



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI FIRENZE

DOTTORATO DI RICERCA IN SCIENZE GIURIDICHE

CURRICULUM IN

TEORIA E STORIA DEL DIRITTO – TEORIA E STORIA DEI DIRITTI UMANI

CICLO XXII

SETTORE SCIENTIFICO-DISCIPLINARE IUS/20

**LA DIFFICILE DISTINZIONE TRA “DIRITTI” E “PRINCIPI”
NELLA CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI DELL’UNIONE EUROPEA.
TEORIE, STORIA, ARGOMENTI.**

Tutor

Prof. Emilio Santoro

Candidato

Dott. Federico Di Salvo

Coordinatore

Prof. Paolo Cappellini

**LA DIFFICILE DISTINZIONE TRA “DIRITTI” E “PRINCIPI”
NELLA CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI DELL’UNIONE EUROPEA.
TEORIE, STORIA, ARGOMENTI**

I N D I C E

*** ** ***

INTRODUZIONE

0. Le ragioni della ricerca e le direttrici epistemologiche profonde.....	p.IV
1. Sintesi e contenuti del lavoro.....	VIII
2. Il metodo e le scelte di analisi e trattazione.....	XI

CAPITOLO I

TEORIE DEI DIRITTI, TEORIE DEI PRINCIPI.

PER UNA DEFINIZIONE DI PRINCIPI, DIRITTI E REGOLE UTILE AI NOSTRI FINI

I. Costituzionalismo”, “principi” e “diritti”. Le teorie tra “regole” e “argomenti”.....	1
II. Teorie dei diritti.....	6
1. Gli approcci possibili all’origine dei diritti e i modelli storici di tutela	
II.1.1 I tre approcci di FIORAVANTI.....	6
II.1.2 Il dualismo di origini e le dispute sui diritti.....	8
2. Le teorie strutturali: la teoria analitica degli <i>status</i> nell’ambito dei diritti pubblici soggettivi di JELLINEK.....	12
3. La teoria formalista e analitica delle situazioni giuridiche soggettive di HOFELD.....	14
4. La teoria neocostituzionalista e argomentativa dei diritti fondamentali di ALEXY, la loro formalizzazione deontica e la loro giustiziabilità.....	18
III. Teorie dei principi. Possibilità di più prospettive definitorie.....	28
1. Definizioni secondo l’origine e lo <i>status</i> epistemologico-giuridico.	
i. Principi intesi nel senso stretto dei “principi generali” in funzione ermeneutico-integrativa.....	33
ii. Principi intesi nel senso dei “principi fondamentali” costituzionali in funzione di parametro e limite di legittimità costituzionale delle norme sotto ordinate.....	35
iii. Principi intesi nel senso ampio dei “principi fondamentali” costituzionali in funzione programmatica, di standard, o concettuale.....	38
2. Definizioni secondo i caratteri, la struttura e il contenuto.....	40
i. Principi espressi e inespressi, impliciti o espliciti.....	40
ii. Principi come norme dotate del massimo grado di generalità, astrattezza; l’eccedenza di contenuto deontologico.....	41
iii. Principi come istanze esprimenti posizioni precise: principi-“tutele” o principi-“prestazioni”.....	42
3. Definizioni secondo il grado di “normatività” o giustiziabilità.....	44

CAPITOLO II

**“PRINCIPI” E “DIRITTI” NELLA STORIA DEL DIRITTO DELL’UNIONE EUROPEA
E NEL DRAFTING DELLA CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI**

I. Le vicende di “principi” e “diritti” prima della Carta: tra dottrine nazionali, giurisprudenza e scrittura.....	47
1. Nel silenzio dei Trattati... il segno di categorie destinate a rimanere relegate nelle dogmatiche costituzionalistiche nazionali?.....	55
2. L’”Integrazione selettiva”: la CGCE e l’ estrapolazione induttiva dei “principi” dalle posizioni iusfondamentali comuni agli Stati membri. La nascita di una nuova fonte: i “ <i>principi generali del diritto comunitario</i> ”.....	58
3. La tutela dei “diritti” passa attraverso il preventivo riconoscimento dei “principi”. Il riconoscimento dei “diritti... in quanto “principi”” e “parte delle tradizioni costituzionali comuni” in un’ottica neocostituzionalistica e argomentativa.....	66
4. Prime prove di codificazione di “ <i>diritti</i> ” e “ <i>principi</i> ”. Un riconoscimento politico scritto: l’art 6 TUE e le successive integrazioni nei Trattati.....	72

II. Ragioni e genesi dell'attuale assetto di "diritti" e "principi" nella Carta. Le fasi di <i>drafting</i>	76
1. Il c.d. mandato di Colonia a redigere una Carta dei diritti fondamentali.....	82
2. L'elaborazione delle norme nelle fasi di <i>drafting</i> della Carta. L'incidenza di soggetti, metodi e procedure della Convenzione sui contenuti della Carta.....	82
3. Modifiche e innovazioni tra proclamazione di Nizza (2000), e Strasburgo (2007). I lavori della "seconda Convenzione" e del "Gruppo di Lavoro II" al suo interno (2002-2003), e le scelte del Trattato di Lisbona (2007).....	94
4. Le fasi di <i>drafting</i> . Sinossi Cronologica.....	104
5. Schemi grafici dell'assetto di diritti e principi nell'ordinamento dell'Unione prima e dopo il Trattato di Lisbona.....	105

CAPITOLO III

"PRINCIPI" E "DIRITTI" NEL TESTO DELLA CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI. UNA POSSIBILE DISTINZIONE SULLA BASE DELLA LETTERA E SECONDO GLI ARGOMENTI DEL DIBATTITO DOTTRINALE

III.1 Qualche nota preliminare di metodo.....	106
III. 2 La Struttura della Carta. Principi e diritti tra impianto sistematico e gerarchie assiologiche Una Carta dei diritti... "per principi" e per "valori".....	107
III.3 La configurazione, in specifico, suggerita dalla lettera della Carta. Le caratteristiche pacifiche dei "diritti" e dei "principi. "Rispetto" e "osservanza".....	117
III.4. Le (poche) zone di "certezza classificatoria" tra le due fonti secondo la lettera della Carta.....	123
III.4.1 La <i>metaclassificazione</i> indicata dalla Carta e dai Trattati, (verificata "empiricamente" alla luce delle conferme delle definizioni giurisprudenziali).....	124
III. 4.1.1 I Principi espressi, espliciti o esplicitati come tali nella Carta.....	125
III.4.1.2 Altre istanze espresse, non esplicitate dalla Carta come "principi" ma definibili tali da classificazioni fatte da altri fonti o organi.....	128
III.5 La sistematizzazione di SAGMEISTER e il tentativo di classificare, nella Carta, i "principi" (<i>Grundsatznormen</i>) i "diritti" (<i>Grundrechte</i>) e le "libertà" (<i>Grundfreiheiten</i>). Definizione dei "principi" e definizione dei "diritti".....	132
III.5.1 Tentativi di isolamento dei concetti: definizione di "diritti fondamentali", "diritti sociali", "principi generali di diritto" e distinzione dalle fonti analoghe nel sistema della Carta.....	133
III.5.2 Concetto e definizione dei "Principi" nella Carta. Le caratteristiche dei principi nel senso inteso dall'art. 52 co. 5.....	155
III. 5.2.1 I principi come categoria di norme differente dai diritti fondamentali.....	157
III. 5.2.2. Principi: categoria propria della Carta o anche dei Trattati?.....	160
III.5.2.3 Vincolatività delle norme di principio?.....	161
III.5.2.4 Il profilo strutturale dei principi e le loro dimensioni contenutistico –funzionali di <i>tutela</i> e di <i>prestazione</i>	165
III. 5.2.5 I Soggetti passivi del vincolo dei principi.....	168
III. 5.2.6 Immediata validità delle disposizioni di principio?.....	171
III.5.2.7 <i>Quaestio</i> sulla diretta applicabilità (azionabilità) delle disposizioni di principio a fondare posizioni sostanziali giustiziabili.....	173
III.5.2.8 Principi come presidi di tutela di posizioni soggettive?.....	181
III.5.2.9 La rassegna di SAGMEISTER delle proposte di criteri distintivi tra "diritti" e "principi".....	184
III. 6. .Le altre analisi discrete dei diritti e dei principi della Carta nel sistema comunitario.	188
a) Forme, contenuti, tecniche di tutela e normative adottate.....	188
b) Gli studi di assiologia, deontica e giustiziabilità nel linguaggio della Carta.....	194

CONCLUSIONI

I modelli di "Principi" e "diritti" accolti nel testo della Carta dei diritti fondamentali e i loro caratteri distintivi.....pag. 202

Bibliografia.....pag. 211

INTRODUZIONE

“L’ipotesi o forse la tautologia, da cui la ricerca muove è che l’analisi dell’argomentazione giuridica, l’analisi dell’argomentazione quale auto-osservazione e auto-descrizione del sistema giuridico consenta di (ri)osservare e (ri)descrivere la trasformazione giuridica nel momento del suo svolgimento e possa quindi offrire strumenti e conoscenze utili per una storiografia costituzionale e la teoria del diritto.”

(G. ITZCOVICH, *Teorie e ideologie del diritto comunitario*, Torino, 2006, 16)

0. *Le ragioni della ricerca e le direttrici epistemologiche profonde.*

Ormai in più luoghi e in più occasioni è stato osservato che, per affrontare adeguatamente e con la dovuta onestà intellettuale l’inedito politico-giuridico dell’attuale Europa del diritto, occorra superare certi schemi legalistici e statalistici che in passato avevano visto i giuristi nazionali idolatrare le categorie e le dogmatiche ottocentesche. O meglio: una seria e moderna euristica giuridica che pretenda di giustificare una “teoria del diritto europea” non può più limitarsi a venerare concetti tuttora validi ma parzialmente superati come “sovranità”, “territorio”, “norma”, “sanzione”, “ordinamento giuridico”, “gerarchia delle fonti” e “legge” senza fare i conti con certe mutazioni inequivocabili appartenenti al mondo dei fatti, alle evoluzioni costituzionali, e in definitiva, del “diritto globale vivente”¹.

¹N. REICH, *Competition between legal orders: a new paradigm of EC law?*, in *Common Market Law Review*, 1992; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992; L. CARLASSARRE, *Fonti del diritto (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, 1997; F. MODUGNO, *Fonti del diritto (gerarchia delle)*, in *Enciclopedia del diritto*, 1997; P. GROSSI, *Pagina introduttiva (ancora sulle fonti del diritto)* in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milano 2000; E. RESTA, *Demos, Ethnos. Sull’identità dell’Europa* in G. BONACCHI (a cura di) *Una Costituzione senza Stato* ricerca della fondazione Lelio e Lisli Basso - Issopo, il Mulino, 2000; P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano 2001; A. LONGO, *Valori, principi e costituzione qualche spunto sui meccanismi di positivizzazione delle istanze assiologiche di base*, in “Diritto e Società”, 2002/1; G. ZAGREBELSKY, *Diritto per valori, principi o regole? (A proposito della dottrina dei principi di Ronald Dworkin)*, in *L’Ordine giuridico europeo: radici e prospettive*, Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, 2001; M. FIORAVANTI, *Il processo costituente europeo*, in “Quaderni fiorentini” XXXI, 2002; P. GROSSI, *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, in *Foro italiano*, 2002; N. IRTI, *Le categorie giuridiche della globalizzazione*, in *Rivista di diritto civile*, 2002; T. MAZZARESE (a cura di), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Torino 2002; F. OST, M VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, 2002; T. MAZZARESE, *Ragionamento giudiziale e diritti fondamentali. Rilievi logici e epistemologici*, in *Analisi e diritto*, 2002-2003; G. DELLA CANANEA, *L’Unione europea. Un ordinamento composito*, Roma-Bari, 2003; N. MACCORMICK, *La sovranità in discussione. Diritto, Stato e nazione nel “commonwealth” europeo*, Bologna 2003; M.R. FERRARESE, *Sulla globalizzazione giuridica: una risposta agli scettici*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2004; F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005; D. ZOLO, *Globalizzazione*, voce del *Digesto pubbl.*, aggiornamento-2005, Torino 2005; S. CASSESE, *Lo spazio giuridico globale*, Roma-Bari 2006; S. CASSESE, *Oltre lo Stato*, Roma-Bari, 2006; M. R. FERRARESE, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Laterza, Roma-Bari 2006; G. ITZCOVICH, *Teorie e ideologie del diritto comunitario*, Torino, 2006; U. VINCENTI, *Diritto senza identità. La crisi delle*

Molti dei nodi che impongono al giurista questo ripensamento, (epistemologico, ma anche psicologico, e se vogliamo, *vocazionale*²), sembra che vengano al pettine e si materializzino nelle recenti dichiarazioni sovranazionali dei diritti. Esse, vere e proprie fonti di tutele, da un lato si applicano agli individui, dall'altro sfidano assolutisticamente i confini nazionali tradizionali in un gioco di "personalità" e "territorialità", particolarismi e universalismi, che, - se non fossimo persuasi dalla lezione che ogni diritto è specchio di una e una sola irripetibile "maturità di tempi"-, crederemmo propri di un nuovo medioevo del diritto in cui sono scompagnati i tentativi di sistematizzazioni di fonti, le norme e lo stesso ragionamento giuridico³.

"Naturalmente queste sono esagerazioni" – risponderebbe ITZCOVICH, - "non è vero che l'emergenza di un discorso sui diritti fondamentali faccia scomparire concetti come ordinamento, validità, efficacia legalità, ecc., o anche solo faccia diminuire la loro importanza nella pratica e nel pensiero giuridici. Del diritto non si butta via niente, quantomeno nel breve periodo"⁴.

Ma in questo contesto una novità sicura sembra esserci: il *costituzionalismo*⁵.

