2016, p. 15 ss.

stituzionali; ed è costituito dal fatto che i principi fondamentali in parola (a partire da quello di eguaglianza, anche quale punto di riferimento per il sindacato di ragionevolezza) sono quotidianamente evocati in campo dalle ordinanze di remissione di questioni di costituzionalità al giudice delle leggi e stanno a base di un numero ormai incontenibile di annullamenti, laddove solo col contagocce sono opposti frontalmente a norme e sentenze dell'Unione che si assumano essere con essi incompatibili. È questo uno dei tanti segni, tra i più rilevanti, dell'avanzata del processo d'integrazione sovranazionale, in seno al quale la Carta ormai si immette – come si diceva – con centralità di posto: dal punto di vista qui interessante, è dunque un segno di vitalità, di *efficacia* e di *effettività* allo stesso tempo, della Carta col quale – può piacere (come a me piace) o non piacere (a non pochi altri) – occorre comunque fare i conti.

3. *Efficacia della Carta in senso formale, rilevante al piano della teoria delle fonti, ed efficacia in senso sostanziale, apprezzabile al piano della teoria dell'interpretazione (in specie, il mutuo sostegno che il Trattato e la Carta si danno in alcune delle più salienti esperienze della pratica giuridica)*

Le notazioni appena svolte danno – a me pare – conferma di quanto si diceva all'inizio di questa riflessione, vale a dire dei modi e piani plurimi ai quali si possono intendere i concetti di “efficacia” e di “effettività”, nelle loro peculiari applicazioni alla Carta.

In breve (e sia pure col costo di un qualche schematismo della ricostruzione), si può, innanzi tutto, distinguere una efficacia *in senso formale* da una *in senso sostanziale*: l'una specificamente apprezzabile *al piano della teoria delle fonti* e a mezzo delle categorie di cui questa usualmente si avvale, specie nelle sue più accreditate e diffuse rappresentazioni; l'altra rilevante invece *al piano della teoria della interpretazione*.

Ciascuna di esse può, poi, essere presa in considerazione da angoli visuali diversi, e segnatamente da quello dell'Unione (e, per essa, della Corte di giustizia) ovvero da quello dello Stato (per ciò che qui importa, del nostro); e si tratta quindi di verificare se tali punti di vista siano coincidenti o, quanto meno, convergenti ovvero divergenti: nell'uno e nell'altro caso, in che misura e sotto quali aspetti.

Avverto subito, riprendendo un rilievo poc'anzi svolto, che l'accezione cui è da prestare una speciale considerazione è proprio quella sopra etichettata come sostanziale. È ovvio che anche la prima non può essere trascurata, pur richiedendo la comune opinione, a mio modo di vedere, di essere sottoposta ad un profondo ripensamento che tarda nondimeno ad affermarsi: un ripensamento che è sollecitato proprio dalla seconda accezione e da questa orientato verso nuovi sbocchi teorici apprezzabili non già, così come oggi si ha, alla luce di una impostazione d'ispirazione formale-astratta bensì di una assiologicamente connotata<sup>17</sup>.

Al piano della teoria delle fonti, l'inquadramento che il Trattato fa della Carta, ad essa riconoscendo la stessa efficacia che gli è propria, pone seri problemi di carattere preliminare; e ciò, perlomeno a tener fermi gli esiti ricostruttivi cui è da tempo pervenuta la più raffinata dottrina in tema di fonti, alla luce dei quali si esclude che una fonte – qui, appunto, il Trattato – possa istituire fonti concorrenziali rispetto a se stessa, conferire cioè a queste ultime la medesima efficacia che è propria della fonte in cui esse rinvergono il fondamento della loro esistenza<sup>18</sup>.

<sup>17</sup> A favore di quest'indirizzo, che è metodico più (e prima ancora) che teorico, mi sono dichiarato ormai da molti anni, sforzandomi di coltivarlo e argomentarlo nei miei studi in tema di fonti e di giustizia costituzionale.

<sup>18</sup> Ovvio il richiamo al magistero di Vezio Crisafulli.

È vero che questa conclusione è stata raggiunta avuto specifico riguardo alle esperienze di diritto interno: non a caso, alcuni atti sono considerati provvisti di forza di legge proprio in virtù di un riconoscimento costituzionale in tal senso, escludendosi che la legge stessa possa creare *ex nihilo* fonti che non dispongono di base costituzionale, trasmettendo ad esse la propria forza. Ciò che, nondimeno, più volte si è avuto (e si ha), obbligando dottrina e giurisprudenza a temerarie acrobazie teoriche al fine di dare giustificazione ad esperienze che – piaccia o no – appaiono essere devianti dal solco costituzionale<sup>19</sup>.

Qui, però, si ha una stranezza di cui non v'è riscontro in ambito interno, che va tenuta in gran conto; ed è che, se per un verso è il Trattato a conferire efficacia (in senso formale) alla Carta, per un altro (e ancora più importante) verso è la Carta a dare “copertura” (in senso assiologico-sostanziale) allo stesso Trattato e, discendendo, al diritto derivato. *Il Trattato fonda la Carta ma la Carta fonda il Trattato e l'intero diritto eurounitario*.

Al di là, infatti, del modo peculiare con cui è venuta alla luce<sup>20</sup>, la Carta si pone, per la materia trattata e per il modo della sua disciplina, quale espressione genuina ed immediata di potere costituente, in linea con la nobile tradizione risalente al già richiamato art. 16 della Dichiarazione del 1789; e, come pure si è veduto, della sua natura di documento “tipicamente costituzionale” prende ora atto anche la giurisprudenza costituzionale.

Se ne ha che le stesse disposizioni del Trattato (e, a maggior titolo, quelle di diritto derivato) richiedono di essere costantemente e in modo fermo orientate verso la Carta e interpretate in modi comunque rispetto a questa compatibili.

Il Trattato, dunque, segna a mezzo del principio di attribuzione il recinto entro il quale la Carta può dispiegare il suo formidabile potenziale espressivo al servizio dei diritti<sup>21</sup>; entro questo recinto, però, gli stessi enunciati del Trattato soggiacciono ad un vincolo di scopo, ponendosi ad oggetto di interpretazione *wertorientiert*, illuminata e sorretta dalla Carta.

Questa conclusione vale, *mutatis mutandis*, anche per le norme di diritto interno, le quali sono valide a condizione che non invadano il campo materiale assegnato all'Unione, mostrandosi rispettose del principio di attribuzione, e, allo stesso tempo, risultino conformi o, quanto meno, compatibili<sup>22</sup> nei riguardi delle discipline di diritto eurounitario (a partire, ovviamente, da quelle contenute nel Trattato), *riviste alla luce della Carta*.

Si dovrebbe, a questo punto, prendere in esame la controversa nozione di disciplina di “attuazione del diritto dell'Unione”, al fine di ridisegnare – per quanto possibile, in modo nitido – i confini del campo materiale entro il quale la Carta può produrre effetti. Solo che la giurisprudenza eurounitaria esibisce al riguardo – come si sa – vistose oscillazioni ed anche talune non rimosse aporie di costruzione che rendono alquanto instabile la sistemazione teorica sulla sua base operata<sup>23</sup>. Giustamente – a me pare – la più avvertita dottrina<sup>24</sup> ha

<sup>19</sup> Si rammentino, al riguardo, gli sforzi encomiabilmente (ma – temo – non fruttuosamente) prodotti nell'intento di offrire una qualche “copertura” alla delegificazione o alle ordinanze commissariali volte a gestire emergenze di vario tipo, ai poteri di normazione delle autorità amministrative indipendenti, e via dicendo.

<sup>20</sup> Riferimenti a questa nota vicenda negli scritti, sopra richiamati, di L. TRUCCO e P. COSTANZO.

<sup>21</sup> Su ciò, tra i molti altri, B. NASCIBENE, *Il principio di attribuzione e l'applicabilità della Carta dei diritti fondamentali: l'orientamento della giurisprudenza*, in *Riv. dir. int.*, 2015, p. 49 ss.

<sup>22</sup> Del significato di questa differenza terminologica dirò a momenti, trattando del carattere positivo ovvero negativo dei vincoli discendenti dalla Carta.

<sup>23</sup> Notazioni di vario segno al riguardo, oltre che nello scritto di B. NASCIBENE sopra cit., in L. TRUCCO, *Carta dei diritti fondamentali e costituzionalizzazione dell'Unione europea*, cit., 94 ss. e 110 ss., spec. p. 138 ss.; J. ZILLER, *sub art. 51*, in AA.VV., *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, cit., 1050 ss.; C. TOVO, *Sulla riforma dell'Unione e i futuri(bili) sviluppi del controllo giurisdizionale della Corte di giustizia dell'UE*, in *Quad. cost.*, 3/2017, p. 655 ss.; M. CARTABIA, *Convergenze e divergenze nell'interpretazione delle clausole finali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, cit., 6 ss. In giurisprudenza, tra i molti altri, v., part., quanto affermato in *Åklagaren c. Hans Åkeberg Fransson, Hernández, WebMindLicenses Kft., Siragusa, Delhigne, Rosas-Kaila, Berlioz*.

<sup>24</sup> L.S. ROSSI, *“Stesso valore giuridico dei Trattati”? Rango, primato ed effetti diretti della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Dir. Un. Eur.*, 2/2016, 336 ss., spec. p. 339.

mostrato come seguitino ad alternarsi orientamenti estensivi ad altri restrittivi, con un andamento a fisarmonica che rende alquanto problematico l'intendimento del vero pensiero del giudice dell'Unione. Forse, una volta di più, non ve n'è uno soltanto ma sfumature diverse che si colorano variamente a seconda della posta di volta in volta in gioco ed anche dell'esito delle singole vicende processuali. La Corte, infatti, sembra spingersi in avanti e portare dunque alla dilatazione del campo laddove la legislazione nazionale risulti compatibile con la Carta, specie nel suo farsi "diritto vivente"; arretra, di contro, laddove essa si riveli con la Carta stessa incompatibile<sup>25</sup>, dando perciò il più delle volte a vedere di pervenire a dichiarazioni d'infrazione unicamente nei casi in ciò risulti "manifesto".

