



Freedom, Security & Justice:
European Legal Studies

*Rivista quadrimestrale on line
sullo Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia*

2020, n. 1

EDITORIALE
SCIENTIFICA



DIRETTORE

Angela Di Stasi

Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno
Titolare della Cattedra Jean Monnet (Commissione europea)
"Judicial Protection of Fundamental Rights in the European Area of Freedom, Security and Justice"

COMITATO SCIENTIFICO

Sergio Maria Carbone, Professore Emerito, Università di Genova
Roberta Clerici, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale privato, Università di Milano
Nigel Lowe, Professor Emeritus, University of Cardiff
Paolo Mengozzi, già Avvocato generale presso la Corte di giustizia dell'UE
Massimo Panebianco, Professore Emerito, Università di Salerno
Guido Raimondi, già Presidente della Corte europea dei diritti dell'uomo - Consigliere della Corte di Cassazione
Silvana Sciarra, Giudice della Corte Costituzionale
Giuseppe Tesauro, Presidente Emerito della Corte Costituzionale
Antonio Tizzano, Vice Presidente Emerito della Corte di giustizia dell'UE
Ugo Villani, Professore Emerito, Università di Bari

COMITATO EDITORIALE

Maria Caterina Baruffi, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Verona
Giandonato Caggiano, Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università Roma Tre
Pablo Antonio Fernández-Sánchez, Catedrático de Derecho Internacional, Universidad de Sevilla
Inge Govaere, Director of the European Legal Studies Department, College of Europe, Bruges
Paola Mori, Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università "Magna Graecia" di Catanzaro
Claudia Morviducci, Ordinario f.r. di Diritto dell'Unione europea, Università Roma Tre
Lina Panella, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Messina
Nicoletta Parisi, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale, Università di Catania-Componente del Consiglio ANAC
Lucia Serena Rossi, Giudice della Corte di giustizia dell'UE
Ennio Triggiani, Professore Emerito, Università di Bari



COMITATO DEI REFEREES

Bruno Barel, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Padova
Marco Benvenuti, Associato di Istituzioni di Diritto pubblico, Università di Roma "La Sapienza"
Raffaele Cadin, Associato di Diritto Internazionale, Università di Roma "La Sapienza"
Ruggiero Cafari Panico, Ordinario f.r. di Diritto dell'Unione europea, Università di Milano
Ida Caracciolo, Ordinario di Diritto Internazionale, Università della Campania "Luigi Vanvitelli"
Luisa Cassetti, Ordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico, Università di Perugia
Giovanni Cellamare, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Bari
Marcello Di Filippo, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Pisa
Rosario Espinosa Calabuig, Catedrática de Derecho Internacional Privado, Universitat de València
Giancarlo Guarino, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale, Università di Napoli "Federico II"
Elsbeth Guild, Associate Senior Research Fellow, CEPS
Ivan Ingravallo, Associato di Diritto Internazionale, Università di Bari
Paola Ivaldi, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Genova
Luigi Kalb, Ordinario di Procedura Penale, Università di Salerno
Luisa Marin, Professore a contratto, Università Cattolica - già Assistant Professor in European Law, University of Twente
Simone Marinai, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Pisa
Fabrizio Marongiu Buonaiuti, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Macerata
Rostane Medhi, Professeur de Droit Public, Université d'Aix-Marseille
Violeta Moreno-Lax, Senior Lecturer in Law, Queen Mary University of London
Leonardo Pasquali, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Pisa
Piero Pennetta, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Salerno
Emanuela Pistoia, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Teramo
Concetta Maria Pontecorvo, Associato di Diritto Internazionale, Università di Napoli "Federico II"
Pietro Pustorino, Ordinario di Diritto Internazionale, Università LUISS di Roma
Alessandra A. Souza Silveira, Diretora do Centro de Estudos em Direito da UE, Universidade do Minho
Chiara Enrica Tuo, Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Genova
Talitha Vassalli di Dachenhausen, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale, Università di Napoli "Federico II"
Alessandra Zanobetti, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Bologna

COMITATO DI REDAZIONE

Francesco Buonomenna, Ricercatore di Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno
Caterina Fratea, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Verona
Anna Iermano, Dottore di ricerca in Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno
Angela Martone, Dottore di ricerca in Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno
Michele Messina, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Messina
Rossana Palladino (Coordinatore), Ricercatore di Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno

Revisione abstracts a cura di

Francesco Campofreda, Dottore di ricerca in Diritto Internazionale, Università di Salerno



Rivista giuridica on line "Freedom, Security & Justice: European Legal Studies"
www.fsjeurostudies.eu

Editoriale Scientifica, Via San Biagio dei Librai, 39 - Napoli
CODICE ISSN 2532-2079 - Registrazione presso il Tribunale di Nocera Inferiore n° 3 del 3 marzo 2017



Indice-Sommario

2020, n. 1

Editoriale

Eppur si muove? La strategia della Commissione per rilanciare l'Europa sociale p. 1
Silvana Sciarra

Saggi e Articoli

Sul controllo dello Stato di diritto nell'Unione europea p. 10
Ugo Villani

Diritti, Carte e politiche pubbliche p. 28
Luisa Cassetti

Immigrazione irregolare e diritti umani: la prospettiva della Corte EDU e della Corte UE p. 52
Pablo Antonio Fernández Sánchez

Commenti e Note

Osservazioni sul diritto alla cittadinanza nella prospettiva universale e regionale. L'*identità* della cittadinanza dell'Unione europea in caso di revoca della cittadinanza nazionale p. 75
Francesco Buonomenna

Procesamiento informático de datos y protección de derechos fundamentales en las fronteras exteriores de la Unión europea p. 94
Jonatán Cruz Ángeles

Alcuni cenni sulla gestione delle frontiere dell'Unione europea e la disciplina della protezione internazionale in Italia. Quali garanzie per la sicurezza e il rispetto dei diritti fondamentali? p. 123
Rosa Stella De Fazio

L'Unione europea e l'erosione dello Stato di diritto in Polonia p. 145
Angela Festa



DIRITTI, CARTE E POLITICHE PUBBLICHE

Luisa Cassetti*

SOMMARIO: 1. Le Carte e i “custodi” dei diritti nella pluralità dei sistemi di protezione (nazionale, sovranazionale e internazionale): lo spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia come luogo privilegiato del confronto. – 2. La “sostanza” dei diritti da salvaguardare e la capacità degli ordinamenti di elaborare politiche pubbliche: il bilanciamento necessario. – 2.1. Nucleo essenziale incompressibile dei diritti e politiche sociali. – 3. Le garanzie costituzionali nei rapporti ordinamentali con l’Unione europea. – 3.1. Le relazioni tra ordinamenti giuridici e il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. – 4. La «garanzia di sistema» rivendicata dalla Corte costituzionale rispetto al livello di tutela internazionale dei diritti dell’uomo. – 5. Dinamiche tra Corti e sistematica delle fonti.

1. Le carte e i “custodi” dei diritti nella pluralità dei sistemi di protezione (nazionale, sovranazionale e internazionale): lo spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia come luogo privilegiato del confronto

La costruzione di un efficace e solido quadro «costituzionale» di riferimento per potenziare le garanzie dei singoli che si muovono all’interno dello spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia non può che essere intimamente legata alla valorizzazione delle garanzie contenute nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea¹. Si tratta di ambiti in cui le politiche concordate in Europa si devono confrontare con alcuni presidi fondamentali della sovranità statale e con la necessità di rispettare il livello costituzionale delle garanzie.

La giurisprudenza che si è formata sul mandato di arresto europeo è del resto la prova più evidente di un confronto che chiama costantemente in causa le clausole della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea (da ora Carta DFUE) in materia di

Articolo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

* Ordinario di Istituzioni di Diritto pubblico, Università di Perugia. Indirizzo e-mail luisa.cassetti@unipg.it.

¹ Cfr. A. DI STASI, *L’incidenza virtuosa della tutela dei diritti fondamentali nel completamento dello spazio europeo di giustizia*, in questa *Rivista*, 2019, n. 1, p. 5, ove si sottolinea come la compiuta realizzazione dello spazio europeo di giustizia, specie in materia penale, non possa prescindere dalla necessità di garantire la piena tutela dei diritti fondamentali.

giustizia (tutela giurisdizionale dei diritti, giusto processo, diritto alla difesa, principi sui delitti e sulle pene, divieto del *ne bis in idem* di cui agli articoli 47-50).

Se è indubbio che lo spazio suddetto rappresenti in un certo senso il luogo più idoneo per affinare le tecniche del bilanciamento, è altrettanto evidente come la valorizzazione dei precetti della Carta costituisca ormai un costante banco di prova per la Corte di giustizia che ha addirittura impresso di recente una significativa accelerazione sul versante del riconoscimento dell'effetto diretto di alcuni diritti fondamentali in materia sociale (es. diritto alle ferie) grazie a una virtuosa interconnessione tra diverse fonti del diritto europeo (fonti derivate e fonti del diritto primario dell'Ue) in modo da favorire la massima effettività di alcune garanzie previste nella Carta DFUE².

Questo fondamentale e sempre più pervasivo obiettivo di potenziamento del ruolo della Carta DFUE deve ovviamente necessariamente fare i conti con le naturali interconnessioni di quelle garanzie con il sistema nazionale (e, in particolare, con il livello costituzionale visto che larga parte delle garanzie della Carta DFUE esprime il condensato delle tradizioni costituzionali maturate a livello nazionale nel secondo dopoguerra attraverso l'esperienza del «Costituzionalismo sociale»³) e con le garanzie internazionali elaborate in ambito CEDU grazie all'esperienza interpretativa maturata dalla Corte di Strasburgo. Per queste ragioni ci troviamo ormai quasi quotidianamente a ragionare sul confronto tra le diverse tecniche decisorie delle Corti chiamate a offrire a quelle garanzie effettività all'interno dei rispettivi ordinamenti, ciascuna nei limiti e nelle potenzialità interpretative delle garanzie scritte (Costituzione, Trattati, Convenzione europea dei diritti dell'uomo) di cui dispone.

