

Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea

Studio introduttivo

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 1.1 *I precedenti interni*. - 2. La Carta dei diritti fondamentali. - 2.1 *L'iter di adozione della Carta 2000 e della Carta 2007*. - 2.2 *L'elaborazione delle Spiegazioni*. - 2.3 *Lo status giuridico della Carta 2007*. - 2.4 *Lo status giuridico delle Spiegazioni*. - 3. I diritti ed i criteri di legalità. - 3.1 *Lo status dei diritti e dei criteri di legalità riconosciuti dalla Carta 2007*. - 3.2 *Diritti, libertà, principi*. - 4. I soggetti. - 4.1 *I soggetti titolari dei diritti*. - 4.2 *Le persone giuridiche*. - 5. L'ambito di efficacia diretta delle disposizioni. Le deroghe e le limitazioni. - 5.1 *L'ambito di efficacia della Carta e delle sue disposizioni*. - 5.2 *Le deroghe alla Carta*. - 5.3 *La riserva di legge*. - 5.4 *I criteri sostanziali di legittimità delle limitazioni*. - 5.5 *L'abuso di diritto, una nuova nozione e l'opera di bilanciamento*. - 6. L'interpretazione. - 6.1 *L'imperativo dell'interpretazione conforme*. - 6.2 *La pluralità delle fonti e delle formulazioni, il livello di protezione e la rilevanza dei testi costituzionali*. - 7. La tutela giurisdizionale. - 7.1 *L'effettività della tutela giurisdizionale*. - 7.2 *L'efficacia dei rimedi di legalità e le riserve di giurisdizione*. - 7.3 *I limiti settoriali alle competenze del giudice UE sull'atto*. - 7.4 *Il contenzioso tra soggetti pubblici*. - 8. La novità sul piano delle relazioni tra sistemi e del dialogo tra autorità. - **BIBLIOGRAFIA**

1. Introduzione

L'entrata in vigore del Tr. Lisbona ha profondamente modificato l'assetto normativo in materia di **promozione e tutela dei diritti fondamentali** nell'ordinamento UE chiudendo una fase d'evoluzione giurisprudenziale e di richiami ai principi generali del diritto aperti quando la Corte, in mancanza di norme comunitarie scritte, si ritenne (in base all'allora art. 164 CEE) «tenuta ad ispirarsi alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri [non potendo] ammettere provvedimenti incompatibili con i diritti fondamentali riconosciuti e garantiti dalle costituzioni di tali Stati (...), in quanto parte dei principi generali del diritto comunitario, di cui la Corte garantisce l'osservanza» (v. CG, 12 novembre 1969, *Stauder*, 29/69, punto 7; 17 dicembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, 11/70; 14 maggio 1974, *Nold*, 4/73). La Corte trasse ispirazione anche dai «trattati internazionali relativi alla tutela di diritti dell'uomo cui gli Stati membri hanno cooperato o aderito [che] possono del pari fornire elementi di cui occorre tenere conto nell'ambito del diritto comunitario», come

la CEDU (CG, 28 ottobre 1975, *Rutili*, 36/75; 29 maggio 1997, *Kremzow*, C-299/95), il Patto sui diritti politici e civili (CG, 18 ottobre 1989, *Orkem*, 374/87 e 27/88), la Convenzione sui diritti del bambino (CG, 27 giugno 2006, *Parlamento europeo/Consiglio*, C-540/03) e la Carta comunitaria sui diritti sociali fondamentali dei lavoratori (CG, 2 febbraio 1988, *Blaizot*, 24/86, e 15 giugno 1978, *Defrenne II*, 149/77). La richiesta di garantire il rispetto dei livelli di protezione previsti dalle Costituzioni nazionali, espressa molto chiaramente da alcune Corti costituzionali negli anni '70-'80, è stata così parzialmente soddisfatta, almeno sul piano della giurisprudenza. L'adeguamento dell'assetto normativo è stato invece realizzato con le tre modifiche ai Trattati apportate dai Tr. Amsterdam, Nizza e Lisbona. Le evoluzioni proprie all'ordinamento comunitario non possono non essere inoltre lette alla luce dell'evoluzione *pro homine* del diritto internazionale, delle varie forme di positivizzazione di sistemi sempre più cosmopoliti e plurimi, dell'aggiornamento delle nozioni, del rafforzamento del ruolo superiore (*jus cogens*) delle disposizioni relative ai diritti dell'uomo, a prescindere dal-

la loro collocazione nel diritto scritto direttamente applicabile o nella *soft law*, e del rafforzamento delle forme di protezione e tutela dei medesimi «valori universali» sottostanti, fino alla rottura del principio dell'inviolabilità della sovranità, alla positivizzazione del principio della giurisdizione universale e del progressivo riconoscimento sia degli obblighi dello Stato in materia (cfr. DE SCHUTTER O., *International Human Rights Law*, Cambridge (Un. Press) 2010, 243 ss.) che della capacità della persona fisica nell'ordinamento internazionale, sfociato nella recente creazione di nuove autorità giudiziarie internazionali (ABELLAN HONRUBIA V.A., *International Responsibility of the Individual*, in *Rec. Cours*, 1999, vol. 280, 135-428; BEDJAOUI M., *L'humanité en quête de paix et de développement*, *Cours général de droit international public*, in *Rec. Cours*, 2004, vol. 324 e 325; CANÇADO TRINDADE A.A., *International Law for Humankind: Towards a New Jus gentium*, in *Rec. Cours*, 2005, vol. 316 e 317). Tali evoluzioni, correlate all'evoluzione dello scenario mondiale, hanno evidenziato, in tutti i tipi di sistema, una rinata complementarità tra tecniche positivistiche e presupposti umanistici attraverso una panopia di atti diversi, la consuetudine e la giurisprudenza (cfr. GUARINO G., *I diritti dell'uomo come sistema: un'ipotesi di lavoro*, in *RCGI*, 2007, 7-46). In questo scenario, i **diritti dell'uomo** sono stati in alcuni casi **reformulati in diritti fondamentali** via disposizioni sempre più concrete e puntuali con efficacia precettiva crescente anche attraverso varie forme di costituzionalizzazione di alcune delle norme stabilite negli atti e strumenti di *soft law* ben noti. Questi aspetti, all'evidenza esulano dal presente commento che intende essere una introduzione generale alla Carta, ma essi, tuttavia costituiscono la tela di fondo del discorso almeno nella misura in cui esso concerne problematiche non ancora risolte.

La Carta è stata oggetto di forte attenzione sia per gli aspetti formali e sostanziali che la contraddistinguono sia, naturalmente, per tutte le ben note questioni collegate al suo significato ultragiuridico e alla sua qualificazione nell'assetto normativo dell'UE nonchè ai suoi effetti negli ordinamenti costituzionali nazionali (cfr.

LEVADE A., *Identité constitutionnelle et exigence existentielle. Comment concilier l'inconciliable*, in MANIN PH. (SCRITTI), 2010, 109). Il presente commento è destinato al tecnico, non è finalizzato all'analisi dei singoli diritti e non può, anche per motivi di spazio, che menzionare solo succintamente aspetti sistemici e alcuni elementi di criticità tecnico-interpretative oggetto di amplissimo dibattito in dottrina e nell'arena politica, così come in giurisprudenza. Tali richiami sono funzionali e finalizzati ad evidenziare gli elementi essenziali della nuova situazione, essenziali perché presumibilmente immuni da possibili evoluzioni future, nell'uno o nell'altro senso, e quindi caratterizzanti il nuovo assetto. Sono oggetto di esame, in primo luogo, i numerosi precedenti, v. *infra*, n. 1.2 ed il lungo percorso che ha portato all'adozione della Carta 2007 ed alla pubblicazione delle Spiegazioni, v. *infra*, n. 2.1 e 2.2. Tenuto conto dell'ampio dibattito sul valore formale e sostanziale dell'atto sono analizzate le questioni dello *status giuridico* della Carta, v. *infra*, n. 2.3 e delle *Spiegazioni*, v. *infra*, n. 2.4, così come dei diritti ivi riconosciuti, v. *infra*, n. 3.1, senza dimenticare di ricordare le diversità tra diritti, libertà e principi, v. *infra*, n. 3.2, e le discordanze tra le situazioni giuridiche riconosciute al soggetto in subordine al diverso legame tra il soggetto o il caso di specie e l'ordinamento UE, v. *infra*, n. 4.1 e 4.2.

La Carta è un **Bill of Rights europeo di rango equivalente ai Trattati** (secondo l'art. 6, par. 1 TUE, la Carta «ha lo stesso valore giuridico» dei Trattati), che stabilisce un elenco di diritti fondamentali giustiziabili. Alla luce dell'ampio dibattito suscitato, essa appare introdurre norme di rango equivalente al diritto primario sul piano formale, che sembrano però di rango superiore al diritto primario stesso sul piano sostanziale (BURBORGUE - LARSEN L. *Quand la CJUE prend aux sérieux la Charte des droits fondamentaux, le droit de l'Union est déclaré invalide* in AJDA, 2011, 969), sebbene alcun principio gerarchico tra Carta e Trattati sia stato esplicitamente introdotto. Ciò detto, una serie di formulazioni, a volte non concordanti, stimola la riflessione soprattutto sull'efficacia e sull'applicabilità diretta, verticale e orizzon-

tale, della Carta e delle sue disposizioni, formalmente limitate all'ambito di applicazione di altra norma UE, v. *infra*, n. 5.1. Gli effetti materiali conseguenti all'interpretazione di alcune disposizioni derogatorie, v. *infra*, n. 5.2 e di altre disposizioni con finalità attuative e garantiste in materia di riserva di legge, v. *infra*, n. 5.3, e di limitazioni materiali, v. *infra*, n. 5.4 e 5.5, sono altresì oggetto di riflessione in quanto alcuni aspetti restano quantomeno non completamente chiari riguardo ad una possibile efficacia orizzontale o ultronea delle disposizioni della stessa per la natura dei diritti e per la specificità dell'impianto di relazione tra ordinamenti, v. *infra*, n. 6.1.

La discussione sull'impianto sistemico e sul valore delle fonti non deve distogliere l'attenzione da due elementi materiali fondamentali. L'assioma di base è che la Carta non vuole innovare, in quanto è solo funzionale all'evoluzione integrativa delle relazioni tra ordinamenti e giudicati ed è intesa a sistemizzare le diversità al fine di favorire un'accelerazione dei fenomeni di uniformizzazione e di aggiornamento delle nozioni, in sintonia con le evoluzioni nella materia e con il completo rispetto delle disposizioni delle Costituzioni nazionali. Tuttavia tale assioma sembra restare formula astratta e funzionale alle problematiche di sistema ed alle relazioni istituzionali. Questi elementi strutturali sono importanti ma non possono far dimenticare che l'interesse primario nella materia è la tutela effettiva ed efficace, e più uniforme possibile, della singola situazione giuridica protetta dalla Carta, che sarà, probabilmente, anche e soprattutto, un atto di riferimento dai probabili effetti orizzontali e ultronei, irradianti non solo il diritto UE, ma assumenti una valenza sostanzialmente uniformizzante ed aggiornatrice a titolo generale, v. *infra*, n. 6.1 e creatori di nuove obbligazioni per qualsiasi giudice, v. *infra*, n. 6.2.

Purtroppo però, se il giudice comune è certamente il primo referente, dopo il titolare del diritto, al quale la Carta si indirizza (v. commento all'art. 19 TUE, n. 12), l'effettività e l'efficacia delle azioni e degli strumenti di tutela nello spazio unico europeo sembrano ancora oggi restare un obiettivo in agenda, v. *infra*, n. 7.1, in quanto sia le azioni dei sogget-

ti che i rimedi di legalità si infrangono ancora spesso contro ostacoli procedurali e materiali, derivanti dalle diversità tra le normative nazionali e dalle regole sul riparto delle competenze giurisdizionali, v. *infra*, n. 7.2. Residuano, inoltre, aree e ambiti nei quali gli espliciti limiti fatti al controllo di legalità sembrano stridere con gli stessi valori ed obiettivi stabiliti nella Carta, v. *infra*, n. 7.3.

La Carta riafferma certo, in sintonia con altre disposizioni di diritto primario modificate dal Tr. Lisbona, i criteri di sistema, come la rigidità del riparto delle competenze ed il rispetto dei controlimiti. La Carta introduce però anche novità sostanziali in un quadro normativo comune, anche se complesso, dalla valenza ultragiuridica. Così, ad esempio, se i controlimiti sono stati considerati elementi di contrappeso, essi si offrono oggi piuttosto come occasioni di dialogo e portatori di valori e nozioni da assimilare al pari di quelli introdotti con la Carta (v. *infra*, n. 6.2). La Carta esprime, infatti, alcuni degli elementi fondamentali di un'agenda politica europea che è comune alle istituzioni UE e agli Stati membri ed in quanto tale si rivolge, fatto unico al mondo, direttamente ed autonomamente a tutte le persone pubbliche e private appartenenti ad ordinamenti politici e giuridici diversi, proponendosi nella sostanza come atto per tutti e di tutti, con possibili casi di contenzioso tra poteri pubblici, v. *infra*, n. 7.4.

Il Tr. Lisbona certamente conclude quel processo di strutturazione avviato da tempo per via pretoria, progressivamente confermato dai vari Trattati modificativi, e sistematizza le fonti scritte in materia (su questi sviluppi, v. specificamente i commenti agli artt. 6, 7 e 19 TUE nonché i commenti a tutti gli altri articoli dei Trattati qui menzionati; cfr. per tutti, SKOURIS V., *La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne dans la perspective de la ratification du traité de Lisbonne*, in KÜRIS PR. (SCRITTI), 383-400).

Nella presente introduzione generale sono esaminati soltanto gli aspetti di struttura più importanti di un processo ancora *in fieri* dei quali non si può trascurare la rilevanza nell'agenda politica comune all'UE e agli Stati membri, v. *infra* n. 8, senza entrare nel merito dei singoli

diritti e principi garantiti (per i quali si rinvia alle Spiegazioni), fatto salvo qualche accenno ai diritti all'uguaglianza ed alla tutela giurisdizionale effettiva.

1.1 I precedenti interni

Il riconoscimento, la promozione e la protezione dei diritti e libertà fondamentali e dei diritti umani costituisce da tempo uno dei principali temi del dibattito sulla legittimità (democratica) e, di conseguenza, sulla nozione di legalità nell'ordinamento dell'Unione (cfr. TINDEMANS L., *European Union, Report to the European Council (Tindemans Report)* in *Boll. CE*, 1976, 1/76; COMMISSIONE EUROPEA, *La protezione dei diritti fondamentali nella Comunità Europea*, in *Boll. CE*, 1976, Suppl. 5/76, adottata in risposta alla Ris. del Parlamento europeo del 4 aprile 1973). La Carta è l'ultima tappa di un dibattito intenso (per una forzatamente incompleta rassegna della nutritissima dottrina rimandiamo alla bibliografia) e di un percorso istituzionale proficuo, del quale menzioniamo qui solo alcuni *precedenti interni*, per non menzionare i precedenti esterni, richiamati nella stessa Dichiarazione di Laeken, come la *Magna Carta* del 1215, il *Bill of Rights* del 1689, la Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 o la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948.

Essi sono:

- a) la *Dichiarazione sui diritti fondamentali*, adottata il 5 aprile del 1977 da Parlamento, Consiglio e Commissione europea (*GUCE* C 103 del 27 aprile 1977, 1-2);
- b) la Ris. del Parlamento europeo 16 novembre 1977 (*GUCE* C 299 del 12 dicembre 1977, 26);
- c) il progetto di *Trattato sull'Unione europea* (Progetto Spinelli) approvato dal Parlamento europeo il 14 febbraio 1984 (*GUCE* C 77 del 19 marzo 1984, 33-54) che dava mandato ad adottare una Dichiarazione sui diritti fondamentali (art. 4, par. 3);
- d) il *Libro Bianco per le libertà e i diritti fondamentali dei cittadini europei* (PE 115.274/DEF) adottato in base al suddetto art. 4, par. 3, dal Parlamento europeo il 12 aprile 1989 (*GUCE* C 120 del 16 maggio 1989, 51);
- e) la *Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori* adottata da 11 Stati su 12 (cioè senza il Regno Unito) al Consiglio europeo di Strasburgo dell'8-9 dicembre 1989 (*GUCE* C 323 del 27 dicembre 1989, 44);
- f) la *Dichiarazione sui diritti dell'uomo* del Consiglio europeo di Lussemburgo del 28-29 giugno 1991 (*Boll. CE*, 6-1991, par. 1.45. Cfr. la *Risoluzione sui diritti dell'uomo, la democrazia e lo sviluppo* del Consiglio e degli Stati membri del 28 novembre 1991, *Boll. CE*, 11-1991, par. 1.3.67 e 2.3.1);
- g) il *Progetto di Costituzione* (cd. Progetto Herman) adottato dal Parlamento il 10 febbraio 1994, un cui allegato riproduceva un *Catalogo dei diritti dell'uomo* (*GUCE* C 61 del 28 febbraio 1994, 155);
- h) le *Conclusioni della presidenza del Consiglio europeo di Madrid* del 15-16 dicembre 1995 nelle quali, per la prima volta, gli Stati hanno evocato la prospettiva di adottare un catalogo di diritti (All. 15 su: Conferenza intergovernativa, Una strategia per l'Europa - *Rapporto Westendorp*);
- i) la *Dichiarazione dell'Unione* in occasione del 50° anniversario della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 10 dicembre 1998 (*Boll. CE*, 12-1991, par. 1.3.22) (Cfr., per tutti, SCHÖNLAU J., *Courts, Charters and Conventions: the institutionalisation of human rights protection in the European Union*, in *Human rights in Europe*, Hannover, 2006, 85-101).

2. La Carta dei diritti fondamentali

2.1 L'iter di adozione della Carta 2000 e della Carta 2007

In concomitanza col cinquantesimo anniversario della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo delle Nazioni Unite, a seguito del dibattito sull'opportunità di redigere un Catalogo dei diritti fondamentali, il Consiglio europeo di Colonia (riunitosi il 3 e 4 giugno 1999, un mese dopo l'entrata in vigore del Tr. Amsterdam e tre mesi dopo la sent. della Corte europea dei diritti dell'uomo 18 febbraio 1999, *Matthews/*

Regno Unito, ric. 24833/94, v. JACQUÉ J.-P., *La démarche initiée par le Conseil européen de Cologne, Actes des journées d'étude sur la Charte*, 16 e 17 giugno 2000, Strasburgo, in *RUDH*, 2000, 3) ha affermato che «La tutela dei diritti fondamentali costituisce un principio fondatore dell'Unione europea e il presupposto indispensabile della sua legittimità. L'obbligo dell'Unione di rispettare i diritti fondamentali è confermato e definito dalla Corte nella sua giurisprudenza. Allo stato attuale dello sviluppo dell'Unione è necessario elaborare una Carta di tali diritti al fine di sancirne in modo visibile l'importanza capitale e la portata per i cittadini dell'Unione». (Decisione del Consiglio europeo sulla Carta dei diritti fondamentali dell'UE, All. IV alle concl. della presidenza). Su iniziativa della presidenza tedesca, il Consiglio europeo di Colonia conferì inoltre il mandato di redigere un progetto di Carta, da sottoporre al Consiglio europeo del dicembre 2000, ad un organo *ad hoc* (composto da 15 rappresentanti dei Capi di Stato e di Governo, 1 del presidente della Commissione, 16 del Parlamento europeo e 30 dei Parlamenti nazionali, con altri rappresentanti degli Stati la cui procedura di adesione era aperta e di altre istituzioni e organi UE e nazionali come osservatori). Il Consiglio «Affari generali» ricevette, in conseguenza, un mandato per redigere un accordo su tale organo, accordo che fu allegato alle concl. del Consiglio europeo di Tampere del 15-16 ottobre 1999 (v. Allegato sulla composizione, metodo di lavoro e modalità pratiche concernenti l'organo preposto all'elaborazione di un progetto di Carta dei diritti fondamentali; cfr. Parlamento europeo, Ris. 16 settembre 1999, *GUCE* C 54 del 25 febbraio 2000, 93 per il vertice di Tampere, Ris. 27 ottobre 1999 sui risultati del vertice — B5-0187, 0188, 0190 e 0193/199 — e Ris. 16 marzo 2000 sull'elaborazione di una Carta — A5-0064/2000 —, *GUCE* C 377 del 29 dicembre 2000, 323-329). Questa istanza definita «organo» (costituitasi il 17 dicembre 1999) si auto denominò «**Convenzione**» il 1-2 febbraio 2000 (Charte 4134/00 del 21 febbraio 2000, punto 3), come proposto dal Parlamento (v. Ris. 18 novembre 1999, *GUCE* C 189 del 7 luglio 2000, 222-226) e decise di lavo-

rare come se la Carta dovesse essere integrata nel Trattato. Secondo le aspettative dei Capi di Stato e di Governo, tale Carta doveva riprodurre, riformulando la giurisprudenza della Corte, i diritti sanciti dalla CEDU, i diritti risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, i diritti fondamentali attribuiti ai cittadini dell'Unione, i diritti economici e sociali enunciati nella Carta sociale europea e nella Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori nonché i principi generali derivanti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia (Corte) e dalla Corte europea dei diritti dell'uomo.

Il progetto di Carta (Charte 4960/00), elaborato dal *Praesidium* in cooperazione con la Convenzione, organizzata in gruppi di lavoro, è stato adottato dal *Plenum* per consenso il 2 ottobre 2000, con due membri dissenzienti, senza votazioni specifiche, a conclusione di una combinazione di procedure diplomatiche, tecniche e parlamentari non legislative. Il Consiglio europeo informale di Biarritz (13-14 ottobre 2000) ha pure approvato il progetto per consenso senza voto espresso e lo ha trasmesso al Parlamento e alla Commissione («Il Consiglio europeo ha approvato il contenuto della carta dei diritti fondamentali, rallegrandosi del contributo fornito da tale testo al modello di valori e di società rappresentato dall'Unione Europea. Dopo che la Commissione europea ed il Parlamento europeo lo avranno formalmente adottato, questo testo verrà solennemente proclamato al Consiglio europeo di Nizza», concl. punto 11). Il Parlamento ha espresso il proprio accordo con Dec. 14 novembre 2000 (*GUCE* C 223 dell'8 agosto 2001, 74), con atto atipico (e non legislativo) e procedura di approvazione senza emendamenti. La Commissione ha espresso il proprio accordo il 6 dicembre 2000. Il Consiglio si è espresso in senso favorevole il 4 dicembre 2000. Questi due atti non sono stati apparentemente pubblicati. I presidenti del Parlamento, del Consiglio e della Commissione hanno firmato e proclamato solennemente la Carta in nome delle tre istituzioni, nel corso di una cerimonia a margine della riunione del Consiglio europeo di Nizza, il 7 dicembre 2000 (*GUCE* C 364 del 18 dicembre 2000, 1). Il Consiglio europeo di

Nizza fa la parte del «notaio», non adotta nè proclama ma «si compiace della proclamazione congiunta, da parte del Consiglio, del Parlamento europeo e della Commissione, della Carta dei diritti fondamentali, che riunisce in un unico testo i diritti civili, politici, economici, sociali e societali finora enunciati in fonti diverse, internazionali, europee o nazionali. Il Consiglio europeo auspica che alla Carta sia data la più ampia diffusione possibile presso i cittadini dell'Unione. In conformità delle conclusioni di Colonia, la questione della portata della Carta sarà esaminata in un secondo tempo» (concl. punto I. 2.). Si decise di non inserire nel Tr. Nizza riferimenti alla Carta e di non allegare la stessa al Tr. Nizza.

Come si può ben evincere dalle procedure e dai testi richiamati, la forma verbale «ha approvato», utilizzata nelle conclusioni del Consiglio europeo informale di Biarritz, è collegata al «contenuto della Carta» e non alla Carta stessa come atto. Ciò nondimeno, si può ritenere che l'atto esista nell'ordinamento UE da questo momento, perché riconosciuto come tale: una Dichiarazione solenne che per la prima volta riunisce in un unico testo scritto, denominato «Carta», i diritti fondamentali tutelati e protetti dall'ordinamento UE. L'atto esiste giuridicamente, sin da questa prima approvazione da parte del Consiglio europeo di Biarritz. La Convenzione aveva infatti approvato un progetto di atto (materiale) ed il Consiglio informale di Biarritz ne approva il contenuto riconoscendone l'esistenza nell'ordinamento UE. L'atto è in sostanza una Dichiarazione senza valore giuridico vincolante ma non è priva di esistenza giuridica. Tale atto fu poi, senza modificarne lo stato giuridico nella sostanza, approvato e proclamato da tre istituzioni UE e menzionato nelle conclusioni del Consiglio europeo di Nizza. Non riteniamo che l'atto nasca giuridicamente dal momento della firma e proclamazione da parte di Parlamento, Commissione e Consiglio, neanche da un punto di vista formale in quanto le procedure adottate non sono tra loro collegate da un'unica base giuridica procedurale. Si tratta di atti, una Decisione nel caso del Parlamento europeo, che sembrano non aver in sé effetto giuridico esterno diretto; essi non sono, inoltre, previsti in

quanto tali da norma scritta (base giuridica). Sono atti unilaterali dichiaratori e politici. Impegnano, al massimo, l'istituzione stessa. Così sembra essere per tutte le Decisioni preparatorie per la *firma* e la *proclamazione* congiunte. Al fine di chiarire le questioni inerenti alle fonti utilizzate e all'interpretazione delle disposizioni della Carta, che intendeva riprodurre diritti e principi esistenti allo scopo di garantirne maggiore chiarezza e visibilità, il segretariato della Convenzione aveva redatto, sotto l'autorità del *Praesidium*, delle Spiegazioni (non pubblicate nel 2000).

Fu così emanato un atto di grande rilevanza ultragiuridica teso ad «elaborare una Carta di tali diritti [pre-esistenti] al fine di sancirne in modo visibile l'importanza capitale e la portata per i cittadini dell'Unione», ma, come detto, privo di valore giuridico vincolante, come confermato dagli elementi sopracitati nonché dalla stessa pubblicazione nella serie C della *GUCE*, riservata agli atti non obbligatori, proprio a motivo del fatto che non ci fu accordo sul suo *status* giuridico. Infatti, la Dic. n. 23 sul futuro dell'Unione allegata all'atto finale della CIG che ha adottato il Tr. Nizza del 7-9 dicembre 2000 (*GUCE* C 80 del 10 marzo 2001, 85-86) chiese ai Consigli europei di Göteborg (giugno 2001) e Laeken (dicembre 2001, di approvare una Dichiarazione sul futuro dell'UE per la CIG 2004. Conseguentemente, nel dicembre 2001, il Consiglio europeo riunitosi a Laeken, in Belgio, ha formalizzato (SN 273/01, 15 dicembre 2001) la richiesta di convocare una (seconda) Convenzione sul futuro dell'Europa, nella prospettiva della futura CIG (v. Parlamento europeo, Ris. 29 novembre 2001, sul Consiglio europeo di Laeken, *GUCE* C 153 E del 27 giugno 2002, 306). La **natura dell'organo Convenzione 2000**, certamente interno al quadro UE seppur atipico, e le relative procedure decisionali, finalizzate a garantire una maggiore trasparenza e partecipazione (definita da più parti democratica) del processo di redazione, rispetto alla classica procedura CIG, furono confermate al momento della costituzione di questa seconda **Convenzione sul futuro dell'Europa**, incaricata di preparare il progetto di Tr. Costituzionale. Nella Dichiarazione di Laeken

sul futuro dell'Unione europea si chiese alla Convenzione sul futuro dell'Europa di esaminare, tra l'altro, lo *status* giuridico della Carta, con eventuale integrazione nei Trattati. Un'altra richiesta riguardava l'adesione dell'Unione alla CEDU.

La Convenzione sul futuro dell'Europa si è riunita per la prima volta il 28 febbraio 2002, sotto la presidenza di Valéry Giscard d'Estaing, ed ha presentato il progetto di Tr. Costituzionale, nel quale la Carta dei diritti fondamentali figurava integralmente nella Parte II (artt. da II-1 a II-54; cfr. BADINTER R., *La Charte des droits fondamentaux à la lumière des travaux de la Convention sur l'avenir de l'Europe*, in COHEN-JONATHAN G. (SCRITTI), T. I, 143-155), il 18 luglio 2003. Il 4 ottobre 2003 è stata convocata la CIG composta dai Capi di Stato e di Governo degli Stati membri e degli Stati candidati all'adesione, allo scopo di approvare il Tr. Costituzionale. I lavori si sono conclusi il 24 ottobre 2004 a Roma con la firma del Tr. Costituzionale che incorporava il testo della Carta. In seguito alle difficoltà nei processi di ratifica incontrate in alcuni Stati membri, il Consiglio europeo del 21 e 22 giugno 2007 ha deciso di convocare un'ulteriore CIG col mandato di finalizzare e adottare non più un Tr. Costituzionale ma un Trattato modificativo (Doc. n. 11177/07). Il mandato della CIG conteneva i termini dell'accordo sullo *status* della Carta. Il testo della Carta versione 2004 non sarebbe stato incorporato nel futuro Trattato. Tuttavia essa avrebbe dovuto essere vincolante in tutti gli Stati membri, ad eccezione del Regno Unito, e l'art. 6, par. 1, TUE avrebbe fatto riferimento alla medesima e stabilito che essa avrebbe goduto dello stesso valore giuridico dei Trattati. I minimi cambiamenti al testo della Carta 2000 introdotti dalla Convenzione 2002-2003 e dalla CIG 2003-2004 erano sostanzialmente finalizzati a: 1) modificare leggermente alcuni par. delle disposizioni orizzontali al fine di confermare l'immodificabilità del sistema di riparto delle competenze dell'UE; 2) rinforzare i diritti delle persone appartenenti a minoranze, il diritto d'accesso ai documenti e la distinzione tra diritti e principi; 3) fare infine riferimento esplicito alle Spiegazioni (Preambolo e art. 57, co. 2, Carta).