È questa una tecnica decisoria non inusuale nelle esperienze della giustizia costituzionale (in senso materiale)<sup>26</sup>, specie in relazione ad esperienze processuali la cui conclusione potrebbe esser causa di conflitti aspri col potere politico, nel corso delle quali cioè il giudice costituzionale teme di potersi esporre alla critica strumentale di aver voluto sovrapporre la propria decisione politica a quella degli organi d'indirizzo ai quali soltanto una decisione siffatta compete<sup>27</sup>.

D'altronde, è ormai provato che la Corte dell'Unione, al pari peraltro della Corte di Strasburgo, fa luogo a tecniche decisorie familiari alle esperienze della giustizia costituzionale (ad es., dando vita a pronunzie manipolative degli atti sindacati e – ciò che più importa – persino degli stessi parametri, ovviamente a mezzo di ardite, fortemente creative reinterpretazioni<sup>28</sup>).

Sta di fatto che Trattato e Carta sono obbligati a darsi mutuo sostegno: l'uno definendo i confini del campo entro il quale l'altra può distendersi ed operare e questa, a sua volta, sollecitando interpretazioni assiologicamente connotate di quello. Si spiegano, d'altronde, in questa luce i frequenti e congiunti richiami a tali fonti fatti, specificamente nei casi in cui si denunciano infrazioni da parte degli Stati membri<sup>29</sup>.

<sup>25</sup> V., nuovamente, lo scritto sopra cit. di L.S. ROSSI.

<sup>26</sup> ... a conferma del carattere tendenzialmente costituzionale che va in misura crescente assumendo la Corte di giustizia, come pure, per la sua parte, la Corte di Strasburgo; d'altronde, riconoscendo alla Carta dell'Unione natura di documento "tipicamente costituzionale", la stessa Corte costituzionale sembra ormai disporsi in quest'ordine di idee, nel quale peraltro si situa da tempo la più sensibile dottrina [tra gli altri, O. POLLICINO, in più scritti, tra i quali *Allargamento ad est dello spazio giuridico europeo e rapporto tra Corti costituzionali e Corti europee. Verso una teoria generale dell'impatto interordinamentale del diritto sovranazionale?*, Giuffrè, Milano 2010; O. POLLICINO - V. SCIARABBA, *Tratti costituzionali e sovranazionali delle Corti europee: spunti ricostruttivi*, in AA.VV., *L'integrazione attraverso i diritti. L'Europa dopo Lisbona*, a cura di E. Faletti e V. Piccone, Aracne, Roma 2010, p. 125 ss.; A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale plurale*, Giuffrè, Milano 2012; B. RANDAZZO, *Giustizia costituzionale sovranazionale. La Corte europea dei diritti dell'uomo*, Giuffrè, Milano 2012; D. TEGA, *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Giuffrè, Milano 2012, spec. p. 63 e p. 143; altri riferimenti in A. GUAZZAROTTI, *La CEDU e l'Italia: sui rischi dell'ibridazione delle tutele giurisdizionali dei diritti*, in *Giur. cost.*, 4/2013, p. 3657 ss., del quale v., inoltre, pure *ivi*, *La costituzionalizzazione della CEDU e della sua Corte: la (dis)illusione di un'Unione sempre più stretta*, 1/2016, p. 381 ss.].

<sup>27</sup> Si pensi, ad es., ai limiti ai quali il nostro giudice delle leggi ritiene che soggiaccia il proprio sindacato sui decreti-legge, sotto lo specifico aspetto della osservanza dei presupposti fattuali che ne giustificano l'adozione, assumendo pertanto di poterli caducare unicamente in caso di "evidente mancanza" degli stessi.

<sup>28</sup> Da tempo, vado segnalando che le pronunzie maggiormente innovative o – come sono state qualificate da un'autorevole dottrina (G. SILVESTRI, *Le sentenze normative della Corte costituzionale*, in *Scritti su la giustizia costituzionale in onore di V. Crisafulli*, I, Cedam, Padova 1985, p. 755 ss.; v., inoltre, C. PANZERA, *Interpretare, manipolare, combinare. Una nuova prospettiva per lo studio delle decisioni della Corte costituzionale*, ESI, Napoli 2013) – "normative" della Corte costituzionale sono proprio quelle con cui, con tecnica raffinata ma alle volte scoperta, si fa luogo ad un sostanziale rifacimento del parametro costituzionale, agevolato peraltro dalla struttura a maglie larghe o larghissime di molti enunciati della Carta (su ciò, anche subito appresso).

<sup>29</sup> Ad avviso di L.S. ROSSI, *op. cit.*, p. 340 s., non sarebbe possibile la denuncia della violazione della Carta non accompagnata da quella del Trattato; nulla, però, a me pare che osti alla prima, pur avendosi riscontro della osservanza del principio di attribuzione.

4. I limiti degli inquadramenti della Carta in applicazione degli schemi elaborati dalla teoria delle fonti e il bisogno della conversione della prospettiva formale-astratta, da cui essa è usualmente riguardata, in una assiologico-sostanziale

La conversione della prospettiva di osservazione delle dinamiche della normazione e dei documenti che ne sono partecipi da formale-astratta in assiologico-sostanziale possiede, a mia opinione, generale valenza. Ad es., non persuade la tesi, avvalorata da un'accreditata dottrina<sup>30</sup>, secondo cui, al momento in cui l'Unione aderirà alla CEDU, quest'ultima, in quanto convenzione stipulata dall'Unione, avrebbe valore inferiore al Trattato e, *per ciò stesso*, alla Carta. Si trascura, infatti, in tal modo il dato di tutta evidenza secondo cui la Carta non è un trattato come gli altri: è lo stesso errore che si fa in ambito interno appiattendolo la condizione degli obblighi internazionali *ex art. 117, I c., cost.*, senza tener conto che una Carta dei diritti, più e prima ancora della "copertura" offerta dal disposto in parola, gode della protezione, assiologicamente pregnante, che viene dagli artt. 2 e 3 della Costituzione, costitutivi di quella che a me piace chiamare la *coppia assiologica fondamentale*, nel suo fare "sistema" coi principi fondamentali restanti.

La stessa Carta dell'Unione, peraltro, richiede – come si sa – di essere interpretata alla luce della CEDU, fatto ad ogni buon conto salvo il principio della massimizzazione della tutela<sup>31</sup>.

Dei limiti dell'inquadramento di stampo formale-astratto mostra, peraltro, di essere avvertita la stessa dottrina sopra richiamata che conclude la sua indagine affermando che "anche se la Carta ha formalmente lo 'stesso valore' dei Trattati, ed anche se da un punto di vista sostanziale ha per certi aspetti un valore probabilmente inferiore, di fatto la Carta è

<sup>30</sup> Ancora, L.S. ROSSI, *op. cit.*, p. 346 ss.

<sup>31</sup> Riferimenti al principio in parola, nella ormai incontenibile letteratura, sono in R. CONTI, *sub art. 53*, in AA.VV., *La Carta dei diritti dell'Unione europea. Casi e materiali*, a cura di G. Bisogni - G. Bronzini - V. Piccone, Cimenti, Taranto 2009, p. 639 ss.; L. TRUCCO, *Carta dei diritti fondamentali e costituzionalizzazione dell'Unione europea*, cit., p. 159 ss.; A. D'ALIOIA, *Europa e diritti: luci e ombre dello schema di protezione multilevel*, in *Dir. Un. Eur.*, 1/2014, p. 1 ss., spec. p. 32 ss.; G. D'AMICO, *La massima espansione delle libertà e l'effettività della tutela dei diritti*, in AA.VV., *Il diritto e il dovere dell'uguaglianza. Problematiche attuali di un principio risalente*, a cura di A. Pin, Editoriale Scientifica, Napoli 2015, p. 17 ss.; C. AMALFITANO - M. CONDINANZI, *Unione europea: fonti, adattamento e rapporti tra ordinamenti*, Giappichelli, Torino 2015, p. 126 ss. e p. 168 ss.; G.M. SALERNO, *I diritti fondamentali tra le tradizioni costituzionali comuni e i controlimiti a tutela dell'identità costituzionale*, in *Il Filangieri*, Quad. 2014 su *Unione europea e principi democratici*, Jovene, Napoli 2015, p. 103 ss.; C. PANZERA, *Rispetto degli obblighi internazionali e tutela integrata dei diritti sociali*, in *Consulta OnLine*, 2/2015, 3 giugno 2015, spec. p. 492 ss.; nella stessa *Rivista*, A. SPADARO, *Sull'aporia logica di diritti riconosciuti sul piano internazionale, ma negati sul piano costituzionale. Nota sulla discutibile "freddezza" della Corte costituzionale verso due Carte internazionali: la CSE e la CEAL*, p. 504 ss. e, dello stesso, ora, *La "cultura costituzionale" sottesa alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, fra modelli di riferimento e innovazioni giuridiche*, in AA.VV., *La Carta dei diritti dell'Unione Europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, cit., spec. p. 55 ss.; *ivi* pure C. SALAZAR, *I diritti sociali nel "gioco delle tre Carte": qualche riflessione*, p. 217 ss., e L. D'ANDREA, *A mo' di sintesi: ordinamento europeo e costituzionalismo contemporaneo*, spec. p. 314 ss.; L. CAPPUCCIO, *La massima espansione delle garanzie tra Costituzione nazionale e Carte dei diritti*, in *Scritti in onore di G. Silvestri*, I, Giappichelli, Torino 2016, p. 412 ss.; A.O. COZZI, *Diritti e principi sociali nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Profili costituzionali*, Jovene, Napoli 2017, p. 92 ss., spec. p. 111 ss.; M. CARTABIA, *Convergenze e divergenze nell'interpretazione delle clausole finali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, cit., spec. p. 12 ss.; M. CONDINANZI - P. IANNUCELLI, *sub art. 53*, in AA.VV., *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, cit., p. 1085 ss. Infine, A. RANDAZZO, *La tutela dei diritti fondamentali tra CEDU e Costituzione*, Giuffrè, Milano 2017, spec. p. 222 ss., *ma passim*; N. COLACINO, *Obblighi internazionali e ordinamento costituzionale a dieci anni dalle sentenze gemelle: breve cronaca di un lungo assedio*, in *www.diritticomparati.it*, 3/2017, 15 dicembre 2017, § 3, e F. DE VANNA, *I "controlimiti" tra disordine delle fonti ed equilibrio del diritto*, in *www.federalismi.it*, 23/2017, 20 dicembre 2017, spec. al § 3.

destinata ad assumere un ruolo superiore ai Trattati stessi, come trama costituzionale del sistema”<sup>32</sup>.