Nella prospettiva di analisi che privilegia lo studio della tecnica argomentativa e decisoria delle Corti sovranazionali e internazionali è stata sottolineata la distanza rispetto al sindacato svolto a livello nazionale dalle Corti costituzionali: viste dal lato del loro *modus operandi*, tanto la Corte di giustizia quanto la Corte di Strasburgo sono state definite come «giurisdizioni senza legislazione e senza Stato» in grado di operare in un contesto privo dei meccanismi della revisione costituzionale che costituisce, nella

² Sottolinea l'importanza di questa recente giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di diritti sociali M. CONDINANZI, *Le direttive in materia sociale e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: un dialogo tra fonti per dilatare e razionalizzare(?) gli orizzonti dell'effetto diretto. Il caso della giurisprudenza "sulle ferie"*, in *Federalismi.it*, 2019, n.10, pp. 4-5: questa intercomunicazione tra fonti (principio essenziale, direttiva, diritto primario scritto nella Carta) certifica, qualora ve ne fosse bisogno, il fatto che l'ordinamento dell'Unione è un «vero ordinamento giuridico» in cui le fonti del diritto vivono strettamente correlate al sistema. Su questa giurisprudenza recente della Corte di giustizia e sul suo impatto sugli stessi equilibri istituzionali dell'ordinamento europeo, si veda *infra* al par. 2.1.

³ Categoria riconducibile all'obiettivo di realizzare uno «Stato sociale di diritto» che non si limita a garantire le sole libertà della tradizione liberale, ma mira piuttosto a realizzare le condizioni per il godimento dei diritti di cittadinanza che includono i diritti sociali, in linea con il programma scritto ad es. nell'art. 3, co. 2 della Costituzione italiana (impegno della Repubblica a rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana).

dimensione nazionale, un limite esterno all'elaborazione giurisprudenziale⁴. Per i giudici internazionali dei diritti umani si pone del resto il problema radicale della legittimazione delle loro decisioni proprio muovendo dal confronto con le decisioni che le corti nazionali adottano «in nome del popolo della repubblica»⁵.

Pur nella consapevolezza del diverso contesto in cui sono elaborate le decisioni sui diritti a livello nazionale, sovranazionale e internazionale, l'obiettivo di questo studio è quello di focalizzare l'attenzione sulle relazioni tra i vari sistemi di tutela avendo cura di evidenziare il reale peso specifico da riconoscere al fatto di essere (o non essere, come nel caso della Corte EDU) un giudice che ha alle spalle un vero e proprio ordinamento capace di elaborare politiche pubbliche e quindi produrre norme giuridiche finalizzate a declinare, svolgere e attuare quelle politiche. In questa ottica sarà possibile evidenziare la diversa (e ben più articolata) complessità che si apre sul versante delle relazioni tra Corte costituzionale e Corte di giustizia, quando si trovano a confrontarsi sui livelli di garanzia “materialmente costituzionali” offerti dalla Carta DFUE, rispetto alle dinamiche che ruotano attorno alla controversia sul livello più elevato di protezione nel confronto tra garanzie costituzionali e garanzie CEDU riferito a un singolo diritto fondamentale. Mentre dal confronto con il livello delle garanzie elaborato in ambito Ue derivano una serie di problematiche interpretative/applicative collegate al fitto intreccio tra fonti interne nazionali e fonti prodotte dall'ordinamento sovranazionale, quando si confrontano le garanzie CEDU con i diritti/principi costituzionali i rispettivi custodi sono impegnati in un lavoro interpretativo che porta a distinguere il «sistema» nazionale (di diritti, doveri, politiche pubbliche) rispetto alla dimensione e all'impatto della soluzione adottata nel singolo caso giurisprudenziale elaborato a Strasburgo.

2. La “sostanza” dei diritti da salvaguardare e la capacità degli ordinamenti di elaborare politiche pubbliche: il bilanciamento necessario

Lo spazio di libertà sicurezza e giustizia fornisce un terreno assai fertile dal quale emergono occasioni frequenti per la Corte di giustizia di misurarsi con il bilanciamento tra obiettivi politici prioritari e la necessità di salvaguardare diritti fondamentali e principi-valori supremi (a partire da quello della dignità della persona) le cui radici si

⁴ Così G. SCACCIA, *Proporzionalità e bilanciamento tra diritti nella giurisprudenza delle Corti europee*, in *Rivista AIC*, 2017, n. 3, p. 26.

⁵ Cfr. A. VON BOGDANDY, I. VENZKE (eds.), *In Whose Name? An Investigation of International Courts' Public Authority and Its Democratic Justification*, in *European Journal of International Law*, 2012, n.1, pp. 7-41; per un'efficace sintesi di queste problematiche v. A. VON BOGDANDY, *In the name of European Club of Liberal Democracies: How to Evaluate the Strasbourg Jurisprudence*, in *Ejiltalk.org*, December 20, 2018. Sulla crescente legittimazione “sociale” delle decisioni della Corte interamericana dei diritti umani v. F. PIOVESAN, *O impacto da jurisprudência da Corte interamericana de direitos humanos e a emergência de um novo paradigma jurídico*, in R. ROMBOLI, A. RUGGERI (a cura di), *Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte interamericana dei diritti umani: modelli ed esperienze a confronto*, Torino, 2019, pp. 129-151, spec. pp. 150-151.

sono consolidate nel momento in cui la Carta dei diritti fondamentali è divenuta, con il Trattato di Lisbona, parte integrante del diritto primario dell'Unione⁶.

Può essere utile ricordare in questa sede il percorso del bilanciamento svolto dalla Corte di giustizia nell'ambito dell'applicazione delle regole sul mandato di arresto europeo. Nel delicato settore della cooperazione giudiziaria penale abbiamo assistito a un primo approccio volto a rimarcare la priorità dell'obiettivo prioritario della massima collaborazione e fiducia reciproca tra gli Stati, obiettivo ritenuto prevalente rispetto alla valorizzazione del massimo livello delle garanzie individuali rappresentato dalla giurisprudenza CEDU sul processo *in absentia* (caso *Melloni*)⁷. L'obiettivo politico/istituzionale (massimo livello di cooperazione) che è alla base dello spazio di cooperazione giudiziaria ha indotto la Corte di giustizia a rimarcare in questo caso le distanze rispetto al modo di concepire (in termini decisamente più assolutistici e stringenti) le garanzie del giusto processo in ambito CEDU viste dal lato dei diritti dell'imputato processato *in absentia*.

In casi del genere siamo in presenza di diverse (e talora non collimanti) narrazioni dei diritti a Strasburgo e Lussemburgo, narrazioni che esprimono approcci diversi alla tecnica del bilanciamento tra garanzie individuali e principi/obiettivi di natura politica. La valorizzazione dell'obiettivo primario della decisione quadro sul MAE e del suo art.4 bis porta infatti la Corte di giustizia a non ritenere possibile che lo Stato cui è richiesto il rilascio dell'imputato condannato *in absentia* possa opporre il diverso e più stringente livello di garanzia costituzionale del diritto alla difesa: una tecnica del genere vanificherebbe l'efficacia vincolante del diritto dell'Unione su quel territorio, in aperto contrasto con il basilare concetto di primato del diritto UE sul diritto nazionale. Dunque, non è possibile per gli Stati usare "strumentalmente" il dettato dell'art. 53 Carta DFUE nella parte in cui vieta di interpretare clausole della Carta stessa come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti nel rispetto ambito di applicazione del diritto UE, dalle convenzioni internazionali - e in particolare dalla CEDU - e... *dalle Costituzioni degli Stati membri*.

Tre anni dopo la Corte di giustizia ha ritenuto invece prevalente il valore "assoluto" della dignità dell'uomo, valore che giustifica la sospensione dell'esecuzione del mandato di arresto in presenza del rischio concreto che il ricercato possa essere sottoposto a trattamenti inumani e degradanti nel paese richiedente⁸. Qui siamo nel dominio «totalizzante» del valore supremo della dignità della persona che induce i giudici a rifiutare l'idea del rischio che il condannato possa ricevere trattamenti inumani e degradanti. In questo caso l'art.4 Carta DFUE e l'art.3 della CEDU si saldano

⁶ Sui diversi ambiti interessati dalla progressiva estensione delle competenze dell'Unione v. R.MASTROIANNI, *Da Taricco a Bolognesi, passando per la ceramica Sant'Agostino: il difficile cammino verso una nuova sistemazione del rapporto tra Carte e Corti*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2018, n. 1, pp.1-36, disponibile in <http://www.osservatoriosullefonti.it>.

⁷ Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 26 febbraio 2013, *Melloni*, causa C-399/11.

⁸ Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 5 aprile 2016, *Aranyosi e Căldăraru*, cause C-404/15 e C-659/15 PPU, EU:C:2016:198.

perfettamente: spetterà poi alle autorità giudiziarie riceventi la richiesta di consegna verificare le reali assicurazioni offerte dal paese che ha richiesto la misura.

La ricerca di una qualche sintesi fra questi opposti esiti del bilanciamento è arrivata in una recente sentenza in cui la Corte di giustizia ha chiarito che l'autorità giudiziaria chiamata a dare esecuzione al mandato, ove disponga di "elementi oggettivi, attendibili, precisi e debitamente aggiornati" attestanti carenze sistemiche degli istituti penitenziari dello Stato emittente, deve valutare in concreto il rischio della violazione delle garanzie dell'art.4 della Carta attraverso una valutazione di tutte le condizioni oggettive della detenzione tenuto conto dei requisiti minimi elaborati dalla Corte di Strasburgo in merito ai presupposti oggettivi (dimensioni della cella, presenza di servizi sanitari, loro dimensione etc.) per valutare la precarietà o l'assenza di quelle garanzie come una violazione del divieto convenzionale di trattamenti inumani e degradanti (art. 3 CEDU)⁹. In questo caso i giudici di Lussemburgo, avendo scelto di valorizzare al massimo la dignità della persona, hanno scelto di attingere in toto ai parametri elaborati in ambito CEDU con riferimento al problema «sistemico» del sovraffollamento carcerario. La Corte di giustizia aveva del resto già in passato offerto il suo punto di vista in merito all'intangibilità della dignità dell'uomo che, essendo parte delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, è destinata a prevalere nelle operazioni di bilanciamento anche quando siano in gioco le libertà economiche fondamentali sulle quali si fonda la stessa costruzione dell'integrazione europea¹⁰.

