



CONSULTA ONLINE

PERIODICO TELEMATICO ISSN 1971-9892



2015 FASC. I

(ESTRATTO)

ORESTE POLLICINO

**CORTE DI GIUSTIZIA E GIUDICI NAZIONALI: IL MOTO
"ASCENDENTE", OVVEROSIA L'INCIDENZA DELLE
"TRADIZIONI COSTITUZIONALI COMUNI" NELLA TUTELA
APPRESTATA AI DIRITTI DALLA CORTE DELL'UNIONE**

20 APRILE 2015

IDEATORE E DIRETTORE RESPONSABILE: PROF. PASQUALE COSTANZO

Oreste Pollicino**Corte di giustizia e giudici nazionali: il moto “ascendente”, ovvero l’incidenza delle “tradizioni costituzionali comuni” nella tutela apprestata ai diritti dalla Corte dell’Unione * ******ABSTRACT: Court of Justice and national courts: the “upward” movement, i.e. the impact of “common constitutional traditions” on the protection afforded to rights by the EU Court of Justice****The author reflects on the role of the “constitutional traditions common to the Member States” in the protection of fundamental rights by the Court of Justice and, more specifically, in its relations with national courts. The author dwells - with various jurisprudential references - on the role of these constitutional traditions in the different stages of the European integration process, from the origins to the Maastricht Treaty and, lastly, to the Charter of Fundamental Rights of the EU and the Lisbon Treaty, which open new perspectives with regard to this (in some respects) vague but important legal notion, full of connections with other fundamental issues, as the relationship between legal systems and judicial dialogue.**

SOMMARIO: 1. Dichiarazione di intenti. - 2. Le tensioni dicotomiche rilevanti ed un tentativo di *actio finium regundorum*. - 3. Le origini. - 4. Da(l Trattato di) Maastricht a(la Carta di) Nizza. - 5. Le tradizioni costituzionali nell’età della codificazione. - 6. Conclusioni prospettiche.

1. Dichiarazione di intenti

Qual è la prospettiva di ordine metodologico più indicata per guardare al ruolo giocato dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri nella narrazione giurisprudenziale della Corte di giustizia in tema di tutela dei diritti fondamentali?

Come è possibile delimitare un campo di indagine come quello in oggetto, di fatto sconfinato¹, in modo da non andare oltre il limite di caratteri concordato e, ancor prima, provare a fare sì che le poche pagine che seguiranno non si rivelino del tutto inutili al dibattito in corso?

Questi i due quesiti preliminari che sono sorti quasi spontaneamente quando ci si è accostati al tema oggetto di indagine, un tentativo di risposta ai quali non può che precedere la trattazione sostanziale dello stesso.

Con riguardo al primo quesito, due sembrano le opzioni di metodo che paiono fronteggiarsi sul campo. Da una parte, un percorso esplorativo di matrice sincronica, che provi a fotografare l’impatto

* *Testo ampliato e “rivisitato” della relazione presentata alle Giornate di studio su Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisprudenziale, tutela dei diritti fondamentali, Messina, 21-22 novembre 2014, in corso di pubblicazione anche nella Raccolta degli Atti curata da Luigi D’Andrea, Giovanni, Moschella, Antonio Ruggeri ed Antonio Saitta.*

** *Sono grato ad Antonio Ruggeri, Barbara Guastafarro, Andrea Guazzarotti, Giuseppe Martinico, Giorgio Repetto e Marco Bassini per i commenti ricevuti. Ovviamente, come al solito, qualsiasi imprecisione ed omissione è da imputare esclusivamente all’Autore.*

¹ Il tema è sconfinato e naturalmente, non lo è da meno la letteratura rilevante. Qui basterà ricordare, tra i lavori più recenti all’interno del dibattito dottrinale italiano: G. REPETTO, *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa. Teorie dell’interpretazione e giurisprudenza sovranazionale*, Jovene, Napoli, 2011; P. RIDOLA, *La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea e le “tradizioni costituzionali comuni” degli stati membri*, in ID., *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Giappichelli, Torino, 2010, 163 ss.; G. MARINI, *La costruzione delle tradizioni giuridiche nell’epoca della globalizzazione*, in *Comparazione e Diritto civile*, 2010, 1 ss.; S. NINATTI, *Ieri e oggi delle tradizioni costituzionali comuni: le novità nella giurisprudenza comunitaria*, in G. D’ELIA - G. TIBERI - M.P. VIVIANI SCHLEIN (a cura di), *Scritti in memoria di Alessandra Concaro*, Giuffrè, Milano, 2012, 533 ss.; G. DE VERGOTTINI, *Tradizioni costituzionali comuni e Costituzione europea*, in www.forumcostituzionale.it; G. COZZOLINO, *Le tradizioni costituzionali comuni nella giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee*, in P. FALZEA - A. SPADARO - L. VENTURA (a cura di), *La Corte costituzionale e le corti d’Europa*, Giappichelli, Torino, 2003, 3 ss.; V. SCIARABBA, *Tra fonti e corti. Diritti e principi fondamentali in Europa: profili costituzionali e comparati degli sviluppi sovranazionali*, CEDAM, Padova, 2008. Si v. anche S. GAMBINO, *Identità costituzionali nazionali e primauté eurounitaria*, in *Quad. cost.*, 2012, 3, 533 ss.

che oggi le tradizioni costituzionali hanno sul livello e sulle modalità di protezione dei diritti fondamentali che caratterizzano la giurisprudenza più recente della Corte di giustizia; dall'altra, invece, una prospettiva di indagine di matrice diacronica, che guardi ai percorsi evolutivi e involutivi di tale impatto nel corso dello svolgersi del processo di integrazione europea, non sottovalutando il periodo fondativo dello stesso processo.

L'impressione è che la seconda opzione menzionata, pur esponendosi alla critica di fare dell'archeologia o, nel migliore dei casi, della storia dell'arte, possa essere la prospettiva di indagine meno inopportuna, per almeno due ragioni.

In primo luogo perché le tradizioni costituzionali hanno geneticamente, quale DNA caratterizzante, come è stato acutamente sostenuto², «la capacità di disvelare l'ispirazione storica delle opzioni costituzionali e far sì che il contesto storico, attraverso individuazione di linee di continuità che legano il passato al presente, concorra a determinare il contenuto delle norme costituzionali».

Sarebbe difficilmente perdonabile non provare a fare emergere un tale potenziale.

In secondo luogo, perché, proprio in forza dell'elemento caratterizzante appena evidenziato, parlare di un presente (o di un futuro) delle tradizioni costituzionali comuni senza esplorare le ragioni alla base della genesi di detta nozione è operazione che rischia di avere la stessa utilità e lungimiranza di chi si concentra sul dito e perde di vista la luna.

L'aver sciolto il primo dilemma, di ordine metodologico, a favore dell'opzione diacronica, sembra poter fornire un suggerimento decisivo anche in relazione al secondo dei quesiti con cui si è aperto questo contributo. Se il percorso prescelto è quello di matrice storica, le pagine che seguiranno, lungi da qualsiasi ambizione di esaustività in riferimento all'impatto giocato dalle tradizioni costituzionali comuni sulla giurisprudenza della Corte di giustizia, non potranno che concentrarsi esclusivamente sul tentativo di "isolare", per ciascuna delle macro-stagioni del processo di integrazione europea, il grado di (in)influenza e di (non)considerazione che il "fattore costituzionale domestico" (non sempre comune) ha esercitato nell'operazione ermeneutica – ad alto tasso di manipolazione – meglio riuscita alla Corte di giustizia, cioè quella di enucleare, nelle parole di Richard Posner, «a constitutional doctrine by a common law method»³.

Più in particolare, dopo una brevissima introduzione che proverà, da una parte, a fare emergere alcune antinomie che sembrano inevitabili quando si affronta il tema delle tradizioni costituzionali comuni, e, dall'altra, affronterà alcuni nodi di ordine definitorio, tre sono le scansioni temporali del processo di integrazione europea che saranno prese in considerazione: "le origini", "ieri" e "oggi".

Infine, in sede conclusiva, si proverà a riflettere, o a pronosticare, sul "domani".

Più precisamente la prima parte del lavoro si concentrerà, sempre solo e soltanto con riferimento a quel tentativo di isolamento di cui si è detto in precedenza, sulla "genesì", e sullo sviluppo del processo di integrazione europea fino all'entrata in vigore del Trattato di Maastricht (*le origini*), per poi accennare assai brevemente a quella stagione post-Maastricht che si chiude con la proclamazione prima e l'attribuzione dopo di un carattere vincolante alla Carta di Nizza⁴, coincisa con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (*ieri*).

Nella seconda parte si proveranno invece a fare emergere (concentrandosi sull'*oggi*), le possibili novità del post-Lisbona, successivamente, dunque, a quando la codificazione operata dalla Carta di Nizza è divenuta vincolante. Nelle notazioni conclusive si farà invece specifico riferimento alle più recenti tendenze giurisprudenziali della Corte di Lussemburgo, nel tentativo di identificare limiti e modalità con cui le tradizioni costituzionali comuni sembrano in grado di poter incidere, nel futuro prossimo.

² Si v. P. RIDOLA, *op. cit.*, 54.

³ R.A. POSNER, *Law and Legal Theory in England and America*, Clarendon Press, Oxford, 1996, 14.

⁴ Per una felice combinazione tra analisi della tutela dei diritti nella dimensione eurounitaria post-Carta di Nizza ed originale indagine delle questioni legate alla *judicial protection* di tale dimensione si veda, di recente, L. Trucco, *Carta dei diritti fondamentali e costituzionalizzazione dell'Unione europea. Un'analisi delle strategie argomentative e delle tecniche decisorie a Lussemburgo*, Giappichelli, Torino, 2013.

2. Le tensioni dicotomiche rilevanti ed un tentativo di *actio finium regundorum*

Prima di avviare il percorso di indagine annunciato, potrebbe non essere del tutto inutile, come si accennava poco prima, da una parte, provare ad identificare, rinunciando ad ogni pretesa di approfondimento al riguardo, ma limitandosi ad una mera enunciazione delle problematiche rilevanti, una serie di tensioni dicotomiche che sembrano caratterizzare la narrativa in tema di tradizioni costituzionali comuni e, dall'altra parte, tentare di abbozzare una *actio finium regundorum* rispetto all'oggetto della nostra indagine.

Con riferimento al tentativo di portare alla luce alcune contrapposizioni, vere o presunte, che sembrano rilevanti quando si discorre di tradizioni costituzionali comuni, la prima domanda nasce quasi spontanea: quando un *ius commune* europeo (prima ancora della emersione di una differenziazione tra dimensione pubblicistica e privatistica) ha cominciato ad opporsi ai singoli *iura propria* di matrice locale?⁵

La seconda tensione dicotomica che sembra essere rilevante è quella che caratterizza la contrapposizione tra diritto costituzionale scritto e non scritto, come vedremo in particolare quando si affronterà il nodo relativo al ruolo delle tradizioni costituzionali comuni al tempo della Carta di Nizza.⁶

Altra dialettica, assai collegata alla precedente, è quella che vede contrapporsi, da una parte, una prospettiva di indagine di matrice giuspositivista, che troppo spesso finisce per coincidere con un'apologia del formalismo giuridico e, dall'altra, un approccio metodologico di carattere antiformalista e di ispirazione giusrealista,⁷ in cui il ruolo del diritto costituzionale non scritto è evidentemente amplificato e, in particolare, è valorizzato il ruolo della tradizione costituzionale che, come è stato fatto notare assai acutamente⁸, potrebbe essere vista, in questo contesto, come l'espressione più emblematica del tramonto del positivismo giuridico.

Ulteriore ambivalenza strisciante che può essere utile richiamare in questa sede è quella in cui il punto di vista che guarda alle tradizioni costituzionali comuni esclusivamente nella forma di un "prodotto" o "risultato" avente quale matrice originaria i sistemi giuridici nazionali, si scontra con una prospettiva che evidenzia un percorso opposto, *top-down* e non *bottom-up*, se si vuole, in cui le tradizioni costituzionali preesistono alla matrice storica caratterizzante i singoli ordinamenti. Tradizioni che sono, nelle parole del compianto Patrick Glenn⁹, «normative by definition, and which explains and justifies the existence of domestic legal experience». In questo senso, conclude l'Autore, «[t]he state is the result, not the source, of common law».

⁵ Si v. quanto riportato da H.P. GLENN, *The National Legal Tradition*, in *Electronic Journal of Comparative Law*, 2007, 2: «Frits Brandsma states [...] that 'private law is the only field of law with a common tradition on the continent of Europe [...] that goes back beyond a couple of centuries.' The statement is a very interesting one, both for its apparent admission of a common tradition (in both public and private law) within the last couple of centuries, and for its denial of a common tradition in public law prior to that time. The 'common constitutional traditions' to which Article 6 of the Treaty of Amsterdam refers would therefore be of relatively recent origin. There have of course been affirmations, notably by Leibniz, of a '*ius publicum commune*' in Europe, but this may well be within the last couple of centuries, broadly defined, and would be denied, prior to that time, by the absence of any broad corpus of public law rules shared throughout Europe. The origins of the national legal tradition could therefore not be found in any more deeply rooted, and unique, common public law»

⁶ Osserva così A. RUGGERI, *Dal legislatore al giudice, sovranazionale e nazionale: la scrittura delle norme in progress, al servizio dei diritti fondamentali*, in www.forumcostituzionale.it, 29 novembre 2014, in nt. 2: «Alle volte, paradossalmente, un sano diritto costituzionale non scritto si rivela in grado di offrire maggiori certezze di diritto costituzionale e di diritti costituzionali di quante ne possa dare un diritto costituzionale scritto».