La fallacia degli schemi di carattere formale-astratto si rende, peraltro, immediatamente visibile anche guardando alla Carta dal punto di vista del diritto interno.

Sappiamo che ad essa è riconosciuto rango “paracostituzionale” o costituzionale *tout court*, diversamente dalla CEDU, dalla Consulta qualificata fonte “subcostituzionale”<sup>33</sup>. Uno schema, questo, che non resiste alla sua verifica al piano della teoria dell’interpretazione, laddove ogni graduatoria tra Carte si dimostra – se posso esprimermi con franchezza – del tutto insensata; come si è rammentato, parrebbe, anzi, che, a stare a quanto la stessa Carta dell’Unione dichiara, la gerarchia giochi piuttosto a beneficio della CEDU. Il vero è però che ogni sistemazione è rimessa nei singoli casi a combinazioni continuamente cangianti tra tutti i documenti in campo (tra i quali, ovviamente, la Costituzione), all’insegna del principio della massimizzazione della tutela che – come si è tentato di mostrare in altri luoghi – non soltanto determina l’assetto delle Carte stesse ma, ancora prima, preorienta i processi interpretativi che le hanno ad oggetto. L’operatore, insomma, le legge e rilegge, sforzandosi di farne oggetto di mutua integrazione nei fatti interpretativi, secondo la densa indicazione contenuta nella sent. n. 388 del 1999, e tendendo all’obiettivo del massimo appagamento possibile dei diritti dalle stesse riconosciuti, nel loro fare “sistema” con gli altri beni della vita meritevoli di tutela<sup>34</sup>.

Se, di contro, riguardassimo a questi documenti normativi applicando gli schemi considerati valevoli per le fonti in genere da una prospettiva formale-astratta, dovremmo concludere nel senso che la Carta dell’Unione, possedendo rango costituzionale, potrebbe derogare alla stessa Costituzione, fatti salvi i controlimiti, mentre la CEDU (o altra Carta), quale fonte “subcostituzionale” non potrebbe affermarsi mai a discapito della Costituzione, pur laddove dovesse reputarsi che quest’ultima abbassi il livello della tutela dei diritti.

Si potrebbe opporre ad un siffatto argomentare che qualsivoglia deroga alla Costituzione comporterebbe sempre, *in tesi*, un’incisione a carico dei controlimiti. Una conclusione che, però, obbligherebbe a “pietrificare” ogni disposto costituzionale riguardante i diritti, a conti fatti giudicato inemendabile, persino per mano del legislatore di revisione con le procedure dell’art. 138. Esito, questo, al quale – come si sa – molti autori pervengono, facendo dell’intera prima parte della legge fondamentale della Repubblica una sorta di tabù intoccabile<sup>35</sup>.

Il vero è che la stessa giurisprudenza muove da un pregiudizio considerato indiscutibile, come tale dichiarato nella stessa pronunzia del 1999, sopra richiamata, vale a dire che *in nessun caso* la Costituzione offrirebbe una tutela meno intensa ai diritti rispetto a quella apprestata da qualsiasi altra Carta. Ed è chiaro che, muovendo dall’assunto (in realtà, indimostrato e indimostrabile) della perfezione e sacralità della Carta costituzionale, viene ad esser risolto in partenza il problema dell’eventuale aggiornamento per via di revisione degli

<sup>32</sup> L.S. ROSSI, *op. et loc. ult. cit.*, spec. 355 (per il riferimento fedelmente riportato nel testo).

<sup>33</sup> Ovvio il riferimento all’indirizzo inaugurato dalle sentenze “gemelle” del 2007, a riguardo del quale, ora, lo studio monografico di A. RANDAZZO, cit.; *adde* lo scritto di N. COLACINO, cit.

<sup>34</sup> Insistiti i riferimenti al “sistema” nella giurisprudenza costituzionale (*ex plurimis*, decc. nn. 236 del 2011; 264 del 2012; 1, 85, 170 e 202 del 2013; 10 e 49 del 2015; 63 del 2016; 124 e 269 del 2017). È giusto che essi si abbiano ma va anche riconosciuto che la tecnica argomentativa che se ne avvale dà modo al giudice costituzionale in circostanze spinose di smarcarsi dal *pressing* di questa o quella Corte europea dando la prevalenza a norme costituzionali che offrono “copertura” a taluni interessi a discapito dei diritti, pure nei casi in cui a questi ultimi è assicurato dalla Carta dell’Unione o dalla CEDU un livello di tutela maggiormente elevato.

<sup>35</sup> Non a caso, ogni volta che si è posto in essere un tentativo di revisione costituzionale a largo raggio (diciamo pure di “riforma”), si è esclusa in partenza l’eventualità di innovazioni riguardanti la prima parte della Carta e, più ancora, i principi fondamentali. Ciò che, a mio modo di vedere, non ha fondamento alcuno, specie laddove si pensi a modifiche *in melius*, a finalità inclusiva.

enunciati relativi ai diritti<sup>36</sup> o anche l'altro della reinterpretazione degli stessi orientata verso altre Carte in vista del raggiungimento del massimo *standard* di protezione.

Se questa conclusione fosse esatta (e – come si viene dicendo – a mia opinione non lo è), mentirebbero l'art. 53 della Carta dell'Unione e il corrispondente art. della CEDU, laddove ritagliano a beneficio delle Carte stesse un ruolo sussidiario valevole nei riguardi di norme nazionali in genere (*e, perciò, in primo luogo, della stessa Costituzione*) al servizio dei diritti, ruolo che in tesi non potrebbe essere esercitato mai, nel mentre si dovrebbe considerare un autentico assioma il fatto che nessuna Carta né oggi né mai potrebbe offrire alla coppia assiologica fondamentale, dietro menzionata, migliore specificazione-attuazione di quella data dalla legge fondamentale della Repubblica, per come uscita dalla penna del Costituente nel dicembre del '47.

5. *I vincoli che la Carta è in grado di esprimere a carico degli operatori, in ambito sovranazionale come pure in ambito interno (con specifico riguardo al piano dell'interpretazione e alle tecniche di cui questa è chiamata ad avvalersi)*

I limiti di ogni inquadramento di formale fattura si rendono, poi, palesi sol che si torni a pensare alla capacità di vincolo che la Carta è in grado di esprimere a carico degli operatori, giudici e legislatori, in ambito sovranazionale come pure in ambito interno.

Si tocca qui con mano una condizione che, una volta di più, accomuna la Carta alla Costituzione. Anche per quest'ultima, come si sa, si è animatamente discusso circa il carattere meramente “negativo” ovvero “positivo” dei vincoli discendenti dai suoi enunciati<sup>37</sup>: un'alternativa, quella posta da molti autori schieratisi dall'una ovvero dall'altra parte, che appare essere soffocante, afflitta da eccessivo schematismo, complessivamente inadeguata a cogliere in tutte le sue incontenibili sfumature una realtà internamente assai varia e articolata. Perché il vero è che, al più concedere, l'alternativa stessa può avere valore unicamente *per praevalentiam*: dandosi ora enunciati in cui appare essere maggiormente marcata la connotazione “positiva” – se così vogliamo seguitare a chiamarla – ed ora altri nei quali è più visibile l'impronta negativa. Sarebbe però assai approssimativo distinguere due specie nettamente diversificate (e, anzi, contrapposte) di vincoli, esattamente così come lo è distinguere – secondo uno schema che sempre più stancamente si ripete – le *regole* dai *principi*<sup>38</sup>: quelle

<sup>36</sup> E, invece, della necessità dell'aggiornamento in parola c'è urgenza (secondo quanto vado sollecitando da tempo: *Prospettive di aggiornamento del catalogo costituzionale dei diritti fondamentali*, in *Rendiconti degli anni 2007-2008* dell'Accademia delle Scienze dell'Istituto di Bologna, Classe di Scienze Morali, Bononia University Press, Bologna 2009, 215 ss., nonché in *Studi in onore di P. Grossi*, II, Giuffrè, Milano 2012, p. 1103 ss.): vuoi al fine di offrire maggiori opportunità di tutela a bisogni elementari dell'uomo rimasti inappagati (o, comunque, insufficientemente appagati) e vuoi al fine di evitare che, a conti fatti, la tutela stessa sia data in modo approssimativo e oscillante dai giudici, chiamati perciò ad un innaturale ruolo di “supplenza” nei riguardi del legislatore (di quello costituzionale prima e dello stesso legislatore ordinario poi), coi negativi effetti che possono aversene e dei quali si dirà meglio a momenti.

<sup>37</sup> Si rammenti la nota raffigurazione prospettata della Carta costituzionale da F. MODUGNO, *L'invalidità della legge*, I e II, Giuffrè, Milano 1970, che ha in essa visto un “programma” bisognoso di essere in prima battuta svolto dalla legge, quale atto politico per antonomasia.