Le diverse gradazioni del bilanciamento appena richiamate ci riportano all'esperienza interpretativa del giudice costituzionale quando ricerca caso per caso la ragionevolezza del confronto tra diritti, principi e valori in potenziale conflitto. Ancora di recente, nel corso di un sindacato di costituzionalità di un provvedimento d'urgenza adottato per garantire al contempo il mantenimento dei livelli occupazionali – al fine di dare piena attuazione al diritto al lavoro – e l'adempimento del programma di risanamento ambientale imposto alle acciaierie Ilva di Taranto, la Corte ha ribadito un principio che esprime una precisa linea guida per le operazioni di bilanciamento. I giudici costituzionali hanno infatti invocato la necessità di ricercare caso per caso un equilibrio ragionevole tra diritti fondamentali eventualmente in conflitto: si tratta di un impegno costante che mira a raggiungere sempre una tutela «sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro» (sentenza n. 264 del 2012)». È questa la premessa in nome della quale è possibile evitare la tirannia di

⁹ Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 15 ottobre 2019, *Dorobantu*, causa C-128/18, punto 85. I giudici di Lussemburgo richiamano, tra i presupposti oggettivi da verificare, lo spazio materiale a disposizione del detenuto da calcolare secondo i requisiti minimi risultanti dall'art. 3 CEDU, così come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. Inoltre, se ai fini della definizione dello spazio disponibile non si deve tenere conto delle infrastrutture sanitarie, quel calcolo dovrà comunque tenere conto del mobilio e si precisa quindi che i detenuti devono in ogni caso conservare la possibilità di muoversi normalmente nella cella.

¹⁰ Cfr. Corte di giustizia, sentenza del 14 ottobre 2004, causa C-36/02, *Omega Spielhallen – und Automatenaufstellungs-GmbH v. Oberbürgermeisterin des Bundesstadt Bonn*: sulla dimensione europea e costituzionale del principio della dignità v. in particolare A. PIROZZOLI, *La dignità dell'uomo. Geometrie costituzionali*, Napoli, 2012, p. 48.

uno dei diritti rispetto alle altre situazioni giuridiche che sono tutelate dalla Costituzione e che «costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona»¹¹.

La difficoltà di impostare una qualche forma di bilanciamento con gli obiettivi politici della massima cooperazione e fiducia reciproca tra gli Stati che emerge dal caso *Dorobantu* presuppone in realtà una assolutizzazione della protezione da riservare alle condizioni minime essenziali per garantire la dignità del condannato. Questo ragionamento ci riporta alle argomentazioni utilizzate da ultimo in una recente decisione che ha visto la Corte costituzionale impegnata nel (complesso e problematico) tentativo di precisare i contorni «oggettivi» del principio-valore della dignità umana. La questione di costituzionalità riguardava la ragionevolezza della sanzione penale di alcuni comportamenti criminosi collegati alla prostituzione. Rispetto all'interpretazione offerta dal giudice rimettente, il quale dubitava della legittimità costituzionale delle sanzioni penali previste dalla legge Merlin nei confronti del reclutamento e favoreggiamento della prostituzione ritenendole non coerenti con la realtà odierna in cui la prostituzione è talora frutto di una libera scelta, i giudici costituzionali non solo escludono che la prostituzione volontaria possa essere ricondotta nell'alveo della inviolabilità dei diritti garantita dall'art. 2 Cost. in nome della libera determinazione del singolo nella sfera sessuale, ma ritengono piuttosto che la "scelta" di ricavare denaro da prestazioni sessuali sia da ricondurre nell'alveo del diritto di iniziativa economica. Pur essendo libera, l'iniziativa economica non può però svolgersi in contrasto, tra l'altro, con la dignità umana (art. 41, co. 2 Cost.). Sulla base di questa impostazione la Corte enuclea l'accezione della dignità in termini «oggettivi» e non certo soggettivi, cioè nell'ottica del singolo lavoratore o imprenditore: si tratta del resto di una pratica che ancora oggi non è frutto di una autentica scelta, espressione della libertà di autodeterminazione nella sfera della sessualità, ma di una soluzione che riflette piuttosto la debolezza e la marginalità sociale dell'individuo nel momento in cui accetta di svilire la propria personalità compiendo una scelta che di fatto riduce la sfera più intima della corporeità a merce¹². Di proteggere questa posizione di debolezza si è del resto fatto carico il legislatore che nel 1958 ha considerato la prostituzione, anche volontaria,

¹¹ Così Corte costituzionale, sentenza del 28 novembre 2013, n.85, punto 9 del *Considerato in diritto*: «Per le ragioni esposte, non si può condividere l'assunto del rimettente giudice per le indagini preliminari, secondo cui l'aggettivo «fondamentale», contenuto nell'art. 32 Cost., sarebbe rivelatore di un «carattere preminente» del diritto alla salute rispetto a tutti i diritti della persona. Né la definizione data da questa Corte dell'ambiente e della salute come «valori primari» (sentenza n. 365 del 1993, citata dal rimettente) implica una "rigida" gerarchia tra diritti fondamentali. La Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi. La qualificazione come "primari" dei valori dell'ambiente e della salute significa pertanto che gli stessi non possono essere sacrificati ad altri interessi, ancorché costituzionalmente tutelati, non già che gli stessi siano posti alla sommità di un ordine gerarchico assoluto. Il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato – dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo – secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale».

¹² Così Corte costituzionale, sentenza del 7 giugno 2019, n. 141, par. 6.1. del *Considerato in diritto*.

un'attività che degrada l'individuo e su questa base ha previsto un ventaglio di ipotesi criminose per tutta una serie di comportamenti atti a impedire che la prostituzione potesse esercitata e quindi regolamentata alla stregua di un'attività di impresa.

È evidente come in questo caso la logica del bilanciamento ragionevole lasci il campo a una assoluta prevalenza del valore della dignità umana che peraltro nella nostra carta costituzionale non è assunta come tale e cioè non opera come un principio prepositivo e incondizionato¹³, ma è piuttosto declinata in termini relazionali e sociali (la pari dignità «sociale» di cui all'art. 3, comma 1 Cost.) e come tale può assumere sfumature diverse in relazione all'evoluzione delle trasformazioni sociali e culturali all'interno della società¹⁴.

Oggi che la dignità, in quanto presidio ultimo dei diritti della persona, è stata altresì qualificata come «inviolabile» dall'art. 1 della Carta DFUE¹⁵ registriamo gli esiti di un virtuoso processo circolare di reciproca influenza del costituzionalismo elaborato all'interno del processo di integrazione europea con le tradizioni costituzionali nazionali: in questo processo interpretativo dinamico Corte di giustizia e Corte costituzionale sembrano svolgere ragionamenti nella sostanza convergenti spingendo talora l'acceleratore nella direzione del valore assoluto di quel principio quando si tratta di far valere la tutela prioritaria di soggetti posti in condizioni di vulnerabilità (condannati e persone dedite alla prostituzione).

A differenza di quanto accade per i giudici di Strasburgo, chiamati a interpretare le garanzie convenzionali con riferimento al caso del paese convenuto in giudizio, dinanzi alla Corte di giustizia e alle Corti costituzionali nazionali le questioni relative all'interpretazione e applicazione delle garanzie dei diritti sono necessariamente declinate all'interno dei rispettivi sistemi ordinamentali: la Carta DFUE, che dopo Lisbona ha acquisito lo stesso rango del diritto primario dell'UE, e le Carte costituzionali operano infatti all'interno di una trama di poteri, di politiche, di fonti e quindi si sviluppano all'interno di veri e propri ordinamenti.

È bene ricordare che non tutte le questioni che arrivano alla Corte di giustizia sono ovviamente questioni coinvolgenti diritti fondamentali e anche qualora siano in discussione garanzie di diritti protetti dalla Carta DFUE la Corte di giustizia può, se crede, fare a meno di valorizzare quel parametro (e attenersi unicamente all'interpretazione del diritto derivato). Che i giudici di Lussemburgo operino dentro un sistema di poteri e di competenze è confermato proprio dalla “cura” sovente impiegata nel non considerare norme della Carta recanti diritti e principi sociali, in aperto e chiaro

¹³ A differenza di quanto accade nella *Grundgesetz* (Legge fondamentale) tedesca (1949) che all'art. 1 proclama espressamente l'intangibilità della dignità della persona, principio che è stato poi ampiamente valorizzato dal Tribunale costituzionale federale in quanto radice di tutti i singoli diritti fondamentali protetti dalla carta costituzionale.

¹⁴ Cfr. sul punto i rilievi critici di M. PICCHI, *La legge Merlin dinanzi alla Corte costituzionale. Alcune riflessioni sulla sentenza n.141/2019 della Corte costituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali* (8 settembre 2019), p. 13.

¹⁵ Come giustamente rileva A. PIROZZOLI, *La dignità dell'uomo*, cit., p. 46, il carattere dell'inviolabilità riservato esclusivamente al valore della dignità evidenzia la scelta di riservare una posizione di supremazia di quest'ultimo rispetto agli altri diritti con evidenti ricadute nel campo del bilanciamento.

atteggiamento di estrema deferenza verso il legislatore europeo (chiamato a definirne la sostanza normativa) e verso il pieno rispetto del riparto delle competenze tra Ue e Stati membri. Quando la Carta DFUE non viene valorizzata, la Corte di giustizia decide in base alle garanzie prescritte dal diritto derivato (direttiva): questa soluzione appare in linea con l'obiettivo prioritario dell'accordo "politico" che sostiene la Carta DFUE, obiettivo che impone di non utilizzare i principi sociali come valvola per ampliare ed estendere le competenze dell'UE al di là dei confini delle competenze definite dal TFUE¹⁶.

Si tratta, come vedremo più avanti, di un processo in continua evoluzione visto che la Grande Sezione della Corte di giustizia ha sperimentato negli ultimi anni soluzioni decisorie che vanno invece nella direzione di una coraggiosa spinta verso una piena e incisiva valorizzazione di alcune garanzie proprio nel campo dei diritti fondamentali dei lavoratori. L'attivismo giudiziale in casi del genere conferma in realtà la capacità dei giudici di Lussemburgo di influire sugli equilibri politici e istituzionali attuali nel senso di voler rilanciare il progetto di integrazione nel nome dei diritti in una situazione contingente assai problematica per l'Unione europea in cui sicuramente prevalgono spinte disgregative e conflittualità tra gli Stati membri¹⁷.

2.1. Nucleo essenziale incompressibile dei diritti e politiche sociali

Appaiono dunque di grande rilievo le aperture recentissime sul versante della piena valorizzazione della Carta DFUE rispetto al riconoscimento, anche nei rapporti interprivati (dimensione orizzontale) di alcuni diritti fondamentali dei lavoratori (diritto alle ferie retribuite con conseguente diritto all'indennità in caso di mancata fruizione delle stesse). Queste importanti spinte in avanti testimoniano l'affermarsi di una armonizzazione che guarderebbe con sempre maggiore attenzione alla questione dei diritti fondamentali delle persone grazie a una Corte di giustizia ben attenta all'eco che le sue decisioni possono avere in una fase tanto travagliata per l'Unione europea¹⁸.

