



INTERCENTER - MESSINA



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MESSINA

IL TRATTATO DI LISBONA TRA CONFERME E NOVITÀ

a cura di

CLAUDIO ZANGHÌ - LINA PANELLA

Messina 26 - 27 Giugno 2009



GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

Il Trattato di Lisbona tra conferme e novità : Messina 26-27 giugno 2009
/ a cura di Claudio Zanghì, Lina Panella. – Torino : Giappichelli, 2010.

1. Trattato di Lisbona <1970> - Atti di Congressi.

I. Zanghì, Claudio <1938->. II. Panella, Lina <1952->.

341.2422 CDD-22

SBN Pal0230231

CIP - Biblioteca centrale della Regione siciliana “Alberto Bombace”

*Con il contributo dell'Assessorato Regionale Beni Culturali, Ambientali
e Pubblica Istruzione. Dipartimento Beni Culturali ed Ambientali ed Edu-
cazione Permanente*

Fotocomposizione e stampa:

FUTURA PRINT SERVICE

Via Cicerone, 6 - Messina

Tel. 090. 674060 - futurap@tiscalinet.it

SOMMARIO

Lina Panella <i>Prefazione</i>	Pag. 9
---	--------

I SESSIONE

L'entrata in vigore del Trattato: problemi e possibili soluzioni

Laurent Pech <i>Ratification of the Lisbon Treaty in Ireland: A Legal Analysis</i>	Pag. 13
---	---------

INTERVENTI

Giancarlo Guarino <i>Le novità del Trattato di Lisbona: art. 6.3 e integrazione dei sistemi. Suggerimenti brevi per una riflessione critica</i>	” 49
Piero Pennetta <i>L'Unione europea come attore globale ed i paesi in via di sviluppo</i>	” 85
Anna Lucia Valvo <i>Il Trattato di Lisbona e l'irrisolta questione del deficit di democrazia</i>	” 93

II SESSIONE

Aspetti generali del Trattato di Lisbona

Roberto Baratta <i>Le competenze interne dell'Unione tra evoluzione e principio di reversibilità</i>	Pag. 109
---	----------

Ennio Triggiani <i>Gli equilibri politici tra le istituzioni dopo la riforma di Lisbona</i>	Pag. 161
Augusto Sinagra <i>Democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa nell'Unione Europea</i>	” 195
Ugo Villani <i>Principi democratici e ruolo dei Parlamenti nazionali nel Trattato di Lisbona</i>	” 213

INTERVENTI

Marco Borraccetti <i>Il rinvio pregiudiziale alla luce delle modifiche introdotte col Trattato di Lisbona</i>	” 233
Francesco Buonomenna <i>I servizi pubblici internazionali nell'epoca della globaliz- zazione e nel Trattato di Lisbona</i>	” 251
Rosanna La Rosa <i>Il principio di leale cooperazione nell'ordinamento comu- nitario e le novità introdotte dal Trattato di Lisbona</i>	” 279

III SESSIONE

Problematiche settoriali

Claudio Zanghì <i>I diritti fondamentali nell'Unione Europea</i>	Pag. 313
Giuseppe Guarneri <i>Adesione dell'Unione europea alla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo</i>	” 333

Lina Panella	
<i>La politica estera, di sicurezza e di difesa comune nel trattato di Lisbona</i>	Pag. 341

INTERVENTI

Francesco Battaglia	
<i>Le modifiche di Lisbona verso un sistema penale europeo</i> ”	367
Cristiana Carletti	
<i>La dimensione intergovernativa della politica estera e di sicurezza comune ai sensi del Trattato di riforma: la coerenza regionale europea alla prova nel sistema Nazioni Unite</i> ”	385
Angela Di Stasi	
<i>Brevi osservazioni intorno alle «spiegazioni» alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea</i>	” 425
Salvatore Fabio Nicolosi	
<i>Il processo di integrazione europea e la partecipazione dei singoli individui al diritto comunitario: una breve riflessione</i> ”	455

*Giancarlo Guarino**

**LE NOVITÀ DEL TRATTATO DI LISBONA:
ART. 6.3 E INTEGRAZIONE DEI SISTEMI.
*Suggerimenti brevi per una riflessione critica***

SOMMARIO: 1. Introduzione: le diverse formulazioni della norma prima e dopo il Trattato di Lisbona. 2. La razionalizzazione del sistema dell'Unione Europea alla luce del Trattato di Lisbona. 3. Sussidiarietà e poteri impliciti come strumenti organici dell'Unione Europea. 4. Sovranità, originarietà, soggettività e *Bundesverfassungsgericht*. 5. *Segue*: sul contenuto del concetto di sovranità. 6. I pilastri del nuovo sistema dell'Unione Europea scaturente dal Trattato di Lisbona e la sua natura costituzionale. 7. L'art. 6.3 del Trattato sull'Unione Europea, la sua struttura evolutiva. 8. Il contenuto dei diritti fondamentali dell'art. 6.3. 9. La norma come strumento costitutivo di un nuovo diritto pubblico europeo. 10. I principi generali di diritto dell'Unione Europea.

1. Introduzione: le diverse formulazioni della norma prima e dopo il Trattato di Lisbona

Anche solo ad una prima occhiata, e pur senza voler entrare in una discussione che ci porterebbe troppo lontano, appare chiaro come, dal punto di vista dell'economia del sistema dell'UE, la disposizione che s'intende brevemente commentare ha un significato e una collocazione non solo importante di per sé (come vedremo fra un momento), ma parecchio diversa dal passato, come altresì altrettanto diversa è la collocazione ed il contenuto del suo n. 3 nell'economia e nella logica del-

* Professore Ordinario di Diritto Internazionale, Università "Federico II" di Napoli.

lo stesso articolo 6 nel suo complesso, rispetto alla struttura ed al contenuto del suo predecessore.

E infatti, il primo paragrafo dell'art. 6 vecchia versione¹ si trova ora trasfuso sostanzialmente nell'attuale art. 2. Mentre gli ultimi due paragrafi sono ricompresi in altre disposizioni del Trattato non sempre facilmente distinguibili: il vecchio n. 3 si trova trasfuso e ampliato al n. 2 dell'art. 4 (completato a sua volta con il fondamentale principio della leale cooperazione tra gli stati membri), mentre una disposizione simile (ma solo simile) al n. 4 la si ritrova parzialmente al n. 6 dell'art. 3. Viceversa, mentre il n. 3 dell'attuale art. 6² si trovava, come vedremo meglio più avanti, in forma molto diversa al n. 2 del vecchio art. 6, il vecchio n. 2 dell'art. 6 è interamente riscritto nei nn. 1 e 2 dell'attuale art. 6, dove peraltro, mentre esplicito e ampio è il riferimento alla Carta dei diritti

¹ Art. 6 vecchia versione UE: «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» (corsivo mio).

² Art. 6 versione Lisbona: «1. L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati. Le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati. I diritti, le libertà e i principi della Carta sono interpretati in conformità delle disposizioni generali del titolo VII della Carta che disciplinano la sua interpretazione e applicazione e tenendo in debito conto le spiegazioni cui si fa riferimento nella Carta, che indicano le fonti di tali disposizioni. 2. *L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*. Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati. 3. *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» (corsivo mio).

fondamentali dell'Unione Europea, si trova disposta esplicitamente l'adesione (finora mancata) della UE alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, con le modalità di cui al Protocollo n. 8, a sua volta nuovo, del Trattato di Lisbona.

Fino ad ora, è bene precisarlo subito, il riferimento alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali non mancava, ma anzi era presente ed esplicitamente richiamato nella stessa giurisprudenza della Corte di giustizia della Unione Europea³, pur non essendo stata finora prevista relazione alcuna (almeno formale) tra i Trattati e la Convenzione stessa, altro che per un riferimento a partire dalla, ormai superata, formulazione del n. 2 dell'art. 6. Spesso anzi, il ricorso alla predetta Convenzione avviene, a livello di giurisprudenza⁴, sulla base del ragionamento per il quale, essendo quei principi (quelli della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali) già parte dell'ordinamento dei singoli stati (indipendentemente dal fatto che siano tutti o meno)⁵ in

³ Cfr. ad esempio, ma solo a titolo strettamente semplificativo, C- 421/07, punti 25 s.: «25 Per quanto riguarda l'argomento del sig. Damgaard relativo all'asserita violazione della sua libertà di espressione che deriverebbe dalla sua condanna penale, va ricordato che, secondo la giurisprudenza costante, *i diritti fondamentali fanno parte integrante dei principi generali del diritto dei quali la Corte garantisce l'osservanza*. 26 Se il principio della libertà di espressione è *espressamente riconosciuto dall'art. 10 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e *rappresenta un fondamento essenziale di una società democratica*, risulta tuttavia dalla formulazione del n. 2 del detto articolo che *tale libertà è anch'essa soggetta a talune limitazioni giustificate da obiettivi di interesse generale*, se tali deroghe sono previste dalla legge, dettate da uno o più scopi legittimi ai sensi della detta disposizione e necessarie in una società democratica, cioè giustificate da un bisogno sociale imperativo e, in particolare, proporzionate al fine legittimo perseguito...» (corsivo, mio). E appena il caso di ricordare che all'epoca della sentenza un riferimento esplicito alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali nei trattati mancava.

⁴ E quindi solo nella costruzione pretoria del diritto dell'Unione, come per lo più accade.

⁵ Non a caso, è possibile imporre delle norme comunitarie pur in contraddizione con alcuni principi fondamentali degli ordinamenti statali, come in C-11/70,

quanto gli stati stessi sono sottoscrittori di quelle norme⁶, essi concorrono legittimamente a formare quel corpo di diritti fondamentali *degli* stati membri (in quanto tali singolarmente, dunque, e non in quanto collettività), di cui l'UE (alla luce dell'art. 6.2 vecchia versione) fa uso *in quanto tenuta ad applicarli*⁷. Va senza dire⁸ che l'adesione alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, avrà delle conseguenze importanti sul futuro dell'intero siste-

punto 3: «attendu que le recours a des règles ou notions juridiques du droit national, pour l'appréciation de la validité des actes arrêtés par les institutions de la communauté, aurait pour effet de porter atteinte a l'unité et a l'efficacité du droit communautaire; que la validité de tels actes ne saurait être appréciée qu'en fonction du droit communautaire; qu'en effet, le droit né du traité, issu d'une source autonome, ne pourrait, en raison de sa nature, se voir judiciairement opposer des règles de droit national quelles qu'elles soient, sans perdre son caractère communautaire et sans que soit mise en cause la base juridique de la communauté elle-même; que, des lors, l'invocation d'atteintes portées, soit aux droits fondamentaux tels qu'ils sont formulés par la constitution d'un état membre, soit aux principes d'une structure constitutionnelle nationale, ne saurait affecter la validité d'un acte de la communauté ou son effet sur le territoire de cet état». V. anche *infra* § 7 ss.