<sup>38</sup> ... e, persino, *principio* da *principio* (riferimenti a questa annosa *querelle*, di recente, in O. CHESSA, *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*, FrancoAngeli, Milano 2014, spec. p. 297 ss.; C. PINELLI, *Principi, regole, istituti*, in *Dir. pubbl.*, 1/2015, p. 35 ss.; M.V. BALLESTRERO - R. GUASTINI, *Dialogando su principi e regole*, in *Mat. st. cult. giur.*, 1/2017, p. 127 ss.; G. ZAGREBELSKY - V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, I, *Storia, principi, interpretazioni*, Il Mulino, Bologna 2018, p. 219 ss.).

È, peraltro, di tutta evidenza che lo stesso sintagma “principio fondamentale” può caricarsi di varie valenze, insuscettibili di essere riportate ad un unico *genus*, se non col costo di palesi forzature, secondo quanto la stessa Carta costituzionale espressamente conferma: così, ad es., i “principi fondamentali” di cui ai primi articoli

abbisognando unicamente di essere *applicate*, questi *attuati* (appunto, a mezzo delle prime)<sup>39</sup>. Di contro, è ormai provato che tra i corni estremi dell'alternativa, alle volte per vero visibili ad occhio nudo<sup>40</sup>, si dispone una gamma assai ampia di prescrizioni la cui struttura nomenclologica tende maggiormente a farsi attrarre dall'uno o dall'altro corno senza nondimeno raggiungerli appieno. La povertà del linguaggio, che non conosce sfumature intermedie tra i termini suddetti, non consente un'adeguata catalogazione; è certo, nondimeno, che la maggiore o minore *densità prescrittiva* è da riportare al modo con cui la struttura stessa è fatta, ma non a questa soltanto. Plurimi sono infatti i fattori che concorrono alla messa a punto del vincolo, a partire ovviamente dalla posta in gioco, dal contesto in cui il singolo caso s'inscrive, dagli equilibri di ordine istituzionale che per effetto della decisione possono determinarsi, e via dicendo.

Dalla prospettiva ora adottata e alla luce dei suoi conseguenti svolgimenti teorico-ricostruttivi, la nota distinzione tra *diritti* e *principi*, operata in seno alla Carta dell'Unione, scema di significato; tanto più, poi, se si considera che anche la caratterizzazione usuale dei diritti di libertà, come *negativi* ovvero *positivi*, ha ormai fatto il suo tempo, secondo quanto è ormai espressamente ammesso dalla stessa Carta costituzionale novellata nel 2001, all'art. 117, II c., lett. *m*), laddove si prende atto che *tutti* i diritti – quale più quale meno – abbisognano comunque di prestazioni.

La differenza tra l'una e l'altra Carta, invece, si coglie specificamente al piano dei vincoli gravanti sugli interpreti.

Si è già detto poc'anzi dell'orientamento teleologico che risulta dal riferimento alle tradizioni costituzionali comuni o alla CEDU, alla cui luce la Carta dell'Unione richiede di essere intesa. Ebbene, parrebbe che, sotto questo aspetto, la differenza rispetto all'interpretazione costituzionale sia netta.

In realtà, le cose non stanno esattamente così.

Come si viene dicendo, la dottrina corrente commette, a mia opinione, l'errore di trapiantare in modo meccanico ed acritico al piano della teoria dell'interpretazione gli esiti raggiunti al piano della teoria delle fonti. Una volta ritenuta la Carta dell'Unione, al pari di ogni altro documento normativo dell'Unione stessa, soggetta all'osservanza dei principi fondamentali di diritto interno e, più ancora, soggetta la CEDU a qualsivoglia norma costituzionale, è giocoforza poi pervenire ad una sistemazione gerarchica anche delle interpretazioni ad esse conformi<sup>41</sup>. Non a caso, si è considerato sgravato (da Corte cost. n. 49 del

della Carta stessa nulla hanno a che vedere coi “principi fondamentali” delle leggi statali di potestà ripartita; e molti altri esempi ancora potrebbero farsi di identità di linguaggio per cose diverse.

<sup>39</sup> Una *reductio ad unum* delle norme, nel loro rapporto con la giurisdizione, è presente nella ricostruzione teorica di M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 3/2012, 3 luglio 2012, spec. al § 4, ma *passim* e, dello stesso, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 4/2014, 10 ottobre 2014, a cui opinione in ogni caso i giudici sarebbero chiamati ad “applicare” le norme stesse. È pur vero, però, che c'è modo e modo di farlo, persino nei rapporti tra l'una e l'altra sede in cui si amministra giustizia: ad es., in presenza di additive di principio adottate dalla Consulta, il giudice comune, in attesa della produzione legislativa volta a darvi la opportuna specificazione-attuazione, provvede – fin dove e come può – *motu proprio*, dando vita ad un'attività che è, e non può che essere, “attuativa”, seppur con effetti circoscritti al caso.

<sup>40</sup> Chi mai, ad es., potrebbe contestare – e non solo perché ciò è espressamente dichiarato – che i “principi fondamentali”, di cui ai primi dodici articoli della nostra legge fondamentale, contengono appunto... *principi*? E chi mai potrebbe negare il carattere di *regola* in capo al precetto secondo cui lo scioglimento delle Camere non può aver luogo negli ultimi sei mesi del mandato presidenziale, con la nota eccezione introdotta nel 1991?

<sup>41</sup> Molto studiata – come si sa – la tecnica interpretativa in parola: riferimenti in G. SORRENTI, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Giuffrè, Milano 2006 e, della stessa, *La Costituzione “sottintesa”*, in AA.VV., *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazione adeguatrice*, Giuffrè, Milano 2010, p. 3 ss., e *La (parziale) riconversione delle “questioni di interpretazione” in questioni di legittimità costituzionale*, in *Consulta OnLine*, 2/2016, p. 293 ss., nonché in

2015) il giudice dell'obbligo di attenersi alla giurisprudenza della Corte EDU, laddove i suoi prodotti risultino incompatibili con la Costituzione, a meno che non si sia in presenza di pronunzie-pilota ovvero di indirizzi "consolidati"<sup>42</sup>, al ricorrere dei quali il giudice è costretto a sollevare questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto la legge di esecuzione della Convenzione "nella parte in cui...".

Questo modo di vedere le cose ripugna, a parer mio, col principio della massimizzazione della tutela che – come si diceva poc'anzi – preorienta la stessa attività interpretativa, senza alcun ordine preconstituito di formale fattura.

Ci si avvede allora che la stessa Costituzione può essere piegata e rivolta verso le altre Carte, come pure verso le tradizioni costituzionali comuni che – come si sa – assurgono in ambito sovranazionale al rango di "principi generali", secondo un'etichetta ormai in uso.

Il vero è che gli esiti dell'interpretazione, com'è evidente, cambiano a seconda della sede istituzionale in cui la stessa è posta in essere: non occorre, dunque, qui ricordare quante e quali siano le differenze di contesto in cui prende forma l'interpretazione della Carta dell'Unione che ha luogo ad opera della Corte di giustizia, a fronte di quelle che della stessa Carta ovvero della Costituzione si hanno in ambito interno (e ad opera di questo o quel giudice).

V'è poi da tener presente il diverso rilievo che è da assegnare, per un verso, all'*original intent* (segnatamente, nelle sue applicazioni alla Costituzione<sup>43</sup>) e, per un altro verso, alle *Spiegazioni* della Carta dell'Unione. Ciò che fa sì che persino un enunciato identicamente ripetuto in più Carte (tra le quali, particolarmente, la CEDU) possa caricarsi di significati anche sensibilmente diversi.

Di qui, la necessità di sottoporre ad attenta verifica, bisognosa di essere fatta caso per caso, l'ipotesi presa in considerazione da Corte cost. n. 269 del 2017, laddove appunto si prefigura la sostanziale coincidenza di norma della Carta dell'Unione e di norma della Costituzione, la cui violazione sia congiuntamente denunciata in occasione di una data vicenda processuale. L'avvertenza è infatti nel senso di non fermarsi alle Carte

M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir., Ann., IX* (2016), p. 391 ss.; AA.VV., *Interpretazione conforme, bilanciamento dei diritti e clausole generali*, a cura di G. Bronzini e R. Cosio, Giuffrè, Milano 2017, spec. i contributi di cui alla parte II, e, ora, G. REPETTO, *Il canone dell'incidentalità costituzionale. Trasformazioni e continuità nel giudizio sulle leggi*, Editoriale Scientifica, Napoli 2017, p. 99 ss., e R. BASILE, *Anima giurisdizionale e anima politica del giudice delle leggi nell'evoluzione del processo costituzionale*, Giuffrè, Milano 2017, 37 ss. Con specifico riferimento all'ordinamento dell'Unione, v., almeno, G. PISTORIO, *Interpretazione e giudici. Il caso dell'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea*, Editoriale Scientifica, Napoli 2012; AA.VV., *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, a cura di A. Bernardi, Jovene, Napoli 2015, e V. PICCONE, in più scritti, tra i quali, da ultimo, *A prima lettura della sentenza della Corte di Cassazione n. 4223 del 21 febbraio 2018. L'interpretazione conforme come strumento di "sutura" post Corte costituzionale n. 269/2017*, in corso di stampa in [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it).