E' importante sottolineare il passo in avanti nella direzione della tutela effettiva di un diritto sociale fondamentale: le ferie retribuite se non godute si trasformano in indennità economica che non si può perdere automaticamente se il lavoratore, parte debole del rapporto di lavoro, non le ha richieste entro i termini dovuti¹⁹. In particolare,

¹⁶ Per un'indagine comparata sull'approccio della Corte di giustizia rispetto all'interpretazione di principi e diritti in materia sociale in confronto alle tecniche di *self restraint* ovvero di *judicial activism* elaborate dalla Corte costituzionale, v. A.O. COZZI, *Diritti e principi sociali nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Profili costituzionali*, Napoli, 2017, spec. pp. 414 ss.

¹⁷ Lo evidenzia, in particolare, M. CONDINANZI, *Le direttive in materia sociale e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, cit., pp.1 ss.

¹⁸ Cfr. S. SCIARRA, *Diritti sociali fondamentali nazionali e europei. A proposito del diritto alle ferie retribuite*, in *Federalismi.it*, 2019, n. 10, pp. 1-14.

¹⁹ Corte di giustizia, Grande Camera, sentenze del 6 novembre 2018, in causa C-684/16, *Max Planck Gesellschaft zur Foerderung der Wissenschaften eV c. Tetsuji Shimizu*, ECLI:EU:C:2018:874 e in causa C-619/16 *Sebastian W. Kreuziger c. Land Berlin*, ECLI:EU:C:2018:872.

anche quando il datore di lavoro è una società privata (come nel caso della *Max Planck Gesellschaft*) la garanzia del diritto alle ferie suddetto contenuta in una direttiva (art.7, direttiva 2003/88) sviluppa tutta la sua efficacia in virtù di un ragionamento che consente alla Corte di giustizia di superare il problema della natura della fonte europea in questione giacché le direttive hanno di norma effetti giuridici nei confronti degli Stati e degli enti pubblici.

Dinanzi alla questione pregiudiziale interpretativa sollevata dal giudice tedesco (Corte federale del lavoro) in merito alla compatibilità con il diritto dell'Ue della normativa nazionale che ammette la possibilità di perdere il diritto alle ferie annuali retribuite in caso di mancata richiesta da parte del lavoratore nei termini prescritti, i giudici di Lussemburgo chiariscono in primo luogo che il datore di lavoro ha l'onere di dimostrare se e in quale modo abbia effettivamente messo il lavoratore nelle condizioni di fruire delle ferie annuali e se abbia quindi sufficientemente ricordato che in caso di mancata fruizione le ferie sarebbero andate perse. Per questa via la Corte di giustizia sembra voler rimettere ordine tra le parti del rapporto di lavoro muovendo dalla indispensabile premessa che è il lavoratore la parte debole in quel rapporto ed è necessario impedire al datore di lavoro di disporre della facoltà di restringere in misura irragionevole i diritti della controparte²⁰.

Come abbiamo anticipato, la portata del diritto suddetto, letto alla luce della direttiva 2003/88 e dell'art. 31 par. 2 della Carta DFUE, andava precisata nell'ambito di una controversia tra un lavoratore e un datore rappresentato da un ente di diritto privato e dunque il ragionamento si è dovuto spostare sulla possibilità di far valere la prescrizione imperativa e inderogabile della direttiva (art. 7) nei rapporti tra privati. Il passaggio cruciale della decisione è quello in cui si sottolinea che quel diritto alle ferie annuali retribuite non è stato in realtà introdotto *ex novo* dalla norma della direttiva, ma trova piuttosto la sua fonte in atti internazionali (Carta sociale europea e Convenzione n.132 dell'OIL del 24 giugno 1970) e riveste la natura di «principio essenziale del diritto sociale dell'Unione»: come tale ha carattere imperativo. Il contenuto di siffatto principio è “riflesso” nella formula dell'art. 31 della Carta DFUE nella parte in cui proclama il diritto alle ferie annuali retribuite: in virtù del carattere imperativo e incondizionato di siffatto parametro (che come tale non richiede una concretizzazione ad opera delle disposizione del diritto dell'UE o del diritto nazionale, le quali sono piuttosto tenute a precisarne i confini temporali e le modalità esatte di fruizione di quel diritto senza alterarne il contenuto essenziale) l'attenzione si sposta dalla direttiva verso il diritto primario dell'Unione (della cui natura partecipa l'art. 31, par. 2 della Carta). L'ultimo ostacolo che la Corte di Giustizia supera è quindi lo spazio relativo all'ambito di applicazione dei diritti della Carta, se è vero che le sue disposizioni si applicano alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione, nel rispetto del principio di sussidiarietà, e nei confronti degli Stati membri (art. 51). Il fatto che il diritto fosse rivendicato nei confronti di un ente privato può essere dunque superato dalla possibilità che talune

²⁰ Così Corte di giustizia, Grande Camera, sentenza del 6 novembre 2018, in causa C-684/16, *Max Planck Gesellschaft*, cit., punto 41.

disposizioni del diritto primario, seppure rivolte *in primis* agli Stati membri, siano fatte valere nei rapporti tra privati²¹.

Il rilievo “politico” di questa operazione interpretativa all’interno degli equilibri istituzionali e quindi dell’indirizzo politico dell’Unione europea è tanto più evidente e ragguardevole se si considera che la garanzia dell’art. 31 è contenuta nella parte della Carta (Titolo IV) dedicata alla «Solidarietà» le cui garanzie sociali sono state, come noto, in passato declassate al rango di meri “interessi legittimi” ovvero confinate entro lo spazio dei principi (che secondo le Spiegazioni della Carta devono essere meramente osservati e non possono generare diritti soggettivi pienamente azionabili)²².

È indubbio che i giudici di Lussemburgo imboccando la via della piena valorizzazione della Carta DFUE nei termini appena descritti possono contribuire a superare la narrazione pubblica, così in voga tra i partiti «sovrani», di un’integrazione europea concentrata unicamente sulle politiche del rigore economico e finanziario.

Che l’attivismo giudiziale nel nome della piena valorizzazione dei diritti fondamentali possa generare una dimensione “politica” del custode dei Trattati UE è del resto una prospettiva che ricorda da vicino un processo che ha visto protagonisti gli organi nazionali di giustizia costituzionale. In un simile *trend* si inserisce oggi a pieno titolo la Corte costituzionale italiana che ha sperimentato fin dai primi decenni della sua attività diversi gradi e sfumature di quegli orientamenti. Quando i giudici costituzionali si ritraggono è per non invadere la discrezionalità del legislatore (*political questions*) mentre quando arrivano (persino) a forzare le maglie dell’accesso al giudizio sulle leggi in via incidentale lo fanno per spingere più in alto l’asticella delle garanzie costituzionali. Talune «forzature» del meccanismo di accesso al giudizio sulle leggi (al fine di ottenere la sindacabilità delle leggi elettorali, inaugurata con la sentenza n.1 del 2014, e superare quindi quella che era sempre stata una zona d’ombra del giudizio di costituzionalità) ovvero sul versante della delimitazione nel tempo degli effetti caducatori (annullamento) di norme dichiarate incostituzionali (a fronte dell’esigenza di non alterare l’equilibrio di bilancio imposto dall’art. 81 Cost., come è avvenuto nella sentenza n. 10 del 2015) fanno parte di filoni giurisprudenziali che sono al centro dell’odierno dibattito in ambito costituzionalistico²³.

²¹ Così Corte di giustizia, Grande Camera, sentenza del 6 novembre 2018, in causa C-684/16, *Max Planck Gesellschaft*, cit., punto 77 ove si cita il precedente costituito dalla sentenza del 17 aprile 2018, *Egenberger*, in causa C-414/16, EU:C:2018:257, punto 77.

²² Il pensiero va in primo luogo alla profonda insoddisfazione generata dalle sentenze *Viking* e *Laval* come opportunamente sottolinea R. PALLADINO, *Diritti, principi ed effetto orizzontale delle disposizioni in materia sociale della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, in *Il Diritto dell’Unione Europea*, 2019, n. 1, p. 204. Sul grande potenziale delle garanzie contenute nella Carta DFUE ai fini della valorizzazione della tutela dei diritti sociali nel sistema dell’Unione, v. E. TRIGGIANI, *La cittadinanza sociale*, in M.B. DELI, M.R. MAURO, F. PERNAZZA, F.P. TRAI SCI (a cura di), *Imprese e diritti fondamentali nella prospettiva transnazionale*, Napoli, 2012, pp. 179-214, spec. pp. 190 ss.

²³ Ruotano in particolare attorno a questi recenti filoni giurisprudenziali non solo articoli e saggi ma intere monografie volte a definire i contorni odierni del meccanismo dell’incidentalità nel giudizio sulle leggi (G. REPETTO, *Il canone dell’incidentalità costituzionale. Trasformazioni e continuità nel giudizio sulle leggi*, Napoli, 2017) ovvero si interrogano sugli effetti sistemici di una progressiva dilatazione per via giurisprudenziale dell’accesso “diretto” alla Corte costituzionale (G. D’AMICO, *Azione di accertamento e*

Il quadro di riferimento che ci consente di individuare un «indirizzo politico costituzionale»²⁴ anche per la Corte di giustizia quando interpreta appieno il suo ruolo di custode della Carta DFUE è rappresentato dalla dimensione ordinamentale del processo di integrazione europea in cui il ruolo del potere giurisdizionale si nutre dell'interpretazione sistematica di diverse fonti del diritto via via stratificate (principi generali/essenziali, diritto primario dei Trattati, garanzie positivizzate nel diritto secondario e poi riflesse e riprodotte nella Carta DFUE) nel percorso di crescita e affinamento della dimensione «costituzionale» dell'Unione europea.

3. Le garanzie costituzionali nei rapporti ordinamentali con l'Unione europea

Rispetto al quadro ordinamentale di riferimento in cui si collocano le decisioni della Corte di Giustizia e dei giudici costituzionali non si può, a mio parere, dedurre che la «migliore» (nel senso di massimo livello) prospettiva di protezione dei diritti sia automaticamente quella del giudice costituzionale nei casi in cui siano in gioco garanzie di diritti fondamentali positivizzati sia nella Carta DFUE che nella Costituzione italiana.

Come è noto, questa problematica interpretativa ha origine da un *obiter dictum* contenuto nella sentenza n. 269 del 2017²⁵ la cui effettiva portata è stata poi precisata nelle argomentazioni contenute in successive pronunce.