⁶ Ma, come vedremo più avanti, non solo di quelle, e ciò fa molta differenza! Ma v. anche *supra* nt. 3.

⁷ Va detto che l'adesione alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali avrà delle conseguenze interpretative, non secondarie, sul futuro dell'intero sistema risultante, e in particolare sulla esatta definizione dei diritti e degli obblighi assunti dagli stati parte, con i problemi di interpretazione che potranno derivare in particolare dall'art. 2 del Protocollo 8. Quest'ultimo, infatti, come rilevato nel testo, si limita a porre dei limiti, tra cui uno relativo alle particolari condizioni di adesione, attualmente esistenti, di alcuni stati alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Sarà interessante vedere come queste limitazioni («l'accordo [di adesione alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali]... deve inoltre garantire che nessuna disposizione dello stesso incida sulla situazione particolare degli Stati membri nei confronti della convenzione europea, e, in particolare, riguardo ai suoi protocolli, alle misure prese dagli Stati membri in deroga... e a riserve...») potranno conciliarsi con l'interpretazione sistematica del complesso delle norme, che propongo poco più avanti nel testo.

⁸ V. *infra* § 9.

ma ed in particolare sulla esatta definizione dei diritti ed obblighi assunti dagli stati membri, con i problemi di interpretazione che potranno derivare dall'art. 2 del Protocollo 8 e cioè dalle limitazioni di diritti ed obblighi degli stati parte, in esso previsti⁹. Il protocollo, infatti e come noto, si limita a porre dei paletti o confini, tra cui uno relativo alle particolari condizioni di adesione di alcuni stati alla Convenzione. Sarà interessante vedere come queste limitazioni potranno conciliarsi con l'interpretazione sistematica del complesso delle norme di cui più avanti¹⁰.

Come vedremo fra poco¹¹, la differenza tra le due versioni della norma non è soltanto di formulazione ma direttamente e chiaramente di contenuto: altro è *rispettare* (e nemmeno formalmente "applicare") i diritti fondamentali dei singoli (o tutti gli) stati, altro e ben diverso è costruirli, *anche* alla luce della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, e *trasformarli in principi generali di diritto* della UE. Un principio generale è costruttivo e non solo ricognitivo di diritti.

E dunque, le frasi chiave che si intende commentare più approfonditamente sono appunto quelle di cui sopra e cioè quella del n. 2 dell'art. 6 vecchia dizione nella attuale, diversa e, a mio parere, molto più ampia, versione del n. 3.

2. La razionalizzazione del sistema dell'Unione Europea alla luce del Trattato di Lisbona

Ciò posto, indiscutibile ed evidente, appare, con riferimento all'intero sistema normativo UE – e al di là di un minimalismo di facciata

⁹ Cfr. Protocollo 8, art. 2, *supra* nt. 7 in fine, con riferimento alle misure in deroga ed alle riserve.

¹⁰ Sorvolo, come ovvio, dalle problematiche collegate alla effettiva partecipazione della UE alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, con riferimento in particolare alla sua rappresentanza negli organismi legati all'attività della convenzione medesima.

¹¹ *Infra* §7.

o, magari, addirittura inconsapevolmente – la razionalizzazione (a dir poco) della normativa che è stata realizzata a Lisbona. Una razionalizzazione, che pone nel TUE le basi fondamentali dell'intero impianto comunitario, innovando profondamente rispetto al passato testo ed alla sua conseguente struttura, non solo nei contenuti, ma anche nella distribuzione di essi.

Pur mantenendo, infatti, i due complessi normativi (il trattato UE e il Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea) una loro autonomia formale, è difficile non rilevare come nel TUE siano ormai compiutamente collocate tutte le norme che descrivono le caratteristiche fondamentali, e le garanzie di massima, dell'intero sistema dell'UE (e precisamente le norme fondamentali, i principi, insomma, e la definizione della struttura operativa dell'Unione) mentre all'altro trattato sono affidati gli strumenti operativi e normativi, in particolare delle politiche dell'Unione e dei suoi strumenti attuativi concreti, struttura istituzionale e giurisdizionale (e quindi norme processuali) inclusa.

Per dirlo più analiticamente, infatti, il TUE pone chiare *a.*- le basi strutturali e i principi del sistema con: *a.1.* - la definizione e l'istituzione del mercato interno, *a.2.* - la fissazione del principio della leale collaborazione tra gli stati membri, *a.3.* - la delimitazione in astratto delle competenze dell'Unione in quanto competenze di attribuzione, *a.4.*- la correlativa e collegata definizione dei fondamentali, principi di sussidiarietà e proporzionalità, *a.5.* - la definizione delle relazioni con le norme in tema di diritti dell'uomo (comunitarie e non), *a.6.*- l'indicazione dei diritti fondamentali e *a.7.* - con l'affermazione del principio del rispetto delle elementari regole della convivenza democratica e della democrazia rappresentativa negli stati e nella stessa UE, *a.8.* - principi, questi ultimi, che ne guidano l'attività e al tempo stesso la cui violazione da parte degli stati membri può determinare delle sanzioni non di poco conto, come quelle definite nell'art. 7; *b.* - le disposizioni relative alle istituzioni, la cui parte materiale è lasciata al TFUE; *c.* - le disposizioni relative alla politica estera e di sicurezza comune ed alla eventuale cooperazione rafforzata, che ne costituisce un corollario necessario; *d.* - infine, le norme di chiusura del sistema: quelle sulla

revisione (sostanzialmente nuove e molto innovative¹²) e sulla possibilità (questa una completa novità, benché a mio parere solo platonica) di recesso dal trattato.

Con riferimento a quest'ultima disposizione, inoltre, molto discussa specialmente sul piano politico, non può essere nascosto, ma anzi va messo bene in evidenza come, anche prima della indicazione di essa, in ragione delle norme generali di diritto internazionale in materia, ogni stato, in effetti, poteva, a stretto rigore, liberamente lasciare l'Unione¹³. E senza formalità alcuna, salvo l'ostacolo (tutto e solo politico) derivante dal fatto stesso di volerne recedere, ma sempre a stretto rigore, senza alcuna necessità di accordo da parte né degli altri stati membri né di organi dell'Unione. Ciò vale anche alla luce delle disposizioni di cui all'art. 56 (e 62) della convenzione di Vienna sul diritto dei trattati (peraltro nella prassi di dubbia applicazione concreta). Nel senso che, pur prevedendo quelle disposizioni della convenzione viennese delle complicate procedure per la denuncia di un trattato, nella realtà dei fatti e della prassi, nulla può impedire e di fatto impedisce ad uno stato di recedere da un accordo, se del caso anche ignorandole¹⁴. Solo nel caso dell'art. 62 (la c. d. clausola *rebus sic stan-*

¹² Molto innovata rispetto al semplice meccanismo della convocazione di una conferenza degli stati membri è la procedura di revisione ordinaria attuale, mentre del tutto nuova è quella semplificata, che ricorda molto vagamente quanto disposto nel vecchio trattato CECA, all'art. 95 co. 3, 4, su cui v. il mio *Commento art. 95 co. 3,4*, in QUADRI, MONACO, TRABUCCHI, *Trattato istitutivo della Comunità Europea del Carbone e dell'Acciaio, Commentario*, Milano, 1970, p. 1345 ss. Anche in questo caso, è difficile non rilevare, come *infra* nel testo, come sia fortemente esaltata la parte "organica" e formalizzata della procedura, che conferisce sostanziale autonomia del processo dalla volontà degli stati *uti singuli*.

¹³ In termini dubitativi, v. ZANGHÌ, *Istituzioni di diritto dell'Unione Europea*, Torino, 2010, p. 37 s.

¹⁴ Beninteso, con tutte le cautele del caso e naturalmente quando non vi siano clausole ostantive, su cui v. per tutti McNAIR, *The Law of Treaties*, Oxford, 1961, p. 510 ss. e v. anche per tutti TREVES, *Diritto internazionale. Problemi fondamentali*, Milano, 2005, p. 421; SINAGRA, BARGIACCHI, *Lezioni di diritto internazionale pubblico*, Milano, 2009, p. 208 e ivi ampia bibliografia. Va senza dire che tutto ciò, co-

tibus)¹⁵ era ed è pensabile la necessità di una procedura negoziale o arbitrale che conduca alla uscita dall'accordo, ma che, appunto, alla fine conduce alla sua cancellazione per caducazione.

Oggi, infatti, mentre si sconta l'affermazione tutta politica di quella possibilità (prima non definita nei trattati), il recesso vero e proprio è sottoposto ad una procedura complessa e lunga, che certo non lascia libero lo stato di fare ciò che crede. Ironicamente: mentre, a ben vedere, prima dell'intervento di questa disposizione, alla luce delle norme generali sulla stipulazione e sul recesso dagli accordi internazionali stipulati per una durata illimitata, il recesso avveniva, volendo, con una semplice denuncia (salva la definizione, peraltro facoltativa, di eventuali accordi compensativi o di altra natura e salva ovviamente la eventuale responsabilità per inadempimento dello stato denunciante), oggi nel nuovo sistema della UE (art. 50 TUE), negoziato a parte, nella migliore delle ipotesi il recesso ha vigore due anni dopo la sua notificazione. In un certo senso, accanto all'effetto politico della indicazione in concreto della disposizione di cui si parla, l'effetto pratico potrebbe addirittura essere quello di ritardare l'eventuale uscita dall'accordo da parte di uno stato membro, al quale, peraltro, non è richiesto di fornire motivazione alcuna della sua intenzione di recedere dall'accordo.

3. Sussidiarietà e poteri impliciti come strumenti organici dell'Unione Europea

Molte sono del resto, va detto subito e una volta e per tutte, le norme dei trattati in cui è evidente l'intento politico di limitare i poteri e l'autonomia dell'UE a tutto vantaggio della perdurante sovranità degli

me si precisa nel testo, prescinde dalla responsabilità eventualmente conseguente al recesso.