Esso, maturato sin dal '700, si diffonde in Europa dal '900 in poi, inquadrando lo statalismo assolutista ottocentesco e il suo portato della *legge* in confini di pluralismo, democrazia, bilanciamento di poteri, garanzie giurisdizionali costituzionali. Avviene così il decentramento del perno della sovranità dallo Stato alla Costituzione, si unificano le tensioni autonomiste e particolariste del potere in una norma garante sovraordinata e soprattutto si emancipano i diritti fondamentali dalla potestà della legge del legislatore-concessore, configurandosi essi piuttosto come pretese soggettive assolute valide di per sé, indipendentemente dalla legge. Tanto da parlare di trasformazione dello "Stato di diritto" in "Stato dei diritti"⁶, superando quindi quella concezione purista per cui "senza presupporre una norma generale di diritto oggettivo regolante il comportamento umano, non [sarebbe stata] mai possibile nessuna proposizione relativa all'esistenza o meno dei diritti soggettivi"⁷.

categorie giuridiche tradizionali, Roma-Bari 2007; S. CASSESE, *Universalità del diritto*, Napoli, Editoriale scientifica, 2008; F. VIOLA, *La concorrenza fra ordinamenti e il diritto come scelta*, Napoli 2008; S. CASSESE, *I tribunali di Babele*, Roma, 2009; R. BIN, *Ordine delle norme e disordine dei concetti (e viceversa). Per una teoria quantistica delle fonti del diritto*, relazione tenuta al Convegno «La sfida della transnazionalizzazione tra teoria delle fonti e dottrine della Costituzione», Enna, 16 maggio 2009 e disponibile su: http://www.robertobin.it/MATERIALI_SEM/teoria%20quantistica.pdf; M. BARBERIS, *L'Europa del diritto*, Bologna, 2010; F. VIOLA, *Interpretazione giuridica, diritti umani e la nuova scienza giuridica*, in *Ragion Pratica XXXIV*, 2010; A. PIZZORUSSO, *Sistematica giuridica e sistema delle fonti del diritto*, in *Scritti in onore di Lorenza Carlassarre*, disponibile su: http://www.robertobin.it/MATERIALI_SEM.

² P. GROSSI, *Pagina introduttiva*, cit., pag. 6.

³ L'espressione è di P. GROSSI, *L'ordine giuridico medioevale*, Roma-Bari, 1995, *passim*.

⁴ G. ITZCOVICH, *Teorie e ideologie del diritto comunitario*, Torino, 2006, p. 435.

⁵ Cfr. R. GUASTINI, *La costituzionalizzazione dell'ordinamento*, in T. MAZZARESE (a cura di), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Torino 2002, *passim*.

⁶ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., p. 84; T. MAZZARESE, *Diritti fondamentali e neocostituzionalismo*, in T. MAZZARESE (a cura di), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Torino 2002, *passim*.

⁷ H. KELSEN, *La teoria generale del diritto e il materialismo storico*, Roma, 1979; p. 79.

La dottrina ha considerato il costituzionalismo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea allegata ai Trattati fondativi dell'Unione, oggetto di questo studio, *trionfo* del processo di giuridificazione e costituzionalizzazione delle relazioni tra gli stati europei aderenti alla Comunità e all'Unione, e al contempo *problema* per lo Stato di diritto e le sue categorie, inidonee ad affrontare una serie di questioni giuridiche difficili e delicate connesse con (e risolte da) l'anfibia pretesa della Carta di essere strumento assolutistico-universalista e storico-individualista⁸.

Decifrare questo fenomeno richiede quindi una nuova lettura e un nuovo codice interpretativo. "L'imperativo teorico di non contraddizione – valido per la *scientia iuris* – non dovrebbe in questo senso impedire il perseguimento del compito, proprio della *jurisprudencia*, di realizzare positivamente la "pratica concordanza" delle diversità e perfino delle contraddizioni" [...] "Positivamente: non dunque attraverso mere amputazioni di potenzialità costituzionali ma principalmente attraverso accorte soluzioni cumulative, combinatorie, compensative che portino i principi costituzionali a svilupparsi insieme, piuttosto che a avvizzire insieme"⁹.

Per questo la griglia di analisi dei rapporti tra gli Stati membri, e interni all'Unione, si è evoluta nella storia da una fase in cui le maglie terminologiche e conoscitive erano ancora legate alle categorie ottocentesche: quelle dei *regole dei rapporti* "interordinamentali", *inter-* e *intra-*sistematici, ad un successivo momento in cui la lettura non ha potuto che essere in chiave di *argomentazione* attraverso i *diritti fondamentali* e i *principi*, cioè secondo un "dogmatica più fluida"¹⁰, protocolli di argomentazione giuridica a un tempo più deterritorializzati (principi comuni) e più locali (quasi casistici)¹¹.

La prospettiva statocentrica e monolitica ha dovuto quindi cedere alla complessità di un ragionamento giuridico compatibile con la diversità dei punti di vista e cioè degli ordinamenti giuridici implicati e via via sempre più integrati: le teorie dell'ordinamento, infatti, pur consentendo di focalizzare il problema di una pluralità di ordinamenti tra loro incompatibili che insistono su una medesima questione, e di questioni che devono essere decise osservando ordinamenti distinti, non permettevano però di risolvere il medesimo problema in modo giuridicamente vincolante per tutti gli Stati e gli ordinamenti membri del progetto comunitario e unitario.

Anche sul fronte del ragionamento giuridico, dunque una siffatta evoluzione costituente¹² non si è più potuta rispecchiare nella vecchia logica applicativa di tipo *sussuntivo, monoinferenziale e dimostrativo*, ma ha favorito riflessioni e discorsi di tipo *argomentativo*¹³ in grado di superare gli schemi di ordinamenti postulati come

⁸ In questo senso, se si considera l'intera parabola costituzionale dell'Unione, sono le premesse, ma anche le conferme a cui approda G. ITZCOVICH, *cit.*, p. 427 ss.

⁹ G. ZAGREBELSKY, *cit.*, 14.

¹⁰ L'espressione è di G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite, cit.*, 15.

¹¹ *Ivi*.

¹² comprensibile come incrocio di tre processi storici: de-internazionalizzazione delle relazioni tra stati, de-costituzionalizzazione del diritto statale, e integrazione di diritto statale e comunitario in un unico ordinamento (G. ITZCOVICH, *cit.*, p. 432).

¹³ Tipo effettivamente rintracciato in dottrina e in giurisprudenza: cfr. L. GIANFORMAGGIO, *L'interpretazione della costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata sui principi*, in Rivista internazionale di filosofia del diritto, 1985, *passim*.

mai in conflitto, coerenti, completi, unitari, e di fornire un insieme aperto di principi fondamentali fra loro sempre in collisione, da commisurare e bilanciare. E non più, di conseguenza, si è riconosciuto un solo organo giurisdizionale di tutela che applichi una e una sola *ratio* di diritto preesistente, ma una pluralità di organi che dialoghi - che argomenti, che negozi¹⁴ - la soluzione di questioni e la formulazione di *rationes* nuove, cui si tratta di dare pubblicità in tutti gli ordinamenti interessati.

In questo senso, *diritti* e *principi* fondamentali si sono sviluppati e hanno offerto la giusta compresenza di *universalità*, - in quanto il discorso sui *diritti* tende ad affermare la propria pretesa di validità su ogni questione e ogni ragione giuridica particolare, superando sì i confini territoriali ma affermando l'individuo¹⁵-, e di *relatività*, poiché i *principi*, oltre a originare spesso da un'astrazione generalizzatrice di singole questioni particolaristiche, si lasciano bilanciare e commisurare in caso di conflitto con altri principi fondamentali, pur rimanendo in sé assoluti e generalissimi¹⁶.

*** ** ***

E' in questo clima che deve essere collocata la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, proclamata a Nizza nel 2000, nuovamente a Strasburgo nel 2007 e allegata al Trattato di Lisbona con lo stesso valore giuridico dei Trattati.

In essa trovano cittadinanza norme introduttive di *diritti* e norme espresse per *principi*; *regole* giustiziabili da "*rispettare*"; e *principi* da "*osservare*" e "*attuare*", in un dualismo che emerge molto chiaramente: la differenza ontologica e deontologico-normativa tra "*diritti*" e "*principi*", per cui:

- lo *status* dei *diritti* come considerati nella Carta è quello della diretta *esercitabilità*¹⁷ e della *giustiziabilità*¹⁸;

¹⁴ Per un esempio in questo senso, A. SCHIAVELLO, *Diritti umani e pluralismo tra argomentazione e negoziazione*, in *Ragion pratica*, 2010.

¹⁵ Un duplice universalismo, come ha osservato BACCELLI: universalismo dei *titolari*, per cui i diritti si riferiscono a *tutti* gli individui, e un universalismo dei *fondamenti*, "nel senso che costituiscono un codice etico o giuridico universalmente riconosciuto o comunque fondato in modo tale da assumere una validità universale". Naturalmente, come illustra BACCELLI, queste aspirazioni e caratteristiche dei diritti recano in loro degli irriducibili paradossi: povertà-proprietà, colonizzatori-colonizzati, radicalizzazione-naturalizzazione (L. BACCELLI, *Diritti fondamentali: i rischi dell'universalismo*, in T. MAZZARESE (a cura di), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Torino 2002, *passim*).

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ Cfr. art. 52 co. 2 della Carta che così si esprime: "*I diritti riconosciuti dalla presente Carta [...] si esercitano*", in contrasto con il disposto del successivo co. 5: "*Le disposizioni della presente Carta che contengono dei principi [...] possono essere invocate dinanzi a un giudice solo ai fini dell'interpretazione e del controllo di legalità di detti atti. alle condizioni e nei limiti dagli stessi definiti*".

¹⁸ "[...] 2. I *diritti* riconosciuti dalla presente Carta per i quali i trattati prevedono disposizioni si *esercitano* alle condizioni e nei limiti dagli stessi definiti" (art. 52 co. 2) e "Ogni persona i cui *diritti* e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice [...]" (art. 47).

- al contrario, “Le disposizioni della [...] Carta che contengono dei *principi* possono essere [solo] *attuate* [...] e [...] *invocate dinanzi a un giudice solo ai fini dell’interpretazione e del controllo di legalità di detti atti*”(art.52 co. 5).

I “*principi* sembrerebbero *prima facie* non avere natura regolativa/precettiva e immediata applicabilità nei confronti dei privati (le istituzioni europee li devono osservare nell’attuazione, nulla è scritto circa il fatto che li debbano “rispettare” propriamente in modo diretto come i singoli diritti). Le disposizioni di principio non appaiono, dalla lettera della Carta, neppure immediatamente azionabili o giustiziabili nei rapporti interprivati o orizzontali.

Le fonti definite “*diritti*” nella Carta ai sensi dell’art 51 co.1, invece, paiono obbedire – per dirla con DWORKIN – alla legge del tutto-o-niente, vale a dire allo status di diretta applicazione e invocabilità tipico delle *regole*.

E’ veramente così? Come verificarlo? Quale argomentazione giustificatrice, quale terminologia, quali definizioni accogliere di “norma”, “principio”, “diritto” e “regola” per decifrare esaurientemente il fenomeno della Carta e la differenza tra le due fonti menzionate? Quali saranno le definizioni recepite, e i modelli accolti, di “diritti” e “principi” nella Carta? E soprattutto: come distinguere i diritti dai principi per potervi riconoscere l’uno o l’altro regime prospettato?

1. Sintesi e contenuti del lavoro.

I. (*Teorie*). In risposta a questi interrogativi, nel *primo capitolo* lo studio prende le mosse illustrando sinteticamente le teorie e gli approcci principali ai “diritti” e ai “principi” maggiormente utili a giustificare il modello dei due tipi normativi recepito nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea. Nel diritto dell’Unione, infatti, il discorso sui diritti e il concetto di “principi” non hanno assunto nella storia – anche pretoria - un’impostazione univoca, e sia la giurisprudenza della Corte di Giustizia, sia i Trattati, che la stessa Carta si riferiscono a “diritti” e “principi” per indicare diversi criteri, istanze, norme e tipologie di fonti, vari per origine, struttura, funzione e contenuto.

Tenuto conto che il duplice regime previsto per “diritti” e “principi” è basato sull’idoneità o meno di essi a fondare posizioni *giustiziabili*, ai fini del nostro lavoro di differenziazione tra le due fonti si sceglierà come metro dicretivo proprio il carattere della *giustiziabilità*. Questa, se riscontrata nella stessa struttura o nella funzione della norma, sarà dunque intesa come indice di una natura della norma intrinsecamente regolativa/precettiva, – al contrario, se assente, della natura “di principio” della stessa. Verificheremo quindi la sussistenza di profili di giustiziabilità nella struttura dei “diritti” e in quella dei “principi”, riconoscendo alle norme questa o quella natura, in base al grado o al tipo di giustiziabilità ad esse riconducibile.

Per il concetto di “diritti”, ci riferiremo all’impostazione concettuale di JELLINEK¹⁹, HOFELD²⁰ e ALEXY²¹. Di queste dottrine saranno ricordati i principali

¹⁹Teoria espressa nel suo *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Tübingen, 1905.

²⁰Espressa in *Some fundamental legal conceptions as applied in Judicial Reasoning*, in *Yale Law Journal*, 1913.

passaggi che, evidenziando ora i caratteri logico-relazionali intersoggettivi ora deontico-giuridici di questa prima tipologia normativa, ne hanno saputo misurare il grado di giustiziabilità. Proprio la giustiziabilità presente in gradi diversi in questa o quella categoria di tutele, si dimostrerà infatti al centro della fondamentale distinzione tra tipologie di diritti che tutelano posizioni di difesa (definibili “tutelari”), di pretesa (“prestazionali”), di libertà, o che esprimono poteri. Questa suddivisione verrà recuperata nel corso della trattazione con riferimento anche ai principi.

Quanto al tipo “principi”, si cercherà di effettuare una descrizione per così dire “multifocale”, che cioè ne illustri la fenomenologia, tenendo conto di diversi filtri e prospettive teoriche: essi saranno esaminati in base all’origine e allo *status* epistemologico-giuridico, secondo le più importanti caratteristiche strutturali-funzionali e contenutistiche. Seguirà quindi il tentativo di rilevare il carattere della giustiziabilità anche trasversalmente alle varie tipologie di principi, verificandolo tra quelli espressi e non espressi, impliciti e espliciti, tra quelli definibili “generali” e “costituzionali”. In ultimo, trasponendo ai principi la teoria delle posizioni fondamentali di ALEXY trattata con riferimento ai “diritti”, appureremo se, così come per il primo tipo normativo, anche per i principi si possa parlare di giustiziabilità a seconda che si tratti di principi esprimenti tutele, prestazioni o libertà.

II. (Storia). Nel *secondo capitolo* si illustrerà l’evoluzione storica dei concetti e dei modelli di “diritti” e “principi” nel diritto europeo. Di essi se ne evidenzierà la progressiva apparizione, e il sempre maggior ricorrere nelle argomentazioni giurisprudenziali della Corte di Giustizia, posto che all’epoca dei Trattati di Roma non vi fosse traccia né di alcun catalogo di “diritti fondamentali” invocabili come tutele di rango primario per l’individuo-*persona*, né tantomeno di un generico riferimento a “principi”, come fonti ermeneutiche integratrici o criterio e misura di validità e legittimità degli atti giuridici comunitari sottordinati.