E' difficile negare una eloquente e significativa concomitanza temporale: nel momento in cui la Corte di Giustizia evidenzia maturità e padronanza nelle operazioni di bilanciamento tra diritti e principi ovvero interessi pubblici (cooperazione giudiziaria in materia penale e diritti sociali dei lavoratori alla luce delle garanzie della Carta DFUE) e dunque si registra un accresciuto ruolo istituzionale della stessa nel campo dei diritti, la Corte costituzionale ha sentito il bisogno di chiarire e precisare le evoluzioni ordinamentali successive al Trattato di Lisbona.

In virtù di queste evoluzioni dell'integrazione europea e del ruolo acquisito dalle garanzie della Carta DFUE e dall'organo chiamato ad esserne custode, la Corte costituzionale in realtà riannoda i fili di quanto aveva già affermato dieci anni prima quando ha demarcato, nel quadro del riformato art.117 co.1 Cost., i confini del vincolo derivante dalle garanzie della CEDU così come applicate e interpretate (in chiave evolutiva) dalla Corte europea di Strasburgo. Come sappiamo, nella sentenza n. 348 del 2007 la Corte costituzionale chiarì che mentre «con l'adesione ai Trattati comunitari, l'Italia è entrata a far parte di un «ordinamento» più ampio, di natura sopranazionale,

accesso al giudizio di legittimità costituzionale, Napoli, 2018 e S. LIETO, *Giudizio costituzionale incidentale. Adattamenti, contaminazioni, trasformazioni*, Napoli, 2018)

²⁴ Nel dibattito costituzionalistico si ricorre a questa formula al fine di evidenziare l'acquisizione da parte del giudice delle leggi di spazi di intervento che evidenziano l'irrobustirsi di un ruolo politico di questa istituzione, ma non certo sul versante dell'indirizzo politico, in cui come è noto, operano governo e parlamento, ma nella dimensione "alta" di indirizzo politico riconducibile alla piena attuazione del dettato costituzionale.

²⁵ Corte costituzionale, sentenza del 14 dicembre 2017, n. 269, punto 5.2. del *Considerato in diritto*.

cedendo parte della sua sovranità, anche in riferimento al potere legislativo, nelle materie oggetto dei Trattati medesimi, con il solo limite dell'intangibilità dei principi e dei diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione», la Convenzione europea dei diritti dell'uomo invece «non crea un ordinamento giuridico sopranazionale e non produce quindi norme direttamente applicabili negli Stati contraenti. Essa è configurabile come un trattato internazionale multilaterale (...) da cui derivano “obblighi” per gli Stati contraenti, ma non l'incorporazione dell'ordinamento giuridico italiano in un sistema più vasto, dai cui organi deliberativi possano promanare norme vincolanti, *omisso medio*, per tutte le autorità interne degli Stati membri»²⁶.

Come vedremo più avanti, è proprio la complessità del processo di integrazione sovranazionale e le relazioni strette tra fonti primarie (Trattati e Carta DFUE) e diritto derivato dell'Ue (direttive) a rendere necessario precisare i confini del nuovo corso della giurisprudenza costituzionale inaugurata dall'*obiter* del 2017 poi divenuto parte integrante della motivazione in alcune decisioni del 2019.

A fronte di un'evoluzione dell'integrazione europea che mette in circolo ormai sempre più spesso gli obiettivi e le competenze definite nei Trattati europei con le garanzie dei diritti fondamentali e che impone le regole sul funzionamento della Carta DFUE, specie nella parte in cui si prevede che le garanzie della stessa si rivolgono anche agli atti e alle scelte degli Stati membri “allorché applicano il diritto dell'UE”, abbiamo assistito a un avvicinamento tra la Corte di giustizia e il giudice delle leggi. La Corte costituzionale ha infatti radicalmente mutato il proprio atteggiamento di chiusura rispetto alla possibilità di instaurare un dialogo con la Corte di giustizia attraverso il ricorso al rinvio pregiudiziale. Di questa scelta, praticata nell'ambito del giudizio in via incidentale nel 2013, si è avuta conferma proprio nella ordinanza n.24 del 2017 attraverso la quale la Corte ha fatto valere la radicale incompatibilità tra la linea interpretativa condensata dalla Corte di giustizia nella sentenza *Taricco* del 2015 con alcuni principi costituzionali la cui violazione è in grado di far scattare i “controlimiti” alla efficacia diretta e al primato del diritto dell'UE²⁷.

Dunque, nello stesso periodo in cui maturava il confronto-scontro sui “controlimiti”, la Corte costituzionale, proprio nella consapevolezza delle evoluzioni in atto sul versante delle competenze dell'ordinamento europeo, ha sentito il bisogno di chiarire le effettive potenzialità del suo ruolo di custode dei diritti fondamentali invocando, sotto forma di *obiter*, la priorità “temporale” del sindacato di costituzionalità rispetto al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia allorché si sia in presenza della lamentata violazione di una garanzia della Carta DFUE che riproduce una norma costituzionale. L'elemento distintivo fondato sulla natura e sull'efficacia della fonte europea (direttamente applicabile ovvero priva di questo requisito) sul quale si reggeva la “storica” sentenza n.170 del 1984 non può essere più l'unico discrimine. Piuttosto, occorre valutare nella sostanza la norma del diritto dell'Unione: pur essendo le disposizioni della Carta DFUE ormai parte del *corpus* del diritto primario dei Trattati (e

²⁶ Così Corte costituzionale, sentenza 24 ottobre 2007, n. 348, punto 3.3. del *Considerato in diritto*.

²⁷ Corte costituzionale, ordinanza del 26 gennaio 2017, n. 24.

come tale immediatamente applicabile) ciò che rileva è la natura «materialmente costituzionale» di quelle garanzie. Continuare ad accettare che siano i giudici a poter disapplicare il diritto interno in contrasto con quelle garanzie equivarrebbe a consentire un sistema di controllo diffuso sulla violazione di norme «materialmente costituzionali» e quindi a violare le premesse del sindacato accentrato di legittimità costituzionale e il suo ruolo centrale nell'architettura costituzionale italiana²⁸.

La priorità temporale del giudizio di costituzionalità è quindi collegata alla necessità di ribadire le specificità del giudizio di costituzionalità accentrato sulle leggi: la prospettiva di sintesi che solo la Corte costituzionale può adottare è legata al possibile esito di quel sindacato ovvero alla facoltà di eliminare dall'ordinamento con effetti *erga omnes* la norma interna che contenga in sé sia profili di violazione della Costituzione, sia profili di incompatibilità con le garanzie dei diritti fondamentali in ambito UE. In nome di queste "virtù" del giudizio accentrato, la Corte costituzionale indica ai giudici la via maestra ovvero la "preferibilità" dell'immediato sindacato di costituzionalità rispetto all'eventuale non applicazione limitata al caso di specie direttamente praticata da qualsiasi giudice nazionale nel momento in cui riscontri una violazione del diritto europeo direttamente applicabile scritto in una garanzia contenuta nella Carta DFUE che abbia il suo omologo in una garanzia costituzionale.

L'attrazione verso il previo sindacato accentrato di costituzionalità in queste circostanze non mi pare si traduca automaticamente in una scontata prevalenza unilaterale delle garanzie costituzionali in nome di una loro aprioristica predominanza assiologica: l'obiettivo è piuttosto quello di una ricerca della prospettiva interpretativa che offra il massimo delle garanzie e al contempo un luogo in cui quella ricerca sia svolta al meglio delle potenzialità (e cioè da parte del giudice delle leggi, unico a poter annullare una legge incostituzionale)²⁹.

Nella giurisprudenza del 2019 vi sono esempi virtuosi della ricerca di questa sintesi fondata sulla comparazione dei livelli di tutela che uno stesso principio può aver maturato in ambito nazionale, sovranazionale e convenzionale³⁰. Nel momento in cui la Corte costituzionale mette sul suo tavolo i diversi parametri al fine di ponderare gli ambiti di tutela effettivamente raggiunti da un determinato principio a livello unionale, magari muovendo dal livello minimo garantito allo stesso in ambito CEDU, per poi confrontarlo con l'interpretazione costituzionale che lo sostiene in ambito nazionale non compie un'operazione arbitraria, ma ricerca piuttosto una sintesi che possa fornire una risposta definitiva e incontrovertibile alla situazione soggettiva *sub iudice*.

²⁸ Corte costituzionale, sentenza del 14 dicembre 2017, n.269, cit., punti 5.1.e 5.2. del *Considerato in diritto*.

²⁹ Secondo A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2019, n. 2, pp. 260-61 la Corte costituzionale avrebbe invece ecceduto nel rivendicare a se stessa un ruolo centrale nella precisazione dei contenuti della Carta DFUE per via delle tradizioni costituzionali comuni e avrebbe altresì rivendicato una discutibile posizione di egemonia all'interno della rete giudiziaria sulla quale si regge l'integrazione europea.

³⁰ Cfr. N. LUPO, *Con quattro pronunce dei primi mesi del 2019 la Corte costituzionale completa il suo rientro nel sistema "a rete" di tutela dei diritti in Europa*, in *Federalismi.it*, 2019, n. 13, pp. 1-28.

Questa sintesi mira in realtà a colorare l'affresco delle tradizioni costituzionali eventualmente consolidate attorno a quel principio: l'intervento del giudice costituzionale è in realtà un passaggio in certo modo necessario poiché solo sulla base di un costante aggiornamento di quelle tradizioni da parte di ciascun ordinamento nazionale si può alimentare concretamente la ricerca (fruttuosa e non meramente nominale) delle tradizioni comuni la cui elaborazione spetta alla Corte di giustizia.

Di questa ricerca vi è ampia traccia nella ordinanza n. 117 del 2019: in questa occasione la giurisprudenza costituzionale è stata messa a confronto con l'orientamento della Corte di giustizia in ordine all'applicazione del principio *nemo tenetur se detegere* giacché il giudice rimettente (Corte di Cassazione) dubitava della compatibilità della norma interna, adottata in attuazione del diritto UE in ordine al procedimento amministrativo di contestazione dinanzi alla Consob per l'accertamento dell'abuso di informazioni privilegiate, con le garanzie costituzionali del diritto alla difesa e del giusto processo (artt. 24, 111, 117, co. 1, Cost.), quest'ultimo letto alla luce dell'art. 6 CEDU e in relazione all'art. 47 della Carta DFUE. In una situazione in cui sono presenti tutti i parametri (costituzionali, europei e sovranazionali) la Corte costituzionale ha chiarito che il diritto al silenzio e a non fare affermazioni che potrebbero danneggiare l'incolpato (garantito dall'art. 24 Cost. e dall'art. 6 CEDU) vale non solo in materia penale, ma si applica anche ai procedimenti amministrativi: al contempo ha attivato il rinvio pregiudiziale al fine di ottenere dalla Corte di giustizia un chiarimento in merito alla lettura di quella garanzia alla luce dell'art. 47 della Carta DFUE. Applicando qui la regola dell'*obiter* del 2017 si raggiunge l'obiettivo della previa valutazione con effetti *erga omnes* della incostituzionalità della norma impugnata e allo stesso tempo si lascia, in questo caso su iniziativa della stessa Corte costituzionale, il dovuto spazio al coinvolgimento interpretativo della Corte di giustizia che è chiamata a chiarire e precisare l'estensione della copertura dell'art. 47 della Carta DFUE allorché una garanzia tipica del processo penale sia invocata rispetto a un procedimento amministrativo³¹.