A riprova che tale compromesso lasciava qualche perplessità, si decise di richiamare all'art. 51 della Carta la rigidità del sistema delle competenze dell'UE definite nei Trattati (peraltro richiamato anche in altre disposizioni, cfr. art. 40 TUE, la Dich. n. 1 e la Dich. unilaterale della Repubblica ceca n. 53, che si riferisce peraltro, quest'ultima, anche al rispetto della normativa nazionale e alla salvaguardia delle competenze delle autorità nazionali in materia) e di includere nell'art. 6 TUE (rispetto al testo dell'art. I-9 del Tr. Costituzionale) il riferimento al Titolo VII della Carta e alle Spiegazioni.

La Carta, nella versione così modificata, è stata approvata dal Parlamento europeo (Dec. 29 novembre 2007 sull'approvazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea da parte del Parlamento europeo, *GUUE* C 297 E del 20 novembre 2008, 161) e dalla Commissione europea (punto 6 — SEC(2007)1638 — del PV della riunione dell'11 dicembre, PV(2007)1811 final), e successivamente proclamata (v. la Decisione sull'autorizzazione a proclamare la Carta, secondo la procedura proposta da Commissione e Parlamento europeo e nella versione distribuita al Consiglio con Doc. n. 15535/07 del 26 novembre 2007, a nome del Consiglio del 30 novembre 2007, Doc. n. 15498/07) una seconda volta nel corso di una sessione plenaria dai presidenti del Parlamento, del Consiglio e della Commissione il 12 dicembre 2007, con la formula «Il Parlamento europeo, il Consiglio e la Commissione proclamano solennemente quale Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea il testo riportato in appresso». La Carta fu poi anche ripubblicata (*GUUE* C 303 del 14 dicembre 2007, 1) il giorno precedente la firma del Tr. Lisbona, al fine di permetterne la menzione della data e del luogo della proclamazione nel testo dell'art. 6, par. 1, TUE. Le **Spiegazioni** sono state anch'esse contestualmente pubblicate in contemporanea (*GUUE* C 303 del 14 dicembre 2007, 17). Il Tr. Lisbona è stato pubblicato il 17 dicembre 2007 (*GUUE* C 306 del 17 dicembre 2007, 1), non recependo la proposta della presidenza portoghese del giugno 2007 di includere la Carta e le **Spiegazioni** nelle Dichiarazioni da allegare all'Atto finale della CIG.

2.2 L'elaborazione delle Spiegazioni

Redatte dal segretariato della Convenzione 2000 (su mandato del *Praesidium* della prima Convenzione e modificate sotto l'autorità del *Praesidium* della Convenzione 2002-2003 che predispose il Tr. Costituzionale), le **Spiegazioni** sono state approvate, dopo una semplice visione del testo da parte dei membri del *Praesidium*, senza dibattito, con procedura scritta, e rese pubbliche l'11 ottobre (con versione REV del 19 ottobre 2000, Charte 4473/1/00). Non hanno poi subito modifiche.

La **genesì del testo** è collegata alla volontà di alcuni Stati membri di veder rispettato il mandato, e all'impegno, della Convenzione 2000 di non innovare in materia, di non ampliare le competenze UE e di non creare divergenze coi testi pre-esistenti. L'originaria denominazione (*exposé des motifs/statement of reasons/rapporto esplicativo*) fu sostituita con quella di *explications/explanations/spiegazioni* su proposta del 15 giugno 2000 del presidente della Convenzione (v. Charte 4371/00 Convent 38; Charte 4422/00 Convent 45; Charte 4423/00 Convent 46; Charte 4487/00 Convent 50; Charte 4473/100 REV 1 Convent 49). Come già ricordato, il testo è stato quindi adottato dal *Praesidium* con procedura scritta su proposta del segretariato, come richiesto dal *Presidium*, e non fu mai dibattuto in seno alle Convenzioni 2000 e 2002-2003. Dibattito e voto non furono ritenuti necessari alla luce della natura meramente informativa (sulle varie fonti utilizzate) del testo, che è stato solo leggermente modificato nel corso dei lavori successivi. Le procedure di redazione e approvazione corrispondono all'intenzione di escludere l'atto sia dalla sfera degli atti preparatori, in quanto atto informativo, che dalla categoria degli atti allegati ai Trattati. La natura di «*rapport explicatif*» delle Spiegazioni non è stata modificata nella sostanza dalla modifica della denominazione né dalla relativa pubblicazione nella *GUUE*, serie C, avvenuta solo nel 2007, pubblicazione separata che ne evidenzia, anzi, la natura informativa, nella volontà degli organi competenti. Peraltro l'efficacia delle stesse non sembra potersi risolvere col solo approccio formale, v. *infra*, n. 2.4.

2.3 Lo status giuridico della Carta 2007

La definizione dello **status giuridico** della Carta 2007, alla luce dell'art. 6, par. 1 TUE, è una pietra miliare nel processo di sistematizzazione nella materia (cfr. Parlamento europeo, Ris. 23 ottobre 2002 sull'impatto della Carta e sul suo status futuro, 2002/2139 (INI), *GUCE* C 300 E dell'11 dicembre 2003, 432-437) non solo come nuova fonte di diritto primario scritto, di cui la Corte assicura il rispetto (CG, 5 ottobre 2010, *McB.*, C-400/10 PPU, punto 61), ma soprattutto come novità nel sistema della gerarchia delle fonti e delle norme, e non deve essere valutata soltanto con argomentazioni formali (cfr. PAGANO E., *Dalla Carta di Nizza alla Carta di Strasburgo dei diritti fondamentali*, in *DPCE*, 2008, 94; ROSSI L.S., *Il rapporto tra Trattato di Lisbona e Carta dei diritti fondamentali dell'Ue*, in BRONZINI G., GUARRIELLO F., PICCONE V. (cur.), *Le sfide dell'Europa. Diritti, istituzioni, politiche*, Roma, 2009).

Il Tr. Lisbona (art. 6 TUE) ha modificato l'assetto delle fonti in materia oggi costituito da fonti scritte di diritto primario, la Carta ed i Trattati, fonti scritte di diritto secondario, gli atti UE e d'attuazione, fonti di riferimento, il diritto internazionale richiamato, di cui la CEDU sino al momento dell'adesione, fonti di diritto non scritto, di cui i principi generali del diritto ne sono la parte preponderante. In tale quadro, la Carta 2007 è oggi certamente il testo scritto centrale in materia di promozione e tutela dei diritti e libertà fondamentali per comprendere la valenza del quale è utile fare riferimento alla Carta 2000 che, pur non dotata di efficacia giuridica vincolante, aveva una portata giuridica e politica certe. La Carta 2000 si inseriva come *soft-law* e fonte d'interpretazione nell'impianto normativo multiplo precisando elementi costitutivi di quei canoni e criteri introdotti e definiti (parti dello *Jus commune europeo*, secondo alcuni Autori) già coi Tr. Amsterdam e Nizza in materia di adesione (e permanenza) all'UE e di rispetto dei diritti dell'uomo (allora artt. 6, 7 e 49 TUE). La Carta 2000 cristallizzava con un nuovo testo scritto la protezione pretoria (per tutti v. LENAERTS K., *Fundamental Rights in the*

European Union, in *ELRev*, 2000, 575-600). A riprova dell'impatto innegabile, richiami alla Carta 2000 figurano anche in decisioni delle Corti costituzionali nazionali (cfr. a solo titolo di esempio *Tribunal Constitucional* spagnolo, Dec. STC 290/2000 e STC 292/2000 del 30 novembre, FJ 8, e STC 53/2002, del 27 febbraio, FJ 3 b), e le numerose argomentazioni dello stesso riguardanti la Carta utilizzate nella *declaración* STC 1/2004 del 13 dicembre 2004). Allo stesso modo la Corte costituzionale italiana ne fece menzione tra altre fonti internazionali nelle sent. n. 135/2002, n. 445/2002, n. 393/2006, par. 6.2, e n. 438/2008, par. 4). Guardando all'attività della Corte di giustizia, va notato che l'avvocato generale Tizzano ha per primo affermato con lungimiranza (concl. 8 febbraio 2001 relative a CG, 26 giugno 2001, *BECTU*, C-173/99) che, seppur «prima, dal punto di vista formale, di autonomo valore vincolante (...) in un giudizio che verte sulla natura e sulla portata di un diritto fondamentale non si poss[on]o ignorare le pertinenti enunciazioni della Carta, nè soprattutto se ne [può] ignorare l'evidente vocazione a fungere, quando le sue disposizioni lo consentono, da sostanziale parametro di riferimento per tutti gli attori — Stati membri, istituzioni, persone fisiche e giuridiche — della scena comunitaria» (par. 27 e 28). La Carta 2000 è stata richiamata in numerose altre conclusioni degli avvocati generali, che ne hanno tutti sottolineato la funzione di atto aggiuntivo di riferimento e di ricognizione utile a definire gli elementi sostanziali dei diritti fondamentali (v. commento all'art. 6 TUE). La Corte ha fatto riferimento alla Carta 2000 e ai suoi articoli con maggiore riserbo utilizzando la confermata tecnica di interpretazione teleologica e di richiamo a «fonti esterne» nell'interesse superiore dell'effettività dell'atto e del sistema UE, riconoscendone il valore di fonte di riferimento, di fonte d'interpretazione, considerandola un documento volto a favorire il rafforzamento dei valori, il chiarimento della logica, l'interpretazione uniforme delle varie fonti ed una protezione più appropriata al quadro normativo dell'UE, anche alla luce dell'evoluzione di valori, principi e diritti, certamente resi più visibili dal testo scritto (CG, *Par-*

lamentol/Consiglio, C-540/03, cit., punti 38 e 58; 13 marzo 2007, *Unibet*, C-432/05, punto 37; 3 maggio 2007, *Advocaten voor de Wereld VZW*, C-303/05, punto 46; 11 dicembre 2007, *Viking Line*, C-438/05, punti 43 e 44; 18 dicembre 2007, *Laval*, C-341/05, punti 90 e 91; 29 gennaio 2008, *Promusicae*, C-275/06, punto 69; 14 febbraio 2008, *Varec*, C-450/06, punto 48; 14 febbraio 2008, *Dynamic Medien*, C-244/06, punto 41; 3 settembre 2008, *Kadi e el Barakaat*, C-402/05 P e C-405/05 P, punto 335; 16 dicembre 2008, *Masdar*, C-47/07 P, punto 50; 19 gennaio 2009, *Küçükdeveci*, C-255/07, punto 22; cfr. TRIB, 3 maggio 2002, *Jégo-Quéré*, T-177/01; 12 dicembre 2006, *Organisation des Modjahedines du peuple d'Iran*, T-228/02, punto 71; 8 novembre 2007, *Bavarian Lager*, T-194/04, punto 14).

La «vitalità» della Carta 2000 fu dimostrata anche dall'amplissimo dibattito in dottrina circa la sua efficacia e il suo status (cfr. BARBERA A., *La Carta europea dei diritti: una fonte di ri-cognizione?*, in *DUE*, 2001, 241; CELOTTO A., PISTORIO G., *L'efficacia giuridica della Carta, rassegna giurisprudenziale*, cit.). La sua *forza di atto di riferimento e di ispirazione* e la sua *valenza politica e di atto di autoregolamentazione* sia sul piano verticale che su quello orizzontale, certamente in materia di politica interna, ma anche in politiche distanti dal cittadino come la politica estera, erano indiscusse (cfr. *MJECL*, 2001/1, in particolare WOUTERS J., *The EU Charter of Fundamental Rights. Some reflections on its external dimension*, 3; v. anche *Charte* 4111/00).

In un *memorandum* del 13 marzo 2001 sull'applicazione della Carta (SEC(2001)380/3), il presidente della Commissione, Romano Prodi, e il commissario responsabile della giustizia e degli affari interni, Antonio Vittorino, dichiararono che la Carta sarebbe stata utilizzata come riferimento per le azioni future della Commissione. A seguito di tale volontà assertiva dell'istituzione, ogni nuovo atto normativo avente un qualsiasi nesso con i diritti fondamentali comprendeva la dichiarazione formale: «il presente atto rispetta i diritti fondamentali e osserva i principi riconosciuti in particolare dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea».

La Carta 2000, pur da considerarsi, all'origine, una semplice elencazione di principi priva di conseguenze giuridiche dirette, esprimeva in realtà valori unanimemente condivisi; secondo i tre avvocati generali Tizzano, Léger e Mischo la Carta ha innegabilmente collocato i diritti che ne costituiscono l'oggetto al più alto rango dei valori comuni agli Stati membri e la loro proclamazione in un documento scritto, solenne ed ufficiale, non poteva non rappresentare la formalizzazione, almeno sul piano teorico, di un vero e proprio *Bill of Rights* rispetto al precedente schema a tutela pretoria (Cfr. LE NAERTS K., A «*Bill of Rights*» for the European Union, in *CMLR*, 2001, 273-300; MENÉNDEZ A.J., *Chartering Europe: legal status and policy implications of the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, in *JCMS*, 2002, n. 3, 471-490). La Carta, infatti, pur avendo una finalità ricognitiva dei diritti preesistenti, a carattere espressivo di principi comuni agli ordinamenti europei (C. cost. n. 135/2002), attribuiva alla categoria un «plusvalore» (PACE A., *A che serve la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea? Appunti preliminari*, in *GC*, 2001, 196), quanto meno per effetto dell'esistenza di un testo scritto. I redattori non avevano mancato, inoltre, di interpretare con una certa libertà il mandato finendo per andare al di là di un'operazione meramente ricognitiva di diritti già esistenti (ADAM R., *Da Colonia a Nizza: la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *DUE*, 2000, 888). La Carta era per alcuni Autori piuttosto un prodotto di diritto costituzionale comparato adottato secondo un modello di regolamentazione congeniale alle peculiarità dell'Unione europea, un atto di natura costituente, sostanzialmente costituzionale, oppure una fonte atipica, comunque direttamente produttiva di effetti giuridici, o, ancora, una base per la formalizzazione di una consuetudine europea in materia di diritti fondamentali (CELOTTO A., PISTORIO G., *L'efficacia giuridica della Carta*, cit.). Parte della dottrina, non volendo «forzare» la forma giuridica dell'atto stesso, ha tentato di trovare un fondamento all'immediata obbligatorietà della Carta 2000 avvicinandola alle Decisioni di cui all'art. 249 TCE (v. POCAR F., *Commento alla Carta*, in *COMM. PO-*

CAR, Padova, 2001, 1181), ritenendola vincolante, quanto meno, per le istituzioni che l'hanno solennemente adottata, o anche per la Corte, mediante il portato dell'art. 6 TUE. Sul piano delle ricostruzioni sistemiche, le affermazioni dell'avvocato generale Poiares Maduro sul valore della Carta 2000 e sui livelli di protezione più appropriati all'ordinamento UE, eventualmente più elevati alla luce del testo stesso, furono chiare: «(...) nel momento in cui un diritto viene individuato come diritto fondamentale protetto dall'ordinamento giuridico comunitario, la Carta fornisce uno strumento di particolare utilità per stabilire il contenuto, l'ambito di applicazione e la portata da attribuire a tale diritto» (par. 21 delle concl. 9 settembre 2008 relative a CG, 17 febbraio 2009, *Elgafaji*, C-465/07, nel quale richiama il par. 48 delle proprie concl. 14 dicembre 2006 relative a CG, 26 giugno 2007, *Ordre des barreaux francophones et germanophones e a.*, C-305/05). La Carta 2007 è, al contrario, atto avente certamente altro rilievo ed efficacia giuridica. Una nota a piè di pagina (*GUUE* C 303 del 14 dicembre 2007, 14) afferma che: Il testo di cui sopra riprende, adattandola, la Carta proclamata il 7 dicembre 2000 e la sostituirà a decorrere dall'entrata in vigore del trattato di Lisbona. L'art. 6 TUE, come modificato dal Tr. Lisbona, fa riferimento alla Carta ed attribuisce all'atto lo stesso **valore giuridico** dei Trattati. L'atto è, quindi, preesistente, autonomo ed esterno, di rango ed efficacia *equivalente al diritto primario*. Esso garantisce quella certezza giuridica che non poteva essere garantita dal mero richiamo ai principi generali (seppur la formulazione utilizzata dalla Corte nelle poche decisioni che vi hanno fatto riferimento — v. CG, 5 ottobre 2010, *McB.*, C-400/10 PPU, punto 61 — non sia variata di molto dalle precedenti menzioni alla Carta 2000; cfr. CONTI R., *La prima volta della Corte di Giustizia sulla Carta di Nizza «vincolante»*, in *RCDL*, 2010, 1, 11-22). Ma l'art. 6 riapre la porta ad una Carta, come vedremo di seguito, anche dotata di una *valenza orizzontale* pervasiva che si irradia, almeno potenzialmente, in tutte le relazioni giuridiche e che condizionerà, almeno negli intenti e in prospettiva, tutte le politiche legislative dell'UE e degli Stati membri, così

come l'attività di ogni giudice, anche nel giudicare le relazioni tra privati, facendone di fatto un atto onnipotente a «geometria variabile» (Cfr. PARISI N., *Funzione e ruolo della Carta*, cit., 656). I diritti ivi sanciti, pur avendo radici nelle fonti richiamate dalle Spiegazioni, vestono abiti nuovi che sostituiscono quelli fissati in precedenza sia dalle fonti richiamate che dai principi del diritto UE, e andranno puntualizzati alla luce del testo scritto della Carta stessa in prima, ed eventualmente ultima, battuta, alla luce delle disposizioni orizzontali.

Essa è quindi nella sostanza una fonte scritta nuova autonoma e innovativa del diritto primario UE. Argomentiamo le due principali novità sul piano formale della Carta 2007: la clausola di rinvio (art. 6, par. 1 TUE) ed il processo specifico d'adozione dell'atto.

L'impatto sul piano delle fonti (atti) è il più evidente nell'immediato. Pur formalmente molto simile ad un accordo interistituzionale (obblighi per i firmatari), ad una Decisione (oggi art. 288 TFUE) valida *erga omnes* perché così stabilito dalla clausola di rinvio (v. POCAR F., in COMM. POCAR, cit., 1181), o ad una Raccomandazione, visto che la Convenzione non era dotata di poteri decisionali classici potendo solo proporre un testo non vincolante alla CIG (FRAGOLA M., *Il trattato di Lisbona*, 2010, 2, n. 3), o meglio ad una *decisione atipica*, la Carta è un atto esterno, richiamato e introdotto dal par. 1 dell'art. 6 TUE (anche dai Prot. n. 24 e 35). A fronte di un *nomen juris* che non è comunque irrilevante, e di un Preambolo distinto a carattere proclamatorio, ha la sostanza di una Dichiarazione del tutto simile ai ben noti precedenti storici, ed è un atto autonomo con propria base giuridica indipendente (Dec. della Convenzione e concl. del Consiglio europeo di Biarritz), la cui efficacia nell'ordinamento UE deriva specificamente dall'art. 6 TUE, par. 1, secondo il quale la Carta ha la stessa forza giuridica dei Trattati.

A nostro parere la Carta è ascrivibile alla **categoria degli atti atipici** ma si differenzia sia dai già noti atti atipici sia da quegli atti «non comunitari» recepiti nell'ordinamento UE, propri ai superati secondo e terzo pilastro, così come dagli atti di diritto internazionale tra Stati membri a rilevanza UE. La Carta è un atto

atipico adottato con procedura atipica all'interno del quadro istituzionale UE, ma non è un atto UE. La Convenzione è sì un consenso organico fortemente radicato nell'ambito istituzionale e rappresentativo anche degli Stati membri e delle Assemblee nazionali, con ampia partecipazione di istituzioni e organi, frutto di un primo esperimento riuscito di partecipazione allargata, ma l'esistenza dell'atto è cosa separata dalla sua efficacia. La Carta esiste dall'approvazione da parte del Consiglio europeo di Biarritz del progetto adottato dalla Convenzione (v. *infra*, n. 2.1). Il Consiglio europeo ne conferma l'esistenza e ne approva politicamente il contenuto, nella forma «proclamata». L'atto esiste (ed è approvato) seppur non dotato di valore giuridico vincolante. Esso non vincola a questo punto le istituzioni che non lo hanno adottato, firmato, proclamato. L'atipicità della procedura non può negare l'esistenza o svilire il valore dell'atto, approvato in un quadro istituzionale atipico ma certamente ad alta valenza politico-istituzionale. Il testo stesso manifesta la volontà della Convenzione e dei membri che rappresentano istituzioni UE e nazionali di conferire all'atto valenza forte quando inizia affermando «I popoli d'Europa, nel creare tra loro un'unione sempre più stretta, hanno deciso di condividere un futuro di pace fondato su valori comuni», e volendo così proclamare un ruolo ed un valore ultragiuridici i cui effetti non possono essere considerati «*neutri*». Il Consiglio europeo ne approva politicamente il contenuto e ne conferma l'esistenza nella forma «proclamata», all'interno dell'ordinamento UE in quanto atto declaratorio.

Per quanto riguarda la sua **efficacia** l'atto Carta non va confuso con l'atto proclamatorio, che è atto declaratorio e al massimo di diritto secondario, ed in quanto tale sarebbe, esso solo e non la Carta (atto proclamato), subordinato al diritto primario, anche qualora fosse riconosciuto come atto rinforzato, come nel caso delle Decisioni in materia di bilancio o di esecuzione o introduzione di atti di diritto internazionale, che non possono comunque essere confliggenti col diritto primario (CG, *Kadi e Al Barakaat*, cit.). L'atto proclamatorio non sostituisce l'atto originario adottato dalla Con-

venzione e dal Consiglio né rappresenta un atto di recepimento nell'ordinamento UE. La menzione della data della proclamazione nel testo nell'art. 6 TUE può essere fuorviante in questo senso. L'art. 6 TUE è la sola base giuridica dell'inserimento della Carta nell'ordinamento UE come atto vincolante, equivalente al diritto primario, dotato di efficacia diretta dal 1° dicembre 2009 (cfr. CG, 1° marzo 2011, *Test-Achats e a.*, C-236/09, punto 16). L'atto a cui si fa menzione è la Carta nella sua nuova versione 2007, che sostituisce la Carta 2000 (*GUUE* C 303 del 14 dicembre 2007, 14, nota *in fine*), «proclamata», anzi proclamata e pubblicata una seconda volta, ma «pre-esistente». Del resto, ricordiamo che, a conferma dell'autonomia dell'atto Carta, uno Stato membro, ma anche uno Stato terzo, può unilateralmente introdurre norme di richiamo o adottare atti di recepimento della sola Carta nell'ordinamento nazionale. L'ipotesi, teorica in questo momento, di una decisione nazionale di incorporazione, con atto unilaterale interno di recepimento, della sola Carta nell'ordinamento nazionale, con conseguenze di vasta portata sulla sua efficacia nell'ambito dell'ordinamento costituzionale, non comporterebbe di per sé alcuna violazione degli artt. 4 e 5 TUE e 7 TFUE. Niente preclude inoltre, sempre sul piano astratto, altre forme di recepimento diretto o di richiamo negli ordinamenti nazionali con atto specifico, alla stregua di quanto stabilito negli Statuti delle Regioni Abruzzo, Calabria, Emilia Romagna, Molise e Puglia (v. CELOTTO A., PISTORIO G., *L'efficacia giuridica della Carta*, cit., 6, n. 31-36), a riprova di una certa indipendenza dell'atto «Carta». D'altro canto, la Carta resterebbe in vita anche nell'ipotesi, del tutto improbabile, di una soppressione di ogni clausola di rinvio o riferimento nei Trattati, seppur la sua efficacia giuridica verrebbe modificata ritornando allo *status* della Carta 2000. Anche lo *status* all'interno dell'ordinamento UE è attribuito dalla clausola di richiamo, l'art. 6, par. 1, TUE, che costituisce la sola base giuridica per il recepimento e per l'attribuzione dell'equivalenza al diritto primario, e prende effetto dal momento dell'entrata in vigore delle modifiche stabilite col Tr. Lisbona. L'atto proclamatorio riguardava solo le istitu-

zioni proclamanti, e forse questo spiega la riservatezza dimostrata dalla Corte nei riguardi della Carta 2000: l'atto originario esisteva dal momento della sua prima adozione, ma l'efficacia diretta e lo *status* nell'ordinamento UE dipendendo dall'entrata in vigore della clausola di richiamo contenuta nel Tr. Lisbona.

La **procedura di adozione** va quindi qui presa in considerazione. Due gli elementi innovativi. La Carta 2007 (atto atipico autonomo) è stata redatta mediante una *procedura atipica* (come la Carta 2000) al tempo non prevista dai Trattati (ora tuttavia richiamata nell'art. 48 TUE, anche se esso si riferisce solo alla modifica dei Trattati), né dal diritto internazionale, e *rinforzata* perché altamente partecipativa e significativa (processo decisionale autonomo correlato ai lavori della CIG, con la partecipazione diretta ed indiretta di una grande pluralità di soggetti pubblici rappresentativi e portatori di legittimità); è stata adottata per consenso come un patto (non vi è stata una classica procedura legislativa di voto su emendamenti o su un atto UE ma una semplice manifestazione di volontà politica su un atto esterno non modificabile) da vari organi e istituzioni UE e dai Capi di Stato e di Governo, spesso su espresso e specifico mandato dei Parlamenti. L'atto proclamatorio, inoltre, sottoscritto dai presidenti delle tre istituzioni politiche e legislative (che non hanno saputo trovare, seppur abbiano cercato molto, alcuna altra definizione che quella di «testo»: «Il Parlamento europeo, il Consiglio e la Commissione proclamano solennemente quale Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea il testo riportato in appresso», *GUUE* C 303 del 14 dicembre 2007, 2) per conto dell'istituzione rispettiva non ha rilievo diretto né sulla procedura di adozione né sullo *status*.

Come prima conseguenza sul *piano procedurale*, la Carta sembra modificabile solo dallo stesso organismo atipico (Convenzione) e con la stessa procedura rinforzata (convocazione di una Convenzione come previsto per la modifica delle parti fondamentali o essenziali del TUE, ma non del TFUE) nel rispetto del principio del *parallelismo delle forme*. Solo la procedura di revisione ordinaria rinforzata in versione Convenzione, rinforzata per-

ché necessaria solo per la modifica delle parti essenziali dei Trattati, sembra idonea a modificarla, con conseguente necessità di un atto del Consiglio che approvi la nuova versione e di modifica dell'art. 6 TUE che fa riferimento alla data della proclamazione. La sola procedura Convenzione, decisa dal Consiglio o dal Consiglio europeo, anche in forma autonoma dalla procedura di revisione ordinaria, potrebbe permettere una modifica della stessa e l'atto così modificato manterrebbe la propria autonomia e denominazione. Tuttavia l'efficacia nell'ordinamento UE dipenderebbe sempre e solo da una modifica del par. 1 dell'art 6 TUE. L'atto, quindi, è dotato di resistenza superiore non solo all'atto normativo UE ma anche a quelle disposizioni di diritto primario modificabili con procedura ordinaria senza Convenzione o con procedura semplificata.

Ma la Carta è non solo dotata di una *forza di resistenza superiore* al TFUE ed ad alcune parti del TUE. Essa sembra essere dotata anche di *forza vincolante superiore* in quanto, benché non allegata ai Trattati, non ratificata dagli Stati membri «ai sensi delle norme costituzionali nazionali» — seppur approvata da istituzioni e da qualche Parlamento nazionale — né esplicitamente approvata per via diretta dai cittadini, si indirizza anche agli Stati membri che debbono rispettarla per effetto della ratifica del Trattato e della «clausola di rinvio», sebbene limitatamente alle sole attività di attuazione, ed assume un ruolo centrale in tutta la materia, con effetti orizzontali evidenti. La Carta sembra ricevere, secondo alcuni Autori, uno *status* giuridico specifico all'interno dell'ordinamento dell'UE, godendo *de facto* (per sua natura e *status*, ma anche denominazione e specificità formale, che ne fanno un atto di riferimento materiale centrale nel quadro della pluralità delle fonti) di una valenza (rango costituzionale per alcuni) quasi superiore allo stesso *status* eventualmente riconosciute dalla progettata introduzione nel testo stesso dei Trattati, e, addirittura, fonte di ispirazione nell'interpretazione manipolativa (e nel sindacato) del diritto primario. Per autorevoli Autori è possibile rilevare, piuttosto che un rapporto gerarchico, una differenza di rilevanza funzionale tra le norme della CEDU, quelle

della Carta e quelle degli stessi TUE e TFUE, queste ultime venendo a costituire la parte operativa del sistema, le norme materiali, da interpretare quindi sempre alla luce delle prime. Le norme frutto di questo particolare processo di formazione sarebbero in qualche modo (o meglio vanno a costituire) le norme costituzionali (o almeno fondamentali) dell'intero sistema, specie quando esso sarà stato completato con la realizzazione concreta dell'adesione. E dunque, il sistema europeo che ne risulta sarà complesso, composto dalle normative e prassi UE e CEDU, articolato in un vero e proprio sistema di natura «costituzionale» (composto dalle norme e dai principi generali di diritto dell'UE, dalle norme e dai principi della CEDU, tutti coordinati con quelli della Carta), ed in un sistema di natura «ordinaria» (composto dalle norme materiali dell'UE). La terminologia usata non deve trarre in inganno nel senso di fare pensare ad un rapporto gerarchico tra detti complessi di norme che non c'è per via diretta. Esse, infatti, sono il frutto di un processo di formazione anche su base consensuale (pattizia) da cui possono altresì derivare norme di natura «costituzionale» (v. GUARINO G., *L'adesione della UE alla Convenzione Europea sui Diritti dell'Uomo e la Costituzione italiana*, 2011, in <http://www.giurcost.org/studi/index.html>; cfr. DOUGLAS-SCOTT S., *The Charter of Fundamental Rights as a constitutional document*, in *EHRLR.*, 2004, 37-50; FONFARA L., *The Charter of Fundamental Rights of the European Union as an act of constitutional nature*, in *Human rights within the European Union*, Reykjavik, 2004, 45-56; GARCIA R.A., *The general provisions of the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, *JMWP* 4/02, NYU School of Law, 2002; STROZZI G., *Prime osservazioni sul trattato di Lisbona*, in *SE*, febbraio 2008, 4; WALKER N., *The Charter of Fundamental Rights of the EU: legal, symbolic and constitutional implications*, in CULLEN P.J., ZERVAKIS P.A (eds.), *The Post Nice Process: Towards a European Constitution?*, Bonn, 2002, 119-128; ZILLER J., *Il nuovo Trattato europeo*, Bologna, 2007). Secondo altri Autori la Carta *non soltanto ha lo stesso valore dei Trattati ma, in quanto catalogo di diritti fondamentali, è un testo* (che

pone di per sè norme) di rango «costituzionale» (cfr. FRAGOLA M., *Il trattato di Lisbona*, cit., 16, nota 58).