Ripercorrendo questo *excursus* lungo pronunce e vicende politico-istituzionali, si è inteso evidenziare un interessante momento nell’evoluzione giurisprudenziale del diritto comunitario, in cui è possibile apprezzare l’intima connessione tra “diritti” e “principi” alla base del binomio concettuale oggetto della nostra riflessione e del dibattito che ha condotto alla nota differenziazione nella Carta dei diritti fondamentali. Lungi, infatti, dall’assumere autonoma e separata rilevanza nella loro rispettiva natura di “fonte” del diritto, noteremo che “diritti” e “principi” si sono spalleggiati in un gioco di reciproche inclusioni. Focalizzando l’attenzione sulla funzione di parametro di legittimità dei principi, emergerà che, nell’ambito del progressivo ricorso alle due “fonti” in sede argomentativa per garantire l’individuo da attacchi alla sua sfera individuale e invalidare atti che ne fossero lesivi, l’ingresso delle tutele “diritti” si è reso manifesto proprio grazie al veicolo dei principi. Nell’intento di colmare la lacuna comunitaria dei diritti fondamentali, e con l’aiuto del ricorso ai principi del diritto, si è evocato infatti, tra i principi generali del diritto

²¹Di cui al suo *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main, 1986.

comunitario in funzione di limite di legittimità di atti lesivi del singolo, il “*principio*”...*del rispetto dei “diritti”*”.

Si passerà quindi a chiarire come si è giunti alla positivizzazione del richiamo a questi due tipi di fonte nel Trattato di Maastricht, e quindi nel definitivo mandato a redigere una Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea, - il c.d. *Mandato di Colonia* del 1999. Con un’analisi approfondita di quest’ultimo si giungerà a ricostruire l’assetto di diritti e principi nell’imminenza della proclamazione di Nizza (2000).

Ricostruendo le vicende del *drafting* della Carta, con riferimento ai “principi” si confermeranno nel dato positivo sia il loro carattere di norma non giustiziabile, sia quella loro funzione di fonte-*veicolo* di posizioni individuali, qualità che già erano state loro riconosciute dalla giurisprudenza. Questi caratteri emergeranno, in particolare, in relazione alla circostanza negativa che il riferimento ai “principi” come norme solo programmatiche e non giustiziabili sia stato voluto in sede convenzionale da alcuni Stati membri per introdurre nella Carta istanze o diritti sociali di cui mai sarebbe stata accettata l’azionabilità in favore dei cittadini-titolari, e quindi nell’intento esplicito di escludervi una natura strettamente precettivo-regolativa.

III. (Argomenti). Precisate le vicende che hanno favorito l’emersione del binomio “principi” e “diritti” nell’ambito della tutela comunitaria delle posizioni fondamentali, oggetto del *terzo capitolo* sarà l’analisi del dato testuale dello Strumento e della differenziazione che emerge tra (disposizioni introduttive di) “diritti” e (disposizioni esprimenti) “principi”, secondo un esercizio di esegesi letterale e sistematica.

In primo luogo si esaminerà la scelta terminologica e sostanziale che ha portato a predicare per i due tipi di fonte un comportamento applicativo differente: “rispetto” per i “diritti” e “osservanza” per i “principi”. Di tale dualismo si verificherà la coerenza ordinamentale e l’appropriatezza anche terminologica.

In secondo luogo si eseguirà il censimento dei principi espressi e inespressi (desumibili induttivamente) rintracciabili nella Carta, secondo il metodo di “formulazione d’ipotesi-e-riscontro empirico” attraverso le conferme della giurisprudenza.

A fianco di tali ricognizioni descrittive si darà conto delle teorie sviluppate sul punto dalla dottrina italiana e straniera (segnatamente tedesca, con l’apporto delle dottrine di SAGMEISTER²² e SCHMIDT²³), ora nel contestare una ontologia contrapposta dei due termini del binomio, ora nel corale tentativo di operare un’*actio finium regundorum* tra le due tipologie di disposizioni per individuarne le differenze, i rispettivi caratteri, la natura, la giustiziabilità alla luce del duplice regime previsto dall’art. 51 co.1, ed in definitiva, la più corretta collocazione dogmatica nel sistema dell’ordinamento comunitario.

²²H. M. SAGMEISTER, *Die Grundsatznormen in der Europäischen Grundrechtcharta*, Berlin, 2010.

²³J. SCHMIDT, *Die Grundsätze im Sinne der EU-Grundrechtcharta*, Tübingen, 2010

Sempre sulla base della teoria di SAGMEISTER, si procederà quindi ad analizzare analiticamente i caratteri dei “diritti”, delle “libertà” e dei “principi”, con particolare riguardo alle loro reciproche differenze, e ai caratteri di vincolatività, immediata validità, diretta applicabilità.

Dalla disamina, infine, delle posizioni assunte dai commentatori italiani e stranieri si ricaveranno criteri distintivi utili e meno utili, politici o tecnico-giuridici per formulare la nostra ipotesi ricostruttiva finale.

3. *Il metodo e le scelte di ricerca e trattazione.*

L’esposizione si svolgerà analizzando partitamente la triade di “fonti di cognizione del problema” indicate nel titolo: “le *teorie*, la *storia* e gli *argomenti*” riguardanti la distinzione tra “diritti” e “principi”. Si sceglierà così di dipanare i tre ambiti di indagine in sequenza ordinata, facendoli assurgere a unità logiche e fuochi tematici della trattazione. La partizione dei capitoli della ricerca rispecchierà dunque questi tre momenti concettuali inscindibili.

Così come nella condivisibile impostazione di GIULIO ITZCOVICH²⁴ (la cui citazione riportata poco sopra ne esprime, sinteticamente, l’approccio scientifico), questa ricerca muove dalla convinzione che il discorso sul diritto e l’analisi delle sue evoluzioni e della sua storia - fatta sì da istituti e norme, ma soprattutto di argomenti -, non possa essere scisso da quello sulle fonti di cognizione, e che l’attenzione a pensieri e autori giuridici sia una chiave di lettura privilegiata per una conoscenza profonda dell’ordinamento, in particolare di quello europeo. In questo senso è stato l’*humus* culturale respirato sui banchi dell’Università con sapienti maestri fiorentini²⁵ che ha alimentato in chi scrive il desiderio (“*studium*”) di coltivare un taglio teorico, generale e argomentativo, di questo tipo.

Anche per questo nella ricerca, per giungere alle conclusioni, quasi sempre si cercherà di coniugare al discorso descrittivo teorico-giuridico, quello metateorico e meta-descrittivo, nella costante attenzione all’evoluzione del *pensiero giuridico* almeno quanto a quella del *diritto*.

In presenza di fonti o commenti dottrinali, di fronte all’alternativa tra rielaborare i concetti e tenersi fedeli ai Maestri, si è spesso cercato di far parlare gli stessi Autori, indulgendo nel riprodurre le loro stesse argomentazioni e concedendosi di tanto in tanto qualche glossa proprio nella speranza di poter offrire una duplice lettura: l’analisi di teoria e storia del diritto, e quella di teoria e storia del pensiero giuridico, nella convinzione che la novità possa trovarsi non solo nella obbligata teorizzazione di dottrine inedite ma anche nello sviluppo di un discorso che risulti, pur sulla base di materiale esistente, frutto di un approccio e una rielaborazione originali, personali e diversi.

Si è quindi cercato, secondo l’idea di fondo, di combinare il dato normativo, l’argomentazione giurisprudenziale e quella dottrinale per giungere a ricostruire la

²⁴G. ITZCOVICH, *Teorie e ideologie del diritto comunitario*, Torino, 2006.

²⁵tra cui R. CAPONI, P. COSTA, M. FIORAVANTI, P. GROSSI, L. LOMBARDI VALLAURI.

personale visione della problematica: una visione trasversale che non prescinda da nessuno di questi formanti scientifici, culturali e istituzionali.

*** ** ***

Si è scritto che sia di cattivo gusto menzionare tra i ringraziamenti i propri professori, colleghi studiosi, o *tutores* scientifici. Io ritengo di farlo ugualmente non per piaggeria ma perché con i difficili e convulsi tempi che corrono, per le difficoltà che attualmente l'Accademia vive e per gli adempimenti che questa oggi richiede, anche ogni dovere scientifico didattico o di supervisione ormai purtroppo si sostanzia in cortesia, e merita così adeguata ricompensa di gratitudine; esso, infatti, è adempiuto deliberatamente tra mille possibili alternative, alcune delle quali ben più appaganti per il maestro che lo sforzo di pazienza verso il collega o lo studente.

Ringrazio per questo i professori Filippo Donati, per avermi portato a maturare l'interesse per questo oggetto di ricerca in un periodo di mia presunta scarsa fertilità intellettuale; Emilio Santoro, senza i cui preziosi consigli redazionali mi sarei mai potuto cimentare in questo lavoro; Filippo Ruschi, che senza conoscermi troppo bene con gesti di concreta solidarietà ha creduto in me; Luigi Lombardi Vallauri, per avermi educato alla dimensione sapienziale del diritto; Domenico Siciliano, che mi ha saputo provocare e incitare durante questi anni; William Chiaromonte, amico - prima ancora che riferimento universitario -, le cui solidarietà ed esperienza sono state per me medicina a tanti sconforti ma soprattutto arricchimento e ennesimo motivo di condivisione di una strada per tanti versi comune; Vincenzo Durante, che da vero metodologo romanista, lungo tutto il ciclo di dottorato ha saputo richiamarmi alle necessità accademiche prioritarie, e la cui esperienza di coordinamento e organizzazione di giovani dottorandi è pari alla sua pazienza e al suo zelo paterni.

Tra i miei cari sento di ringraziare Gemma, una persona speciale per me, che sostiene di non avere fede ma che più di me e di ogni altro ha saputo credere a ciò che è invisibile e all'inizio sembrava irrealizzabile. E' alla sua forza e alla sua persona che nei momenti di fiacchezza mi sono spesso aggrappato durante la stesura di questo lavoro.

Non avrei mai creduto, per varie ragioni, di terminare questo Dottorato di ricerca, ma allo stesso tempo ne postulavo la necessità per la mia realizzazione come cultore appassionato del diritto. Congedo dunque questo lavoro con la soddisfazione dello studente che vede il suo percorso *dell'obbligo* finalmente concludersi. D'ora in avanti mi auguro solo che tutto quanto appreso in questi undici anni di *studium* universitario ininterrotto possa portare frutti fecondi come realizzazione professionale personale e – perché no- come utilità sociale.

Dedico queste pagine ai miei genitori che mi hanno sostenuto negli anni di dottorato senza borsa e, favorendomi in numerosi viaggi all'Estero per studio, approfondimento e esperienze di vita, hanno sperato sempre in un buon risultato finale dei miei studi. Loro hanno avuto, però, anche un ruolo invisibile ma sostanziale nel mio studio del diritto. Mio padre mi ha trasmesso la sete di giustizia e mia madre di pace.

CAPITOLO I

TEORIE DEI DIRITTI, TEORIE DEI PRINCIPI.

PER UNA DEFINIZIONE DI “DIRITTI” E “PRINCIPI” UTILE AI NOSTRI FINI

I. “Costituzionalismo”, “principi” e “diritti”. Le teorie tra “regole” e “argomenti”.

“Una teoria del diritto europea ha bisogno di una definizione di “norma”, o piuttosto di una concezione della normatività, più ampia di quella corrente nella teoria generale vestfaliana”

(M. BARBERIS, *Europa del diritto*, Bologna 2010)

“...Non è vero che l'emergenza di un discorso sui diritti fondamentali faccia scomparire concetti come ordinamento, validità, efficacia legalità, ecc., o anche solo faccia diminuire la loro importanza nella pratica e nel pensiero dei giudici. Del diritto non si butta via niente, quanto meno nel breve periodo; la tendenza non può che essere alla conservazione – non certo fare tabula rasa, ma stabilire fili di continuità e una percezione di legittimità”.

(G. ITZCOVICH, *Teorie e ideologie del diritto comunitario*, Torino, 2006)

“Le categorie del diritto costituzionale, prima di valere per la prassi come criterio di azione o di giudizio, devono trovare una combinazione che non deriva più da un dato indiscutibile come un “centro” ordinante”.

(G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1995)

La forza realistica e l'attecchimento del costituzionalismo, col suo portato di concetti¹ ha fatto sì che molti studiosi abbiano cercato di sviluppare e chiarire, con dottrine divenute ormai classiche, il rapporto tra diritti e regole, principi e argomentazione.

RONALD DWORKIN², come è noto, nell'insieme delle *norme*, distingue *regole* e *principi* in base alla loro diversa capacità operativa e per così dire “funzionale” alla soluzione del caso concreto da disciplinare: le *regole* forniscono la soluzione apprestando modalità deontiche e di relazione atte a ordinare da vicino e in modo “automatico” la fattispecie pratica, sono dunque soggette all'alternativa della piena applicazione/piena disapplicazione al caso concreto. I *principi*, invece, forniscono direttive di ottimizzazione di disciplina- segnalando ragioni e orizzonti di tutela, e quindi non si prestano ad un'applicazione altrettanto lineare: di essi diventa piuttosto necessario considerare il “peso” che hanno in relazione al caso da risolvere, in un'ottica di bilanciamento con altre *rationes decidendi*, per modulare, in quella che poi sarà la soluzione giuridico-normativa applicata al caso di specie, il grado di

¹ Cfr. *supra*, *Introduzione*.

² R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, Bologna, 1982, *passim*.

avvicinamento o di più o meno intensa *adesione* al principio stesso. Accanto alla distinzione tra norme e principi, DWORKIN introduce anche quella fra *principi* intesi in senso stretto e *indirizzi politici* (*policies* –principi in senso ampio). Se i primi infatti, sono argomenti che giustificano una decisione in ossequio a qualche diritto individuale o di gruppo, gli *indirizzi politici* sono argomenti che giustificano una decisione politica mostrando che essa pone innanzi o protegge qualche scopo collettivo della comunità nel suo complesso. DWORKIN conclude quindi che le decisioni giudiziarie in materia civile caratteristicamente sono e dovrebbero essere generate dai principi e non dagli indirizzi politici³. Questa tesi è da lui utilizzata in chiave critica nei confronti della visione giuspositivistica del giudizio⁴.

ROBERT ALEXY⁵ ha chiarito che le posizioni soggettive fondamentali sono introdotte da norme e possono essere espresse nella forma delle *regole* o dei *principi*. Al proposito ha distinto tra norme, norme c.d. iusfondamentali, enunciati o proposizioni normative, regole e principi.

La *norma* è generalmente

“un atto con cui si ordina, proibisce o permette -e in particolare si autorizza-. una condotta, un’aspettativa di comportamento, un imperativo, un modello di comportamento che o è realizzato, o, nel caso di sua non realizzazione, ha come conseguenza una reazione sociale”⁶.

Una *proposizione normativa* (o *enunciato normativo*), invece,

“può contenere più di una norma (espressione linguistica dotata di un significato) ed una norma può essere estrapolata dal confronto di più espressioni normative”⁷.

