

## *Happy birthday; il primo anno di “obbligatorietà” della Carta di Nizza nella giurisprudenza della Corte di giustizia*

Giuseppe Bronzini

*"È un giudice della Corte Suprema. Ha scritto la Roe contro Wade. Lo so, -disse Patty. Mia madre gli ha praticamente eretto un altare e brucia incenso in suo onore".*

Jonathan Franzen, *Libertà*, Einaudi 2011 pag.95.

1. Premessa: dal “Progetto Carta” alla Carta in action. 19
2. Le linee di penetrazione della Carta dei diritti nella giurisprudenza della Corte di giustizia: uno sguardo d’insieme. 23
3. I “paletti” della Corte: la valorizzazione della Carta senza la sovversione dei Trattati. 26
4. La Carta oltre le competenze dell’Unione e l’art. 6 TUE: una via giudiziaria al federalismo? 32

## 1. Premessa: dal “Progetto Carta” alla Carta in action.

In una graffiante, recente, requisitoria contro la retorica europea dei diritti Joseph H. H. Weiler la individua come “una maschera per celare quello che è il vero e proprio deficit del potere politico degli individui nella democrazia europea. *Ius et circenses* potrebbe essere il motto più appropriato per il nuovo millennio europeo: asfissiateli di diritti – che sono ciò di cui non hanno davvero bisogno – e così li terrete a bada”<sup>(52)</sup>. Questo contributo non è mirato a confutare direttamente le tesi di Weiler che, da un punto di vista più profondo, lamenta da tempo anche la cultura individualista, spoliticizzante ed alla fine cinica veicolata attraverso il privilegio, anche simbolico, conferito nel processo di integrazione al soggetto come portatore di diritti fondamentali, ma un primo bilancio dell’intensificazione della tutela giudiziaria di fonte sovranazionale voluta con il *Lisbon Treaty*, può aiutarci a capire se si tratti di un fenomeno secondario ed alla fine trascurabile e, soprattutto, se i temi della coesione e della solidarietà ne risultino, concretamente, rafforzati, anche nella loro naturale connessione con la nozione di cittadinanza europea.

Per valutare, sia pure *prima facie* e con un sintetico sguardo d’insieme, quel che è accaduto nel primo anno di applicazione della Carta di Nizza<sup>(53)</sup>, dopo l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona con la nuova formulazione dell’art. 6 TUE che ha reso la Carta “vincolante” ed ha attribuito ai diritti ivi previsti lo stesso *legal value* delle norme dei Trattati e per cercare di anticipare quali potrebbero essere gli sviluppi ragionevoli di tale giurisprudenza nel medio periodo, non è sufficiente una semplice rassegna obiettiva dei casi decisi dalla Corte con richiami, più o meno determinanti, alla Carta. Occorre, necessariamente, in qualche modo ricostruire la *mission* attribuita al Testo, sin dalla sua iniziale elaborazione, le speranze riposte nella codificazione dei diritti fondamentali appartenenti ai cittadini europei, e confrontarle con il presente, con quelle linee di approfondimento della tutela via *Bill of rights* europeo che già emergono dalle aule del Lussemburgo.

Premetto, però, che il mero dato statistico ci avverte che sembra essersi realizzata una forte discontinuità con la “preistoria” della Carta (i nove anni di applicazione prima dell’1 dicembre del 2009, quale atto di *soft law* dotato di efficacia “anticipata” come ha scritto Peter Häberle) e che effettivamente siamo entrati a piene mani nella sua “storia”. Il ritmo delle *quotations* è inequivoco: riassumendo, nessuna sentenza dal 7 dicembre del 2000 sino al 27 giugno del 2006 (sentenza sui ricongiungimenti familiari), poi 16 sentenze<sup>(54)</sup> dal 27 giugno del 2006 al 1 dicembre del 2009, 28 dal 1 dicembre del 2009 a fine 2010<sup>(55)</sup>; ad oggi si è ampiamente superato la trentina, cui si

<sup>52</sup> J. H.H. Weiler, *Individui e diritti: l’uva acerba*, in Quaderni costituzionali n. 3/2010, pag. 610.

<sup>53</sup> Una prima a valutazione in R. Mastroianni, *I diritti fondamentali dopo Lisbona tra conferme europee e malintesi nazionali*, in *Diritto pubblico europeo e comparato*, n. IV/2010, editoriale pag. XX1 ss. Nel beve intervento, anche alla luce dell’ordinanza del 1.10.2010 *Affatato* e della sentenza del 22.12.2012 *Sayn Wittgestein*, si suggerisce che la nuova disposizione di cui all’art. 4, n. 2 TUE, in entrambe richiamata, possa indurre uno scrutinio da parte della stessa Corte sul rilievo costituzionale interno della questione esaminata, si da tranquillizzare le stesse Corti costituzionali.

<sup>54</sup> Almeno il sito [www.europeanrights.eu](http://www.europeanrights.eu), che monitora dal 2006 in via sistematica il richiamo alla Carta nella giurisprudenza delle Corti europee ed in quella di alcuni paesi membri, ne ha contate 16. Le sentenze sono classificate nel sito secondo i diritti protetti dal testo di Nizza e si trovano con la data di pubblicazione rispettivamente o nel *banner* di ricerca “giurisprudenza europea” o in quello “giurisprudenza nazionale”.

<sup>55</sup> Verranno qui esaminate tutte le sentenze del 2010 che richiamano la Carta (ben 4 del 22.12.2010) ed anche la decisione del 1.3.2011 C-236/09, *Association belge des Consummateurs Test-Achats ASBL* che è forse la più importante di tutte per le ragioni che diremo. L’elenco è il seguente: la sentenza del 10.12.2009 (C-323/08), *Ovidio Rodriguez Mayor* (art.30); la sentenza del 23.12.2009 (C-403/09), *Detiček*, (art. 24); sentenza 19.1.2010 (C-555/07), *Kücüdvenci* (art. art. 21); sentenza 2.3.2010 (C-175/08, C-176/08, C-178/08, C-179/08), *Abdulla* (art. 18); sentenza 4.3.2010(C-578/08), *Chakroun* (art. 7); sentenza 18.3.2010 (C-317/08, C-318/08, C-319/08, C-320/08), *Allassini* (art. 47); sentenza 1.7.2010 (C-407/08), *Knauf Gips KG* (artt. 47 e 52); sentenza 1.7.2010 (C-211/2010 PPU), *Povse* (art. 24); sentenza del 15.7.2010 (C-271/08), *Commissione/Germania* (art. 28); sentenza 8.11.2010 (C-409/06), *Winner Wetten GmbH*

aggiungono numerosissime altre decisioni del Tribunale di primo grado ed innumerevoli conclusioni degli Avvocati generali, anche su temi molto sensibili per l'opinione pubblica continentale come i reati contro i diritti della personalità commessi su Internet, la brevettabilità degli embrioni umani ed anche la delicata questione della retroattività della legge civile <sup>(56)</sup>.

Non è cessata peraltro l'utilizzazione della Carta da parte della Corte di Strasburgo; l'art. 9 è stato tenuto bene a mente nella sentenza del 24 giugno del 2010 *Schalk e Kopf c. Austria* sul diritto al matrimonio di una coppia *gay*, sentenza attentamente motivata e molto equilibrata, anche sotto il profilo del rispetto della "vita familiare", cui è stata per la prima volta ricondotta una unione tra persone dello stesso sesso, mentre la questione è stata archiviata (nonostante le puntuali ordinanze dei giudici di merito che si erano appellati alle fonti internazionali, alla Carta dei diritti Ue ed alla giurisprudenza delle Corti europee) con una certa superficialità dalla nostra Corte nella sentenza n. 138/2010 <sup>(57)</sup>, che si è astenuta persino dal tanto atteso "monito solenne" al legislatore ad intervenire in una materia lasciata all'anomia gravemente discriminatoria nei fatti per le coppie non di tipo tradizionale. Nell'arresto della Corte dei diritti dell'uomo non si è smentito quanto già sostenuto nella storica *Goodwin* del 2002, ma si è tenuto presente che l'Austria aveva appena introdotto una normativa molto avanzata sulle unioni di fatto e che le situazioni affrontate nelle due sentenze erano dissimili (coppia nella quale un soggetto è transessuale e unione *gay*), sì che la stessa sentenza contro l'Austria costituisce un precedente che mette in mora l'Italia che non ha, come detto, alcuna disposizione *ad hoc* per proteggere la "vita familiare" della coppie *gay*.

La Corte dei diritti dell'uomo ha poi richiamato l'autorevolezza del Testo di Nizza con la sentenza del 21 gennaio 2011, *M.S.S. c. Belgio e Grecia* nel censurare (indirettamente) l'ordinamento Ue con riguardo al cosiddetto "sistema Dublino" sul diritto di asilo, almeno per quel che concerne il terminale greco del sistema, ove il diritto non ha alcuna tutela effettiva. Si è sottolineato come il Trattato di Lisbona abbia comportato il crescente impegno dell'Unione in questa materia, pur