È evidente la necessaria circolarità di un processo interpretativo che è il naturale corollario di sistemi nazionali sempre più profondamente integrati in un ordinamento sovranazionale la cui crescita resta sì affidata alla responsabilità di tutti i giudici chiamati a far prevalere il diritto euro-unitario sul diritto nazionale, ma non può prescindere dal confronto continuo e costante sui diritti, attraverso le relazioni tra il giudice costituzionale e le soluzioni interpretative della Carta DFUE riservate alla Corte di giustizia. Come abbiamo già ricordato, la Corte di giustizia ha nel suo corredo interpretativo un ampio spettro di soluzioni che vanno dalla mancata valorizzazione fino alla affermazione della piena e assoluta precettività, sperimentata di recente anche nel campo dei diritti sociali fondamentali (diritto alle ferie retribuite protetto dall'art. 31 Carta DFUE). Per questa via si procede attraverso un confronto costante tra le tradizioni elaborate in ambito nazionale su analoghe clausole di garanzia declinate nella Carta

³¹ Sul punto, F. BIONDI, *Quale dialogo tra le Corti?*, in *Federalismi.it*, 2019, n. 18, p. 14.

DFUE. È altresì indubbia la complessità di questo confronto e la molteplicità di situazioni che si possono concretamente verificare se è vero che il valore precettivo delle diverse garanzie offerte dalla Carta DFUE non è certo frutto di un processo interpretativo chiuso e definito, ma costantemente in via di precisazione ad opera della Corte di giustizia.

3.1. Le relazioni tra ordinamenti giuridici e il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia

Il confronto tra Corte costituzionale e Corte di giustizia si sviluppa sulla base di una fitta e complessa trama di relazioni tra ordinamenti, relazioni che rispecchiano l'andamento del riparto delle competenze e quindi delle politiche che hanno condotto il processo di integrazione europea al punto in cui siamo. Come abbiamo già evidenziato, il confronto invocato dalla sentenza n. 269 del 2017 origina sia dalla percezione della «frequenza» con la quale ormai la Corte di giustizia imposta e risolve il bilanciamento tra obiettivi politici e diritti fondamentali, coinvolgendo sempre più spesso i principi e le regole contenute nella Carta dei diritti fondamentali, sia dalla praticabilità della via del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia (anche) da parte della Corte costituzionale.

Proprio per la complessità di siffatte relazioni tra ordinamenti fortemente integrati, le precisazioni rispetto all'*obiter dictum* del 2017 (relativamente all'ipotesi della contestuale violazione di una garanzia costituzionale che si trovi riprodotta in una norma della Carta DFUE) via via introdotte nelle motivazioni di alcune decisioni del 2019 non risolvono tutte le questioni interpretative, alcune delle quali restano problematicamente aperte.

La prima questione riguarda la natura del vincolo della previa proposizione della questione di legittimità costituzionale di una norma che sia sospettata di violare al contempo garanzie della Costituzione riprodotta nella Carta DFUE. Se, già alla luce delle sentenze nn. 20 e 63 del 2019, non si può ragionevolmente parlare di un obbligo, è però evidente che la Corte costituzionale ha invitato i giudici a instaurare con essa un confronto diretto: si tratta di un rimedio “fortemente opportuno” che viene sollecitato dai giudici costituzionali³².

Sempre alla luce della giurisprudenza del 2019 è stato precisato l'ambito della facoltà dei giudici di sollevare qualsiasi questione pregiudiziale: non vi è alcuna preclusione e dunque la questione pregiudiziale può coinvolgere qualsiasi profilo che il giudice ritenga di dover sottoporre all'attenzione della Corte di giustizia una volta concluso il sindacato di costituzionalità.

È altresì inevitabile che il comportamento del giudice dipenderà dall'esito del giudizio di costituzionalità: nell'ipotesi in cui vi sia stata una sentenza di accoglimento,

³² Così S. CATALANO, *Doppia pregiudizialità: una svolta 'opportuna' della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, 2019, n. 10, p. 26.

l'annullamento della norma interna incompatibile sia con la Costituzione che con le analoghe garanzie della Carta DFUE rende pressoché inutile domandare alla Corte di giustizia lumi sulla compatibilità di una norma che è stata già sradicata dal sistema.

Diversa è invece l'ipotesi in cui il sindacato di costituzionalità abbia portato a una pronuncia di rigetto: in questo caso il giudice potrebbe avere qualche remora nel disapplicare una norma che è stata ritenuta conforme a Costituzione in virtù di un parametro interno sostanzialmente omogeneo al precetto della Carta DFUE e dunque potrebbe usare lo strumento del rinvio pregiudiziale, sempre che lo stesso non sia stato già attivato dalla stessa Corte costituzionale.

I problemi aperti più rilevanti derivano dalle specifiche caratteristiche ordinamentali relative all'assetto delle fonti europee e in particolare dall'intreccio tra le garanzie della Carta DFUE con analoghe garanzie già introdotte dal diritto europeo derivato, sia di fonte regolamentare (quindi dotato dell'applicabilità immediata e diretta) sia introdotto mediante direttiva (che può lasciare spazi più o meno ampi alla scelta discrezionale del legislatore nazionale in sede di attuazione della direttiva).

Il valore effettivo delle garanzie della Carta DFUE è dunque una questione spesso strettamente correlata con l'esistenza di analoghe garanzie all'interno di norme del diritto derivato (es. direttive) che spesso la Carta DFUE, adottata nel 2000 quando ormai il livello di integrazione tra gli ordinamenti era già molto profondo, si è limitata a riprodurre. In virtù di questo legame è opportuno chiarire di volta in volta il rapporto tra le due fonti. In presenza di norme nazionali che contrastino con una garanzia che si trova positivizzata nella Carta DFUE ma trova la sua origine nel diritto derivato, sarà opportuno verificare la «reale» sostanza normativa dello stesso e quindi stabilirne il carattere eventualmente auto-applicativo.

Se la norma interna di attuazione si inserisce in uno spazio aperto alla discrezionalità del legislatore si giustifica l'attivazione del previo controllo di costituzionalità rispetto all'eventuale non applicazione con possibile rinvio pregiudiziale da parte del giudici: è questo del resto il caso oggetto della sentenza n. 20 del 2019 giacché la norma interna, impugnata dal giudice rimettente per aver introdotto un vincolo di pubblicità per i dati reddituali di tutti i dirigenti pubblici in violazione del principio di proporzionalità nella tutela della privacy, si inseriva in un quadro normativo di applicazione del diritto dell'Ue ma operava all'interno di uno spazio non del tutto vincolato dallo stesso. In virtù di questa premessa si giustifica l'intervento in prima battuta della Corte costituzionale anche se, in nome della unità ed effettività del diritto europeo, devono residuare margini al giudice per adottare misure provvisorie, rivolgersi eventualmente alla Corte di Giustizia tramite rinvio pregiudiziale (sia di interpretazione che di validità) e disporre l'eventuale disapplicazione della regola nazionale una volta concluso il sindacato di costituzionalità³³.

In un'ottica di piena e aperta collaborazione tra i giudici, che restano appunto pienamente titolari e responsabili rispetto all'uso del rinvio pregiudiziale, e la Corte

³³ In linea con quanto richiesto da Corte di giustizia, Grande Sezione, nella sentenza del 22 giugno 2010, *Melki e Abdeli*.

costituzionale, che è in grado di attivare il medesimo strumento per invocare sia il sostegno interpretativo della Corte di giustizia quando non vi sia giurisprudenza (ovvero vi siano interpretazioni contrastanti) in merito al valore e all'estensione di una clausola della Carta DFUE, sia per accertare la validità della fonte europea derivata sospettata di violare un parametro della Carta DFUE, credo si possa ragionevolmente ammettere che anche nell'ipotesi in cui la fonte interna sia pienamente riproduttiva di una direttiva e sussistano le condizioni per avere una doppia pregiudizialità possa essere la Corte costituzionale, investita in via prioritaria, a sollevare questione pregiudiziale per aprire la via del controllo di compatibilità rispetto al diritto dell'Unione.

Analoga possibilità dovrebbe poter valere anche quando la norma interna, sospettata di confliggere sia con la Costituzione che con la Carta DFUE, sia riproduttiva di un principio codificato in un regolamento. Il giudice costituzionale è perfettamente consapevole del fatto che un sindacato di costituzionalità su una norma del genere sarebbe in contrasto con il diritto dell'Unione e quindi può valutare, alla luce degli orientamenti giurisprudenziali della Corte di giustizia in materia, se si renda indispensabile la via del rinvio pregiudiziale. È questo il caso già verificatosi in occasione della già citata ordinanza n. 117 del 2019. La Corte costituzionale dinanzi al sospetto di incostituzionalità della previsione che impone un obbligo di collaborazione nell'ambito di indagini su illeciti anticoncorrenziali corredato dalla possibilità di irrogare sanzioni a colui che in sede di audizioni non collabora per non contribuire alla propria incolpazione, obbligo sostanzialmente riproduttivo di una disposizione di natura regolamentare (che aveva sostituito una precedente direttiva del 2003), una volta prospettata l'ipotesi della contestuale violazione dell'art. 24 Cost., nella parte in cui comprende il diritto al silenzio, dell'art. 6 CEDU, per la natura sostanzialmente punitiva delle sanzioni applicabili nel caso di violazioni di natura amministrativa, e delle garanzie contenute negli articoli 47 e 48 della Carta DFUE, si ferma dinanzi alla mancata chiarezza della giurisprudenza della Corte di giustizia. Infatti, mentre in alcune sentenze si rimarca la pienezza del vincolo di collaborazione nel corso di indagini su illeciti anticoncorrenziali, in pronunce successive all'entrata in vigore della Carta di Nizza i giudici di Lussemburgo hanno riconosciuto il carattere punitivo delle sanzioni amministrative previste dal nostro ordinamento in materia di abuso di informazioni privilegiate e questo farebbe pensare alla opportunità di estendere all'incolpato in quei procedimenti amministrativi sanzionatori il diritto al silenzio già garantito nei processi penali. A fronte di questa ambiguità, in virtù della sovrapposibilità tra la norma interna e la regola contenuta in una fonte europea direttamente applicabile, la Corte costituzionale, riprendendo in toto la prospettazione offerta nell'ordinanza di rimessione dalla Corte di Cassazione, attiva il rinvio *ex art. 267 TFUE* chiedendo lumi alla Corte di giustizia in merito sia all'interpretazione della fonte europea, per verificare se consenta allo Stato di non sanzionare chi si rifiuti di rispondere a domande dell'autorità competente quando corra il rischio di fare emergere una sua responsabilità per un illecito punito con sanzione amministrativa di natura punitiva, sia in merito alla validità della fonte medesima da valutare, qualora si escluda quella possibilità interpretativa,

con riferimento alla garanzia del diritto al silenzio ricavabile dagli articoli 47 e 48 Carta DFUE alla luce della giurisprudenza della Corte di Strasburgo sull'art. 6 CEDU e delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri³⁴.