⁷ A. RUGGERI, "Tradizioni costituzionali comuni" e "controlimiti", tra teoria delle fonti e teoria dell'interpretazione, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2003, 101 ss., spec. 110.

⁸ G. SILVESTRI, *Relazione conclusiva*, in P. FALZEA - A. SPADARO - L. VENTURA (a cura di), *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, cit., 591 ss., richiamata da A. RUGGERI, *Tradizioni costituzionali comuni" e "controlimiti"*, cit., 110.

⁹ H.P. GLENN, *op. cit.*

Ultima tensione dicotomica che pare essere rilevante è quella in cui il concetto di tradizioni costituzionali comuni incrocia la nozione di identità costituzionale. Incrocio, che sarà uno dei fili conduttori dell'analisi, che sembra però semplicistico ridurre sempre e comunque a scontro (tradizioni comuni *versus* identità nazionale specifica). A questo riguardo, e a titolo esemplificativo, vi sarebbe da chiedersi se oggi l'identità costituzionale italiana sia costituita *esclusivamente* dai tratti differenzianti e caratterizzanti il proprio DNA nazionale oppure, come qui si sostiene, se in tale identità possano essere ricompresi, insieme all'immane codice genetico nazionale, *anche* i principi generali alla base dell'*acquis* comunitario, quei principi¹⁰ imbevuti delle tradizioni costituzionali comuni che, dunque, secondo tale ricostruzione, sarebbero così assorbite all'interno della singola identità costituzionale fino a diventarne parte integrante¹¹. Nessuno scontro dunque, in questa ipotesi, ma un incontro che evolve in simbiosi.

Con riferimento alla possibilità di tracciare una *actio finium regundorum* relativa al presente oggetto di indagine, si è deciso di resistere alla tentazione di cimentarsi in un tentativo definitorio della nozione di tradizione costituzionale comune. Non solo, infatti, non sembra questa la sede più opportuna, ma altresì, con specifico riguardo al concetto di tradizione, un tentativo di fotografare e pietrificare una nozione che per definizione è uno *work in progress*, risulterebbe vano e fallimentare, in quanto lo stesso concetto sembra caratterizzato da almeno due forme di dinamismo e mobilità: la prima di natura endogena, la seconda di carattere esogeno.

In relazione alla prima forma di mobilità menzionata, quella endogena, la nozione di tradizione costituisce infatti, per parafrasare una immagine molto fortunata di Antonino Spadaro¹², più che un atto un processo, mai uguale a se stessa e destinata per natura ad evoluzione e cambiamento. Con riguardo, invece, al profilo relativo al dinamismo esogeno, a cambiare di continuo e a influenzare dall'esterno il farsi delle tradizioni costituzionali comuni nel loro vivere nella giurisprudenza comunitaria è la natura del "filtro" operato dalla Corte di giustizia in base, *inter alia*, all'attitudine dei giudici comunitari, alle esigenze del caso di specie e al possibile impatto della decisione da adottare sul livello, per forza di cose variabile, di "tolleranza costituzionale"¹³ degli Stati membri.

Né ad un maggior successo sembra essere destinato il tentativo di identificare l'elemento caratterizzante alla base del portato costituzionale di una tradizione giuridica. È di Alessandro Pizzorusso l'affresco più suggestivo al riguardo, laddove evidenzia come «l'idea non può non andare alla storia delle costituzioni ed all'evoluzione che questa nozione ha avuto in correlazione alle vicende che hanno portato alla formazione dello stato moderno e alla sua evoluzione, nel corso degli ultimi

¹⁰ Principi generali che sono, nella bellissima immagine di Takis Tridimas, *children in front of* «enfant terribles». Si v. T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, Oxford University Press, Oxford, 2005, 6. Tali principi sono «estesi, ridotti, ribaditi e comunque trasformati in un processo giurisdizionale creativo ed eclettico», specialmente quando si guarda, al loro ruolo di *passpartout* arcinoto, che ha consentito alla Corte di veicolare, all'interno dell'ambito di applicazione del diritto comunitario, anche la protezione dei diritti fondamentali.

¹¹ A. VON BOGDANDY, *Founding Principles*, in A. VON BOGDANDY - J. BAST, *Principles of European Constitutional Law*, Oxford, 2010, 24.

¹² A. SPADARO, *Dalla Costituzione come atto (puntuale nel tempo) alla Costituzione come processo (ovvero della continua evoluzione del parametro costituzionale attraverso i giudizi di costituzionalità)*, in *Quaderni Costituzionali*, 1998, 343 ss.

¹³ Si fa evidentemente riferimento al concetto di "tolleranza costituzionale" che Weiler ritiene essere il carattere peculiare dell'ordinamento comunitario, ma che sembra possibile trapiantare, senza pericolo di un rigetto, anche al sistema CEDU. Si veda J.H.H. WEILER, *Federalism and Constitutionalism, Europe's sonderweg*, in K. NICOLAIDIS - R. HOWSE (a cura di), *The Federal Version: Legitimacy and Levels of Governance in the US and the EU*, Oxford University Press, Oxford, 2001, 54 ss., 69, ora anche in J.H.H. WEILER, *La Costituzione dell'Europa* (trad. it. a cura di F. Martines), Il Mulino, Bologna, 2003, 531. Secondo tale ricostruzione, i soggetti costituzionali negli Stati membri accettano la disciplina costituzionale europea «not because as a matter of legal doctrine, as in the case in the federal State, they are subordinate to a higher sovereignty and authority attaching to norms validated by the federal peoples, the constitutional demos. They accept it as an autonomous voluntary act endlessly renewed by each instance of subordination [...] The Quebecois are told in the name of the people of Canada, you are obliged to obey. The French or the Italians or the Germans are told: in the name of peoples of Europe, you are invited to obey [...]. When acceptance and subordination is voluntary, it constitutes an act of true liberty and emancipation from collective self-arrogance and constitutional fetishism: a high expression of Constitutional Tolerance».

secoli, delle monarchie europee, poi dallo sviluppo del ruolo dei parlamenti moderni e degli altri istituti fondati sul principio democratico, cui ha corrisposto il riconoscimento sempre più compiuto dei diritti fondamentali dei singoli e la valorizzazione degli organi di garanzia (giudici, specie costituzionali)»¹⁴.

Neanche concentrandosi sull'elemento di comunanza sembrano riscontrarsi successi maggiori. Certo, utile potrebbe essere il riferimento all'art. 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, per cui «ogni società in cui la garanzia dei diritti non è assicurata, né la separazione dei poteri stabilita, non ha una costituzione», e quindi considerare comuni, come è stato proposto¹⁵, quei concetti o tradizioni il cui ruolo, negli Stati membri, sia di garantire i diritti e separare i poteri. A complicare ulteriormente il quadro bisogna però rilevare come la comunanza (o quanto meno l'anelito alla comunanza) sia una variabile difficilmente diagnosticabile. Perché, per esempio, mentre con riferimento agli strumenti relativi alla separazione dei poteri, gli Stati mostrano un certo grado di autosufficienza, lo stesso livello di autoreferenzialità non sembra riscontrarsi, invece, in relazione all'ambito della protezione dei diritti fondamentali. Al contrario, in tale ambito si registra una fisiologica vocazione a guardare oltre i confini nazionali, ad altre esperienze costituzionali, ed è (anche) per questo che il terreno sembra costituire un laboratorio privilegiato per misurare il livello di comunanza delle tradizioni costituzionali in Europa.

3. *Le origini*

Per provare effettivamente a isolare, come da dichiarazione di intenti, il grado di influenza proprio delle tradizioni costituzionali comuni nelle varie stagioni del processo di integrazione europea, non si può non partire dal momento fondativo di tale processo, che già *ab origine* mostrava un collegamento assai stretto tra matrice nazionale e scenario sovranazionale in via di formazione, in occasione dei negoziati che portarono alla firma del Trattato di Roma del 1957.

Basti pensare che proprio a Messina, sede di queste Giornate i cui atti costituiscono l'oggetto di questo Volume, dall'uno al tre giugno del 1955, fu proposto dalla delegazione italiana uno strumento che potesse portare anche a livello sovranazionale quella connessione tra giudice comune e giudice delle leggi che caratterizzava, anche se ancora solo sulla carta, l'esperienza del giudizio costituzionale in via incidentale in Italia. Questa la genesi, come emerge dai lavori preparatori, del canale istituzionale di dialogo tra Corte di Lussemburgo e giudici nazionali: il meccanismo del rinvio pregiudiziale che, come si è cercato di dimostrare altrove¹⁶ è, per un verso, l'unico elemento davvero differenziante presente *ab origine* nel Trattato CEE rispetto al diritto internazionale classico, dall'altro rappresenta lo strumento che ha consentito ai giudici comunitari di creare quella complicità con gli omologhi nazionali in grado di perfezionare il distacco dell'ordinamento comunitario dal diritto internazionale come inteso fino a quel momento, attraverso la ormai storica riscrittura dei trattati istitutivi, a cominciare, ovviamente, da *Van Gend en Loos*¹⁷ e *Costa Enel*¹⁸.

Principi di proporzionalità e di certezza del diritto sono invece transitati a livello europeo dall'esperienza giuridica tedesca¹⁹, mentre la matrice dell'azione di annullamento è francese²⁰.

Così come di provenienza d'Oltralpe è il serbatoio da cui la Corte di giustizia ha attinto per costruire la nozione di principi generali del diritto comunitario. Nozione che trova le sue fondamenta

¹⁴ A. PIZZORUSSO, *Common constitutional traditions as Constitutional Law of Europe*, in *Sant'Anna Legal Studies*, SALS Research Paper n. 1/2008; si v. anche ID., *Il patrimonio costituzionale europeo*, Il Mulino, Bologna, 2002.

¹⁵ È la tesi di J. ZILLER, *I diritti fondamentali tra tradizioni costituzionali e 'costituzionalizzazione' della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Il dir. dell'Unione Europea*, 539 ss.

¹⁶ O. POLLICINO, *Allargamento dell'Europa ad est e rapporto tra corti costituzionali e corti europee. Verso una teoria generale dell'impatto interordinamentale del diritto sovranazionale?* Giuffrè, Milano, 2010

¹⁷ Corte giust., 5 febbraio 1963, causa 26/62, *Van Gend en Loos c. Nederlandse Administratie der Belastingen*.

¹⁸ Corte giust., 15 luglio 1964, causa 6/64, *Flaminio Costa c. E.N.E.L.*

¹⁹ A. ADINOLFI, *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e la loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1994, 525 ss.

²⁰ T. TRIDIMAS, *op. cit.*, 24.

nello sviluppo di matrice giurisprudenziale, ad opera del Conseil d'Etat, del diritto amministrativo francese negli ultimi due secoli. Nozione, la medesima, che è diventata però essenziale quando, mancando nella Costituzione del 1958 una elencazione dei diritti, la cui unica menzione si ritrova, come è noto, nel Preambolo della stessa Costituzione che rinvia alla Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, il Conseil d'Etat decise che tale lacuna poteva essere colmata identificando quale fonte normativa diretta sulla protezione dei diritti fondamentali proprio quei principi generali del diritto di creazione giurisprudenziale cui si è appena fatto cenno²¹.

Sempre in riferimento alle tradizioni costituzionali comuni ed al ruolo da esse giocato nel periodo fondativo del processo di integrazione europea, ci si potrebbe chiedere perché, di contro a sei paesi fondatori con una tradizione consolidata in tema di tutela di diritti fondamentali, vi fosse un silenzio (quasi assordante) nel Trattato di Roma a questo riguardo. Un silenzio che stride²² con i riferimenti che, invece, tanto nel progetto del Trattato istitutivo della Comunità Europea di Difesa del 27 maggio 1952, quanto in quello alla base della Comunità Politica Europea del 26 febbraio 1953, erano ben presenti²³.

Seppure forse *nüif*²⁴, l'idea che una tale assenza si debba, almeno in parte, alla considerazione dei Padri fondatori per la quale, visto il fallimento dei tentativi di dotare l'organizzazione comunitaria di una vocazione anche ultra-economica, era opportuno concentrarsi, in prima battuta, seguendo la logica pragmatica di Jean Monnet, sull'obiettivo del raggiungimento di un mercato unico, lasciando alla CEDU "l'esclusiva" in materia di diritti fondamentali, non può certo essere ignorata.

Certo è anche possibile, come autorevolmente sostenuto²⁵, che detto silenzio celasse «l'intento dei Padri fondatori di lasciare che fossero gli Stati membri, con le loro Corti costituzionali ed i loro apparati giurisdizionali a garantire il rispetto dei diritti fondamentali anche nei confronti delle istituzioni comunitarie». Non può però, in ogni caso, concludersi che tale intento sia stato condiviso dalla Corte di giustizia nella sua prima giurisprudenza rilevante.

Se ciò fosse avvenuto, infatti, l'effetto inevitabile sarebbe stato quello di un'applicazione a geometria variabile, all'interno degli ordinamenti interni, del diritto comunitario, che avrebbe leso irreversibilmente la missione che la stessa Corte aveva fatto propria sin dall'inizio: salvaguardare, per l'appunto, l'uniformità dell'applicazione del diritto comunitario negli Stati membri²⁶.