---

(art. 47); sentenza 14.9.2010 (C-550/07), *Akzo Nobel Chemicals Ltd.* (artt. 20 e 21), sentenza 16.9.2010 (C-149/08), *Chatzi* (artt. 20 e 24); sentenza 5.10.2010 (C-400/10 PPU), *JMcB* (artt. 7 e 24, 51, 52), sentenza 7.10.2010 (C-162/09 *Secretary of State for work and pensions* (art. 45); sentenza del 14.10.2010 (C-243/09), *Fuß* (art. 47); sentenza 11.11.2010 C-232/09), *Danos* (art. 23); sentenza 9.11.2010 (C-57/09, C-101/09), *B. e C.* (art.18); sentenza 9.11.2010 (C-92/09, C-93/09), *Volker and Markus Schecke GbR* (artt. 7,8 e 52); sentenza 23.11.2010 (C-145/09), *Land Laden Wüttemberg* (art.7); sentenza 22.12.2010 (C-279/09), *DEB Deutsche Energiehandels* (artt. 47 e 52); sentenza del 22.12.2010 (C-444/09 e C-456/09), *Rosa Gaviero* (art. 47), sentenza del 22.12.2010 (C-208/09), *Ilonka Sayn Wittgenstein* (artt. 7 e 20); sentenza del 22.12.2010 (C-491/2010), *Joseba Andoni Aguirre Zarraga* (art. 24); sentenza del 1.3.2011 (C-236/09), *Association belge des consommateurs* (art. 21 e 23); sentenza del 17.3.2011 (C-211/09), *Ajd Tuna Ltd.* (art. 47 e 41), sentenza del 17.3.2011 (C-372/09-C-373/09), *Penrrooja*, (art. 47); sentenza del 29.3.2011 (C-352/09), *Thyssen Krupp*, (art. 49.1). Inoltre le sentenze 21.9.2010 (C-514/07, C-528/07), *Suède/Api et Commission* e quella del 29.6.2010 (C-28/08), *Bavarian Lager* affermano che la politica di trasparenza contribuisce a rafforzare i principi di democrazia e di rispetto dei diritti fondamentali sanciti all'art. 6 TUE e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Ue; le sentenze del 21.10.2010 (C-306/09), *I.B.* e del 16.11.2010 (C-261/2009), *Mantello* ricordano che la decisione quadro sul MAE ribadisce il rispetto dei diritti della Carta e la sentenza del 17.6.2010 (C-31/09), *Bolbol* conferma tale rispetto anche per quanto riguarda la direttiva sui rifugiati. La Carta (art.21) è stata anche richiamata nella "svogliata" ordinanza dell'11.11.2010

*Vino* (C-20/2010), in materia di contratti a termine affetta da notevoli incomprensioni tra il giudice del rinvio e la Corte.

<sup>56</sup> Rispettivamente: conclusioni dell'A.G. Villalon del 29.3.2011 (C-509/09 e C-161/10), *E Date Avertising GmbH*; conclusioni dell'A.G. Bot del 10.3.2011 (C-34/10), *Büstel*, conclusioni dell'A.G. Bot del 5.4.2011 (C-108/2010), *Scattolon*, quest'ultima sulla *vexata quaestio* italiana relativa al regime giuridico del personale ATA che sembra voler lasciare al giudice di rinvio una certa discrezionalità per verificare la possibile lesione dell'art. 47 della Carta da parte del legislatore italiano, esclusa invece, come noto, non solo dalla Corte di cassazione, ma anche – implicitamente – dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 311/2009, sia pure con riferimento alla giurisprudenza di Strasburgo sulla retroattività della legge civile. Se la Corte dovesse seguire le indicazioni dell'A.G. si potrebbe determinare il primo, serio e sostanziale, conflitto di orientamenti tra giurisdizione dell'Unione e quella interna italiana.

<sup>57</sup> cfr. L. D'Angelo, *La consulta al legislatore: questo matrimonio "non s'ha da far"*; M. Croce, *Dalla Corte un deciso stop al matrimonio omosessuale*; S. Spinelli, *Il matrimonio non è un'opinione*. Tutti leggibili su [www.forumquadernicostituzionali.it](http://www.forumquadernicostituzionali.it)

sabotato nella prassi da alcuni stati. La spinta della Corte ad “internazionalizzare” la Carta di Nizza, iniziata nel 2002 con la *Goodwin* sino ad arrivare ad esiti molto radicali persino in materia sociale con la *Demir* <sup>(58)</sup> nel 2008, non si è quindi di certo arrestata.

Tornando alla questione prima accennata, parafrasando un celebre saggio del 2001 di Alessandro Pace, vale la pena di rammentare a che cosa si pensava potesse servire la Carta di Nizza? <sup>(59)</sup>. Sono sempre più rari i documenti dell’Unione che restringono tale ruolo al mero aspetto ricognitivo dello stato dell’arte già raggiunto in via giurisprudenziale e codificato nell’art. 6 del Trattato sull’Unione licenziato a Maastricht; la stessa logica della *law in action* nella giurisprudenza multilivello sulla Carta ha ormai dissolto l’idea che si tratti di un’operazione meramente di facciata; il monitoraggio sulla sua concreta implementazione, del resto, è oggetto di una Strategia promossa con forza dalla Commissione che l’ha indicata come baricentro dell’azione dell’UE: “at each stage of law – making in the EU – from the day the European Commission starts preparing its proposals, throughout their amendments in the legislative process and up to the day they enter into force one adopted by the European Parliament and by the Council, and to their implementation by member states” <sup>(60)</sup>.

Vale la pena sul punto di richiamare il documento che è alla base del “progetto Carta”, il cosiddetto Rapporto Simitis, dal nome dell’insigne Presidente della Commissione ristretta che nel 1998 l’ha elaborato per conto delle istituzioni di Bruxelles: la codificazione europea della materia dei *fundamental rights* doveva, per tale documento, assolvere a tre esigenze fondamentali, quella di visibilità dei diritti, di certezza e di legittimazione dell’operato della Corte di giustizia e di equiparazione tra i diritti di diversa generazione con il conferimento di uno *status* primario a quelli di natura economico-sociale (ed anche alla pretese cosiddette di quarta generazione) sino ad allora tutelati in via pretoria secondo una metodologia occasionalistica ed epifenomenica, come si è affermato spesso da costituzionalisti attenti allo statuto dei diritti di *welfare* <sup>(61)</sup>, cioè in vista del raggiungimento degli obiettivi di tipo funzionalistico dell’integrazione europea.

Le prime due esigenze possono essere saldate tra di loro e lette come il tentativo, attraverso la codificazione, di introdurre nel contesto ordinamentale un punto di vista interno di natura costituzionale, legato ad una *higher law*, certamente prodotto delle tradizioni costituzionali, ma filtrate, sublimato e condotto a “sistema” nella complessa opera di “codificazione” della materia. Si tratta del progetto e del disegno che soprattutto le opere di Ingolf Pernice e di Armin von

<sup>58</sup> Su tale sentenza cfr. G. Bronzini, *Diritto alla contrattazione collettiva e diritto di sciopero entrano nell’alveo protettivo della Cedu: una nuova frontiera per il garantismo sociale in Europa?*, in RIDL, n. 4/2009 p. 970 ss.

<sup>59</sup> A. Pace, *A che serve la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea? Appunti preliminari*, in Giur. cost., 2001, p. 194 ss. L’autore propende per una versione “minimalista” del ruolo della Carta, più che altro come atto ricognitivo dell’esistente che, a distanza di oltre dieci anni dalla sua proclamazione, pur corrispondendo ad alcuni passaggi di Documenti ufficiali dell’Unione, certamente appare datata.

<sup>60</sup> Come si afferma nel primo Report

([http://www.oppic.it/index2.php?option=com\\_docman&task=doc\\_view&gid=310&Itemid=60](http://www.oppic.it/index2.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=310&Itemid=60)) sull’applicazione della Carta del 2010, strumento introdotto per monitorare gli effetti della Carta, accanto alla valutazione di impatto all’inizio del processo legislativo. La precedente Comunicazione della Commissione sull’*enforcement* della Carta è leggibile in

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0573:FIN:EN:PDF>; importanti riferimenti al ruolo anche “politico” della Carta nelle conclusioni del Consiglio del 13.4.2011, in

<http://www.statewatch.org/news/2011/may/eu-council-draft-concl-charter-fr-9008-rev1-11.pdf>

<sup>61</sup> Per la dottrina italiana cfr. M. Luciani (2000), *Diritti sociali e costituzione europea*, in Associazione italiana dei costituzionalisti (2000), *Annuario 1999. La Costituzione europea*, p. 507 ss.

Bogdandy ci restituiscono in termini di *multilevel constitutionalism* <sup>(62)</sup> o di *founding principles* <sup>(63)</sup>. Il ruolo della Corte Ue in questo cammino, che possiamo considerare veramente avviato solo con il 1 dicembre 2009, è certamente prioritario e cruciale, perché ad essa <sup>(64)</sup> spetta l'interpretazione di ultima istanza della *higher law* sovranazionale. Ma, guardando la stessa dinamica dal punto di vista del giudice nazionale (che è l'interlocutore immediato e "naturale" della Carta quale giudice comune dei diritti), che sostanzialmente attraverso il rinvio pregiudiziale contesta la legge nazionale più che chiedere chiarimenti sul diritto dell'Unione, come si vede ormai avvenire nel 95% dei casi, la Corte di giustizia finisce con il risolvere il rapporto tra fonti non tanto in senso gerarchico <sup>(65)</sup>, ma – alla fine – in senso funzionale al processo stesso di integrazione, nel governare l'attribuzione di garanzie essenziali per i cittadini europei in una logica propriamente costituzionale, se si accetta l'idea del costituzionalismo moderno secondo cui la legittimità di un ordinamento è attribuita non solo attraverso la delegazione democratica della volontà, ma anche attraverso la garanzia dei *fundamental rights*. L'apparente contrasto tra l'espansione dei poteri della Corte del Lussemburgo attraverso il prepotente rafforzamento della semantica dei diritti nell'ordinamento dell'Unione e il crescente richiamo da parte della stessa Corte ai giudici ordinari a trovare loro direttamente ed in modo innovativo, se necessario, gli strumenti per garantirli<sup>(66)</sup> è solo apparente, stante il carattere *sui generis* del federalismo europeo "vivente", nel quale il carattere reticolare e eterarchico di fonti ed istituzioni rende inutile una lettura impropria dei processi di fusione di orizzonti giurisprudenziali in corso in senso lineare, dall'alto verso il basso, dalla Corte ai giudici comuni <sup>(67)</sup>.