Si può evincere in conclusione che la Carta è atto dotato di una forza prevalente ed è considerabile atto di rango superiore, nella forma e nella sostanza. In quanto tale, esso introduce, per effetto della propria forza di resistenza rafforzata ma anche della propria forza vincolante orizzontale, del proprio *nomen*, e della propria indipendenza e autonomia, diritti non solo giustiziabili, ma anche ascrivibili alla categoria dei diritti fondamentali inviolabili dell'ordinamento UE. Per gli stessi motivi, l'atto introduce anche *parametri di legalità della norma UE*, in quanto equivalente al diritto primario, ed altresì *parametri interpretativi del diritto primario stesso*. Le disposizioni della stessa introducono infatti norme, precetti, valori, principi e stabiliscono criteri interpretativi, alcuni dei quali intangibili, come stabilito dai Trattati stessi (v. artt. 2 e 6 TUE e 1, par. 2, TFUE), che possono (dovrebbero secondo alcuni Autori, cfr. GARCIA R.A., *The general provisions of the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, cit.) essere utilizzati anche nell'interpretazione del diritto primario UE e potranno porre vincoli all'attività di sindacato del giudice costituzionale nazionale. Tralasciamo qui i richiami al valore ed agli effetti della CEDU, limitandoci a richiamare successivamente alcuni criteri stabiliti nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, v. *infra*, n. 6.2. La relazione Carta/Trattato definita dalla norma di richiamo (art. 6 TUE) non definisce alcun vincolo di subordinazione né di condizionalità (PINGEL L., *Les références à la Charte des droits fondamentaux dans le traité établissant une Union européenne*, in MANIN PH. (SCRITTI), 795-802), né si può immaginare un sindacato di conformità della Carta alle norme dei Trattati. La Carta è, quindi, un vero e proprio *Bill of Rights europeo* di rango superiore e pervasivo, caratterizzato dall'efficacia diretta delle sue disposizioni. L'atto è superiore non tanto nel senso che si trova ad un gradino più alto nella scala gerarchica delle fonti ma soprattutto in quanto atto riconosciuto come centrale e includibile in materia nell'ordinamento UE, e quindi rinforzato, per gli aspetti inerenti le for-

me, superiore e pervasivo, per gli aspetti inerenti la sua sostanza. L'uso della qualificazione di atto costituzionale o quasi-costituzionale appare stridere, allo stato attuale, pur esprimendone la sostanza, con le caratteristiche dell'ordinamento UE, in quanto nozione facente riferimento a categorie proprie al diritto costituzionale. Esso non può inoltre definirsi come atto dotato di *motu proprio*. Forse l'aggettivo «costituente» è più appropriato in quanto la Carta è certamente un atto rinforzato costituente il perno centrale e di riferimento non solo della normativa UE, ma di qualsiasi normativa applicabile sul territorio, o nella giurisdizione, dell'UE e degli Stati membri, v. *infra* n. 5.1.

2.4 Lo status giuridico delle Spiegazioni

Per quanto riguarda il **valore reale e la relativa efficacia delle Spiegazioni**, anche alla luce della volontà degli Stati membri, v. *infra*, n. 2.2, si può constatare una certa discrepanza tra forma e contenuto, rilevata in dottrina. Il senso, la natura e l'efficacia delle Spiegazioni si possono infatti evincere da disposizioni inserite nella Carta stessa: «I giudici dell'Unione e degli Stati membri tengono nel debito conto le spiegazioni elaborate al fine di fornire orientamenti per l'interpretazione della presente Carta» (art. 52, par. 7). Secondo l'art. 6, par. 1 ultima frase, TUE «[i] diritti, le libertà e i principi della Carta sono interpretati (...) tenendo in debito conto le spiegazioni cui si fa riferimento nella Carta, che indicano le fonti di tali disposizioni». Inoltre «[l]a Carta sarà interpretata dai giudici dell'Unione e degli Stati membri tenendo in debito conto le spiegazioni elaborate sotto l'autorità del *Praesidium* della Convenzione che ha redatto la Carta e aggiornate sotto la responsabilità del *Praesidium* della Convenzione europea» considerando 5, seconda frase della Carta, che riproduce la sostanza del par. 7 dell'art. II-52 aggiunto dall'allegato 10 al Tr. Costituzionale). Esse sono considerate come fonte di interpretazione autentica da alcuni (JACQUÉ J.-P., *Le traité de Lisbonne, une vue cavalière*, in RTDE 2008, 446, nota 16) o, facendo riferimento all'ultimo periodo dell'ultima frase del par. 1 dell'art. 6 TUE, come mero atto declaratorio rivelatore delle fonti utilizzate nella redazione delle dispo-

sizioni della Carta (ZILLER J., *Le fabuleux destin des Explications relatives à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, in JACQUÉ J.-P., (SCRITTI), 765). Non vi è dubbio che la redazione vuole rispondere all'esigenza di garantire un'interpretazione precisa (i.e. non espansiva) ed inequivocabile delle disposizioni della Carta, in sintonia con la finalità «ricognitiva» di diritti già altrove sanciti, come da Conclusioni dei Consigli europei citate. Si è ricordato che il mandato del *Praesidium* richiedeva al segretariato della Convenzione 2000 un «rapporto esplicativo» delle disposizioni della Carta, che avrebbe dovuto essere il più fattuale possibile, richiamando i testi e la giurisprudenza utilizzati come fonti per la redazione dei vari articoli, evitando ogni tentativo di trasformare l'atto in fonte d'interpretazione autentica della Carta. Ma il testo non si limita a dichiarare e precisare le varie fonti utilizzate al fine della chiarezza e leggibilità. Esso indica le fonti di riferimento da utilizzare e vincola l'interprete, il quale dovrà tenerne conto, anche se sembra difficile ritenere che lo debba fare in via esclusiva. Inoltre esso indica in qualche caso un certo tipo di relazione tra le varie fonti citate. La dottrina non è unanime. In conclusione, riteniamo che, pur non essendo considerabile come fonte di interpretazione autentica, il testo, che certamente non ha lo stesso valore e *status* giuridico della Carta, costituisce senz'altro strumento autorevole e ineluttabile per l'interpretazione delle disposizioni della Carta, proprio alla luce delle disposizioni del Titolo VII della stessa. Le disposizioni della Carta vanno interpretate «alla luce delle disposizioni del Titolo VII», che sono vincolanti in sede interpretativa, e «con l'ausilio delle Spiegazioni», che ne chiariscono le fonti. Potrebbe ritenersi del tutto conseguente e rispettoso della volontà del legislatore dedurre che le Spiegazioni non si limitano a dare informazioni su fonti di riferimento liberamente utilizzabili dal giudice (v. per analogia Corte europea dei diritti dell'uomo, 19 aprile 2007, *Vilho Eskelinen e a.*, n 63235/00), ma definiscono punti fermi vincolanti e non eludibili ai fini dell'interpretazione, anche se si tratta solo di un vincolo sulla fonte di riferimento da utilizzare e sull'interpretazione ad essa conforme

da adottare. Se le disposizioni del Titolo VII esprimono criteri interpretativi, di relazione e di struttura, espressamente vincolanti, le Spiegazioni, elaborate al fine di fornire orientamenti per l'interpretazione della Carta, chiariscono in modo autorevole e non eludibile, pur non essendo equiparabili ad una fonte di interpretazione autentica, alcuni criteri sostanziali e di riferimento superando, di fatto e nella sostanza, la natura e funzione di mero atto ricognitivo ed informativo. Le fonti elencate non possono essere considerate come espressive di un criterio interpretativo vincolante per la Carta, la cui interpretazione seguirà un proprio sviluppo autonomo, ma l'interpretazione e l'applicazione delle sue disposizioni non potranno essere del tutto slegate dalle fonti richiamate e dal loro contenuto. Le Spiegazioni sembrano essere state elevate a rango di atto che fornisce indicazioni per l'interprete da cui la Corte non potrà discostarsi. Ciò sembra confermato dalla pubblicazione nella stessa data della Carta 2007, alla stregua di una Comunicazione interpretativa, tipo di atto già conosciuto. Sembra riduttivo, in contrasto col testo scritto e con l'autorità dell'estensore, nonché con la volontà del legislatore primario, non riconoscere effetti autoritativi e vincolanti al contenuto dell'atto. Negare una qualsiasi forza vincolante alle Spiegazioni, trasformandole in mero testo da biblioteca, perché non introdotte in un allegato ai Trattati e non adottate formalmente dalla Convenzione o dalla CIG, o per la loro supposta natura meramente informativa, corrisponderebbe a negarne l'esistenza, accettata e confermata invece sia dalla Convenzione che dalla CIG, dalle istituzioni UE e dagli Stati membri, consideratane altresì la pubblicazione. Una recente sentenza sembra dimostrarne la loro natura di Comunicazione interpretativa finalizzata a «Guidare l'interpretazione» e «da prendere in considerazione» da parte del giudice (v. art. 52, par. 7, Carta). A riprova di quanto qui sostenuto, le Spiegazioni vengono utilizzate non solo per identificare la fonte esterna a cui fare riferimento nell'interpretazione ma anche per chiarire, alla lettura della disposizione stessa della Carta, il significato e la portata dei diritti garantiti (CG, 22 dicembre 2010, *DEB*, C-279/09, punto 35).

3. I diritti ed i criteri di legalità

3.1 *Lo status dei diritti e dei criteri di legalità riconosciuti dalla Carta 2007*

La Corte si è ispirata, sin dal 1969, alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri ed alle indicazioni fornite dai Trattati internazionali relativi alla tutela dei diritti dell'uomo a cui gli Stati membri hanno aderito (CG, *Stauder*, cit.; *Internationale Handesgesellschaft*, cit.; *Nold*, cit.) per affermare che la tutela dei diritti fondamentali e dei diritti umani nell'ordinamento giuridico dell'Unione è certa in quanto parte dei principi fondamentali e superiori dell'ordinamento UE, usati nell'attività interpretativa della norma UE e nel controllo della legalità degli atti. Le norme di diritto derivato potevano di conseguenza essere dichiarate dalla Corte, sia prima che dopo la proclamazione della Carta 2000, non conformi ai principi del diritto UE (v. CG, 8 aprile 1976, *Defrenne*, 43/75, punti 10 e 11; l'avvocato generale Jacobs affermava nelle concl. 30 aprile 1996 relative a CG, 30 luglio 1996, *Bosphorus*, C-84/95, che «[i]l rispetto dei diritti fondamentali costituisce (...) un requisito di legittimità degli atti comunitari», par. 53; cfr.: 15 ottobre 2002, *Limburgse Vinyl Maatschappij e a.*, C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, da C-250/99 P a C-252/99 P e C-254/99 P, punto 274; 20 maggio 2003, *ÖRF e a.*, C-465/00, C-138/01 e C-139/01, punti 68 e 69; 29 giugno 2006, *SGLCarbon*, C-301/04 P, punto 43; 26 giugno 2007, *Ordre des barreaux francophone et germanophone e a.*, C-305/05, punto 29; *Promusicae*, cit., punto 62; 16 dicembre 2008, *Satakaunna e a.*, C-73/07). La tutela dei diritti fondamentali era un valore superiore inviolabile e la protezione della situazione giuridica soggettiva si basava sull'interpretazione pretoria di fonti esterne.

Lo status riconoscibile ai diritti garantiti dalla Carta 2007 dopo l'entrata in vigore del Tr. Lisbona per le fattispecie coperte *ratione temporis* (sull'applicabilità a fatti anteriori, v. CG, *Parlamento/Consiglio*, C-540/03, cit., punto 38) va definito invece tenendo conto del testo scritto, alla luce delle intenzioni e del risultato. Il mandato della CIG 2004, come richiesto dai Consigli europei di Colonia e Tampere, e confermato nella Dichiarazione di Laeken (v. prima frase del

par. 5 del Preambolo: «La presente Carta riafferma, nel rispetto delle competenze e dei compiti dell'Unione e del principio di sussidiarietà, i diritti derivanti in particolare dalle tradizioni costituzionali e dagli obblighi internazionali comuni agli Stati membri, dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, dalle carte sociali adottate dall'Unione e dal Consiglio d'Europa, nonché dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea e da quella della Corte europea dei diritti dell'uomo»), era di riorganizzare l'esistente *corpus* di norme per lo più esterne ed efficaci nell'ordinamento UE in quanto principi, trascrivendole in un unico testo scritto, al fine di riconoscere loro maggiore visibilità senza introdurre nuove fattispecie giuridiche, garantire un più chiaro, uniforme ed efficace quadro giuridico e favorire la promozione dei diritti fondamentali pre-esistenti nelle azioni delle istituzioni e degli organi UE. Il rango della categoria è certamente salvaguardato. Tuttavia la Carta, come riconosciuto dai più, non si limita a riformulare un elenco dei diritti fondamentali pre-esistenti solo a vantaggio della «certezza» (giuridica) e della «visibilità» (politica) per vari motivi. La Carta, consolidando tutti i diritti e le libertà fondamentali in un unico testo, supera la classica distinzione dei testi europei e internazionali (v. par. 4 e 8 del Preambolo) riorganizzando i diritti in sei Titoli: Dignità (I), Libertà (II), Uguaglianza (III), Solidarietà (IV), Diritti dei cittadini (V) e Giustizia (VI), ed introduce novità sostanziali nelle nozioni. Il Titolo VII introduce, come noto, le disposizioni orizzontali che stabiliscono criteri interpretativi. Sul piano formale, la struttura che ne risulta è molto diversa dal modello delle classiche Dichiarazioni dei diritti e può essere interpretata come una volontà, implicita ma chiara della Convenzione, delle istituzioni e degli Stati membri, di sottolineare il carattere non meramente confermativo e quantomeno affermativo del proprio esercizio. Sul piano sostanziale, inoltre, la Carta, primo catalogo scritto dotato di efficacia giuridica diretta nell'ordinamento UE introduce novità. La Carta:

- a) afferma la tutela della dignità umana;
- b) proibisce schiavitù e lavoro forzato, torture e pene o trattamenti inumani o degradanti;

- c) protegge il diritto alla libertà e alla sicurezza, il diritto all'integrità della persona, la protezione dei dati personali, dei disabili, delle persone anziane e dei diritti dei bambini;
- d) impone il rispetto della vita privata, del matrimonio e della famiglia compresi, le libertà di pensiero, di espressione, di coscienza, di religione, di informazione e il rispetto della diversità culturale, religiosa e linguistica, la libertà di riunione e di associazione, la libertà di arte e scienze e il diritto all'istruzione, così come alcuni diritti dei lavoratori, le condizioni di lavoro, le azioni collettive, la sicurezza sociale, l'assistenza sociale, l'assistenza sanitaria, la libertà di scegliere il lavoro e il diritto di esercitare un lavoro;
- e) protegge la libertà di attività economica e il diritto di proprietà, così come i diritti dei consumatori, il diritto all'uguaglianza e alla non discriminazione, in senso largo;
- f) riconosce il diritto di asilo e la protezione dalla rimozione, dall'espulsione e dall'extradizione illegali, come pure l'accesso ai servizi d'interesse economico generale e la tutela dell'ambiente;
- g) richiama i diritti dei cittadini;
- h) conferma il diritto ad una giustizia effettiva, al giusto processo, alla presunzione di innocenza, ai diritti della difesa, alla *rule of law*, alla proporzionalità tra reati e sanzioni.

La **novità formale** è duplice. I diritti riconosciuti dalla Carta sono protetti non più in quanto parte integrante dei principi generali del diritto dell'Unione ma in quanto riconosciuti da norme di diritto primario scritto equivalente (art. 6, par. 1, TUE), direttamente efficaci con effetto dal 1° dicembre 2009, a vantaggio della certezza. Le nozioni estrapolabili da questa nuova fonte scritta di diritto primario UE, come sottolineato dalla seconda frase del par. 1 dell'art. 6 TUE (v. seconda frase del par. 5 del Preambolo, cit., e Titolo VII della Carta), hanno forza imperativa e vincolante e sono inoltre di rango superiore, v. infra, n. 2.3. Il rispetto dei diritti e principi così riformulati ha una base giuridica scritta primaria rinforzata e partecipa poi a costituire il

nucleo forte delle nozioni di legalità dell'UE (v. Dich. n. 1 sulla Carta) utilizzabili, secondo alcuni Autori, anche nell'interpretazione del diritto primario (v. infra, n. 2.3). L'**effetto materiale** della Carta sulla singola situazione giuridica soggettiva va valutato alla luce della situazione pre-esistente e non sembra essere identico per tutte le sue disposizioni, che possono essere suddivise in tre gruppi. Un gruppo si riferisce a *diritti già riconosciuti* rispetto ai quali l'inserimento nella Carta fornisce una base giuridica rinforzata nell'ordinamento UE. Un secondo gruppo mira a rispondere alle novità (diritti come la protezione dei dati personali o diritti connessi alla bioetica e alle legittime esigenze di trasparenza e di imparzialità nel funzionamento dell'amministrazione dell'UE, diritto di accesso ai documenti amministrativi e diritto alla buona amministrazione, riassumendo la giurisprudenza della Corte in questo settore) e comprende sostanzialmente *nuovi diritti soggettivi*, *nuovi diritti fondamentali* o *nuove nozioni* di diritti fondamentali pre-esistenti, aprendo interrogativi sull'effetto da riconoscere a queste disposizioni nei confronti degli ordinamenti costituzionali degli Stati membri. Un terzo gruppo introduce o modifica *norme programmatiche* o *principi* la cui efficacia è certamente diversa.

Sul **piano sostanziale**, l'assioma meramente confermativo della sistematizzazione dell'esistente sembra messo in difficoltà dalle numerose disposizioni della stessa che innovano su più punti (DUTHEIL DE LA ROCHÈRE J., *Les droits fondamentaux reconnus par la Charte et leurs applications*, in REDP., 2002, 227-253), in quanto introducono elementi sostanziali nuovi, a volte anche rilevanti, in una legittima prospettiva di aggiornamento («è necessario rafforzare la tutela dei diritti fondamentali, alla luce dell'evoluzione della società, del progresso sociale e degli sviluppi scientifici e tecnologici, rendendo tali diritti più visibili in una Carta», par. 2 e 4 del Preambolo). La Carta quindi, per convinzione della maggioranza degli Autori, non solo riafferma diritti pre-esistenti, adottandone a volte nuove nozioni, ma riconosce altresì diritti nuovi. Essa innova su più punti, supera la dimensione classica di «testo a protezione dei diritti pubblici», scompiglia

la classica ripartizione categoriale dei diritti, aggiorna e modifica una parte importante delle nozioni pre-esistenti.

L'effetto innovativo sostanziale è poi rafforzato dal fatto che le nozioni estrapolabili dal testo scritto vanno interpretate alla luce dei criteri (im)posti nelle disposizioni orizzontali della Carta, che ne disciplinano l'interpretazione in modo diverso dal precedente sistema dei criteri d'interpretazione dei principi generali del diritto. In questo secondo caso il giudice faceva riferimento a numerose fonti esterne con un alto grado di *discrezionalità*, guidato da criteri di sistema, pertinenza, applicabilità, efficacia, giustizia e uniformità, non esistendo tra le fonti esterne un legame gerarchico o di dipendenza diretta predefinito. Qui invece, il Titolo VII (che, come noto, fu introdotto e adottato, come le Spiegazioni, piuttosto per assicurare alcune delegazioni e per permettere l'accettazione unanime del testo, senza peraltro risolvere la questione propriamente giuridica né soddisfare tutte le parti, cfr. la Dich. n. 53), indica le fonti esterne prese in considerazione al momento della stesura e da considerare al momento dell'interpretazione, fornendo all'interprete **criteri interpretativi di fatto vincolanti** (v. *infra*, n. 2.4). Anche se i suddetti criteri non sono certo rivoluzionari rispetto alla situazione precedente, ed anche se, in un certo qual modo, sono in origine finalizzati a limitare interpretazioni troppo espansive, essi rafforzano ad ogni modo gli eventuali elementi di novità sostanziale. È certo infatti che la singola fattispecie da esaminare, pur rientrando formalmente, ad es., nell'ambito di applicazione della Carta, non potrà essere risolta solo ed esclusivamente alla luce delle norme della stessa. Altre fonti sono da prendere in considerazione, certamente quelle citate dalle Spiegazioni. L'apparente conflitto con altre norme si può risolvere solo leggendo tutte le norme nel quadro di un unico sistema logico per cui, per l'impossibilità tecnica di applicare norme diverse nel medesimo ambito di giurisdizione, è sempre la norma più garantista quella che si applica. Tale presupposto logico naturale al sistema così costituitosi prende corpo oggi nello «*juris dicere*» in ossequio al principio della prevalenza. Secondo l'attuale giurisprudenza

costante, infatti, in caso di divergenze tra una nozione europea e la corrispondente nazionale, la disposizione della Carta, che è sempre da interpretare nel rispetto delle disposizioni orizzontali (CG, 20 dicembre 2010, *DEB*, C-279/09), prevale per effetto dei principi di specialità e prevalenza. L'eventualmente nuova nozione dello specifico diritto fondamentale ha così una forza nuova, uno *status* nuovo, *non pre-esistente*, che non sembra essere giustificabile in base al semplice principio della *lex posterioris* o della *lex specialis*. Resta però ambigua, alla luce delle nuove norme di richiamo alle norme scritte costituzionali che analizzeremo in seguito (v. *infra* n. 6.2) la soluzione del caso in cui la norma nazionale sia la più garantista. Non menzioniamo in questo commento le relazioni tra la Carta e la CEDU, sul piano delle fonti e delle nozioni, essendo quest'ultima ancora una fonte d'ispirazione e d'interpretazione nell'ordinamento UE. Il principio della prevalenza dovrà in futuro, probabilmente, confrontarsi con questo nuovo dato sistemico (v. *infra*, n. 5.1, 6.1, 6.2 e 8, e commento all'art. 6 TUE; cfr. GUARINO G., 2011, *L'adesione della UE alla Convenzione Europea sui Diritti dell'Uomo e la Costituzione italiana*, cit.).

Infine, sul piano del sistema delle fonti UE, già richiamata nella versione 2000 dagli avvocati generali e dalla Corte, nonché dalla dottrina e dal legislatore (v. richiami altrove citati) come fonte d'ispirazione, la Carta 2007 si vede oggi attribuito un ruolo centrale e fondamentale come fonte di diritti e di legalità, fonte d'interpretazione, atto di riferimento (base giuridica degli atti) e d'ispirazione valido per ogni istituzione pubblica in un sistema multiplo e multipolare (v. *infra* n. 2.3) dove le tecniche ermeneutiche di ogni interprete, nel rispetto delle rispettive competenze, tendono all'uniformità dell'attuazione e dell'interpretazione nella materia (v. *infra*, n. 6.1). Si definiscono così *criteri di legalità* che sono essenziali nella materia ed hanno valenza *quasi-costituzionale* nell'ordinamento UE. I criteri di riferimento ed interpretazione per il giudice comune così stabiliti dall'atto sono anch'essi di rango *superiore*, e per alcuni Autori vincolanti ed utilizzabili anche nell'interpretazione del diritto

primario (Cfr. GARCIA R.A., *The general provisions of the Charter of Fundamental Rights of the European Union* cit.; v. *infra*, n. 2.3 e 6.1). I criteri stabiliti sin dal Consiglio europeo di Copenhagen nel 1993 per l'adesione di nuovi Stati (v. commento all'art. 49 TUE), nonché le procedure sanzionatorie di cui all'art. 7 TUE (in connessione con gli artt. 269 e 354 TFUE), vanno in questa direzione aggiungendo una forte valenza politica al criterio, di natura quasi-costituzionale, essendo una *conditio sine qua non* dell'appartenenza all'UE. Alla novità formale della base giuridica scritta e a quella sostanziale, eventuale, della nuova nozione del diritto o del criterio (norma) di legalità si aggiunge quindi una novità di sistema: lo *status* di rango rinforzato, inserendosi le dette nuove norme nell'alveo degli elementi costitutivi dell'ordinamento UE ed essendo esse vincolanti per le istituzioni dell'UE e per gli Stati membri (DUTHEIL DE LA ROCHÈRE J., *Droits fondamentaux: quelle place dans l'architecture de l'Union*, in JACQUÉ, J.-P. (SCRITTI), 263-278). Le disposizioni della Carta sono del resto, a riprova di tale valenza, riconosciute negli ordinamenti nazionali anche dalla giurisprudenza costituzionale che, come nel caso della conformità alla CEDU, sta gradualmente recependo i valori, i principi e le nozioni giuridiche definiti dalla Carta all'interno degli ordinamenti di appartenenza come criteri, talvolta interposti, di legalità, in alcuni casi costituzionale, confermando di fatto, anche, e a prescindere dalle tipologie e dalle denominazioni dei metodi di richiamo o di riferimento, l'esistenza di zone di permeabilità che sconfinano le zone di «competenza» ed «efficacia» prestabilite, v. *infra*, n. 5.1 e 6.1 (BON P., MAUS D., *Les grandes décisions des cours constitutionnelles européennes*, Paris, 2008).

3.2 Diritti, libertà, principi

La Carta non indica sempre chiaramente quale delle sue disposizioni stabilisca **diritti, libertà o principi**.

La questione delle **libertà** sembra essere la meno controversa, esprimendo per natura principalmente valori o limiti al legislatore e riconoscendo all'individuo margini di discrezionalità. Chiamate come una categoria a parte nel

Preambolo, in pratica, esse rientrano in una delle altre due categorie. Alcune libertà stabilite nella Carta, come la libertà delle arti e delle scienze di cui all'art. 13, esprimono valori di riferimento privi di efficacia e giustiziabilità diretta. Altre si vestono della forma di **diritti**. Non vanno addebitati in questo senso all'effettività del sistema alcuni limiti derivanti dalla distinzione tra diritti classici individualmente giustiziabili, soprattutto i diritti civili e politici già garantiti dalla CEDU, e diritti sociali ed economici, che non sono in genere direttamente giustiziabili. Questi ultimi diritti sono essenzialmente principi e regole per l'autorità pubblica, che, pur essendo comuni a quasi tutti gli Stati membri, saranno attuati in modo diverso da varie normative e prassi. A mero titolo d'esempio, il Titolo II della Carta include il diritto alla libertà ed alla sicurezza della persona, il diritto al rispetto della vita privata e familiare e il diritto alla libertà di espressione, che sono diritti fondamentali tutti già garantiti dalla CEDU (e direttamente giustiziabili). Similmente, alcuni diritti sociali ed economici potrebbero dar luogo a diritti direttamente giustiziabili ma non vi sono elementi chiari per la distinzione tra articoli che comportano diritti o principi. Tutto dipenderà dall'interpretazione della specifica disposizione. La categoria delle libertà è assimilabile, quindi, a quella dei diritti nella maggior parte dei casi. Talvolta, le libertà sono ascrivibili alla categoria dei **principi** o a quella di norme programmatiche, la cui efficacia va definita caso per caso. Le norme di principio e programmatiche sono certamente vincolanti per le istituzioni UE. Ma sembra argomentabile una loro forza vincolante anche nei confronti delle istituzioni nazionali nella sfera politica (promozione), e verosimilmente nella sfera delle relazioni autorità/soggetto privato, anche alla luce dell'ampiezza crescente dei settori coperti o influenzati da normativa UE. L'art. 52, par. 5 (aggiunto dalla seconda Convenzione) afferma che: «Le disposizioni della presente Carta che contengono dei principi possono essere attuate da atti legislativi e esecutivi adottati da istituzioni, organi e organismi dell'Unione e da atti di Stati membri allorché essi danno attuazione al diritto dell'Unione (...) [e] possono essere invo-

cate dinanzi a un giudice solo ai fini dell'interpretazione e del controllo di legalità di detti atti». Vi è quindi un'efficacia diretta certa almeno nell'ambito del controllo di legalità UE. Ciò detto, va nondimeno rilevato che le disposizioni della Carta equiparabili a norme programmatiche, o che pongono principi, sebbene non attribuiscono diritti soggettivi direttamente giustiziabili offrono, in ogni caso, indicazioni vincolanti al giudice nell'interpretare la natura e la portata dei diritti garantiti oltre che nel decidere sulla legalità dell'atto, anche con possibili ricadute sulla situazione giuridica soggettiva. Una dichiarazione di nullità dell'atto incide, infatti, direttamente sui diritti esigibili che sarebbero esistiti se l'atto non fosse stato annullato, o che sono esistiti *medio tempore*. In conseguenza, gli effetti del sindacato di legalità dell'atto rispetto alla situazione giuridica soggettiva sono diretti nel caso di atto e diritto soggettivo coperti da norma UE. Ma non si può escludere l'illegittimità della limitazione del diritto soggettivo fondamentale (v. diritto all'uguaglianza e all'accesso effettivo alla giustizia) anche nei casi e fattispecie, v. *infra*, n. 5.1, coperti solo parzialmente o indirettamente da normativa UE, la nozione di «effetti indiretti» non essendo sconosciuta alla Corte. La distinzione tra diritti e principi potrebbe avere implicazioni rilevanti anche nel caso di diritti non nuovi in quanto la novità dei criteri esegetici, alla luce del Titolo VII, può avere effetti materiali e sostanziali sulla nozione e sull'esercizio del singolo diritto soggettivo pre-esistente e non esplicitamente modificato nella sua qualificazione e definizione. La generale distinzione tra diritti e principi potrà inoltre essere offuscata per l'uso non coincidente della parola «diritto» o per la diversa formulazione della situazione giuridica soggettiva adottata in vari articoli, nella Carta e nei Trattati.