<sup>42</sup> È interessante notare che, a giudizio della Consulta (v., ora, sent. n. 43 del 2018), parrebbe potersi considerare "consolidato", sì da meritare l'appellativo di "diritto vivente", anche un orientamento inaugurato di recente da una pronunzia della Grande Camera (nella specie, *A e B c. Norvegia*, del novembre 2016), peraltro fatta oggetto di divergenti valutazioni (tra gli altri, L. TRUCCO, *Ne bis in idem: La Corte di Strasburgo scende a più miti ed ulteriori consigli*, in *Quad. cost.*, 1/2017, p. 173 ss., e F. CASSIBBA, *Disorientamenti giurisprudenziali in tema di ne bis in idem e "doppio binario" sanzionatorio*, in [www.processopenaleegiustizia.it](http://www.processopenaleegiustizia.it), 6/2017, 1098 ss.). La qual cosa, invero, come fa osservare D. GALLIANI in un intervento nella lista *Europa* ([europa@magistraturademocratica.it](mailto:europa@magistraturademocratica.it)) del 2 marzo 2018, qualche problema di coerenza con la giurisprudenza pregressa lo pone, pur concorrendo a rendere ancora più intensi i vincoli discendenti dalla Convenzione, per il modo con cui vi dà voce il giudice di Strasburgo. Sul punto sarebbe stato, dunque, opportuno un supplemento di argomentazione nella decisione della Consulta sopra cit.

<sup>43</sup> Una particolare sottolineatura se n'è avuta – come si sa – ad opera di Corte cost. n. 138 del 2010, con le ulteriori, importanti precisazioni che sono in Corte cost. n. 1 del 2013 (su tutto ciò, ora, A. RANDAZZO, *La tutela dei diritti fondamentali tra CEDU e Costituzione*, cit., 3 ss.).

(e ai loro enunciati) ma di guardare soprattutto alle Corti, vale a dire al modo con cui le Carte stesse si fanno “diritto vivente”, salvo naturalmente il caso che quest’ultimo non si abbia o non si abbia ancora, ricorrendo il quale è la nuda Carta ad offrirsi al fine del suo opportuno utilizzo al servizio dei diritti in gioco<sup>44</sup>.

*6. La conversione dei controlimiti nelle tradizioni costituzionali comuni e il riconoscimento di queste ultime attraverso il riferimento a consuetudini interpretative radicate e diffuse nel corpo sociale, alle quali danno quindi voce i giudici*

Si pone, a questo punto, la spinosa questione riguardante la possibilità che i giudici nazionali si discostino dalle interpretazioni presenti nelle pronunzie della Corte di giustizia, così come – si è veduto – possono fare, sia pure entro certi limiti, nei confronti di quelle della Corte di Strasburgo.

Per la verità, non si è mai ben capito per quale ragione si possa (e debba) far luogo ad una dissociazione tra Convenzione e giurisprudenza convenzionale<sup>45</sup>, riconoscendo i margini consistenti di manovra agli operatori nazionali che – come si è veduto – sono loro rimessi dalla nozione, per molti versi sfuggente, di indirizzo “consolidato”<sup>46</sup>. Di contro, nulla di tutto ciò si è avuto sul terreno dei rapporti tra giudici nazionali e Corte dell’Unione. Può vedersene una spiegazione nella circostanza per cui ciascun giudice può in ogni tempo interpellare quest’ultima, avvalendosi dello strumento di cui all’art. 267 TUE, restando quindi obbligato a dare seguito fedele alle indicazioni ricevute da Lussemburgo, salva ovviamente pur sempre la messa in campo dei controlimiti. Questa spiegazione, nondimeno, persuade solo fino ad un certo punto: non tanto per il fatto che l’obbligo di rinvio pregiudiziale per molti giudici non sussiste e per gli stessi giudici di ultima istanza non si ha al ricorrere di certe condizioni (quale quella riportabile alla nota dottrina dell’atto chiaro), quanto perché si tratta di stabilire quale rilievo assegnare agli indirizzi giurisprudenziali di cui la Corte dell’Unione si fa portatrice.

La questione, ad ogni buon conto, merita oggi una complessiva riconsiderazione alla luce di quanto stabilito nella sent. 269, dietro richiamata, specificamente laddove è una sibillina, ma inquietante, affermazione che prelude ad un possibile riesame (una sorta di verifica d’appello) delle interpretazioni della Carta dell’Unione poste in essere dalla Corte di giustizia sotto lo specifico aspetto della osservanza delle tradizioni costituzionali comuni.

Si faccia caso alla circostanza per cui anche la Consulta, al pari di quanto aveva poco prima fatto la Corte di giustizia nella sua risposta alla questione pregiudiziale dalla prima posta su *Taricco*<sup>47</sup>, lascia accertamente in ombra il riferimento ai principi di struttura

<sup>44</sup> L’ipotesi è ragionata, di recente, da Corte cost. n. 68 del 2017, con riguardo alla CEDU, ma – com’è chiaro – può presentarsi per ogni altra Carta.

<sup>45</sup> Rilievi al riguardo possono, ora, volendo, vedersi nel mio *Corte europea dei diritti dell’uomo e giudici nazionali, alla luce della più recente giurisprudenza costituzionale (tendenze e prospettive)*, in [www.osservatorioaic.it](http://www.osservatorioaic.it), 1/2018, 5 febbraio 2018, spec. al § 3.

<sup>46</sup> La giurisprudenza costituzionale ha prodotto uno sforzo considerevole al fine di tipizzare la nozione in parola, individuandone i connotati nella già richiamata sent. n. 49 del 2015; sta di fatto, però, che in occasione della loro applicazione ai casi possono registrarsi incertezze ed oscillazioni anche non lievi.

<sup>47</sup> La soluzione adottata nella risposta della Corte di giustizia alla domanda della Consulta era stata propugnata da una sensibile dottrina (M. BASSINI - O. POLLICINO, *The opinion of Advocate General Bot in Taricco II: Seven “Deadly” Sins and a Modest Proposal*, in [www.verfassungsblog.de](http://www.verfassungsblog.de), 2 agosto 2017, nonché in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 13 settembre 2017, e, degli stessi AA., *Defusing the Taricco bomb through fostering constitutional tolerance: all roads lead to Rome*, in [www.verfassungsblog.de](http://www.verfassungsblog.de), 5 dicembre 2017, e in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 11 dicembre 2017).

dell'ordinamento nazionale, ai quali fa esplicito richiamo l'art. 4.2 TUE<sup>48</sup>, preferendo piuttosto puntare l'attenzione sulle tradizioni comuni. Come dire, insomma, che se si chiede alla normativa dell'Unione di fare un passo indietro, sacrificandosi rispetto a discipline di diritto interno con essa incompatibili, non lo si fa in nome di un principio *tipicamente ed esclusivamente* nazionale bensì in nome di tradizioni che entrano a comporre gli stessi “principi generali” dell'Unione. Dunque, non si richiede un bilanciamento tra istanze facenti capo, rispettivamente, all'ordinamento sovranazionale ed a quello del *singolo* Stato membro bensì tra istanze che fanno *tutte* capo all'Unione, siccome “coperte” da principi che compongono la struttura di quest'ultima<sup>49</sup>.

Nessuno è però così ingenuo da non avvedersi che si è in presenza di un esito teorico-ricostruttivo frutto di una tecnica decisoria raffinata volta a convertire una tradizione nazionale in una comune, facendo confluire per sistema la prima nella seconda, sì da essere comunque messa al riparo da possibili incisioni. Se ne ha conferma *per tabulas* proprio dalla vicenda *Taricco* che ha avuto per protagonista – come si sa – il principio di legalità in materia penale, espressivo a un tempo di una tradizione nazionale e di una comune, malgrado al fondo della questione stava la qualifica (in termini di diritto sostanziale ovvero processuale) delle norme sulla prescrizione, in merito alla quale si davano (e si danno) divergenze di non secondario rilievo tra gli Stati dell'Unione.

Il richiamo alle tradizioni costituzionali comuni torna prezioso anche sotto un profilo di ordine generale. L'apprezzamento delle stesse, infatti, rimanda, in primo luogo, ad indirizzi interpretativi profondamente radicati in seno agli ordinamenti nazionali, ai quali la Corte dell'Unione attinge facendone quindi oggetto di originale rielaborazione. La migliore garanzia che può esser offerta agli Stati avverso soluzioni ricostruttive inadeguate o – diciamo pure – infedeli sta proprio in ciò: nel vincolo fatto alla Corte di giustizia di riferirsi ad indirizzi invalsi in ambito nazionale che davvero possano dirsi espressivi di “diritto viven-