Non a caso, la prima volta in cui, nel 1958, si poneva una questione legata al rispetto di una tradizione costituzionale di uno Stato membro, seppur in riferimento al Trattato CECA²⁷, la stessa Corte escludeva di poter accertare (e tenere in alcun modo in considerazione) la violazione di principi fondamentali del *Grundgesetz* tedesco da parte di atti comunitari.

Il che, a pensarci bene, ha anche un risvolto paradossale se si prova a riflettere sulla circostanza che la prima volta in cui la Corte di giustizia ha di fatto indossato i panni di una corte costituzionale, lo ha fatto per negare rilevanza e cittadinanza in ambito comunitario alle tradizioni costituzionali di uno Stato membro.

²¹ A. ADINOLFI, *op. cit.*

²² Ad ulteriore conferma che il progetto originario alla base del processo di integrazione comunitaria avesse molto più in comune con gli obiettivi del sistema CEDU rispetto a quanto è risultato essere poi proprio dell'ambito di applicazione del Trattato di Roma del 1957.

²³ Basti pensare che nel primo era espressamente previsto l'obbligo per la Comunità di rispettare «les libertés publiques et les droits fondamentaux des individus (art. 3), mentre il secondo, oltre ad un obbligo della stessa portata, prevedeva anche «un rinvio pregiudiziale della Corte della Comunità alla Corte europea dei diritti dell'uomo». A ricordarlo è G.F. MANCINI, *Democrazia e costituzionalismo nell'Unione europea*, Bologna, Il Mulino, 2004, 143.

²⁴ È così definita l'idea da M. CARTABIA, *L'ora dei diritti fondamentali in Europa*, in M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione*, Il Mulino, Bologna, 2007, 13 ss., 16.

²⁵ *Ibidem.*

²⁶ Dello stesso avviso è Takis Tridimas che, commentando il caso *Stork*, afferma che «this case law is not to be attributed to a lack of commitment to human rights protection but a more pragmatic reason. The Court was fearful of subordinating the treaty to the laws of Member States and thus prejudicing the effect of Community law». T. TRIDIMAS, *op. cit.*, 301.

²⁷ Corte giust., 4 febbraio 1959, causa C-1/58, *Stork c. Alta Autorità*.

Non sembra neanche essere una coincidenza che tale stagione di impermeabilità europea al fattore costituzionale domestico, sotto il profilo del vincolo interordinamentale, corrisponda con il periodo della storia del processo di integrazione europea in cui la Corte di Lussemburgo si è dimostrata più incline a operare un riferimento specifico e puntuale, come non farà più in futuro, alle esperienze giuridiche degli Stati membri. Si prenda, a titolo esemplificativo, il *reasoning* di *Algera* del 1957²⁸ in cui, dopo una premessa, con riferimento alla possibilità di revoca di atti amministrativi illegittimi, e precisato che si trattava di «un problema ben noto nella giurisprudenza e nella dottrina di tutti i paesi della Comunità ma per la cui soluzione il Trattato non contiene alcuna norma giuridica», i giudici comunitari concludevano che «la Corte, per non denegare giustizia, è pertanto tenuta a risolvere tale problema informandosi alle leggi, alla dottrina ed alla giurisprudenza dei Paesi membri».

E lo ha fatto, in quel caso, in modo sistematico e puntuale.

Tutto ciò avveniva, come si diceva, prima che la Corte di Lussemburgo “estraesse dal cilindro” le dottrine del primato del diritto comunitario e dell’effetto diretto.

Da lì in poi, le priorità argomentative dei giudici comunitari erano, evidentemente, destinate a rovesciarsi. Se prima di allora era infatti molto rischioso, per gli stessi giudici, qualsiasi riferimento all’esistenza di un vincolo, in capo alle istituzioni comunitarie, ad adottare atti che non si scontrassero con il dettato delle Costituzioni nazionali²⁹ ed era invece abbastanza indifferente, in assenza di un vincolo interordinamentale, fare chiaramente emergere nel *reasoning* delle pronunce la matrice costituzionale domestica del loro portato finale, al contrario, una volta affermato il principio della supremazia del diritto comunitario anche nei confronti delle Costituzioni degli Stati membri, diventava imperativo che gli stessi giudici si scoprissero improvvisamente interessati alla tutela dei diritti fondamentali e dimostrassero la matrice costituzionale comune di questa tutela, anche quando questa matrice, *di fatto*, non c’era.

Per tale ragione, un’analisi accurata di diritto comparato delle esperienze costituzionali degli Stati membri rischiava di remare contro le nuove priorità argomentative della Corte. Non è dunque una coincidenza che quest’ultima non riproporrà più, se non assai di rado, l’analisi quasi aritmetica che ha caratterizzato il *reasoning* di *Algera*³⁰.

Tutto questo nel contesto di quella che qualcuno ha definito la filastrocca³¹ relativa alla giurisprudenza comunitaria in materia di diritti fondamentali che qui non è il caso di ripercorrere, non fosse altro perché ha uno scientificamente provato effetto soporifero.

Ciò che può essere caso mai rilevante fare emergere in questa sede è come, all’interno di tale filastrocca, così come la si racconta, viene spesso sottovalutato, invece, un passaggio assai rilevante ai nostri fini, quello del rapporto tra la questione del primato del diritto comunitario e quella concernente l’attenzione della Corte di giustizia alle tradizioni costituzionali comuni.

A questi fini ci è molto utile il *reasoning* in *Internationale Handelsgesellschaft*³², in cui subito dopo la “dichiarazione shock” dei giudici di Lussemburgo relativa all’irrelevanza, ai fini della valutazione della validità di una normativa comunitaria, del fatto che questa si scontrasse o meno con il disposto delle Costituzioni degli Stati membri³³, si sottolineava, quasi ad attenuare la portata

²⁸ Corte giust., 12 luglio 1957, cause riunite C-7/56, C-3/57 a C-7/57, *Algera Dineke*.

²⁹ È stato giustamente notato a questo proposito, per spiegare l’approccio della Corte di giustizia nel caso *Stork*, che, «in the absence of a clearly established doctrine of supremacy, there would be little to stop the review of Community actions under national constitutional law from expanding to any national norm». Così J.H.H WEILER, *Eurocracy and Distrust: Some Questions Concerning the Role of the European Court of Justice in the Protection of Fundamental Rights within the Legal Order of the European Communities*, 61 WASH. L. REV. 1103, 1114 (1986).

³⁰ Se non in Corte giustizia, 13 dicembre 1979, causa C-44/79, *Hauer*, come vedremo tra un momento, per mettere in chiaro che tipo di vincolo i giudici comunitari attribuiscono alle analisi di diritto comparato.

³¹ L’espressione è utilizzata da Giuseppe Morbidelli per ricordare il solito ripetersi della narrazione relativa agli incontri e gli scontri tra le due Corti. Cfr. G. MORBIDELLI, *Corti costituzionali e corti europee: la tutela dei diritti (dal punto di vista della corte di Lussemburgo)*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 287.

³² Corte giust., 17 dicembre 1970, causa C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*.

³³ Nella già citata pronuncia *Internationale Handelsgesellschaft* i giudici avevano sottolineato espressamente che «il richiamo a norme o nozioni di diritto nazionale nel valutare la legittimità di atti emanati dalle istituzioni della Comunità menomerebbe l’unità e l’efficacia del diritto comunitario. Il diritto nato dal Trattato, che ha una fonte autonoma, per sua

“sovversiva” di questo principio, un passaggio dalla rilevanza altrettanto fondamentale, almeno ai nostri fini.

Più precisamente, accanto alla sottolineatura che il rispetto per i diritti fondamentali fosse da considerarsi parte integrante dei principi generali del diritto comunitario, si aggiungeva per la prima volta, in un certo senso, contraddicendo quanto affermato un momento prima a proposito dell’indifferenza del diritto comunitario per il portato costituzionale degli Stati membri, che la protezione dei diritti fondamentali in ambito comunitario «è informata alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, e va garantita entro l’ambito della *struttura* e delle *finalità* della *Comunità*».

Si tratta di due passaggi che potrebbero sembrare banali ma che, se riletti attraverso un tentativo di contestualizzazione, anche in una visione prospettica, sembrano in grado di consegnarci la cifra dello sforzo argomentativo della Corte finalizzato a realizzare la difficile alchimia, nell’ambito della tutela dei diritti fondamentali, tra, da una parte, l’esigenza di non fare sconti riguardo all’*enforcement* della regola del primato e l’esigenza, altrettanto sentita, di assicurare gli Stati membri che, in tale *enforcement*, non sarebbero pregiudicate le rispettive tradizioni costituzionali.

Con riferimento al primo passaggio citato ai sensi del quale, lo si ribadisce, la protezione dei diritti fondamentali «è informata alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri», può dirsi che la supremazia del diritto comunitario sul diritto interno, almeno riguardo all’area relativa alla tutela dei diritti fondamentali, non è mai stata assolutizzata dalla Corte di giustizia. Infatti, proprio nel momento in cui tale supremazia raggiungeva, apparentemente, il suo apice massimo, spingendosi oltre i limiti previsti dal dettato costituzionale degli Stati, essa era, allo stesso tempo, in qualche modo, “relativizzata” dal riferimento che, per la prima volta, la Corte di giustizia faceva alle tradizioni costituzionali nazionali quale limite, seppur indiretto, a detto primato.

Fatto sta che il preteso effetto di assicurazione cui aspirava l’ultimo passaggio richiamato non convinceva del tutto i giudici costituzionali tedeschi, ed è solo in questo momento che la giurisprudenza comunitaria in materia di diritti fondamentali avrebbe iniziato a caratterizzarsi per una connotazione prettamente reattiva³⁴. Connotazione che, invece, si è soliti attribuire a tutta l’evoluzione giurisprudenziale rilevante della Corte di giustizia³⁵.

Con riferimento al secondo passaggio menzionato in *Internationale*, per cui, lo si ricorda, «la tutela dei diritti fondamentali va garantita entro l’ambito della *struttura* e delle *finalità* della *Comunità*», si tratta, a ben vedere, di una prima enunciazione, *ante litteram*, rispetto a ciò che assai più chiaramente la Corte ribadirà in *Hauer*, nove anni dopo, circa la solo parziale influenza giocata dalle tradizioni costituzionali comuni nella elaborazione, da parte della stessa Corte, della narrazione giurisprudenziale in materia di ditti fondamentali³⁶.

natura non può infatti trovare un limite in qualsivoglia norma del diritto nazionale senza perdere il proprio carattere comunitario e senza che sia posto in discussione il fondamento giuridico della stessa Comunità. Di conseguenza il fatto che siano menomati vuoi i diritti fondamentali sanciti dalla Costituzione di uno Stato membro, vuoi i principi di una Costituzione nazionale, non può sminuire la validità di un atto della Comunità né la sua efficacia nel territorio dello stesso Stato»

³⁴ Si fa riferimento a quella giurisprudenza ulteriore che ha aggiunto, quale fonte di ispirazione per la tutela dei diritti fondamentali, le norme delle pertinenti convenzioni internazionali in materia di diritti umani che gli Stati membri hanno ratificato (Corte giust., 14 maggio 1974, causa C-4/73, *Nold*), tra cui la CEDU occupa una posizione senza dubbio privilegiata (Corte giust., 28 ottobre 1975, causa C-36/75, *Rutili*). Vi è un accordo quasi unanime nel ritenere che il riferimento alla CEDU sia stato così tardivo nella giurisprudenza comunitaria rispetto alla prima proposizione dell’“argomento” relativo alla tutela dei diritti fondamentali, perché la Corte di giustizia, accortamente, ha aspettato la ratifica della CEDU da parte della Francia, avvenuta, com’è noto, “soltanto” il 3 maggio 1974.

³⁵ È infatti soltanto a seguito dell’adozione, da parte del giudice comunitario di *Internationale Handelsgesellschaft*, che i giudici tedeschi, seguiti poi a ruota da quelli italiani, avrebbero attivato quel “confronto dialettico”, per usare un eufemismo, con Lussemburgo.

³⁶ E che sarà poi ribadito, fino a recentissima giurisprudenza della Corte di giustizia e dalle rispettive conclusioni degli Avvocati generali, da sempre peraltro, va detto, più sensibili al dato comparato. Si v. il richiamo in S. NINATTI, *op. cit.*, 540-541 in particolare alle Conclusioni dell’Avvocato generale Lagrange, 4 giugno 1962, causa 14/61, *Hoogovens c.*

Più precisamente, in *Hauer* la Corte ribadiva che «eventuali questioni relative alla violazione dei diritti fondamentali mediante atti emanati dalle istituzioni della Comunità possono essere valutate unicamente alla stregua del diritto comunitario. Il richiamo a criteri di valutazione speciali, propri della legislazione o del sistema costituzionale di uno Stato membro, incrinerebbe inevitabilmente l'unità del mercato comune e comprometterebbe la coesione della Comunità, giacché menomerebbe l'unità e l'efficacia del diritto comunitario»³⁷.