Tornando alla *kehre* del 1 dicembre del 2009, in sostanza, attraverso la Carta, si inverte un processo quarantennale; mentre le sentenze e le direttive sono state le fonti della codificazione, il Testo di Nizza finisce con il retroagire con la forza anche simbolica di un *Bill of rights* sulle prime enfatizzando il senso ed il significato dei diritti fondamentali, *ut magis valeant* perché assistiti e riconosciuti in una Carta dal valore costituzionale, dal punto di vista sostanziale e funzionale. Senza ricorrere ad indebite forme di *domestic analogy*, l'imporsi del codice dei *fundamental rights* nelle Corti dovrebbe finire anche con l'agire a sua volta sulle politiche, spingendo a colmare lacune o inerzie del "progetto Europa" (come emerge anche dai documenti della Commissione

<sup>62</sup> cfr. I. Pernice-R. Kanitz, *Fundamental rights and multilevel constitutionalism in Europe*, in *WHI paper*, n.7, 2004 e i più recenti I. Pernice "the Treaty of Lisbon and fundamental rights", *WHI paper* n. 7/2008 e "The treaty of Lisbon: multilevel constitutionalism in action", *WHI paper* n. 2/2009

<sup>63</sup> A. von Bogdandy, *Founding principles*, in A. von Bogdandy, J. Bast (a cura di), *Principles of european constitutional law*, Hart Publishing, Oxford, 2010; A von Bogdandy, *Founding principles of EU law: a theoretical and doctrinal sketch*, in *ELJ*, n. 16/2010; cfr. anche C. F. Sabel e O. Gerstenberg, *Constitutionalism and overlapping consensus. The ECJ and the emergence of a coordinate constitutional order*., in *ELJ* n. 16/2010; Q.L.Hong, *Constitutional review in the mega-leviathan: a democratic foundation for the european Court of Justice*, in *ELJ*, n. 16/2010.

<sup>64</sup> Cfr. G. Bronzini, *La Carta di Nizza dopo Lisbona: quale ordine "costituzionale" per la protezione multilivello dei diritti fondamentali?*, in E. Falletti e V. Piccone (a cura di), *L'integrazione attraverso i diritti. L'Europa dopo Lisbona*, Aracne, Roma, 2010

<sup>65</sup> Cfr. B. Caruso, *I diritti sociali fondamentali nell'ordinamento costituzionale europeo*, in S. Sciarra, B. Caruso (a cura di), *Il lavoro subordinato*, in G. Ajani e G.A. Benacchio (a cura di), *Trattato di diritto privato dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2009; I. Pernice, *The Treaty of Lisbon: multilevel constitutionalism in action*, cit.

<sup>66</sup> cfr. da ultimo Corte di giustizia 10.3.2010 ( C-109/09), *Deutsche Lufthansa* in tema di contratti a termine nella quale si ribadisce che "il principio di interpretazione conforme esige che i giudici nazionali si adoperino al meglio nei limiti del loro potere, prendendo in considerazione il diritto interno nel suo insieme ed applicando i metodi di interpretazione riconosciuti da quest'ultimo, al fine di garantire la piena attuazione della direttiva di cui trattasi e di pervenire ad una soluzione conforme allo scopo perseguito da quest'ultima" (punto 55).

<sup>67</sup> Questa lettura ci sembra coerente con il costituzionalismo europeo, procedurale e dialogico, proposto dal P. Häberle sulla "costituzione europea" come processo di formazione di una sfera pubblica continentale (cfr. P. Häberle, *Cultura dei diritti e diritti della cultura nello spazio costituzionale europeo*, Giuffrè, Milano, 2003) e di recente rilanciato nel bel volume di P. Ridola, *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*", Giappichelli, Torino, 2010.

sull'*enforcement* del Testo di Nizza e dal cosiddetto Programma di Stoccolma), vista la duplice funzione negli ordinamenti politici contemporanei dei *Bill of rights*, garantistica, ma anche di orientamento all'azione ordinaria legislativa; ci sembra che questi obiettivi siano pienamente *in agenda*, nonostante la mancata ratifica del Trattato costituzionale elaborata dalla seconda Convenzione, essendo fondati sul saldo ed inequivoco portato della nuova formulazione dell'art. 6 TUE.

Certamente prima dello choc referendario del 2005 una vastissima letteratura che procedeva secondo l'analogia tra Filadelfia e la futura *higher law* dell'Unione e adottava una concezione della Corte suprema e quindi, in prospettiva, della Corte europea più come ente esponenziale dei bisogni e delle istanze valoriali della società che come organo istituzionale tecnico di controllo della legittimità costituzionale degli atti legislativi, prevedeva uno «sfondamento» dell'equilibrio tra poteri in Europa ad opera della Carta in una triplice prospettiva: *a)* riduzione della discrezionalità degli stati e incremento dei poteri dell'Unione in relazione all'obbligo di garantire tutti i diritti riconosciuti in un *Bill of rights* continentale; *b)* estensione della *constitutional review* (ad opera congiunta dei giudici europei e di quelli ordinari) di atti dei singoli stati, secondo una linea di tendenza già evidente in moltissime decisioni della Corte europea proprio in materia di tutela dei *fundamental rights*, oltre la ufficiale ripartizione di competenze; *c)* controllo di costituzionalità anche per gli atti dell'Unione che avrebbe potuto rasentare il «sindacato per omissione» di politiche comunitarie costituzionalmente doverose (questo è ovviamente un profilo decisivo per diritti come quelli sociali che sono diritti anche a prestazioni positive). Quindi una vera e propria sovversione dei limiti in cui il controllo giurisdizionale sul rispetto dei diritti fondamentali è stato sin qui mantenuto sia *ratione personae* che *ratione materiae* <sup>(68)</sup>, come ricordato nel noto saggio di Allard Knook sulla Common market law review del 2005 <sup>(69)</sup>. Questi obiettivi sono ancora potenzialmente raggiungibili, ma solo nel medio termine e mi pare implicino un rilancio anche politico del progetto europeo, soprattutto in materia di politiche economiche e fiscali comuni, che allo stato è problematico ma, come diremo, non mancano spunti in tale direzione in alcune, coraggiose, conclusioni degli avvocati generali che alludono a mutazioni "federali" avvenute in altri ordinamenti.

## 2. Le linee di penetrazione della Carta dei diritti nella giurisprudenza della Corte di giustizia: uno sguardo d'insieme.

Anche gli obiettivi più scontati e più radicati nella lettera del nuovo Trattato dell'avvenuta codificazione in ambito Ue della materia dei *fundamental rights* che abbiamo prima ricordato, l'introduzione di un autentico controllo costituzionale sugli atti dell'Unione e su quelli nazionali ad essi connessi ed il riequilibrio tra diritti di varia generazione, presuppongono strumenti di *enforcement* della Carta adeguati alla funzione assegnata. Insomma finché la Carta – come ha

<sup>68</sup> Su questa dinamica espansiva nell'uso della Carta (in particolare attraverso il controllo «diffuso» di costituzionalità ad opera dei giudici ordinari) cfr. gli interventi di Alessandro Pizzorusso e Valerio Onida in E. Paciotti (a cura di), *La Costituzione europea, luci e ombre*, Roma, Meltemi, 2003; J.L. Da Cruz Vilaca, *Il controllo di costituzionalità: alcune riflessioni*, in L.S. Rossi (a cura di), *Il progetto di Trattato-Costituzione*, Milano, Giuffrè, 2003; M. Cartabia, *I diritti fondamentali e la cittadinanza dell'Unione*, in F. Bassanini-G. Tiberi (a cura di), *La Costituzione europea*, Bologna, il Mulino, 2004.

<sup>69</sup> A. Knook, *The Court, the Charter and the vertical division of powers in Eu*, in Cmlr, 2005 pp.385 ss; cfr. anche G. Bronzini, *Il rilievo della Carta di Nizza nella crisi del processo costituzionale europeo*, in AAVV, *Per un'Europa costituzionale*, Ediesse, Roma, 2006; G. Bronzini, *Il nuovo costituzionalismo europeo nella crisi istituzionale dell'Unione*, in di S. Cingari (a cura di), *Europa, cittadinanza confini, Dialogando con Etienne Balibar*, Pensa Multimedia, Lecce, 2006.

documentato da ultimo la ricerca condotta da Bruno Caruso e Mariagrazia Militello<sup>(70)</sup> – si imponeva soprattutto attraverso la strada del richiamo indiretto e *ad adiuvandum*, sul piano quindi meramente interpretativo<sup>(71)</sup>, il problema in concreto non si è posto, ma oggi che la Carta è una vera e propria fonte UE (per giunta di natura primaria), gli strumenti di implementazione offerti dalla stessa Carta, in forza del complessivo sistema giuridico dell'Unione, sono sotto il riflettore non solo per la verifica della loro adeguatezza, ma anche sotto il profilo dell'utilizzazione in concreto che ne fanno i giudici ai vari livelli, considerate inevitabilmente le possibili reazioni di rigetto da parte degli ordinamenti costituzionali interni (si veda il campanello di allarme del *Lissabon urteil* per quanto riguarda il Tribunale costituzionale tedesco)<sup>(72)</sup>.

Insomma, vengono in rilievo questioni per così dire tecnico-applicative, già affrontate nel 2001, ma successivamente – soprattutto durante l'*empasse* nella ratifica del Trattato costituzionale – messe tra parentesi<sup>(73)</sup>, come, per menzionare solo le più importanti, una ragionevole e non restrittiva interpretazione dell'art. 51, l'efficacia anche orizzontale della Carta (cruciale, ovviamente, nel campo sociale), l'ipotizzabilità di procedure di infrazione, il giudizio di bilanciamento tra diritti sociali e altri interessi o *fundamental rights*, la disapplicazione della

<sup>70</sup> B. Caruso e M. Militello, *La Carta di Nizza nel diritto vivente giurisprudenziale; una ricerca sulle motivazioni dei giudici* (2000-2008), in Ridl, 2009, III, 147 ss.