<sup>48</sup> Sui non lievi problemi interpretativi posti dalla lettera del disposto in parola, v. A. VON BOGDANDY - S. SCHILL, *Overcoming Absolute Primacy: Respect for National Identity under the Lisbon Treaty*, in *Comm. mark. law rev.*, 48/2011, p. 1417 ss.; G. MARTINICO, *Lo spirito polemico del diritto europeo. Studio sulle ambizioni costituzionali dell'Unione*, Aracne, Roma 2011, spec. p. 206 ss., del quale v., inoltre, *Il potenziamento sovversivo dell'identità nazionale alla luce dell'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, in AA.VV., *Il caso Taricco e il dialogo fra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, cit., p. 241 ss.; in questo vol., praticamente in tutti gli scritti è fatto richiamo al principio di cui all'art. 4.2; S. GAMBINO, *Identità costituzionali nazionali e primauté eurounitaria*, in *Quad. cost.*, 3/2012, p. 533 ss.; M. STARITA, *L'identità costituzionale nel diritto dell'Unione europea: un nuovo concetto giuridico?*, in AA.VV., *Lo stato costituzionale di diritto e le insidie del pluralismo*, a cura di F. Viola, Il Mulino, Bologna 2012, p. 139 ss.; B. GUASTAFERRO, *Beyond the Exceptionalism of Constitutional Conflicts: The Ordinary Functions of the Identity Clause*, in *YB Eur. Law*, 1/2012, 263 ss., e, della stessa, *Legalità sovranazionale e legalità costituzionale. Tensioni costitutive e giunture ordinamentali*, Giappichelli, Torino 2013, spec. p. 190 ss.; F. VECCHIO, *Primazia del diritto europeo e salvaguardia delle identità costituzionali. Effetti asimmetrici dell'uropeizzazione dei controlimiti*, Giappichelli, Torino 2012; AA.VV., *National Constitutional Identity and European Integration*, a cura di A. Saiz Arnaiz - C. Alcobarro Llivinia, Intersentia, Antwerp 2013; M. CARTABIA, *sub art. 4*, in *Trattati dell'Unione europea*, a cura di A. Tizzano, Giuffrè, Milano 2014, p. 23 ss.; T. CERRUTI, *Valori comuni e identità nazionali nell'Unione europea: continuità o rottura?*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 24/2014, 24 dicembre 2014, e, pure *ivi*, G. CAPONI - V. CAPUOZZO - I. DEL VECCHIO - A. SIMONETTI, *Omogeneità costituzionale europea e identità nazionali: un processo di integrazione circolare tra valori costituzionali europei e teoria dei controlimiti*, E. CLOOTS, *National Identity in EU Law*, Oxford University Press, Oxford 2015; M. CONDINANZI, *I controlimiti come sintesi ideale tra primato da affermare e identità nazionale da rispettare*, in AA.VV., *Costa/Enel: Corte costituzionale e Corte di giustizia a confronto, cinquant'anni dopo*, a cura di B. Nascimbene, Giuffrè, Milano 2015, p. 119 ss.; P. CRUZ VILLALÓN, *La identidad constitucional de los Estados miembros: dos relatos europeos*, in *Scritti in onore di A. D'Atena*, I, Giuffrè, Milano 2015, p. 729 ss.; G. DI FEDERICO, *L'identità nazionale degli stati membri nel diritto dell'Unione europea. Natura e portata dell'art. 4, par. 2, TUE*, Editoriale Scientifica, Napoli 2017.

<sup>49</sup> Sulla conversione dei bilanciamenti interordinamentali in bilanciamenti infraordinamentali, in virtù del principio di apertura che ciascun ordinamento fa agli altri, v., volendo, già, il mio *Rapporti tra Corte costituzionale e Corti europee, bilanciamenti interordinamentali e “controlimiti” mobili, a garanzia dei diritti fondamentali*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 1/2011, 1 marzo 2011.

te”. Nessuna Corte nazionale – né la Corte costituzionale né la Corte della nomofilachia – possono, *uti singulae*, dichiararsi interpreti “autentiche” (nella ristretta e propria accezione del termine) delle tradizioni costituzionali dell’ordinamento di appartenenza, alla cui formazione e complessiva messa a punto tutti gli operatori di cultura sono chiamati a dare il loro fattivo concorso. Come si è tentato di mostrare in altri luoghi, la migliore risorsa di cui disponiamo avverso autoritarie imposizioni dei principi fondanti l’ordinamento, quand’anche provenienti dai massimi garanti della legalità costituzionale, viene proprio dall’apporto corale e radicato nel tessuto sociale e istituzionale alla emersione dei principi medesimi, il cui riconoscimento pertanto si ponga quale il frutto maturo e succoso di *consuetudini culturali* profondamente avvertite e pressoché sistematicamente rispettate<sup>50</sup>. Di qui, poi, piana la conclusione, sopra indicata, che considera quindi obbligato il giudice dell’Unione a tenere conto di tutto ciò nel momento in cui si appresta alla comparazione tra gli ordinamenti ed alla enucleazione delle tradizioni comuni.

Il riferimento al carattere consuetudinario del riconoscimento dei principi – siano essi quelli ai quali fa richiamo l’art. 4.2 e siano quelli componenti le tradizioni comuni –, allo stesso tempo in cui offre garanzie di cui cittadini ed operatori hanno comunque bisogno, rende duttili le relazioni tra le Corti e dà così modo a ciascuna di esse di smarcarsi da pronunzie eccentriche ed isolate delle altre Corti, devianti dagli indirizzi dalle stesse delineati o comunque non ancora radicatesi in seno all’ordinamento di appartenenza. Alla conclusione prospettata dalla Consulta con la sent. n. 49 del 2015 può, dunque, con le precisazioni fatte, assegnarsi generale valenza.

*7. Il giudice all’opera: dalla efficacia alla effettività della Carta, ovvero sia quale uso ormai più possa farsi della Carta dopo la sent. 269, in specie dandovi subito applicazione nei giudizi comuni, e quali scenari possano delinearci nel prossimo futuro per i rapporti tra le Corti, prevedibilmente segnati da nuovi ed aspri conflitti*

Si dispone ormai di tutti gli elementi necessari a completare il quadro in cui s’inscrivono e svolgono le tecniche decisorie con le quali la Carta può essere fatta valere nelle esperienze processuali, e segnatamente – per ciò che è qui di particolare interesse – in quelle invalse in ambito interno.

Non disponiamo purtroppo di dati sicuri che consentano di stabilire quale incidenza effettiva la Carta abbia avuto sull’andamento e sull’esito dei processi, specie di quelli comuni. Negli stessi giudizi davanti alla Corte costituzionale, nei quali vi si è fatto (e si fa) crescente riferimento<sup>51</sup>, essa non sembra aver giocato un ruolo decisivo al fine della risoluzione delle questioni di volta in volta prospettate, ponendosi piuttosto – come si diceva – a rinforzo di conclusioni che si sarebbero comunque avute anche solo facendo leva sui parametri costituzionali.

Quest’esito parrebbe essere ora “razionalizzato” dalla sent. 269, più volte cit. È vero che, prendendosi in essa in considerazione il caso della sostanziale coincidenza delle previsioni della Carta dell’Unione e di quelle della Costituzione, non si esclude – perlomeno

<sup>50</sup> Anche per le consuetudini, infatti, vale la regola della media osservanza, che ammette perciò il caso di sporadici dissensi, dei quali tuttavia deve aversi minore riscontro di quelli che si hanno nei riguardi di precetti prodotti da atti di normazione, rendendosi altrimenti problematico ed incerto lo stesso riconoscimento della esistenza delle norme consuetudinarie.

<sup>51</sup> Come rammenta A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, in *www.rivistaaic.it*, 4/2017, 6 novembre 2017, 4, richiamandosi ad una nota del Servizio studi della Consulta, a fine maggio 2017 la Carta risultava menzionata in ben 106 pronunce.

espressamente – che possa darsi il caso che sia denunciata la violazione solo della prima, vale a dire che si abbiano diritti unicamente in essa riconosciuti, e non pure dalla Costituzione; ed anzi v'è un passaggio della parte motiva della decisione suddetta che parrebbe avallare proprio l'ipotesi della diversificazione delle discipline<sup>52</sup>. Con la conseguenza che, ove alle previsioni stesse sia riconosciuto carattere non autoapplicativo, si dovrebbe appunto far luogo alla presentazione di una questione di legittimità costituzionale davanti alla Consulta, mentre qualora dovessero essere considerate *self-executing*, potrebbero ricevere subito applicazione da parte del giudice comune al posto di norme di legge con esse incompatibili.

Già in altri luoghi ho tuttavia manifestato sfiducia che quest'esito ricostruttivo possa essere davvero e fino in fondo tenuto fermo<sup>53</sup>: l'intera manovra posta in essere con la pronuncia in parola appare, infatti, essere decisamente nel senso di attrarre al sindacato accentrato di costituzionalità (o, meglio, ora, di “costituzionalità-eurounitarità”) ogni violazione della Carta di Nizza-Strasburgo, la quale perciò fatalmente rifluirebbe e si convertirebbe in violazione della Costituzione. D'altronde, già nella sent. n. 388 del 1999 – come si è poc'anzi rammentato – la Corte ha tenuto orgogliosamente a dichiarare che la nostra Carta costituzionale nulla ha da invidiare alle altre Carte in fatto di riconoscimento e tutela dei diritti fondamentali, ad essi in ogni caso offrendo una protezione non meno intensa di quella che è data da queste.

L'appiattimento dei contenuti delle Carte *quoad obiectum* sembra, dunque, essere totale, pur potendosi poi riscontrare una differenza di “gradi” o di intensità della tutela del medesimo diritto che, ad ogni buon conto, non vedrebbe – a giudizio della Consulta – comunque penalizzata la Costituzione.

Per questa via, come si vede, *non potrebbe darsi mai, in tesi, alcuna nostra tradizione costituzionale che non entri a comporre altresì una tradizione comune*. Il rischio al quale, tuttavia, si va incontro a seguire fedelmente un siffatto argomentare, spingendolo fino alle sue conseguenti conclusioni, è lo smarrimento della identità o della dimensione costituzionale sia dei diritti nazionali che di quelli europei, testimoniato peraltro dall'assorbimento della Carta dell'Unione da parte della Costituzione, dalla conversione – come si diceva – di ogni questione di eurounitarità, nella loro più densa, assiologicamente pregnante accezione, in questione di costituzionalità.

È vero che – come pure si diceva –, al fine dell'accertamento della violazione della Carta sovranazionale, il giudice delle leggi (e, prima ancora, il giudice *a quo*) non potrebbero non fare riferimento alla giurisprudenza della Corte di giustizia, segnatamente ai suoi indirizzi consolidati. Per un verso, però, nulla impedisce alla Consulta di pronunziarsi dapprima sulla violazione della Costituzione e quindi dichiarare assorbita la questione nella parte riguardante la supposta violazione della Carta di Nizza-Strasburgo, sì da parare il rischio del

---

<sup>52</sup> ... segnatamente laddove (al punto 5.2 del *cons. in dir.*), si dichiara che “I principi e i diritti enunciati nella Carta intersecano in larga misura i principi e i diritti garantiti dalla Costituzione italiana (e dalle altre Costituzioni nazionali degli Stati membri)” (invita a fermare l'attenzione sul punto F. FERRARI, *Quando confliggono diritto interno e diritto Ue: una sentenza della Corte*, in [www.laCostituzione.info](http://www.laCostituzione.info), 20 dicembre 2017).