¹⁵ Posto che la sua funzione è solo quella di porre fine ad un trattato e non, come parte della dottrina ha sostenuto, anche di obbligare ad una revisione. Cfr. il mio *La revisione dei trattati. Spunti critico-ricostruttivi*, Napoli, 1971, *passim*.

stati¹⁶. Ciò almeno sulla carta è perfettamente vero e ben riuscito nella forma, ma poi nella sostanza, mi pare, le limitazioni effettive sono tutte da verificare. Va infatti sottolineato, con riferimento ad esempio al principio di sussidiarietà¹⁷, che, a prescindere da un esame e una discussione più approfondite, in ultima analisi i Parlamenti nazionali possono, sì, frapporre ostacoli lungo la via di formazione di un atto in base al principio di sussidiarietà, ma esso, in fin dei conti, solo allora può effettivamente essere fermato quando il legislatore comunitario, e non i Parlamenti nazionali, decida in maniera autonoma¹⁸ di non darvi più seguito, salvo il controllo di legittimità della Corte di giustizia della Unione Europea, ai sensi dell'art. 8 del Protocollo n. 2. E di nuovo, mi sia consentito di sottolineare, il controllo vero e serio è quello di stretta legittimità (e quindi il controllo dello stesso equilibrio istituzionale del sistema, in qualche modo) esercitato dalla Corte, la quale, non a caso, può anche essa stessa essere all'origine di un provvedimento implicante la sussidiarietà. Il controllo quindi è nelle mani di un organo dell'UE in senso stretto, e si svolge tutto, per la parte sostanziale, nell'ambito della UE in senso stretto. E perciò molto più efficace, a ben vedere, il controllo "organico" della Corte di giustizia della Unione Europea, che quello "esterno" (quasi solo politico) dei Parlamenti nazionali, che si limitano peraltro, nella vita normale dell'UE, a "contribuire" (art. 12 TUE) al buon funzionamento dell'Unione e non a definirlo.

Nemmeno, per completare l'argomento, va trascurata la nuova formulazione dell'istituto dei "poteri impliciti" di cui all'art. 352 TFUE,

¹⁶ Ma v. *infra* § 5.

¹⁷ Che a me pare uno strumento di importanza fondamentale e molto forte, nelle mani della UE, in quanto, in ultima analisi, permette all'UE di assumere compiti e funzioni ora devoluti agli stati membri (e alle loro ripartizioni regionali) per centralizzarle e coordinarle a livello unitario. L'esempio delle due Direttive 43 e 78/00, in materia di divieto di discriminazione, è a mio parere molto indicativo, v. sul punto il mio *Lo strumento europeo di lotta alla discriminazione razziale e la sua applicazione in Italia alla luce del diritto internazionale generale e convenzionale*, in *Rivista della cooperazione giuridica internazionale*, 2006, p. 25 ss.

¹⁸ Art. 7.3 ultimo co. del Protocollo n. 2.

non a caso a sua volta collegato all'istituto della "sussidiarietà", in termini però molto sfumati, dato che l'espressione usata sembra indicare che, comunque, a quella procedura si fa solo un riferimento (e come tale, dunque sarà utilizzata)¹⁹.

Ma tutto ciò, ed è questo che a me pare molto rilevante, *lascia ad una procedura di garanzia interna dell'Unione la decisione finale*, che dunque, proceduralmente, sfugge agli stati membri²⁰. Ciò che, solo, mi importa di sottolineare in questa sede è che, in ogni modo, il meccanismo, anche qui come nel caso della denuncia e in gran parte della procedura di revisione, è completamente e compiutamente organico: è l'UE che decide, con i propri strumenti e solo mediante quegli strumenti, se un certo atto rientri o meno nei margini del principio di sussidiarietà. Gli stati, come accennato poco più sopra, attraverso i Parlamenti nazionali, possono solo rallentare l'adozione dell'atto, ma alla fine chi decide, nella sostanza, è l'Unione con i suoi strumenti operativi e di garanzia. E appena il caso di sottolineare anche che il precedente Protocollo 30, mentre non prevedeva la partecipazione dei Parlamenti nazionali alla procedura della sussidiarietà, prevedeva però delle norme operative abbastanza stringenti, ora scomparse²¹.

La stessa possibilità di uscita dal sistema è un'affermazione come si diceva, quasi inutile se si tiene conto del fatto che, procedure a parte, uno stato che volesse uscire dall'Unione andrebbe incontro a tali limitazioni e danni, innanzitutto economici, che molto verosimilmente il gioco non varrebbe la candela²². Sul piano formale, certo, ogni stato

¹⁹ Mette conto di rilevare una certa difformità tra i vari testi della disposizione. E mentre il testo italiano parla di «richiama[re] l'attenzione... nel quadro...», il testo inglese parla di «...draw the attention ... using the procedure...», diversamente da quello francese che parla di «attirer l'attention ... dans le cadre...» o il testo tedesco che più decisamente corre: «...macht ...nach ...aufmerksam...». È fin troppo evidente come «attirare l'attenzione sia ben diverso da "informare", così come «nel quadro delle procedure» è ben diverso da «usando le procedure».

²⁰ Per le implicazioni, peraltro ovvie, v. anche il mio *La revisione*, cit., *passim*.

²¹ V. punti 4, 5 e 6 del predetto Protocollo 30 trattato UE versione precedente.

²² Non a caso, mentre ci si affanna a sottolineare la "marginalità" della struttura

può in qualunque momento abbandonare la UE (*ma ora solo con la procedura precedentemente spiegata*), ma è evidente come, politicamente ed economicamente, i risultati sarebbero devastanti. Si pensi solo, anche per fare un discorso scarsamente tecnico, a cosa accadrebbe nelle more della procedura di recesso, se non altro alla economia dello stato interessato già solo per l'annuncio di essa.

Mentre dunque, molte e un po' parossistiche, sono le norme tendenti a limitare l'autonomia del sistema, sulla loro possibilità di successo, ma specialmente sull'utilità di ciò, è tutto da vedere. Così come, sia detto con ogni cautela, è molto difficile che tutte le descritte limitazioni non vengano (come finora è regolarmente accaduto) travolte dalla prassi sia comunitaria che interna degli stati.

Ciò che dunque intendo mostrare è proprio come talune norme, a prescindere dalla volontà stessa degli stati autori dei trattati, tendano a costruirsi in sistema e, per effetto della prevalenza (permanente e finora non revocata in dubbio) del diritto comunitario sul diritto interno ad imporsi agli stati membri, che lo vogliano o no.

4. Sovranità, originarietà, soggettività e *Bundesverfassungsgericht*

Non è nemmeno un caso, da un certo punto di vista, che appaia piuttosto che un'obiezione concreta, una sorta di linea di difesa da retroguardia il tentativo di porre ulteriori limiti all'attività concreta dell'UE, da parte di qualche giurisdizione nazionale.

Mi riferisco – sia consentita una brevissima e assai sommaria digressione per riferirmi ad una decisione estremamente più complessa – alla recentissima sentenza (2009²³) del *Bundesverfassungsgericht*

dell'Unione, ci si accorge quanto sarebbe invece importante (e se ne discute operativamente) stringere ancora di più il sistema, per renderlo capace anche di controllare meglio le crisi, specialmente finanziarie.

²³ BvE, 2/08 0.6.2009, in *BVerfG*, 2 BvE 2/08 vom 30.6.2009, http://www.bverfg.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208.html.

tedesco²⁴. Che si sofferma ampiamente a dimostrare ciò che, a dire il vero, è a mio parere evidente di per sé e pacifico: l'UE è una Organizzazione internazionale dotata di poteri di attribuzione. Ciò, sia chiaro, mi sembra proprio, sia formalmente che materialmente, non discutibile; insomma: è banalmente ovvio. Che poi, politicamente e in prospettiva analizzata, questa struttura europea condivida le caratteristiche di uno stato con quelle di una Organizzazione internazionale è un fatto che non incide minimamente sulla attuale natura formale dell'organismo stesso, ma sui suoi poteri²⁵ tanto più facilmente riconoscibili e accettabili in quanto appare ben difficile mettere in dubbio che l'UE è un soggetto di diritto internazionale.

Che l'UE possa essere, come effettivamente è, una Organizzazione dotata di poteri particolari, che sia l'unica di tal genere nell'esperienza internazionale e quant'altro può essere anche perfettamente vero, anzi lo è, ma che *tecnicamente* l'UE sia una normale Organizzazione internazionale appare difficile metterlo in dubbio. Tanto vero che, mentre lo dice, la Corte tedesca sembra conscia di avventurarsi su un terreno difficile, su quello cioè della, politicamente esecrata, possibilità che l'UE sia considerata e possa diventare uno stato federale. Il tutto, letto attraverso l'ottica della sovranità, che si difende strenuamente in quanto di essa sarebbero titolari solo gli stati membri. Che, però, la sovranità degli stati membri non sia attualmente toccata (sul piano almeno formale) è indubbio, ma è un fatto che l'esercizio di detta sovranità è fortemente delimitato²⁶. Ma, d'altro canto, nulla osta, a mio modo di vedere e in

²⁴ Su cui v. già DRAETTA, *Brevi note sulla sentenza della Corte costituzionale tedesca del 30 giugno 2009 sul Trattato di Lisbona*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2009, p. 719 ss.; POIARES MADURO, GRASSO, *Quale Europa dopo la sentenza della Corte costituzionale tedesca sul Trattato di Lisbona?*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2009, p. 503 ss.

²⁵ Tutti regolamentati, definiti e delimitati, e per di più, posti sotto il controllo neutrale, insindacabile e prevalente sulle giurisdizioni nazionali, della Corte di giustizia della Unione Europea.

²⁶ Si potrebbe in realtà arrivare a dire, mi sia consentita la digressione, che il contenuto della sovranità è oggi semplicemente diverso da quello che era in passa-

linea di principio, sia che la sovranità stessa venga (prima o poi, o anche mai) ceduta e trasferita all'UE per intero, sia semplicemente che sia "recuperata" per intero dagli stati membri.

A ben guardare, e ragionando in termini teorici, parlare in tal caso di limitazioni o riduzioni della sovranità non è del tutto corretto. Gli stati membri dell'UE hanno oggi uno spazio di libertà e di autonomia minore di quello che avevano in passato (prima di aderire all'UE), ma solo perché hanno liberamente e coscientemente consentito di entrare a far parte di un sistema dotato (ormai sicuramente) di soggettività giuridica di diritto internazionale. Detto ente si è dimostrato capace di gestire quel *quantum* di poteri sovrani, che all'Unione sono stati attribuiti (ma in parte e, in parte, anche per conseguenza della interpretazione pretoria della Corte, ceduti). Ciò che mi preme di sottolineare è come, nel dibattito attuale sulla questione (cui appunto non è estraneo il *Bundesverfassungsgericht* tedesco) si tende a perdere di vista il fatto per il quale la sovranità dei singoli stati membri non è "perduta" (né si cerca proditoriamente di sottrargliela), ma semplicemente trasferita in un altro diverso soggetto, del quale si è liberamente e coscientemente parte. Non si capisce bene come si possa parlare, da taluni, di soprannazionalità²⁷ senza poi vedere che l'UE dispone di poteri suoi propri non più degli stati membri, benché, allo stato dei fatti²⁸, recuperabili, sia pure ad alto prezzo.

to. Come non si può negare che la sovranità di uno stato non impedisce che ad esso si impongano obblighi (e quindi limiti alla sua libertà di azione *anche interna*), ad esempio in materia di rispetto dei diritti dell'uomo fondamentali, in materia ambientale o di patrimonio comune dell'umanità, senza che ciò influisca sul *possesso* della sovranità, ma solo sul suo contenuto, così oggi nell'ambito dell'UE appare legittimo affermare che il concetto ed il contenuto della sovranità è *diverso* dal passato: non minore, semplicemente diverso. Nel caso di specie, come vedremo fra poco, alcuni poteri sovrani sono riposti altrove, nell'UE. V. *infra* § 5.