Il ruolo di «cerniera» svolto dalla Corte costituzionale in presenza di un dubbio che nel caso sopra richiamato coinvolge la violazione delle tre Carte (Costituzione, CEDU e Carta DFUE) è frutto della piena cooperazione con il giudice rimettente, non mette in discussione il ruolo della Corte di giustizia rispetto alle sue prerogative nell'interpretazione della Carta DFUE né rispetto al suo ruolo esclusivo nella individuazione delle tradizioni comuni e pone al contempo le premesse per una sintesi che solo il giudice costituzionale, in virtù delle caratteristiche proprie del giudizio accentrato, è in grado di svolgere.

Potrebbe presentare altrettanti profili problematici il confronto tra la norma interna sospettata di violare una garanzia della Carta DFUE che, pur non essendo esplicitamente contenuta nel catalogo costituzionale, è il frutto dell'interpretazione evolutiva della Corte costituzionale: se si seguisse il criterio “formale” diverse potrebbero essere le situazioni in cui il ri-accentramento del sindacato predicato dal giudice costituzionale, in caso di duplice violazione di parametro europeo e nazionale, non potrebbe operare. Nel catalogo della Carta DFUE vi sono infatti diversi esempi di garanzie che non trovano una corrispondenza diretta nel catalogo costituzionale ma il cui ambito potrebbe facilmente desumersi da interventi manipolativi del giudice delle leggi (interpretazione evolutivo/estensiva di una garanzia, sindacato di eguaglianza/ragionevolezza, interventi manipolativi/additivi etc...). Se in questi casi si mantenesse la prospettiva di privilegiare la sostanza (costituzionale) della garanzia contenuta nella Carta DFUE certo si estenderebbe ulteriormente il raggio di azione del giudice costituzionale in caso doppia pregiudiziale: ma è altresì indubbio che chiudere gli occhi davanti a questa ipotesi sarebbe come negare il valore di fonte delle sentenze manipolative della Corte costituzionale e la capacità della giurisprudenza costituzionale di aggiornare e potenziare il valore di un catalogo di diritti scritto nel 1947.

4. La «garanzia di sistema» rivendicata dalla Corte costituzionale rispetto al livello di tutela internazionale dei diritti dell'uomo

La “garanzia di sistema”, che la Corte costituzionale ha più volte invocato al fine di evidenziare il più efficace livello di tutela dei diritti fondamentali realizzabile in ambito nazionale rispetto alla protezione internazionale dei diritti umani, è stata usata, come è noto, per “aggiustare” il peso specifico e la pervasività della giurisprudenza della Corte EDU come parametro interposto ai sensi dell'art. 117 Cost. (obblighi internazionali che limitano la potestà del legislatore statale e regionale). L'enunciazione di questo

³⁴ Corte costituzionale, ordinanza del 10 maggio 2019, n. 117.

argomento appartiene a una delle «tecniche di distanziamento»³⁵ dei giudici costituzionali rispetto agli orientamenti elaborati a Strasburgo nel caso delle pensioni svizzere. In quella occasione la Corte costituzionale si rifiutò infatti di riconoscere piena tutela al diritto a un equo processo – a differenza di quanto era stato statuito dai giudici di Strasburgo nella condanna a carico dell'Italia per avere dato applicazione retroattiva ad una norma che aveva influito su processi in corso favorendo esiti deteriori per i ricorrenti – sulla base di un giudizio di ragionevolezza impostato autonomamente in cui la Corte ha tenuto conto di altri principi/interessi costituzionali in gioco ovvero della parità di trattamento tra pensionati e della necessità di mantenere il bilancio in equilibrio³⁶.

In effetti, sul versante dei rapporti tra Corte costituzionale e CEDU non troviamo l'intreccio tra le garanzie di natura costituzionale di un catalogo dei diritti con un sistema di fonti prodotte da un ordinamento sovranazionale, ma siamo di fronte alla complessa ricerca della delimitazione del vincolo della interpretazione giurisprudenziale delle garanzie convenzionali elaborata dalla Corte di Strasburgo. La difficoltà di questa ricerca, costellata da progressivi «distinguo» successivi alle sentenze nn. 348 e 349 del 2007 è direttamente collegata alla tecnica decisoria e alle modalità del *reasoning* di quel giudice internazionale dei diritti umani.

È rispetto a questa specificità della tecnica decisoria e dell'argomentazione utilizzata dai giudici di Strasburgo che si concentra la distanza di questo modello decisionale rispetto alla «tutela sistemica e non frazionata» che il nostro giudice delle leggi continua a opporre con l'obiettivo di far valere la supremazia assiologica delle garanzie costituzionali.

A differenza delle premesse sopra ricordate con riferimento ai rapporti tra ordinamento costituzionale e ordinamento UE, la prospettiva di “sistema” nel caso dei rapporti tra Corte costituzionale e Corte EDU è tutta *interna* alle modalità, alle forme e alla estensione della tutela dei diritti fondamentali nel singolo caso portato dinanzi a quel giudice internazionale.

Su questa premessa si fonda del resto l'affermazione della giurisprudenza costituzionale sul «più elevato livello di tutela» offerto dalla Carta costituzionale che, a differenza della prospettiva meramente individuale e casistica dell'applicazione delle garanzie convenzionali nelle decisioni rese a Strasburgo, consente al giudice costituzionale di ponderare le garanzie di un diritto calandolo all'interno del sistema nel suo complesso (fatto di diritti, doveri, principi generali).

³⁵ Secondo la felice formula utilizzata da F. VIGANÒ, *La tutela dei diritti fondamentali della persona tra corti europee e giudici nazionali*, in *Quaderni costituzionali*, 2019, n. 2, p. 483.

³⁶ Cfr. Corte costituzionale, sentenza del 28 novembre 2012, n. 264, punto 5.4., ove si contrappone la tutela «in modo parcellizzato» dei diversi valori in campo realizzata a Strasburgo (nel caso *Maggio e altri c. Italia*, sentenza 31 maggio 2011) alla «tutela sistemica e non frazionata» che spinge i giudici costituzionali a tenere conto dell'equilibrio complessivo del sistema previdenziale, dei vincoli di bilancio scritti nell'art. 81 Cost. e della necessità di evitare un'insostenibile sperequazione a vantaggio dei ricorrenti vittoriosi a Strasburgo i quali avevano in realtà versato in Svizzera un quarto dei contributi dovuti in Italia.

Nell'ottica di perseguire l'obiettivo della «massima espansione delle tutele» la Corte costituzionale è approdata all'affermazione della «superiorità assiologica» della Carta costituzionale che giustifica la necessità di graduare l'intensità dell'effetto di vincolo delle decisioni della Corte europea di Strasburgo in relazione all'eventuale sussistenza degli indici di riconoscimento della giurisprudenza europea «consolidata» elencati nella sentenza n. 49 del 2015. In questa sentenza la Corte costituzionale ha tentato di precisare i confini del vincolo interpretativo accedendo a una casistica della cd. «giurisprudenza consolidata» non certo soddisfacente né interamente comprensibile³⁷: di questo «finto» dialogo abbiamo piena testimonianza con la «risposta» arrivata dalla Corte di Strasburgo nel caso *G.I.E.M. e altri*. La precisazione fornita dalla Grande Camera nel caso in questione, in merito alla «pari» efficacia giuridica vincolante di «tutte» le sentenze adottate dalla Corte di Strasburgo, a prescindere dalla composizione del collegio giudicante competente a decidere, esprime una chiara reazione ai distinguo introdotti nella suddetta sentenza del 2015: ciò è del resto confermato dall'esplicita affermazione del giudice Pinto de Albuquerque quando evidenzia il carattere perentorio della suddetta affermazione della Corte EDU capace di «privare la sentenza n. 49 del 2015 del suo fondamento teorico»³⁸.

Al di là del carattere perentorio dell'affermazione in questione non si può però parlare di un vero e proprio chiarimento.

La prospettiva dalla quale prendono le mosse i distinguo della Corte costituzionale è legata alla consapevolezza di dover definire i confini del vincolo di conformità agli obblighi internazionali di cui all'art. 117, co. 1 Cost. Per questo motivo assumono un grande rilievo i dubbi su ciò che a Strasburgo si deve considerare come orientamento «consolidato».