Tradotto in altri termini: nessuna ambizione, né, forse, neanche interesse, ad un esame comparato esaustivo delle tradizioni costituzionali comuni, come era successo invece in *Algera*, nessuna analisi quantitativa delle stesse, sia essa rivolta alla identificazione, rispettivamente, del minimo o massimo standard di protezione dei diritti fondamentali in gioco. Dibattito, quest'ultimo, spesso riproposto in dottrina³⁸, e su cui adesso non ci si può davvero soffermare,³⁹ se non per sottolineare quello che ci sembra uno dei pochi punti incontrovertibili in un contesto assai nebuloso. Le tradizioni costituzionali comuni non possono essere considerate, per come viventi nella giurisprudenza della Corte di giustizia, quali fonti di produzione in senso stretto, in quanto ciò comporterebbe che norme costituzionali nazionali possano essere vincolanti⁴⁰ nelle operazioni di bilanciamento del giudice di Lussemburgo. Nessun incubo sembra essere maggiormente inquietante per la Corte di giustizia rispetto allo scenario appena descritto se non, forse, quello che potrebbe diventare realtà se le tradizioni costituzionali assumessero il rango di fonti di produzione, consentendo ad ogni singolo Stato membro di poter influire, attraverso una modifica delle proprie disposizioni relative ai diritti fondamentali, sulla disciplina comunitaria, così permettendo ad esso di incidere sensibilmente sull'autonomia dell'ordinamento comunitario⁴¹.

Se dal punto di vista della teoria delle fonti le tradizioni costituzionali comuni non sembrano giocare un ruolo determinante, esse paiono recuperare vigore guardando al loro utilizzo nella giurisprudenza comunitaria alla luce delle teorie dell'argomentazione e dell'interpretazione.

In questo contesto, l'operazione ermeneutica caratterizzante il processo di identificazione della matrice costituzionale comune sembra risolversi in una analisi che è stata definita qualitativa o di comparazione critica⁴², emergente dalla combinazione di tre diversi metodi interpretativi, quello comparato innanzitutto, insieme a quello teleologico ed a quello sistematico⁴³.

Il che ci consente di pervenire quantomeno a due punti fermi.

In primo luogo, il ricorso al diritto comparato costituisce, a ben vedere, un metodo di interpretazione del diritto proposto dalla Corte di giustizia⁴⁴.

High Authority e alle Conclusioni dell'Avvocato generale Kokot, 29 aprile 2010, causa C-550/09 P, *Azko Nobel Chemicals Ltd.*

³⁷ Corte giust., 13 dicembre 1979, cit., p. 14.

³⁸ L. BESSELINK, *Entrapped by the Maximum Standard: On Fundamental Rights, Pluralism and Subsidiarity in the European Union*, 35 *CML Rev* 629 (1998).

³⁹ Si v. L. COZZOLINO, *op. cit.*, 27 ss. il quale evoca la distinzione tra due possibili metodi di individuazione dei diritti fondamentali, una di tipo quantitativo, l'altra di tipo qualitativo. Alla declinazione di tipo quantitativo l'Autore riconduce due modelli: il «modello del massimo standard di tutela» e il «modello del minimo comune denominatore». Il primo «prevede, in linea generale, che la creazione dei diritti fondamentali comunitari avvenga sulla base di quelle tradizioni costituzionali che garantiscono la più ampia tutela al diritto in questione»; nel secondo, invece, «si mira a stabilire di fronte ad una pluralità di regolamentazioni nazionali differenti, quale sia il contenuto minimo di esse che possa ritenersi comune». Alla declinazione di tipo qualitativo, invece, appartiene il modello del «bilanciamento degli interessi», detto anche «della comparazione critica», che si caratterizza «per operare non su regolamentazioni giuridiche complete o parziali, ma andando a rintracciare al di là della regola, l'interesse tutelato». Inoltre, in tale modello, non rileva «tanto che la soluzione da trasporre a livello comunitario sia accolta dal più ampio numero di ordinamenti, ma che si delinea la soluzione migliore o, secondo altri, più progressista, o ancora più funzionale». Si v. anche A. ADINOLFI, *op. cit.*

⁴⁰ Si v. A. PIZZORUSSO, *Common constitutional traditions as Constitutional Law of Europe*, cit.

⁴¹ L. COZZOLINO, *op. cit.*

⁴² *Ibidem.*

⁴³ *Ibidem.*

⁴⁴ Così J. MERTENS DE WILMARS, *Réflexions sur les méthodes d'interprétation de la Cour de justice des Communautés européennes*, in *Cahiers de droit européen*, 1986, 5 ss.; Si veda anche, per considerazioni analoghe, K. LEANERTS, *Le droit comparé dans le travail du juge communautaire*, in *Revue Trimestelle de droit européenne*, 2001, 495 ss.

In secondo luogo il *telos* di questa interpretazione, già in *nuce* in *Internationale Handelsgesellschaft*, emerge chiaramente nel passaggio di *Hauer* citato in precedenza: realizzare al meglio gli obiettivi propri dell'ordinamento comunitario. D'altronde, non è un caso che l'epifania più cristallina di tale processo di funzionalizzazione emerga dal *reasoning* di *Hauer*, un caso nel quale la Corte di giustizia, dopo aver preso esplicitamente in considerazione, ipotesi più unica che rara, le norme costituzionali di nove Stati membri, decideva, poi, di fatto, senza dichiararlo espressamente, e non senza un certo grado di apoditticità, che la *better law*, la tradizione costituzionale in grado di realizzare al meglio interessi ed obiettivi della comunità, era, in quel caso, da rintracciare nel principio di proporzionalità alla "tedesca"⁴⁵.

Ecco che allora il discorso sulle tradizioni costituzionali comuni sembra risolversi, nel periodo glorioso della giurisprudenza comunitaria, in un paravento retorico ad altra matrice simbolica, in cui la Corte di giustizia cerca nel collegamento, spesso più preteso che effettivo, tra la soluzione prospettata nel caso oggetto di giudizio e quella che emerge dalla esperienza costituzionale degli Stati membri, una legittimazione argomentativa per poter continuare a fare quello che soltanto in un primo periodo la stessa corte ha potuto fare indisturbata, vale a dire, nella ormai leggendaria immagine di Eric Stein⁴⁶, «tucked away in the fairyland Duchy of Luxembourg and blessed, until recently, with the benign neglect by the power that be and the mass media», di fatto riuscire a porre in essere «a constitutional framework for a federal-type structure in Europe»⁴⁷.

4. *Da(l Trattato di) Maastricht a(la Carta di) Nizza*

Sarebbe forse utile guardare ora, in modo approfondito, al processo di "trasfigurazione"⁴⁸ che le tradizioni costituzionali comuni sembrano aver subito nell'era post Maastricht. Analisi forse utile, ma non praticabile in questa sede. Come preannunciato nella dichiarazione d'intenti iniziale, l'esplorazione, per quanto concerne il ruolo delle tradizioni costituzionali comuni, nella stagione "intermedia" del processo di integrazione europea che va da Maastricht fino a Lisbona, non potrà che essere rimandata ad altra sede. Qui basterà fare riferimento al fatto che, a causa degli "scossoni" interordinamentali conseguenti alla entrata in vigore del Trattato di Maastricht⁴⁹, alla contestuale ritrovata aggressività degli Stati membri che, *inter alia*, con la codificazione del principio di sussidiarietà, si riappropriavano del ruolo dei signori dei trattati, lo scenario rilevante mutava radicalmente, e l'atteggiamento della Corte di giustizia, da sempre attenta al contesto politico istituzionale in cui opera, non poteva quindi non risentirne. La tolleranza "esibita" dagli Stati membri con entusiasmo nei primi decenni del processo d'integrazione europea cominciava a vacillare e spettava alla Corte trovare un modo per "rialimentare" la fiamma dell'"obbedienza volontaria" che si andava vistosamente (e in modo preoccupante) affievolendo. In questo contesto, le tradizioni costituzionali comuni assumono un ruolo cruciale nella strategia di rassicurazione perseguita dalla Corte, acquisendo, in particolare, a tutti gli effetti, le vesti di vero e proprio "termometro" interordinamentale, fornendo, in altre parole, carburante prezioso per l'alimentazione della tolleranza

⁴⁵ G. GAJA, *Aspetti problematici della tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in *Riv. dir. internaz.*, 1988, 627 ss.

⁴⁶ E. STEIN, *Lawyers, Judges and the Making of a Transnational Constitution*, in *Am. J. Int'l Law*, 1981, 1.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ Per richiamarsi alla fortunatissima immagine che il prof. Silvestri riservava in uno scritto altrettanto fortunato del 1996 alla sovranità: si v. G. SILVESTRI, *La parabola della sovranità*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, 1, 3 ss.

⁴⁹ Trattato che, come notissimo, all'art. 6 codifica la giurisprudenza della Corte di giustizia in tema di diritti fondamentali e tradizioni costituzionali comuni prevedendo che «1. L'Unione si fonda sui principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dello stato di diritto, principi che sono comuni agli Stati membri. 2. L'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario. 3. L'Unione rispetta l'identità nazionale dei suoi Stati membri. 4. L'Unione si dota dei mezzi necessari per conseguire i suoi obiettivi e per portare a compimento le sue politiche».

costituzionale degli Stati membri. Il che avviene grazie alla posizione privilegiata che le tradizioni costituzionali si riservano nel *majoritarian activism approach* che caratterizza il *Leitmotiv* interpretativo della giurisprudenza comunitaria di questa stagione. Tecnica argomentativa, come si è cercato dimostrare altrove⁵⁰, in base alla quale, tra le varie alternative potenzialmente percorribili per la risoluzione di questioni "costituzionali", la Corte di Lussemburgo propende per quella che appare più largamente condivisa nei sistemi giuridici nazionali, in quanto avente una matrice costituzionale condivisa e quindi suscettibile di incontrare il più alto grado di consenso nella maggioranza degli Stati membri. Evidente il ruolo, lo si ribadisce, di "termometro" interordinamentale, giocato dalle tradizioni costituzionali comuni a questo riguardo.

Sarebbe poi forse non del tutto inutile guardare anche al periodo intercorrente tra la proclamazione della Carta di Nizza, nel 2000, e la sua entrata in vigore, contestualmente a quella del Trattato di Lisbona nel 2009. Ma, anche in questo caso, non si può che provare a fare emergere lo scenario di fondo⁵¹, posticipando ad un'altra occasione l'approfondimento degli elementi di dettaglio. Un periodo, quello da Nizza a Lisbona, travagliato e dalla natura ambivalente con riferimento specifico al nostro tema.

Da una parte, il passaggio dal plurale al singolare nella declinazione interpretativa delle tradizioni costituzionali comuni, vale a dire il passaggio dall'accertamento delle stesse tradizioni comuni al fine dell'applicazione del *majoritarian activism approach*⁵² alla presa in considerazione, da parte della Corte di giustizia, della singola identità costituzionale dello Stato membro⁵³ che si ha, per le ragioni che si è avuto modo di fare emergere altrove⁵⁴, in concomitanza con l'allargamento ad est dell'Unione europea, facevano sperare (vedremo tra un momento perché invano), anche alla luce delle previsioni del Trattato costituzionale⁵⁵, ad una possibile europeizzazione dei controlimiti⁵⁶. All'orizzonte si profilava dunque possibile un nuovo corso della giurisprudenza comunitaria all'insegna della

⁵⁰ Si v. O. POLLICINO, *Allargamento dell'Europa ad est*, cit.

⁵¹ Al riguardo, S. NINATTI, *op. cit.*, p. 545 (segnatamente alla nt. 20) ha evocato l'argomento, caro all'Avvocato generale Maduro in diverse delle opinioni consegnate, che riconosce una duplice funzione alla Carta di Nizza, pur non (ancora) giuridicamente vincolante, nel periodo antecedente alla ratifica del Trattato di Lisbona. Da un lato, la Carta «crea la presunzione di esistenza» di un diritto fondamentale, presunzione che deve tuttavia trovare conferma, alternativamente, o in una disposizione della CEDU che preveda un'analogia garanzia o nelle tradizioni costituzionali comuni. Una volta attribuita efficacia in tal modo alla Carta, essa diviene rilevante per individuare le caratteristiche peculiari del diritto fondamentale in questione. A sostegno di questo approccio l'Autrice menziona le Conclusioni dell'Avvocato generale Maduro, 14 dicembre 2006, causa C-305/05, *Ordre des barreaux francophones et germanophone et a. c. Conseil des ministres*; 9 settembre 2008, causa C-465/07, *Melki Elgafaji c. Staatssecretaris van Justitie*.

⁵² Strategia che, se aveva ottenuto effetti piuttosto persuasivi nei confronti degli interlocutori, politici e giurisdizionali, dei Paesi dell'ovest, rischiava di riscuotere un successo assai minore nei confronti dei nuovi Stati membri dell'est. Ciò in quanto, sia per le caratteristiche di ordine politico-costituzionale proprie di tali ordinamenti cui si è già fatto riferimento, sia per la pervasività propria del diritto dell'Unione, quel che sembrava maggiormente premere agli interlocutori politici e giurisdizionali degli stessi ordinamenti era che una loro eventuale posizione minoritaria o isolata in ordine ad un valore costituzionale correlato ad una specifica identità da tutelare non venisse sacrificata dai giudici comunitari, né sull'altare del *majoritarian activism approach*, né tanto meno in nome della supremazia assoluta del diritto dell'Unione europea sul diritto nazionale. In questa ottica, tutto sembra essere fuorché una coincidenza il fatto che la Corte di giustizia, alcuni mesi dopo l'allargamento del 2004, abbia per la prima volta affermato, in aperto contrasto rispetto ad ogni logica maggioritaria, che «non è indispensabile che una misura restrittiva emanata dalle autorità di uno Stato membro corrisponda ad una concezione condivisa da tutti gli Stati membri relativamente alle modalità di tutela del diritto fondamentale o dell'interesse legittimo in causa». Corte giust., 14.-ottobre 2004, causa C-36/02, *Omega*, causa C-36/02.