Le Spiegazioni modificate forniscono esempio di principi (art. 25 sui diritti degli anziani, art. 26 sull'integrazione delle persone disabili e art. 37 in materia di protezione ambientale) e riconoscono che alcune disposizioni contengono elementi di diritti e di principi (art. 23 in materia di parità tra uomini e donne, art. 33 sulla vita familiare e professionale e art. 34 in ma-

teria di sicurezza sociale e assistenza sociale) (v. *Commentary of the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, cit.). È evidente che la Corte continuerà a riferirsi al diritto primario ed alle altre fonti richiamate (art. 6 TUE), nonché ai principi generali del diritto (art. 19, co. 1, TUE) negli eventuali spazi lasciati vuoti dal testo scritto. Analogamente farà ogni giudice nazionale.

4. I soggetti

4.1 I soggetti titolari dei diritti

Tutti i **soggetti** pubblici, istituzioni, organi e organismi UE e nazionali, ma anche privati, saranno coperti dalla Carta, a condizione che un'altra norma UE sia d'applicazione, v. *infra* n. 5.1.

I diritti previsti dalle disposizioni della Carta valgono, a nostro parere, e sembrano esercitabili e giustiziabili, nel rispetto di quanto stabilito dalle normative nazionali ed, eventualmente, dal diritto UE secondario, anche nelle relazioni tra privati, a condizione che la disposizione sia chiara, completa e incondizionata (cfr. RENGELING H. W., SZCZEKALLA P., *Grundrechte in der Europäischen Union – Charta der Grundrechte und Allgemeine Rechtsgrundsätze*, Cologne 2004, 179 e 338). Ciò potrà concretizzarsi, se non con dichiarazioni di *responsabilità*, almeno nella forma della disapplicazione della norma nazionale che permette la legalità della clausola contrattuale contraria alla disposizione della Carta (cfr., in senso contrario, al momento, l'AG Trstenjak nelle concl. 8 settembre 2011, *Dominguez*, C-282/10, par. 63 ss.). Il giudice, UE o nazionale, potrà applicare alla singola fattispecie le disposizioni della Carta, o, nell'ipotesi più riduttiva, interpretare in modo conforme le disposizioni attuative introdotte da atti di diritto secondario o nazionali. Lo stesso giudice potrà sindacare il rispetto, probabilmente d'ufficio, delle disposizioni di ordine pubblico in essa presenti. Non si può, infatti, escludere che – anzi si ritiene che, come richiamato altrove – i rapporti tra privati potranno essere valutabili anche alla luce delle disposizioni della Carta. Queste forniranno indicazioni e criteri interpretativi non solo per giudicare le fattispecie attual-

mente regolate, in modo puntuale, dal diritto europeo ma anche per tutte le fattispecie che coinvolgono persone legate a diversi ordinamenti europei tenuto conto delle norme di diritto internazionale privato e della natura universale di alcuni diritti fondamentali, almeno nell'attività interpretativa e nella valutazione delle clausole potenzialmente «incompatibili». Gli strumenti di tutela resteranno coperti dal principio dell'autonomia delle modalità processuali nazionali, ma il rispetto di tale principio, già interpretato del resto in modo restrittivo nella giurisprudenza UE (v. *infra*, n. 7.1), sembra non poter comportare violazioni indirette (nesso causa-effetto) di diritti fondamentali.

L'efficacia giuridica orizzontale, o indiretta, tra privati della Carta, appaiata dai vari fenomeni di recepimento di normativa internazionale e combinata con la natura universale ed inviolabile di alcuni dei diritti da essa riconosciuti, sebbene non esista uniformità tra gli ordinamenti nazionali sul punto, non può essere analizzata, a nostro avviso, alla stregua dell'efficacia orizzontale tra privati delle disposizioni di una direttiva (cfr. CG, 7 giugno 2007, *Ecorad*, C-80/06, punto 20 e concl. AG Trstenjak, *Dominguez*, cit., par. 80) e lascia intravedere una tensione positiva verso l'obiettivo dell'applicabilità di parametri interpretativi comuni anche a fattispecie non direttamente regolate da, o collegabili a, altra normativa UE sia su richiesta del singolo che per decisione del giudice, grazie ad un'accresciuta cooperazione giudiziaria, soprattutto nei numerosi spazi grigi (v. *infra* n. 5.1 e 6.1).

Questioni non secondarie a carattere generale restano aperte riguardo alle forme di applicazione delle disposizioni al singolo soggetto, per effetto della pluralità solo parzialmente sistematizzata delle fonti, della diversità delle formulazioni di alcuni diritti, ma anche della diversità a volte ostativa tra gli strumenti di tutela giurisdizionale, conseguente quest'ultima non solo alla molteplicità delle formule sostanziali e procedurali adottate dalla normativa nazionale ma anche al potenzialmente diverso livello di tutela garantito ai soggetti titolari di diritti fondamentali e inviolabili a seconda del legame con l'ordinamento giuri-

dico (UE o nazionale, cittadini UE o di Paesi terzi). Alcuni dei diritti elencati nella Carta sono, infatti, conferiti ad ogni persona, indipendentemente da cittadinanza o residenza, altri sono legati direttamente alla cittadinanza UE o si riferiscono a categorie (diritti dei bambini, diritti sociali dei lavoratori). Similmente il TFUE si riferisce alle nozioni di *cittadino* (v. Dich. n. 63) o *nazionalità* (artt. 49 e 50, lett. d), riguardo alla libertà di stabilimento, 56 e 61, riguardo alla libera prestazione dei servizi, e 24, co. 4 TFUE, riguardo al diritto di rivolgersi alle istituzioni dell'Unione europea nella propria lingua), di *persona* (il diritto di petizione al Parlamento europeo e il diritto di presentare una denuncia al Mediatore europeo, l'art. 26 sul mercato interno, il Titolo IV sulla libera circolazione delle persone, dei servizi e dei capitali, gli artt. 45 e 48 sulla libertà di circolazione delle persone e dei lavoratori, gli artt. 67, 77, 78, par. 1, e 79, par. 1 e 2, lett. b), nonché i Prot. n. 20, 21 e 22 su libertà e giustizia, controlli alle frontiere, asilo e immigrazione), di *lavoratore* o *cittadino di Paese terzo* (art. 153, par. 1, lett. g), TFUE). Gli artt. 81 e 82 TFUE (cooperazione giudiziaria in materia civile e penale, riconoscimento reciproco delle sentenze e decisioni giudiziali ed extragiudiziali) riconoscono diritti fondamentali all'*individuo*, quali l'accesso effettivo alla giustizia (art. 81, par. 2, lett. e) e la tutela dei diritti della persona nella procedura penale (art. 82, par. 2, lett. b).

La definizione delle situazioni soggettive, alla lettura delle diverse disposizioni qui menzionate, se prese singolarmente, potrebbe portare a dei risultati controversi, alla stregua di quanto sopra detto, e questo potrebbe originare confligenze, delle quali non menzioniamo qui che la più apparente.

Se un *trattamento diverso* che privilegi il cittadino UE può essere giustificato, entro certi limiti, per i classici diritti di libertà dei Trattati, conformemente alla giurisprudenza costante, un *trattamento differenziato generalizzato*, anche se conseguente a semplici motivi *ratione competentiae*, potrebbe risultare in contrasto con la natura stessa di diritti fondamentali quali il *diritto all'uguaglianza* (artt. 20 e 21 Carta e 2, 9 e 21 TUE in relazione alla discri-

minazione alla rovescia) ed il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva (art. 47 Carta e artt. 67, 81, par. 2, lett. e), 263, co. 4 e 5 e 265 TFUE) attribuiti per antonomasia a qualsiasi persona (DIARRA È., *Les administrés et l'administration*, in BURGOGUE-LARSEN L., *La France face à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, 2005, 585-629; GUILLOT P.Ch.-A., *Les étrangers*, in BURGOGUE-LARSEN L., *La France face à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, 2005, 273-316; OZLEM ATIKCAM E., *Citizenship or Denizenship: The Treatment of Third Country nationals in the EU*, Sussex European Institute, 2006; ROBIN-OLIVIER S., *Les étrangers et la citoyenneté européenne: lecture de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, in LOKIEC P., LYON-CAEN A. (dir.), *La protection des droits sociaux fondamentaux dans l'Union européenne, Thèmes et commentaires*, Paris, 2005, 185-197).

Il giudice UE dovrà risolvere tali questioni anche alla luce dei corrispondenti artt. della CEDU ed anche, e sempre di più, v. *infra*, n. 6.2, dei testi costituzionali.

4.2 Le persone giuridiche

Le **persone giuridiche** e le persone di fatto godono certamente di alcuni dei diritti sanciti, pur se la specificità del regime delle persone giuridiche nell'ordinamento UE pone dei problemi (*status*, riconoscimento, capacità etc.) anche dopo l'adozione della Carta. La questione richiederebbe molto più spazio (v. a solo titolo di esempio: BOSVIEUX F., *A business perspective on the EU Charter*, in FEUS K. (cur.), *An EU Charter of Fundamental Rights. Texts and commentaries*, London, 2000, 147-160). Ci limitiamo su questa questione a ricordare che, ad esempio, a conferma di quanto noto sull'esigenza dell'effettività dei diritti riconosciuti ai soggetti, in conformità con la giurisprudenza costante, di fronte all'ambiguità del testo scritto ed alla necessità di garantire il diritto all'effettivo accesso alla giustizia la Corte ha riconosciuto, secondo una costante tecnica interpretativa, in due sentenze, l'una prima del Tr. Lisbona, del 18 dicembre 2007 (CG, *Laval*, cit., con riferimento agli artt. 49 e 50 TCE) e l'altra del 22 dicembre 2010 (*DEB*,

C-279/09, punti 39-40, con riferimento all'art. 47 della Carta), il **diritto soggettivo** (rispettivamente *collettive action* e ricorso effettivo dinanzi a un giudice per la persona giuridica) anche laddove tale diritto sia non esplicitamente previsto o sia proibito o condizionato dal diritto interno. In questo secondo caso la Corte, conformemente alla giurisprudenza costante richiamata, argomenta che, sebbene le Spiegazioni relative alla Carta non precisino nulla in proposito, l'impiego del termine «persona», che ricorre in numerose altre disposizioni, quali gli artt. 1, 2, 3, 6, 29, 34 e 35 della Carta, non può significare che le persone giuridiche siano escluse dall'ambito di applicazione dell'art. 47. Il diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, sancito dall'art. 47 della Carta, è infatti enunciato nel Titolo VI che è relativo alla giustizia e nel quale sono consacrati altri principi processuali finalizzati a garantire l'effettività dell'accesso alla giustizia che trovano indistintamente applicazione alle persone fisiche e a quelle giuridiche. Dalle motivazioni della seconda sentenza citata si deduce che le persone giuridiche e le entità di fatto, a prescindere da, e nonostante, quanto stabilito dalle normative nazionali, debbono poter effettivamente e pienamente avvalersi delle disposizioni della Carta, almeno nell'ambito dell'applicazione di norma UE.

Il ragionamento della Corte comporta, per analogia, che la persona giuridica gode non solo di tutti i diritti sanciti dal Titolo VI Carta, cosa scontata in principio, ma anche dei diritti sanciti da altri articoli quali gli artt. 7, 11, 13, 15, 16, 17, 20 e 21. Gli artt. 42-44 fanno espressa menzione alla persona giuridica.

5. L'ambito di efficacia diretta delle disposizioni. Le deroghe e le limitazioni

5.1 L'ambito di efficacia della Carta e delle sue disposizioni

L'ambito di efficacia della Carta 2007 non è argomento scervo da questioni aperte. Certamente la Carta e le sue disposizioni che sanciscono diritti godono dell'**efficacia diretta**, nel solco di una giurisprudenza confermata (v. *sub* commento all'art. 19 TUE, n. 11.1). Ma, come noto, l'art. 51, riformulando disposizio-

ni altrove commentate, stabilisce che la Carta: vincola in primo luogo l'autorità pubblica UE nell'esercizio legittimo delle proprie competenze; vincola direttamente l'autorità pubblica nazionale esclusivamente «nell'attuazione del diritto dell'Unione»; non potrà modificare il quadro di competenze, obblighi e poteri stabilito nei Trattati, ivi compreso il rispetto dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità; non potrà comportare effetti di estensione del campo di applicazione del diritto dell'Unione. Le disposizioni della Carta sono quindi dotate di efficacia diretta in ogni azione davanti la Corte ed il giudice nazionale solo qualora un'altra norma UE sia applicabile al caso di specie. Ma le problematiche dell'efficacia diretta ed indiretta, verticale e orizzontale, della Carta 2007 e delle sue disposizioni precise, chiare, complete e incondizionate, che stabiliscono diritti, e che permetterebbero quindi la *giustiziabilità* di tali diritti e la tutela dei *criteri di legalità* degli atti, possono esulare dall'ambito ristretto delle fattispecie coperte da altra norma UE, e non sono di così facile soluzione. La questione dell'efficacia diretta della disposizione UE precisa, chiara, completa ed incondizionata nelle relazioni autorità/privato sembra risolta positivamente, in quanto essa, se altra norma UE è d'applicazione, obbliga lo Stato a garantire il rispetto dei diritti e dei principi riconosciuti. In caso di violazione del diritto si entra nella ben nota dottrina della responsabilità dello Stato (categoria dei diritti pubblici). Citiamo a mero titolo di esempio la problematica delle relazioni cittadino/amministrazione nazionale di appartenenza (cfr. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE J., *The EU Charter of Fundamental Rights, not binding but influential: the example of good administration, Continuity and change*, in JACOBS F.G. (SCRITI), 157-171).

Ma siffatta soluzione non è automaticamente esportabile nella sfera delle relazioni giuridiche tra privati. Il problema dell'«effetto giuridico verso terzi» consiste nel riconoscere o meno l'esistenza di un obbligo a rispettare il diritto fondamentale nel quadro di relazioni giuridiche tra privati (cfr. le argomentazioni dell'avvocato generale Trstenjak nelle concl. 8 settembre 2011, *Dominguez*, C-282/10, par. 80). A nostro parere, la natura dei diritti

di cui si tratta richiede un approccio garantista almeno riguardo agli elementi sostanziali del singolo diritto.

Resta poi aperta la questione della soluzione di possibili violazioni, antinomie e conflitti di fronte all'esistenza di un *nesso indiretto* (efficacia indiretta) tra il fatto di specie e la disposizione della Carta chiara, incondizionata e completa in ipotesi di non presenza di altra norma UE direttamente applicabile.

A tal riguardo, ricordiamo l'ord. 12 novembre 2010, *Estove* e a., C339/10 (cfr. ord. 16 gennaio 2008, *Polier*, C-361/07; 19 giugno 2008, *Kurt*, C104/08; 1° marzo 2011, *Chartry*, C-457/09), rinvio pregiudiziale facente riferimento all'art. 47 della Carta, con la quale la Corte conferma di essere manifestamente incompetente (punti 10-14) in quanto, alla luce dell'art. 51, par. 1, e dell'art. 6, par. 1, TUE (che attribuisce forza vincolante alla Carta) e della Dichiarazione sulla Carta allegata all'Atto finale della CIG 2007 (GUUE C 83 del 30 marzo 2010, 335), le disposizioni della Carta vincolano gli Stati membri solo nell'ambito degli atti di attuazione e non creano alcuna nuova competenza per l'Unione né modificano il riparto delle competenze, come da giurisprudenza costante citata (CG, *Kremzov*, cit., punti 15 e 16; 11 ottobre 2007, *Möllandorf* e a., C-117/06, punto 78; cfr. ord. 16 gennaio 2008, *Polier*, C-361/07, punti 9-11, 25 gennaio 2007, *Koval'ský*, C-302/06, punti 19 e 20, e 6 ottobre 2005, *Vajnai*, C-328/04, punti 12 e 13). Di conseguenza la Corte, alla luce del reiterato principio dell'intangibilità del sistema di riparto delle competenze, si dichiara manifestamente incompetente in quanto «la decisione di rinvio non contiene alcun elemento concreto che permetta di considerare che la decisione attaccata costituisca una misura di attuazione del, o che essa presenti elementi di richiamo al, diritto dell'Unione». La Decisione, corretta sotto il profilo formale, lascia irrisolto il problema, ammesso che spetti alla Corte risolverlo, della legittimità della norma nazionale che limita o esclude un diritto fondamentale, di un cittadino UE nella fattispecie, come la tutela in giustizia contro un atto amministrativo. In altra giurisprudenza, la Corte aveva adottato, sempre allo scopo di garantire l'effettivi-

tà dell'efficacia del diritto comunitario, un approccio interpretativo meno formalista trattandosi di disapplicazione di un «atto nazionale e non attuativo» (CG, *Kremzov*, cit.; 18 dicembre 1997, *Annibaldi*, C-309/96. All'evidenza, ne risulta una discrasia potenziale tra l'universalità e l'indivisibilità di certi diritti fondamentali e la situazione parcellizzata nella quale si può trovare il titolare del diritto. L'art. 21 TUE (v. relativo commento e par. 5 del Preambolo della Carta) afferma chiaramente la «indivisibilità e universalità» dei diritti dell'uomo, in numerosi casi corrispondenti ad alcuni dei diritti fondamentali riconosciuti dalla Carta, che quindi devono ovunque valere nella loro interezza in quanto indivisibili e non possono essere regionalizzati in quanto sono universali. La disposizione dell'art. 51 viene intesa, ed a ragione, come condizione limitante l'efficacia delle disposizioni della Carta *esclusivamente* nell'attuazione del diritto UE. Alcune riflessioni qui si impongono. L'avverbio «esclusivamente» potrebbe essere collegato piuttosto alla rigidità del sistema di attribuzione e di esercizio delle competenze (riaffermato negli artt. 3, par. 6, 4 e 5 TUE e 7 TFUE), come fa il medesimo avverbio utilizzato al par. 2 dell'art. 5 TUE sulle competenze UE. L'efficacia diretta, condizionata dall'applicabilità di altra norma UE, va distinta dall'efficacia indiretta, che non dipende dal medesimo avverbio ma da elementi di collegamento fattuali e materiali. L'automatica e generalizzata limitazione, o esclusione, *ratione loci*, *ratione personae*, *ratione materiae*, del livello della garanzia della situazione giuridica soggettiva introdotta dalla norma definita da disposizione della Carta, in conseguenza di una rigida limitazione alle sole attività di attuazione del diritto UE, come se il valore ed il diritto soggettivo che ne discendono, generalmente supposti universali e validi *erga omnes*, a favore del singolo individuo non esistessero al di fuori dell'ambito dell'attuazione diretta di «altra» norma UE, sembra risultato alquanto contraddittorio. Non può sfuggire all'analisi giuridica la potenziale ambiguità della situazione, sotto due profili: il rapporto Carta/individuo; il rapporto UE/Stati. Nel primo caso, risalta il fatto che alcuni diritti sanciti dalla Carta non possono non rego-

lare tutte le situazioni giuridiche facenti capo all'individuo. Potremmo incorrere, se così non fosse, nella situazione, possibilmente contraria a norme del nucleo intangibile del diritto costituzionale, di avere una posizione giuridica soggettiva parcellizzata e non uniforme, situazione difficilmente accettabile in materia di diritti fondamentali. Come potrà la protezione di un diritto come il diritto all'eguaglianza, o il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva, legittimamente variare da un ordinamento all'altro a fronte di un testo comune come la Carta e delle disposizioni delle Costituzioni nazionali? Riguardo alle relazioni (tra autorità) UE/Stati, il rispetto rigido e formale del modello a competenze riservate e autonome (v. *infra* n. 6.1 e 7.1) sembra, a fronte delle esigenze create dal nuovo sistema normativo nella materia, dover comunque corrispondere all'esigenza di un'accresciuta uniformità, e quindi permeabilità, almeno tra le giurisprudenze. La natura «universale e inviolabile» di alcune delle situazioni giuridiche di cui si tratta, già in gran parte prevista nelle normative costituzionali nazionali, richiede uniformità e omogeneità, non solo nell'interesse del soggetto privato titolare ma anche della stessa certezza del diritto.

Con le graduazioni del caso, non si può escludere che gli elementi costitutivi del singolo diritto fondamentale stabilito dalla Carta possano essere violati dagli effetti di un atto ascrivibile agli Stati membri, anche qualora tale atto non sia puntualmente attuativo, ogniquale volta esista un nesso causa-effetto. La possibile esistenza di un *fumus boni juris* sull'esistenza di un nesso causa-effetto pregiudizievole di un diritto inviolabile previsto da una norma della Carta potrebbe in futuro convincere il giudice nazionale competente, se non a disapplicare, almeno a richiedere l'ausilio interpretativo della Corte attraverso lo strumento pregiudiziale o il controllo di conformità nazionale, anche al di fuori della sfera degli atti di attuazione, di recepimento o di deroga, cosa del resto non nuova. D'altro canto, il giudice nazionale della legalità chiamato a sindacare l'atto nazionale non potrà non tener conto della Carta, almeno come fonte di ispirazione e di interpretazione. La Carta può essere,

quindi, fonte di legalità condivisa (BERRAMDA-NE A., *La justiciabilité indirecte de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, in TDP, 2002, n. speciale, 39-54). Del resto la Corte ha già avuto modo di esplorare le aree dell'esercizio delle competenze riservate, delle competenze implicite, delle competenze non esercitate e dell'esercizio dei poteri di deroga, limitandosi sì ad interpretare le norme UE ma dando altresì al giudice nazionale indicazioni vincolanti anche in ambiti non attuativi o per fatti precedenti o in presenza di un rischio (cfr. CG, *El Dridi*, 28 aprile 2011, C-61/11 PPU, punto 53: «se è vero che la legislazione penale e le norme di procedura penale rientrano, in linea di principio, nella competenza degli Stati membri, su tale ambito giuridico può nondimeno incidere il diritto dell'Unione»; v. anche punti 58 e 59) o arrivando a sindacare le qualificazioni utilizzate nella motivazione della decisione del giudice di ultimo grado (v. CG, *Traghetti del Mediterraneo*, 13 giugno 2006, C-173/03, e 10 giugno 2010, C-140/09; cfr. concl. AG Jacobs 9 dicembre 1992, relative a CG, 30 marzo 1993, *Kostantinidis*, C-168/91). Sembra verosimile che, sempre a titolo di esempio, l'adozione di atti nazionali in materia di sanzioni penali per violazione di normativa UE posta da Direttiva (nel rispetto dell'art. 4 della Carta) possa comportare l'estensione di tali nozioni alla violazione di qualsiasi norma nazionale per infrazioni analoghe, non tanto e non solo alla luce degli artt. 7 e 49 TUE (v. commenti rispettivi) e della giurisprudenza costante, ma anche alla luce dell'obbligo del rispetto di diritti fondamentali, come il diritto all'uguaglianza, peraltro tutelati anche dalla normativa costituzionale, per loro natura universali e inviolabili. Dal rispetto di un diritto fondamentale e dall'applicazione rigida della riserva di competenza possono derivare antinomie che andranno superate con decisione puntuale in sede di controllo interno di legalità nazionale o di controllo esterno davanti alla Corte di Strasburgo (cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, 30 settembre 2003, *Koua Poirrez/Francia*, ric. 40892/98, che ha dichiarato la violazione del diritto alla non-discriminazione, in un caso di discriminazione alla rovescia, dopo

che la Corte aveva dichiarato, nella stessa fattispecie, la propria incompetenza a pronunciarsi in via pregiudiziale per mancanza di norma UE applicabile, CG, 16 dicembre 1992, *Koua Poirrez*, C-206/91, punti 10, 12 e 13). Parafrasando quanto argomentato dalla dottrina prevalente sulla forza irradiante o espansiva della normativa UE, pur restando l'applicabilità diretta circoscritta all'interno della sfera di applicabilità di «altra» normativa UE, i valori e i diritti, che sono riconosciuti dalla maggioranza degli ordinamenti costituzionali degli Stati membri e dalle norme CEDU, *universali e indivisibili* per natura, oggi espressi da norma scritta primaria come *fondamentali e costituenti parte essenziale* del nucleo forte dell'ordinamento UE, sembrano destinati ad avere un'efficacia orizzontale indiretta ultronea ed ultraespansiva generalizzata (ZWART T., *The added value of the Charter to the Dutch legal order*, in REDP, 2002, n. 1, 611-628).

In altre parole, i diritti riconosciuti da disposizioni della Carta che introducono norme complete ed incondizionate saranno direttamente giustiziabili e le nozioni di legalità UE così definite prevarranno sulle nozioni nazionali in via diretta nell'ambito di applicabilità di altra normativa UE. Ma tali nozioni di legalità sembrano destinate a prevalere in via indiretta, a titolo puntuale, anche negli spazi non coperti da altra normativa UE. Questo si può giustificare per la ben nota intrinseca capacità attrattiva o espansiva dei valori riformulati, per l'obbligo di uniformità dell'interpretazione, v. *infra* n. 6.1, per scelta unilaterale dell'autorità nazionale, per effetto della natura universale e inalienabile di alcuni degli stessi diritti fondamentali. Le nozioni si imporranno all'interno dell'ambito di applicazione della normativa europea, il livello di protezione così definito legittimerà future novità sul piano sostanziale e saranno vincolanti nell'ambito di attuazione del diritto dell'UE, per effetto del principio di prevalenza. Ma anche all'esterno di tale ambito potranno manifestarsi fenomeni di *attrazione* o *condivisione* sul piano interpretativo. Dall'art. 51 della Carta, infatti, non sembra si possa leggere la volontà di cristallizzare l'effetto riduttivo derivante da esigenze di uniformità. Esso sembra voler, piuttosto, conferma-

re che il rispetto del principio del riparto delle competenze e dei poteri permetterà non solo un esercizio corretto degli stessi ma potrà andare di pari passo con la piena ed efficace tutela dei diritti e dei valori in questione. In conseguenza, le disposizioni della Carta potranno essere, seppur attraverso tipologie di richiamo di vario grado, invocate da qualsiasi giudice per sindacare le attività dell'autorità pubblica e decidere in tutte le cause di merito, con possibili richiami alla giurisprudenza della Corte di Lussemburgo e della Corte di Strasburgo, come delle giurisdizioni di legalità di ultimo grado (almeno nella maggioranza degli Stati membri).

5.2 *Le deroghe alla Carta*

Si possono identificare **deroghe** e **riserve** di vario tipo all'efficacia delle disposizioni della Carta, nonché **regole sulle limitazioni** (legittime) **all'esercizio dei diritti** ivi riconosciuti, in varie disposizioni. Le disposizioni qui richiamate, non a titolo esaustivo, sembrano essere di due tipi. Nel primo caso sembra trattarsi di vere e proprie riserve derogatorie, applicabili anche nella sfera di attuazione di altra norma. Nel secondo caso si tratta di disposizioni che permettono l'adozione di misure atte a limitare, a titolo generale o puntuale, l'esercizio dei diritti, e sembrano entrare nell'ambito di operatività della riserva di legge o della legittimità delle limitazioni dell'esercizio, e da considerarsi come fattispecie aggiuntive a quelle fattispecie limitative già esistenti all'interno del campo d'applicazione di altra norma UE menzionate in *primis* all'art. 51 della Carta e stabilite da disposizioni altrove richiamate (v. *infra*, n. 5.3 e 5.4).

L'atto più controverso è il Prot. n. 30 sull'applicazione della Carta alla Polonia e al Regno Unito (v. bibliografia), che sarà applicabile alla Repubblica ceca in virtù del Protocollo accluso come Allegato I alle conclusioni della presidenza del Consiglio europeo del 29-30 ottobre 2009 e che sarà allegato ad un prossimo Trattato di adesione.

Atti simili sembrano il Prot. n. 35 (sull'art. 40.3.3 della Costituzione dell'Irlanda) e le Dichiarazione (allegate all'Atto finale della CIG che ha adottato il Tr. Lisbona) n. 53 (della

Repubblica ceca sulla Carta, che sarà assorbita dall'applicazione ad essa del Prot. n. 30), n. 61 (della Repubblica di Polonia sulla Carta, correlata alle Dich. n. 53 e n. 18) e n. 62 (della Polonia sul Prot. n. 30).

Il par. 1 dell'art. 1 del Prot. n. 30 afferma che le disposizioni della Carta non potranno giustificare una decisione pregiudiziale che dichiari esplicitamente o implicitamente l'obbligo di disapplicazione (o non-applicazione) dell'atto nazionale o che dia indicazioni (vincolanti) al giudice nazionale *de quo*, a meno che tali competenze e poteri non siano (*ex ante* o *ex post*) previste dalla normativa nazionale stessa. Sembra trattarsi di regola riguardante la riserva di giurisdizione e l'autonomia delle procedure nazionali. Ne potrebbe risultare un congelamento, rispetto alla Polonia e al Regno Unito (ed in prospettiva alla Repubblica Ceca), della giurisprudenza *Francovich* (CG, 19 novembre 1991, C-6/90 e C-9/90) e *Factortame* (CG, 19 giugno 1990, C-213/89; 25 luglio 1991, C-221/89; 5 marzo 1996, C-46/93 e C-48/93) così come quella dei poteri impliciti. Per la verità la detta giurisprudenza risulta limitata anche altrove (v. Prot. n. 25 e Dich. n. 18 e n. 24).

L'art. 1 del Prot. n. 30 non sembra di per sé introdurre una clausola derogatoria generale (cfr. DOUGAN M., *The Treaty of Lisbon 2007: winning minds, not hearts*, in CMLR, 2008, 617, 669; CRAIG P., *The Lisbon Treaty*, Oxford, 2010, 239; HOUSE OF LORDS, EUROPEAN UNION COMMITTEE, *The Treaty of Lisbon: an impact assessment*, Vol. I, 10th Rapp. 2007-2008, 5.87 e 5.103; PERNICE I., *The Treaty of Lisbon and Fundamental Rights*, in GRILLER S., ZILLER J., *The Lisbon Treaty*, cit.). Non si contesta la tutelabilità dei diritti. L'art. 1 sembra voler, parafrasando la disposizione stabilita all'art. 51 della Carta, salvaguardare la rigidità del sistema della competenza attribuita. Il par. 2 si riferisce al solo Titolo IV, i diritti sociali, non previsti nella CEDU e quindi non parte del cd. *jus commune europeo* in materia, ed afferma che «[i]n particolare e per evitare dubbi, nulla nel Titolo IV della Carta crea diritti azionabili dinanzi a un organo giurisdizionale applicabili [nei tre Stati], salvo nella misura in cui [i tre Stati] abbiano previsto tali diritti nel rispetti-

vo diritto interno». I diritti stabiliti al Titolo IV non sono, quindi, giustiziabili, e le disposizioni non godono di efficacia diretta anche qualora la disposizione della Carta sia chiara, completa e incondizionata, in uno schema dualista puro, fondato sulla condizionalità dell'esistenza di normativa nazionale di recepimento o equivalente. L'attacco del paragrafo potrebbe essere interpretato come se il par. 2 volesse avere una valenza esplicativa e non aggiuntiva rispetto al par. 1. Pare più rispondente al testo riconoscerne il carattere aggiuntivo. Il par. 2 dell'art. 1 del Protocollo pare, ad una prima lettura, introdurre una clausola di *opting out* temporanea, una deroga subordinata all'evoluzione delle norme nazionali in tal senso.