<sup>53</sup> Raguagli nel mio *Corte di giustizia e Corte costituzionale alla ricerca di un nuovo, seppur precario, equilibrio: i punti (relativamente) fermi, le questioni aperte e due proposte per un ragionevole compromesso*, Relaz. all'incontro di studio su *Tra supremazia e controlimiti: una nuova fase nei rapporti tra ordinamento interno e ordinamento dell'Unione europea?*, a cura di R. Mastroianni, Napoli 29 gennaio 2018, in corso di stampa in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies* ([www.fsjeurostudies.eu](http://www.fsjeurostudies.eu)), spec. al § 2. Cfr. al punto di vista ivi manifestato quello che è ora espresso da R. CONTI, *Qualche riflessione, a terza lettura, sulla sentenza n. 269/2017*, in [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it), 1/2018, 16 febbraio 2018, spec. 9, e, dello stesso, ora, An, *quomodo e quando del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia quando è 'in gioco' la Carta dei diritti fondamentali UE. Riflessioni preoccupate dopo Corte cost. n. 269/2017 e a margine di Cass. n. 3831/2018*, *paper* illustrato al nostro incontro.

conflitto con la Corte dell'Unione<sup>54</sup>. Per un altro verso, poi, la Consulta dispone pur sempre dell'arma di riserva dei controlimiti, sia pure rappresentati sotto la veste delle tradizioni comuni con le quali – come si è veduto – possono farsi, in buona sostanza, coincidere.

Se le cose stanno così come qui sono viste, è da chiedersi quale spazio davvero residui, dopo la 269, per applicazioni dirette della Carta dell'Unione nelle pratiche processuali che hanno luogo presso le sedi in cui si amministra la giustizia comune.

È da mettere in conto – va detto senza troppi giri di parole – una reazione anche aspra da parte di larghi strati della giurisdizione all'accentramento del sindacato operato dalla 269, una reazione che potrebbe aversi per via sotterranea ovvero alla luce del sole: per l'una, attraverso un uso esasperato e francamente eccessivo della tecnica della interpretazione conforme<sup>55</sup>; per l'altra, attraverso la messa da canto di norme di diritto interno incompatibili con la Carta, accompagnata dall'applicazione diretta di quest'ultima. Quest'ultimo esito, peraltro, potrebbe giovare del supporto della Corte di giustizia che, interpellata in via pregiudiziale<sup>56</sup>, potrebbe spianare la via per l'applicazione diretta della Carta ed anzi imporla.

Non siamo ad oggi in grado di poter dire quale atteggiamento terrà il giudice dell'Unione davanti alla svolta segnata dalla 269<sup>57</sup>, col brusco riporto al sindacato accentrato

<sup>54</sup> A questa strategia processuale (a riguardo della quale v., part., A. BONOMI, *L'assorbimento dei vizi nel giudizio di costituzionalità in via incidentale*, Jovene, Napoli 2013) si fa riferimento nel mio scritto da ultimo cit., § 3.

<sup>55</sup> Questa eventualità, già altrove prospettata, è ora ripresa in considerazione da V. PICCONE, *A prima lettura della sentenza della Corte di Cassazione n. 4223 del 21 febbraio 2018*, cit.

<sup>56</sup> La qual cosa è dalla stessa sent. 269 comunque fatta salva, senza nondimeno che risulti stabilito l'ordine temporale in cui può porsi l'interpello del giudice dell'Unione rispetto alla eventuale proposizione di questione di legittimità costituzionale; e viene da pensare che quanto prima la Consulta, abbandonando un suo risalente orientamento, riconosca la precedenza – non siamo oggi in grado di dire, se subordinata a condizioni – della pregiudizialità costituzionale rispetto a quella “comunitaria” (*rectius*, eurounitaria). Maggiori ragguagli sul punto, ancora nella mia *op. et loc. ult. cit.*, dove sono altresì richiamati i contrari punti di vista manifestati da alcuni studiosi che hanno visto già nella 269 accolto questo mutamento d'indirizzo; *adde*, ora, F.S. MARINI, *I diritti europei e il rapporto tra le Corti: le novità della sentenza n. 269 del 2017*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 4/2018, 14 febbraio 2018; A. ANZONI DEMMIG, *La Corte riprende il proprio ruolo nella garanzia dei diritti costituzionali e fa un altro passo avanti a tutela dei “controlimiti”*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 28 febbraio 2018, e, nella stessa *Rivista*, A.-O. COZZI, *Diretta applicabilità e sindacato accentrato di costituzionalità relativo alla violazione della Carta europea dei diritti fondamentali*, 1 febbraio 2018; di quest'ultima, v., inoltre, con specifico riguardo all'ordine (assai vario) con cui sono esaminate le denunce di violazione congiunta della CEDU e della Costituzione, *L'ordine logico di esame della violazione dell'art. 117, c. 1, Cost. nella giurisprudenza costituzionale sulla CEDU*, in [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it), 1/2018, 2 marzo 2018. Da ultimo, un'approfondita riconsiderazione dell'intera questione è in R.G. CONTI, *An, quomodo e quando del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia quando è ‘in gioco’ la Carta dei diritti fondamentali UE*, cit.

L'occasione per un chiarimento in seno al rapporto tra pregiudizialità eurounitaria e pregiudizialità costituzionale è oggi offerta da Cass., II Sez. civ., 16 febbraio 2018, n. 3831, che si è senza indugi orientata nel senso di dare la precedenza a quella costituzionale (la qual cosa è stata intesa quale allineamento ad una indicazione in tal senso che sarebbe venuta dalla sent. 269: D. TEGA, *Il seguito in Cassazione della pronuncia della Corte costituzionale n. 269 del 2017: prove pratiche di applicazione*, in [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), 12 marzo 2018). Il giudice della nomofilachia parrebbe dare così un *assist* al giudice costituzionale, che però – come si dirà a momenti – potrebbe trovarsi in difficoltà nel raccogliarlo.

<sup>57</sup> Si è sforzata di prospettare, sia pur problematicamente, una lettura di alcuni passi della parte motiva della 269 al fine di evitare il conflitto col diritto dell'Unione (e, perciò, la prevedibile rottura con la sua Corte) L.S. ROSSI, *La sentenza 269/2017 della Corte costituzionale italiana: obiter “creativi” (o distruttivi?) sul ruolo dei giudici italiani di fronte al diritto dell'Unione europea*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 3/2018, 31 gennaio 2018; la tesi del deciso cambiamento di rotta è, invece, argomentata nella mia nota alla decisione, dal titolo *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario assiologicamente pregnanti, attratte nell'orbita del sindacato accentrato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell'Unione self-executing (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017)*, in [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it), 3/2017, 18 dicembre 2017. In un non dissimile ordine di idee, peraltro, sembra disporsi la dottrina corrente, pur dividendosi tra quanti hanno plaudito al nuovo indirizzo e quanti vi si sono dichiarati decisamente contrari (nel primo senso, tra gli altri, L. SALVATO, *Quattro interrogativi preliminari al dibattito aperto dalla sentenza n. 269 del*

anche dei casi che invece potrebbero seguire ad essere risolti a mezzo dell'applicazione diretta della Carta (perlomeno di alcune sue norme). L'apertura di un nuovo fronte di guerra tra le Corti è, dunque, da mettere in conto, salvo che non si riesca a raggiungere un ragionevole compromesso – come mi è parso giusto di chiamarlo<sup>58</sup> –, quale potrebbe esser dato dal riconoscimento ai giudici comuni, per i casi di congiunta violazione delle due Carte, della facoltà di stabilire a quale Corte rivolgersi per prima o, magari, in via esclusiva, a seconda del grado di maggior gravità ed evidenza della violazione stessa. La qual cosa potrebbe portare ora al sindacato accentrato di legittimità costituzionale, allo specifico fine di verificare la rispondenza a Costituzione della norma di legge valevole per il caso, ed ora al rinvio pregiudiziale alla Corte dell'Unione (in relazione al contrasto della norma medesima con la Carta di Nizza-Strasburgo): per la prima evenienza, potrebbe assistersi alla caducazione della norma interna con effetti *erga omnes*<sup>59</sup>; per la seconda, alla sua disapplicazione con effetti circoscritti al caso<sup>60</sup>.

Di quest'opportunità non ha ritenuto di doversi al momento avvalere la Cassazione, nella pronuncia della II Sez. civ. appena richiamata, con ogni probabilità allo scopo di non drammatizzare il conflitto, pur sempre incombente, con la Consulta<sup>61</sup>. Si fa, infatti, notare che, una volta attivato il rinvio pregiudiziale *ex art.* 267 TFUE e ricevuta risposta nel senso della incompatibilità di norma interna con norma della Carta di Nizza-Strasburgo *self-executing*, sarebbe giocoforza dar subito applicazione di quest'ultima al posto della prima. Ciò che con ogni probabilità comporterebbe un conflitto col giudice delle leggi; e un conflitto altresì si sarebbe potuto avere, spianando subito la via al rinvio pregiudiziale alla Corte dell'Unione, tra quest'ultima e la Corte costituzionale i cui negativi effetti avrebbero finito col riflettersi sulla stessa Cassazione. L'iniziativa, tra l'altro, si traduce pur sempre in una pressione nei riguardi del giudice costituzionale, soprattutto per il caso che quest'ultimo dovesse far salva la norma di legge portata alla sua cognizione. La Cassazione non si trattie-

---

2017, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 18 dicembre 2017, e, pure *ivi*, D. TEGA, *La sentenza n. 269 del 2017 e il concorso dei rimedi giurisdizionali costituzionali ed europei*, 24 gennaio 2018; nel secondo, R.G. CONTI, *La Cassazione dopo Corte cost. n. 269/2017. Qualche riflessione, a seconda lettura*, nella stessa *Rivista*, 28 dicembre 2017, e, dello stesso, ora, *Qualche riflessione, a terza lettura, sulla sentenza n. 269/2017*, cit., e An, *quomodo e quando del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia quando è 'in gioco' la Carta dei diritti fondamentali UE*, cit.; C. SCHEPISI, *La Corte costituzionale e il dopo Taricco. Un altro colpo al primato e all'efficacia diretta?*, in [www.dirittounioneuropea.eu](http://www.dirittounioneuropea.eu), *Oss. eur.*, dicembre 2017, e, ora, V. PICCONE, *A prima lettura della sentenza della Corte di Cassazione n. 4223 del 21 febbraio 2018*, cit.).