⁵³ Il riferimento è, ovviamente, e nuovamente, al caso *Omega*, Corte giust., 14 ottobre 2004, causa C-36/02. G. REPETTO, nel suo *Argomenti comparativi e diritti fondamentali*, cit., 246 ss., contestualizza in molto assai convincente il *reasoning* della Corte di giustizia, nel caso appena menzionato, all'interno di quel percorso argomentativo che traghetta il riferimento alle tradizioni costituzionali comuni dalla prospettiva "consensualistica" a quella "trasversale" o "diagonale", come si proverà a dimostrare nei cenni conclusivi di questo lavoro.

⁵⁴ O. POLLICINO, *Allargamento dell'Europa ad est*, cit.

⁵⁵ Previsioni peraltro poi confermate dal Trattato di Lisbona.

⁵⁶ Si v. A. RUGGERI, "Tradizioni costituzionali comuni" e "controlimiti", tra teoria delle fonti e teoria dell'interpretazione, cit., 107.

deferenza nei confronti del fattore costituzionale domestico, seppure, e sembrava questa la grande notizia, non condiviso e comune.

Allo stesso tempo però, ed ambivalentemente, come si accennava, nel medesimo periodo di riferimento, le tradizioni costituzionali comuni e ancor più, i principi generali del diritto comunitario, che di tali tradizioni costituiscono, come si è detto in precedenza, in qualche modo la sublimazione sovranazionale, hanno costituito il grimaldello interpretativo su cui la Corte di giustizia ha fatto affidamento per porre in essere delle fughe in avanti che hanno messo a dura prova la tolleranza costituzionale degli Stati membri.

Come, per esempio, quando, nel 2005, in *Mangold*⁵⁷, un'interpretazione creativa, ai confini, invero, della manipolazione, del principio generale di non discriminazione sulla base dell'età ha consentito ai giudici comunitari di prevederne la sua applicazione diretta, e conseguentemente, un ampliamento smisurato dell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione europea, in riferimento peraltro ad una direttiva il cui termine di recepimento non era ancora scaduto. Emblematico, da una parte, della connessione inscindibile tra applicazione del principio generale e identificazione delle tradizioni costituzionali comuni sottostanti a detto principio e, dall'altra, della reazione che l'attivismo interpretativo della Corte, fondato proprio su tale connessione, ha ingenerato negli Stati membri, è stato il durissimo editoriale con cui Roman Herzog ha commentato, a caldo, la decisione della Corte. Un editoriale dal titolo abbastanza eloquente: *Stop the European Court of Justice*⁵⁸.

A detta del Vicepresidente della Convenzione per l'Europa il riferimento, nel caso di specie, al principio di non discriminazione sulla base dell'età quale principio generale del diritto dell'Unione avrebbe dovuto, se non rispecchiarsi, almeno trarre ispirazione dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri. Invece, continuava Herzog, «however, this “general principle of community law” was a fabrication. In only two of the then 25 member states – namely Finland and Portugal – is there any reference to a ban on age discrimination, and in not one international treaty is there any mention at all of there being such a ban, contrary to the terse allegation of the ECJ. Consequently, it is not difficult to see why the ECJ dispensed with any degree of specification or any proof of its allegation. To put it bluntly, with this construction which the ECJ more or less pulled out of a hat, they were acting not as part of the judicial power but as the legislature»⁵⁹.

5. Le tradizioni costituzionali nell'età della codificazione.

Alla luce del quadro che si è fin qui provato a fare emergere, il tentativo di isolare l'impatto delle tradizioni costituzionali comuni nell'ordinamento comunitario, oggi, o meglio all'indomani della entrata in vigore della Carta di Nizza, sembra poter coincidere con il tentativo di rispondere alla domanda seguente.

⁵⁷ Corte giust., 22 novembre 2005, causa C-144/04, *Mangold*, in cui la Corte di Lussemburgo aveva rilevato che «il diritto comunitario e, in particolare, l'art. 6, n. 1, della direttiva del Consiglio 27 novembre 2000, 2000/78/CE, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazioni e di condizioni di lavoro, devono essere interpretati nel senso che ostano ad una normativa nazionale, quale quella controversa nella causa principale, la quale autorizza, senza restrizioni, salvo che esista uno stretto collegamento con un precedente contratto di lavoro a tempo indeterminato stipulato con lo stesso datore di lavoro, la stipula di contratti di lavoro a tempo determinato qualora il lavoratore abbia raggiunto l'età di 52 anni. È compito del giudice nazionale assicurare la piena efficacia del principio generale di non discriminazione in ragione dell'età disapplicando ogni contraria disposizione di legge nazionale, e ciò perfino qualora il termine di recepimento della detta direttiva non sia ancora scaduto».

⁵⁸ R. HERZOG - L. GERKEN, *Stop the European Court of Justice*, 2008, in <http://euobserver.com>.

⁵⁹ Sulla base di tali considerazioni è probabile che lo stesso Herzog non abbia preso troppo bene la più recente decisione del 19 gennaio 2010, causa C-555/07, *Seda Küçükdeveci c. Swedex GmbH & Co. KG*, in cui i giudici di Lussemburgo hanno rilevato che «è compito del giudice nazionale, investito di una controversia tra privati, garantire il rispetto del principio di non discriminazione in base all'età, quale espresso concretamente dalla direttiva 2000/78, disapplicando, se necessario, qualsiasi disposizione contraria della normativa nazionale, indipendentemente dall'esercizio della facoltà di cui dispone, nei casi previsti dall'art. 267, secondo comma, TFUE, di sottoporre alla Corte una questione pregiudiziale sull'interpretazione di tale principio».

La nuova età della codificazione dei diritti costituisce la prova provata che quel tramonto del positivismo giuridico cui si è accennato in apertura sia soltanto di natura transitoria⁶⁰, ed *in nuce* si nasconda un'alba definitiva dello stesso e un'altrettanto definitiva vittoria del formalismo giuridico nei confronti del tentativo di valorizzazione di un diritto costituzionale non scritto in ambito sovranazionale?

In caso di risposta positiva, per quanto riguarda l'oggetto specifico della nostra indagine, tale vittoria avrebbe quale conseguenza una progressiva marginalizzazione, o addirittura, un confinamento delle tradizioni costituzionali, ed ancor prima, dei principi generali del diritto dell'Unione. Ad entrambi, infatti, potrebbe essere attribuito un ruolo esclusivamente suppletivo ed ancillare rispetto ad una Carta dei diritti di rango para-costituzionale e di carattere vincolante che doterebbe l'Unione di quella autosufficienza in materia di diritti fondamentali che ridurrebbe di molto l'esigenza del ricorso tanto alle prime quanto ai secondi⁶¹.

Per provare a rispondere al quesito appena posto è necessario guardare al potenziale normativo⁶² post-Lisbona in tema di valorizzazione delle tradizioni costituzionali comuni ed alla relativa elaborazione giurisprudenziale rilevante da una duplice prospettiva: in primo luogo quella relativa alla teoria delle fonti e, in secondo luogo, quella connessa alla teoria dell'interpretazione, tenendo presente che il problema non è di facilissima soluzione, in quanto, mentre gli artt. 52 e 53 della Carta si occupano delle relazioni tra le previsioni di quest'ultima e le disposizioni della CEDU, gli stessi articoli non si occupano direttamente dei rapporti, così come soltanto enunciati all'art. 6.3 del TUE, tra le disposizioni della Carta ed i principi generali del diritto dell'Unione.

Muovendo dal punto di vista della teoria delle fonti, effettivamente, l'impressione sembra essere quella di un percorso obbligato verso una inevitabile marginalizzazione delle tradizioni costituzionali comuni, nonostante il potenziale normativo post-Lisbona e pre-, che la Corte di giustizia, come si

⁶⁰ Nella efficace immagine evocata da A. RUGGERI, *Tradizioni costituzionali comuni*” e “*controlimiti*”, cit., 111.

⁶¹ Tale marginalizzazione, secondo tale cupa previsione, sarebbe tra l'altro amplificata dal contestuale processo di sbiadimento ed annacquamento che le tradizioni costituzionali avrebbero subito a causa dell'allargamento ad est dell'unione e il conseguente processo di incorporazione, al suo interno, di matrici costituzionali più eterogenee in cui sarebbe più difficilmente identificabile il DNA comune.

⁶² Andando a guardare il portato normativo rilevante, a parte l'art. 6.3 TUE («I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali»), rileva senz'altro l'art. 52.4 della Carta dei diritti fondamentali UE («Laddove la presente Carta riconosca i diritti fondamentali quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, tali diritti sono interpretati in armonia con dette tradizioni»), così come l'art. 4.2 TUE («L'Unione rispetta l'uguaglianza degli Stati membri davanti ai trattati e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, compreso il sistema delle autonomie locali e regionali. Rispetta 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. In particolare, la sicurezza nazionale resta di esclusiva competenza di ciascuno Stato membro»). Si v. inoltre l'art. 53 della Carta, ove si stabilisce che «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, dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione, la Comunità o tutti gli Stati membri sono parti contraenti, in particolare la convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dalle costituzioni degli Stati membri». Si v. quanto riportato nelle *Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali*, 207/C 303/2, in merito all'art. 52, par. 4 della Carta: « La regola d'interpretazione contenuta nel paragrafo 4 è stata basata sulla formulazione dell'articolo 6, paragrafo 3 del trattato sull'Unione europea e tiene nel debito conto l'approccio alle tradizioni costituzionali comuni seguito dalla Corte di giustizia (ad es., sentenza del 13 dicembre 1979, causa 44/79 *Hauer*, Racc. 1979, pag. 3727; sentenza del 18 maggio 1982, causa 155/79, *AM&S*, Racc. 1982, pag. 1575). Secondo tale regola, piuttosto che in un'impostazione rigida basata sul 'minimo comun denominatore», i diritti in questione sanciti dalla Carta dovrebbero essere interpretati in modo da offrire un elevato livello di tutela che sia consono al diritto dell'Unione e in armonia con le tradizioni costituzionali comuni». Afferma poi A. LÓPEZ-PINA, *The Spanish Constitutional Court, European Law and the Constitutional Traditions Common to the Member States (Art. 6.3 TUE). Lisbon and Beyond*, Instituto Universitario de Estudios Europeos - Serie Unión Europea, n. 42, 2011, 8: « That means for those putting law into practice that the central problem is going to consist of connecting the Charter with the constitutional traditions of Member States». Si v. inoltre Corte giust., 24 aprile 2012, causa C-571/10, *Kamberaj*; 7 maggio 2013, causa C-617/10, *Åkerberg Fransson*.

vedrà tra un momento, ha letto in modo assai diverso rispetto a quanto i più ottimisti si aspettavano, tanto in riferimento alla nozione di tradizioni costituzionali presente nell'art. 52, par. 4 della Carta, quanto riguardo all'incidenza del "fattore costituzionale domestico", così come diversamente declinata all'art. 53 della Carta e all'art. 4, par. 2 del Trattato sull'Unione europea.

In primo luogo, infatti, è rimasto deluso chi, come Armin von Bogdandy⁶³ o Leonard Besselink⁶⁴, pensava che il vincolo interpretativo di natura interordinamentale che l'art. 53 sembra porre in essere rispetto all'interpretazione della Carta fosse in grado di limitare la teoria del primato assoluto del diritto dell'Unione in qualche modo subordinandolo, con riferimento al livello di protezione dei diritti previsti dalla Carta, alle norme costituzionali degli Stati membri.

La risposta di Melloni nel 2013⁶⁵ è arcinota ed effettivamente deludente sotto questo aspetto. Forse è più utile riprendere un passaggio delle conclusioni dell'Avvocato generale Bot in cui emerge chiaramente la riproposizione di quel *majoritarian activism approach*⁶⁶ e pre-Lisbona che ha visto caratterizzare la giurisprudenza rilevante della Corte di giustizia post-Maastricht, laddove l'Avvocato generale in particolare ritiene che «la Corte non possa fondarsi sulle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri per applicare un livello di protezione più esteso. La circostanza che la decisione quadro 2009/299 sia frutto dell'iniziativa di sette Stati membri e che sia stata adottata dalla totalità di essi, permette infatti di presumere, con un sufficiente grado di certezza, che la grand'è maggioranza degli Stati membri non condivide l'opinione sostenuta dal Tribunal Constitucional nella sua giurisprudenza».

Majoritarian activism approach reloaded, si potrebbe dire.

Nulla sembra, pertanto, essere cambiato nonostante il carattere innovativo del portato normativo rilevante.

Anche con riferimento alla clausola di rispetto dell'identità costituzionale prevista dall'4, par. 2, TUE⁶⁷, la Corte di giustizia ha dimostrato⁶⁸ di non volere fare emergere tutto il potenziale insito in tale strumento.

Si era sperato, argomentando assai finemente, in una europeizzazione dei controlimiti⁶⁹ ed una interiorizzazione degli stessi da parte dei giudici comunitari. In realtà, tale clausola è stata interpretata⁷⁰ dalla Corte di Lussemburgo, come è stato dimostrato⁷¹, non come limite esterno

⁶³ Si segnala S. SCHILL – A. VON BOGDANDY, *Overcoming absolute primacy: respect for national identity under the Lisbon Treaty*, in 48 *CML Rev* 5 (2011).