Tuttavia la Polonia afferma nella Dich. n. 62 che i diritti stabiliti nel Titolo IV della Carta sono già protetti conformemente al diritto UE e alle disposizioni della Carta stessa. Si vuole, probabilmente, in maniera esplicita limitare soprattutto le interferenze invasive derivate dalla giurisprudenza, a titolo preventivo, similmente a quanto afferma il Regno Unito (dove peraltro la dottrina *Factortame* è stata di recente in parte accettata dal giudice nazionale). Quindi anche il par. 2 mostra di avere la medesima sostanza e natura del par. 1: la riaffermazione del principio del rispetto del sistema di ripartizione delle competenze e del loro esercizio, della riserva di giurisdizione e dell'autonomia delle procedure nazionali, e, nello specifico, del presupposto della tutela equivalente per i diritti previsti al Titolo IV. Né il par. 1 né il par. 2 escludono l'esperibilità della pregiudiziale e del sindacato di conformità. Si tratta, in particolare, della rigidità del sistema della competenza attribuita alla Corte, che potrà sempre interpretare la disposizione in via pregiudiziale. Non potrà, eventualmente, ordinare di disapplicare l'atto nazionale se tale potere (di disapplicare) non è già previsto dalla normativa nazionale. Non potrà, eventualmente, non tener conto dei limiti materiali. Questo limite vale, certamente, solo nell'ambito del Tit. IV Carta e per i Paesi menzionati. La decisione interpretativa pregiudiziale della Corte non potrà "forzare" in materia di procedure per la tutela dei diritti se questo non è previsto dall'ordinamento na-

zionale e non potrà contraddire il giudice nazionale degli stati coinvolti che non donasse attuazione alle disposizioni previste al Tit. IV. La decisione della Corte non perderà comunque, indicando l'interpretazione da dare alle disposizioni della Carta, la sua forza dichiaratoria vincolante.

L'art. 2 aggiunge: «Ove una disposizione della Carta faccia riferimento a leggi e pratiche nazionali, detta disposizione si applica [nei tre Stati] soltanto nella misura in cui i diritti o i principi ivi contenuti sono riconosciuti nel diritto o nelle pratiche (...)» nazionali, riformulando sostanzialmente in un'ottica nazionale quanto stabilito dall'art. 52, par. 6 della Carta e completando la sostanza di quanto già enunciato nell'art 1. Si tratta qui di disposizione ripetitiva di un principio generale secondo il quale le disposizioni della Carta vanno interpretate tenendo conto delle norme nazionali, che non sono solo norme da sindacare ma anche norme da rispettare e possibili fonti d'ispirazione (v. *infra*, n. 6.2 *in fine*).

È legittimo interrogarsi sul reale senso ed effetto delle eccezioni derogatorie in oggetto, depoliticizzando l'analisi. L'obiettivo sembra essere piuttosto quello di inibire le conseguenze della giurisprudenza *Francovich* e *Factortame* a vantaggio di soluzioni meno invasive, accettate e decise anche dal legislatore e dal giudice nazionale. È innegabile l'esistenza di una certa contraddittorietà tra le affermazioni contenute nei diversi atti, alla luce dell'applicabilità della CEDU negli Stati in questione (CURTI GIALDINO C., *Prime riflessioni sul trattato di Lisbona*, in BARUFFI M.C. (cur.), *Dalla Costituzione europea al Trattato di Lisbona*, Padova, 2008, 55-56). Alcuni Autori argomentano che il par. 1 dell'art. 1, alla stregua di quanto detto nella Dich. n. 53, resta sul terreno dell'interpretazione senza derogare all'efficacia delle disposizioni della Carta in quanto tutti gli Stati membri hanno aderito alla CEDU (v. BARUFFI M.C., *I diritti fondamentali nel trattato di riforma*, in SE, febbraio 2008, 26 ss.; STROZZI, G., *Prime osservazioni sul Trattato di Lisbona*, cit., secondo il quale si tratta di «una chiara teorizzazione della dottrina dei controlimiti, sia pure in un ambito specifico»). Nulla sembra escludere, tra l'altro, che «dei giu-

dici possano in ogni caso considerare i diritti contemplati dalla Carta qualora essi siano previsti anche dal Trattato o dalla legislazione derivata» (ROSSI L.S., *I diritti fondamentali nel Trattato di Lisbona*, 13 dicembre 2007, in www.europeanrights.eu). Altri Autori (ZILLER J., *Il nuovo Trattato europeo*, cit., 178) ritengono che «dal punto di vista giuridico il protocollo è totalmente inutile».

È difficile capire nel dettaglio, almeno in questa fase, le conseguenze giuridiche di disposizioni che a noi sembrano comunque sostanzialmente non derogatorie dell'efficacia materiale delle disposizioni della Carta ma affermatorie dell'equivalenza sostanziale della protezione o comunque limitatorie dell'uso della dottrina *Francovic/Factortame*, nel quadro di un riaffermato obbligo del rispetto del sistema a riserva di competenze e di giurisdizione. Ed il fatto che il livello di garanzia possa essere, eventualmente, differente non sembra di per sé sufficiente per stabilire *a priori* l'illegittimità (per inferiorità presunta) della protezione nazionale. Gli Stati membri ai quali si applica il Prot. n. 30 hanno infatti ratificato la CEDU, ne rispettano le disposizioni, e sono tenuti al rispetto di un obbligo di risultato (equivalenza) (cfr.: AMADEO S., *Il Protocollo n. 30 sull'applicazione della Carta a Polonia e Regno Unito e la tutela «asimmetrica» dei diritti fondamentali: molti problemi, qualche soluzione*, in *DUE*, 2009, 720-742; JIRÁSEK J., *Application of the Charter of Fundamental Rights of the European Union in the UK and Poland according to the Lisbon Treaty*, 2002, in: http://www.law.muni.cz/sborniky/cofola2008/files/pdf/evropa/jirasek_jan.pdf; SIMONE P., *Gli accordi internazionali di salvaguardia dei diritti sociali e del lavoro e il Protocollo n. 30 sull'applicazione della Carta dei diritti fondamentali alla Polonia e al Regno Unito*, in *DUE*, 2009, 742-767; WYROZUMSKA A., *Incorporation of the Charter of Fundamental Rights into the EU law: Status of the Charter, scope of its binding force and application, interpretation problems and the Polish position*, in *Fundamental rights protection in the European Union*, 2009, 80-113). L'esistenza di una *Carta dei Diritti e Libertà fondamentali*, parte dell'ordine costituzionale della Repubblica ceca (Risoluzione del Praesi-

dium del Consiglio nazionale ceco, atto costituzionale n. 162/1998 Coll., entrato in vigore il 1° gennaio 1999), sembra confermare, alla luce dell'ultima frase dell'art. 53 della Carta che fa riferimento «alle costituzioni degli Stati membri», la reale natura e portata materiali del Prot. n. 30. Del resto proprio la Repubblica ceca ha chiesto l'applicabilità del Prot. n. 30, e la Polonia ha dichiarato che i diritti sanciti dal Titolo IV della Carta sono già protetti da norma nazionale (v. Dich. n. 62). Non ha dichiarato, viceversa, che non saranno protetti (allo stesso livello). La contrapposizione è politica, al di là delle diversità materiali.

Sul piano del diritto gli effetti rilevano quindi soprattutto sulle relazioni tra giudici: la Corte non potrà attribuire al giudice nazionale poteri disapplicativi o decisionali che non siano già previsti dall'ordinamento nazionale; la procedura pregiudiziale resta esperibile e la Corte potrà comunque sindacare il rispetto della disposizione della Carta anche nei Paesi cui si applica il Protocollo, la presunzione di equivalenza al Titolo IV potendo essere sempre almeno contraddetta.

Diversamente, le disposizioni del Prot. n. 35 («Nessuna disposizione dei trattati (...) pregiudica l'applicazione in Irlanda dell'art. 40.3.3 della Costituzione irlandese»; cfr. All. I e II alle concl. della Presidenza del Consiglio europeo del 18/19 giugno 2009, Doc. n. 11225/2/09 REV 2 3 IT), così come delle Dich. n. 61 («La Carta lascia impregiudicato il diritto degli Stati membri di legiferare nel settore della moralità pubblica, del diritto di famiglia nonché della protezione della dignità umana e del rispetto dell'integrità fisica e morale dell'uomo») e 64 («Il Regno Unito rileva che l'art. 14 TUE e altre disposizioni dei Trattati non sono intesi a modificare i criteri per l'accesso al diritto di voto alle elezioni del Parlamento europeo») non sembrano introdurre vere e proprie deroghe alla Carta ma sembrano, diversamente, introdurre limitazioni all'attività interpretativa, con eventualmente effetti restrittivi sull'esercizio di diritti riconosciuti, in un'ottica di bilanciamento e di contro-limiti.

Le disposizioni del Prot. n. 35 e della Dich. n. 64, alla stregua di altre norme altrove richiamate, sembrano introdurre limiti interpretati-

vi, con conseguenze inibitorie a titolo puntuale e parziale, come in uno schema multilivello classico (ATRIPALDI V., MICCÙ R., *La Costituzione Europea "multilivello" tra garanzie di omogeneità e identità plurali*, Incontro su: La Costituzione Europea "multilivello" – tra garanzie di omogeneità e identità plurali, Cosenza, 19 giugno 2003). La Dich. n. 61 prevede il potere di limitare con legge e sembra rientrare piuttosto nella fattispecie della riserva di legge.

5.3 La riserva di legge

La **riserva di legge** non è una novità nell'ordinamento UE, ma il Tr. Lisbona ne modifica la base giuridica. Le limitazioni alle quattro libertà fondamentali classiche, ma anche alle libertà e ai diritti di cui trattiamo, potevano sinora essere introdotte da qualsiasi atto adottato legittimamente, nel rispetto delle competenze e delle forme, nonché dei principi generali del diritto dell'Unione (v. commento all'art. 19 TUE), e se compatibile, naturalmente, col diritto primario. Elenchiamo, non a titolo esaustivo, alcune disposizioni che prevedono espressamente o permettono di adottare o mantenere **misure restrittive di diritti riconosciuti dalla Carta** in materia di: accesso ai documenti (art. 15, par. 3, seconda frase TFUE); diritti dei cittadini (artt. 20, ultima frase, 21, par. 1, 22, 45, par. 3, TUE); movimento di capitali (art. 66 TFUE); definizione di atto criminoso (art. 83 TFUE); politica estera e di sicurezza comune (art. 215, par. 2, TFUE); lotta al terrorismo (artt. 75 e 222 TFUE) e alla criminalità (Dich. n. 27); misure restrittive (Dich. n. 25 relativa agli artt. 75 e 215 TFUE); protezione di interessi di sicurezza nazionale (art. 346, TFUE); protezione dei dati personali (artt. 1, par. 1, e 2 del Reg. CE n. 259/2008, v. CG, 9 novembre 2010, *Volker und Markus Schecke GbR e a.*, C-92/09, C-93/09, punto 66). Altre limitazioni sono previste nei Protocolli: n. 19 sull'*acquis* Schengen, in particolare rispetto a Danimarca, Regno Unito e Irlanda; n. 20 sul controllo delle persone alle frontiere di Regno Unito e Irlanda; n. 21 sul Titolo V della Parte Terza TFUE riguardo al Regno Unito e all'Irlanda; n. 22 sul Titolo V della Parte Terza TFUE riguardo alla Danimarca; n. 23 sugli accordi degli Stati membri con Stati ter-

zi in materia di frontiere esterne; n. 24 che limita il riconoscimento dell'asilo per i cittadini UE; n. 32 sull'esercizio del diritto di proprietà in Danimarca; così anche nelle Dich. n. 20 e 21 sui dati personali; n. 25 sugli artt. 75 e 215 TFUE in materia di lotta al terrorismo; n. 26 sull'*opting out* riguardo al Titolo V, Parte Terza TFUE; n. 27 sull'art. 85 TFUE (Eurojust); n. 37 sull'art. 222 TFUE in materia di solidarietà tra gli Stati membri contro atti terroristici; n. 56 dell'Irlanda sul Prot. n. 21; n. 61 sopra richiamata; n. 63 del Regno Unito sulla nozione di cittadino; n. 64 del Regno Unito e dell'Irlanda sul diritto di voto per le europee. Tutte queste fattispecie sono oggi coperte da «riserva di legge UE». Sotto il *profilo formale*, le limitazioni a carattere generale o puntuale all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dal diritto primario mantengono il loro carattere eccezionale ma possono, oggi ancor di più, essere stabilite solo da un atto normativo corrispondente alla nozione comunitaria di «legge». La **nozione di riserva di legge UE** per il regime delle limitazioni dei diritti fondamentali (già prevista dagli artt. 2, 5 a 12, 15 e 17 CEDU) entra quindi nel diritto scritto UE dotata di una sua autonomia (art. 51, par. 1, della Carta, come modificato nel 2007) (ZILLER J., *Il nuovo Trattato europeo*, cit., 53) e non è più solamente dipendente dalla rielaborazione nella forma dei principi generali delle nozioni nazionali. Sul punto delle relazioni tra la riserva di legge nazionale e la riserva di legge UE (v., ad es., Corte cost. ungherese, 6 novembre 2008, 132/2008, *Magyar Közlöny*) la riserva di legge UE non sembra incidere automaticamente sulla riserva di legge nazionale perché ciò potrebbe essere contrario sia alla riserva di legge nazionale relativa ad ogni limitazione dei diritti fondamentali sia al principio di certezza delle norme e di determinatezza dei fatti costituenti reato (*rule of law*) (Cfr. GATTI E., *Commento alla sentenza della Corte di cassazione tedesca del 31 gennaio 2007*, in www.europeanrights.eu). In sostanza, la nozione di riserva di legge UE non sostituirebbe né modificherebbe quella nazionale; essa sembrerebbe anzi non poter prevalere, in principio, su quest'ultima non solo per motivi *rationae materiae* ma anche per la sua

natura «garantista», appartenendo in genere, tra l'altro, la nozione nazionale all'espressione di valori costituzionali supremi pre-esistenti, e confermati da numerosa giurisprudenza. Non è esclusa l'applicabilità per analogia anche per quanto riguarda i principi.

Per **legge** si dovrà intendere un *atto legislativo* UE (sia il Regolamento che la Direttiva e la Decisione sono atti idonei all'introduzione di norme nella prassi comunitaria ed oggi ammessi in quanto tali dai Trattati stessi, qualora adottati con procedura legislativa, v. commento agli artt. 288 ss. TFUE), di portata generale, adottato secondo la procedura legislativa, ordinaria o speciale (artt. 48 TUE e 25, 289, 297 e 352 TFUE) anche se, a rigor di logica, solo il Regolamento sembrerebbe l'atto dell'ordinamento UE che corrisponde nella forma e nella sostanza alla nozione di «legge». Tutti gli altri atti UE, anche se atipici o se introducono norme tecniche, sembrano inadatti ad introdurre limitazioni a carattere generale (in senso diverso v. TRIB, 29 novembre 2006, *Campoli*, T-135/05). L'atto che dovesse eventualmente limitare l'esercizio del diritto a titolo specifico e/o puntuale sarà sindacabile alla luce delle norme di diritto primario e delle norme di diritto secondario, cioè dell'atto legislativo che avrà posto regole per le limitazioni a carattere generale o che ne sia la specifica base giuridica. In mancanza di tale atto normativo a carattere generale (legge), l'atto puntuale che limita l'esercizio dei diritti fondamentali in questione potrebbe essere dichiarato nullo o inesistente.

Ma la nozione di riserva di legge UE sembra poter essere intesa, come da criteri interpretativi costanti, anche come riserva di atto sostanzialmente equivalente a legge. Ulteriori tipi di atti sono, infatti, ritenuti idonei a prevedere limitazioni dallo stesso estensore dei Trattati. Così è, a mero titolo di esempio, oltre ad alcuni degli atti sopra richiamati, per il Prot. n. 24 in materia di statuto di rifugiato dei cittadini UE, valido, di fatto, anche nei confronti dei cittadini di Paesi terzi già residenti sul territorio UE (suscitando critiche plausibili da parte dell'UNHCR), secondo il quale i cittadini degli Stati membri non possono pretendere il rischio di subire trattamenti contrari alla

Convenzione (CG, 17 febbraio 2009, *Elgafaj*, C-465/07), per la presenza del controllo esperimentabile ex art. 7 TUE.

L'introduzione della riserva di legge UE sembra coinvolgere anche gli **atti nazionali**. Secondo logica, l'*atto nazionale attuativo* (par. 1 dell'art. 51 della Carta) difficilmente potrà essere legittimamente derogatorio senza una specifica base giuridica UE introdotta con atto avente forza di legge. L'atto derogatorio resta l'atto normativo UE che costituisce la base giuridica almeno in una prospettiva «comunitaria». L'esistenza di alcune disposizioni presenti, ad esempio, nella Dich. n. 61 sopra richiamata, negli artt. 346 e 347 TFUE, o nel par. 2 dell'art. 4 TUE (l'UE «[r]ispetta le funzioni essenziali dello Stato, in particolare le funzioni di salvaguardia dell'integrità territoriale, di mantenimento dell'ordine pubblico e di tutela della sicurezza nazionale [che] resta di esclusiva competenza di ciascuno Stato membro»), manifesta la volontà del legislatore primario di riconoscere alle autorità nazionali il potere (mobile) di adottare con ampia discrezionalità atti che possono legittimamente comportare limitazioni, sia nell'ambito del diritto UE che al di fuori di esso. L'esercizio di questo potere difficilmente potrà evitare di «irradiare» nell'ambito non coperto dal diritto UE il rispetto di tali regole e limiti avendo carattere generale e diffuso e «*pro homine*», l'impegno (obbligo) al rispetto di cui qui si tratta essendo generale e comune sia all'Unione che agli Stati (v. commenti agli artt. 2, 6, 7 e 49 TUE). D'altro canto, qualora la limitazione sia introdotta o posta in essere da *atto nazionale non attuativo*, secondo le diverse tradizioni giuridiche proprie al sistema nazionale, diritto pretorio e consuetudinario (crf., in tal senso, le concl. AG Trstenjak 22 settembre 2011, *N.S./Secretary of State for the Home Department*, C411/10, par. 160, n. 75), si può escludere un obbligo al rispetto degli elementi costitutivi della nozione stessa? Se, ad una prima lettura, la legislazione nazionale non coperta da norma UE sembra sciolta dall'obbligo della riserva di legge UE, da escludersi almeno sul piano astratto della (rigidità della) ripartizione delle competenze e dell'efficacia diretta limitata della Carta, in realtà, l'atto a valo-

re legislativo nazionale non potrà non essere chiamato a conformità anche con la normativa UE (nel rispetto, ad es., degli artt. 52, par. 1 e 54 della Carta). Se la riserva di legge fosse rispettata esclusivamente nelle zone coperte da norma UE, questioni aperte rimarrebbero, come altrove ricordato, (v. *infra*, n. 5.1. e n. 6.1), riguardo ai casi di efficacia indiretta e di restrizioni illegittime indirette, così come ai casi di inespugnabilità della procedura pregiudiziale, per difetto di competenza, senza che le procedure previste per il sindacato sul rispetto della legalità nazionale possano supplire. È certo comunque che, in generale, le ipotesi di limitazione all'esercizio del diritto fondamentale specifico dovranno essere previste da una norma scritta introdotta con atto avente natura e sostanza di atto a carattere legislativo, secondo criteri accettati in tutti gli ordinamenti (Cfr. BREMS E., *Conflicts between fundamental rights*, Anversa, 2008), ma non è ancora chiaro come l'adattamento del complesso normativo esistente verrà posto in essere. Solo l'esperienza chiarirà le conseguenze materiali della riserva di legge *de qua*, molto richiesta dal Regno Unito (ZILLER J., *Il nuovo trattato europeo*, cit., 112).

5.4 I criteri sostanziali di legittimità delle limitazioni

Sotto il *profilo sostanziale*, i canoni per la legittimità della *restrizione*, a titolo generale o puntuale, dell'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla Carta (art. 52, par. 1 della Carta) si aggiungono, precisandole, sia alle fattispecie già esistenti soprarichiamate (v. *infra*, n. 5.3), previste da norme specifiche o eventualmente giustificate da idonei motivi imperativi di interesse generale (v. CG, 11 marzo 2010, *Attanasio*, C-384/08, punti 49-51), sia alle fattispecie previste dalla legge nazionale. Tutte le limitazioni, sotto qualsiasi forma introdotte, alla luce delle disposizioni specifiche in tal senso stabilite dalla Carta stessa o dai Trattati (richiamate non a titolo esaustivo), dovranno ad ogni modo rispettare i noti requisiti:

- a) rispetto del contenuto essenziale del diritto;
- b) necessità della limitazione (v. art. 18 CEDU e costante giurisprudenza Corte eu-

ropea dei diritti dell'uomo sin da 13 giugno 1979, *Marckx*, 683/74);

- c) giustificabilità della limitazione per finalità imperative di interesse generale riconosciute dall'Unione;
- d) presenza di un interesse legittimo che giustifichi, in linea di principio, una limitazione ad una libertà fondamentale (v. CG, 12 giugno 2003, *Schmidberger*, C-112/00, punto 74); o
- e) esigenze legate alla protezione dei diritti altrui;
- f) idoneità a garantire la realizzazione dell'obiettivo perseguito;
- g) rispetto del principio di proporzionalità, senza eccedere quanto necessario per raggiungere l'obiettivo legittimo perseguito (CG, 14 ottobre 2004, *Omega*, C-36/02, punto 36; 11 dicembre 2007, *International Transport Workers' Federation e a.*, C-438/05, punto 75);
- h) rispetto delle disposizioni della Carta (artt. 51, par. 1 e 54 in particolare);
- i) corrispondenza ai criteri stabiliti in ambito CEDU;
- l) previsione di opportuni ed effettivi mezzi di tutela e di controllo (cfr. CG, 9 novembre 2010, *Volker und Markus Schecke e a.*, C-92/09 e C-93/09, punti 50-51, 66, 68, 72, 74, 76, 77).

A ciò si aggiungano i limiti stabiliti a livello nazionale. È chiaro che i limiti sostanziali si aggiungono all'obbligo del rispetto della riserva di legge, e valgono, a nostro avviso, anche nelle ipotesi di deroga. Il controllo di conformità alla normativa costituzionale potrà sempre essere richiesto (cfr. *BverfG*, 30 giugno 2009, *Lissabon Urteil*, 2BvE 2/08, punti 189 e 191, e *BVerfGE* 37, 271; 73, 339; 102, 147), al pari del possibile controllo di conformità materiale ai canoni sostanziali stabiliti nella Carta, così come, eventualmente ed a titolo di ultima istanza, nella CEDU.

La difficoltà a proclamare l'esistenza di un sistema uniforme in materia di limitazioni appare evidente, soprattutto alla luce delle specificità della materia e della pluralità degli ordinamenti nei quali e sui quali le disposizioni della Carta in questione avranno effetto. Nella specifica materia coperta dalla Carta, e re-

bus sic stantibus, la Corte avrà competenza a controllare il rispetto di canoni e criteri introdotti dagli artt. 51-54 della Carta sia nei ricorsi diretti che nella procedura pregiudiziale, potendo sempre continuare ad attingere ispirazione dai principi generali del diritto. Il giudice nazionale dovrà nel frattempo applicare la disposizione e valutare la legittimità delle attività o degli atti limitativi e la legalità dell'atto stesso che autorizza le limitazioni, se questo esiste, secondo giurisprudenza costante (cfr. CG, 13 luglio 1989, *Wachauf*, 5/88; 18 giugno 1991, *ERT*, C-260/89; 13 aprile 2000, *Karlsson e a.*, C-292/97; 27 giugno 2006, *Parlement/Conseil*, C-540/03, punti 104 ss.; v. LADENBURGER C., Article 51, in TETTINGER P., STERN K. (eds.), *Europäische Grundrechtcharta*, Monaco, 2006, punti 22 ss.; Nowak C., in HESELHAUS F. S. M., NOWAK C. (eds.), *Handbuch der Europäischen Grundrechte*, Monaco, 2006, par. 6, punti 44 ss.) ed oggi anche alla luce della riserva di legge UE. L'introduzione di canoni e criteri stabiliti da norme scritte favorirà senz'altro l'interprete.

Allo stato attuale della normativa scritta, le disposizioni relative alle limitazioni legittime previste nella CEDU, disposizioni dettagliate e specifiche, come i par. 2 degli artt. da 8 a 11, apportano criteri specifici molto utili, a fronte delle disposizioni orizzontali della Carta, per forza di cose generiche.

Alcune questioni restano non chiare riguardo, in primo luogo, agli atti restrittivi sottratti al controllo di legalità del giudice, UE e nazionale, come quelli adottabili in certe aree (Titolo V delle Parti terza e quinta TFUE, così come art. 275 TFUE e Prot. nn. 20 e 25). Ai sensi del par. 1 dell'art. 51, l'atto nazionale sarebbe anch'esso formalmente sottratto a questa forma di controllo nelle zone escluse dall'applicazione della norma UE.

Ma esso resta pur sempre sottoposto al sindacato di legalità previsto dall'ordinamento nazionale.

In secondo luogo, ricordiamo che il monitoraggio e la revisione degli atti restrittivi esistenti sembrano opportuni (ALSTON P., DE SCHUTTER O., *Monitoring Fundamental Rights in the EU: The Role of the Fundamental Rights Agency*, Oxford, 2005).

Infine occorrerebbe affinare forme di *controllo preventivo interno* (da notare che nessuna menzione è fatta in merito nel nuovo Accordo quadro sui rapporti tra Parlamento e Commissione 2010/2018, approvato dal Parlamento europeo con Ris. 20 ottobre 2010, ma la Commissione lo menziona nella Racc. 19 ottobre 2010, punto 1.2) ed *esterno* (con competenza consultiva, ad es., della Corte, similmente a quella prevista in materia di accordi ex art. 218, par. 11 TFUE), parallelamente alla procedura prevista all'art. 7 TUE.

Le nozioni, di conseguenza, potranno essere puntualizzate anche attraverso un dialogo attivo tra i giudici della legalità (MANGIAMELI S., *Il contributo dell'esperienza costituzionale italiana alla dommatica europea della tutela dei diritti fondamentali*, in PACE A. (cur.), *Corte costituzionale e processo costituzionale*, Milano, 2006, 471 ss.; CARTABIA M., *La Charte de Nice: ses juges et l'isolement de la Cour constitutionnelle italienne*, in ESCARRAS J.C.L. 729-752).

5.5. *L'abuso di diritto, una nuova nozione e l'opera di bilanciamento*

L'art. 54, riformulando l'art. 17 CEDU, introduce esplicitamente la nozione di **abuso di diritto** e afferma che sarà inaccettabile interpretare le disposizioni della Carta «nel senso di comportare il diritto di esercitare un'attività o compiere un atto che miri a distruggere diritti o libertà riconosciuti nella presente Carta o ad imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste», con un chiaro anche se implicito riferimento agli artt. 51 e 52, par. 1. L'art. 54 della Carta introduce un criterio nuovo particolare che prescinde dalla natura pubblica o privata del soggetto, dalla violazione materiale dell'altro diritto, dall'esistenza del danno e dall'illegalità o illegittimità del comportamento o dell'atto in sé. Il divieto è a carattere generale e sembra valere sia per l'autorità pubblica, nel quadro delle attività di promozione e protezione, sia per il titolare del diritto, nel quadro dell'esercizio, e, naturalmente, è rivolto al giudice, nel quadro della tutela giurisdizionale. La **nozione di abuso di diritto** qui introdotta sembra più ampia delle nozioni di violazione inammissi-

bile degli elementi sostanziali del diritto fondamentale altrui (*neminem laedit qui suo iure utitur*), di frode o di atto illegale (artt. 79, 310 e 325 TFUE), di colpa grave o caratterizzata, di dolo, di violazione dei limiti fatti alle condizioni imponibili all'esercizio (Waelbroeck D., *La notion d'abus de droit dans l'ordre juridique communautaire*, in LOUIS J.-V., (SCRITI), 581-602). Sul piano astratto, tale nozione sembra soprattutto essere autonoma dall'illegittimità dell'atto o dall'esistenza del danno effettivo, ricollegandosi piuttosto all'illegittimità del motivo, «che miri a» distruggere, negare o limitare, al di là delle ipotesi previste o deducibili dalle disposizioni della Carta, i diritti e le libertà da essa riconosciuti. Può immaginarsi possibile, alla luce delle disposizioni richiamate, un'illegittimità del motivo, dell'atto o dell'azione del titolare del diritto o del potere, anche qualora si agisca legittimamente. Questo tipo di sindacato non è nuovo per talune giurisdizioni di tipo costituzionale.