²⁷ Termine che, personalmente, non amo, proprio perché l'UE ha una personalità sua propria e non si limita ad esercitare poteri "superiori", ma non suoi!

²⁸ Ma anche qui con qualche cautela. Se si guarda al testo dell'art. 117.1 della Costituzione, si vede che già oggi a stretto rigore al Parlamento (e alle Regioni) è

5. *Segue: sul contenuto del concetto di sovranità.*

La sovranità dello stato soggetto di diritto internazionale, a mio parere, non è un dogma, può essere ceduta o persa o anche condivisa, perché essa è solo la *funzione dei poteri e delle capacità del soggetto*, di quei poteri e capacità che il soggetto stesso *riesce effettivamente* ad esercitare e che *desidera effettivamente* esercitare. Se un altro soggetto, riceve parte di quei poteri, la sovranità del primo (o meglio, quel pezzo di sovranità) è solo “trasferita” altrove, non perduta in assoluto: al soggetto stato resta una parte di quella sovranità, mentre altra parte di essa è del soggetto UE²⁹, del quale lo stato è membro e parte integrante. Certamente il trasferimento è ancora incompiuto perché l’individuo-cittadino esercita le proprie prerogative in maniera mediata e non diretta: è ciò che si chiama il *deficit* di democrazia dell’UE³⁰. In un

“impedito” di legiferare in maniera difforme dagli obblighi comunitari. Che l’uso dei poteri del Parlamento in dispregio di quel «vincolo» possa condurre alla abrogazione della sua legge in contrasto con gli obblighi comunitari (e internazionali) da parte della Corte Costituzionale, o che semplicemente la legge in contrasto con detti obblighi non venga applicata affatto, il risultato non cambia. Una norma in contrasto con gli obblighi comunitari è *oggi tecnicamente impossibile che viga*, almeno fin tanto che l’Italia farà parte dell’UE. Anzi, per portare il discorso al suo estremo, potrebbe addirittura essere impossibile *per l’Italia uscire dall’Unione senza prima una sostanziale modifica di quella norma costituzionale*. Non a caso, la nostra Corte Costituzionale, già prima dello stesso art. 117.1, con la sentenza *Granital* e ciò che ne consegue ha stabilito che l’eventuale legge in contrasto con una norma comunitaria, semplicemente non si applica, è *tamquam non esset*, sia pure con quella ben nota clausola cautelativa inserita dalla Corte *in fine* alla detta sentenza. Cfr. il mio cit. *infra* nt. 38, con riferimento anche agli obblighi convenzionali internazionali, e ivi ulteriori riferimenti.

²⁹ *Contra*, v. di recente PANEBIANCO, *L’Unione Europea decostituzionalizzata*, in *Rivista della cooperazione giuridica internazionale*, 2009, vol. 33, p. 26 ss.

³⁰ Ma il “*deficit*” è di strumenti non di poteri: il cittadino non esercita direttamente i poteri rispetto alla formazione degli atti comunitari, perché non ne ha tutti i mezzi, ma li esercita mediatamente, attraverso i governi che (almeno sul piano formale) strettamente lo rappresentano e attraverso il PE, che in parte collabora, con i propri autonomi poteri, alla formazione di quegli atti. Certe volte, lo dico anche a

certo senso si potrebbe dire che il singolo cittadino è parte di un ente sovrano, lo stato, in cui trova espressi alcuni poteri e capacità, e di un altro, l'UE, dove ne trova di altri. La sovranità, insomma è ripartita tra diversi enti, non diversamente (mi si perdoni l'ardire) di quanto accade ad un cittadino membro di uno stato federato (o, anche sia pure con molta cautela, di una regione) parte di uno stato. Non è nemmeno un caso che il co. 1 dell'art. 117 della Costituzione italiana, preveda che la "potestà" legislativa appartiene alle Regioni e allo stato: ciò infatti, nulla toglie ai poteri dello stato rispetto alle stesse Regioni, ma lascia alle Regioni una parte di poteri autonomi³¹.

Il sistema giuridico dell'UE, dice infatti la Corte tedesca un po' scolasticamente, manca di originarietà e dunque (è questo che si vuole dire?) non è l'ordine giuridico, direi io, di un soggetto di diritto internazionale o anche, dice il *Bundesverfassungsgericht*, di uno stato: ma affermare che l'UE non è effettiva, è almeno molto difficile. Peraltro, non può essere dimenticato, diversamente dal pensiero del *Bundesverfassungsgericht*, che l'"originarietà" di una costituzione non basta da sola a "fare" uno stato, così come, a sua volta, l'effettività spesso da sola non basta, a "fare" un soggetto di diritto internazionale³², che magari potrebbe solo essere un ente somigliante ad uno stato senza esserlo effettivamente³³. Un soggetto di diritto internazionale, in altre

costo di apparire grossolano, si ha l'impressione che si confonda tra i poteri e i meccanismi per l'esercizio dei poteri medesimi. I cittadini hanno il potere di legiferare anche a livello comunitario (quando la competenza è comunitaria), solo che detto potere è, in parte, esercitato attraverso i governi, che, se non ottemperano alla volontà dei cittadini, violano la stessa norma interna che gli conferisce il potere di governare e dunque di partecipare al processo di formazione degli atti comunitari.

³¹ In questo caso, il procedimento è in buona sostanza solo l'inverso di quello che porta stati autonomi a costituire una federazione, o a predisporre dei meccanismi di integrazione simili ad una federazione in una Organizzazione internazionale.

³² Cfr. il mio *Personalità giuridica di diritto internazionale: il caso dell'Organizzazione per la Liberazione della Palestina*, in *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Napoli, 2004, I, p. 85 ss.

³³ Cfr. MARATEA, *Accordi internazionali e governi fantoccio*, in corso di stampa.

parole e sempre per restare in termini molto sintetici, non è tale perché ha ricevuto certe prerogative, che nessuno nella Comunità internazionale potrebbe attribuirgli, ma lo è perché e finché le esercita ed è legittimato dalle norme ad esercitarla.

Insomma, e per dirlo assai sinteticamente (e dunque con qualche necessaria superficialità di analisi doverosa date le dimensioni di questo scritto) che l'UE non sia uno stato federale è certo ed evidente, ma altrettanto certo ed evidente è che l'UE stessa è un soggetto di diritto internazionale. Che i suoi poteri siano di attribuzione è certo, e che i singoli stati membri possano recuperarli solo uscendo dal sistema, o modificandone la natura ma solo in accordo con gli altri stati, è altrettanto evidente (benché altamente improbabile), mentre è certo che solo se *tutti* gli stati lo volessero probabilmente quei poteri potrebbero essere sottratti alla UE. Se non altro perché non sembrano facilmente recuperabili né i poteri esclusivi di cui all'art. 2.1 TFUE, né quelli concorrenti ma già esercitati dalla UE, a norma dell'art. 2.2³⁴. Beninteso: a meno di non sciogliere l'Unione, quei poteri sono ormai “persi” per gli stati membri. In questi casi, insomma, i poteri della UE “erano” di attribuzione prima di essere ceduti, ma ora sono esclusivi³⁵: a voler significare che dunque non sono più degli stati, né sono “recuperabili” a meno di svuotare il sistema³⁶.

Dalla menzionata osservazione, per tornare alla Corte tedesca, deriverebbe che l'Organizzazione non può e non deve proporre norme o darsi poteri non contemplati espressamente nei trattati, e pertanto, con-

³⁴ E sul punto v. di recente la sentenza *Olimpiclub*, C-2/08, su cui v. ampiamente CALETTA, *Riflessioni sulla più recente giurisprudenza comunitaria in materia di giudicato nazionale (ovvero sull'autonomia procedurale come competenza procedurale funzionalizzata)*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2009, p. 961 ss.

³⁵ Anche in senso stretto, perché in molti casi gli stati, anche volendo, non possono più esercitarli, almeno nel senso che se lo fanno vengono sanzionati.

³⁶ Per alcune interessantissime considerazioni su questo tema, cfr. TORCHIA, *Il governo delle differenze: il principio di equivalenza nel diritto europeo*, Bologna, 2006, p. 10 ss e *passim*, in particolare sulla differenziazione e sulle “equivalenze” nel sistema UE v. p. 13 ss. e 171 s.

clude la Corte, non potrà né dovrà il rappresentante tedesco in seno ai vari organi e nel Consiglio in particolare votare atti che li permettano, con una allusione evidente alle varie “passerelle” orizzontali e verticali inventate da un certo insopportabile gergo comunitario.

E dunque, in fin dei conti, il solo risultato di queste elaborazioni è che la Corte tedesca pone, ulteriori “lacci e laccioli” alla attività dei membri tedeschi dell’Unione. “Lacci”, me lo si consenta, a dir poco alquanto improbabili. Che i rappresentanti tedeschi in seno all’UE, prima di votare un atto rientrante in quelle categorie, vadano a chiedere l’autorizzazione al proprio Parlamento, pare francamente un po’ difficile oltre che assai farraginoso. Per non parlare delle conseguenze (che mi sembra la Corte non abbia valutato a fondo) di atti adottati a maggioranza. In ipotesi, sia chiaro, solo in ipotesi, che farebbe la Germania (o meglio, i rappresentanti tedeschi in sede UE) se messa di fronte ad un atto adottato a maggioranza e rientrante tra le (a dire il vero un po’ fumose) categorie di cui al *Bundesverfassungsgericht*?³⁷

In effetti, sembra, il ragionamento della Corte (sia detto con tutto il rispetto) dimentica così come funziona effettivamente il sistema di creazione continua (pretorio, ma non solo) di norme della UE. E infatti, come vedremo tra poco anche per effetto del n. 3 dell’art. 6 che commento, se un diritto fondamentale purchessia, condiviso magari da pochi (al limite anche uno solo) ordini giuridici di stati membri può contribuire anche in maniera decisiva alla costruzione di principi generali di diritto comunitario, ebbene questi ultimi (magari non votati né votabili da parte di rappresentanti degli stati membri) sono non solo obbligatori per tutti, ma prevalenti sulla legislazione, costituzionale e non, di *tutti* i paesi membri, che lo voglia o meno la stessa Corte tedesca, che infatti lo riconosce, come lo riconoscono altri sistemi giuridici³⁸.