⁶⁴ L.F.M. BESSELINK, *The protection of fundamental rights post-Lisbon: the interaction between the EU Charter of Fundamental Rights, the European Convention on Human Rights (ECHR) and national constitutions*, in J. LAFFRANQUE (ed.), *Reports of the FIDE Congress Tallinn 2012. - Vol. 1: The protection of fundamental rights post-Lisbon: the interaction between the Charter of Fundamental Rights of the European Union, the European Convention on Human Rights and national constitutions*, Tartu University Press, Tallinn, 2012, 1 ss.

⁶⁵ Corte giust., 26 febbraio 2013, causa C-399/11, *Melloni c. Ministero Fiscal*.

⁶⁶ *Majoritarian activism approach* che la Corte di giustizia, con una variazione sul tema, qualche anno prima (sentenza del 14 settembre 2010, causa C-550/07 P, *Akzo Nobel Chemicals Ltd e Akros Chemicals Ltd c. Commissione europea*), aveva definito «tendenza preponderante», laddove al punto 74 aveva sostenuto che «con riferimento agli ordinamenti giuridici dei 27 Stati membri dell'Unione europea, non si può individuare alcuna tendenza preponderante favorevole alla tutela della riservatezza delle comunicazioni con avvocati interni nell'ambito di un'impresa o di un gruppo».

⁶⁷ Clausola che, guardando ai suoi lavori preparatori in sede di Convenzione europea, ha in realtà più a che fare con una questione di competenze che con una questione di valorizzazione dell'esperienza costituzionale interna. Come rilevato da B. GUASTAFERRO, *Il rispetto delle identità nazionali nel Trattato di Lisbona tra riserva di competenze statali e "controlimiti europeizzati"*, 29 dicembre 2011, in www.forumcostituzionale.it: «L'odierna versione della clausola, dunque, supplisce al mancato inserimento di una lista di competenze esclusive degli Stati membri nel Trattato, ma conserva lo stesso scopo: quello di sottrarre le "funzioni essenziali" degli Stati membri, e le loro prerogative sovrane, all'azione della Comunità».

⁶⁸ Basti pensare a Corte giust., 22 dicembre 2010, causa C-208/09, *Sayn Wittgestein*.

⁶⁹ Si v. A. RUGGERI, *Trattato costituzionale, europeizzazione dei "controlimiti" e tecniche di risoluzione delle antinomie tra diritto comunitario e diritto interno (profili problematici)*, in S. STAIANO (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2006, 827 ss.

⁷⁰ Peraltro immediatamente giustiziabile, a differenza della previsione contenuta nell'art. 6.2 del Trattato di Maastricht.

⁷¹ Ancora B. GUASTAFERRO, *op. cit.*

assoluto, come vorrebbe la teoria dei controlimiti, ma come limite relativo, interesse legittimo dello Stato suscettibile di bilanciamento con altri interessi meritevoli di tutela.

In altre parole, anche il destino della identità costituzionale sembra per molti versi avvicinarsi a quello che ha caratterizzato la torsione retorica delle tradizioni costituzionali comuni, ovvero una “funzionalizzazione eurounitaria” che si declina in configurazioni e bilanciamenti in tutto e per tutto interni all’ordinamento dell’Unione⁷².

Stessa delusione emerge, infine, dalla lettura del portato dell’art. 52, par. 4⁷³, in cui compare l’unico riferimento esplicito presente nella Carta alle tradizioni costituzionali comuni.

Come interpretare il riferimento che detta previsione fa all’interpretazione della Carta in armonia con le tradizioni costituzionali comuni per quei diritti che sono il frutto di un’opera di ricognizione di dette tradizioni? Vi è un obbligo, seppur indiretto, a conformarsi a queste ultime da parte della Corte di giustizia?

Nonostante le aperture della dottrina al riguardo⁷⁴ ed al di là delle *Spiegazioni* alla Carta, che effettivamente sembrano suggerire una risposta negativa⁷⁵, a mettere ancora più in chiaro che tale disposizione non avrebbe fatto fare alcuno scatto in avanti alle tradizioni costituzionali sul piano della teoria delle fonti e che nulla, di fatto, sarebbe cambiato in questo senso è stato Miguel Poiares Maduro, l’anno prima dell’entrata in vigore della Carta. Lui, profeta del pluralismo costituzionale⁷⁶, e quindi al di fuori di qualsiasi sospetto di una visione gerarchica dei rapporti tra diritto dell’Unione e ordinamenti degli Stati membri, nelle conclusioni redatte per un caso nel quale vi era stato un rinvio pregiudiziale sollevato dal Conseil d’Etat in cui, di fatto, quest’ultimo presumeva l’esistenza di un’identità tra i valori fondamentali della Costituzione francese e quelli dell’ordinamento giuridico comunitario, sosteneva come il supremo organo di giustizia amministrativa francese fosse nel vero in tale presupposizione. Nondimeno, aggiungeva lo stesso Maduro, «tale congruenza strutturale può essere garantita solo su un piano sistemico e solo a livello comunitario, attraverso i meccanismi previsti dal Trattato. Tale identità sistemica è ricordata all’art. 6 TUE e garantisce che non vengano violate le costituzioni nazionali, *anche se queste ultime non possono più essere utilizzate come norme di riferimento per il controllo di legittimità degli atti comunitari*. Se così fosse, poiché il contenuto e gli strumenti di tutela delle costituzioni nazionali sono molto diversi fra loro, l’applicazione di atti comunitari potrebbe essere oggetto di deroghe in uno Stato membro e non in un altro». In altre parole, è questo il ragionamento di Maduro, «se le costituzioni nazionali potessero essere invocate per imporre un’applicazione selettiva e discriminatoria delle norme comunitarie sul territorio dell’Unione, paradossalmente ne risulterebbe alterata la conformità dell’ordinamento giuridico comunitario alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri»⁷⁷.

Alla luce dell’analisi appena compiuta sembra evidente che, da una prospettiva propria della teoria delle fonti, le tradizioni costituzionali, mancando dello *status* di fonti di produzione, non sembrano in grado, nonostante il potenziale normativo (inespresso, come si è visto) insito nella Carta, di fare uno scatto in avanti sul piano del vincolo formale nei confronti della giurisprudenza comunitaria.

⁷² *Ibidem*.

⁷³ Se si esclude il preambolo, dove si sostiene, un po’ ipocritamente, che la Carta «riafferma [...] i diritti derivanti in particolare dalle tradizioni costituzionali». Vedremo più in là come non si tratti esclusivamente di una codificazione dell’esistente.

⁷⁴ Si v. F. EKARDT - D. KORNACK, *Of Unity in Diversity and Inherent Tensions: Interpreting the European Union's New Architecture of Fundamental Rights*, 16 *Columbia J of Eur L* 92 (2010).

⁷⁵ Le *Spiegazioni*, cit., smorzano sul nascere buona parte delle illusioni laddove prevedono, come già anticipato, che «La regola d’interpretazione contenuta nel paragrafo 4 è stata basata sulla formulazione dell’articolo 6, paragrafo 3 del trattato sull’Unione europea e tiene nel debito conto l’approccio alle tradizioni costituzionali comuni seguito dalla Corte di giustizia». Il riferimento è evidentemente alle pronunce, peraltro già richiamate, in cui è emerso chiaramente che il peggior incubo per la Corte è che il portato significante delle previsioni costituzionali degli stati membri possa in qualche modo vincolare formalmente, nelle vesti di parametro interposto, la sua elaborazione creativa in tema di diritti fondamentali.

⁷⁶ M. MADURO, *Contrapunctual Law: Europe's Constitutional Pluralism in Action*, in N. WALKER (ed.), *Sovereignty in Transition*, Hart Publishing, Oxford, 2003, 502 ss.

⁷⁷ Conclusioni dell’Avvocato generale Maduro, 21 maggio 2008, causa C-127/07, *Arcelor SA et a.*

La domanda successiva, a questo punto, sembra nascere spontaneamente. Se un passo avanti non è possibile, sono le stesse tradizioni destinate a fare un passo indietro? In altre parole, il momento della scrittura⁷⁸ corrisponderebbe per forza di cose ad una rinuncia a replicare quella influenza culturale, che di fatto, pur non avendo uno *status* di fonte di produzione, le tradizioni costituzionali, sotto il profilo interpretativo, hanno giocato nella giurisprudenza della Corte di giustizia nell'era del *bill of rights* non scritto?

Nel 2003 Antonio Ruggeri⁷⁹ aveva scritto, come spesso gli capita quasi profeticamente, che «non è detto che al riconoscimento di un catalogo dei diritti europei debba, per ineluttabile necessità, corrispondere il sacrificio dello strumento delle tradizioni». E aggiungeva, che «dopo la codificazione dei diritti, le tradizioni ugualmente seguirebbero a prestare la loro opera infungibile di cerniera interordinamentale, facendo transitare senza sosta materiali normativi e giurisprudenziali dell'uno e dell'altro ordinamento».

Effettivamente così è stato, se è vero, come recentemente Stefania Ninatti ha sostenuto in uno scritto assai approfondito sul tema oggetto di questa indagine, che «il riferimento alle tradizioni costituzionali comuni è diventato un tema più ricorrente oggi rispetto a ieri, e anche se è difficile stabilire i margini di questo aumento con precisione, i dati relativi al suo utilizzo sono aumentati in modo esponenziale negli ultimi dieci anni»⁸⁰.

Come questo ruolo di cerniera interordinamentale è stato esercitato in concreto da identità costituzionale e tradizioni costituzionali?

Se è vero che l'art. 4, par. 2, TUE non è stato interpretato dalla Corte di giustizia come ci si sarebbe auspicati, è anche vero che la stessa Corte sembra essere stata in grado di sublimare a livello sovranazionale quella voce, o meglio quel coro proveniente dalle corti costituzionali di tutta Europa richiedenti una maggiore valorizzazione, in sede europea, dell'identità costituzionale degli Stati membri.

Sublimazione che, a veder bene, è avvenuta attraverso una interiorizzazione, da parte dei giudici comunitari, di tale esigenza segnalata a gran voce dalle corti costituzionali. Esigenza che ha costituito il serbatoio privilegiato di ispirazione per la promozione e la valorizzazione di un'identità costituzionale europea (distillato delle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri) tanto all'esterno, nei confronti dell'ordinamento internazionale, quanto all'interno, nei confronti degli atti di diritto derivato dell'Unione che dovessero rivelarsi non rispettosi di quel DNA caratterizzante, per l'appunto, detta identità.

Con riguardo alla prima dimensione richiamata, quella esterna, la saga *Kadi*⁸¹ è sicuramente emblematica, anche perché in essa emerge chiaramente quel circuito di mutua alimentazione tra la

⁷⁸ C. PINELLI, *Il momento della scrittura: contributo al dibattito sulla Costituzione europea*, Il Mulino, Bologna, 2002.

⁷⁹ A. RUGGERI, "Tradizioni costituzionali comuni" e "controlimiti", tra teoria delle fonti e teoria dell'interpretazione, cit., 111.

⁸⁰ Si v. in proposito S. NINATTI, *op. cit.*, 545.

⁸¹ Corte giust., 3 settembre 2008, cause riunite C-402/05 P e C-415/05 P, *Yassin Abdullah Kadi e Al Barakaat International Foundation c. Consiglio dell'Unione europea e Commissione delle Comunità europee*; 18 luglio 2013, cause riunite C-584/10 P, C-593/10 P e C-595/10 P, *Commissione europea e altri c. Yassin Abdullah Kadi*. Si v. M. AVBELJ - F. FONTANELLI - G. MARTINICO (eds.), *Kadi on Trial. A Multifaceted Analysis of the Kadi Trial*, Routledge, Abingdon, 2014. La vicenda può essere così riassunta: con la sentenza del 3 settembre 2008 (*Kadi I*) la Corte di giustizia annullava il regolamento n. 881/2002 del Consiglio, del 27 maggio 2002, che stabiliva particolari restrizioni in capo a individui appartenenti a enti riconducibili ad Al-Qaeda e ai Talebani, inseriti in un apposito registro. L'annullamento era giustificato in quanto non era prevista un'adeguata informazione sui motivi delle misure restrittive ed era stato così violato il diritto a una tutela giurisdizionale effettiva. Successivamente alla comunicazione dei motivi dell'iscrizione, la Commissione confermava al sig. Kadi l'intenzione di mantenerla comunque in essere. Il sig. Kadi proponeva nuovamente ricorso davanti al Tribunale ottenendo l'annullamento delle norme che lo riguardavano del regolamento. La seconda sentenza della Corte di giustizia del 18 luglio 2013, si pronuncia sull'impugnazione della decisione del Tribunale da parte dalla Commissione, accogliendone i motivi. La Corte di giustizia ha precisato che «i giudici dell'Unione, in conformità alle competenze di cui sono investiti in forza del Trattato, devono garantire un controllo, in linea di principio completo, della legittimità di tutti gli atti dell'Unione con riferimento ai diritti fondamentali che costituiscono parte integrante dell'ordinamento giuridico dell'Unione, anche quando tali atti mirano ad attuare risoluzioni adottate dal Consiglio di

dimensione europea e quella nazionale che, si è visto, costituisce iter privilegiato per il transito bidirezionale, ascendente e discendente, delle tradizioni costituzionali comuni. Per un verso -quello ascendente- la Corte di giustizia, in *Kadi*, assume a tutti gli effetti lo spessore e le tecniche argomentative di una corte costituzionale. Per altro verso -quello discendente- la nostra Corte costituzionale dimostra di aver fatto proprie, per ragioni che qui non possono esplorarsi, molto di quella combinazione tra impostazione dualistica e tutela del DNA costituzionale interno nei confronti delle aggressioni esterne che trasuda dal *reasoning* di *Kadi*, proponendocene una variazione sul tema, in quella che è stata definita, scontando un necessario tasso di approssimazione, ma allo stesso tempo centrando il bersaglio, “*Kadi* alla romana”⁸².