<sup>58</sup> ... ancora nel mio *Corte di giustizia e Corte costituzionale alla ricerca di un nuovo, seppur precario, equilibrio: i punti (relativamente) fermi, le questioni aperte e due proposte per un ragionevole compromesso*, cit.

<sup>59</sup> È stato sostenuto da un'accreditata dottrina (R. MASTROIANNI, *La Corte di giustizia e il controllo di costituzionalità: Simmenthal revisited?*, in *Giur. cost.*, 5/2014, 4097 s.) che, pur dopo l'eventuale annullamento della norma di legge da parte della Consulta, la stessa potrebbe costituire ugualmente oggetto di una domanda di rinvio pregiudiziale. Questa tesi, pur finemente argomentata, non mi persuade per le ragioni esposte nel mio scritto per ult. cit. § 3. Nulla, invece, ovviamente si oppone all'utilizzo dello strumento del rinvio a seguito di una pronuncia di rigetto, quanto meno a stare alla comune opinione secondo cui le stesse non vanno in giudicato.

<sup>60</sup> Non è chiaro, invece, cosa fare a tener ferma l'indicazione data dalla 269, per il caso che la risposta della Corte di giustizia porti al riscontro della violazione della Carta di Nizza-Strasburgo. Con ogni probabilità, il giudice sarebbe qui abilitato (*rectius*, tenuto) a riproporre la questione alla Consulta (nell'assunto della sostanziale coincidenza delle due Carte) perché converta l'originaria decisione di rigetto in una di accoglimento. E, invero, in una congiuntura siffatta non si produrrebbe l'effetto preclusivo usualmente discendente dalle decisioni di rigetto, a motivo del mutamento di quadro (o – piace a me dire – di situazione normativa) conseguente alla pronuncia della Corte dell'Unione.

<sup>61</sup> V., infatti, quanto se ne dice nella mia nota dal titolo *Una prima, cauta ed interlocutoria risposta della Cassazione a Corte cost. n. 269 del 2017 (a prima lettura di Cass., II sez. civ., 16 febbraio 2018, 3831-18, Bolognesi c. Consob)*, in *Consulta OnLine*, 1/2018, 23 febbraio 2018, p. 82 ss. e, ora, in R.G. CONTI, *An, quomodo e quando del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia quando è 'in gioco' la Carta dei diritti fondamentali UE*, cit., e V. PICCONE, *A prima lettura della sentenza della Corte di Cassazione n. 4223 del 21 febbraio 2018*, cit. Cfr. sul punto la lettura che ora ne dà D. TEGA, *Il seguito in Cassazione della pronuncia della Corte costituzionale n. 269 del 2017*, cit.

ne dall'anticipare – ed è una stranezza – i motivi del futuro, minacciato atto di rinvio pregiudiziale<sup>62</sup>, da cui – come si è veduto – potrebbe discendere la disapplicazione della norma interna uscita indenne dal giudizio di costituzionalità<sup>63</sup>.

Quand'anche, poi, dovesse tenersi fermo il punto di diritto fissato in Corte cost. n. 269, ugualmente potrebbe aversi applicazione diretta della Carta dell'Unione (e, *mutatis mutandis*, della CEDU, alla quale pure le considerazioni che ora si faranno possono estendersi) per l'ipotesi di mancanza di norma di legge specificamente valevole per il caso<sup>64</sup>.

A stare all'ordine di idee della sostanziale coincidenza *per sistema* delle norme della Carta dell'Unione e di quelle della Costituzione, il caso ora ragionato si risolve infatti in quello dell'applicazione diretta della Costituzione stessa, a favore della quale – come si sa – la dottrina si è da tempo (e con dovizia di argomenti) espressa. Può, nondimeno, aversi anche ad ammettere – così come, si è veduto, va a mia opinione ammesso – che soccorra ai fini del caso una previsione della Carta sovranazionale di cui non si abbia invece riscontro nella Carta costituzionale, ovverosia in buona sostanza che il caso stesso abbia costituito oggetto di pronunzie (tanto più se componenti un indirizzo “consolidato”) della Corte di giustizia, senza che sullo stesso abbia ancora avuto modo di pronunziarsi il giudice delle leggi o magari – e perché no? – la Cassazione o altro giudice.

La questione poi si complica per la eventualità che alla previsione della Carta dell'Unione non si riconosca carattere *self-executing*. Anche in siffatta circostanza, però, potrebbe valere la soluzione ormai invalsa per la Costituzione, consentendo al giudice comune di desumere dai principi costituzionali, considerati nel loro fare “sistema”, la regola buona per il caso e farne utilizzo con beneficio dei beni della vita che in esso reclamano tutela; tanto più, poi, se – come si diceva – si ragiona nel senso della sostanziale coincidenza tra le due Carte. Non portando ad applicazione la norma sovranazionale, si lascerebbe infatti pa-

<sup>62</sup> A giudizio di D. TEGA, *Il seguito in Cassazione della pronuncia della Corte costituzionale n. 269 del 2017*, cit., la Cassazione avrebbe qui preso atto di non poter dare, dopo la 269, la precedenza al rinvio pregiudiziale rispetto alla proposizione della questione di costituzionalità e si sarebbe, pertanto, limitata a “passare i propri appunti” alla Consulta. A mio modo di vedere, invece, l'organo della nomofilachia ha semplicemente ritenuto opportuno, al fine di non esasperare – per il momento – il conflitto col giudice costituzionale, dare subito la parola a quest'ultimo, allo stesso tempo incoraggiandolo a rappresentare, ove lo reputi opportuno, i quesiti che in un momento successivo potrebbero essere dalla stessa Cassazione sottoposti al vaglio della Corte dell'Unione. Come si diceva poc'anzi, dobbiamo dunque restare in attesa di vedere se la Corte costituzionale si spingerà nel prossimo futuro – magari profittando dell'occasione offerta dalla chiusura del caso *Taricco* – a dichiarare che di qui in avanti la pregiudizialità costituzionale sempre precede (ed ha da precedere) quella “comunitaria”. Una risoluta presa di posizione, questa, che tuttavia potrebbe risultare sgradita, a un tempo, ai giudici comuni e alla Corte dell'Unione.

<sup>63</sup> Nella pronuncia della Cassazione, cui si fa ora riferimento, si ragiona attorno ad un passo della sent. 269, dietro cit., che potrebbe preludere alla disapplicazione della legge nazionale “per altri profili” rispetto a quelli presi in esame dalla sentenza di rigetto della Consulta. Si aggiunge, però, che, così inteso questo passaggio, si porrebbe in contrasto con quanto deciso dalla Corte di giustizia in *Global Starnet* [sul disallineamento tra gli orientamenti delle due Corti, può vedersi, se si vuole, il mio *Ancora in tema di congiunte violazioni della Costituzione e del diritto dell'Unione, dal punto di vista della Corte di giustizia (Prima Sez., 20 dicembre 2017, Global Starnet)*, in [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it), 1/2018, 9 gennaio 2018]. Ciò che obbligherebbe la Cassazione stessa a discostarsi dall'indicazione del giudice costituzionale: si sollecita pertanto un “chiarimento” (*rectius*, un ripensamento?) di quest'ultimo sul punto.

<sup>64</sup> Dei diritti privi di base legislativa hanno variamente discusso A. MORELLI, *I diritti senza legge*, e G. MOSCHELLA, *Ruolo dei giudici e ruolo del legislatore a tutela dei diritti fondamentali*, entrambi in *Scritti in onore di G. Silvestri*, cit., II, risp., p. 1452 ss. e p. 1486 ss.; i contributi ospitati nel fasc. 2/2016 di *Dir. pubbl.*; P. BONINI, *Brevi considerazioni sul rapporto tra la legislazione per omissione e decisione giurisdizionale*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 14/2017, 5 luglio 2017; A.O. COZZI, *Diritti e principi sociali nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, cit.; G. SORRENTI, *Il giudice soggetto alla legge... in assenza di legge: lacune e meccanismi integrativi*, relaz. al Seminario del Gruppo di Pisa su *Crisi della giustizia e (in)certezza del diritto*, Brescia 24 novembre 2017, in [www.gruppodipisa.it](http://www.gruppodipisa.it), e, già, se si vuole, il mio *Linguaggio del legislatore e linguaggio dei giudici, a garanzia dei diritti fondamentali*, in *Consulta OnLine*, III/2015, 13 novembre 2015, p. 769 ss.

rimenti inapplicata quella costituzionale<sup>65</sup>; ciò che si ritiene comunemente non potersi (e doversi) avere. Per quest'aspetto, come si vede, la stessa distinzione usuale tra disposizioni suscettibili di applicazione diretta e disposizioni prive di siffatta attitudine viene a scemare, restando nondimeno fermo non essere affatto la stessa cosa che, a fronte del dettato costituzionale e/o della Carta sovranazionale, si dia ovvero non si dia una norma di legge e sia o non sia essa compatibile rispetto a quelli.

---

<sup>65</sup> In realtà, per le ragioni dietro esposte, si dovrebbe discorrere, più che di “applicazione”, di “attuazione” dei principi, producendo il giudice una regola dapprima inesistente e facendola valere per il caso.