Infatti una norma può dedursi da più veicoli comunicativi, “anche senza ricorrere ad enunciati, per esempio attraverso i segnali luminosi di un semaforo”⁸. In questo senso acquistano rilievo, come elementi discriminanti tra norma e enunciati normativi, le modalità deontiche basilari, quali l’obbligo, il permesso e il divieto.

Una *norma iusfondamentale*, o che introduce un diritto di tipo fondamentale, o *lato sensu* costituzionale è, diversamente da SCHMITT, che identificava come tali le norme che introducono diritti che materialmente e strutturalmente contengono un nucleo di “libertà”, una norma *formalmente* costituzionale – cioè introdotta da una fonte (“disposizione”) di rango fondamentale-costituzionale⁹, ma anche *semanticamente* costituzionale, vale a dire desumibile in via interpretativa da

³R. DWORKIN, *Op. cit.*, *passim*; M. EDUARDO DE CARVALHO DANTAS, *Un approccio alla dinamica dell’applicazione di regole e principi*, in *Ars Interpretandi*, 2005, *passim*.

⁴Cfr. per questa sintesi A. PINTORE, *Norme e principi. Una critica a Dworkin*, Quaderni di filosofia analitica del diritto, Milano, 1982, *passim*.

⁵R. ALEXY, *Teoria del los derechos fundamentales*, Madrid, 1993, *passim*; ID., *La formula per la quantificazione del peso nel bilanciamento*, in *Ars Interpretandi*, 2005, *passim*.

⁶R. ALEXY, *Teoria*, cit. pag. 49.

⁷M. EDUARDO DE CARVALHO DANTAS, *Un approccio alla dinamica dell’applicazione di regole e principi*, 211.

⁸R. ALEXY, *Teoria de los derechos fundamentales*, cit., pag. 51.

⁹J. SCHMIDT, *Die Grundsätze im Sinne der EU-Grundrechtecharta*, Tübingen, 2010, p. 23.

enunciati costituzionali semanticamente aperti o comunque costituzionalmente ascrivibile. Per questo non è possibile né accettare un criterio solamente formalista basato sulla validità, né solo materiale, ma occorre accettare anche un criterio empirico che identifichi la norma iusfondamentale in base all’“argomentazione di tipo costituzionale – alla *fondazione argomentativa* - che per essa sia possibile”, spostando così il baricentro dal concetto di *validità* al concetto di *argomentazione*.

Strutturalmente, le norme iusfondamentali possono dividersi in *regole* o *principi*.

Le *regole*,

“sono norme che prescrivono qualcosa in senso assoluto, sono dunque imperativi assoluti. La maggior parte delle regole prescrive qualcosa nel caso determinate condizioni vengano soddisfatte, si parla dunque di norme condizionali. Le regole possono assumere però anche forma categorica; un esempio potrebbe essere costituito da un divieto assoluto di tortura. Se una regola è valida e applicabile, risulta decisivo imporre in modo assoluto l’esatta esecuzione di quanto la regola prescrive. Se ciò avviene, si può sostenere che la regola è stata osservata, se ciò non avviene, la regola non è stata osservata. Le regole sono pertanto delle norme che ogni volta possono essere osservate oppure no”¹⁰.

I *principi*,

“sono delle norme che prescrivono che qualcosa venga realizzato il più possibile, con riguardo a quanto risulta effettivamente realizzabile sotto il profilo fattuale e giuridico. Di conseguenza i principi sono *norme di ottimizzazione*, caratterizzate come tali perché possono essere osservate in misura differenziata e perché la misura del loro adempimento dipende non soltanto dalle possibilità reali, ma anche da quelle giuridiche, le quali vengono essenzialmente determinate, oltre che da regole, anche da principi contrapposti”¹¹.

In questo senso le regole possono entrare in conflitto, i principi soltanto in collisione¹². Per questo, poiché certe situazioni fondamentali di diritto (soggettivo) possono essere espresse in via di principio, si pone il problema che certi diritti possano essere realizzati solamente mediante un *bilanciamento* con altri principi, che collidono per la disciplina del caso da regolare, in una relazione che può essere così definita:

“Quanto più alto è il grado di non adempimento o lesione di un principio, tanto più alta deve essere l’importanza attribuita all’adempimento di un altro principio”¹³.

Un *diritto fondamentale*, dunque, sia che sia veicolato da una regola che da un principio, è il contenuto tutelare e di garanzia (*Gewährleistungsgehalt*) insito in una norma iusfondamentale¹⁴.

¹⁰ R. ALEXU, *La formula per la quantificazione del peso nel bilanciamento*, in *Ars Interpretandi*, 2005, 98.

¹¹ R. ALEXU, *ibidem*.

¹² Cfr. anche J. SCHMIDT, *Die Grundsätze*, cit., pag. 55.

¹³ R. ALEXU, *Teoria*, cit. pag. 161.

ROBERTO BIN ha sostenuto che “i diritti più recenti vengono enunciati in forma di principio”¹⁵ e le Corti costituzionali, in particolare la nostra, tendano sul piano operativo a svalutare il significato “regolativo” delle disposizioni costituzionali sui “diritti”, per accentuarne invece il valore “argomentativo” di principio, e che in pratica vi sia una tendenza a restringere l’ambito delle “regole” desumibili dalla Costituzione e a dilatare, invece, l’ambito in cui trovano applicazione procedure di “bilanciamento” tra principi e interessi assurti a istanze giuridicizzate¹⁶. Del resto, come potrebbero argomentare CELANO e BARBERIS

“Profani e addetti ai lavori lamentano spesso, à la BENTHAM che le dichiarazioni dei diritti sono vaghe, contraddittorie e indeterminate: come se il problema fosse solo di *drafting*, e si potesse, volendolo, redigere dichiarazioni prive di tali difetti. In realtà, benché migliori redazionali siano sempre possibili, è lo stesso genere letterario “dichiarazioni dei diritti” a presentare fatalmente queste caratteristiche. Le disposizioni costituzionali attributive di diritti, lungi dall’esprimere semplici regole, passibili di applicazione diretta e deduttiva, molto spesso esprimono solo principi, non applicabili direttamente e deduttivamente ma bisognosi di attuazioni e specificazioni sempre virtualmente configgenti, e comunque non deduttive, da parte di legislatori e giudici”¹⁷.

GUSTAVO ZAGREBELSKY¹⁸ ha spiegato che solo i “principi” nel senso anzidetto intesi svolgono un ruolo propriamente costituzionale, cioè “costitutivo” dell’ordine giuridico. Per questo le norme ordinarie sarebbero prevalentemente regole, mentre le norme costituzionali sui diritti e sulla giustizia prevalentemente principi, tanto che distinguere i principi dalle regole, significherebbe, in definitiva, distinguere la Costituzione dalla legge. Le regole invece, ancorché scritte in Costituzione, non sarebbero altro che leggi rinforzate dalla loro forma speciale. Esse infatti esaurirebbero comunque in se stesse la loro portata, non possedendo alcuna forza costitutiva di qualcosa al di fuori di loro. Dal punto di vista del ragionamento giuridico che rispecchiano, la distinzione, poi, è più apprezzabile, poiché le due fonti normative si esprimono e vanno applicate in modo differente.

Dal punto di vista della formulazione,

“se la legge dice che i lavoratori che scioperano devono comunque garantire determinate prestazioni nei pubblici essenziali, *qui si ha a che fare con le regole*; ma quando la Costituzione dice che “lo sciopero è un diritto”, *questo è un principio*. Le Costituzioni, a loro volta, contengono oltre che principi anche regole. Quando si dice che l’arresto deve essere convalidato dal giudice entro quarantotto ore, qui si ha a che fare con una regola; ma quando si dice che la libertà personale è inviolabile, questo è un principio”¹⁹.

¹⁴ J. SCHMIDT, *Die Grundsätze*, cit., pag. 17.

¹⁵ R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano 1992, p. 3.

¹⁶ R. BIN, *Diritti e argomenti*, cit., p. 4.

¹⁷ Riferisce M. BARBERIS in *Europa del diritto*, Milano 2008, p. 182, alludendo all’opera, di B. CELANO, *Come deve essere la disciplina costituzionale dei diritti?* In S. POZZOLO (a cura di) *La legge e i diritti*, Torino 2002.

¹⁸ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Bologna, 1992, *passim*.

¹⁹ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., 149.

Dal punto di vista del trattamento ermeneutico solo le regole sarebbero oggetto dei metodi dell'interpretazione giuridica; in presenza dei principi, invece, ci sarebbe ben poco da interpretare. Insomma, le regole fornirebbero il criterio operativo delle azioni, in specifiche situazioni da esse contemplate; mentre i principi al proposito si limiterebbero a fornire criteri per prendere posizione di fronte a situazioni *a priori* indeterminate, quando vengano a determinarsi concretamente.

I principi, in questo senso,

“determinano atteggiamenti favorevoli o contrari, di adesione e sostegno o di dissenso e ripulsa rispetto a tutto ciò che può coinvolgere la loro salvaguardia in concreto. Poiché non hanno fattispecie, ai principi a differenza che alle regole, non può darsi alcun significato operativo se non facendoli “reagire” con qualche caso concreto. Il loro significato non è determinabile in astratto ma solo in concreto e solo in concreto se non può intendere la portata”²⁰.

GIULIO ITZCOVICH ha confermato che il dialogo intergiudiziale e interordinamentale europeo debba esser analizzato non al livello delle dimostrazioni logico-sussuntive ma piuttosto con l'argomentazione, che al proposito

“deve farsi complessa per poter tradurre “interessi” sociali configgenti in “principi” giuridici comuni allo scopo di attivare, alimentare e chiudere un dialogo costituzionale fra giurisdizioni non integrate in un apparato gerarchico unitario. Il dialogo consiste sia in un insieme di argomentazioni sia in una negoziazione”²¹.

Gli interessi insistenti a livello europeo, infatti, intesi come generiche pretese normative che, pur non essendo fondata sul diritto e non potendo giustificare l'applicazione del diritto, possono però assurgere a presupposto di fatto per l'applicazione del diritto, potrebbero ben essere “valori etici, obiettivi politici, esigenze sociali, giudizi pratici e massime di senso comune, che meritano di assurgere a norme o principi giuridici a pieno titolo”²², e che tramite l'argomentazione debbano concorrere al bilanciamento.

“E' dunque attraverso “un sistema mobile di giudizi di bilanciamento” che si giunge a “una distribuzione rinegoziabile di competenze normative e giurisdizionali: i paradossi della teoria dell'ordinamento giuridico (questioni logicamente indecidibili) sembrano risolvibili da una pragmatica dell'argomentazione giuridica, in termini di questioni sempre discutibili”²³.

In questo contesto, anche concetti di stretto diritto costituzionale-europeo come i “controlimiti”²⁴ possono essere ricostruiti proprio come risultato di giudizi di

²⁰ G. ZAGREBELSKY, *Ibidem.*, 150.

²¹ G. ITZCOVICH, *Bananen. Bilanciamento, diritti fondamentali e integrazione europea nella “guerra delle banane”*, in G. MANIACI (a cura di), *Eguaglianza, ragionevolezza, logica giuridica*, Milano 2004, p. 11.

²² G. ITZCOVICH, *Ibidem.*

²³ G. ITZCOVICH, *Ibidem.*

²⁴ Intesi come limiti di diritto costituzionale interno, alle limitazioni di sovranità accettate dallo Stato in favore delle competenze dell'Unione.

bilanciamento e di ponderazione tra principi, e quindi, in definitiva di esigenze o istanze eterogenee²⁵ composte attraverso l'argomentazione.

II. *Teorie dei diritti.*

II.1 *Gli approcci possibili all'origine dei diritti e i modelli storici di tutela.*

Nella sterminata letteratura che si è occupata dell'origine dei diritti in Europa sono stati proposti diversi approcci teorici, variamente focalizzati su questo o quell'aspetto genetico o "evoluzionistico" del significato e della cultura dei diritti. Taluni hanno sottolineato l'aspetto pre-statuale e meta-positivo, "naturalistico" della nascita dei diritti soggettivi; altri il profilo anti-statuale e tutelare-individualista o al contrario statale e legalista, altri ancora hanno identificato i modelli storici di garanzie che si sono avvicinati nella cronologia del Continente. A ben vedere, ogni ricostruzione può contenere del buono ai nostri fini ed essere utilmente trasposta, *in parte qua*, per spiegare il modello recepito nella Carta dei diritti. Qui di seguito si ripropongono tre dottrine archetipiche, sulle origini dei diritti, ritenute particolarmente interessanti nel nostro intento.

II.1.1 *I tre approcci di FIORAVANTI*

Lo storico e costituzionalista FIORAVANTI ha distinto tre modi di intendere la natura e le origini dei diritti, "che a loro volta corrispondono a tre diversi modi di concepire gli strumenti attraverso i quali si realizza la tutela di tali diritti"²⁶: parla di approccio *storicistico*, *individualistico* o *statualistico*²⁷.

Essi ripropongono, di fatto, quelle che anche MAZZARESE anni dopo ha affermato essere le tre letture possibili del costituzionalismo: quella giusnaturalistica, giuspositivistica e compromissoria-alternativa²⁸.

Nel susseguirsi delle vicende storiche che interessano l'Europa, ciascuno dei tre modelli non rimarrà isolato rispetto agli altri, al contrario tenderà a combinarsi con gli altri due, generando importanti dottrine e grandiose esperienze storiche. L'impostazione storicistica si riflette nell'esperienza inglese di *common law*, quella individualistica produrrà l'esperienza rivoluzionaria francese e l'approccio statualistico caratterizza le vicende dello Stato liberale ottocentesco.

²⁵ "non [sarebbero] infatti le norme e i "principi" fondamentali a prevalere; all'opposto sono "fondamentali" i principi che prevalgono. Non vi è insomma una gerarchia materiale, per cui le norme e i principi fondamentali prevalgono sul principio di apertura all'ordinamento europeo (art. 11 Cost.): anche questo è un principio fondamentale. Non c'è una relazione di gerarchia né di competenza. Vi è invece un giudizio di bilanciamento fra l'art. 11 Cost. e gli altri principi costituzionali, da decidersi a seconda delle circostanze del caso, sulla base di un giudizio sulla gravità della violazione non vincolato da parametri. Paradossalmente, la mancanza di parametri contribuisce a rendere questo giudizio di bilanciamento meno aggressivo nei confronti della Corte di Giustizia, perché la Corte costituzionale, tendenzialmente, evita di dare indicazioni alla sua giurisprudenza". (G. ITZCOVICH, *Bananen*, cit., pag. 39)

²⁶ P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino, 2002, p. 3.

²⁷ Cfr. M. FIORAVANTI, *Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*, Torino, 1995, 17.

²⁸ T. MAZZARESE, *Diritti fondamentali e neocostituzionalismo*, in T. MAZZARESE (a cura di), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Torino 2002, p. 14 ss.