Con riferimento invece alla seconda dimensione richiamata, quella tutta interna all’ordinamento europeo, sembra emblematica per far emergere l’attitudine della Corte, anche in questo caso operante a tutti gli effetti come una corte costituzionale dell’ordinamento europeo, la decisione dell’8 aprile 2014⁸³ in cui i giudici di Lussemburgo hanno per la prima volta annullato un intero atto di diritto derivato dell’Unione perché in contrasto con la Carta di Nizza. In particolare, ad essere travolta dalla decisione della Corte è stata la direttiva 2006/24/CE in quanto la disciplina da essa dettata in materia di *data retention*, cioè di conservazione dei dati, finalizzata al perseguimento dell’interesse generale al contrasto delle attività terroristiche, è stata ritenuta essere in contrasto con gli artt. 7 ed 8 della Carta di Nizza, rispettivamente a tutela della rispetto della vita privata e della protezione dei dati personali. Decisione, quest’ultima, che offre anche l’occasione per riflettere su come il preteso recupero delle tradizioni costituzionali comuni da parte della Corte di giustizia a volte sia più apparente, e retoricamente funzionale, che effettivo.

Nella decisione appena citata, in particolare, i giudici comunitari hanno voluto fare credere di essersi fatti carico di rappresentare a livello europeo le tradizioni costituzionali comuni in tema di protezione dei dati. Tradizioni, queste ultime, che avrebbero trovato una mera ricognizione, a seguire il *reasoning* della Corte, nel portato dell’art. 8 della Carta.

In altre parole la Corte ha voluto fare credere, con un sapiente gioco di illusione ottica - e in questo il Preambolo⁸⁴ della Carta ha fornito un ottimo assist laddove fa riferimento alla stessa quale un semplice esercizio di riaffermazione dei dritti provenienti da tradizioni costituzionali comuni - che la

Sicurezza in base al capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite», così confermando l’approccio della sentenza *Kadi I*, in base alla quale i regolamenti che danno esecuzione a risoluzioni del Consiglio di sicurezza ONU non possono beneficiare di qualsiasi immunità giurisdizionale.

⁸² F. FONTANELLI, *I know it’s wrong but I just can’t do right. First impressions on judgment no. 238 of 2014 of the Italian Constitutional Court*, in www.diritticomparati.it, 28 ottobre 2014.

⁸³ Corte giust., 8 aprile 2014, cause riunite C-293/12 e C-594/12, *Digital Rights Ireland Ltd c. Minister for Communications, Marine and Natural Resources, Minister for Justice, Equality and Law Reform, Commissioner of the Garda Síochána, Irlanda, The Attorney General e Kärntner Landesregierung c. Michael Seitlinger, Christof Tschohl e altri*. Nell’ambito del rinvio pregiudiziale, la High Court irlandese si interrogava se la disciplina prevista dalla direttiva in materia di conservazione dei dati di traffico da parte degli operatori di comunicazione elettronica fosse compatibile con il principio di proporzionalità, stabilito dall’art. 52, par. 1 della Carta e non si ponesse in contrasto con il diritto al rispetto della vita privata, il diritto alla protezione dei dati di carattere personale, il diritto alla libertà di espressione ed il diritto alla buona amministrazione, rispettivamente previsti dagli artt. 7, 8 e 11 della Carta. In secondo luogo è stato il giudice delle leggi austriaco, sollecitato da numerosissimi ricorsi diretti di costituzionalità di privati in cui si chiedeva l’annullamento della legge interna di recepimento della direttiva, a porre un quesito in pregiudiziale chiedendosi se le modalità di raccolta di dati prevista dalla direttiva fosse compatibile con il diritto al rispetto della vita privata, con il diritto alla protezione dei dati personali e con il diritto alla libertà di espressione tutelati dalla Carta dei diritti fondamentali. Inoltre, la stessa Corte costituzionale austriaca aveva domandato di verificare se il quadro normativo europeo rispettasse il contenuto essenziale del diritto alla protezione dei dati personali e se la conservazione dei dati fosse compatibile con le tradizioni costituzionali comuni e con l’art. 8 della Convenzione europea.

⁸⁴ Così il 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».

Carta stessa, sia, nel lessico di Lawrence Lessig⁸⁵, esclusivamente una *codifying constitution*, vale a dire un documento di natura costituzionale che si fa carico soltanto di catalogare l'esistente, e di sistematizzare, e per l'appunto, "codificare" a livello super primario percorsi evolutivi (in questo caso riferiti alle tradizioni costituzionali comuni) già presenti nell'ambiente giuridico in cui prende corpo il nuovo *bill of rights*.

A guardar bene, però, la Carta di Nizza ha una natura ambivalente. È sicuramente una *codifying constitution*, ma non soltanto. Ha anche in sé molto della seconda categoria identificata da Lessig, quella che lui definisce *transformative constitution*⁸⁶ e che si distingue per una attitudine della Carta alla modifica dello *status quo*, innovando su aspetti essenziali della cultura giuridica caratterizzante il contesto di riferimento in cui prende corpo, e quindi andando oltre le tradizioni costituzionali esistenti.

Attitudine ad essere (anche) una *transformative constitution* che emerge con riferimento all'art. 8 della Carta che, a ben vedere, non costituisce la proiezione europea di un fattore costituzionale condiviso come invece ci vorrebbe fare credere la Corte di giustizia, nel tentativo di legittimare il suo intervento ablatorio, fondandolo sul preteso collegamento tra dimensione europea e quella costituzionale degli Stati membri. A disporre, infatti, di una espressa tutela costituzionale relativa alla protezione dei dati sono esclusivamente l'Olanda, dopo la revisione costituzionale del 1983, la Spagna, all'art 18.4 della sua Costituzione ed alcune esperienze costituzionali dell'Europa centro-orientale.

Alla luce di quanto fin qui pare delinearci, sembra che, in relazione tanto ad identità costituzionale quanto a tradizioni costituzionali comuni, una prospettiva che guardi alla loro influenza sulla giurisprudenza della Corte di giustizia in tema di diritti fondamentali dal punto di vista della teoria dell'interpretazione, e non della teoria delle fonti, sia più proficua per farne emergere il valore aggiunto, che permane, come si è visto, anche nell'età della codificazione.

Ad ulteriore riprova basti sottolineare come, nella sua giurisprudenza post-Lisbona in tema di diritti fondamentali, la Corte di giustizia abbia continuato a fare riferimento, anche decisivo, ai principi generali del diritto dell'Unione europea, e indirettamente alle tradizioni costituzionali comuni⁸⁷, *nonostante* o, quasi paradossalmente, come si vedrà tra un attimo, *proprio* grazie all'entrata in vigore della Carta.

Innanzitutto, come si è sostenuto in precedenza, se vi è un campo di esperienza in cui la pretesa statale all'autosufficienza è una chimera, questo è quello dei diritti fondamentali. E ciò è ancora più vero in prospettiva verticale, in cui la matrice costituzionale nazionale è il serbatoio (a volte si è visto più virtuale che reale) da cui la Corte di giustizia ha sempre attinto per elaborare la sua narrativa in materia di diritti fondamentali.

In questo scenario si delinea in tutta chiarezza il ruolo decisivo ed attuale delle tradizioni costituzionali nel fare emergere quel "contesto storico", di cui si parlava in apertura attraverso l'individuazione di linee di continuità che, legando passato e presente, non possono non concorrere a determinare il significato vivente delle norme della Carta. Dunque, proprio alla luce dello scenario appena descritto, sembra rimanere immutato il "vigore interpretativo" per le tradizioni costituzionali comuni e per i principi generali che ne costituiscono (o ne dovrebbero costituire) la proiezione sovranazionale, *nonostante* la nuova età della codificazione.

O forse, soltanto apparentemente in via paradossale, *grazie*, per l'appunto, come si accennava, all'avvento di tale stagione.

La ragione è abbastanza semplice: il momento della scrittura⁸⁸ non sempre ha coinciso, per quanto riguarda l'ambito di protezione dei diritti in gioco, con un passaggio dalla dimensione non scritta (principi generali e tradizioni costituzionali) a quella scritta della Carta che rispecchiasse il medesimo ambito di applicazione del diritto in gioco.

⁸⁵ L. LESSIG, *Code and Other Laws of Cyberspace*, Basic Books, New York, 1999.

⁸⁶ *Ivi*, 313.

⁸⁷ Ancora S. NINATTI, *op. cit.*, 543, che nega un «uso recessivo di questo canone».

⁸⁸ Ancora C. PINELLI, *Il momento della scrittura*, cit.

A volte un principio generale, così come ispirato dalle tradizioni costituzionali comuni, sembra in grado di poter disporre di una portata o di un potenziale espansivo superiore a quanto codificato dalla previsione nella Carta⁸⁹.

Un esempio di tale mancata corrispondenza è rappresentato dal principio di buona amministrazione⁹⁰ che sembra essere oggetto di un utilizzo strumentale nella giurisprudenza più recente⁹¹ di Lussemburgo in tema di principi generali, con una valorizzazione indiretta delle tradizioni costituzionali comuni, in particolare laddove il riferimento argomentativo ai primi è utilizzato, proprio a causa di un portato espansivo maggiore rispetto al medesimo diritto previsto dalla Carta, quale cavallo di troia per bypassare il limite previsto dall'art. 51 relativamente all'applicazione della stessa nell'ambito del diritto dell'Unione⁹².

Dove non arriva il diritto previsto dalla Carta, arriva invece il principio generale corrispondente, si potrebbe dire assai semplicisticamente.

Non è un caso allora i giudici comunitari abbiano ritagliato il loro *reasoning* ed adeguato il loro strumentario argomentativo a questo fine, utilizzando quale artificio retorico quello di esordire, quando si tratta di tutelare un diritto in cui non vi sia corrispondenza tra ambito di applicazione del principio generale e previsione della Carta, facendo riferimento al primo, in questo modo fissando la soglia (ampia) dell'ambito di estensione del principio da tutelare, per poi fare riferimento allo stesso diritto come previsto dalla Carta quasi si sia trattata di mera catalogazione dell'esistente, quando invece c'è stato uno scatto in avanti grazie al maggiore portato espansivo del principio generale rispetto a quanto previsto dalla Carta.

Un esercizio argomentativo che, se contestualizzato, diventa tra l'altro ancora più interessante perché fa emergere una Corte di Lussemburgo quasi "giano bifronte" che, nella giurisprudenza che specificatamente si occupa dell'art. 51⁹³ ha un approccio assai cauto, se non restrittivo, al fine di assicurare gli Stati membri, specialmente le loro corti costituzionali, da un'applicazione diffusa degli Carta oltre l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, mentre dall'altra parte, attraverso utilizzo del *passpartout* efficacissimo dei principi fondamentali, rema esattamente in senso contrario.

7. Conclusioni prospettiche

Se questi sono alcuni degli scenari attuali che sembrano caratterizzare "uso ed abuso" della nozione di tradizione costituzionale comune così come vivente nella giurisprudenza europea e del suo impatto sulla narrativa di Lussemburgo in materia di tutela dei diritti fondamentali, quali, in conclusione, possono essere i fattori più recenti che potrebbero alimentare gli scenari futuri?

Sono almeno tre, a mio avviso, ed hanno tutti a che fare con il rapporto tra tradizioni costituzionali comuni e attitudine al dialogo o, viceversa, al silenzio, che in questo ambito può essere anche assordante.

⁸⁹ Ragionare su uno iato potenziale (in riferimento ovviamente all'ambito di protezione di un medesimo diritto), tra portato espansivo della previsione della Carta e principio generale corrispondente ha anche un'importante applicazione concreta. L'*opting out* del Regno Unito e della Polonia, che tra l'altro ha avuto al momento una portata marginale, si concentra esclusivamente su ambito di applicazione della Carta, e non potrebbe appuntarsi invece sui principi generali, distillato delle tradizioni costituzionali comuni, se a detti principi viene attribuita, come qui si auspica, un'autonomia concettuale ed "operativa". Si v. ancora L.F.M. BESSELINK, *The protection of fundamental rights post-Lisbon: the interaction between the EU Charter of Fundamental Rights, the European Convention on Human Rights (ECHR) and national constitutions*, cit.

⁹⁰ H. HOFMANN - C. MIHAESCU, *The Relation between the Charter's Fundamental Rights and the Unwritten General Principles of EU Law: Good Administration as the Test Case*, in 1 *European Constitutional Law Review* (2013), 73 ss.

⁹¹ Corte giust., 7 maggio 2013, cit.

⁹² Si veda sul punto, più dettagliatamente, G. MARTINICO - B. GUASTAFERRO - O. POLLICINO, *Italy*, in A. ALBI (ed.), *The Role of National Constitutions in European and Global Governance*, ASSER, 2015.

⁹³ Insuperato rimane, al riguardo, il recente affresco di R. CONTI, *Dalla Fransson alla Siragusa. Prove tecniche di definizione dei "confini" fra diritto UE e diritti nazionali dopo Corte giust. 6 marzo, causa C-206/13*, in questa [Rivista, Studi, 2014](#) (04.04.14).