<sup>71</sup> Anche se è discutibile che si possa parlare di una vera e propria interpretazione "conforme" prima del 1.12.2009 stante il carattere ancora non vincolante della Carta; tuttavia laddove la Carta esprime principi generali del diritto comunitario l'adeguamento del giudice nazionale ai principi della Carta superava, anche prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, l'ambito del mero e volontario richiamo interpretativo, secondo quello schema offerto *in primis* dalla nostra Corte, ma sostanzialmente seguito anche da molte sentenze della Corte di giustizia, per cui la Carta aveva carattere riassuntivo dei principi costituzionali comuni (n. 135/2002).

<sup>72</sup> Nella sentenza sul Trattato di Lisbona sono evidenti i richiami al non ancora sopito confronto sulle sentenze *Viking*, *Laval* e *Rüffert* ritenute le prime due insieme alla *Mangold* emanate *ultra vires* da parte di ambienti autorevoli della dottrina costituzionalistica tedesca, anche *pro-labour*, tanto da aver portato un ex Presidente federale a chiedere l'esercizio dei cosiddetti contro-limiti in relazione a tale giurisprudenza. Sulla sentenza cfr. J. Ziller, *Solange III, ovvero la Europarechtsfreundlichkeit del Bundesversfassungsgericht. A proposito della sentenza della Corte costituzionale tedesca sulla ratifica del Trattato di Lisbona*, in Riv. it. dir. com., 2009 pag. 973 ss. e, molto più criticamente, M. Poiars Maduro e G. Grasso, *Quale Europa dopo la sentenza della Corte costituzionale tedesca sul Trattato di Lisbona?*, in Il diritto dell'Unione europea, 2009, pag. 503 ss. Come si dirà più avanti, una certa distensione nei rapporti tra Karlsruhe e Lussemburgo si è avuta con la cosiddetta sentenza *Honeywell* del Tribunale costituzionale tedesco (oggi con un nuovo Presidente di soli 43 anni) del settembre 2010 (la traduzione in inglese è disponibile nel sito [www.europeanrights.eu](http://www.europeanrights.eu)), con la quale la Corte tedesca, pur valutando *ultra vires* la sentenza *Mangold*, non ha ritenuto di esercitare i "controlimiti" alla sua applicazione nell'ordinamento tedesco non giudicandola eversiva dei principi costituzionali interni. Cfr. R. Caponi, *Karlsruhe europeista (appunti a prima lettura del Mangold- Beschluss della Corte costituzionale tedesca)*, leggibile su [www.astridonline.it](http://www.astridonline.it) e F. Fontanelli, *All's well that Honeywell ends*, leggibile su [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it). In una recentissima decisione del 4.5.2011 nella quale il Tribunale costituzionale tedesco ha ritenuto la contrarietà dei termini di carcerazione preventiva con la giurisprudenza della Corte di Strasburgo si è anche affermato che "dinanzi all'efficacia quanto meno fattuale di precedente delle decisioni delle corti internazionali, il Grundgesetz vuole evitare, per quanto è possibile, conflitti tra gli obblighi internazionali della Repubblica Federale Tedesca e il diritto nazionale. Il principio del favor [della lealtà] nei confronti del diritto internazionale è così espressione di una concezione della sovranità, che non solo non si contrappone all'inserimento in contesti inter e sovranazionali, nonché all'ulteriore sviluppo di questi ultimi, bensì li presuppone e li richiede. Sotto questo profilo, anche «l'ultima parola» della Costituzione tedesca non si frappone ad un dialogo internazionale ed europeo delle corti, bensì ne costituisce il suo fondamento normativo".

<sup>73</sup> Vanno comunque ricordati tra i primi a riprendere l'esame di tali questioni tecniche: F. Sorrentino F. (2010), *I diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona*, in *Il Corriere giuridico*, n. 2, pag. 145 ss.; V. Sciarabba (2008), *Tra Fonti e Corti*. Milano: Giuffrè; B. Caruso, *I diritti sociali fondamentali dopo il Trattato di Lisbona (tanto tuonò che piovve)*, W.P. C.S.D.L.E. Massimo D'Antona, int. n. 81/2010; N. Parisi, *Funzione e ruolo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nel sistema delle fonti alla luce del Trattato di Lisbona*, in [www.europeanrights.eu](http://www.europeanrights.eu); nonché nel loro complesso molti degli interventi pubblicati in G. Bronzini, F. Guarriello e V. Piccone (a cura di), *Le scommesse dell'Europa. Diritti, istituzioni, politiche*, Ediesse, Roma, 2009, ed in E. Falletti e V. Piccone (a cura di), *L'integrazione attraverso i diritti...*, nonché nel recentissimo volume di R. Foglia e R. Cosio (a cura di), *Il diritto del lavoro nell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2011. Cfr. anche E. Paciotti (a cura di), *I diritti fondamentali in Europa*, Viella, Roma, 2011 e V. Sciarabba, *La tutela europea dei diritti fondamentali e il giudice ordinario*, in [www.europeanrights.eu](http://www.europeanrights.eu). Per un confronto tra il *Bill of rights* Ue e la costituzione del '48, in materia sociale, sono imprescindibili i volumi curati da R. De Luca Tamajo n. 2/2008 e 1/2010 di *Rassegna di diritto pubblico europeo*. Il più aggiornato codice sulla Carta è quello curato da G. Bisogni, G. Bronzini e V. Piccone, *La Carta dei diritti dell'Unione europea. Casi e materiali*, Chimienti, Taranto, 2009.

normativa nazionale violativa di alcuni diritti della Carta, il possibile combinarsi tra tali diritti con le clausole generali del Trattato in particolare l'art. 9 TFUE, il rapporto tra tutela via Carta e tutela via Cedu (74).

Ma ci sia consentita un'ulteriore premessa. In una dimensione diacronica e prospettica della materia, si deve essere ben consapevoli del senso e significato altissimo e senza precedenti che le *referencies* al *Bill of rights* europeo comportano anche sul piano evolutivo (per il destino d'Europa). Ci può senz'altro soccorrere la "teoria degli atti linguistici" di John Searle (75), nel suo complesso recepita da Jürgen Habermas nella sua *summa* "Teoria dell'agire comunicativo" (76). Si può con tale scuola distinguere tre aspetti di un atto linguistico, quello locativo (si afferma un certo contenuto, di tipo semantico potremmo dire), illocutivo (si allude ad una relazione comunicativa tra parlante ed uditorio), perlocutivo (si mira a produrre particolari effetti costitutivi propri dell'atto come nel caso di un testamento) (77). Grazie alle regole linguistiche nascono "fatti istituzionali" che si aggiungono alla realtà dominata dalla mera causalità naturalistica e che possono essere compresi solo in riferimento a tali regole. Ora, nel caso di uso giurisprudenziale della Carta, innanzitutto, il giudice valorizza l'aspetto locativo: seleziona una certa interpretazione di un diritto fondamentale, in genere sulla base degli orientamenti della Corte di giustizia, ma chiama anche in gioco un profilo illocutivo preciso; viene ad essere affermato anche il contesto istituzionale specifico di cui il *Bill of rights* è parte, il nesso tra competenze nazionali e sovranazionali, l'ordinamento generale che ne costituisce la cornice, le relazioni in gioco (78). Ma c'è da considerare anche il terzo aspetto perlocutivo; il cittadino che afferma un suo diritto sulla base del *Bill of rights* europeo si fa valere come cittadino europeo, (attiva il suo "amor proprio giuridico" per dirla con Luigi Ferrajoli) (79). C'è quindi un aspetto di democratizzazione dal basso, di esercizio di poteri garantistici diffusi, del controllo giudiziario come risposta alle attese sociali di giustizia, espressioni di quella "democrazia giudiziaria" europea di cui ha parlato recentemente Remo Caponi (80) come parziale risposta alle semplificazioni, talvolta – a mio parere – grottesche, del Tribunale costituzionale tedesco nel *Lissabon urteil*.

Per questo le *referencies* alla Carta sono essenziali, ovviamente sia quelle sopranazionali che quelle interne, perché cementano il comune circuito giuridico, patrimonio dei cittadini dell'U.E. e con esso una comune appartenenza ad un ordinamento che tutela i diritti fondamentali in modi

<sup>74</sup> Obiettivamente la giurisprudenza di Strasburgo sta espandendo progressivamente il suo raggio di azione in campo sociale non sempre con decisioni di alto profilo, come la già richiamata *Demir*, ma talvolta con arresti molto problematici, come, recentemente, in un caso di licenziamento "ideologico" in organizzazioni di tendenza (*Obst c. Germania*, sentenza 23 settembre 2010, C-425/03), nel quale il dipendente viene ad essere colpito con misure espulsive per un comportamento strettamente privato e non osservabile da parte della comunità di lavoro per cui svolgeva la prestazione. Stentano ancora a decollare i tentativi del Consiglio d'Europa di conferire una maggiore vincolatività alle previsioni della Carta sociale europea revisionata nel 1996 ed alle decisioni del suo Comitato sociale; cfr. Guiglia G. (2010), *Le prospettive della Carta sociale europea*, leggibile a <http://www.forumcostituzionale.it>

<sup>75</sup> cfr. J. Searle, *Atti linguistici*, Boringhieri, Torino, 1976; J. Searle, *La costruzione della realtà sociale*, Einaudi, Torino, 2006 e da ultimo J. Searle, *Creare il mondo sociale. La struttura della civiltà umana*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2010.

<sup>76</sup> J. Habermas, *Teoria dell'agire comunicativo*, Il Mulino, Bologna, 1986.

<sup>77</sup> Wikipedia riassume così la questione: Un atto linguistico consta di tre parti: Locuzione (struttura ed enunciato), Illocuzione (obiettivo, intenzione comunicativa), Perlocuzione (effetto dell'atto linguistico sull'interlocutore) anche alla luce delle prime elaborazioni di John Langshaw Austin.

<sup>78</sup> La teoria degli *speech acts* è già stata brillantemente richiamata nelle conclusioni dell'avv.to generale Maduro del 12.5.2008 nel caso *Feryn* (C-54/07), con riferimento agli effetti discriminatori che anche una semplice dichiarazione discriminatoria comportano in quanto "atto linguistico".