³⁷ Cfr. sul punto, per un possibile elenco, DRAETTA, *Brevi note*, cit., p. 728 ss.

³⁸ Basterebbe, per fare un esempio, guardare a come sono stati risolti alla fine i casi di conflitto tra una norma comunitaria e una sentenza definitiva (passata, dunque, in giudicato) di uno stato membro. Basterebbe citare i casi Lucchini e Kobler. V. sul punto di recente, ALEMANNI, IPPOLITO, *La responsabilità dello Stato nei*

Certamente, il senso del sistema comunitario è tale per cui esso non può obbligare la Germania o l'Italia a divenire parti di una Federazione o anche di una Confederazione: un atto di volontà esplicito in tal senso prima o poi sarà probabilmente necessario, se mai avverrà, perché occorre e occorrerà una volontà politica esplicita benché magari necessitata dalle circostanze. Questo, dunque, è certissimo. Ma le domande da porsi seriamente sono altre due: 1. – come si può di fatto pensare di rispondere al fatto concreto per cui, attraverso meccanismi propri del sistema, l'erosione dell'autonomia degli stati sia costante e continua e frutto del funzionamento normale del sistema³⁹, e, 2. – può davvero oggi (giurisprudenza a parte) uno stato membro della UE, specie se uno dei fondatori, fare a meno dell'UE, ma anche uscirne senza enormi complicazioni che lo renderebbero, a dir poco giuridicamente, complicato?⁴⁰

Tecnicamente la risposta è sì, non vi è dubbio, ma, praticamente, mi sembra proprio di no. Lo ha ben compreso, e sappiamo con quale difficoltà, ma lo dico con un minimo di “orgoglio” nazionalista, lo ha compreso la nostra Corte Costituzionale (certo non delle più propense

confronti dei privati per le violazioni commesse dai giudici di ultima istanza: il risarcimento dei danni causati da sentenze definitive, in SPITALERI (a cura di), *L'incidenza del diritto comunitario e della CEDU sugli atti nazionali definitivi*, Milano, 2009, p. 61 ss. e specialmente, GATTINARA, *La responsabilità dello Stato nei confronti dell'Unione europea per le violazioni commesse dai giudici di ultima istanza: la procedura d'infrazione come possibile alternativa alla responsabilità extracontrattuale dello Stato*, *ibidem*, p. 83 ss. V. anche il mio *Costituzione italiana e integrazione europea: Aiuti di stato, “distrazione” amministrativa e costi impropri per le imprese*, in *Rivista della cooperazione giuridica internazionale*, 2009, p. 7 ss. Cfr. anche, recentissimo, STROZZI, *Responsabilità degli Stati membri per fatto del giudice interno in violazione del diritto comunitario*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2009, p. 881 ss.

³⁹ Basti pensare come ormai l'UE possa intervenire perfino in questioni di diritto matrimoniale o di filiazione!

⁴⁰ E, si potrebbe aggiungere, come si fa a considerare solo strumentale un sistema che può addirittura passare sopra al giudicato delle giurisdizioni degli stati membri?

ad accettare una perdita di sovranità, in un sistema in cui non c'è una norma costituzionale che sia una che consenta di affermare una prevalenza del diritto UE sul diritto italiano fino all'introduzione dell'art. 117.1⁴¹, e che ha perciò costruito il traballante edificio ben noto, attorno all'art. 11 della Costituzione), che dopo tante resistenze ha ceduto alle pressioni europee, ed alla fine ha accettato che le norme italiane in contrasto con il sistema UE siano semplicemente non applicate, e che addirittura la stessa Corte Costituzionale sia soggetta alla giurisprudenza interpretativa della Corte di giustizia della Unione Europea⁴². Lo abbiamo fatto, grazie alla libertà di giudizio di una giurisprudenza fin qui sagace e prudente, ma realista. E tutto andrà per il meglio, credo, se specialmente non venga in mente a qualche legislatore di legiferare in materia⁴³.

6. I pilastri del nuovo sistema dell'Unione Europea scaturente dal Trattato di Lisbona e la sua natura costituzionale

E dunque, tornando al discorso con cui si è iniziato. Il complesso delle norme enunciate rapidamente più sopra, ci pone, a mio parere, di fronte ad una sorta di costituzione di fatto, di cui, come vedremo tra un momento, il n. 3 dell'art. 6 potrebbe costituire il fulcro⁴⁴.

I cardini dell'intero impianto comunitario, dunque, sono ormai, mi

⁴¹ *Supra* nt. 28 e testo corrispondente.

⁴² V. Corte Costituzionale *Ordinanza* 103/08, e la conseguente sentenza della Corte di giustizia della Unione Europea C-169/09, che fornisce alla nostra Corte gli strumenti *interpretativi necessari e ritenuti validi e indispensabili alla sua giurisprudenza!* La nostra Corte, mi sia consentita questa piccola osservazione, sembra aver compreso (finalmente?) che la sovranità nell'ambito comunitario, non si "perde", ma semplicemente la si trasferisce in altro luogo, dove la nostra sovranità è presente ed operante ed associata a quella di altri stati.

⁴³ Se si pensa a talune elucubrazioni della mai sufficientemente dimenticata "Bicamerale", non c'è che da augurarsi un rigoroso perdurante silenzio del legislatore!

⁴⁴ In termini analoghi, v. ADAM TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell'Unione Europea*, Torino, 2010, p. 110.

sembra, quattro, per come risultanti dalle norme della prima parte del TUE, e sono fondati sulle seguenti disposizioni.

L'art. 1 del TUE, e il richiamato art. 1 del TFUE quasi identico, definiscono, sia pure con una piccola differenza di terminologia, che i due sistemi di norme sono completamente e perfettamente integrati, l'uno non sta senza l'altro, così come l'uno vale quanto l'altro⁴⁵. Si potrebbe solo aggiungere che se alla fine si è deciso di tenere i due testi separati, non è per caso. Nella bozza, fallita, di trattato sulla costituzione europea il tentativo era stato fatto, costruendo, se mi è consentito di dirlo, un sistema alquanto improbabile e pasticciato. Qui si è preferito distinguere, quasi a voler premettere che il TUE si accinge ad essere lo strumento base di interpretazione dei poteri e delle attribuzioni dell'UE, definiti nel TFUE, ma volendo al tempo stesso mettere in evidenza l'unicità dell'impianto complessivo⁴⁶.

Nei sistemi giuridici moderni, tale complesso di norme si definisce Costituzione, materiale o di diritto, poco cambia.

Ma altri due sono i pilastri (uso il termine in senso letterale e non nella comune nomenclatura comunitaria) del sistema e sono entrambi contenuti, appunto, nell'art. 6, il cui paragrafo 1 garantisce il riconoscimento pieno della Carta dei diritti fondamentali, assicurando ad essa la piena parità con i trattati: «ha lo stesso valore giuridico dei trattati»⁴⁷, mentre il quarto pilastro è dato, come vedremo fra un momento dalla

⁴⁵ A stretto rigore, dunque, sarebbe bastata l'affermazione di cui all'art 1.3 Trattato sull'UE, che recita come noto: «L'Unione si fonda sul presente trattato e sul trattato sul funzionamento dell'Unione europea... *I due trattati hanno lo stesso valore giuridico*. L'Unione sostituisce e succede alla Comunità europea». Non molto diversamente, l'art. 1.2 Trattato sul funzionamento dell'UE recita: «Il presente trattato e il trattato sull'Unione europea costituiscono i trattati su cui è fondata l'Unione. I due trattati, *che hanno lo stesso valore giuridico*, sono denominati "i trattati"».

⁴⁶ Che poi di ciò vi fosse piena coscienza a livello di negoziatori è tutto da vedere.

⁴⁷ Ovviamente con la consueta e rituale affermazione per cui ciò non implica l'aumento dei poteri della UE rispetto agli stati. Cfr. anche ZANGHÌ, *Istituzioni*, cit., p. 111 ss.

Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, cui ora la UE formalmente aderisce⁴⁸.

Ma anche qui, con tutte le limitazioni di questo breve scritto e sempre per esprimere il mio pensiero in maniera estremamente sintetica, soccorre un'altra osservazione.

Nel cercare in qualche modo, forse, di esorcizzare il valore della affermazione relativa alla Carta dei diritti fondamentali, la norma prevede esplicitamente che essa va interpretata alla luce in particolare del titolo VII della Carta stessa e delle sue spiegazioni: il che, di nuovo, sarebbe perfettamente ovvio, visto che quel titolo fa parte della Carta⁴⁹!

Non entro nel merito, ma una osservazione si impone. Il terzo comma della "spiegazione" relativa all'art. 51, afferma, tra l'altro, che il n. 2 dell'art. 51 della Carta⁵⁰ (e l'ultima frase del numero precedente) «... ribadiscono che la Carta non può avere l'effetto di ampliare... Lo scopo è quello di citare in modo esplicito *quanto deriva logicamente dal principio di sussidiarietà*⁵¹ e dal fatto che l'Unione dispone solo di poteri di attribuzione. *I diritti fondamentali garantiti nell'Unione, producono effetti solo nell'ambito delle competenze determinate dai trattati*⁵². Di conseguenza, alle istituzioni dell'Unione può essere imposto l'obbligo, a norma della seconda frase del paragrafo 1⁵³, di promuovere i principi sanciti nella Carta soltanto nei limiti di queste stesse competenze».

⁴⁸ Il che implica, se mi si consente l'illazione, di accettarne la preminenza in materia di diritti dell'uomo. E infatti il protocollo 8 si limita a definire ciò che *non* può comportare l'adesione.

⁴⁹ Si potrebbe magari solo aggiungere che per questa via le spiegazioni, che appaiono come un atto di natura raccomandatoria degli stati... a sé medesimi, entrano a far parte a pieno titolo dei trattati, assumendone, anch'esse, la medesima valenza.

⁵⁰ «La presente Carta non estende l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione al di là delle competenze dell'Unione, né introduce competenze nuove o compiti nuovi per l'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti nei trattati».

⁵¹ Richiamato esplicitamente nella prima frase dell'art. 51 n. 1.

⁵² Il corsivo è mio.

⁵³ «...Pertanto i suddetti soggetti rispettano i diritti, osservano i principi e ne promuovono l'applicazione, secondo le rispettive competenze e nel rispetto dei limiti delle competenze conferite all'Unione nei trattati».

Solo due piccole, banali, osservazioni al margine di questa diposizione.