Con riferimento alla prospettiva del dialogo, vale la pena di ricordare ancora un passaggio delle conclusioni di Maduro in cui l'ex Avvocato generale, dopo aver detto che le tradizioni costituzionali comuni non possono essere parametro di validità per gli atti comunitari, aggiungeva che «ciò non significa che i giudici nazionali non svolgano alcun ruolo nell'interpretazione dei principi generali e dei diritti fondamentali comunitari. È anzi inerente alla natura stessa dei valori costituzionali dell'Unione in quanto valori costituzionali comuni degli Stati membri che essi debbano essere precisati ed elaborati dalla Corte in un costante dialogo con i giudici nazionali, in particolare quelli incaricati dell'interpretazione autentica delle costituzioni nazionali. Lo strumento appropriato di tale dialogo è il rinvio pregiudiziale»⁹⁴.

Ed effettivamente sembra che il consiglio sia stato recepito dato che, tra il 2011 e 2014, il giudice delle leggi italiano (nel giudizio in via incidentale)⁹⁵ e quello francese, spagnolo e tedesco hanno deciso, per la prima volta, di servirsi di tale strumento⁹⁶. Quest'ultimo, infatti, non è solo il modo migliore per poter sensibilizzare la giurisprudenza comunitaria circa il ruolo cruciale giocato dalle tradizioni costituzionali degli Stati membri, ma anche è la carta migliore che le corti costituzionali possono giocare al fine di evitare che si aggravi il processo di loro marginalizzazione a favore di un ulteriore consolidamento del circuito biunivoco che lega la Corte di giustizia ai giudici comuni degli Stati membri⁹⁷.

A questo riguardo non sembra invece essere imminente il rischio, peraltro finemente argomentato⁹⁸, che «la nuova centralità assunta dalla Corte di giustizia nell'ambito dei diritti fondamentali precluda il formarsi di “nuove tradizioni costituzionali” originate da contesti nazionali in quanto tramite il rinvio pregiudiziale, le questioni sulle nuove dimensioni dei diritti fondamentali giungerebbero alla Corte di Giustizia ben prima che una tradizione costituzionale nasca o si consolidi».

Questo perché sembra che la prospettiva di indagine più opportuna non si debba concentrare sull'alimentazione di una forma di dualismo competitivo tra Corte di giustizia e corti costituzionali degli Stati membri, bensì, su un pluralismo cooperativo in cui non è decisivo guardare a chi, tra le varie corti in gioco, “arrivi” per prima, ma, piuttosto, a chi, tra queste, sia davvero incline a partecipare attivamente al dibattito attraverso, per esempio, proprio lo strumento del rinvio pregiudiziale.

Passando adesso al secondo dei possibili fattori prima menzionati che sembrano poter costituire degli elementi di valutazione per la delineazione di scenari futuri relativi al ruolo giocato dalle tradizioni costituzionali comuni nel processo di integrazione europea, l'attenzione si sposta verso una situazione opposta rispetto a quella precedente, ovvero all'ipotesi in cui le corti costituzionali facciano perno sull'argomento delle tradizioni costituzionali comuni non, come appena visto, quale incentivo per servirsi dello strumento del rinvio pregiudiziale, ma, al contrario, quale pretesto per sottrarsi a tale dialogo.

Esemplificazione significativa di tale attitudine si ha nella decisione della Corte costituzionale austriaca del 14 marzo 2012⁹⁹ il cui orientamento, abbastanza innovativo, è stato portato

⁹⁴ Conclusioni dell'Avvocato generale Maduro, 21 maggio 2008, causa C-127/07, *Arcelor SA et a.* In dottrina, già prima, M. CARTABIA, *Taking Dialogue Seriously*. *The Renewed Need for a Judicial Dialogue at the Time of Constitutional Activism in the European Union*, *Jean Monnet Working Paper* 12/07,

⁹⁵ Nel giudizio in via principale la Corte costituzionale, come è noto, si era già servita dello strumento del rinvio pregiudiziale, con [ordinanza n. 103 del 2008](#).

⁹⁶ [Corte costituzionale, 18 luglio 2013, ord. 207](#); Conseil constitutionnel, n. 2013-314P QPC, 4 aprile 2013; Tribunal Constitucional, 9 giugno 2011, ord. 86; BVerfG, 2 BvR 2728/13, 14 gennaio 2014.

⁹⁷ Alquanto critico, a riguardo, R. BIN, *L'interpretazione conforme. Due o tre cose che so di lei*, in www.rivistaaic.it, 1/2015.

⁹⁸ A. GUAZZAROTTI, *Il paradosso della ricognizione delle consuetudini internazionali. Note minime a Corte cost. n. 238 del 2014*, in www.forumcostituzionale.it.

⁹⁹ Corte costituzionale austriaca, 14 marzo 2012, U 466/11-18 U 1836/11-13.

all'attenzione della Corte di giustizia tramite un rinvio pregiudiziale della Corte di cassazione austriaca cui la Corte di Lussemburgo ha risposto con una decisione dell'11 settembre 2014¹⁰⁰.

Non è questa la sede più opportuna né per analizzare in dettaglio l'oggetto della questione pregiudiziale della Corte di cassazione¹⁰¹, né la risposta evasiva della Corte di giustizia che ripropone, anche letteralmente, il *reasoning* di *Melki* quando il caso effettivamente, come è stato sostenuto¹⁰², era differente dalla saga d'Oltralpe che ha visti coinvolti, da una parte, la Corte di giustizia e, dall'altra, gli organi giurisdizionali apicali in Francia.

Ciò che sembra interessante invece rilevare in questa sede è che il giudice delle leggi austriaco fonda il suo rifiuto¹⁰³ di sollevare una questione pregiudiziale sull'assunto, secondo il quale, come è stato sottolineato¹⁰⁴, «la Carta di Nizza – in alcune sue parti – vive delle tradizioni costituzionali nazionali comuni e della CEDU, e come tale può essere interpretata direttamente dal giudice costituzionale nazionale, senza bisogno di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia»¹⁰⁵.

Una pericolosa tendenza, come è stata definita¹⁰⁶, alla “rinazionalizzazione” dei diritti fondamentali facendo perno su una sorta di competenza esclusiva ad interpretare le tradizioni costituzionali del proprio ordinamento.

Il terzo elemento che sembra poter essere qui fatto emergere a proposito degli indicatori dei prossimi percorsi che potrebbero caratterizzare il transito delle tradizioni costituzionali dalla dimensione domestica a quella transnazionale riguarda gli attori di quel dialogo che, si è visto, pare essere lo strumento privilegiato per alimentare tale transito. Interazione che non può però essere (e non è) esclusivamente operante tra giudici, per almeno due ragioni.

In primo luogo, perché, come una recente pubblicazione¹⁰⁷ ha pienamente confermato, vi è una dimensione crescente di un dialogo che vede impegnati i parlamenti nazionali tanto sotto un versante orizzontale quanto alla luce di quello verticale che collega questi ultimi alle istanze legislative eurounitarie.

¹⁰⁰ Corte giust., 11 settembre 2014, causa C-112/13, *A c. B et al.* Cfr. le osservazioni, su caso in questione, di A. GUAZZAROTTI, *Rinazionalizzare i diritti fondamentali? Spunti a partire da Corte di giustizia UE, A c. B e altri, sent. 11 settembre 2014, C-112/13*, in www.diritticomparati.it 2 ottobre 2014, ed ora le acute riflessioni di R. Mastroianni, *La Corte di giustizia ed il controllo di costituzionalità: Simmenthal revisited*, in corso di stampa in *Giurisprudenza Costituzionale*.

¹⁰¹ Oggetto assai insidioso perché attraverso una manipolazione del portato della sentenza della corte costituzionale faceva emergere un possibile scontro, che in realtà era inesistente, con l'obbligo che la Corte di giustizia enuncia chiaramente in *Simmenthal* circa la disapplicazione immediata del diritto interno contrastante con il diritto dell'Unione.

¹⁰² Corte giust., 22 giugno 2010, cause riunite C-188/10 e C-189/10, *Melki/Abdeli*.

¹⁰³ «It remains to be emphasized that there is no duty to bring a matter to the Court of Justice of the European Union for a preliminary ruling if the issue is not relevant for the decision (cf. ECJ 06/10/1982, Case 283/81, *Cilfit*, [1982] ECR 3415; 15/09/2005, Case C-495/03, *Intermodal*, [2005] ECR I-8151), meaning that the answer, whatever it is, can have no impact on the decision of the case. Concerning the Charter of Fundamental Rights, this is the case if a constitutionally guaranteed right, especially a right of the ECHR, has the same scope of application as a right of the Charter of Fundamental Rights. In such a case, the Constitutional Court will base its decision on the Austrian Constitution without there being a need for reference for a preliminary ruling under the terms of Article 267 TFEU».

¹⁰⁴ A. GUAZZAROTTI, *Rinazionalizzare i diritti fondamentali*, cit.

¹⁰⁵ «(F)undamental rights which are recognized in the Charter as they result from the constitutional traditions common to the Member States, *must be interpreted in unison with those traditions*. In so far as the Charter contains rights which correspond with rights guaranteed by the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, the meaning and scope of those rights shall be the same as those laid down by the said Convention (Article 52(3) CFR). This provision does not prevent Union law from providing more extensive protection. Moreover, Article 53 CFR guarantees that the level of protection of existing fundamental right guarantees is not lowered by the Charter. From this the Constitutional Court infers that the fundamental rights resulting from the national constitutions, international law conventions, and from the Charter of Fundamental Rights, must be interpreted as consistently as possible»: punti 45 ss. della sentenza della Corte costituzionale austriaca, 14 marzo 2012, U 466/11-18 U 1836/11-13 richiamata da A. GUAZZAROTTI, *Rinazionalizzare i diritti fondamentali?*, cit.

¹⁰⁶ A. GUAZZAROTTI, *Rinazionalizzare i diritti fondamentali?*, cit.

¹⁰⁷ Si v. N. LUPO - L. SCAFFARDI (eds.), *Comparative Law in Legislative Drafting: The Increasing Importance of Dialogue amongst Parliaments*, The Hague, 2014.

In secondo luogo, perché i meccanismi processuali che disciplinano il contenzioso comunitario, ed in particolare quelli alla base del rinvio pregiudiziale, favoriscono il dialogo tra i giudici comunitari ed i governi degli Stati membri.

Dove? In quale sede?

In udienza a Lussemburgo, molto banalmente.

Come è successo, per esempio a febbraio del 2014, per la discussione della causa *Torresi*, poi decisa dalla Corte nel luglio 2014¹⁰⁸. Unica volta in cui ai giudici di Lussemburgo è stato richiesto, fino a questo momento, in modo espresso e specifico di valutare la conformità di un atto comunitario rispetto all'art. 4, par. 2, TUE.

In particolare, la vicenda riguardava due cittadini italiani che, dopo aver conseguito la laurea in Italia, avevano ottenuto una laurea in Spagna e l'iscrizione, senza sostenere alcun esame, all'albo degli avvocati spagnoli. Quindi, avevano richiesto l'iscrizione nella sezione speciale dell'albo degli avvocati riservata agli avvocati che hanno ottenuto la qualifica in uno Stato membro diverso dall'Italia e sono stabiliti in Italia.

Uno dei dubbi del Consiglio nazionale forense, cui la Corte di giustizia ha riconosciuto, punto da non sottovalutare, lo *status* di giudice nazionale competente a sollevare un rinvio pregiudiziale, era che la direttiva (sul libero stabilimento degli avvocati), che attribuisce tale diritto di iscrizione ai ricorrenti, potesse essere in contrasto con l'art. 4, par. 2, TUE nella misura in cui consente l'elusione della disciplina di uno Stato membro che subordina l'accesso alla professione forense al superamento di un esame di Stato laddove la previsione di siffatto esame riposa sull'art. 33, c. 5 della Costituzione italiana.

In altre parole, a detta del Consiglio nazionale forense, detta previsione farebbe parte dei principi fondamentali a tutela degli utenti delle attività professionali e della corretta amministrazione della giustizia. Quindi, sarebbe espressione dell'identità nazionale che l'art. 4, par. 2 TUE obbliga l'Unione europea (e quindi la legislazione di matrice eurounitaria) a rispettare.

Ebbene, a detta della Corte di Lussemburgo, il semplice fatto che una disposizione della Costituzione italiana prescriva il superamento di un esame di Stato perché si possa esercitare la professione di avvocato non implica che la direttiva 98/5/CE comprometta l'identità nazionale italiana ai sensi dell'art. 4, par. 2, TUE.

Tale posizione, ed è questo il punto cruciale a nostro riguardo, è stata confermata in udienza anche dal Governo italiano che, a precisa domanda della Corte, ha risposto di non condividere le considerazioni espresse dal giudice del rinvio nella domanda di pronuncia pregiudiziale a proposito di un possibile contrasto tra la direttiva 98/5 e l'art. 33, c. 5, della Costituzione italiana e specialmente, e specialmente della asserita violazione, da parte della direttiva in questione, della identità costituzionale italiana.

E la Corte di giustizia, tra la versione del giudice *a quo* e quella del governo nazionale, decide di accogliere quella di quest'ultimo.

Ecco quindi che la prospettiva di dialogo "diagonale" o trasversale tra Corte di giustizia e governo dello Stato membro in udienza a Lussemburgo assume una importanza fondamentale, a volte financo superiore, per la sua immediatezza e perché rappresenta l'ultima parola dello Stato coinvolto, rispetto al canale istituzionale e classico di *judicial dialogue* costituito dal rinvio pregiudiziale.

¹⁰⁸ Corte giust., 17 luglio 2014, cause riunite C-58/13 e C-59/13, *Torresi*.