³⁷ Corte costituzionale, sentenza del 26 marzo 2015, n. 49, punto 7 del *Considerato in diritto*, ove si legge a proposito degli indici di riconoscimento del diritto consolidato: «Non sempre è di immediata evidenza se una certa interpretazione delle disposizioni della CEDU abbia maturato a Strasburgo un adeguato consolidamento, specie a fronte di pronunce destinate a risolvere casi del tutto peculiari, e comunque formatesi con riguardo all'impatto prodotto dalla CEDU su ordinamenti giuridici differenti da quello italiano. Nonostante ciò, vi sono senza dubbio indici idonei ad orientare il giudice nazionale nel suo percorso di discernimento: la creatività del principio affermato, rispetto al solco tradizionale della giurisprudenza europea; gli eventuali punti di distinguo, o persino di contrasto, nei confronti di altre pronunce della Corte di Strasburgo; la ricorrenza di opinioni dissenzienti, specie se alimentate da robuste deduzioni; la circostanza che quanto deciso promana da una sezione semplice, e non ha ricevuto l'avallo della Grande Camera; il dubbio che, nel caso di specie, il giudice europeo non sia stato posto in condizione di apprezzare i tratti peculiari dell'ordinamento giuridico nazionale, estendendovi criteri di giudizio elaborati nei confronti di altri Stati aderenti che, alla luce di quei tratti, si mostrano invece poco confacenti al caso italiano. Quando tutti, o alcuni di questi indizi si manifestano, secondo un giudizio che non può prescindere dalle peculiarità di ogni singola vicenda, non vi è alcuna ragione che obblighi il giudice comune a condividere la linea interpretativa adottata dalla Corte EDU per decidere una peculiare controversia, sempre che non si tratti di una "sentenza pilota" in senso stretto. Solo nel caso in cui si trovi in presenza di un "diritto consolidato" o di una "sentenza pilota", il giudice italiano sarà vincolato a recepire la norma individuata a Strasburgo, adeguando ad essa il suo criterio di giudizio per superare eventuali contrasti rispetto ad una legge interna, anzitutto per mezzo di «ogni strumento ermeneutico a sua disposizione», ovvero, se ciò non fosse possibile, ricorrendo all'incidente di legittimità costituzionale».

³⁸ Corte EDU, G.C., sentenza 28 giugno 2018, *G.I.E.M. e altri c. Italia*, punto 252; Opinione parzialmente dissenziente del giudice Pinto de Albuquerque, spec. punti 41 e 42.

Rispetto al vincolo derivante dalla giurisprudenza elaborata dai giudici di Strasburgo occorre considerare i caratteri di quel processo e le potenzialità decisorie riservate a quel giudice internazionale, potenzialità che convergono sull'unica possibilità di decidere se il diritto nazionale denunciato abbia violato o meno una garanzia della Convenzione e sulla consapevolezza del fatto che tutte le decisioni sono egualmente vincolanti. Non troviamo qui alcuno spazio per il dialogo costante con i giudici nazionali che si realizza in particolare nelle forme strutturate del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia³⁹.

Nella giurisprudenza del 2019 resta del resto confermata la premessa del cd. «predominio assiologico» della Costituzione abbinata con la precipua capacità della Corte costituzionale di interpretarla in una prospettiva «di sistema» che significa poter effettuare di volta in volta un bilanciamento con altri valori costituzionali eventualmente confliggenti. Da qui deriva l'unicità del bilanciamento costituzionale e quindi l'unicità del risultato ovvero la possibilità di annullare una legge con effetti *erga omnes*.

Nella sentenza n. 25 del 2019 la Corte si è trovata nella condizione di dover fare la sintesi tra una sua decisione del 2010 (n. 282), la sentenza della Corte EDU *De Tommaso* e una sentenza della Corte di Cassazione (SS.UU. penali n. 40076 del 2017) rispetto al significato del principio di legalità in materia penale. La norma che puniva l'inosservanza delle prescrizioni di “vivere onestamente” e di “rispettare le leggi”, passata indenne dal giudizio di non fondatezza dei giudici costituzionali nel 2010, è stata poi scrutinata dalla Corte di Strasburgo rispetto al principio di legalità con riferimento alla libertà di circolazione (art. 2 prot. n. 4 CEDU) e si è arrivati alla censura di quella misura di prevenzione che, per la sua formulazione vaga e imprecisa, collide con la prevedibilità della condotta criminosa necessario presupposto per limitare la libertà personale di circolare. I giudici della Cassazione si sono confrontati con questa interpretazione della Corte EDU giungendo a una sostanziale convergenza, ma quell'intervento non ha generato una vera e propria *abolitio criminis* e dunque permanevano spazi in cui quella norma incriminatrice avrebbe potuto operare. Il sindacato di costituzionalità si pone qui come necessario completamento dell'opera interpretativa della Suprema Corte giacché l'interpretazione adeguatrice dei giudici è soluzione ben diversa dallo sradicamento dal sistema con effetti *erga omnes* mediante la declaratoria di illegittimità costituzionale della disposizione oggetto dell'interpretazione per violazione di un principio convenzionale come parametro interposto ai sensi dell'art. 117, co. 1 Cost⁴⁰.

È chiaro l'uso che la Corte fa della giurisprudenza elaborata a Strasburgo riconoscendo a quest'ultima il più elevato livello di garanzia a oggi esistente: su questa base arriva alla decisione di incostituzionalità della norma incriminatrice considerando

³⁹ Per queste e altre sostanziali differenze sulle tecniche processuali e decisorie della Corte di giustizia rispetto alla Corte EDU si rinvia al saggio di S. O'LEARY, *A Tale of Two Cities: Fundamental Rights Protection in Strasbourg and Luxembourg*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2018, n. 20, pp. 3-31.

⁴⁰ Corte costituzionale, sentenza del 27 febbraio 2019, n. 25.

assorbito il parametro interno dell'art. 25 Cost. Quando la Corte costituzionale "sposa" integralmente, come in questo caso, la versione adottata a Strasburgo – in quanto vi riconosce il più elevato livello di tutela – è come se traghettasse nell'ordinamento un esito giurisprudenziale che si è formato nell'ambiente affatto peculiare della tecnica decisoria utilizzata dalla Corte di Strasburgo.

Dunque, il predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU è la premessa per filtrare l'impatto di un pronunciamento di un giudice internazionale che non solo ha un suo modo autonomo di procedere, fortemente condizionato dal caso concreto, ma che non ha strumenti per confrontarsi con i giudici nazionali nel corso della elaborazione del *decisum*.

In altre parole, il livello di protezione offerto dalla CEDU deve essere riportato all'interno dell'ordinamento e interpretato alla luce sistema costituzionale nel suo complesso, senza che vi sia, però, una scontata prevalenza del livello costituzionale della garanzia. Dunque, in queste dinamiche la rivendicata centralità del giudizio di costituzionalità non implica – necessariamente – la prevalenza della carta costituzionale se il livello maturato a Strasburgo è giudicato più elevato.

5. Dinamiche tra Corti e sistematica delle fonti

Alla luce delle considerazioni svolte sul confronto fra Corti nell'ottica della dimensione ordinamentale che accomuna i sistemi nazionali e l'Unione europea non mi pare corretto né utile sovrapporre il richiamo alla importanza di una garanzia giurisdizionale dei diritti dentro un sistema di giustizia costituzionale accentrato (che a sua volta si inserisce all'interno di poteri, competenze e responsabilità delle istituzioni repubblicane), richiamo che è alla base delle precisazioni svolte nei confronti della Corte di giustizia, con la necessità di perseguire l'obiettivo del massimo livello delle garanzie che la Corte costituzionale ha elaborato nel – non certo lineare – cammino fatto di progressivi aggiustamenti dell'effetto di «vincolo» della giurisprudenza elaborata in ambito CEDU all'interno dell'ordinamento nazionale.

Non mi sembra che rispetto all'ordinamento dell'Unione la Corte costituzionale abbia rivendicato una supremazia, ma piuttosto la possibilità di mettere in campo *in prima battuta* il suo armamentario e cioè la possibilità – che la rende unica nel sistema interno dei poteri costituzionali – di annullare eventualmente leggi incostituzionali con effetti *erga omnes*, senza però precludere in alcuna forma ai giudici comuni di invocare in ogni fase del giudizio la questione pregiudiziale alla Corte di giustizia quando vi siano le ragioni e i presupposti per poterlo fare. Piuttosto, si tratta di ragionare in termini di leale collaborazione nella interpretazione delle clausole della Carta DFUE in relazione alla tradizione interpretativa costituzionale che è di per sé in continua evoluzione grazie alla giurisprudenza costituzionale.

Se dalla posizione istituzionale dei garanti si passano a considerare le fonti di riferimento (e cioè le carte dei diritti nei diversi sistemi) ci si rende conto del fatto che

mentre nell'evoluzione del cammino ermeneutico volto a precisare i confini del vincolo derivante dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo i giudici costituzionali ammettono che da quella giurisprudenza possa effettivamente arrivare un livello in astratto più elevato rispetto alle garanzie maturate in ambito nazionale, fatta salva la premessa che è preferibile la visione di «sistema» propria del giudice costituzionale, rispetto all'ordinamento unionale europeo vi potrebbe essere un livello più elevato grazie alle clausole della Carta DFUE così come interpretate dalla Corte di giustizia.

Ciò che caratterizza quest'ultima dimensione è il fatto di aver tracciato un percorso in cui i giudici costituzionali (oltre che i giudici comuni) procedono insieme con la Corte di giustizia mettendo in campo le rispettive capacità di essere non solo custodi delle rispettive carte, ma anche interpreti degli equilibri (tra poteri) maturati nei rispettivi ordinamenti giuridici.

ABSTRACT: Nella dimensione europea della protezione su più livelli dei diritti fondamentali, che vede impegnati il sistema giudiziario nazionale, gli organi sovranazionali e il giudice internazionale dei diritti dell'uomo, le relazioni tra la Corte costituzionale e la Corte di giustizia si inseriscono in una dimensione ordinamentale costruita su politiche pubbliche, fonti del diritto e provvedimenti attuativi: in questa prospettiva la recente rivendicazione della priorità del sindacato di costituzionalità in ambito nazionale quando sia in gioco una garanzia riprodotta nella Carta DFUE pone problemi interpretativi diversi rispetto allo stato attuale delle relazioni tra il giudice costituzionale e la Corte europea dei diritti dell'uomo. In ambito CEDU la rivendicazione del «più elevato» livello di garanzia assicurato dal sistema costituzionale ruota esclusivamente attorno alla definizione del singolo diritto fondamentale e all'interpretazione dei suoi limiti.

KEYWORDS: protezione multilivello dei diritti fondamentali – politiche pubbliche – giustizia costituzionale – Unione europea – CEDU.

ABSTRACT: In the European multilevel protection of fundamental rights, which involves the national judicial system, the supranational bodies and the international protection of human rights, the relations between Constitutional Court and EU Court of Justice are part of a legal system built on public policies, sources of law and measures necessary for their implementation: in this perspective, the recent claim of the «priority» of constitutional justice (when a constitutional guarantee also reproduced in the European Charter of Fundamental Rights is at stake) poses different interpretative problems compared to the current state of relations between Constitutional Court and European Court of Human Rights. In the ECHR context, the claim of the «highest level» of protection guaranteed by the constitutional

system revolves exclusively around the definition of the individual fundamental right and the interpretation of its limits.

KEYWORDS: multilevel protection of Fundamental Rights – public policies – constitutional justice – European Union – ECHR.