Che le norme comunitarie siano valide solo nell'ambito di quanto disposto e previsto nel sistema è assolutamente evidente. Ma è altrettanto evidente che, una volta assunta una decisione su qualunque argomento, con valenza strettamente europea e nell'ambito legittimo della sua attività, essa entra a far parte del sistema giuridico degli stati membri. Il che implica che essa diviene necessariamente di applicazione generale e dunque anche fuori dei casi definiti dai trattati. In altre parole, se, ad esempio, una certa limitazione a certi diritti sia imposta per una fattispecie rientrante nel diritto dell'Unione e nei poteri e nelle competenze della Unione, quella limitazione varrà anche con riferimento a quei rapporti giuridici successivamente nati, ma non rientranti nelle competenze dell'Unione stessa⁵⁴.

Ciò che, inoltre, importa rilevare è come, a parte l'ovvia affermazione dello svolgimento di ogni procedura nell'ambito delle competenze dell'Unione e dei suoi organi⁵⁵, i diritti fondamentali vanno letti e interpretati alla luce e nel quadro del principio di sussidiarietà, che è esattamente quello che permette alla Unione, appunto, di sussumere compiti e funzioni e poteri, sia pure con i limiti indicati, e in gran parte da costruire.

Il secondo paragrafo dello stesso articolo, invece come ricordato sopra, definisce l'obbligo dell'Unione di aderire alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, che dunque anch'essa entra a far parte a pieno titolo del sistema, dove le influenze reciproche sono evidenti.

In questa ottica, va ora letto e collocato il paragrafo 3 dell'art. 6.

⁵⁴ E molto improbabile, insomma, che un certo diritto (anche non definito in una legge *ad hoc*) relativo ad una certa fattispecie, non valga più per la stessa fattispecie quando essa non rientri nell'ambito di attività comunitaria. Se non altro per analogia, quel diritto si estenderà anche all'altra ipotesi.

⁵⁵ Il che, però, non esclude che, una volta introdotto un principio valido per quanto attiene ai rapporti con il diritto comunitario esso non si "estenda" anche a comprendere ogni altra fattispecie giuridica analoga all'interno dello stato.

7. L'art. 6.3 del Trattato sull'Unione Europea, la sua struttura evolutiva.

Va rilevato *in limine*, come anche in questo caso la formulazione della norma nelle varie lingue appare diversa. E infatti⁵⁶, mentre in italiano il riferimento è ai diritti fondamentali «garantiti», che potrebbe fare pensare al rilievo di tali diritti una volta e per tutte, in altri testi questa interpretazione, mi pare, viene esclusa. Per conseguenza l'interpretazione da fornire della disposizione è quella più vicina alla logica complessiva del sistema dell'UE⁵⁷. Insomma, il contenuto, definito e

⁵⁶ Per completezza di informazione, indico di seguito il testo in lingua francese, inglese e tedesca, evidenziando in corsivo la differenza di cui nel testo. «3. Fundamental rights, *as guaranteed* by the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and *as they result* from the constitutional traditions common to the Member States, shall constitute general principles of the Union's law», «3. Les droits fondamentaux, *tels qu'ils sont garantis* par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et *tels qu'ils résultent* des traditions constitutionnelles communes aux États membres, font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux.», «3. Die Grundrechte, *wie sie* in der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten *gewährleistet sind* und *wie sie sich* aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten ergeben, sind als allgemeine Grundsätze Teil des Unionsrechts». Il testo italiano, invece, corre: «3. 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».

⁵⁷ V. C-187/07, n. 23 s.: «23 Secondo una giurisprudenza consolidata, la formulazione utilizzata in una delle versioni linguistiche di una disposizione comunitaria non può essere l'unico elemento a sostegno dell'interpretazione di questa disposizione né si può attribuire ad essa, a tal riguardo, un carattere prioritario rispetto alle altre versioni linguistiche. Infatti, tale modo di procedere sarebbe in contrasto con la necessità di applicare in modo uniforme il diritto comunitario... 24 In caso di divergenza fra le versioni linguistiche di un testo comunitario la disposizione di cui trattasi deve quindi essere intesa in funzione del sistema e della finalità della normativa di cui fa parte...».

accertato momento per momento, delle norme sui diritti dell'uomo e sui diritti fondamentali degli stati e il modo in cui risultano applicate all'interno degli stati e nel diritto internazionale (per quanto attiene alle norme derivanti dalla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali), sono i principi generali del diritto europeo. In una costruzione, dunque, evolutiva.

Anche nel passaggio dalla vecchia versione alla nuova, la norma ha subito una modifica, di una notevole rilevanza. Nella versione precedente l'UE è solo chiamata a *rispettare* i diritti fondamentali (risultanti dalla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e dalle tradizioni comuni dei vari stati), mentre nella versione attuale il concetto è in qualche modo rovesciato, quando si afferma che quei diritti fondamentali, *fanno parte* del diritto dell'Unione in quanto principi generali.

Indubbiamente, non si vuol dire che la differenza sia di grandissima rilevanza, ma è certo che in questa versione l'idea che sembra volersi proporre è quella per la quale il diritto fondamentale dell'Unione, *i principi generali del diritto dell'Unione* derivano per interpretazione, oltre che alla luce della interpretazione e della relativa prassi dalla stessa normativa dell'Unione, *anche, dai diritti fondamentali dei vari stati membri e dai diritti fondamentali della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*. E molto più forte, mi pare, in questa dizione l'idea che il diritto dell'Unione è da costruire per via interpretativa dalla somma dei diritti fondamentali enunciati e, data la collocazione della disposizione alla fine dell'articolo, dai diritti derivanti (a loro volta per interpretazione) dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, che da ora in avanti ha lo stesso valore giuridico dei trattati.

L'impulso, mi sembra, che questa norma fornisce ad una costruzione pretoria del diritto comunitario, anzi, dei principi generali del diritto dell'Unione, è fortissimo.

Ma ciò che conta e che voglio, per concludere, sottolineare è la conseguenza di questa disposizione, sul contenuto di dette norme, sia pure ricavabili e da ricavare per via interpretativa.

8. Il contenuto dei diritti fondamentali dell'art. 6.3.

Già ripetutamente, prima della predisposizione di questa norma, la giurisprudenza comunitaria si è pronunciata in materia di diritti fondamentali⁵⁸.

Nell'analizzare detti diritti fondamentali, la giurisprudenza ha evidenziato come essi possano avere anche l'effetto di incidere, e profondamente, nella stessa struttura dei diritti fondamentali degli stati, nella misura in cui a livello comunitario venivano identificati accanto ai detti diritti, anche le limitazioni di essi⁵⁹.

E ben nota, ad esempio, la giurisprudenza, ormai consolidata, in tema di proprietà, che giunge ad accostare al principio del diritto (indiscusso) di proprietà, anche la possibilità, *in nome di interessi di carattere generale dell'intera Unione* e dei principi derivanti dalla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fonda-

⁵⁸ Si ricordano per tutte ad es.: C-25/70: «22 attendu que le respect des droits fondamentaux fait partie intégrante des principes généraux du droit dont la cour de justice assure le respect; qu'il y a lieu des lors d'examiner, en réponse a la question posée et en vue des principes invoqués, si le regime de cautionnement aurait porté atteinte à des droits de caractère fondamental dont le respect doit être assuré dans l'ordre juridique communautaire», e v. anche la più nota sentenza Nold C- 4/73: «13 attendu que, ainsi que la cour l'a déjà affirmé, les droits fondamentaux font partie intégrante des principes généraux du droit dont elle assure le respect; qu'en assurant la sauvegarde de ces droits, la cour est tenue de s'inspirer des traditions constitutionnelles communes aux états membres et ne saurait, des lors, admettre des mesures incompatibles avec les droits fondamentaux reconnus et garantis par les constitutions de ces états; que les instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme auxquels les états membres ont coopéré ou adhère peuvent également fournir des indications dont il convient de tenir compte dans le cadre du droit communautaire; que c'est a la lumière de ces principes que doivent être appréciés les griefs soulevés par la requérante». Cfr. anche per la precedente versione dell'art. 6, VILLANI, *Istituzioni di diritto dell'Unione Europea*, Bari, 2008, p. 42 ss.

⁵⁹ Cfr., ad es.: C-421/07, punto 27, ma specialmente C-11/00, in cui si afferma nettamente la prevalenza dei principi comunitari (se del caso, aggiungo io, dedotti dalla ricostruzione dei diritti fondamentali) sui principi di diritto degli stessi stati, v. punti 2 e 3 della sentenza.

mentali, di una loro limitazione (perfino con effetto retroattivo)⁶⁰, anche quando questi principi non fossero ricavabili da tutti gli stati membri della Unione⁶¹.

Basterebbe a definire questa possibilità la già risalente, ma fondamentale, sentenza 44/79, dove la Corte affermava che detti diritti fondamentali o principi non devono necessariamente essere comuni a *tutti* gli stati membri, ma essere considerati rilevanti per tutti dalla stessa Corte⁶²,

⁶⁰ V. C- 402/03, punto 50 s.: «50. Secondo una giurisprudenza costante, l'interpretazione che la Corte dà di una norma di diritto comunitario nell'esercizio della competenza attribuitale dall'art. 234 CE chiarisce e precisa, se necessario, il significato e la portata della norma stessa, come deve o avrebbe dovuto essere intesa ed applicata dal momento della sua entrata in vigore. Ne deriva che la norma così interpretata può e deve essere applicata dal giudice anche a rapporti giuridici sorti e costituiti prima della sentenza che statuisce sulla domanda d'interpretazione, purché sussistano i presupposti per sottoporre al giudice competente una lite relativa all'applicazione della detta norma... 51. Al riguardo si deve ricordare che solo in via eccezionale la Corte, applicando il principio generale della certezza del diritto inerente all'ordinamento giuridico comunitario, può essere indotta a limitare la possibilità per gli interessati di far valere una disposizione da essa interpretata onde rimettere in discussione rapporti giuridici costituiti in buona fede. Affinché una tale limitazione possa essere disposta, è necessario che siano soddisfatti due criteri essenziali, cioè la buona fede degli ambienti interessati e il rischio di gravi inconvenienti...».

⁶¹ «Cfr. Ad es.: C-4/73, punti 12 ss.; C-521/04, punto 38; C-20/00, 64/00, punto 88.

⁶² V. CGCE C-44/79, § 20: «20. En vue de pouvoir répondre a cette question, il faut des lors considérer également les indications résultant des règles et pratiques constitutionnelles des neuf état membres. Une première constatation qui s'impose a cet égard est que ces règles et pratiques permettent au législateur de régler l'usage de la propriété privée dans l'intérêt general. À cet effet, certaines constitutions font référence aux obligations inhérentes a la propriété (loi fondamentale allemande, article 14, alinea 2, 1 phrase), a sa fonction sociale (constitution italienne, article 42, alinea 2), a la subordination de son usage aux exigences du bien commun (loi fondamentale allemande, article 14, alinea 2, 2 phrase, et constitution irlandaise, article 43.2.2), ou de la justice sociale (constitution irlandaise, article 43.2.1).» E v. anche C-5/88: «17. En vertu d'une jurisprudence constante établie notamment par l'arrêt du 13 décembre 1979..., les droits fondamentaux font partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour assure le respect. En assurant la sauve-garde

così come i principi comunitari si applicano necessariamente a tutti gli stati membri⁶³.