La disposizione di cui all'art. 54 introduce criteri aggiuntivi alle ipotesi restrittive coperte dalla riserva di legge e dalle disposizioni materiali sopramenzionate. Le Spiegazioni affermano al riguardo che questo articolo corrisponde all'art. 17 CEDU. In effetti, si riproduce fedelmente il testo più antico ad eccezione della perifrasi «per uno Stato, un gruppo, un individuo», esistente dopo il verbo «comportare». Non si può dire che l'omissione intenda escludere l'efficacia della disposizione nei casi in cui il diritto sia esercitato da un gruppo o da un individuo. L'esclusione del riferimento allo Stato si può altresì comprendere. Le autorità pubbliche UE e nazionali sono certamente tenute al rispetto delle disposizioni della Carta. La disposizione richiamata è interessante, seppur sorprendente e di non facile lettura e attuazione, perché sembra introdurre un nuovo criterio di legittimità dell'intenzione atto a sindacare la finalità dell'azione, a prescindere dall'esistenza del danno. Tale criterio sembra poter essere traslato per analogia in materia di legalità dell'atto pubblico, rilevando nella valutazione dell'esistenza o meno di un abuso di potere o di violazione di norma. Sembra comunque difficile immaginare ipotesi di abuso di diritto per i diritti previsti agli artt. 1, 3, 4,

5, 7, 8, 15, 19, 20, 21, 39, 40, 41, 45, 49, 50 della Carta. La violazione dei limiti esplicitamente imposti, d'altro canto, potrebbe essere sanzionata per violazione della seconda frase del par. 1 dell'art. 51 della Carta.

Sostanzialmente ci si trova in zona simile a quella del bilanciamento tra i diritti riconosciuti dalla Carta, i diritti classici del diritto UE, i diritti definiti e protetti dalle tradizioni costituzionali nazionali o dalle singole Costituzioni nazionali, i diritti riconosciuti dalla CEDU o dal diritto internazionale generale. Il bilanciamento deve sempre rispettare, come *ultima ratio*, gli elementi essenziali del diritto limitato ed i criteri formali e sostanziali che regolano la legittimità della limitazione. La Corte ha confermato a più riprese sia la natura intangibile degli elementi sostanziali del diritto soggettivo che la forza legittimatrice dell'interesse (imperativo) pubblico, utilizzando varie fonti, tra cui la Carta (già prima della sua equiparazione al diritto primario) ed il testo scritto costituzionale (cfr. CG, 21 settembre 1999, *Albany*, C-67/96; 12 giugno 2003, *Schmidberger*, C-112/00; 14 ottobre 2004, *Omega*, C-36/02; *Viking*, cit.; *Laval*, cit.; *Kadi e Al Barakaat*, cit., e le concl. AG Poiares Maduro 16 gennaio 2008, cit., nelle quali si è fatto riferimento all'art. 1 del Primo Protocollo addizionale alla CEDU e alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, 30 agosto 2007, *Pye (Oxford) Ltd. e a.*, ric. n. 44302/02, par. 55 e 75; 17 febbraio 2009, *Elgafaj*, C-465/07; 30 novembre 2009, *Kadzoev*, C-357/09 PPU, con la quale, similmente alla sent. 11 gennaio 2000, *Kreil*, C-285/98, la Corte ha sostanzialmente preso in considerazione una norma costituzionale scritta. Su questa problematica v. JACQUÉ J.-P., *Primauté du droit international et protection des droits fondamentaux. À propos de l'arrêt Kadi de la Cour de justice des Communautés européennes*, in *L'Europe des libertés*, sett. 2008, n. 27, 11-13; D'ARGENT P., *Arrêt Kadi: le droit communautaire comme droit interne*, in *JDI*, 2008, 265-268; e gli interventi in *RMCUE*, 2009, 30-40). Non è ancora chiaro quanto e come la nuova nozione di abuso interferirà in materia di bilanciamento tra diritti o di legittimità dell'azione o dell'atto, anche perché ci sembra di ricordare che il diritto in-

tende normalmente regolare i fatti e le azioni dei soggetti. Le intenzioni degli stessi entrano nella valutazione solo e nella misura in cui esse aiutano a definirne la rilevanza giuridica.

6. L'interpretazione

6.1 *L'imperativo dell'interpretazione conforme*

Di fatto, la Carta è già utilizzata e richiamata da abbondante giurisprudenza nazionale. **L'interpretazione** materiale della Carta non è, quindi, prerogativa esclusiva della Corte. Il giudice naturale competente (v. commento all'art. 19 TUE, n. 12) a decidere nel merito utilizza la disposizione della Carta come fonte di diritto e fonte di ispirazione ed interpretazione. Ogniqualevolta, in altre parole, non esistono difficoltà interpretative sollevate d'ufficio o richieste dalle parti, il giudice comune interpreta ed applica le disposizioni della Carta nell'attività interpretativa di qualsiasi disposizione o atto nazionale, qualora non sussistano impedimenti espliciti. Anche il giudice costituzionale fa già riferimento alle disposizioni della Carta, anche alla luce della giurisprudenza della Corte, utilizzandole come parametri, interposti o complementari, per interpretare, deliberare o non applicare, senza dover forzatamente annullare l'atto nazionale (v. l'evoluzione della Corte cost. italiana dalle sent. 183/1973, 170/1984, 571/1989, 114/2000, 332/2002, 311 e 317/2009 e ord. 103/2008 alle sent. 28/2010 e 138/2010 dove la Corte rileva che la Carta è divenuta diretta e lo *status* e deve essere contemplata tra le fonti da tenere necessariamente in considerazione; cfr. BRONZINI G., *I diritti fondamentali nell'ordinamento integrato e il ruolo della Corte di Giustizia*, in RCDL, 2009, 863-883; HUBER P.M., *Unitarizzazione attraverso i diritti fondamentali comunitari o dell'esigenza di riesaminare la giurisprudenza ERT*, in RIDPC, 2009, 1; SEMENTILLI F., *Brevi note sul rapporto tra la Corte costituzionale italiana e la Corte di giustizia delle Comunità europee*, in GC, 6/2004, 4771 ss.; cfr. Tribunal Constitucional spagnolo n. 2000/292; per un'analisi v. PIZZORUSSO A., *La giustizia costituzionale italiana e il processo di integrazione europea*, Relazione al Convegno Annuale

AIC *La circolazione dei modelli e delle tecniche del giudizio di costituzionalità in Europa*, 2006). La Corte fa del resto, a sua volta, ampio uso del richiamo alla giurisprudenza costituzionale nazionale.

L'imperativo dell'interpretazione uniforme, principio di sistema al quale la Corte ha fatto riferimento nel parere 1/09 dell'8 marzo 2011, è certamente valido anche rispetto alla Carta, tanto più che la Corte ha competenza esclusiva sull'interpretazione in ultima battuta delle disposizioni della Carta, controllando le «qualificazioni» e le «interpretazioni» adottate dal giudice nazionale, al fine di garantire l'uniformità. Com'è ben noto, l'acquisito ruolo costituzionale della Corte nella giurisprudenza di bilanciamento tra vari *valori ed interessi supremi costituzionali* (cfr.: CG, 24 novembre 1998, *Bickel e a.*, C-274/96; ord. 11 gennaio 2000, *Repubblica italiana c/Commissione*, C-295/98; 6 novembre 2003, *Lindqvist*, C-101/01; 12 giugno 2003, *Eugen Schmidberger*, C-112/00; 2 ottobre 2003, *Garcia Avello*, C-148/02; 7 gennaio 2004, *K.B.*, C-117/01) è stato recepito come un mettere in discussione la giurisprudenza del giudice costituzionale nazionale, in quanto la Corte ha finito col sovrapporre la propria *ratio* alla *ratio* nazionale, ed è stato ed oggetto di analisi critica secondo la quale il «flusso ascendente nell'elaborazione dei principi [dalle costituzioni nazionali al diritto comunitario] e poi discendente nella loro concretizzazione [dall'elaborazione comunitaria all'applicazione giudiziaria nazionale], (...) finisce col provocare negli ordinamenti interni rilevanti conseguenze» *indesiderate* (PACE A., *La sentenza Granital, ventitré anni dopo*, Relazione al Seminario su «Diritto comunitario e diritto interno», Corte costituzionale, 20 aprile 2007, 16; SORRENTINO F., *Il diritto europeo nella giurisprudenza della Corte costituzionale: problemi e prospettive*, in Quad. Reg., 2006, 630). In senso inverso i valori e criteri nazionali, ben al di là dei controllimiti, sono presi in considerazione dalla Corte da tempo, con difficoltà, in verità, per effetto delle diversità tra i regimi nazionali, in alcuni casi, e per una certa «presunzione di superiorità» riconosciuta alle nozioni «comunitarie» giustificata totalmente dalla dottrina della prevalenza, ma di fatto

mossa da una presunta «intrinseca modernità prevalente», in altri con l'entrata in vigore del Tr. Lisbona l'evoluzione del sistema sembra richiedere, per ragioni di sistema ma anche sulla base di disposizioni della Carta (v. *infra* n. 6.2) un'attenzione accresciuta alle normative scritte costituzionali. La normativa costituzionale non offre, del resto, anche di fronte alle diversità tra i regimi nazionali, una protezione sempre inferiore.

Ma le novità ricordate in questo commento possono aprire nuove prospettive. In un tale quadro, la riserva di giurisdizione potrebbe avere una mera funzione organica (sussidiarietà giudiziaria), la riserva di competenza sull'atto (potere di dichiararne l'invalidità) e sulle disposizioni ivi contenute (decisione, interpretazione e tutela) non comportando automaticamente una riserva di giurisdizione *ad excludendum* sulla norma (v. *Atti del Seminario al Parlamento europeo su Les juges et les juridictions une protection multi-niveaux des droits fondamentaux en Europe*, 8 ottobre 2007, nel corso del quale la questione fondamentale posta era: «Come migliorare il ruolo della normativa UE ed il ruolo dei giudici nel sistema di protezione multi-livello dei diritti fondamentali, al fine di determinarne se, anche dopo l'adozione della Carta e l'adesione alla CEDU, le corti costituzionali continueranno a considerare valida la dottrina dei controlli?»; cfr. *Atti del Convegno, The position of the Constitutional Courts following integration into the European Union*). In questa prospettiva, gli stessi autorevoli Autori sopra menzionati identificano ipotesi nelle quali il giudice costituzionale potrebbe «prospettare direttamente alla Corte il proprio approccio ai valori costituzionali in gioco e soprattutto influire sul relativo bilanciamento», anche attraverso l'uso più attivo della procedura pregiudiziale per una tempestiva contestazione degli atti UE che pregiudichino la Costituzione. La Carta induce, a nostro parere, ad ampliare l'ambito d'uso delle tecniche ermeneutiche, favorendo i processi di osmosi ed invita (v. *infra* n. 2.1 *in fine*) sostanzialmente l'interprete a ricercare la «nozione» in più disposizioni scritte interne o esterne, da utilizzare secondo criteri più precisi che in passa-

to (v. *infra* n. 6.2) in caso di bisogno, e a trovare sempre una norma applicabile per «*juris dicere*», limitando, si spera, i casi di *denis de justice* nel rispetto dell'imperativo *jus suum quicumque tribuere*. Sembrano ancora oggi valide le riflessioni dell'AG Tizzano, coniugate dal suo collega Poiares Maduro secondo il quale «la protezione dei diritti fondamentali nell'ordine giuridico comunitario esiste in parallelo ad altri sistemi europei di tutela dei diritti fondamentali, sistemi sviluppatisi in seno agli ordinamenti giuridici nazionali o derivanti dal diritto internazionale. Ed anche se ciascun meccanismo di protezione persegue obiettivi specifici ed è elaborato sulla base di strumenti giuridici propri, quando essi sono applicabili alle stesse circostanze di fatto occorrerà che ogni sistema di protezione esistente si sforzi, pur nel rispetto della propria autonomia, di comprendere come gli altri sistemi interpretino e sviluppino gli stessi diritti fondamentali, al fine non soltanto di ridurre i rischi di conflitto, ma anche di impegnarsi in un informale processo di costruzione di uno spazio europeo di protezione dei diritti fondamentali che sia uniforme. Lo spaziosoci creato sarà, in gran parte, il prodotto dei singoli contributi forniti dai diversi sistemi di protezione esistenti a livello europeo» (par. 22 delle concl. *Elgafaji*, cit.).

Il vincolo dell'uniformità dell'interpretazione della Carta, seppur formalmente in mano alla Corte, non potrà non stimolare l'intervento del giudice costituzionale caso per caso alla luce delle caratteristiche dell'universalità ed indivisibilità del diritto in questione come già avviene per le disposizioni della CEDU (cdr. Prot. n. 8), qualora il testo costituzionale lo richieda (FAVOREU L., *I garanti dei diritti fondamentali europei*, in ZAGREBELSKY G. (cur.), *Diritti e Costituzione nell'Unione europea*, Bari, 2004, 247-257; KOUKOULIS-SPILIOPOULOS S., *La garantie constitutionnelle des droits fondamentaux dans l'UE et leur avenir: exemples et interrogations par rapport à la Charte*, in *Annuaire international des droits de l'homme*, 2007, 181-226).

La Comunicazione congiunta del 24 gennaio 2011 dei presidenti della Corte di Lussemburgo e della Corte di Strasburgo in ri-

ferimento ai lavori congiunti sull'adesione alla CEDU ed alle relazioni future Carta/CEDU (v. in http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/02164A4C-0B63-44C3-80C7-FC594EE16297/0/2011Communication_CE-DHCJUE_EN.pdf) stimola l'adozione di una tale filosofia sistemica quando dà indicazioni al negoziatore su questioni fondamentali del sistema dopo l'adesione dell'UE alla CEDU, al fine di garantire la qualità e la coerenza della giurisprudenza nella materia. Si afferma che, sintetizzando il sentire delle due giurisdizioni, «la Carta è diventata il testo di riferimento nella materia ed il punto di partenza per l'attività interpretativa futura. Al fine di garantire la più grande coerenza possibile tra la Carta e la CEDU, nella misura in cui la Carta contiene diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla CEDU ed alla luce dell'art. 53, par. 3 della Carta, le due autorità sostengono che forme di interpretazione parallela possono mostrarsi utili» (cfr. Progetto di Rapporto sul Protocollo d'Adesione dell'UE alla CEDU (CDDH-UE(2011)05, 5) ed il contributo della Delegazione italiana, CDDH(2011)06; WEISS W., *Human Rights in the EU: Rethinking the Role of the European Convention on Human Rights After Lisbon*, in *EConst*, 2011, 65; ZAMBRANO V., *L'accesso dell'individuo alla Corte di Giustizia della UE alla luce delle novità del Trattato di Lisbona*, in *Liber amicorum Zanghi*, Torino, 2011. Sembra chiaro il senso del messaggio per il negoziatore del Protocollo di adesione. Il dialogo tra le due giurisdizioni, fondamentale al fine di garantire interpretazione uniforme e protezione equivalente sia nel controllo interno sia in quello esterno, dovrebbe strutturarsi e assumere le forme di una vera e propria procedura incidentale, proposta al punto 2 della Comunicazione congiunta, in grado di garantire che la Corte possa esprimersi sulla conformità delle disposizioni dell'atto nazionale attuativo di norma UE sul quale una procedura pregiudiziale non sia stata precedentemente aperta dal giudice nazionale, prima che si concluda il controllo esterno di conformità alla CEDU (cfr. MALENOVSKÝ J., *L'enjeu délicat de l'éventuelle adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme: de graves différences dans*

l'application du droit international, notamment général, par les juridictions de Luxembourg et Strasbourg, in *RGDIP*, 2009, 753-784). L'esigenza così espressa si può traslare sul piano dell'opportunità di stabilizzare un uso più attivo delle forme di cooperazione già esistenti tra Corte e giudice della legalità costituzionale, forme di cooperazione che, tra l'altro, escludono qualsiasi legame gerarchico.

6.2 *La pluralità delle fonti e delle formulazioni, il livello di protezione e la rilevanza dei testi costituzionali*

L'esistenza di una pluralità di fonti nella materia è un dato di fatto che la Carta 2007 non modifica (cfr. BARONCELLI S., *Le fonti del diritto nell'Ue dal Trattato di Roma al Trattato di Lisbona: verso un'accresciuta complessità del sistema*, 2008, in www.osservatoriosuldefonti.it). Essa stabilisce però criteri e regole di relazione tra le fonti citate che sono vincolanti e in parte nuovi, suscitando riflessioni che ci sembrano interessanti.

L'art. 53 della Carta pone una regola dello *standard* minimo a carattere generale riferita ai diritti dell'uomo e alle libertà fondamentali non espressamente riconosciuti dalla Carta, finalizzata a coniugare la certezza giuridica con l'esistenza di una pluralità delle fonti costituzionali e internazionali nella materia, come del resto confermato *a contrario* dalla disposizione del par. 3, art. 6 TUE. L'art. 52, ai par. 2, 3 e 4, stabilisce invece i criteri interpretativi per i diritti e le libertà riconosciuti dalla Carta definendo tre casistiche diverse. Comparare le disposizioni sembra utile.

Secondo l'art. 53, «nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come *limitativa* o *lesiva* dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione»: a) dal diritto dell'Unione (la formula non è «diritto primario» o «diritto dei Trattati»); b) dal diritto internazionale applicabile, e dalle Convenzioni ratificate dagli Stati membri; c) dalle *Costituzioni* degli Stati membri (la formula non è «tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri»).

a) La formula «dal diritto dell'Unione» sembra rispondere alle medesime preoccupa-

zioni che hanno portato all'adozione della Dich. n. 17 (cfr. Prot. n. 22 sulla posizione della Danimarca e par. 3 del Preambolo), corrisponde alla formula di cui all'art. 52, par. 2, e va interpretata come una clausola di salvaguardia dell'*acquis communautaire*, di quel livello di protezione già riconosciuto alle situazioni giuridiche soggettive da tutto il diritto UE, primario o secondario (cfr. artt. 8, 27, 31-33 e 42 della Carta).

- b) La formula riprende quella dell'art. 52, par. 3, e non pone problemi riguardo al diritto internazionale, nel quale le clausole di *standard* minimo sono usuali (artt. 52 dei due Patti del 1966; art. 53 della CEDU; art. 32 della Carta sociale europea; punto 27 della Risoluzione del Parlamento europeo del 1989; cfr. sezione 23, Titolo VIII del Tr. Costituzionale), anche se la sua applicazione potrebbe non essere così lineare, come altrove ricordato in quanto restano le *alea* proprie alla fonte: i principi generali del diritto.
- c) La formula «dalle costituzioni» (art. 53, *in fine*) differisce dalla formula dell'art. 52, par. 4, e si discosta dal costante riferimento della Corte alle tradizioni costituzionali comuni, usata nell'interpretazione di principi del diritto. Alla novità della fonte stessa si aggiunge la novità del riferimento, con effetti sul piano sostanziale.

L'art. 52, ai par. 2, 3 e 4, definisce sempre tre casistiche, ma parzialmente diverse.

- a) Nel caso di diritti già riconosciuti dai Trattati (par. 2), l'esercizio avverrà alle condizioni e ai limiti stabiliti da quest'ultimi. Si tratta, in particolare, dei diritti di cittadinanza. Questo sembra logico e rispettoso del criterio della *lex specialis* e si complementa con la formula «dal diritto dell'Unione» sopramenzionata. Non è detto, comunque, che l'interpretazione delle norme citate non possa creare qualche difficoltà soprattutto in relazione ai diversi livelli di protezione *rationae personae* (cittadino UE, cittadino di Stato terzo, persona – v. *infra*, n. 4.1) di diritti da ritenersi, in via di principio, universali e inviolabili.
- b) Laddove i diritti riconosciuti corrispondano a diritti già garantiti dalla CEDU, «il

significato e la portata degli stessi sono uguali» (par. 3) a quelli garantiti dalla stessa (*standard* minimo) pur potendo ricevere una protezione più estesa alla luce delle disposizioni della Carta e «dell'evoluzione della società, del progresso sociale e degli sviluppi scientifici e tecnologici» (Preambolo, quarta frase della Carta). Il precetto del rispetto di uno «*status quo* aggiornato» appare chiaro ed in sintonia con quanto stabilito dalla disposizione dell'art. 53 sopra richiamata e con la giurisprudenza delle due giurisdizioni europee (cfr. CG, 23 dicembre 2009, *Spector Photo Group*, C-45/08; 5 ottobre 2010, *McB*, C-400/10; 9 novembre 2010, *Schecke e Eifert*, C-92/09; 23 novembre 2010, *Tsakouridis*, C-145/09). Il contenuto degli obblighi della Carta non è identico a quello degli obblighi della CEDU (cfr., ad es., l'art. 23 della Carta). I due documenti vanno letti insieme e integrati in via interpretativa ogni qualvolta ciò sia necessario. La Corte di Strasburgo ha già fatto riferimento a norma o atto comunitario (v., a semplice titolo di esempio sent. 20 luglio 2001, *Pellegrin*, ric. n. 28541/95; 26 luglio 2002, *Meftah e a.*, ric. n. 32911/96, 35237/97 e 34595/97; 16 aprile 2002, *Dangeville*, ric. n. 36677/97; 27 marzo 1996, *Goodwin*, ric. n. 32911/96, nella quale l'art. 12 CEDU fu interpretato con richiamo al testo dell'art. 9 della Carta 2000, sentenza quest'ultima citata dalla Corte UE in sent. 7 gennaio 2004, *Bilka*, C-117/01, punto 33 e dalla Cort cost. in sent. 128/2010 del 14 aprile 2010; sent. *Matthews*, ric. n. 24833/94, citata dalla Corte UE nelle sent. 12 settembre 2006, *Spagna/Regno Unito*, C-145/04 e *Sevinger*, C-300/04; cfr. BULTRINI A., *La responsabilité des États membres de l'Union européenne pour les violations de la Convention européenne des droits de l'Homme imputable au système communautaire*, in RTDH 2002, 49, 5).

La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di atti od omissioni ascrivibili all'ordinamento UE presunti violare diritti o principi protetti dalla CEDU riconosce, in sintesi, che il trasferir-

mento di competenze a un'organizzazione internazionale non incide sugli obblighi dello Stato membro a rispettare i diritti protetti dalla CEDU (sent. 18 febbraio 1999, *Waite and Kennedy*, ric. n. 26083/94); che gli atti e le attività UE non possono essere direttamente sindacati in quanto l'UE non è (ancora) parte della CEDU; che, diversamente, gli atti nazionali di attuazione della normativa UE sono sottoposti al controllo della Corte; che in conseguenza, le decisioni della Corte sono insindacabili, ma tutte le decisioni e tutti gli atti nazionali basati sulla giurisprudenza della medesima possono essere sindacati (sent. 30 giugno 2005, *Bosphorus*, ric. n. 45036/98); che il giudice ordinario è quindi sottoposto a due controlli di legalità, l'uno interno che è doppio (nazionale e dell'Unione) e l'altro esterno.

È certo che le disposizioni della CEDU sono già riconosciute nell'ordinamento UE e le nozioni dei diritti fondamentali ivi stabiliti hanno partecipato alla formazione dei principi generali di cui all'art. 6, par. 3 TUE. Le due giurisdizioni sovranazionali hanno moltiplicato ultimamente i richiami reciproci alla giurisprudenza e alle disposizioni, dimostrando che se la protezione dei diritti dell'uomo in Europa ha avuto come punto di riferimento la CEDU, strumento costitutivo dell'ordine pubblico europeo (Corte europea dei diritti dell'uomo, ric. *Loizidou/Turchia*, del 23 marzo 1995, par. 75, e *Bankovic*, del 12 dicembre 2001, par. 80), per anni, come *jus commune* europeo, l'evoluzione pretoria e normativa UE hanno favorito un benefico dialogo propedeutico alla soluzione degli eventuali vuoti esistenti nell'ordinamento UE, da un lato, e alla modernizzazione ed estensione di nozioni e valori propri alla CEDU, dall'altro. La Corte europea dei diritti dell'uomo distingue allo stato attuale i casi in cui manca ogni discrezionalità in capo allo Stato membro dai casi in cui sussiste un margine di discrezionalità in capo agli Stati membri nel dare attuazione agli obblighi UE, ritenendosi competente a sindacare l'atto nazionale attuativo solo

in questa seconda ipotesi. Ciò sembra valido anche dopo l'adesione, visto che mai la Corte europea dei diritti dell'uomo è giudice dei fatti e che essa stessa dichiara di non essere una Corte di «quarto grado» (sent. 25 novembre 1992, *Edwards*, ric. 13071/87) ma solo un giudice della legalità esterna. Alcuni Autori, come già ricordato, vorrebbero che il diritto primario fosse sindacabile alla luce delle disposizioni della CEDU (anche prima dell'adesione) e della Carta (v. GARCIA R.A., *The general provisions of the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, cit., 9, nota 40). Altri paventano un possibile (per quanto improbabile) conflitto tra obblighi degli Stati membri derivanti da interpretazioni discordanti (Corte di giustizia dell'Unione europea – Corte europea dei diritti dell'uomo) dopo l'adesione alla CEDU (GARCIA R.A., *Ibidem*, note 47-60 e 73). Sotto il profilo sostanziale, lo stato della collaborazione (v. Corte europea dei diritti dell'uomo, ric. *Pellegrin*, cit.) tra le due giurisdizioni già garantisce il rispetto del criterio dello *standard* minimo.

La Carta 2007 si è inserita in questo contesto e certamente rafforza i diritti riconosciuti dalla CEDU in quanto li rende direttamente giustiziabili, anche dopo l'adesione. La Comunicazione congiunta del 24 gennaio 2011 sopra richiamata si inserisce in questo quadro logico e sistemico;

c) meno lineare appare la correlazione tra la disposizione all'art. 52, par. 4, modificata nella versione 2007, e la corrispondente dell'art. 53, *in fine*. I diritti fondamentali riconosciuti dalla Carta e già riconosciuti dalle tradizioni costituzionali comuni sono «interpretati in armonia con dette tradizioni» (art. 52, par. 4), come da giurisprudenza costante. Per l'art. 53, però, nessuna disposizione della stessa (quindi i diritti riconosciuti) può essere interpretata in modo da limitare o ledere i diritti riconosciuti dalle Costituzioni degli Stati membri. Ciò sembra valere anche per i diritti non espressamente o non completamente riconosciuti dalla Carta che sono ancora parzialmente parte dei principi ge-

nerali del diritto UE, e per i diritti riconosciuti dalla Carta stessa ma già pre-esistenti nel testo costituzionale nazionale. È una tale nuova formulazione semplice espressione della volontà di garantire la tutela dello *standard* minimo, come se la protezione nazionale fosse forzosamente minima, cioè inferiore? (v. GIANFRANCESCO E., *Some considerations on the juridical value of the Charter*, intervento al Seminario *The Constitutional Structure of the European Union after The Treaty of Lisbon*, Erfurt, 6-8 novembre 2008; TORRES PERES A., *Conflicts of rights in the European Union, A Theory of Supranational Adjudication*, Oxford, 2009). Non si ritiene infatti corretto escludere *a priori* che il livello di protezione nazionale, o quello stabilito dalla CEDU, di uno specifico diritto possa essere superiore, con conseguente riconoscimento di uno *standard* (nazionale o CEDU) più favorevole all'individuo.

In conclusione, la formula «i diritti riconosciuti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea hanno significato e portata uguali» (art. 52, par. 3) potrebbe semplicemente identificare una capacità stringente e vincolante leggermente superiore a quella espressa dalla formula «interpretati in armonia» (art. 53), che opera più sul piano di un bilanciamento per diritti riconosciuti dalle tradizioni costituzionali comuni, rivolgendosi alle varie modulazioni certamente non monolitiche, mentre la necessità di garantire uguale significato e portata ha come riferimento un singolo testo, la CEDU, chiaramente più preciso (*standard* minimo). Diversamente, l'esegesi delle formule «tradizioni costituzionali comuni» e «costituzioni» sopramenzionate potrebbe invece condurre ad individuare effetti diversi e non neutri. La formula «nessuna disposizione della Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti riconosciuti dalle costituzioni degli Stati membri» potrebbe essere intesa come introduttiva di un nuovo criterio dello *standard* specifico vincolante.

Il par. 6 dell'art. 52 della Carta, inoltre, letto anch'esso in concomitanza con l'art. 53, *in fine*, sembra andare in questo senso quando esprime un vincolo aggiuntivo e complementare a

carattere generale affermando che «le legislazioni e prassi nazionali, come specificato nella Carta, debbono essere *pienamente* prese in considerazione nell'ambito della portata e interpretazione dei diritti e dei principi riconosciuti» (corsivo nostro). Il vincolo supera qui la sfera della normativa costituzionale. Sepur tale principio corrisponda a prassi esistenti e consolidata, il senso e la portata dell'inserimento di una siffatta norma scritta consiglia attenzione, affinché la norma nazionale sia considerata non solo come istituto da sindacare ma anche come disposizione positiva scritta che è valida ed espressione di valori e volontà non meramente irrilevanti o sindacabili, ma anche propositivi e da rispettare e tutelare pienamente.

La novità è che la Carta si inserisce in un innovato sistema complesso a più ordinamenti ma unitario che richiede un passo avanti nel dialogo tra la Corte e i giudici costituzionali, senza dimenticare la Corte di Strasburgo, al fine di garantire un livello di armonizzazione, e evoluzione, delle nozioni e dei criteri comunemente accettati anche alla luce della specifica disposizione costituzionale scritta pertinente. La Corte è già sensibile all'esigenza di tener conto in modo preciso della specifica norma costituzionale applicabile o rilevante nel caso di specie, anche qualora essa non rientri nella categoria delle *tradizioni comuni* (cfr. CG, 18 maggio 1982, *AM&S*, 155/79; 19 febbraio 2002, *Wouters*, C-309/99; 14 ottobre 2004, *Omega*, C-36/02; in senso contrario TRIB, 20 febbraio 2001, *Mannesmannröhren-Werke*, T-112/98), al fine di garantire il livello di protezione più appropriato. Ma l'art. 53 sembra invitare il giudice UE a ricercare la nozione la più attenta possibile anche alla normativa costituzionale scritta specifica specularmente gli obblighi del giudice della legittimità costituzionale nei confronti della Carta ogniqualvolta se ne prospetti la possibilità (v. *infra* n. 6.1). I par. 6 e 7 dell'art. 52 della Carta, introdotti dalla seconda Convenzione, sembrano voler individuare un principio a carattere generale in materia di protezione giurisdizionale dei diritti fondamentali, da non sottovalutare: (cfr., ad es., co. 1, art. 67, TFUE: «(...) nel rispetto dei diritti fondamentali nonché dei diversi or-

dinamenti giuridici (...)»). I par. 6 e 7 sembrano essere interpretabili come la volontà di introdurre l'uso di un metodo del richiamo generalizzato alla base giuridica scritta esterna, soprattutto al fine di limare le incongruenze derivate dalla coesistenza di varie fonti e giurisprudenze nella materia.