Nell'*approccio storicistico* i diritti sono concepiti come "libertà" dai poteri di *imperium* e "limitazione" di questo, frutto dell'evoluzione storica e consuetudinaria dei rapporti sociali che caratterizzano la dialettica sudditi-sovrano. Questo sviluppo mostra la progressiva emancipazione dei diritti di libertà dalle invadenze dei poteri costituiti e propugna una visione dei diritti prevalentemente come "libertà negative", con accezione garantista e limitatrice, in favore dell'individuo, da ogni ingerenza esterna. Non a caso seguendo questa lettura si fa risalire l'origine dei diritti molto indietro nel tempo e precisamente in epoca medioevale, quando, in terra britannica, a seguito delle sollevazioni dei sudditi inglesi, fu concessa dal Sovrano la prima *Magna Charta libertatum* (1215), strumento di garanzia individuale di sicurezza, della proprietà dei beni, ma soprattutto di tutela giurisdizionale²⁹. Proprio quest'ultimo carattere favorì e consolidò il principio per cui la tutela delle libertà individuali dovesse essere affidata ai giudici attraverso il sistema della *common law*, sistema che infatti impedì che in Inghilterra il potere statale assumesse mai i tratti assolutistici o accentratori propri di altre esperienze. Quest'approccio trova uno dei suoi più rappresentativi epigoni in JOHN LOCKE, che infatti chiarisce lucidamente come i diritti siano sottratti di gran lunga da ogni potestà del legislatore assoluto hobbesiano, ma al contrario radicati "nei tempi lunghi della storia" e si offrano all'intelletto dell'uomo che ne acquisisce graduale consapevolezza attraverso la pratica e la necessaria applicazione.

Una versione storica dell'origine dei diritti la porge il diverso approccio definito *individualistico*, secondo cui i diritti sono innati e spettano a ciascun individuo in quanto tale, sostanzialmente sottratti, almeno in origine, alle vicende sociali, economiche e politiche. In questa prospettiva la nascita dei diritti si ha con la nascita stessa dell'uomo, che attraverso le lotte li afferma e li imprime nello Stato, unico soggetto che li può realmente tutelare. Punto di riferimento paradigmatico di questa impostazione è infatti la parabola rivoluzionaria francese, che si conclude con la *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* del 1789.

"Il ruolo dello Stato è qui concepito come finalizzato al riconoscimento e alla garanzia dei diritti, in quanto esso nasce in forza di un *patto* voluto e costruito fra soggetti già titolari, per natura, di diritti"³⁰. Il contrattualismo, infatti, insieme al legalismo, sarà la dottrina che maggiormente rappresenterà quest'approccio, e spiegherà il passaggio dalla fondamentale presunzione di libertà dell'uomo (il vero *prius*) all'accettazione della soggezione alla legge (il *posterius*) per la redistribuzione della sovranità presso tutti gli individui. Da un lato, dunque, l'unica fonte del diritto che può limitare la libertà è la legge; dall'altro essa è soprattutto espressione della volontà generale, che pone limiti anche all'azione della magistratura, che non potrà che muoversi in orizzonti privi di margini di "creatività".

²⁹ Cfr. gli artt. 39 e 40 della *Magna Charta* stessa, i quali per la prima volta prevedono rispettivamente che "No freemen shall be taken or imprisoned or disseised or exiled or in any way destroyed, nor will we go upon him nor send upon him, except by the lawful judgment of his peers or by the law of the land"; e "To no one will we sell, to no one will we refuse or delay, right or justice"; come sottolineato nell'approccio di V. SCIARABBA, *Dalla Magna Charta alla Carta di Nizza*, in *Tra Fonti e Corti. Diritti e principi fondamentali in Europa: profili costituzionali e comparati degli sviluppi sovranazionali*, Padova, 2008, Cap. II, *passim*.

³⁰ P. CARETTI, *I diritti fondamentali*, cit., *ivi*.

In questo senso, per dirla con ZAGREBELSKY, la proclamazione dei diritti, “pur non essendo propriamente diritto positivo ma una ricognizione delle verità di una filosofia politica” veniva a fondare una nuova concezione del potere statale che però non vide la sottoposizione della legge al controllo dei diritti, ma al contrario assoggettò i diritti al controllo di legalità, la cui vera “costituzione” giuridicamente operante non fu tanto la *Déclaration* ma il *Code civil*³¹.

L’approccio *statualistico* pone anch’esso lo Stato al centro del riconoscimento dei diritti di libertà: “solo in esso, infatti, i diritti nascono e possono affermarsi come vere e proprie posizioni soggettive giuridicamente tutelabili, conseguentemente è lo Stato che ne determina il contenuto, i limiti, i meccanismi di garanzia”³². In un approccio di questo genere, in cui lo Stato è fonte e misura dei diritti, l’origine di ogni posizione soggettiva di vantaggio è legata all’autolimitazione del potere del Sovrano e proprio per questo “comporta una contraddizione rappresentata dal fatto che esso, per sua natura, mal sopporta limiti al suo dispiegarsi, siano essi quelli della consuetudine, del diritto comune o del diritto naturale, dei quali si nega l’esistenza o quantomeno la giuridicità”. Quest’impostazione caratterizzerà il positivismo giuridico, filone dottrinale “che assegna alla legge il monopolio del diritto e la funzione insostituibile ed esaustiva di fonte, e insieme limite dei diritti”.

A livello di modelli storici effettivamente documentabili, la dottrina ha mostrato come il paradigma rivoluzionario-costituzionale francese si fosse ispirato ad un approccio di tipo individualistico, pur portando a conseguenze di tipo statualista; mentre, come esempio di origine naturalistica dei diritti e sviluppo eminentemente storicistico possa considerarsi la Costituzione americana del 1787, recante in sé elementi tipici del pragmatismo e giurisdizionalismo anglosassone, ma fautrice di una concezione dei diritti come insieme preesistente al diritto e alla legge e per questo opponibile all’arbitrio del legislatore sottoforma di costituzione rigida sovraordinata alle leggi.

II.1.2 Il dualismo evolucionistico e le dispute sui diritti

Tradizionalmente, nel proporre due livelli di riflessione (l’uno sulle origini, l’altro sul discorso, dei diritti in Europa), si identifica la genealogia del concetto di “diritti”, al livello europeo-occidentale generale, come risultato dell’intreccio del primato - anche storico - dell’Inghilterra nel campo della *pratica di tutela* e del *lessico* di questi³³ da un lato, e con le *teorie* proprie della speculazione continentale dall’altro. Infatti, “il costituzionalismo europeo-occidentale si [sarebbe] sviluppato proprio tramite un trapianto sistematico di istituti costituzionali dall’Inghilterra al continente, passando per la decisiva mediazione degli Stati uniti [...] i diritti comunque hanno avuto proprio questa caratteristica: le specificità nazionali non hanno impedito, né impediscono, il passaggio di intere famiglie di diritti da una cultura costituzionale all’altra”³⁴. In questo senso la “circolazione degli istituti costituzionali, e specialmente dei diritti [...] non ha seguito un ordine qualsiasi ma è

³¹G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., 66.

³²P. CARETTI, *cit.*, ivi.

³³M. BARBERIS, *Europa del diritto*, Milano 2008, 137.

³⁴M. BARBERIS, *Ivi*, p. 144.

andata, di norma, dall’Inghilterra alla Germania, passando per gli Stati Uniti e Francia [...] la sua diffusione, a bene vedere non segue la traiettoria religiosa della Riforma protestante, e neppure il tracciato filosofico delle dottrine giusnaturalistiche: piuttosto batte la via giuridica che parte dalla prassi giudiziale inglese e arriva alle sistemazioni dottrinali tedesche, passando per le dichiarazioni statunitensi e francesi”³⁵.

Lo sviluppo dei diritti, spesso in contrasto con la “sovranità”, ha così inaugurato un lessico, una retorica (un’antiretorica³⁶) e un punto di vista che BACCELLI ha affermato essere, dopo la stagione in cui le potestà e le prerogative afferivano al solo signore o al potere centrale, dichiaratamente *ex parte populi*³⁷, e quindi ad un tempo decentrati, democraticizzati e “volgarizzati”. Queste caratteristiche spingono BACCELLI a richiedere e al contempo a proporre una teorica “impura”, meno rigorosa, o meglio un approccio non più “purista” o di vetusta *Allgemeine Rechtslehre* ma piuttosto “impressionistico”, incentrato su altre nozioni quali la dignità umana o il concetto stesso di essere uomo³⁸.

BARBERIS, nella lettura di questo capovolgimento del mondo sociale degli antichi, ha illustrato le discussioni dottrinali più attuali vertenti sugli aspetti giuridico-culturali più salienti di questa rivoluzione frutto del dialogo angloamericano, francese e tedesco. Ha quindi sottolineato come, “nella cultura dei diritti specificamente europeo-occidentale, benché virtualmente universale” possa intravedersi “un costituzionalismo dei diritti nel quale il concetto apparso per secondo – i diritti (soggettivi) – acquista un primato assiologico su quello venuto per primo: il diritto (oggettivo)”³⁹. Tra le tematiche più utili e dirimenti a fini della nostra ricostruzione, devono ricordarsi la disputa che riguarda: A) la distinzione tra *diritti di libertà* e *diritti sociali*; e B) le posizioni chiamate dal filosofo di *monoteismo* e *politeismo* dei diritti.

A) Nel dibattito sulla nascita di quelli che sono stati chiamati *diritti di terza generazione*, ovvero sul passaggio che ha visto il linguaggio dei diritti, originariamente usato per *rivendicare l’astensione* dello Stato da sfere individuali come la coscienza, la libertà e la proprietà, riconvertirsi per *chiederne l’intervento* in sfere come il lavoro, sanità, istruzione, particolarmente interessante è la voce del filosofo, sociologo e economista austriaco VON HAYEK, il quale oppone i *diritti sociali* a quelli di *libertà*, e nega che i *diritti sociali* possano dirsi propriamente “diritti”. Secondo il suo slogan: “non si può andare dal giudice a chiedere il rispetto del proprio diritto al lavoro”⁴⁰, perché “se davvero si potesse andare a chiedere un lavoro a un giudice o a un funzionario statale, non vivremmo più in una società libera, ma in uno stato totalitario”⁴¹. BARBERIS avversa fermamente la tesi di HAYEK

³⁵ *Ibidem*, 145.

³⁶ Secondo l’attacco tematico al problema espresso in T. MAZZARESE, *Minimalismo dei diritti: pragmatismo antiretorico o liberalismo individualista?*, in *Ragion Pratica*, 2006.

³⁷ L. BACCELLI, *Ex parte populi. Per una teoria impura dei diritti*, in *Ragion Pratica*, 2008, *passim*.

³⁸ F. POGGI, *Brevi osservazioni sulla retorica dei diritti*, in *Ragion pratica*, 2008, *passim*.

³⁹ M. BARBERIS, *cit.*, p. 155.

⁴⁰ F.A. VON HAYEK, *Giustizia e diritti individuali*, in ID., *Legge, legislazione e libertà*, Milano, 1989, citato, al proposito, da BARBERIS, *cit.*, 173.

⁴¹ M. BARBERIS, *cit.*, p. 174.

segnalando che soprattutto storicamente la pretesa dicotomia tra diritti sociali e diritti di libertà sarebbe insostenibile, perché

“le dichiarazioni novecentesche dei diritti sociali seguono, non precedono, l'intervento statale iniziato dallo stato liberale ottocentesco [...]. Il passaggio dai diritti di libertà ai diritti sociali rappresenta un'altra metamorfosi dei diritti: benché certo minore di quella prodottasi con il passaggio dai *rights* degli inglesi ai diritti pubblici soggettivi tedeschi. Evolvendo da diritti di libertà in diritti sociali, i diritti cambiano funzione: anche se non è detto che cambino struttura. I diritti sociali, comunque, restano diritti: non pretese morali come quelle alla solidarietà, all'amicizia o all'amore che non possono garantirsi in forma giuridica. Questa ulteriore evoluzione dei diritti, semmai, mostra che il successo di tale istituto giuridico è dovuto alla sua essenziale duttilità; i diritti si prestano a chiedere l'adempimento di qualsiasi pretesa che possa essere soddisfatta giuridicamente: ciò in cui consiste il loro pregio e il loro limite maggiore [...]”⁴².

A questa posizione si aggiunge la conferma di FERRAJOLI⁴³, per il quale non è affatto impossibile individuare e praticare forme di tutela giurisdizionale dei diritti sociali, che infatti si sono andate sviluppando nel recente passato.

Di tutt'altro avviso, e in questo senso in linea con HAYEK, sembrano invece ZOLO⁴⁴ e BACCELLI⁴⁵, secondo cui, nell'ambito della discussione se i diritti di ultime generazioni (diritti sociali, economici, culturali, ambientali, biologici) possano venire qualificati come “diritti”, i diritti sociali identificherebbero in realtà

“opportunità condizionali” la cui soddisfazione è legata alla la cui soddisfazione è legata alle disponibilità di risorse ed alle scelte politiche contingenti. In base a questa tesi ai diritti sociali non corrispondono “prestazioni proceduralmente definite, stabili e uniformi per tutti i cittadini”. Essi configurano aspettative a prestazioni pubbliche che consumano ingenti quantità di risorse e la definizione del loro contenuto dipende dalla disponibilità di un budget adeguato, dagli equilibri di forze risultanti dai conflitti sociali, dalle scelte discrezionali dell'amministrazione. D'altra parte, se venissero garantiti oltre una soglia “minima”, se venissero “presi sul serio”, i diritti sociali diventerebbero incompatibili con l'economia di mercato e le sue regole. E, in ultima analisi, i diritti sociali non sono azionabili in giudizio: un disoccupato non si può rivolgere ad un giudice perché è stato negato il suo diritto al lavoro, come lo potrebbe fare un titolare di determinate libertà civili o di specifici diritti politici”⁴⁶.

B) In secondo luogo, BARBERIS segnala un'altra discussione intorno alla genesi, vita e all'evoluzione dei diritti, gravida non tanto di risultati teorici quanto di conseguenze pratiche, e in particolare in grado di caratterizzare il discorso sul momento interpretativo-applicativo di questi. Riferendosi allo scontro tra dottrine che definisce *monoteiste* e *politesite* dei diritti, allude proprio a una delle questioni che con questa ricerca si pongono sul tappeto: il dialogo tra quelle teorie per le quali i diritti costituiscono un sistema normativo ordinato logicamente e retto da un

⁴² *Ivi*, 176.

⁴³ L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, Roma-Bari, 2008, citato a più riprese da L. BACCELLI, *Ex parte populi. Per una teoria impura dei diritti*, in *Ragion Pratica*, 2008, *passim*

⁴⁴ In *La strategia della cittadinanza*, in D. ZOLO (a cura di), *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*. Roma-Bari, 1994, *passim*.