Si afferma così progressivamente, come accennato solo con alcuni esempi disordinati, una vera e propria griglia di diritti fondamentali, validi per tutta l'Europa, attuale e futura, ed ampliabile ed integrabile solo per via interpretativa, attraverso gli atti degli organi della Unione e le sentenze della Corte e altresì, attraverso l'interpretazione che dei singoli diritti fondamentali (così come derivanti dalle "tradizioni costituzionali" dei singoli stati membri e non dunque dalle norme costituzionali *stricto sensu*) è data nella giurisprudenza dei singoli stati membri.

de ces droits, la Cour est tenue de s'inspirer des traditions constitutionnelles communes aux États membres, de telle sorte que ne sauraient être admises dans la Communauté des mesures incompatibles avec les droits fondamentaux reconnus par les Constitutions de ces États. Les instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme, auxquels les États membres ont coopéré ou adhéré, peuvent également fournir des indications dont il convient de tenir compte dans le cadre du droit communautaire». Cfr. Anche la sentenza CGCE C- 72/02, dove si afferma: «È pacifico che il margine di valutazione discrezionale di cui dispongono le autorità competenti per stabilire dove si trovi il giusto equilibrio tra la libertà di espressione e gli obiettivi sopramenzionati è variabile per ciascuno degli scopi che giustificano la limitazione di tale diritto e secondo la natura delle attività considerate. Qualora l'esercizio della libertà non contribuisca ad un dibattito di interesse generale e, per giunta, ci si collochi in un contesto in cui gli Stati hanno un certo margine di valutazione discrezionale, il controllo si limita alla verifica del carattere ragionevole e proporzionale dell'ingerenza. Altrettanto vale per l'uso commerciale della libertà di espressione, soprattutto in un settore così complesso e oscillante come quello della... 52. Nel caso di specie, alla luce delle circostanze di diritto e di fatto che caratterizzano la situazione che ha dato origine alla causa principale e del margine di valutazione discrezionale di cui dispongono gli Stati membri, appare che una limitazione della pubblicità, quale quella prevista dall'art. 30 dell'UGW, è ragionevole e proporzionata, in ragione degli obiettivi legittimi da essa perseguiti, e cioè la tutela del consumatore e la lealtà dei rapporti commerciali».

⁶³ V. molto di recente CGCE C- 201/08: «43. Si deve ricordare che i principi della tutela del legittimo affidamento e della certezza del diritto fanno parte dell'ordinamento giuridico comunitario; pertanto devono essere rispettati dalle istituzioni comunitarie ma anche dagli Stati membri nell'esercizio dei poteri loro conferiti dalle direttive comunitarie».

9. La norma come strumento costitutivo di un nuovo diritto pubblico europeo.

La norma che si commenta va dunque letta nella sua complessità, collocata come è nel sistema a seguito della affermazione della rilevanza (non diversa dai trattati) della carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e dell'adesione alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il che implica, come d'uso nel diritto delle Organizzazioni internazionali, l'adesione all'intero *acquis* della Convenzione stessa⁶⁴. Che, dunque, e per questa via, diviene parte integrante del diritto dell'UE e, per il suo tramite, del diritto degli stati membri, anche qualora, in ipotesi, non fosse già applicabile a qualcuno di essi. Da un lato, dunque, gli stati parte della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali applicano i principi generali dettati da quest'ultima (ma ora filtrati, per dir così, dall'UE), principi che entrano così a far parte dei propri ordinamenti interni, dall'altro, lo stesso meccanismo opera similmente anche per gli stati non parti della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, che dunque per la via dell'UE si trovano ad applicare nella sostanza, norme alle quali tecnicamente possono non aver aderito⁶⁵. Insomma, uno degli effetti della disposizione di cui all'art. 6.3 è quello di integrare fortemente i due sistemi normativi at-

⁶⁴ Compresa dunque la considerazione della natura di giudice preconstituito per legge della stessa Corte di giustizia della Unione Europea con le ben note conseguenze tra cui la natura di violazione dell'art. 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali in caso di mancato ricorso pregiudiziale alla Corte di giustizia della Unione Europea, su cui in parte già *supra*. Sul punto v. SCHEPISI, *La responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario da parte dei giudici di ultima istanza: da Kóbler a Lucchini*, in *Studi in onore di Umberto Leanza*, Napoli, 2008, p. 1301 ss.

⁶⁵ È almeno ipotizzabile in astratto che uno stato aderente all'UE non sia già parte della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Voglio dire, in sostanza, che anche in questo caso l'intero impianto convenzionale finirebbe per entrare a far parte dell'ordinamento del nuovo stato, *così come filtrato e interpretato* dall'UE.

traverso i diritti fondamentali degli stati membri e le norme di diritto comunitario, che dal complesso di essi sono determinati.

Questo “filtro” fa sì che tutti i principi della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, affermati magari, per via interpretativa, in relazione ad un singolo soggetto (o non riferibile ad alcuno in quanto non membro della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali) diventino parte del diritto comunitario e, in quanto principi generali di esso, parte dell’ordine giuridico degli stati membri. E quel filtro è tanto più importante e significativo, se si tiene conto del fatto che le norme della Convenzione vanno interpretate, in ambito europeo, anche alla luce del diritto comunitario e della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea.

In altre parole, mi riferisco alla giurisprudenza della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, che, nel risolvere una fattispecie concreta propria di un singolo stato membro, determina sia nell’ordine giuridico della convenzione stessa che nell’ordinamento giuridico proprio di quest’ultimo un principio giuridico che si riflette (o può riflettersi) al livello dei principi generali del diritto dell’Unione⁶⁶. Ma non va dimenticato, lo osservo solo *in limine*, che potrebbe anche accadere che un *principio giuridico affermato* dalla Corte europea dei diritti dell’uomo in riferimento *ad uno stato non membro dell’UE*, estendendosi ad essere un principio della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, *diventi per questa via parte di un principio generale di diritto dell’UE*. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo, pur se riferita ad uno stato non membro dell’UE, infatti, va letta nella sua interezza e pertanto *contribuisce a riempire di contenuto ogni singola norma della Convenzione, con la inevitabile conseguenza indicata*⁶⁷.

⁶⁶ Per un discorso analogo, v. anche STROZZI, *Responsabilità*, cit. p. 902 ss.

⁶⁷ Sorvolo, ma non posso esimermi dal menzionarla, sull’ipotesi inversa e cioè che l’effetto del sistema potrebbe essere quello di fare sussumere a livello di Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali nor-

L'articolo che sto commentando, definisce, inoltre, un meccanismo di formazione dei principi generali del diritto dell'Unione, che si colloca ormai sul piano internazionale: del diritto internazionale. Su quel piano, infatti, deve leggersi la disposizione per l'interpretazione dei suoi contenuti effettivi e sul piano dei rapporti tra il diritto dell'Unione e quello degli stati membri, per quanto attiene alla sua operatività concreta e quindi al suo significato e alla sua valenza effettivi.

Infatti, se i principi generali del diritto dell'Unione, sono il frutto del "concentrato" dei diritti fondamentali degli stati membri, come spiegato sopra, sono anche il frutto degli altri due complessi normativi menzionati – la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e la Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali – occorrerà, perciò, innanzitutto vedere come si combina oggi il diritto dell'Unione con i principi cardine dei diritti dell'uomo, ricavabili, come ovvio e necessario, non solo scolasticamente dalle disposizioni della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea ma nemmeno dalle sole disposizioni della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali strettamente intesa.

Come infatti appena osservato, quest'ultima, alla quale ora *aderisce* formalmente la UE inserendola in qualche misura nel proprio ordinamento⁶⁸, non è certo un *corpus* chiuso di norme separato e isolato⁶⁹,

me e principi dell'Unione, con la conseguenza che essi potrebbero trasferirsi in stati non membri dell'UE, ma solo della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali!

⁶⁸ A prescindere dai problemi, non certo di poco momento, relativi alle possibili conflittualità tra le due Corti, anche se, a prima vista, sarà certamente la Corte di giustizia della Unione Europea a doversi uniformare ai principi della Corte europea sui diritti dell'uomo, visto che è l'UE che *aderisce* a quell'accordo. Ma questo è problema da non affrontare in questa sede.

⁶⁹ Benché regionale. Ma certo il fatto che sia regionale, non implica che il diritto scaturente dalla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, prescinda dal diritto internazionale generale e quindi dagli aspetti relativi ai diritti dell'uomo. Cfr. sul punto, ampiamente il mio *Per una ricostruzione, in termini di sistema, dei diritti dell'uomo*, in *Studi in onore di Umberto Leanza*, Napoli, 2008, p. 279 ss.

ma fa parte integrate di quel sistema complessivo e organico di diritti dell'uomo, che si trova definito, a livello di Comunità internazionale, dalla contemporanea vigenza della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, certamente, ma anche dalle altre norme, convenzionali e non, in materia di diritti dell'uomo, quali in particolare i due Patti delle Nazioni Unite e la Dichiarazione Universale sui diritti dell'uomo, ecc.⁷⁰, per non parlare anche di tutte le norme generali di diritto internazionale in materia, in ipotesi non rientranti tra queste⁷¹.

10. I principi generali di diritto dell'Unione Europea

In altre parole, dunque, il contenuto materiale di tali norme va costruito, alla luce dei principi generali derivanti dalle norme, convenzionali e non, in materia e dalla loro interpretazione⁷², tenuto conto,

⁷⁰ Mi riferisco a quanto da me osservato in un precedente lavoro in tema di diritti dell'uomo: v. il mio *I diritti dell'uomo come sistema*, cit., *passim*, per intendere, dunque, che alla formazione delle menzionate norme, contribuiscono oltre alle convenzioni indicate nel testo e alle norme di diritto internazionale generale, anche le convenzioni particolari o regionali che dir si voglia.

⁷¹ Ma anche, v. nota precedente, di altre disposizioni più particolari. Si pensi, solo per fare un esempio e con tutte le possibili cautele al caso di uno stato, membro della UE e sottoscrittore della *Cairo Declaration on Human Rights in Islam* (5.8.1990). I principi della Dichiarazione, fanno sicuramente (se non tutti, di certo alcuni) parte dei diritti fondamentali dello stato stesso e la Dichiarazione stessa fa parte del suo ordinamento. Ebbene, taluni di quei principi potranno determinare la formazione di norme comunitarie da essi derivanti, ma anche e viceversa, *i principi salienti del sistema dell'Unione si imporranno a quello stato anche* (in quanto prevalenti e là dove divergenti) *contro le disposizioni della stessa Dichiarazione*.