<sup>79</sup> L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Bari, 1989.

<sup>80</sup> Cfr. R. Caponi, *Democrazia, integrazione europea e circuito della corti costituzionali (in margine al Lissabon urteil)*, in Riv. it. pubbl. com, 2010, 387 ss.



molteplici ma convergenti. Si tratta, oggi, della più importante spinta verso una federalizzazione più avanzata dell'Europa.

### 3. I "paletti" della Corte: la valorizzazione della Carta senza la sovversione dei Trattati.

L'osservazione svolta a più riprese da Marta Cartabia (anche criticamente) per cui con l'approvazione della Carta si sarebbe avuto un rafforzamento nella tutela dei diritti fondamentali a tutti i livelli <sup>(81)</sup>, anche per le decisioni che – pur non richiamando la Carta – di fatto si muovono lungo la sua traccia ideale, mi pare debba essere ulteriormente ribadita oggi, dopo Lisbona, come si può vedere dal sito [www.europeanrights.eu](http://www.europeanrights.eu) che documenta tale processo. In linea generale questa dinamica sembra interessare anche il settore sociale nel quale la Corte di giustizia sta conferendo, in genere, il massimo di efficacia attribuibile alle direttive della fine anni 90: dalle sentenze sui contratti a termine che cercano oggi di aggredire anche il primo contratto (sentenza *Sorge*) riproponendo la questione delle clausole di non regresso, o di indurre il giudice nazionale ad avere maggiore coraggio nell'usare i propri poteri di organo di base del sistema multilivello (sentenza *Deutsche Lufthansa*), a quelle recenti sull'orario di lavoro (sentenza *Fuß*), che menziona la Carta ed il suo art. 47 per dare inderogabilità assoluta al limite delle 48 ore, anche dal punto di vista processuale. Sebbene alcuni A.G. (conclusioni A.G. Pedro Cruz Villalon del 5 maggio 2010 causa C-515/08) abbiano, come taluni giudici italiani, interpretato l'art. 31 della Carta alla luce del suo titolo e quindi come una sorta di chiusura del sistema capace, quindi, di gettare una luce anche sulle disposizioni a tutela del lavoro atipico o su questioni come quelle retributive ancora fuori dall'orizzonte di regolazione dell'Unione, la Corte non ha ancora seguito questa strada.

È evidente l'influenza che ha avuto la Carta nell'assegnare alla cittadinanza europea uno *status* anche "virtuale", indipendentemente dall'esercizio in concreto delle sue prerogative in modo da impedire forme di discriminazione alla rovescia nella avanzatissima sentenza *Zambrano* <sup>(82)</sup>, anche se il *Bill of rights* UE non viene richiamato espressamente nella decisione forse per bypassare le spinose questioni poste dall'A.G. Sharpston, sulle quali torneremo, proprio in base ad una interpretazione costituzionale del Testo di Nizza. Ma un esame di ordine generale meriterebbe uno spazio ulteriore di riflessione: mi limiterò quindi a segnalare quali sono in linea molto generale i punti di approdo di questa prima giurisprudenza della Corte che richiama espressamente il *Bill of rights* dell'Unione.

a) In primo luogo la Corte attribuisce alla norma di cui al primo comma dell'art. 6 TUE (la cosiddetta "norma Amato") i medesimi effetti giuridici che avrebbe avuto l'incorporazione diretta e "fisica" dell'intera Carta nella trama dei Trattati come previsto nel Progetto di costituzione europea. Si era dubitato, al momento di definizione del *Lisbon Treaty*, che tale equiparazione di effetti si fosse realmente prodotta, proprio perchè la Carta non è, ora, all'interno dei Trattati e neppure in un Protocollo. Alla luce delle sentenze della Corte non può quindi dubitarsi più del poterdovere del giudice ordinario di disapplicare (o non applicare secondo una prospettiva più sofisticata) <sup>(83)</sup> una norma interna se contrastante con un diritto della Carta, sempre che ne ricorrano

<sup>81</sup> Cfr. M. Cartabia, *I diritti fondamentali e la cittadinanza dell'Unione*, in F. Bassanini e G. Tiberi (a cura di), *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona. Nuova edizione riveduta ed aggiornata*, Il Mulino, Bologna, 2010; più criticamente in M. Cartabia, *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione europea*, in M. Cartabia (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Il Mulino, Bologna, 2007.

<sup>82</sup> Gli spunti della sentenza *Zambrano* non sembrano però interamente recepiti nella successiva *Mc Carthy* del 5.5.2011.

<sup>83</sup> Cfr. V. Piccone, *L'interpretazione giurisdizionale tra diritto interno e diritto europolitano*, in E. Falletti e V. Piccone (a cura di), *L'integrazione attraverso i diritti...*, cit.

le condizioni (questione definibile come di “diritto dell’Unione” ex art. 51 del testo di Nizza e carattere *self executing* della norma, anche alla stregua dei chiarimenti offerti dalla Corte di giustizia). È importante notare come la Commissione – nel già ricordato documento del 19 ottobre 2010 – abbia sottolineato che le violazioni della Carta saranno ragione per l’apertura di procedure d’infrazione, il che non era affatto pacifico in dottrina, così come violazioni ancor più gravi e sistematiche potrebbero rilevare ai fini della procedura eccezionale ex art. 7 TUE e portare quindi alla privazione dei diritti di voto dello Stato resosi colpevole. Si potrebbe anche sostenere che, in un certo senso, il risultato dell’operazione abbia reso il Testo di Nizza ancor più autorevole di quanto sarebbe risultato nella precedente ipotesi, poiché, pur avendo il *legal value* delle norme sui Trattati, la Carta è figlia di una storica Convenzione che l’ha licenziata in solo sei mesi per “consenso”, tanto che non è molto chiaro oggi quale possa essere il procedimento per, eventualmente, revisionarla: attraverso l’art. 48 TUE o con una nuova Convenzione?

b) La Corte, inoltre, si è mostrata molto attenta alle questioni di competenza (ex art. 51 della Carta) ribadendo che rientra nella sua giurisdizione ogni normativa direttamente o indirettamente collegata al diritto dell’Ue (non solo quella espressamente richiamata ma anche quella che entra comunque in gioco ponendo la legislazione interna nel cono d’ombra del diritto dell’Unione); come ha precisato la comunicazione della Commissione sull’*enforcement* della Carta, ogni qual volta sussista un qualsiasi *link* (è difficile pensare ad un termine più generico ed omnicomprensivo) tra le norme nazionali esaminate e il diritto “eurounitario”. È quindi evidente che se il tema oggetto del giudizio investe anche indirettamente normative sulle quali è addirittura esclusa la competenza Ue (licenziamenti o retribuzioni), la Corte ritiene comunque che il suo sindacato sia ammissibile ed a cascata quello del giudice ordinario come giudice dell’Unione, come del resto era già avvenuto prima di Lisbona<sup>(84)</sup>. Applicando tali criteri la Corte ha portato il suo scrutinio, attraverso la mediazione della ipotizzata lesione all’art. 47 della Carta, al tema dei trasferimenti (sentenza *Fuß*) sui quali notoriamente non esiste alcuna competenza sovranazionale esercitata. Si è proceduto con cautela e senza affermazioni troppo nette in via di principio, ma una volta invocata la Carta, in genere la questione è stata attratta nell’ambito della competenza giurisdizionale del giudice del Lussemburgo che non si è schermato con la derubricazione del caso come “questione puramente interna”. Il punto è stato affrontato, in ovvia connessione con la problematica della non discriminazione affrontata nella sentenza *Kücüdvenci*, con toni molto allarmati addirittura in un editoriale della *Common market law review* nel quale si evidenzia che “Kükükdevici might suggest that the Court will adopt a very liberal interpretation of the concept of “implementation” under article 51 effectively ignoring the drafter’s clear desire to limit the potential impact of the Charter upon national competences, in favour of a sweeping approach which (artificially) equates “implementation” with a mere coincidence of subject matter between Union and national law”<sup>(85)</sup>. Nonostante le proteste di una parte dell’accademia ed anche qualche velata riserva dell’ultimo Consiglio europeo del 13 aprile 2011<sup>(86)</sup>, si tratta ormai di un radicato orientamento della Corte che interpreta le disposizioni dell’art. 6 TUE nell’unico modo compatibile con l’attribuzione alla Carta del valore di parametro di legittimità costituzionale in chiave

<sup>84</sup> R. Mastroianni parla correttamente di un’applicazione della Carta ogni qual volta la normativa interna cada nel “cono d’ombra” del diritto dell’Unione, cfr. R. Mastroianni, *I diritti fondamentali...*, cit.