⁴⁵ L. BACCELLI, *Ex parte populi. Per una teoria impura dei diritti*, in *Ragion Pratica*, 2008, *passim*.

⁴⁶ *Ivi*, p. 351.

principio fondamentale, e quelle per cui “i diritti sono solo un arsenale di ragioni i cui rapporti reciproci non sono affatto logico-deduttivi bensì meramente argomentativi, dialogo simboleggiato dalla polemica tra HABERMAS⁴⁷ e ALEXY⁴⁸. Nella polemica con ALEXY, HABERMAS sosteneva infatti che se si fosse riconosciuto ai diritti fondamentali anche la natura di *principio* (e non solo di *regola*), il conseguente essere essi soggetti al bilanciamento avrebbe diminuito la loro forza normativa, venendo essi degradati fatalmente al rango di meri fini, programmi e valori. Questo perché non vi sarebbe alcun criterio razionale per il bilanciamento⁴⁹.

Più in generale, sottolinea BARBERIS,

“mentre la teoria dell’interpretazione costituzionale è spesso monotesita, rivendicando unitarietà e coerenza della disciplina [...] la pratica delle corti costituzionali internazionali e comunitarie è ormai spiccatamente politeista”. In questo senso, prosegue, si “tende a vedere il futuro dei diritti come un processo interminabile di determinazione, specificazione e concretizzazione, che non produrrebbe mai gerarchie stabili; ricorrendo a strumenti quali il bilanciamento caso per caso tra diritti configgenti, le corti produrrebbero continue revisioni dei rapporti tra i diritti, condannandoli a restare eternamente fluidi: non si potrebbe mai escludere che il diritto oggi considerato prevalente su un altro domani non possa soccombere”⁵⁰.

Questa *querelle* storico-applicativa, - così impostata da BARBERIS - ci interessa perché riecheggia per certi versi, più in generale, la *vexata quaestio* “storico-teorica”⁵¹ della “fondazione dei diritti fondamentali”⁵², che a partire da ALEXY entrò in Italia con HABERMAS, BOBBIO e FERRAJOLI -e il dibattito che ne scaturì, volta a incasellare la *quaestio* sulla collocazione dei diritti fondamentali in un’ottica giuspositivistica o piuttosto giusnaturalistica. Più precisamente, infatti, si tratterebbe di riconoscere ai diritti fondamentali una matrice positiva, e quindi di intenderli oggetto di una descrizione solo storica del loro concreto svolgersi in norme di legge formale positive “non di rado incoerenti e contrastanti, negatrici degli stessi principi

⁴⁷ Secondo cui, poiché il diritto viene considerato prima di tutto il *medium* comunicativo e di integrazione tra i consociati, vi sarebbe un nesso evidente tra autonomia privata e autonomia civico-pubblica e correlativamente quindi il diritto si renderebbe permeabile ai valori morali. Sia diritto che morale, poi, sarebbero retti da un medesimo principio, quello “del discorso” “*D*”, da cui discende il principio di universalizzazione “*U*”, altrettanto presente in entrambe le discipline. Mentre nella morale il principio *D* si coniuga con il principio *U*, al contrario nella formulazione delle norme giuridiche il principio *D* si nutre di apporti pragmatici non necessariamente morali. In ogni caso, i diritti fondamentali sono giuridici, non morali e contribuiscono all’intesa teorizzata da HABERMAS solo se si postula il *diritto fondamentale di azionabilità giudiziaria degli stessi*: i diritti fondamentali attribuiti dall’ordinamento ma privi di tutela giurisdizionale e non solo, sarebbero diritti inesistenti. (L. DI CARLO, *Legittimità del diritto e diritti fondamentali in J. Habermas*, in *Teoria Politica*, 2/2007, 25 ss.; J. HABERMAS: *Fatti e norme. Contributi ad una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Milano 1996, *passim*; ID., *Teoria dell’agire comunicativo*, Bologna 1986, *passim*; ID., *Morale, diritto, politica*, Torino 2001, *passim*).

⁴⁸ Cfr. R. ALEXY, *Diritti fondamentali, bilanciamento, razionalità*, in *Ars interpretandi*, XII/2007, *passim*.

⁴⁹ R. ALEXY, *Ult. Op. cit., Ibidem*.

⁵⁰ M. BARBERIS, *cit.*, p. 184.

⁵¹ Secondo la ricostruzione di E. VITALE, *Sulla fondazione dei diritti fondamentali*, in *Teoria Politica*, II, 2000, p. 37.

⁵² Secondo l’espressione di E. VITALE, *cit.*, *passim*.

da cui dovrebbero logicamente discendere”⁵³, oppure di considerarli frutto di deduzione razionale dalla natura delle cose.

FERRAJOLI, la cui teoria tanto dibattuto ha sollevato, sembra assumere una posizione di compromesso, invero rivoluzionaria, secondo cui occorre muovere dal principio di stretta legalità (o legalità sostanziale) ossia con la sottomissione anche della legge ai vincoli non solo più formali ma sostanziali imposti dai *principi* e dai *diritti* fondamentali espressi dalle costituzioni⁵⁴. In questo senso cerca di farsi carico di un diritto che faccia i conti con il diritto secondo ragione, e che, in definitiva, combini in un certo senso il positivismo con il giusnaturalismo in cui la

“*recta ratio* applicata al diritto, ossia la teoria giuridica consente di pretendere [...] la coerenza tra quei principi e i sistemi giuridici che li hanno incorporati come norme vincolanti, cioè la rimozione delle antinomie e il superamento delle lacune generate, le une per commissione e le altre per omissione, dalle loro violazioni o inadempienze da parte dei pubblici poteri”⁵⁵.

Rassegnate sin qui le principali teorie sulla nascita e sulla vita dei diritti utili ai nostri fini, possiamo occuparci delle teorie sulla struttura e sul contenuto degli stessi.

1.2 Le teorie strutturali: la teoria analitica degli status nell'ambito dei diritti pubblici soggettivi di JELLINEK

Stando ad ALEXY, i diritti fondamentali, pur singolarmente intesi sono un fascio unitario di tutela di più posizioni soggettive (interessi, pretese, aspettative, facoltà) di differente contenuto, di cui è portatore l'individuo-cittadino-titolare-soggetto di diritto⁵⁶. Nell'ambito dell'approccio dogmatico-positivista e normativista otto-novecentesco, JELLINEK, desideroso di applicare la teoria valida per gli *status* civilistici⁵⁷, ha tentato di distinguere in via del tutto astratta e dogmatica le situazioni soggettive pubbliche del titolare del diritto fondamentale, mettendole *in relazione con* l'interlocutore principale, ad un tempo destinatario e garante della realizzazione delle stesse in capo al cittadino: *lo Stato-persona*.

Nel nostro *excursus* teorico queste assumono particolare valore perché preparano e chiariscono le dottrine successive che, sulla base di questa, hanno costruito il sistema di relazioni rinvenibili tra i soggetti implicati in relazioni giuridiche tutelate (perché portatrici di posizioni iusfondamentali) e lo Stato. Queste stesse relazioni in seguito ci saranno di aiuto nel distinguere le posizioni introdotte da norme qualificabili come “diritti”, da quelle qualificabili come “principi”. Considerando infatti le caratteristiche dei “diritti”, (intesi dalla Carta come norme

⁵³ *Ivi*, p. 37.

⁵⁴ L. FERRAJOLI, *Quali sono i diritti fondamentali?* in E. VITALE, (a cura di), *Diritti umani e diritti delle minoranze*, Torino, 2000, *passim*.

⁵⁵ L. FERRAJOLI, *I diritti fondamentali nella teoria del diritto*, in *Teoria Politica*, I, 1999 citato da E. VITALE, *cit.*, p. 38.

⁵⁶ R. ALEXY, *Teoria de los derechos fundamentales*, *cit.*, p. 247.

⁵⁷ Come ricorda M. BARBERIS, *Europa del diritto*, p. 168 ss.

regolative e giustiziabili⁵⁸), e dei “principi” (intesi come criteri solo orientativi e interpretativi⁵⁹), dovremmo domandarci se, a fronte di posizioni genericamente qualificabili come “pretensive”, corredate di poteri specifici ed effettivi di esigere, o idonee di per sé stesse a generare obblighi o divieti nei confronti di terzi, possa associarsi una possibile giustiziabilità e quindi una natura specificamente regolativa (di “diritto”); oppure, se prive del potere di ingenerare un correlativo deontico, possano ravvisarsi esempi di norme “di principio”, solo parametriche o programmatiche, in definitiva partecipi di un diverso tipo di logica, non applicativa ma magari di indirizzo e ponderazione.

Seguendo la ricostruzione della teoria di JELLINEK⁶⁰ data da ALEXY⁶¹, si distinguono quattro diversi *status*, intendendo con questo termine una condizione dell’individuo di relazione con lo Stato che lo qualifica e caratterizza nel suo “essere” (non nel suo “avere”) e a si cui ricollegano, per un’esigenza prima di tutto logica, e poi giuridica, un fascio di diritti: 1) *status activus* o stato di cittadinanza attiva, 2) *status passivus* o *status subjectionis*, 3) *status positivus* o *status civitatis* e 4) *status negativus* o *status libertatis*.

Lo *status passivus* o *status subjectionis* indica la situazione di soggezione del cittadino-suddito, (cui spettano solo doveri od obblighi e nessun diritto), rispetto al sovrano, legittimato a esercitare potestà nei suoi confronti. Questa condizione del cittadino è astratta, perché consiste in un fascio di possibili azioni. Essa acquista dunque rilevanza e contenuto a seconda delle modalità deontiche che lo integrano e che incombono sul suddito: variamente obblighi o divieti. Lo *status negativus* o *status libertatis* consiste invece in una sfera di libertà attribuita al titolare, opponibile all’ingerenza di ogni *imperium* esterno o statale. All’interno di questa, ciò che si compie è, dunque, irrilevante per lo Stato: né oggetto di obblighi né di divieti, né ancora di particolari tutele; quindi, in definitiva, *permesso* e *non protetto*. *Status passivus* e *status negativus* intrattengono dunque reciprocamente un rapporto di opposizione e reciproca alternatività, dal momento che tutto ciò che non è né imposto né vietato è semplicemente permesso, e così il contrario. Per questo tutte le azioni che non sono né ordinate né vietate ad un individuo attengono alla sua sfera di libertà, quelle invece che lo fossero, alla sua sfera di obbligazioni, e, conseguentemente, qualsiasi ampliamento dell’ambito di obbligazioni incumbenti sull’individuo andrebbe a ridurre l’ambito libertario.

Da questi *status*, JELLINEK deriva logicamente diritti pubblici soggettivi. In particolare, egli sostiene che diritti pubblici soggettivi “si fondino”, siano “legati indissolubilmente” e “sorgano” automaticamente dagli *status*. Afferma dunque che lo *status negativus* o *libertatis* genera diritti a non essere turbati nell’esercizio della libertà stessa. In particolare, con RUPP⁶², sostiene che lo *status negativus*, ad

⁵⁸ Cfr. art. 51 co. 1 e ricavabile *a contrario* dall’art. 52 co. 5 della *Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea*.

⁵⁹ Cfr. art. 51 co. 1 e 52 co. 5 della *Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea*.

⁶⁰ Contenuta nella celebre opera *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Tübingen, 1905.

⁶¹ A cui è dedicato l’intero capitolo quinto della *Teoria de los derechos fundamentales*, cit.

⁶² H. H. RUPP, *Grundfragen der heutigen Verwaltungslehren. Verwaltungsnorm und Verwaltungsrechtsverhältnis*, Tubinga, 1991, *passim*.

esempio, consisterebbe in una *situazione delimitata* da un fascio di doveri di astensione dell'amministrazione.

ALEXY critica questo passaggio definendolo fallace dal punto di vista strettamente *logico*⁶³: una libertà di per sé, se enunciata ma non espressamente protetta dal diritto, che si estrinsechi o meno è giuridicamente indifferente e irrilevante, e quindi non può generare di per sé un diritto a qualcosa, tantomeno un diritto al non vedersi impedire ciò che è permesso. Il passaggio è invece legittimo sotto il profilo *teleologico e funzionale*: per realizzare una sfera di libertà nel modo più certo possibile, si rivela necessario proteggerla attraverso diritti al non impedimento o non eliminazione della stessa.

Nello *status positivus* è collocato l'individuo a cui *lo Stato riconosce la capacità giuridica* di invocare a sé i poteri dello Stato per raggiungere certi obiettivi meritevoli di tutela o modificare la realtà giuridica circostante in funzione delle sue pretese personali; in poche parole: la *capacità* di esigere prestazioni positive dallo Stato⁶⁴. In questo senso è speculare allo stato negativo, poiché questo stato in astratto implicherebbe diritti del cittadino e correlativamente obblighi in capo allo Stato. Tuttavia, come per lo stato negativo, vale la caratteristica che questa condizione è solo astratta: non è possibile, cioè, di per se stesso, desumere in pratica, dal fatto che al cittadino sia attribuita tale *capacità di richiedere* prestazioni, se in capo allo Stato sussista un *obbligo* o una *libertà* di erogarle e quindi una modalità deontica precisa. Si tratta qui di riconoscere che allo stato positivo del cittadino non necessariamente debba corrispondere uno stato passivo dello Stato, e che uno stato positivo non debba necessariamente consistere in un *diritto a qualcosa*.

Inoltre dovrebbe chiedersi se la pretesa al non impedimento tipica dello stato negativo, in quanto pretesa, afferisca al presente *status* positivo piuttosto che a quello negativo di libertà. Infatti, tecnicamente, seppur riferita ad un non impedimento (fare negativo, un non fare) la pretesa potrebbe avere ad oggetto non solo *omissioni* da parte dello Stato, ma *anche azioni positive volte al non impedimento*. ALEXY definisce il dilemma risolvibile solo assumendo un'ulteriore distinzione che vede lo stato positivo inteso in senso ampio (che comprenda anche le pretese ad azioni negative, o omissioni) e in senso stretto (pretese a sole prestazioni attive).

Lo *status activus*, infine, prevede che all'individuo siano riconosciute certe *capacità che rendono l'individuo stesso in grado di incidere* con i propri atti, *sulla volontà statale* (ad es.: diritto di voto, partecipazione politica in genere).

I.3 La teoria analitica delle situazioni giuridiche soggettive di HOFELD.

Nell'ambito delle teorie formaliste, HOFELD⁶⁵ con la sua opera, legata all'impostazione analitica ma di fatto precorritrice del realismo statunitense, offre

⁶³ R. ALEXY, *Teoria de los derechos fundamentales*, cit., pag. 254.