⁷² Non a caso, è la stessa Corte di giustizia della Unione Europea, che rileva che i principi generali in materia di diritti dell'uomo, vanno ad integrare i diritti fondamentali garantiti dagli ordinamenti degli stati membri ai fini della elaborazione dei corrispondenti diritti a livello comunitario. V. C-4/73, punto 13: «13. Attendu que, ainsi que la cour l'a déjà affirmé, les droits fondamentaux font partie intégrante des principes généraux du droit dont elle assure le respect; Qu'en assurant la sauvegarde de ces droits, la cour est tenue de s'inspirer des traditions constitutionnelles com-

inoltre, che le norme così ricavate vincolano gli stati nell'esercizio delle proprie attività⁷³.

Al complesso di norme e principi così ricavati dal diritto internazionale generale, vanno aggiunti ora i diritti fondamentali scaturenti dai sistemi giuridici, come su spiegato, degli stati membri. Detti principi, una volta assunti per via interpretativa a livello comunitario, posto pure che siano il "precipitato" dei principi simili di *tutti gli altri* stati membri (o anche soltanto, come io credo, di alcuni di essi), sono comunque assunti al livello comunitario *per valere per tutti*, compresi dunque gli eventuali nuovi stati aderenti al sistema *dopo l'affermazione di quei principi*, anche qualora ad essi ostili, fino a quando, ovviamente, essi stessi non contribuiscano a definirne diversamente il contenuto⁷⁴.

munes aux états membres et ne saurait, des lors, admettre des mesures incompatibles avec les droits fondamentaux reconnus et garantis par les constitutions de ces états; Que les instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme auxquels les états membres ont coopéré ou adhéré peuvent également fournir des indications dont il convient de tenir compte dans le cadre du droit communautaire; Que c'est à la lumière de ces principes que doivent être appréciés les griefs soulevés par la requérante». Ma v. anche molto esplicite e fra le altre: C-274/99P, C- 94/00.

⁷³ V. C-20/00, 64/00, punto 88: «88. Per quanto riguarda l'applicazione della direttiva 93/53 da parte degli Stati membri, occorre rilevare che, secondo una giurisprudenza costante..., *le esigenze inerenti alla tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento giuridico comunitario vincolano gli Stati membri anche quando danno esecuzione alle disposizioni comunitarie e, di conseguenza, sono tenuti, per quanto possibile, ad applicare tali discipline nel rispetto delle esigenze ricordate*» e v. anche C-71/02: «49 Risulta inoltre da una costante giurisprudenza che, *dal momento che una normativa nazionale entra nel campo di applicazione del diritto comunitario, la Corte, adita in via pregiudiziale, deve fornire tutti gli elementi di interpretazione necessari per la valutazione, da parte del giudice nazionale, della conformità di tale normativa con i diritti fondamentali di cui la Corte assicura il rispetto...*» (corsivi miei).

⁷⁴ Non diversamente a mio parere e come già rilevato, da come i diritti fondamentali solo di uno o più stati membri possono contribuire a costruire i corrispondenti principi generali di diritto dell'Unione, non diversamente da quelli frutto delle esperienze di *tutti* gli stati membri.

L'esempio più noto è quello, già richiamato, della limitazione del diritto assoluto di proprietà, operante e riconosciuto già dalla giurisprudenza più risalente, sulla base dell'analisi dei sistemi giuridici degli stati membri e alla luce del principio (anche da essi derivante) della prevalenza dell'interesse generale sull'interesse particolare, limitazione che vale oggi pacificamente per *tutti* gli stati membri dell'Unione, anche di recente adesione. Beninteso, come appena osservato, questi stessi ordinamenti contribuiscono da ora alla definizione del contenuto *futuro* di quei diritti fondamentali, e così via.

Del resto, appare abbastanza ovvio come alcuni principi della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, non possono che essere interpretati *prima facie* alla luce dei criteri propri delle norme internazionali in materia di diritti dell'uomo. In questo senso, il caso del diritto alla vita appare emblematico⁷⁵. Detto diritto, con tutte le sue implicazioni, ivi compresa la definizione del concetto di rivolta e di rivoluzione e della conseguente legittimità o meno dell'uso della forza (che attenti alla vita) non può certo prescindere nella sua definizione concreta dal diritto internazionale generale e pattizio. Perché, appunto, è lo stesso concetto di uso della forza che può essere letto e interpretato necessariamente anche, se non solo, alla luce del sistema dei diritti dell'uomo.

Dato, dunque, che la norma in questione richiede di applicare anche i diritti fondamentali ricavabili dai principi giuridici dei vari stati membri, questi ultimi in tanto possono essere assunti e applicati a livello di diritto comunitario, in quanto siano resi compatibili e interpretati alla luce dei diritti dell'uomo, come, a sua volta, risultanti dal corrispondente sistema, identificabile nel diritto internazionale generale e pattizio⁷⁶.

⁷⁵ Sul punto v. di recente, SANDRO, *Alcune aporie e un mutamento di paradigma nel nuovo articolo 6 del Trattato sull'Unione Europea*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2009, pp. 888 e 906 ss.

⁷⁶ È appena il caso di ricordare come ciò si opponga nettamente all'idea della frammentazione del diritto internazionale ed alla conseguente parte interessata della "giu-

Il contenuto di detti principi, così ottenuti, va ora a costituire quel complesso di principi generali del diritto dell'UE, di cui si parla nella disposizione che sto commentando⁷⁷.

Questi principi generali comunitari, dunque, hanno un contenuto robusto e complesso e vanno a costituire una sorta di ossatura forte, ed una griglia, di diritti fondamentali europei, anzi, di principi generali di diritto europeo, separati, distinguibili e diversi, ma quel che più importa, prevalenti sui singoli ordinamenti giuridici nazionali, indipendentemente dalla loro volontà. Nel nostro caso, decisivo in materia è l'art. 117.1 della Costituzione⁷⁸.

Del resto con riferimento all'Italia⁷⁹, mi sembra, con le due sentenze 311 e 317/2009, profondamente esplicative delle precedenti 348 e 349/2007⁸⁰, mentre si afferma la competenza esclusiva (se mi si passa l'espressione) della Corte Europea dei Diritti dell'uomo in materia di interpretazione dei diritti medesimi di cui alla relativa Convenzione (e di diritti fondamentali si parla!), posto che al giudice interno spetta sempre di *interpretare* la legge italiana nella maniera più *conforme alla*

risprudenza Kadi", laddove la Corte di giustizia della Unione Europea rifiuta di prendere in considerazione le norme di diritto internazionale generale. Cfr. *supra* nt. 69.

⁷⁷ Per esemplificare ancora, si potrebbe fare riferimento alla recente sentenza *Lautsi* a proposito della esposizione del crocifisso nella aule scolastiche. Quella sentenza (se confermata e nei limiti in cui confermata dalla *Grande Camera*), che ha innovato e assolutizzato la precedente giurisprudenza (v. ad es. la sentenza *Leyla Sahin e. Turchia*), contribuisce a costruire un principio generale di diritto europeo, che potrà dunque essere fatto valere e imposto anche in quanto tale dalla giurisprudenza dell'Unione. Il principio ivi affermato, infatti, o la sua essenza, si trasferisce a livello comunitario e contribuisce (non da solo ovviamente, ma insieme a quanto già più volte rilevato e in particolare dunque, assieme ai diritti fondamentali degli stati membri) a formare un principio generale di diritto europeo, che sarà possibile imporre nell'ambito dei singoli stati membri.

⁷⁸ V. sul punto anche il mio *Costituzione italiana e integrazione europea: aiuti di stato "distrazione" amministrativa e costi impropri per le imprese*, in *Rivista della cooperazione giuridica internazionale*, 2009, p. 7 ss. e ivi ulteriori riferimenti. Più in generale v. IVALDI, *Garanzia costituzionale dei trattati o carattere ricognitivo dell'articolo 117, primo comma, della Costituzione?*, in *Studi Leanza*, cit., p. 359 ss.

⁷⁹ Ma v. anche *supra* § 4 s.

norma internazionale, in caso di impossibilità, e solo in questo caso, sarà la Corte Costituzionale ad annullare *tout court* la legge interna confliggente, specie se meno garantista di quella internazionale⁸¹, posto che il legislatore è “tenuto” al necessario “bilanciamento” tra le esigenze interne e quelle di provenienza internazionale⁸²: come dire che non deve legiferare in maniera difforme, almeno finora, in materia di diritti dell’uomo. E il primo passo, mi sembra verso la possibile non applicazione *tout court* della legge italiana confliggente⁸³.

E dunque.

Per quanto avventuroso possa apparire affermarlo già qui e ora, siamo, probabilmente (e forse finalmente), di fronte, o almeno sulla soglia di un vero e proprio diritto pubblico europeo di natura tipicamente costituzionale.

⁸⁰ E in più, con la, secondo me, fondamentale Ordinanza 103/2009, su cui v. il mio contributo *supra* nt. 78.

⁸¹ Cfr. ampiamente proprio sul punto il mio *Per una ricostruzione*, cit.

⁸² Cfr. anche CANNIZZARO, *Il bilanciamento fra diritti fondamentali e l’art. 117 1° comma Cost.*, in *Riv. Dir. int.*, 2010, p. 128.

⁸³ Come, di nuovo, ho proposto nel lavoro di cui alla precedente nt. 78.

ABSTRACT

The provisions: art. 1 of TEU, and art. 1 of TFEU, similar one each other, which define the two systems of rules as perfectly integrated; art. 6, par. 1, which grants the acknowledgment of the Charter of Fundamental Rights of the EU as equal to the Treaties; and par. 2, art. 6, under which the fourth hinge is made up of the European Convention for the protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, which the EU has just subscribed.

By this point of view it must be read par. 3 of art. 6, under which the rules on human rights and on the fundamental rights of the member states, and the way they are applied within the member states and in international law, are principles of European law. This new specification, different from the one used before the modification occurred in Lisbona, involves that the EU law is built in an interpretative way, on the basis of the expressed rights of the member states and of the rights coming from the Charter of Fundamental Rights of EU. As confirmed by the communitarian case law (e.g. decision 44/79), a corpus of fundamental rights is being onwards affirmed, which are valid for the current Europe and for the future one, expandable in an interpretative way. So par. 3 of art. 6 must be read in its complexity: it puts the EU system at the threshold of an actual European public law.