<sup>85</sup> Cfr. l’editoriale della CMLR, n. 47- Dicembre 2010, *The scope of application of the general principles of Union law: an ever expanding Union?*, pag. 1595

<sup>86</sup> Si veda il punto n. 53 “that in application of the Charter due attention should be paid to respecting the integrity of the Treaties, delivering action of the EU institution across the policies without prejudice to member states’ competence”.

europea: “la Carta di Nizza occupa, attualmente, una posizione centrale nel sistema di tutela dei diritti fondamentali in seno all’Unione, essa deve costituire... la norma di riferimento ogniqualvolta la Corte sia chiamata a pronunciarsi sulla conformità di un atto dell’Unione o di una disposizione nazionale con i diritti fondamentali tutelati dalla Carta stessa” (sentenza della CGUE 9 novembre 2010, cause C-92/09 e C-93/09, *Volker und Markus Schecke*). Pertanto, purché la questione non sia meramente interna, attraverso tale sindacato non si ha necessariamente uno “spostamento” di competenza dagli stati membri all’Unione (in materie pacificamente ancora di dominio nazionale come in genere sono quelle dei rapporti familiari), ma solo la garanzia che tale competenza sia esercitata nel rispetto dei principi costituzionali comuni<sup>(87)</sup>. La controprova risiede nel fatto che, anche dopo il sindacato della Corte, l’Unione non guadagna la possibilità di adottare atti legislativi e che, quindi, l’accertamento giudiziario sovranazionale ha solo il ruolo, certamente significativo, di rimuovere dallo scenario provvedimenti nazionali lesivi del “Codice Ue” dei diritti fondamentali. È evidente che questo orientamento fa cadere sotto la lente di osservazione (filtrata dalle norme della Carta) dei giudici del Lussemburgo, gran parte della legislazione interna, soprattutto se consideriamo gli imponenti “lavori in corso” nell’ambito dello spazio di sicurezza, libertà e giustizia <sup>(88)</sup>.

c) Gli ostacoli frapposti su iniziativa britannica all’applicazione della Carta e cioè il richiamo alle spiegazioni come limite all’interpretazione e la distinzione tra diritti e principi non sono mai stati utilizzati in questa prospettiva. La Corte ha sempre considerato le prerogative richiamate della Carta come diritti in senso proprio; anzi nel caso del principio di non discriminazione l’ha implementato come diritto ed al tempo stesso come principio, in quanto sottratto a quei criteri di predeterminazione e precisione definitoria, tipici dei diritti. Ed ancora le “spiegazioni” sono state utilizzate solo per verificare la corrispondenza tra le norme della Carta e quelle della Cedu (ex art. 52 terzo comma), mai come orizzonte intrascendibile di interpretazione <sup>(89)</sup>. La Corte, anche attraverso questo uso “costruttivo” delle spiegazioni ha saputo saldare la propria giurisprudenza con quella della Corte cugina di Strasburgo, in sostanza ampliando lo spettro delle proprie *chance* interpretative e quindi offrendo una lettura propositiva, dal punto di vista “eurounitario” del rapporto tra Carta e Cedu <sup>(90)</sup>. La Corte si è lasciata così le mani libere; posto che i diritti delle due Carte si corrispondevano, sono stati valorizzati gli orientamenti di Strasburgo, ma lasciando impregiudicata la possibilità <sup>(91)</sup>, secondo la lettera dell’art. 52 terzo comma, di un trattamento di miglior favore del diritto dell’Unione, nel quale rientra, e con rango primario equiparato ai Trattati, la stessa Carta. Dopo Lisbona, infatti non può più revocarsi in dubbio che per “diritto dell’Unione” si debbano intendere i *fundamental rights* così come ricostruiti dai giudici del

<sup>87</sup> La nostra Corte costituzionale nella sentenza n. 80/2011 sembra accedere a questa interpretazione offerta dai giudici del Lussemburgo dell’art. 51 usando espressioni molto generiche ed ad ampio raggio in ordine ai presupposti di applicabilità del Testo di Nizza. Sulla detta sentenza cfr. A. Ruggeri, *La Corte fa il punto sul rilievo interno della Cedu e della Carta di Nizza- Strasburgo*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it).

<sup>88</sup> Per una recente ricostruzione dei rapporti tra Carta, Cedu e Costituzione del 48 cfr. M. Bignami, *Costituzione, Carta di Nizza, Cedu e legge nazionale: una metodologia operativa per il giudice comune nella tutela dei diritti fondamentali*, in [www.associaionedeicostituzionalisti.it](http://www.associaionedeicostituzionalisti.it). L’articolo affronta il problema posto dall’interpretazione dell’art. 51 della Carta, ma nella prioritaria chiave della salvaguardia di spazi interpretativi per il Giudice costituzionale interno.

<sup>89</sup> Viceversa la nostra Corte costituzionale nella già citata sentenza n. 138/2010 sulle nozze gay ha utilizzato le spiegazioni come limite al riconoscimento del diritto dando a tali spiegazioni un rilievo in genere escluso dalla migliore dottrina ed anche, nei fatti, dalla stessa Corte di giustizia.

<sup>90</sup> Sulla Cedu, sul dialogo tra le Corti in materia di diritti fondamentali, sulle tecniche di bilanciamento etc. cfr. R. Conti, *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo. Il ruolo del giudice*, Aracne, 2011.

<sup>91</sup> Come si evince chiaramente dal punto n. 53 ss. della sentenza 5.10.2010 (C-400/10 PPU), *JMcB*.

Lussemburgo<sup>(92)</sup>. In buona sostanza con questa opzione quest'ultimi possono scegliere i migliori precedenti nel repertorio proprio ed in quello della Corte dei diritti dell'uomo, visto che si è evitato (con l'aiuto in verità della formulazione della stessa Carta) il *cul de sac* nel quale si è autocostretta la nostra Corte attraverso troppo rigide e nette affermazioni sul privilegio interpretativo riservato alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo in relazione ai diritti protetti nella Cedu<sup>(93)</sup>. Questa autonomia di scelta gioca certamente un ruolo particolarmente significativo in materia di bilanciamenti tra diritti o valori diversi, in quanto alcuni di questi – come la salvaguardia del mercato unico o l'interesse generale a preservare il processo di integrazione – non sono in realtà comuni anche all'orizzonte Cedu. Il margine di discrezionalità della Corte di giustizia potrebbe indubbiamente venire ad assottigliarsi quando diventerà operativa la prevista adesione alla Cedu, ma su tale questione ogni giudizio appare prematuro essendo questa meta ancora molto lontana ed anche incerta,

d) non solo per le necessarie 47 ratifiche statali, ma anche per la possibilità che sia richiesto un parere della Corte di giustizia sul Trattato di adesione, il cui contenuto non è affatto scontato.

e) Sul fronte sindacale e collettivo vi sono spunti comunque importanti che marcano un qualche disagio della Corte rispetto alle 4 notissime e tanto discusse sentenze del 2007; *Viking*, *Laval*, *Rüffert* e *Commissione/Lussemburgo*, divenute, a torto o a ragione, il punto di riferimento polemico di consistenti correnti critiche che non ritengono che la Corte di giustizia possa riuscire, dati gli equilibri in campo attualmente in Ue, davvero a bilanciare il carattere "fondante" e costitutivo dell' "ordine comunitario" delle libertà economiche con il rispetto, neppure nel loro contenuto essenziale, dei *fundamental social rights* stilizzati nelle costituzioni post-belliche nazionali dei paesi "fondatori" e di molti altri<sup>(94)</sup>. Nella sentenza *Commissione/Germania* del 8 novembre 2010 (C-409/06) in tema di aggiudicazione di appalti relativi alla previdenza integrativa aziendale per dipendenti di enti locali, la Corte esamina molto accuratamente il diritto di azione collettiva di cui all'art. 28 ed il problema del bilanciamento con altri interessi di ordine generale e sembra evitare scorciatoie motivazionali come quelle della tanto discussa *Rüffert*. Anche in questa delicata materia, l'obbligatorietà della Carta sembra aver indotto un giudizio più meditato e l'attribuzione di un rilievo più forte ai diritti sociali di natura collettiva, anche se la Corte non trova, alla fine, ragioni sufficienti per affermare che – per via collettiva – si possa evitare la procedura di evidenza pubblica in materia di appalti. Va notato che la sentenza non mette in questione il contratto collettivo in sé in via globale ma solo la designazione ivi prevista di alcuni enti assicurativi che in tal modo evitavano di sottoporsi al metodo europeo di aggiudicazione degli appalti, presidio di trasparenza, non discriminazione e razionalità. Va ricordato che l'A.G. Trstenjak aveva criticato apertamente il metodo di bilanciamento utilizzato dalla Corte nel 2007: "una siffatta articolazione analitica fa pensare ad un rapporto tra libertà fondamentali e diritti fondamentali in cui i diritti fondamentali sono gerarchicamente subordinati alle libertà fondamentali e le libertà fondamentali di conseguenza possono essere limitate solo con l'ausilio di un motivo giustificativo, scritto o non scritto" (punto 184), per concludere "a mio avviso tra libertà fondamentali e diritti fondamentali non sussiste affatto un siffatto rapporto" (di tipo gerarchico come prima precisato). Sono questi i primi e cauti segnali di un effettivo e più coerente, attraverso la Carta di Nizza, metodo di bilanciamento

<sup>92</sup> Cfr. V. Sciarabba, *Tra fonti e Corti...*, cit.

<sup>93</sup> Soprattutto nelle sentenze n. 311 e 317 del 2010.

<sup>94</sup> Per il dibattito italiano cfr.: A. Andreoni e B. Veneziani (a cura di), *Libertà economiche e diritti sociali nell'Unione europea*, Ediesse, Roma, 2009; per una ricostruzione molto critica della giurisprudenza della Corte di giustizia cfr. U. Carabelli, *Europa dei mercati e conflitto sociale*, Cacucci, Bari, 2010.

fra diverse generazioni di diritti come suggerito da parte della preferibile dottrina non arroccata nella tesi dell'immunità "ontologica" degli atti collettivi dal controllo di legittimità "comunitaria", anche per via della ipotizzata carenza assoluta di competenza dell'Unione (*abstention*)<sup>95</sup>.

f) Cominciano a delinearci controversie interamente costruite, dalla domanda, al rinvio pregiudiziale, alla decisione della Corte sino al giudizio di rinvio sulla base di una certa interpretazione della Carta come nel caso deciso il 16 settembre del 2010 (C-149/08), *Chatzi* su "non discriminazione e parto gemellare". In questo senso la *Chatzi* ha davvero un significato storico mostrando come la Carta agisca pienamente da "fonte" portando – sia pure attraverso la mediazione della direttiva sui congedi parentali – ad una pretesa che ha la sua base ed il suo confine direttamente nel testo di Nizza: si potrebbero definire in tal senso controversie europee di "seconda generazione", in cui la premessa è direttamente di tipo costituzionale e solo la collaborazione interpretativa di giudici soprannazionali ed interni porta a dare a tale premessa un contenuto definitorio preciso.