Secondo alcuni autorevoli Autori (v. *infra* n. 6.1), la Corte ha sovrapposto la propria *ratio* alla *ratio* nazionale, finendo coll'estenderne oltre misura la portata (cfr. casi quali la discriminazione alla rovescia dichiarata compatibile dalla Corte nonostante fosse stata, a più riprese, dichiarata non conforme alla Costituzione dalla Corte costituzionale italiana; commento all'art. 19 TUE, n. 12: CG, 24 novembre 1998, *Bickel*, C-274/96; 11 gennaio 2000, *Kreil*, C-285/98).

Sembra utile, in conseguenza, ricercare nei testi qui citati la volontà di aggiornare l'obiettivo della protezione minima esistente, in una prospettiva guidata dall'imperativo dell'uniformità che non appare più attuabile solo attraverso il principio della *prevalenza* (HUBER P.M., *Unitarizzazione attraverso i diritti fondamentali comunitari o dell'esigenza di riesaminare la giurisprudenza ERT*, in *RIDPC*, 2009, 1 ss.). I limiti formali posti dalla riserva di giurisdizione (v. *infra* n. 7.2), sono da considerarsi piuttosto funzionali che ostativi (cfr. Corte cost., sent. 138/2010), alla protezione dei titolari dei diritti ed alla certezza del diritto, in una prospettiva illuminata dal metodo del richiamo, dalla cooperazione regolata e dall'uniformità accettata.

7. La tutela giurisdizionale

7.1 L'effettività della tutela giurisdizionale

Come confermato da giurisprudenza costante (v. per tutte CG, 17 marzo 2011, *AJD Tuna*, C-221/09, con riferimento in particolare alla Carta) «l'art. 47 della Carta, prevedendo che ogni persona i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, costituisce la riaffermazione del principio di tutela giurisdizionale effettiva, che è un principio generale di diritto dell'Unione derivante dalle tradizioni costituzionali comuni agli Sta-

ti membri» (punto 54) e, poiché «l'Unione è un'unione di diritto nella quale le sue istituzioni sono soggette al controllo della conformità dei loro atti col trattato e coi principi generali del diritto di cui fanno parte i diritti fondamentali (...)» (TRIB, 24 marzo 2011, *Freistaat Sachsen e a.*, T-443/08 e T-455/08, con riferimento alla CEDU), i «singoli devono poter beneficiare di una tutela giurisdizionale effettiva dei diritti riconosciuti loro dall'ordinamento giuridico comunitario, poiché il diritto a detta tutela fa parte dei principi generali del diritto che derivano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri. Tale diritto è stato altresì consacrato dagli articoli 6 e 13 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali» (punto 55). Peraltro, ai sensi dell'art. 6, co. 2, TUE, «l'Unione continua a rispettare quei diritti fondamentali garantiti dalla CEDU e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri non riconosciuti dalla Carta, in quanto principi generali del diritto comunitario» e a tal fine la Corte e il Tribunale continuano ad ispirarsi, a titolo di fonte sussidiaria e complementare o equivalente e concorrente a seconda dei casi, alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e alle indicazioni fornite dai trattati internazionali relativi alla tutela dei diritti dell'uomo cui gli Stati membri hanno cooperato e aderito. La CEDU continua a rivestire, a questo proposito, un significato particolare (cfr. TRIB, 3 marzo 2011, *Siemens*, T-110/07 e *Siemens Österreich e a.*, T-122/07 a T-124/07; CG, *Test Achats e a.*, cit., e 8 settembre 2010, *Winner Wetten GmbH*, C-409/06). La Carta ha innovato, come già ricordato (v. *infra*, n. 2.3 e n. 3.1) stabilendo un catalogo scritto di diritti fondamentali (tra i quali il diritto alla tutela giurisdizionale), alcuni dei quali potranno essere direttamente giustiziabili, è fonte di diritto e di diritti, fonte d'interpretazione e, al medesimo tempo, indica criteri vincolanti sull'uso della fonte straniera, che non potranno essere ignorati, nel rispetto dell'imperativo dell'uniformità dell'interpretazione. Ma l'effettività della tutela giurisdizionale, nonostante l'art. 47 della Carta e l'ampliamento del locus standi dei privati contro l'atto UE, cozza ancora contro ostacoli normativi e fattuali (JACQUÉ J-P., *Charte*

des droits fondamentaux et droit à un recours effectif: dialogue entre le juge et le "constituant", in *DUE*, 2002, 1-15). Sul piano sistemico, il controllo giurisdizionale del rispetto della Carta si inserirà nel modello in principio a controllo diffuso o decentralizzato (ora anche alla luce dell'art. 52, co. 7, della Carta; v. *infra*, n. 6.1). Il giudice comune potrà (casi non coperti da normativa UE) o dovrà (casi coperti da normativa UE) tener conto delle disposizioni ivi contenute, secondo le proprie competenze, fatto salvo il controllo del giudice della legalità nazionale, con l'eventuale ausilio della procedura pregiudiziale (v. commento all'art. 267 TFUE). La Corte ha sempre tenuto a garantire l'effettività delle forme di tutela giurisdizionale, sin dalle ben note dottrine dell'efficacia e dell'applicabilità diretta (CG, 5 febbraio 1963, *Van Gend en Loos*, 26/62), della responsabilità dell'autorità pubblica (*Francovich*, *Factortame*, *traghetti del Mediterraneo*, cit.), riconoscendo tutela restitutoria (CG, 30 settembre 2003, *Kobler*, C-224/01) e risarcitoria (CG, 22 ottobre 1987, *Foto-Frost*, 314/85). Esiste però una difficoltà oggettiva a chiedere giustizia in modo certo ed efficace nello spazio unico europeo, sia contro l'atto, UE o nazionale, sia contro la terza persona, per le ben note diversità nel diritto sostanziale e procedurale proprie agli ordinamenti nazionali e le lacune nel diritto UE. Ricordiamo alcuni elementi di questa asimmetria, più fattuale che sistemica, i quali comportano il perdurare in materia di accesso alla giustizia di aree di protezione diversificate e di possibili dislivelli di legalità, certamente confliggono con la natura universale e inviolabile di taluni diritti e non possono accettare un *deni de justice*. A questo proposito, di fronte alla vastità della problematica, menzioniamo alcuni istituti, a mero titolo di esempio, per i quali il solo principio del mutuo riconoscimento non sembra in grado di risolvere i casi di protezione insufficiente: effetti della nullità degli atti di natura privata collegati all'atto annullato per abuso di diritto, della cd. retroattività delle decisioni costituzionali di accoglimento in casi di rapporto o situazione esauriti, giudicato, prescrizione, decadenza, preclusioni processuali (Cass. Sez. Un. 2009, n. 4466); giurisdizione nei confronti di autorità di Stato

terzo in caso di condanna al risarcimento del danno (Cass. Sez. Un. 2008, n. 19600); il grado dell'apprezzamento riconosciuto al giudice adito e del relativo potere di qualificazione giuridica nella decisione sul regolamento di giurisdizione alla luce delle norme sul conflitto proprie all'ordinamento di appartenenza (Cass. Sez. Un. 2009, n. 21191); competenza per reati connessi commessi in più Stati o per reati continuati e contrasto negativo di competenza (Cass., Sez. VI, 2000, n. 4089 e Sez. II, 2003, n. 48784); esecuzione del mandato d'arresto europeo in caso di assenza di un atto certificativo (*certificate*) adottato da autorità dello Stato richiedente, o di assenza di una corrispondente ipotesi di reato nel sistema penale dell'autorità richiesta, o di qualificazione giuridica del fatto nell'ordinamento straniero diversa, o di apparente violazione del principio *ne bis in idem* (Cass. 2008, n. 15650, 16198 e 2606; Cass. 2007, n. 6901); interpretazioni e qualificazioni coperte dal delicato principio di legalità in materia penale (cfr. CG, 16 giugno 2005, *Pupino*, C-105/03, caso nel quale la questione era già stata sottoposta alla Corte costituzionale italiana e rigettata con sent. n. 529/2002). Questo è ancor più valido nelle aree coperte dalla cd. cooperazione in materia civile e penale. Una rapida rassegna non esaustiva delle numerosissime, recenti e meno recenti, iniziative e atti UE in materia dimostra chiaramente quanto ancora manchi per l'esistenza di un'effettiva realizzazione dello «spazio giudiziario unico» a vantaggio della persona e del cittadino (v. http://ec.europa.eu/justice/doc_centre/civil/studies/doc_civil_studies_en.htm; cfr. i commenti agli articoli del Titolo V TFUE, in particolare gli artt. 81 e 82, il *Vienna Action Plan*, il Piano d'adozione adottato dal Consiglio GAI del 3 dicembre 1998, *GUUEC* 19 del 23 gennaio 1999, 1-15, le concl. del Consiglio europeo di Tampere 15-16 ottobre 1999, punti 29-39, il Programma di Stoccolma adottato dal Consiglio europeo del 10-11 dicembre 2009; la Dir. 2010/64/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 ottobre 2010 sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nelle procedure penali, *GUUEL* 280 del 26 ottobre 2010, n. 1-7; la proposta di Direttiva sul diritto all'informazione nelle procedure penali, COM(2010)392

def., cfr., inoltre, KINSCH P., *Droits de l'homme, droits fondamentaux et droit international privé*, Rec. Cours, 2005, Vol. 318, 9-332; MARCHADIER F., *Charte des droits fondamentaux et droit international privé: aspects procéduraux*, in *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne après le traité de Lisbonne*, Bruxelles, 2010, 81-100; MEYER J., *The Charter of Fundamental Rights and the convergence of common law and civil law*, in *Neighbours in law*, 2001, 187-201; PALAZZO F.C., *Charte européenne des droits fondamentaux et droit pénal*, in *RSCDPC*, 2008, 1-21).

La capacità del giudice nazionale di rendere soddisfazione alla decisione o al titolo esecutivo dell'altro ordinamento è ancora subordinata all'evidente diversità ostativa tra regole amministrative e procedurali d'esecuzione divergenti. E questo stride con diritti fondamentali e principi che sono oggi sanciti da norma scritta di rango superiore che impattano contro le enormi diversità tra i regimi nazionali su riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, provvedimenti cautelari, misure provvisorie e azioni esecutive e altre procedure d'urgenza (v. a mero titolo di esempio i Reg. CE n. 1346/2000, 44/2001; 1896/2006 e 361/2007; cfr. SANTINI, A., *Le fonti comunitarie*, in CENDON P. (cur.), *I diritti della persona. Tutela civile, penale, amministrativa*, Torino, 2005, vol. I, 15; CORTE DI GIUSTIZIA, *Les Juridictions des États membres de l'Union européenne. État des systèmes juridictionnels au 1^{er} janvier 2007*, Luxembourg, 2008), che sono *conditio sine qua non* per l'effettività di qualsiasi sistema di tutela giurisdizionale (v. CG, *Factortame* e *Unibet*, cit., rispettivamente, punti 21 e 72-83; 22 maggio 2003, *Connect Austria*, C-462/99, punto 35, e 6 dicembre 2005, *ABNA e a.*, C-453/03 e C-11/04, C-12/04 e C-194/04, punto 104). L'applicabilità, d'ufficio o imperativa, delle disposizioni della Carta a tutte le varie forme di soluzione extragiudiziale o abbreviata di conflitti o controversie, nonché alle procedure di denuncia alla Commissione europea e di petizione al Parlamento europeo per violazione del diritto UE e di ricorso al Mediatore europeo, o all'equivalente figura nazionale o a simili organismi tecnici, se del caso, per opporsi a comportamenti del-

la pubblica amministrazione giudicati contrari a norma UE (MICHELET K., *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et la procédure administrative non contentieuse*, in *AJDA* 2002, 949-955; RINOLDI D., *L'ordine pubblico europeo*, Napoli, 2005) non compensano certo le lacune.

Il principio dell'effettività della tutela giurisdizionale è stato, come noto, uno dei levatani che hanno permesso alla Corte, attraverso la procedura pregiudiziale, non solo di richiamare i giudici nazionali ad un certo rispetto di principi del diritto (v. CG, 29-4-2004, *British Horseracing Board Ltd e a.*, C-203/02; 13 gennaio 2004, *Kühne & Heitz NV*, C-453/00; 9 novembre 1995, *Atlanta e a.*, C-465/93; 3 dicembre 1992, *Oleificio Borrelli/Commissione*, 97/91; 25 luglio 1991, *Emmot*, C-208/90; 21 febbraio 1991, *Zuckerfabrik*, C-143/88 e C-92/89; 19 giugno 1990, *Factortame*, cit.) ma anche di adattare i poteri del giudice nazionale in quanto giudice UE attribuendogli, pur nel rispetto delle proprie competenze (v., oltre alla ben nota giurisprudenza *Factortame*, CG, 11 luglio 1996, *SFEI e a.*, C-39/94; 23 marzo 2006, *Enirisorse*, C-237/04, punto 23; 30 marzo 2006, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti*, C-451/03; e 26 gennaio 2010, *Transportes Urbanos y Servicios Generales*, C-118/08, punto 23), poteri non stabiliti dalle norme processuali nazionali, arrivando, come noto, sino a sindacare direttamente la motivazione del giudice di ultimo grado (CG, 13 giugno 2006, *Traghetti del Mediterraneo*, C-173/03 e 10 giugno 2010, *Traghetti del Mediterraneo*, C-140/09). La Corte, fornendo al giudice del rinvio tutti gli elementi di interpretazione attinenti al diritto dell'Unione che possano consentirgli di pronunciarsi sulla compatibilità di una misura nazionale, ai fini della soluzione della controversia (v. CG, *Enirisorse*, cit., punto 24, e *Transportes Urbanos y Servicios Generales*, cit., punto 23), ha in alcuni casi indotto la modifica di regole processuali nazionali in materia di effettività della tutela giurisdizionale (CG, 25 luglio 2002, *Union de Pequeños Agricultores*, C- 50/00 P, modifica prospettata dalla Commissione europea nella sua strategia di attuazione della Carta, v. *infra*, n. 8), anche in zone non chiaramente coperte

da norma UE, limitando, di fatto, il principio dell'autonomia procedurale (CG, *Unibet*, cit., punto 39 e 15 aprile 2008, *Impact*, C-268/06, punto 43). La Corte ha, quindi, già (opportunamente) introdotto sia un imperativo di effettività sia un imperativo di uniformità, che appaiono molto utili se si concorda con l'assioma che la Carta mal sopporterà una diversificazione delle modalità d'azione in giustizia che risultino ostative nella forma e nella sostanza all'esercizio del diritto ed alla tutela giurisdizionale completa ed effettiva. In conclusione, la Carta offre al giudice ulteriori percorsi conciliatori tra gli imperativi del rispetto dei sistemi e gli imperativi dell'uniformità e dell'effettività della tutela giurisdizionale.

È evidente che la complessità e le diversità ostative ancora esistenti rendono difficili le azioni esperibili davanti al giudice nazionale nei litigi sovranazionali ed il diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva (CG, 14 dicembre 1995, *Peterbroeck*, C-312/93) non è esercitabile appieno (v., ad es., sul mandato d'arresto europeo nei confronti del cittadino nazionale, Corte cost. ceca (*Ustavi Sud*), 5 maggio 2006; cfr. Corte cass. greca (*Areios Pagos*), 17 gennaio 2006, 109/2006; CG, *Advocaten voor de wereld*, cit.). Nonostante l'obbligo fatto agli Stati membri dall'art. 4, par. 3 TUE, la strada per la soddisfazione materiale del diritto, anche se già dichiarato violato, è eccessivamente lunga e subordinata non solo all'eventuale decisione declaratoria pregiudiziale e all'esecuzione della decisione di condanna (v., a titolo di esempio, la proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sulla competenza giudiziaria, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, COM(2010)748 def.), ma anche alle condizioni procedurali di vario tipo presenti nel Reg. n. 1896/2006. Nei fatti tutti sanno che, al di là degli elementi ostativi propri alle carenze dei sistemi giurisdizionali nazionali, il «pieno ed uniforme rispetto del diritto alla tutela giurisdizionale effettiva» oggi garantito non più dai principi generali (che derivavano dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e dalle disposizioni della CEDU, ribaditi dalla Corte; cfr. CG, *Unibet*, cit., punto 37 e *Kadi e Al Barakaat*, cit. punto

335) ma da norma scritta (art. 47 della Carta e le corrispondenti disposizioni dei Trattati) è tuttora un obiettivo da realizzare.

7.2 *L'efficacia dei rimedi di legalità e le riserve di giurisdizione*

Lo schema sistemico sembra completo. Il soggetto privato dispone oggi di ricorsi diretti contro l'atto UE e di azioni esperibili a livello nazionale, con l'ausilio di un ricorso incidentale alla Corte per presunta violazione di un suo diritto fondamentale sancito dalla Carta. Ma non è chiaro se e in che misura operino le condizioni dell'esistenza di «altra» norma UE applicabile al caso di specie e della riserva di giurisdizione.

Nel contenzioso sull'atto nazionale, di fatto, ogni giudice competente potrà conoscere la Carta. Di conseguenza, tutti gli strumenti e le azioni previsti dall'ordinamento nazionale dovranno essere idonei a garantire l'applicazione delle disposizioni della Carta e riconoscere ai soggetti i diritti ivi stabiliti (art. 4 TUE). Il giudice nazionale ordinario sarà competente, almeno nell'ambito di applicabilità della normativa UE e fatte salve le competenze attribuite alla Corte dai Trattati (v. art. 274 TFUE; cfr. BODNAR A., *The Charter of Fundamental Rights: differentiated legal character of Charter's provisions, their consequences for individuals, courts and the legislator*, in *Fundamental rights protection in the European Union*, 2009, 145-167; DUBOUT É., *Le champ politique: vers un nouveau standard européen de droit au juge pour le droit interne?*, in *La France face à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, 2005, 523-583) e potrà chiedere l'interpretazione alla Corte in via pregiudiziale (art. 267 TFUE), se una norma UE è d'applicazione nel caso di specie, con eventuale disapplicazione. In alcuni ordinamenti nazionali il ricorso diretto e la procedura incidentale interpretativa potranno rivolgersi anche al giudice della legalità nazionale, se norme di rango costituzionale nazionale entrano in gioco, in combinato con la disposizione della Carta. Il giudice costituzionale nazionale, se non potrà sindacare la legalità dell'interpretazione data alla disposizione della Carta, potrà utilizzare ed interpretare le disposizioni della stessa, dialogando se del caso

con la Corte (v. Corte cost. belga del 14 febbraio 2008, n. 12/2008; CARIAT, N., *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et les juridictions belges: quelques balises pour une application prometteuse*, in *Jt*, 2010, n. 6383, 105-110). Si rimanda, a solo titolo di esempio, alla recentissima sentenza del TAR del Lazio n. 11924/2010 sull'applicabilità diretta della norma CEDU (per un primo commento critico v. D'ANGELO L., *Comunitarizzazione dei vincoli internazionali in virtù del Trattato di Lisbona? No, senza una expressio causae*, in www.federalismi.it) fortemente criticata, ma esempio dell'esigenza, e dello sforzo, del giudice comune di aprire (richiamando la sent. Corte cost. n. 349/2007 e l'art. 6 TUE) inedite prospettive per l'interpretazione conformativa. Nel caso di specie si propendeva per la disapplicazione senza dover ricorrere al rinvio mobile alla norma costituzionale (art. 117 Cost.) ed evitando i tempi lunghi di una doppia procedura o «doppia conformità» (a Costituzione e a CEDU nello specifico). Il TAR, manifesta l'esigenza diffusa di trovare fondamento giuridico all'applicabilità diretta in via generale e orizzontale delle norme, quant'anche esterne, sui diritti fondamentali come di un nuovo parametro di legalità (punti 12-14) (cfr. Corte d'appello di Firenze, 3 aprile 2007, in *RIDL*, 2008, I, 106, con nota di ALBI P. e, da ultimo, Consiglio di Stato, Sezione VI, 4 giugno 2010, n. 7124, *David e a.*). Analogamente già la Corte d'appello di Roma aveva affermato con ordinanza dell'11 aprile 2002, in riferimento all'art. 47 della Carta 2000, che «la Carta dei diritti, anche se non ancora inserita nei Trattati, è ormai considerata pienamente operante come punto di riferimento essenziale» (cfr. CALVANO R., *La Corte d'appello di Roma applica la Carta dei diritti Ue. Diritto pretorio o jus comune europeo?*, in *Gi*, 2002, 2238 ss.). Nella sent. n. 2352 del 2 febbraio 2010, la Corte di cassazione ha confermato che «Poiché a decorrere dal 1/12/09 la Carta di Nizza ha acquisito lo stesso valore del Trattato sull'Unione, il Giudice chiamato a decidere una fattispecie (...) – quant'anche intervenuta prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona – deve ispirarsi al catalogo dei diritti umani contenuto nella predetta Carta» (cfr. Corte cass. n. 21748/2007 del 16 ottobre 2007;

cfr.: CARTABIA M., CELOTTO A., *La giustizia costituzionale in Italia dopo la Carta di Nizza*, in *GC*, 2002, 4477-4507). Tuttavia la Consulta (sent. n. 80 del 2011) ha ribadito la posizione di cui alle proprie sent. n. 348 e 349 del 2007). Il sistema delle azioni contro l'atto UE è immutato, non essendo stato recepito l'invito implicito del presidente della Corte, il quale sostenne davanti la Convenzione che, «*de lege lata*, la Corte nella sua allora recente sentenza *Unión de Pequeños Agricultores* (25 luglio 2002, C-50/00 P) ha giudicato l'attuale sistema di rimedi per quanto riguarda il controllo della legalità delle istituzioni conforme ai principi generali del diritto che comprendono i diritti fondamentali ed ha al tempo stesso segnalato che se un sistema di controllo giurisdizionale di atti comunitari diverso da quello stabilito dal Trattato originale è auspicabile, è il legislatore a mettere in atto tale modifica» (PV dell'Audizione del 17 settembre 2002 del Presidente Skouris davanti alla Convenzione sul futuro dell'Europa, WG II-WD019, 20 settembre 2002). L'ampliamento, seppur minimo, dell'ammissibilità dell'azione diretta dei privati contro atti UE a seguito della modifica del co. 4 dell'art. 263 TFUE (v. relativo commento), potrebbe non solo ampliare l'efficacia dello strumento di garanzia giurisdizionale diretta, ma permettere di rispondere alle domande riferibili alle disposizioni della Carta. Il ricorso per nullità, in sintonia con l'art. 47 della Carta (cfr. CARBONE S.M., *Gli strumenti di diritto dell'Unione europea in materia di famiglia e il trattato di Lisbona*, in *SIE*, 2010, 301-324) potrebbe trasformarsi in un «ricorso diretto per il sindacato di conformità alla Carta». Tutti gli atti, anche a carattere generale, dotati di applicabilità ed efficacia diretta potranno essere adesso impugnati se incidono direttamente sulla sfera giuridica della persona permettendo al giudice UE di sindacare la legalità dell'atto generale, nelle forme dei quattro vizi, anche per presunta violazione di un diritto fondamentale stabilito dalle norme introdotte dalla Carta. Il richiamo alla disposizione della Carta potrà costituire la *causa petendi* principale dell'azione (v. commenti agli artt. 258, 259, 263, 265, 267, 268, 270, 272, 275 e 277 TFUE) contro l'atto o l'azione UE

(cfr.: *Memorandum* presentato dal Presidente del Gruppo di Lavoro II, VITORINO A., sull'art. 47 della Carta e la protezione giurisdizionale, WGII-WD 21). Restano non chiarite le questioni delle azioni esperibili in caso di effetti indiretti, del possibile conflitto tra giudicati, del possibile conflitto di competenza (cfr. Trib. cost. tedesco, sent. 6 luglio 2010 secondo il quale: uno «sviluppo in via giurisprudenziale del diritto dell'Unione integra una violazione sufficientemente qualificata del principio delle competenze attribuite *solo* quando ha come effetto pratico quello di introdurre nuove competenze» (punti 55-59, corsivo nostro); cfr. la decisione sul Tr. Lisbona del 30 giugno 2009, cd. *Lissabon Urteil*, cit., ma anche la decisione sul Tr. Maastricht, cd. *Maastricht Urteil*, BverfGE 89, 155 sul *dialogo dialogante* tra massime autorità giurisdizionali; cfr. CG, 22 novembre 2005, *Mangold*, C-144/04). Lo Stato membro non può rinunciare a presidiare il rispetto di quei valori e principi supremi non assoggettabili al procedimento di revisione costituzionale (cfr. Corte cost. n. 1146/88), come le proprie competenze e la «base contrattuale» dell'UE (cfr. sent. Corte cost. ceca 26 novembre 2008, cit., par. 94 ss). In sostanza, se l'interpretazione della norma UE può riconoscere l'introduzione di nuove nozioni, essa deve comunque rispettare il *limite esterno* (v. *infra*, n. 6.2), perché la prevalenza non sia automaticamente una superprevalenza, perché il rispetto o la prevalenza della sovranità non sia considerata soltanto come un limite (cfr. *Tribunal Constitucional* spagnolo, *Declaración* STC 1/2004 del 13 dicembre 2004, cit.; ALBI A., *Ironies in Human Rights Protection in the EU: Pre-Association Conditionality and Post-Accession Conundrums*, in *ELJ*, 2009, 15, 46-52 ss., v. *infra*, n. 5.1).

Poiché il monopolio sull'interpretazione delle disposizioni della Carta è più formale che sostanziale, visti la materia, l'obiettivo dichiaratorio della Carta ed il sistema giurisdizionale decentrato, l'intervento del giudice nazionale, di rango costituzionale eventualmente, sarà ineluttabile in un sistema a *doppia conformità*. Alcune istituzioni e organi UE sembrano addirittura argomentare che l'esistenza della Carta svincola l'interprete UE dal rispet-

to dei controllimiti che non avrebbero più base logica (v. *infra*, n. 8), ma nei fatti, il giudice comune, il giudice di ultimo grado e la Corte potranno interpretare le disposizioni della Carta con discrezionalità, a condizione di rispettare i limiti esterni che ancora esistono, anche se oggi sotto una nuova veste di «limiti esterni richiamati da norma scritta» (v. artt. 52, par. 6, e 53 della Carta).

La questione del carattere eteronomo della fonte non sembra più essere presupposto sistemico ostativo, i sistemi dualisti avendo adottato modalità di apertura mobile diverse nella motivazione ma simili nel risultato.

A ciò si aggiunga il ricorso esterno presso la Corte di Strasburgo, possibile però solo contro l'azione dell'autorità pubblica.

La combinata lettura dell'art. 6 TUE e della disposizione della Carta, alla luce degli artt. 10, 11 e 117 Cost. (che permette l'applicazione diretta materiale) sembra permettere un vero e proprio dialogo sul sindacato di conformità al parametro, interposto o diretto, della Carta. Infatti, ancorché negata come singola *causa petendi* dalla Corte, nulla vieta che la sola presunta violazione delle disposizioni della Carta possa motivare la decisione del giudice comune. Questo potrebbe valere anche nel quadro dei ricorsi di costituzionalità diretti, laddove previsti, dove il giudice costituzionale potrà, fatto salvo il limite di giurisdizione sull'atto UE, interpretare, applicare e richiamare le disposizioni della stessa nel sindacato della norma nazionale anche nelle zone di competenza ritenuta o esclusiva a fronte di una «Carta onnipresente».

7.3 I limiti settoriali alle competenze del giudice UE sull'atto

Un dubbio riguarda l'efficacia del controllo della violazione di un diritto fondamentale, in particolare del diritto alla protezione giurisdizionale efficace ed effettiva (art. 47 della Carta), un diritto previsto da tutti i testi costituzionali, a fronte dell'attuale mancanza, o limitatezza, di strumenti di controllo giurisdizionale, interno ed esterno, sugli atti UE e nazionali nei settori sottratti, o con sola competenza interpretativa, al controllo del giudice nazionale e della Corte. In alcune materie tut-

tora sussistono limiti importanti alla competenza del giudice UE, come le materie coperte dall'art. 4, par. 2, seconda frase TUE, confermato nell'art. 72 TFUE, per i quali rimandiamo ai rispettivi commenti dalla Parte Terza, Titolo V, Parte Quinta TFUE, dai Prot. n. 20 e n. 25, dalla Dich. n. 61, che ricordiamo a titolo non esaustivo. L'UE e gli Stati membri sono impegnati a rispettare e promuovere le norme, i principi e i valori in oggetto anche in politica interna e nella politica estera e di sicurezza, nel rispetto delle competenze reciproche (articolo 40 TUE). Tuttavia, «La Corte di giustizia dell'Unione europea non è competente riguardo a tali disposizioni, ad eccezione della competenza a controllare il rispetto dell'articolo 40» e «la legittimità di talune decisioni, come previsto dall'articolo 275, secondo comma del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (par. 1, co. 2, dell'art. 24 TUE). Nel nuovo art. 275 TFUE viene specificato che la Corte non è competente per quanto riguarda le disposizioni relative alla politica estera e di sicurezza comune, né per quanto riguarda gli atti adottati sulla base di tali disposizioni. Tuttavia, la Corte è competente a controllare il rispetto con la ripartizione delle competenze e a pronunciarsi sui ricorsi, proposti secondo le condizioni stabilite nel co. 4 dell'art. 263 TFUE, per il controllo della legalità delle Decisioni che prevedono misure restrittive nei confronti di persone fisiche o giuridiche adottate dal Consiglio in base al Capo 2 del Titolo V TUE. Allo stesso modo, il nuovo art. 276 TFUE prevede che la Corte non è competente a riesaminare la validità o la proporzionalità di operazioni effettuate dalla polizia o da altri servizi incaricati di uno Stato membro o l'esercizio delle responsabilità incombenti agli Stati membri per quanto riguarda il mantenimento dell'ordine pubblico e la salvaguardia della sicurezza interna (in materia) di libertà, sicurezza e giustizia.