⁶⁴ R. ALEXY, *Teoria de los derechos fundamentales*, cit., pag. 256.

⁶⁵ Ci riferiamo alla prima esposizione pubblica di W. N. HOFELD: *Some fundamental legal conceptions as applied in Judicial Reasoning*, in *Yale Law Journal*, 1913; ora raccolto in lingua italiana, per consiglio di BOBBIO in M. G. LOSANO (a cura di), W. N. HOFELD, *Concetti giuridici fondamentali*, Torino 1969.

una griglia conoscitiva dei rapporti intersoggettivi che si instaurano a seconda delle posizioni giuridiche fondamentali, e elabora una teoria sui legami logici rinvenibili nelle relazioni giuridiche. HOHFELD segnala l'esigenza di chiarezza linguistica e concettuale intorno al termine "diritti" e prende le mosse della sua impostazione col chiarire il *significato* di "diritto" e introducendo la correlazione tra "diritto" e "dovere", precisazioni utili anche nel nostro intento definitorio.

Primariamente HOHFELD parte dalla considerazione che il termine "diritto" ha più significati. HOHFELD ne distingue quattro, e, per ciascuno ricorre ad un termine che ne indichi la differente accezione. "Diritto" è dunque un termine deittico che fondamentalmente può significare i seguenti quattro tipi di posizioni fondamentali:

- a) posizione di *pretesa* o *diritto in senso stretto* (*right*);
- b) posizione di *privilegio* (*privilege*);
- c) posizione di titolarità di un *potere, competenza o potestà* (*power*);
- d) posizione di *immunità* (*immunity*).

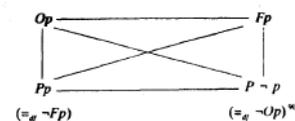
Per quanto concerne specificamente il sistema delle pretese (quelle che MORITZ⁶⁶ chiama *claims*), vale a dire dei "diritti a qualcosa", HOHFELD concepisce i diritti come relazioni triadiche tra il *titolare* del diritto, un *destinatario* e un *oggetto* del diritto e sembra anticipare formalisticamente la schematizzazione che sarà propria delle modalità deontiche fondamentali⁶⁷, in pratica collocando le posizioni soggettive nel più ampio "modello del comando" tipico delle prescrizioni normative⁶⁸.

Per dirla con MORITZ, se è vero infatti che le norme giuridiche, e al loro interno la *species* delle *regole*, vanno intese come imperativi, "le relazioni esistenti tra imperativi devono manifestarsi anche negli imperativi giuridici. Se vi è un imperativo, vi è o vi sono anche uno o più soggetti vincolati dal comando. Per esempio se vi è l'imperativo "non compiere l'azione "A", allora è vero il giudizio che l'azione "A" è vietata, e così via. [...] Se si concepiscono le norme giuridiche come imperativi è possibile pronunciare giudizi su di esse, così come è possibile in generale pronunciare giudizi su imperativi. [...] Se le norme giuridiche vengono trattate in questo modo [...] si applica loro il modello del comando, ovvero che esse vengono interpretate con l'aiuto del modello del comando"⁶⁹.

Nell'ambito delle "situazioni pretensive" (*claims*), la dottrina di HOHFELD fornisce una spiegazione in termini logico-formali utile alla nostra ricostruzione quando teorizza che i primi quattro concetti, oltre a indicare posizioni soggettive

⁶⁶ M. MORITZ, *Appendice: il sistema hohfeldiano dei concetti giuridici fondamentali*, in M. G. LOSANO (a cura di), W. N. HOHFELD, *Concetti giuridici fondamentali*, Torino 1969, *passim*.

⁶⁷ Come è noto, secondo la teoria fondamentale introdotta da VON WRIGHT, *Deontic logic*, 1951, le modalità deontiche predicabili per una certa condotta "a" sono: "obbligatorio" ("o"), "permesso" ("p"), "vietato" ("F") e le note correlazioni che tra queste possono desumersi sono: $Oa = \text{non } P \text{ non } a$; $Fa = \text{non } P a$; $P a = \text{non } F a$; ma anche $Pa = \text{non } O a$. Le relazioni tra le tre modalità deontiche danno quindi origine ad un quadrato di negazioni così schematizzabile:



⁶⁸ M. MORITZ, *Appendice: il sistema hohfeldiano dei concetti giuridici fondamentali*, in M. G. LOSANO (a cura di), W. N. HOHFELD, *Concetti giuridici fondamentali*, Torino 1969, *passim*.

⁶⁹ *Ibidem*, 164.

intendono o, più suggestivamente “generano”, vere e proprie relazioni logiche e giuridiche (intersoggettive) di *opposizione* o *correlazione*. con altri quattro concetti fondamentali, quali:

- a) la posizione di *dovere*;
- b) la posizione di *non-diritto*;
- c) la posizione di *soggezione*;
- d) *l’incapacità, non legittimazione o inidoneità*.

HOHFELD porge qui essenzialmente la prospettiva *relazionale e logico-giuridica* con la quale leggere il rapporto *tra titolarità di una posizione fondamentale di pretesa e conseguente esigibilità o meno della sua realizzazione* concreta ed effettiva. Quindi, in definitiva, imposta la questione delle istanze fondamentali pretensive in termini “deontici” (*ante litteram*) e di giustiziabilità intersoggettiva.

Ai fini dell’indagine, questa dottrina è utile per riconoscere, tra le istanze proclamate nella Carta, quelle che logicamente danno origine *ex se* a pretese intersoggettive (e che quindi devono necessariamente dirsi giustiziabili, e nel linguaggio della Carta, regole istitutive di diritti in senso stretto) da quelle che si limitano a riprodurre, in termini descrittivi, un atto di mero riconoscimento di un diritto senza però fondarne la giustiziabilità (istanze fondamentali introdotte, secondo il linguaggio della Carta, da norme di mero “principio”, utili solo ai fini interpretativi).

In questi termini, quelle che HOHFELD chiama e identifica come *opposizioni* sono le negazioni reciproche di posizioni fondamentali, essenzialmente le seguenti:

- a) diritto (pretesa) – non diritto;
- b) privilegio – dovere;
- c) potere o capacità – incapacità;
- d) immunità – soggezione.

In queste quattro relazioni, i termini che figurano riproducono posizioni fondamentali in relazione di reciproca esclusività e opposizione, riferibili ad esse stesse di per sé come alle condotte a loro associabili, così come “il *privilegio di entrare* è la *negazione del dovere restare fuori*”.

Le *correlazioni* sono invece i rapporti che si instaurano tra le seguenti coppie:

- a) diritto (pretesa) – dovere;
 - b) privilegio – non diritto;
 - c) potere – soggezione;
 - d) immunità – incapacità
- così schematizzabili graficamente.



Come riporta AZZONI⁷⁰, in ognuna delle ultime quattro relazioni diadiche, il primo termine designa la posizione giuridica di un primo soggetto nei confronti di un secondo soggetto, mentre il secondo termine designa la posizione giuridica (correlativa alla prima) del secondo soggetto nei confronti del primo soggetto.

Per fare gli esempi tratti da HOHFELD:

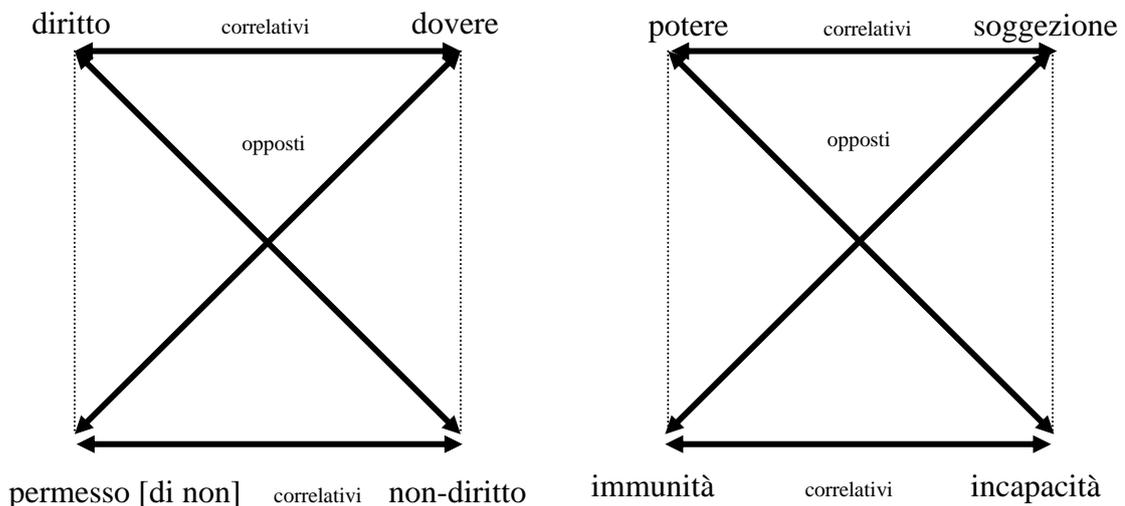
⁷⁰ In G. P. M. AZZONI, *Gli universali delle relazioni giuridiche*, in L. LOMBARDI VALLAURI (a cura di), *Lógos dell’essere, lógos della norma*, Bari, 1999, *passim*.

- a) “se X ha il diritto che Y stia fuori dalla sua terra, il correlativo (ed equivalente) è che Y ha il dovere verso X di starne fuori”;
- b) “se X ha avuto da Y, proprietario di un’insalata di gamberetti, il permesso di mangiarla, Y non ha il diritto di impedire a X di mangiarla;
- c) al potere dell’oblato di accettare l’offerta corrisponde la soggezione dell’offerente;
- d) X, proprietario terriero, è immune dagli atti di alienazione della sua proprietà operati da Y e, correlativamente Y è incapace di alienare la proprietà di X.

L’apporto specifico di HOHFELD al dibattito sui diritti di pretesa (*claims*), come sottolinea ALEXY⁷¹, consiste nel fatto che prepara la formalizzazione in termini deontici delle proposizioni pretensive. Parafrasando AZZONI, possiamo infatti dire che HOHFELD ritiene che i suoi otto concetti fondamentali non siano strutturalmente omogenei e che, in particolare, si articolino in due sotto-insiemi nettamente distinti: un primo sotto-insieme di quattro concetti pretensivi che sono “deontici” e un secondo sotto-insieme di quattro concetti solo “anankastici”, o meramente “costitutivi”.

I quattro concetti deontici sono: *diritto*, *dovere*, *permesso* e *non-diritto*; i quattro concetti anankastici sono: *potere*, *soggezione*, *immunità* e *incapacità*. Né i concetti della prima tetradè sono definibili nei termini dei concetti della seconda tetradè, né i concetti della seconda tetradè sono definibili nei termini dei concetti della prima tetradè: interdefinibilità vi è solo all’interno delle due tetradi.

Schematicamente, quindi i due insiemi non sono comunicanti: possiamo immaginare dunque un quadrato di concetti “deontici” e un quadrato di concetti anankastici.



Nel quadrato “deontico” di sinistra, la relazione tra *diritto* e *dovere* e la relazione tra *permesso* e *non-diritto* indicano il modo in cui questi concetti/posizioni fondamentali si pongono nell’esperienza giuridica vincolandosi reciprocamente; mentre la relazione tra *diritto* e *non-diritto* e la relazione tra *dovere* e *permesso* non

⁷¹ R. ALEXY, *Teoria de los derechos fundamentales*, cit., pag. 204.

rinviano a relazioni giuridiche, ma individuano un mero rapporto *semantico* tra i concetti e, precisamente, un rapporto di reciproca esclusione e opposizione, o di negazione (secondo tale rapporto semantico il diritto è l'opposto del non-diritto e il dovere è l'opposto del permesso).

Se consideriamo ogni concetto deontico e proviamo a definirlo, potremo farlo nei termini di ognuno degli altri tre dello stesso insieme (ad es: *diritto* è: 1) sia correlativo di *dovere*; 2) sia opposto di *non-diritto*; 3) sia opposto del correlativo del “*permesso di non*”), mentre nessuno dei quattro concetti deontici può, secondo HOHFELD, rendere la specificità dei concetti anankastici.

Analogamente, nel quadrato anankastico di destra la relazione tra *potere* e *soggezione* e la relazione tra *immunità* e *incapacità* costituiscono due schemi per relazioni giuridiche concrete; mentre la relazione tra *potere* e *incapacità* e la relazione tra *soggezione* e *immunità* sono di natura semantica (il *potere* è l'opposto dell'*incapacità* e la *soggezione* è l'opposto dell'*immunità*).

Sempre analogamente ai concetti deontici, anche i quattro concetti anankastici si possono definire in termini di ognuno e uno solo di essi, mentre nessuno dei concetti anankastici può, secondo HOHFELD, rendere la specificità dei concetti deontici.

1.4 La teoria neocostituzionalista e argomentativa dei diritti fondamentali di ALEXY, la loro formalizzazione deontica e la loro giustiziabilità.

Nell'ambito di un approccio metodologico neocostituzionalista e argomentativo, come si è visto privilegiato nel corso del tempo nell'analisi della realtà (pluri-, inter-) ordinamentale insistente in Europa⁷², deve farsi riferimento alla dottrina di ROBERT ALEXY⁷³. Egli, nella sua celebre *Teoria dei diritti fondamentali* elabora una triplice partizione delle *posizioni* o situazioni *soggettive fondamentali* meritevoli di tutela.

Queste, che possono essere indicate come singoli aspetti, porzioni dei “diritti fondamentali”, sono introdotte da norme. I diritti, se intesi in senso stretto e tassativo, potranno dunque essere veicolati da *regole* (norme istitutive di relazioni intersoggettive) o, se intesi in senso ampio e comprensivo, da *principi* (norme di diritto oggettivo)⁷⁴. In quanto *regole*, parteciperebbero della logica applicativa del tutto o niente; in quanto *principi*, del bilanciamento (cfr. *supra*). Le norme istituenti relazioni inter-*soggettive*, inoltre, generano doveri relazionali che istituiscono correlativi deontici; ma un dovere *oggettivo* in capo allo Stato non implica

⁷²Cfr. la tesi fondamentale dell'opera di T. MAZZARESE (a cura di), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Torino 2002 e di G. ITZCOVICH, *Teorie e ideologie del diritto comunitario*, Torino, 2006.

⁷³ Riferibile ad un approccio neocostituzionalista-argomentativo secondo, ad esempio, M. BARBERIS, *Giuristi e filosofi. Una storia della filosofia del diritto*, Bologna 2004. Nuova ed. 2001, p. 234.

⁷⁴ R. ALEXY, *Diritti fondamentali, bilanciamento, razionalità*, in *Ars interpretandi*, XII/2007, 45.

automaticamente che vi sia un soggetto giuridico che a fronte di esso sia titolare di un diritto soggettivo in senso stretto⁷⁵.