g) Occupa lo scenario, poi, la sentenza del 19 gennaio del 2010 (C-555/07), *Kücüdvenci* che ha ribadito, con qualche accortezza motivazionale in più, la *Mangold*, circa l'attitudine del diritto alla non discriminazione (non è certamente casuale che si sia questa volta passati attraverso la Carta) ad attingere direttamente i rapporti interprivati; nella già richiamata sentenza *Honeywell*, successiva alla *Kücüdvenci*, il Tribunale costituzionale tedesco ha finito con l'accettare questo orientamento della Corte anche per via della tutela così intensa della non discriminazione attestata dall'art. 21 della Carta dei diritti. Tale giurisprudenza costituisce il più importante avanzamento, insieme, paradossalmente, alle stesse *Viking* e *Laval* che hanno tentato un (assai imperfetto, come si è accennato) bilanciamento tra libertà comunitarie e diritti di natura collettiva, ma vincolante direttamente le parti sociali, verso il riconoscimento di un'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali, pur argomentato in via traversa, attraverso il rilievo "anomalo" dei provvedimenti antidiscriminatori nella *Mangold* e nella *Kücüdvenci* enfatizzando l'obbligo del giudice ordinario nazionale di rispettare il diritto Ue. Si tratta di una dimensione difficilmente resistibile nel medio periodo, vista, come si è giustamente sottolineato, la naturale tendenza dei *Bill of rights* ad imporre la loro cogenza nei rapporti interprivati<sup>96</sup>. Spunti in questa direzione provengono, attraverso l'utilizzazione dell'art. 47 della Carta con un forte orientamento all'effettività della tutela (diritto assunto quasi come una norma di chiusura per imporre comunque la salvaguardia delle pretese azionate in chiave europea) anche dalla sentenza *Alassini* del 18 marzo 2010 e, in materia sociale, dalla sentenza *Fuß* del 14 ottobre 2010 che finisce per richiedere l'annullamento di un

<sup>95</sup> B. Caruso, *Diritti sociali e libertà economiche sono compatibili nello spazio giuridico europeo?*, in A. Andreoni e B. Veneziani (a cura di), *Libertà economiche...*, cit. Per la configurazione dei diritti collettivi oggi nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo dopo la *Demir* cfr. G. Raimondi, *Diritti fondamentali e libertà economiche: principi europei e tradizioni giuridiche nazionali: l'esperienza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in [www.europeanrights.eu](http://www.europeanrights.eu).

<sup>96</sup> B. Caruso, *I diritti sociali fondamentali dopo il Trattato di Lisbona (tanto tuonò che piovve)*, WP int. Massimo D'Antona, n. 81/2010. Sulla *Kücüdvenci* cfr. V. Sciarabba, *La sentenza Kücüdveci e le prospettive della giustizia costituzionale europea*, in [www.europeanrights.eu](http://www.europeanrights.eu), R. Conti, *La prima volta della Corte di giustizia sulla Carta di Nizza "vincolante"*, in Riv. crit. dir. lav. n. 1/2010, F. Fontanelli, *I principi generali dell'ordinamento Ue dopo Kücüdveci. Riflessioni sull'efficacia indiretta orizzontale e sul principio di solidarietà*, in Riv. it. dir. com., n. 5/2010, nonché C. Feliziani, *La tutela dei diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona. La Corte di giustizia prende atto della natura vincolante della Carta di Nizza*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it) che mette in rilievo come l'orientamento della Corte finisce per evitare il pericolo di creare altre discriminazioni, ad esempio quelle tra lavoratori del settore pubblico e quelli del settore privato, problema sottolineato anche da autorevole dottrina come G. Tesaro, *Diritto dell'unione europea*, Cedam, Padova. Del resto sin dai primi commenti alla Carta, subito dopo la sua iniziale "proclamazione": M. Balboni, *Il contributo della Carta al rafforzamento della protezione giurisdizionale dei diritti umani in ambito comunitario*, in L.S. Rossi (cura di), *Carta dei diritti fondamentali e costruzione dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2002.

trasferimento ritorsivo di un lavoratore che aveva preteso il rispetto del limite orario assoluto della direttiva, per giunta in una materia in cui non esiste competenza Ue. Per la prima volta, nella sentenza del 22 dicembre 2010 *Gaviero*, un articolo della Carta (sempre l'art. 47) compare in una decisione sul rovente tema dei contratti a termine, in cui la Corte del Lussemburgo supera gli orientamenti costituzionali interni.

h) Di fondamentale importanza, per aver determinato oggettivamente l'espansione dei casi di applicazione della Carta, è la sentenza del 5 ottobre 2010, *JMcB*, con cui una decisione pacificamente adottata con criteri interni in tema di diritti genitoriali su minori è stata sottoposta, essendo stata fatta valere in altro Stato come da regolamento n. 2201/2003 CE, al vaglio del rispetto dei diritti della Carta, in particolare l'art. 7 ed il "rivoluzionario" art. 24<sup>(97)</sup>. È verissimo che la Corte si mantiene bene attenta a proclamare che non si intende esaminare nel merito una decisione che certamente non ha legami con il diritto dell'unione, tuttavia il *link* viene rinvenuto proprio nella richiesta di "esportare" in altro Stato quanto accertato attraverso un regolamento comunitario e, quindi, sia pur sommariamente, viene eseguito quantomeno un controllo di coerenza sostanziale tra i principi costituzionali espressi nella Carta ed il *decisum* interno<sup>(98)</sup>. Appare evidente che proprio il settore della cooperazione giudiziaria in ambito penale e civile, rafforzata nella nuova trama dei Trattati e lanciata in grande stile con la cosiddetta "Strategia di Stoccolma", come forse non si era sino ad oggi pensato, può rappresentare un potente fattore di moltiplicazione dei casi di incidenza del controllo di legittimità, che finisce per investire anche le sentenze nel loro merito, alla luce del *Bill of rights* europeo. Significative le precisazioni offerte sulla "riserva di legge" stabilita dall'art. 52 del testo di Nizza dalla sentenza del 9 novembre 2010 (C-92/09, C-93/09), *Volker and Markus Schecke*, con la quale si è accertata la violazione della *privacy* in relazione alla pubblicazione di un elenco delle aziende beneficiarie di sovvenzioni comunitarie, in base alla quale si possono evincere i nominativi delle persone fisiche: la Corte, accertata la lesione, si chiede se essa sia avvenuta per legge e se corrisponda ad un interesse pubblico ex art. 52 ed infine se la lesione sia proporzionata all'interesse perseguito concludendo per l'annullamento anche del Regolamento connesso. Afferma la Corte: "peraltro, l'art. 52, n. 1, della Carta riconosce che possano essere apportate limitazioni all'esercizio di diritti come quelli sanciti dagli artt. 7 e 8 della medesima, purché tali limitazioni siano previste dalla legge, rispettino il contenuto essenziale di detti diritti e libertà e, nel rispetto del principio di proporzionalità, siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui. Infine, dall'art. 52, n. 3, della Carta emerge che, laddove essa contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla CEDU, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta Convenzione. L'art. 53 della Carta aggiunge a tale proposito che nessuna disposizione di quest'ultima deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti riconosciuti, fra l'altro, dalla CEDU. Conseguentemente, si deve ritenere, da un lato, che il rispetto del diritto alla vita privata con riguardo al trattamento dei dati personali, riconosciuto dagli artt. 7 e 8 della Carta, sia riferito ad ogni informazione relativa ad una persona fisica identificata o identificabile (v., in particolare, Corte eur. D.U., sentenze *Amann c. Svizzera* del 16 febbraio 2000, Recueil des arrêts et décisions 2000-II, § 65, e *Rotaru c. Romania* del 4 maggio 2000, Recueil des arrêts et décisions 2000-V, § 43) e, dall'altro, che le limitazioni che possono essere legittimamente apportate al diritto alla protezione dei dati personali corrispondano a quelle tollerate nell'ambito

<sup>97</sup> L'unico Testo dal valore costituzionale in cui si riconosce il diritto dei bambini è la Carta di Nizza.

<sup>98</sup> cfr. E. Harris, *Il diritto di affidamento al convivente more uxorio tra diritti fondamentali e sovranità nazionale*, in [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it).

dell'art. 8 della CEDU. Si devono dunque risolvere la prima questione e la prima parte della seconda questione nel senso che gli artt. 42, punto 8 ter, e 44 bis del regolamento n. 1290/2005 ed il regolamento n. 259/2008 sono invalidi nella parte in cui, con riguardo a persone fisiche beneficiarie di aiuti del FEAGA e del FEASR, tali disposizioni impongono la pubblicazione di dati personali relativi ad ogni beneficiario, senza operare distinzioni sulla base di criteri pertinenti come i periodi durante i quali esse hanno percepito simili aiuti, la frequenza o ancora il tipo e l'entità di questi ultimi" (punti 50-54).

Si potrebbe continuare a lungo in quanto il materiale giurisprudenziale offerto nel periodo è denso e, spesso, molto innovativo.