In secondo luogo, sulla base del nuovo art. 269 TFUE, la Corte avrà competenza sulle azioni in opposizione alle Decisioni prese nei confronti di uno Stato membro in virtù dell'art. 7 TUE, solo su richiesta dello Stato membro in questione o del Consiglio e sulle sole prescrizioni di carattere procedurale previste dalla disposi-

zione. Le persone fisiche eventualmente lese dagli atti nazionali sulla base dei quali il Consiglio ha condannato lo Stato stesso non saranno legittimate a chiedere l'eccezione prevista all'art. 267 TFUE. Ciò significa che la valutazione dei fatti, eventualmente lesivi di diritti, resta riservata alle istituzioni UE e alle autorità dello Stato membro (LABAYLE H., *Architecte ou spectatrice? La Cour de justice de l'Union dans l'espace de liberté, de sécurité et justice*, in RTDE, 2006, 1-46). A questo va aggiunto che la Corte ha competenze limitate su convenzioni e accordi internazionali.

Alla luce della natura dei diritti *de quibus* e del diritto alla tutela giurisdizionale effettiva *erga omnes*, certo è che, poiché l'effettiva tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali è non solo funzionale agli stessi ma è essa stessa un diritto fondamentale attribuito ad ogni persona ai sensi degli artt. 47 della Carta e dell'art. 43 CEDU (v. artt. 81, co. 2, lett. e) e 82, co. 2, lett. b) e c) TFUE), anche alla luce delle norme costituzionali, l'esistenza delle restrizioni menzionate non a titolo esaustivo sembra sollevare problemi.

7.4 Il contenzioso tra soggetti pubblici

In caso di interpretazioni divergenti riguardanti le disposizioni della Carta, seppur argomentazione teorica in questa fase, il nuovo assetto normativo ed istituzionale offre ambiti di risoluzione politica ma può dare spazio anche ad un classico conflitto di competenze UE, o ad un conflitto di giurisdizione, nel quale al giudice (costituzionale) dei conflitti tra istituzioni ed organi, sia UE sia nazionale, potrebbe essere richiesto di risolvere interpretazioni divergenti.

Il potere di interpretare le disposizioni della Carta e di sindacare la compatibilità con le stesse sembra essere monopolio della Corte, almeno sul piano formale. Ma alcuni dettagli non vanno sottovalutati. La dottrina o il giudice costituzionale potrebbero fare riferimento alla considerazione che la Carta non è fonte di diritto UE primario, ma fonte equiparata al diritto UE primario, caratteristica che potrebbe avere effetti non neutri sull'interpretazione della *riserva di giurisdizione* e dell'imperativo della disapplicazione, perché l'es-

re equivalente non corrisponde esattamente all'essere diritto primario UE. Questo potrebbe permettere al giudice costituzionale un'interpretazione ed un controllo più intensi, pur tuttavia rispettosi delle riserve di competenza. Il giudice di ultimo grado nazionale, al quale il giudizio sulla possibile incompatibilità sia stato demandato dal giudice comune, potrà utilizzare ed interpretare le disposizioni della Carta, e, se non potrà sindacare direttamente la legittimità dell'interpretazione data (v. *infra*, n. 7.2), potrà sindacarne le conseguenze all'interno dell'ordinamento nazionale, anche oltre il metodo additivo o manipolativo, alla luce della normativa costituzionale e quella posta dalla Carta, dialogando, nel caso di, ma non solo, atti nazionali coperti da norma UE, con la Corte (cfr. per analogia, sent. Corte cost. n. 311/2009 e 113/2011).

La riserva di giurisdizione prevista all'art. 344 TFUE sulle controversie relative all'interpretazione o all'applicazione dei Trattati potrebbe valere anche per la Carta ma non è certa in quanto l'atto Carta non è diritto primario UE «equiparato» ai diritto primario, almeno sul piano formale. L'ipotesi della competenza volontaria prevista all'art. 273 TFUE è, anch'essa, piuttosto teorica. L'uso delle procedure previste agli artt. 258 e 259 TFUE sembra possibile ma improbabile, disponendo gli Stati membri e la CE di altre procedure a carattere politico (come il ricorso dello Stato membro al Consiglio europeo ex artt. 48, 82, par. 3, 83, par. 3, 86, par. 1, e 87, par. 3, TFUE), al fine di risolvere i conflitti. La Commissione dichiara nella citata Comunicazione del 19 ottobre 2010 (*Strategia per un'attuazione effettiva della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, COM(2010)573 def.) di voler utilizzare anche la procedura per infrazione in casi ritenuti contrari alla Carta all'interno della sfera d'applicazione del diritto UE in forma parallela alla procedura di controllo esterno prevista all'art. 7 TUE. Va detto che nella procedura prevista all'art. 269 TFUE la competenza della Corte si limita al solo controllo del rispetto delle procedure previste dall'art. 7 TUE. È quindi possibile che l'interpretazione di specifiche disposizioni della Carta possa essere oggetto di conflitti, se del caso, tra Stati, isti-

tuzioni ed organi, all'interno delle procedure previste agli artt. 258-260 TFUE (giurisdizione sui conflitti).

Il quadro sui mezzi di risoluzione delle divergenze o dei conflitti non può trascurare un richiamo ai Parlamenti nazionali, ampiamente associati ai processi decisionali UE (v. commento all'art. 12 TUE), nonché alle procedure di revisione e adesione, che potranno anch'essi utilizzare le procedure di controllo ed i mezzi di risoluzione di discordanze e conflitti (cfr. Prot. n. 1 e commenti ai relativi articoli). Essi potranno adire la Corte secondo le modalità previste dall'art. 263 TFUE (v. relativo commento; cfr. art. 8 del Prot. n. 2) per presunta violazione del principio di sussidiarietà mediante un atto legislativo (come il Comitato delle Regioni). Si è a tal riguardo già ricordato che il principio di sussidiarietà (e di proporzionalità) è una sorta di *pas-se-partout* e non si limita a fornire argomenti per l'interpretazione delle modalità di esercizio delle competenze condivise, ma può, per sua natura, incidere sull'interpretazione di altre norme, valori e principi (cfr. GENART M., *Les Parlements nationaux dans le Traité de Lisbonne: évolution ou révolution*, in CDE, 2010, 17-46; RAUNIO T., *National parliaments and European integration*, Arena WP, 2009, in http://www.arena.uio.no/publications/working-papers2009/papers/WP_02_09.pdf; sul ruolo dei Parlamenti regionali, v. EIPA, *The Role of Regional Parliaments in the Process of Subsidiarity Analysis within the Early Warning System of the Lisbon Treaty*, Committee of the Regions, ISBN 978-92-895-0541-3).

8. La novità sul piano delle relazioni tra sistemi e del dialogo tra autorità

Tutti gli organi pubblici che partecipano al governo (*governance*) europeo sono tenuti a promuovere i diritti ed i valori stabiliti nella Carta, che è atto produttivo di norme, seppur a vario titolo, di criteri d'interpretazione nei vari ordinamenti, ma anche atto centrale di una vera e propria agenda politica comune valida sia per le politiche interne che per le politiche esterne (v. commento all'art. 21 TUE; cfr.: Parlamento europeo, Ris. del 22 ottobre 2009,

P7_TA(2009)0056; Ris. del 17 giugno 2010, 2009/2199(INI) - P7_TA(2010)0226; Ris. del 23 novembre 2010, 2010/2202(INI); Ris. del 15 dicembre 2010, P7_TA(2010)0483; Consiglio, *Programma di conclusioni del Consiglio GAI*, dell'11 febbraio 2011, Coreper, Doc. n. 6387/11; Commissione, *Strategia per l'attuazione della Carta Europea dei diritti fondamentali*, COM(2010)573 def., ed il *Rapporto 2010* sull'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'UE del 30 marzo 2011, COM(2011)160 final), questioni che non sempre sono così lineari (cfr. Parlamento europeo, parere di minoranza nella Relazione sulla situazione dei diritti fondamentali nell'Unione europea (2009-2010) e l'attuazione effettiva in seguito all'entrata in vigore del trattato di Lisbona (INI/2009/2161 - A7-0344/2010). L'interesse manifestato da amplissima dottrina ed importante giurisprudenza corrisponde non solo alle grandi attese che il processo d'integrazione suscita da tempo (anche se il 72% dei cittadini europei ha dichiarato di non conoscere la Carta, comunicato stampa del Mediatore europeo del 18 marzo 2011, EO/11/6) ma anche alle evidenti e fortissime potenzialità ultronee dell'atto. La Carta ridisegna le prospettive del sistema complesso. Conseguenze ne discenderanno sia sulle nozioni dei diritti sia su quelle dei limiti e dei *controlimiti* (CG, 17 novembre 2009, *Regione Sardegna*, C-169/08 su ord. Corte cost. n. 103/2008, e sent. Corte cost. n. 138/2010; cfr. BURGOGUE-LARSEN L., *Le destin judiciaire strasbourgeois de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne: vices et vertus du cosmopolitisme normatif*, in JACQUÉ J.-P. (SCRITTI) 145-173; LABAYLE H., *Le controle de la constitutionnalité du droit dérivé de l'Union européenne. L'entraide judiciaire au Palais Royal*, in RFDA, 2003, 442-469; SKOURIS, V., *Introducing a binding Bill of Rights for the European Union: can three parallel systems of protection of fundamental rights coexist harmoniously?*, in *Verfassung im Diskurs der Welt: liber amicorum für Peter Häberle zum siebzigsten Geburtstag*, Tübingen, 2004, 261-273; cfr. Commission de Venise, *Parere del 12-13 dicembre 2003*, n. 256/2003). La Carta resta nella forma una «fonte esterna» integrata nell'ordinamento UE, non crea

un sistema sussidiario, come invece risulta dalla CEDU (Corte europea dei diritti dell'uomo, 7 dicembre 1976, *Handyside/Regno Unito*, serie A, ric. 24) nè si sovrappone ai cataloghi nazionali (art. 51 Carta), ma è nella sostanza atto «efficace» in vari ordinamenti e (ri)produce, aggiornandole in qualche caso, norme interne, chiudendo almeno in parte la fase «*Solange*» (v. Trib. cost. tedesco, *Solange I*, BVerfGE 37/271 del 29 maggio 1974 e *Solange II*, BVerfGE 73/339 del 22 ottobre 1986; cfr.: SADURSKI W., *Solange, chapter 3: Constitutional Courts in Central Europe – Democracy – European Union*, in *ELJ*, 2008, 14, 1-6 ss.) o, comunque, aggiornandola, potenziando lo strumento di interpretazione delle disposizioni degli stessi Trattati, e strumento di riferimento per l'interpretazione dei testi costituzionali e della CEDU sia allo stato attuale che in futuro. Il controllo potrà effettuarsi attraverso un uso più attivo della procedura pregiudiziale (o ad esempio di future formule consultative o partecipative a titolo di *amicus curiae*, cfr. quanto previsto, *ad hoc*, per la Commissione nel caso *Bosphorus*, cit.), che coinvolge le tre Corti di ultimo grado, visto che l'esistenza della Carta non rende affatto invalida o inapplicabile la protezione dei diritti fondamentali prevista dal testo, o dall'ordinamento, costituzionale nazionale (v. Trib. cost. tedesco, BVerfG 2BvE, 02/08, cit., secondo cui i diritti fondamentali protetti nel campo di applicazione della Carta sono esercitabili in parallelo ai diritti fondamentali previsti dalla Legge Fond. tedesca, punti 138, 147, 188), nè quella prevista dalla CEDU. La duplice caratteristica di *Bill of Rights* e di *Soft-Law* della Carta ne fa un atto di riferimento in un quadro di *parità tra organi giudiziari* di ultimo grado, o detentori di un monopolio dell'interpretazione, che potranno tutti fare riferimento ad essa (cfr. MAAS W., *The Genesis of European Rights*, in *Journal of Common Market Studies*, 43(5), 2005, 1009-25; POGGI A., *Soft law nell'ordinamento comunitario*, in *Annuario Aic 2005. L'integrazione dei sistemi costituzionali europeo e nazionali*, Padova, 2007, 369-419; TRIDIMAS T., *The General Principles of EC Law*, Oxford, 2006; TRUCCO L., *Tecniche di normazione e tutela dei diritti fondamentali nella Carta*

dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in RUGGERI A., D'ANDREA L., SAITTA A., SORRENTI G. (Ed.), *Tecniche di normazione e tutela dei diritti fondamentali*, Torino, 2007, 317-340; parr. 22-23 delle concl. dell'Avvocato generale Maduro del 9 settembre 2008, *Elgafaji*, cit.; ROSSI L.S., *How Fundamental are Fundamental Principles? Primacy and Fundamental Rights after Lisbon*, in *YEL*, 2008, 65-87). La Carta va comunque intesa anche come atto integrativo. Se la Carta 2000 forniva criteri autoritativi non vincolanti nell'interpretazione del diritto UE, la Carta 2007 impone tali criteri ad ogni giudice, con evidenti effetti vincolanti, potenzialmente orizzontali ed ultranei. Ma la Carta rispetta l'impianto delle relazioni tra ordinamenti e competenze. Quindi, l'interpretazione da dare alle sue disposizioni dovrà tener conto anche delle normative costituzionali nazionali e dei principi e regole strutturali dei sistemi. Sembra sussistere nel nuovo quadro la implicita ma chiara presenza di un nuovo assioma della legalità condivisa (LENAERTS K., *The Charter and the role of the European courts*, in *MJEC*, 2001, 90-101; LAMARQUE E., *Gli effetti delle sentenze della Corte di Strasburgo secondo la Corte costituzionale italiana*, in *Corr. giur.* 7/2010, 955-965; SKOURIS V., *Introducing a binding Bill of Rights for the European Union*, cit.), e di una legalità comune perché propria non solo di un'agenda politica comune ma anche di un sistema complesso ma unitario (art. 4 TUE) nel quale le disposizioni orizzontali della Carta stessa ed il reciproco vincolo di uniformità interpretativa, in uno schema a dialogo a più voci *inter pares*, definiscono canoni imperativi comuni. L'imperativo categorico sembra essere oggi, anche alla luce degli iter argomentativi diversi che il giudice costituzionale ha adottato per adattarsi alle specificità del sistema di relazioni tra l'ordinamento UE e gli ordinamenti nazionali l'interpretazione condivisa, la (doppia) legalità condivisa, la conformità reciprocamente accettata (*mutual conformity*) (v. WENDEL M., *Lisbon before the Courts*, cit.; cfr. *Conseil Constitutionnel* francese, dec. 19 novembre 2004, n. 2004/505 DC, punti 14-22; cfr. Corte cost. ceca, sent. 26 novembre 2008, Pl. US 19/08, cit., punti 190-204 e in particolare il punto

204; valutazione confermata al punto 104 della sent. 3 novembre 2009, Pl. US 29/09, cit.). E questo nell'interesse superiore della certezza, dell'efficacia del sistema complesso e nell'interesse dell'individuo, perché il diritto UE resti quello che è stato per molto tempo il diritto comunitario, non un tempio ma un'officina (LIISBERG J.B., *Does the EU Charter of Fundamental Rights threaten the supremacy of Community law?*, in *CMLR* 2001, 1171-1199; FAVOREU L., *I garanti dei diritti fondamentali europei*, in *Diritti e Costituzione nell'Unione europea*, cit.; LOUIS J.V., *La primauté du droit de l'Union, un concept dépassé?*, in JACQUÉ J.-P., (SCRITTI), 443; SKOURIS V., *L'influence du droit national et de la jurisprudence des juridictions des États membres sur l'interprétation du droit communautaire*, in *DUE*, 2008, 239-254; cfr. *Conseil Constitutionnel* francese, dec. 19 novembre 2004, n. 2004/505 DC, punti 14-22). La Carta 2007 prospetta lo stabilizzarsi di un *humus* costituzionale europeo, di un sistema costituzionale materiale europeo complesso o multilivello nel quale crescono e si sviluppano relazioni e principi comuni anche per effetto delle decisioni, e relative motivazioni, dei giudici di rango costituzionale (cfr. WENDEL M., *Lisbon Before the Courts: Comparative Perspectives*, in *Econst.* v. 7, n. 1, 2011, 96-137) a tutela dei valori fondamentali espressi dai vari testi di riferimento e prodotto del dialogo tra legislatori e giudici di rango costituzionale o di ultimo grado, già prospettato da tempo da eminenti Autori (SORRENTINO F., *Il diritto europeo nella giurisprudenza della Corte costituzionale: problemi e prospettive*, cit.; Id., *I vincoli dell'ordinamento comunitario e degli obblighi internazionali*, in *Atti del 50° Convegno di Studi Amministrativi*, Varenna, 16-18 settembre 2004; cfr. Corte costituzionale ceca sulla questione della compatibilità del Tr. Lisbona alla Costituzione nazionale ed anche alla Carta dei Diritti e Libertà Fondamentali della Repubblica ceca, sentenze 26 novembre 2008, Pl. US 19-08 e 3 novembre 2009, Pl. US 29/09, cit.).

In conclusione, l'esistenza di elementi costitutivi, o a valenza costituzionale, nel nuovo sistema post-Lisbona è certa. La Carta si posiziona al centro del sistema, non come atto de-

costituzionalizzato, come affermato da taluno, ma come un atto avente capacità uniformanti, flessibili ed efficaci, fors'anche più pervasivo che nella ipotizzata inclusione nel testo del Trattato, come argomentato da chi fa riferimento ad una sorta di *costituzione occulta* (v. specialmente GAMBINO S., *Diritti fondamentali, tra Unione Europea e Costituzione italiana*, in *Panóptica*, 2010, 73-126, 100; ID., *Diritti fondamentali e Unione europea. Una prospettiva costituzional-comparatistica*, Milano, 2009; PALERMO F., *La forma di Stato dell'Unione europea. Per una teoria costituzionale dell'integrazione sovranazionale*, Padova, 2005). Non si tratta, a nostro avviso, dell'eclissi dei controlimiti e del ruolo specifico e centrale del giudice costituzionale, ma semmai dell'emergenza di un *imperativo del «recepimento dialogante»*. Il dialogo renderà le nozioni europee non solo prevalenti ma assimilate ed accettate (v. commenti agli artt. 10, 11 e 12 TUE). Nella semplificazione del precedente sistema la Carta rappresenta un ancoraggio giuridico di natura costituente nella materia dall'alto valore politico perché regola in forma diretta le situazioni giuridiche soggettive, costituisce la base giuridica scritta sinora mancante, stabilisce criteri di legalità validi in gran parte delle attività dei soggetti e contribuisce al rafforzamento di quel modello di valori e di società rappresentato dall'Unione Europea (Cfr. Consiglio europeo di Biarritz, cit.), con modalità ancora da rodare ma non per questo meno efficaci (ATTUCCI C., *An institutional dialogue on common principles: reflections on the significance of the EU Charter of Fundamental Rights*, in *Political theory and the European Constitution*, 2004, 151-163; GAMBINO S., *Diritti fondamentali e Unione Europea*, cit.; GIOVANNETTI T., *L'Europa dei diritti. La funzione giurisdizionale nell'integrazione comunitaria*, cit.; RUGGERI A., *Carte internazionali dei diritti, Costituzione europea, Costituzioni nazionali*, cit.).

Per un paradosso della storia, l'assioma dell'autonomia prevalente dell'ordinamento UE (sent. *Costa/ENEL*), sinora fondamento del sistema di relazioni tra gli ordinamenti, richiamato a titolo confermatario e protettivo a nota della Dich. n. 17 (secondo cui: «scaturito da una fonte autonoma, il diritto nato dal trattato non potrebbe, in ragione appunto della sua specifica natura, trovare un limite in qualsiasi provvedimento interno senza perdere il proprio carattere comunitario e senza che ne risultasse scosso il fondamento giuridico della stessa Comunità»), appare oggi fatalmente necessitare di un'aggiornamento (LIISBERG J.B., *Does the EU Charter of Fundamental Rights threaten the supremacy of Community law?*, cit.; FAVOREU L., *I garanti dei diritti fondamentali europei*, cit.; LOUIS J.V., *La primauté du droit de l'Union, un concept de passé?*, cit.; SKOURIS V., *L'influence du droit national et de la jurisprudence des juridictions des Etats membres sur l'interprétation du droit communautaire*, cit.). in quanto la sostanza e l'intensità delle relazioni tra ordinamenti stanno cambiando. Tale aggiornamento sembra opportuno, senza dover forzatamente superarli, agli elementi fondanti l'impianto dogmatico sin qui definito dalla Corte e dal giudice costituzionale. L'individuo potrà così essere posto al centro del sistema, affinché la Carta sia una Carta dei cittadini UE e di tutte le persone che si trovano sul territorio dell'Unione, favorisca uniformità di tutela al titolare del medesimo diritto, sempre nel rispetto delle varie normative costituzionali scritte ed in sintonia con l'obiettivo primario di tutto il processo d'integrazione, valido anche in politica interna e in politica estera (art. 67 TFUE) (art. 21 TUE): creare uno spazio, economico, politico e giudiziario basato su regole fondamentali comuni dove prevalga tra istituzioni e organi un dialogo senza forzature e un sistema vantaggioso soprattutto per la persona (artt. 2 e 3 TUE).



BIBLIOGRAFIA

- GOLDSMITH P., *Consolidation of fundamental rights at EU level: the British perspective in The EU Charter of Fundamental Rights*, 2000, 27-38.
- BEHOIT-ROHMER F. (cur.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne: actes des journées d'études: Strasbourg, les 16 et 17 juin 2000*, in RUDH, 2001, 1-84.
- BIFULCO R., CARTABIA M., CELOTTO A. (cur.), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Bologna, 2001.
- DUTHEIL DE LA ROCHÈRE J., MCCRUDDEN C., DE BURCA G., *The future of the EU Charter of Fundamental Rights*, Harvard Law School, 2001, JMWPs series 10/01.
- FERRARI BRAVO L., DI MAJO F.M., RIZZO A., *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (commentata con la giurisprudenza della Corte di giustizia CE e della Corte europea dei diritti dell'uomo e con i documenti rilevanti)*, Milano, 2001.
- VITORINO A., *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, in RDUE, 2001, 27-64.
- PIZZORUSSO A., *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna, 2002.
- ROSSI L.S. (cur.), *Carta dei diritti fondamentali e costituzione dell'Unione europea*, 2002.
- TONIATTI R., (cur.), *Diritto, diritti, giurisdizione. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Padova, 2002.
- WEBER A., *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 2002.
- HOUSE OF LORDS, *Reports of the Select Committee on the European Union, The future status of the EU Charter of Fundamental Rights*, Session 2002-03, 6th report, 2003.
- PAPADIMITRIOU G., *The binding force of the Charter of Fundamental Rights*, in TSATSOS D.Th. (SCRITTI), 2003, 468-476.
- CELOTTO A., PISTORIO G., *L'efficacia giuridica della Carta dei diritti fondamentali dell'UE (rassegna giurisprudenziale 2001-2004)*, 2004, in GI, 427 ss.
- PEERS S., WARD A., *The European Union Charter of Fundamental Rights*, Oxford, Hart, 2004.
- RUGGIERO A., *Il bilanciamento degli interessi nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea: osservazioni di diritto comparato a margine dell'art. 52*, Padova, 2004.
- AA.VV., *The position of the Constitutional Courts following integration into the European Union, Atti del Convegno*, Bled, Slovenia, 30 September – 2 October 2004, 2005.
- BILANCIA P., DE MARCO E., *La tutela multilivello dei diritti*, Milano, 2005.
- BURGOGUE-LARSEN L., LEVADE A., PICOD F., *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Commentaire article par article: La Charte des droits fondamentaux de l'Union*, Tomo 2 - Parte II, Bruxelles, 2005.
- BURGOGUE-LARSEN L. (ed), *La France face à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Bruxelles, 2005.
- PANNUNZIO S., *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, 2005.
- TIZZANO A., *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, in DUE, Anno X, 2005, 4, 839-852.
- BERMANN G.A., *The «Highest Court» in Federal Systems*, e JACOBS F.G., *The European Convention on Human Rights, the EU Charter of Fundamental Rights and the European Court of Justice*, in PERNICE I. KOKOTT J., SAUNDERS C. (cur.), *The Future of the European Judicial System in a Comparative Perspective*, 2006, rispettivamente 91 e 291, in www.elcn.net.
- EU NETWORK OF INDEPENDENT EXPERTS, *Commentary of the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, giugno 2006, in http://ec.europa.eu/justice_home/cfr_cdf/index_en.htm.
- GAMBINO S., *La Carta e le Corti costituzionali: «controlimiti» e «protezione equivalente»*, in PD, 2006, 411-460.
- MANGIAMELI S., *Il contributo dell'esperienza costituzionale italiana alla dommatica europea della tutela dei diritti fondamentali*, in *Corte costituzionale e processo costituzionale*, 2006, 471-529.
- SILVESTRI G., *Verso uno ius commune europeo dei diritti fondamentali*, in QC, 2006.
- VIARENGO I., *Corte costituzionale, Corte di giustizia e tutela dei diritti fondamentali in Europa*, in *La dimensione internazionale ed europea del diritto nell'esperienza della Corte costituzionale*, 2006, 435-450.

- BRONZINI G., PICCONE V., *La carta e le corti: i diritti fondamentali nella giurisprudenza europea multilivello*, Taranto, 2007.
- CARTABIA M. (cur.), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, 2007.
- LANE R.C., *The EU Charter of Fundamental Rights and the subsisting commitments of EU Member States under the European Convention on Human Rights: more variable geometry in Croatian yearbook of European law and policy*, 2007, 355-389.
- RENUCCI J.-F., *Traité de droit européen des droits de l'homme*, Parigi, 2007.
- RUGGERI A., *Carte internazionali dei diritti, Costituzione europea, Costituzione nazionale: prospettive di ricomposizione delle fonti in sistema*, 2007, in http://www.forum.costituzionale.it/site/images/stories/pdf/nuovi%20pdf/Paper/0008_ruggeri.pdf.
- BARATTA R., *Il contributo delle istituzioni: la promozione dei diritti fondamentali nei recenti atti normativi comunitari*, in TIZZANO A. (cur.), *Il processo d'integrazione europea, un bilancio di 50 anni dopo i Trattati di Roma*, Torino, 2008, 9-20.
- BARONCELLI S., *Le fonti del diritto nell'Ue dal Trattato di Roma al Trattato di Lisbona: verso un'accesa complessità del sistema*, 2008, in www.osservatoriosullefonti.it.
- GIANFRANCESCO E., *Some considerations on the juridical value of the Charter of fundamental rights before and after the Lisbon Treaty*, intervento al Seminario «The Constitutional Structure of the European Union after The Treaty of Lisbon», Erfurt, 6-8 Novembre 2008, in http://www.forum-costituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/0140_gianfrancesco.pdf.
- HOUSE OF LORDS, HOUSE OF COMMONS, *Joint Committee on Human Rights, A Bill of Rights for the UK?*, London, Stationery Office, 2008.
- PERNICE I., *The Treaty of Lisbon and Fundamental Rights*, in GRILLER S., ZILLER J. (cur.), *The Lisbon Treaty. EU Constitutionalism without a Constitutional Treaty*, Vienna/New York, 2008, 234-256.
- SCIARABBA V., *Tra fonti e Corti. Diritti e principi fondamentali in Europa: profili costituzionali e comparati degli sviluppi sovranazionali*, Padova, 2008.
- TOMASI L., *Il dialogo tra corti di Lussemburgo e di Strasburgo in materia di tutela dei diritti fondamentali dopo il Trattato di Lisbona*, in BARUFFI M.C. (cur.), *Dalla Costituzione europea al Trattato di Lisbona*, 2008, 149-182.
- BARCZ J. (ed.), *Fundamental, rights protection in the European Union*, 2009.
- BERNARDI A., *All'indomani di Lisbona: note sul principio europeo di legalità penale*, in *QC*, 2009, n. 1, 37-64.
- BISOGNI G., BRONZINI G., PICCONE V. (cur.), *La Carta dei diritti dell'Unione europea. La Carta dei diritti: casi e materiali*, Taranto, 2009.
- BULTRINI A., *Rapporti fra Carta dei diritti fondamentali e Convenzione europea dei diritti dell'uomo dopo Lisbona: potenzialità straordinarie per lo sviluppo della tutela dei diritti umani in Europa*, in *DUE* 2009, 700-720.
- DANIELE L., *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e Trattato di Lisbona*, in POCAR F., (SCRITTI), 1, 2009, 235-247.
- GAMBINO S., *Diritti fondamentali e Unione Europea. Una prospettiva costituzional-comparativistica*, Milano, 2009.
- GIOVANNETTI T., *L'Europa dei diritti. La funzione giurisdizionale nell'integrazione comunitaria*, Torino, 2009.
- JASISKI F., *Charter of Fundamental Rights: structure, scope of regulation and present practical meaning*, in *Fundamental rights protection in the European Union*, Varsavia, 2009, 39-59.
- MARTINICO G., *L'integrazione silente. La funzione interpretativa della Corte di giustizia e il diritto costituzionale europeo*, Napoli, 2009.
- PARISI N., *Funzione e ruolo della Carta dei diritti fondamentali nel sistema delle fonti alla luce del Trattato di Lisbona*, in *DUE*, 2009, 653-678.
- RUGGERI A., *Cinque paradossi (apparenti) in tema di integrazione sovranazionale e tutela dei diritti fondamentali*, in *DPCE*, II, 2009, 533-560.
- TORRES PERES A., *Conflicts of rights in the European Union. A theory of Supranational Adjudication*, Oxford, 2009.
- CARTABIA M., *I diritti fondamentali e la cittadinanza dell'Unione*, in *Le nuove istituzioni europee*, Bologna, 2010, 99-117.

CONTI R., *La prima volta della Corte di Giustizia sulla Carta di Nizza «vincolante»*, in *RCDL*, 2010, 1, 11-22.

FAVREAU B.M., SKOURIS V. (ed.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne apres le traité de Lisbonne*, *Atti del Colloquio IDHAE, Corte di giustizia delle Comunità europee*, Lussemburgo, 16 maggio 2008, Bruxelles, 2010.

JACQUÉ J.-P., *Les droits fondamentaux dans le traité de Lisbonne*, in *European Yearbook on Human Rights 2010*, 123-139.

RENUCCI J.-F., *Droit européen des droits de l'homme: contentieux européen* Paris, 2010.

SCHEECK L., *Le dialogue des droits fondamentaux en Europe, fédérateur de loyautés, dissolvant de résistances?*, 2010, in <http://polilexes.com>.

A. FULMINI