Volendo però riassumere si può dire che gli effetti dell'implementazione della Carta come *higher law*, anche sul piano squisitamente simbolico, non sono di certo mancati; due regolamenti sono caduti, in *parte qua*, per violazione dei diritti della Carta con la sentenza del 23 dicembre del 2009 *Detiček* e quella già ricordata del 9 novembre del 2010, *Volker and Markus Schecke*, ma il più spettacolare arresto della Corte è certamente quello del 1 marzo 2011 *Association belge des Consummateurs Test-Achats ASBL* che ha accertato la violazione da parte di una direttiva sulla parità uomo-donna del principio costituzionale di matrice europea – stabilito dalla Carta – di parità uomo-donna; forse prima di questa nessun'altra decisione della Corte aveva mostrato in modo così perfetto e compiuto la dimensione costituzionale del controllo di legittimità sugli atti dell'Unione alla luce dell'elenco solenne di *fundamental rights* elaborato dalla prima Convenzione. Va da ultimo ricordato che la Corte di giustizia ha pienamente confermato la cosiddetta "giurisprudenza *Kadi*", sottoponendo le decisioni ed i provvedimenti del Consiglio di sicurezza in materia di lotta al terrorismo islamico (ed a catena, quindi, i regolamenti adottati dall'Ue) alla verifica del rispetto dei diritti fondamentali: due sentenze del Tribunale di prima istanza, la prima sempre su ricorso del sig. Kadi (sentenza del 30.9.2010 –T-85/09, *Kadi*) e la seconda del 7.12.2010-t-49/07, *Fahas*, (quest'ultima richiamando il principio della presunzione d'innocenza stabilito all'art. 48 della stessa Carta), hanno annullato i provvedimenti emessi ai danni dei ricorrenti riaffermando l'esistenza di "un giudice a Berlino", anche nei confronti di quanto deciso da organi ONU, passo che, invece, la Corte di Strasburgo sino ad oggi non ha voluto compiere<sup>99</sup>). In un passaggio velenoso del *Lissabon Urteil*, la Corte tedesca afferma che non ci sarebbe poi tanto da stupirsi per l'esercizio dei controlimiti costituzionali interni nei confronti del diritto dell'Unione posto che la Corte di giustizia ha esercitato con la *Kadi* i controlimiti europei al diritto ONU. Si tratta di affermazioni suggestive, ma errate in quanto la Corte di giustizia non ha sostituito il proprio sindacato giurisdizionale a quello degli organi ONU, posto che quest'ultimi notoriamente non prevedono alcuna verifica giurisdizionale sui provvedimenti adottati. La Corte, quindi, ha solo anticipato la costruzione di necessarie, ed a questo punto urgenti, Corti internazionali con competenza generale sui provvedimenti emessi dall'ONU, che superino l'assurda situazione, già denunciata da Norberto Bobbio e da tanti altri, del "terzo assente" a livello del diritto globale.

#### 4. La Carta oltre le competenze dell'Unione e l'art. 6 TUE: una via giudiziaria al federalismo?

Come si è sin qui visto l'orientamento della Corte di Giustizia, dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, ha portato ad una robusta valorizzazione in funzione garantista dei diritti della Carta,

<sup>99</sup> La questione che già si era posta alla Corte dei diritti dell'uomo nel noto caso *Bosphorus nel 2005*, poi accantonata nella sentenza, si è ripresentata in quello *Nada v. Switzerland*, ma è stata rimessa alla *Grande Chambre*.

anche in ambito sociale, attraverso una ragionevole interpretazione del primo comma dell'art. 51, del resto in linea con la precedente giurisprudenza sul "campo d'azione" del diritto comunitario ed anticipata dalla migliore e più aperta dottrina sin dalla prima proclamazione nel 2000 del testo di Nizza<sup>(100)</sup>; a ciò si sono aggiunte le direttrici della non discriminazione, della ricerca di una tutela processuale effettiva delle pretese in gioco e della cooperazione giudiziaria come vettori per un'applicazione diffusa ed a largo raggio del *Bill of rights* dell'Unione. Si tratta di una linea giurisprudenziale nel complesso coraggiosa e determinata, ma non sovversiva dei "paletti" eretti nella nuova formulazione dell'art. 6 TUE.

Spunti ulteriori per una penetrazione più ampia della Carta nella giurisprudenza multilivello sono venuti per ora solo dalle conclusioni "incendiarie" dell'avvocato generale Sharpston del 30 settembre del 2010 nella causa *Zambrano* (C-34/09). In tali conclusioni si cerca di radicare una competenza dell'Unione anche se non concretamente esercitata (per rendere efficace e produttiva di effetti la nozione di cittadinanza europea ed evitare discriminazioni alla rovescia), in base ai valori dell'Unione come riscritti all'art. 2 TUE, la cui garanzia "non dovrebbe essere subordinata all'esercizio effettivo del potere legislativo. Una simile tutela contingente dei diritti è in antitesi con il modo in cui le democrazie contemporanee legittimano l'autorità dello stato" (punto n. 165). Sarebbe così sufficiente che la questione astrattamente intesa ricadesse nell'ambito di competenza esclusiva o condivisa (come nel settore sociale) dell'Unione. Afferma a tal proposito la Sharpston che però compiere questo passaggio e considerare che per una tutela dei diritti fondamentali di matrice europea sia sufficiente solo tale condizione "comporterebbe l'introduzione di un elemento apertamente federale nella struttura del sistema giuridico e politico dell'Unione" (punto 172).

L'A.G., però, non si ritrae da questo scenario<sup>(101)</sup>, ma si limita a notare che quando si era determinato il "fatto" che ha originato la domanda del sig. Zambiano il Trattato di Lisbona non era neppure all'orizzonte. Pertanto è prevedibile che solo in futuro la Corte dovrà affrontare "la questione se l'Unione non sia al bivio di un mutamento costituzionale" (punto 177). Come sappiamo, la Corte di giustizia ha risolto il caso l'8 marzo del 2011 offrendo piena tutela al sig. Zambiano (forse per prudenza non è ricorso neppure alla Carta dei diritti) ed assumendo una nozione di cittadinanza europea sostanzialmente "virtuale" e potenziale per non creare discriminazioni alla rovescia, ma non si è addentrata nell'avventuroso percorso proposto, in realtà per l'avvenire, dall'A.G.

Ulteriori spunti innovativi ci vengono dalla giurisprudenza nazionale che, anche dopo Lisbona, utilizza la Carta in via interpretativa fuori dal campo di applicazione ex art. 51. In effetti dopo l'entrata in vigore del nuovo Trattato alcune decisioni sono apparse piuttosto imprecise, a cominciare dalla decisione della Cassazione n. 2352/2010 che, nell'invitare nel principio di diritto il giudice di rinvio a tenere a mente l'art. 1 e 15 della Carta dei diritti Ue, sembra avvalorare una applicazione diretta della stessa nella fattispecie che certamente (trattandosi di un risarcimento di danni da demansionamento) non era configurabile come una questione di "diritto dell'Unione". Tuttavia la sentenza può essere, alla fine, difesa nella sua sostanza perché la *ratio decidendi* si

<sup>100</sup> Cfr. R. Bifulco, M. Cartabia e A. Celotto (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, il Mulino, Bologna, 2001.

<sup>101</sup> Cfr. il seguente passaggio: "in termini semplici un cambiamento di questo tipo sarebbe analogo a quello sperimentato nel diritto costituzionale degli Stati Uniti dopo la decisione nel caso *Gitlow v New York*, in cui la Corte suprema statunitense ha esteso la portata di numerosi diritti sanciti nel primo emendamento della Costituzione ai singoli stati" (punto 176).



concreta in realtà in una sorta di interpretazione non “conforme”, ma “libera” delle norme del nostro codice civile in modo che risulti una coerenza tra decisioni interne e principi costituzionali comuni. Questo orientamento più preciso per cui il giudice, pur dichiarando la non applicabilità diretta, ritiene che il dato costituzionale e legislativo interno debba essere interpretato anche “alla luce” del *Bill of rights* Ue si sta ora diffondendo e radicando e ha trovato alimento anche in decisioni della Corte costituzionale <sup>(102)</sup>. Nella sentenza n. 93/2010, la Corte, nell’accedere all’orientamento della Corte di Strasburgo in materia di pubblicità dei riti camerati nel settore penale, ha ritenuto (in una questione non di diritto dell’Unione) che tale opzione fosse coerente con i principi costituzionali interni, anche alla luce della Carta di Nizza e di altre fonti di diritto internazionale e nella più recente decisione n. 82/2011 in un caso (certamente non qualificabile come “questione comunitaria”) di denegata immunità (penale) di un parlamentare per le gravi offese rivolte a terzi, ha giudicato fondato il rifiuto della chiesta immunità ricordando che il principio di dignità è convergentemente tutelato all’art. 2 della nostra Carta ed all’art. 1 di quella di Nizza. Si viene così promuovendo, ad opera della giurisprudenza nazionale, senza la rottura degli argini di cui all’art. 6 TUE, quella fusione di orizzonti costituzionali tra diversi livelli, anche riguardo la “giustizia del caso concreto”<sup>(103)</sup> cui mira la stessa Carta esplicitamente all’art. 53 nel tentare di armonizzare, secondo il principio del trattamento di miglior favore, le varie fonti di protezione dei diritti fondamentali in una chiave di “costituzionalismo cooperativo”.

Ci sembra di dover concludere pertanto che ulteriori effetti “federalizzanti” ad opera della Carta difficilmente verranno agiti dalla Corte di giustizia oltre la corposa dimensione già raggiunta di applicazione diffusa della stessa, senza assicurazioni e segnali ulteriori <sup>(104)</sup> ad opera degli agenti “politici” dell’Unione (ivi compreso i sui cittadini dotati oggi dall’art. 11, quarto comma del TUE del nuovo diritto di chiedere con una raccolta di firme continentale atti legislativi) che il “destino” del vecchio continente sia davvero quello di una “federazione costituzionale”.

<sup>102</sup> Cfr. Cass. n. 28658/2010 sul principio di dignità e Cass. n. 7/2011 sul rispetto della vita privata e familiare, entrambe in campo penale. Il Primo Presidente, dott. Lupo, nella relazione inaugurale dell’anno giudiziario del gennaio del 2011 (disponibile anche nel sito [www.europeanrights.eu](http://www.europeanrights.eu)), ha rilevato che fuori dal campo di applicazione ha rilievo sul piano interpretativo. Cfr. L. D’Ancona, *L’efficacia della Carta di Nizza nella giurisprudenza nazionale dopo Lisbona*, in [www.europeanrights.eu](http://www.europeanrights.eu).

<sup>103</sup> Su questa convergenza nel caso concreto cfr. A. Ruggeri, *Rapporti tra corti costituzionali e Corti europee, bilanciamenti interordinamentali e controlimiti mobili a garanzia dei diritti fondamentali*, in [www.associaionedei costituzionalisti.it](http://www.associaionedei costituzionalisti.it).

<sup>104</sup> Richiesti con gran forza persino da H. Habermas che ha intitolato in inglese il suo ultimo contributo sull’Europa, *The faltering project*, Polity Press, Cambridge, 2009.