I diritti fondamentali, intesi nel loro insieme, comprendono dunque un fascio di posizioni che, prese *in toto*, sostanziano il diritto soggettivo fondamentale nella sua unitarietà, ma si possono distinguere in: a) *diritti a qualcosa*, b) *diritti di libertà*, e c) *diritti che comportano l'attribuzione di poteri, legittimazioni o competenze*. ALEXY ne illustra le caratteristiche deontiche, giuridiche e argomentative.

Queste sistematizzazioni possono risultare molto utili ai fini del nostro lavoro. Come è stato osservato, lo schema di ALEXY è esportabile nel quadro delle posizioni tutelate dall'Unione, e, riferendosi a istanze o posizioni iusfondamentali generali *lato sensu* costituzionali, che trovano un referente normativo anche nella Carta dei diritti in esame⁷⁶, può aiutarci nella identificazione degli assetti delle posizioni ivi presenti.

Come può osservarsi dalla schematizzazione più avanti, la suddivisione che interessa le posizioni fondamentali si estrinseca nelle specificazioni seguenti.

<p>A) <u>Diritti a qualcosa</u></p> <ul style="list-style-type: none">-Diritti “di difesa”, “tutele”, cioè ad azioni <i>negative</i> (e <i>omissioni</i>) da parte dello Stato, di cui:<ul style="list-style-type: none">-Diritto a che <i>non</i> mi siano <i>impedite</i> certe azioni o condotte-Diritto a <i>non essere turbato</i> nell’esercizio della proprietà o nella titolarità di posizioni-Diritto a <i>non vedere estinta una mia posizione</i> di vantaggio -Diritti ad azioni <i>positive</i> da parte dello Stato (pretese), di cui:<ul style="list-style-type: none">-Diritti ad azioni positive fattuali (prestazioni)<ul style="list-style-type: none">- in senso ampio:<ul style="list-style-type: none">- diritto a protezioni- diritto a organizzazioni o procedimento- in senso stretto:<ul style="list-style-type: none">- diritti sociali-Diritto ad azioni positive normative (legiferazione) <p>B) <u>Diritti di libertà</u></p> <ul style="list-style-type: none">-Libertà <i>giuridicamente non protette</i>-Libertà <i>giuridicamente protette</i> <p>C) <u>(Diritti attributivi di) poteri, legittimazioni, capacità giuridiche o competenze</u></p> <ol style="list-style-type: none">1. Norme di <i>comportamento</i>2. Norme di <i>competenza</i>

A) Nell’ambito delle posizioni fondamentali, come si può notare, i *diritti a qualcosa* possono essere sia diritti ad *azioni negative* (ed allora sono diritti “di difesa”, tutele in senso stretto), che ad *azioni positive* (diritti alle cc.dd. prestazioni).

⁷⁵ R. ALEXY, *Teoria de los derechos fundamentales*, cit., pag. 475.

⁷⁶ L’operazione si rivela legittima come è stata esaustivamente e chiaramente dimostrato da J. SCHMIDT, *Die Grundsätze im Sinne der EU-Grundrechtecharta*, Tübingen, 2010, *passim*.

I “diritti di difesa” sono quelli che tendono a “garantire” lo *status quo* di una certa posizione di vantaggio, di un’istanza proclamata, o di esercizio di una condotta finalizzata alla sua realizzazione.

Le “prestazioni” comunemente intese sono invece quelle che ALEXY chiama *diritti ad azioni positive fattuali*, cioè la pretesa a vedersi attribuiti i *requisiti* di fatto, o ambientali, per godere di un certo “bene della vita”⁷⁷ o di una certa istanza proclamata.

Nel nostro intento è utile osservare la formalizzazione in termini di logica deontica delle relazioni intersoggettive che si instaurano sulla base del riconoscimento di queste posizioni-istanze. ALEXY concepisce i *diritti a qualcosa* come HOHFELD⁷⁸, strutturati cioè secondo una relazione triadica tra *titolare*, *destinatario* del diritto e *oggetto* del diritto. L’oggetto del diritto è sempre un’azione del destinatario⁷⁹.

Ai nostri fini si rivela particolarmente interessante il rapporto tra (oggetto del) diritto soggettivo (prevalentemente: un’azione, positiva o negativa che sia) e bene della vita/istanza sottesa proclamata in via oggettiva. Infatti, sia nei diritti ad azioni negative da parte dello Stato (tutele, non impedimenti), sia ad azioni positive (di prestazione-promozione) il riferimento della *tutela* o della *promozione* è sempre ad un bene o ad un’istanza proclamata oggettivamente. Nei casi migliori, la disposizione proclama l’istanza o bene della vita, accompagnandovi l’azione negativa o positiva prescritta volta a garantirne la realizzazione; talvolta invece la disposizione può limitarsi a constatarne o riconoscerne le mere esistenza o l’esigenza di tutela.

Come spiega ALEXY, un enunciato del tipo:

“Ogni persona ha diritto alla vita”
[cfr. peraltro art. 2 co. 1, Carta dei diritti fondamentali dell’UE]

non contiene un’azione specifica da realizzare o da pretendere per il titolare, ma solo l’oggetto (un bene, o istanza proclamata) che in questo caso è “la vita”.

Ora, un’enunciazione di questo tipo, “per semplicità”, non designa né alcun destinatario o “debitore” di un’azione, né tantomeno un contenuto di azione: può quindi avere come contenuto sia un *qualcosa*, sia una *libertà*, che un *potere*. Può, specificamente, estrinsecarsi sia in un diritto *negativo* alla vita (cioè un *diritto a non essere privato della vita per mezzo dello Stato*), come un diritto *positivo* alla vita, cioè un diritto a che lo Stato protegga la mia vita di fronte a qualsiasi intervento omicida di terzi. In questo risiede l’ambivalenza di una tale enunciazione, di fatto esprime il solo valore o l’istanza fondamentale di cui si constata, riconosce o proclama l’esistenza da proteggere (“la vita”) e in questo risiederebbe proprio

⁷⁷Utilizzando questa locuzione, invalsa oramai nel linguaggio giuridico (a partire dalla celebre sentenza Cass. SS.UU. n. 500/1999, Rel. Preden) per identificare un certo bene meritevole di tutela giuridica comunque sotteso ad una posizione soggettiva tutelata dall’ordinamento, che sia un diritto soggettivo perfetto o un interesse legittimo.

⁷⁸ cfr. *supra*, paragrafo precedente.

⁷⁹ R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pag. 187.

l'opportunità di dover distinguere tra un oggetto del diritto consistente in azioni positive o negative.

Bisogna osservare come l'*istanza proclamata* resta sempre sullo sfondo.

Per questo occorre distinguere. I *diritti ad azioni negative* consistono:

- nel *non impedimento* della realizzazione di una certa istanza proclamata;
- nel *non turbamento* dell'istanza (o del compimento di certe azioni che realizzano l'istanza) proclamata;
- nella *non estinzione* di una certa posizione personale di vantaggio preesistente incarnante un'istanza tutelata.

Sono, quindi, *tutele* dell'istanza proclamata e riconosciuta, ed aggiungono un'azione tutelare a (per) questa.

I *diritti ad azioni positive* sono, invece, *pretese* per se stesse meritevoli di tutela rivolte verso fini o obiettivi da conseguire, e precisamente:

- all'approntamento delle condizioni fattuali, ambientali e circostanziali per realizzare una certa istanza proclamata: quindi alla realizzazione di certe azioni favorevoli l'istanza stessa (es: dalle riforme strutturali alle sovvenzioni, prestazioni, assistenze) (diritti ad azioni positive fattuali)
- ad esplicite azioni di protezione (diritti di *protezione*) di un'istanza sottesa;
- all'approntamento delle condizioni normative (al "legiferare") perché sia realizzata una certa istanza proclamata.

Sono, in questo senso, rispettivamente, sia *prestazioni in senso stretto* nel primo caso⁸⁰, che *disposizioni programmatiche*, che cioè impongono o presuppongono una successiva legiferazione rivolta al fine preconizzato per realizzare l'istanza proclamata.

B) Il concetto di (*diritto di*) *libertà*, è definito da ALEXY "meno chiaro" e "più debole"⁸¹. Con riferimento a questa posizione fondamentale, infatti, ALEXY chiarisce che ci troveremmo, strutturalmente, al cospetto di una mera *possibilità* di realizzazione dell'oggetto stesso della libertà in favore del titolare⁸², possibilità che di fatto si traduce in una condotta indifferente in capo allo Stato-destinatario: né di obbligo di realizzazione, né di divieto di impedimento dell'oggetto della libertà del titolare. Inoltre, anche le libertà possono consistere in libertà affermative (libertà "di una azione": "*libertà di...*") e libertà negative ("libertà di alternativa di azioni": "*libertà di non...ma piuttosto di...*").

Le libertà *giuridicamente non protette*, infatti sono riducibili, dal punto di vista del destinatario, ad un mero "permesso", in favore del titolare, dell'esercizio dell'istanza sottesa alla libertà, ma allo stesso tempo non implicano né la doverosità di realizzarne il contenuto in capo allo stato, e né in favore del titolare, una doverosità dell'esercizio della stessa.

Per quanto riguarda le *libertà giuridicamente protette*, invece esse implicano il diritto, per il di loro titolare, a non essere ostacolato nell'esercizio della stessa, quindi generano un diritto ad una azione negativa che alla libertà si ricollega.

⁸⁰ R. ALEXY, *Teoria de los derechos fundamentales*, cit., pag. 193 ss.

⁸¹ R. ALEXY, *Teoria de los derechos fundamentales*, cit., pag. 210 ss.

⁸² R. ALEXY, *Teoria de los derechos fundamentales*, cit., pag. 218 ss.

C) I diritti a qualcosa e le libertà costituiscono comunque solo un segmento delle posizioni definibili “diritti”. Un terzo gruppo non meno importante è costituito infatti dalle posizioni che possono definirsi (*diritti al riconoscimento di-*) *poteri, competenze, capacità giuridiche, potestà, autorizzazioni o legittimazioni*, sia che siano in capo al titolare del diritto che a un soggetto terzo. In questo senso deve distinguersi tra “permessione” e “potere o competenza, potestà, legittimazione, capacità in senso giuridico”.

“Infatti, l’esercizio di queste ultime è generalmente permesso, ma un’azione permessa non necessariamente è esercizio di una competenza che produce una conseguenza giuridica. La differenza tra permessioni e competenze si mostra infatti nelle loro negazioni. La negazione di una permessione conduce a un divieto; quella della competenza a una incompetenza”⁸³.

Passando al profilo più strettamente logico-deontico, ALEXY, sulla base del quadrato deontico delle opposizioni⁸⁴ combinato con la teoria dei vincoli logico-deontici delle situazioni giuridiche soggettive di HOFELD⁸⁵, illustra come questi diritti possano configurare deonticamente e logicamente *relazioni giuridiche*⁸⁶, cioè coppie di correlative posizioni intersoggettive attivo-passive, cui dare concretamente ragione (vincolo logico) e *giustiziabilità* (vincolo giuridico).

In particolare, da un punto di vista logico:

- a fronte di un *diritto a qualcosa* riconosciuto ad un certo *titolare*; sussisterebbe, in capo al *destinatario*, un obbligo di attribuire la qual cosa al titolare stesso;
- a fronte di un diritto di *libertà* in capo a un titolare, qualora non sia espresso se munito di protezione giuridica o no, esso esprimerebbe una mera possibilità di realizzazione dell’istanza e quindi non sarebbe possibile desumere una prescrizione deontica in capo al destinatario, quindi né un obbligo né un divieto di agevolare la realizzazione;
- a fronte di un diritto (al riconoscimento di-)a un potere, competenza, autorizzazione legittimazione o potestà in capo ad un certo titolare, sussisterebbe uno *status* di *soggezione* del *destinatario*, vale a dire di idoneità della sfera giuridica di quest’ultimo ad essere modificata dall’esercizio (possibile, e non “obbligato”) della prima.

Dal punto di vista della esigibilità giuridica (giustiziabilità) di queste relazioni, deve derivarsi quindi logicamente quanto segue.

⁸³ R. ALEXY, *Teoria de los derechos fundamentales*, cit., p. 229.

⁸⁴ Secondo cui, come si è visto *supra*, nota 64, la modalità del “permesso” ricorre ben tre volte, attestandosi come modalità principale poiché figura sia come negazione del divieto dell’istanza, sia come negazione di un obbligo dell’istanza, sia concorre a definire la prescrittività stessa dell’istanza proclamata: questa infatti si risolve come “negazione del fatto che sia permessa la negazione dell’istanza stessa”. (in generale, cfr. *supra*)

⁸⁵ Cfr. *supra*, paragrafo precedente.

⁸⁶ R. ALEXY, *Teoria de los derechos fundamentales*, cit., pp. 201 ss.

Con riferimento all'ultimo tipo di posizione isufondamentale (*poteri o capacità, potestà, competenze*) deve dedursi che dal solo enunciato normativo che introduce il (diritto al) potere, sia desumibile una giustiziabilità circoscritta alla sola *garanzia della mera possibilità* di esercitarlo, e dell'*idoneità* del soggetto passivo a subirne le conseguenze, perché il potere di per sé implica solo possibilità di esercitarlo, ma non la sua doverosità. Non solo, ma la possibilità stessa potrà essere giustiziata solo se individualizzata e non riferita alla collettività, trasformandosi altrimenti in quest'ultimo caso in una troppo indiscriminata *pretesa ad approntamento di mezzi* (diritti a organizzazioni o procedimento, *infra*), che -come per le pretese attive cfr. *infra* - potrebbe sostanziarsi in un mero interesse legittimo.

Per il secondo caso (libertà), (*ad es.* libertà di manifestazione del pensiero) deve dedursi che il mero enunciato esprime la libertà, introducendo una mera "possibilità" di realizzazione dell'istanza/bene della vita a questa sottesa (manifestazione del pensiero), istituisce una relazione giuridica intersoggettiva definita solo se si tratta di una libertà giuridicamente protetta e, in quest'ultimo caso, in assenza di ulteriori specificazioni, può essere giustiziato l'associato diritto *negativo* al non impedimento della realizzazione dell'istanza oggetto della libertà stessa; non potrà invece essere giustiziato, ad esempio, il mancato *favor* verso lo stesso bene della vita oggetto della libertà o un presunto obbligo di approntamento di mezzi volti a realizzare l'istanza proclamata, ben potendosi il destinatario, ad esempio, limitarsi a *tollerare* l'effettivo esercizio della libertà del titolare. (Nell'esercizio del mio diritto di libertà di manifestazione del pensiero, non posso chiedere al giudice sovvenzioni per realizzare una pubblicazione multimediale, ma posso invece ricorrere se qualcuno mi impedisse di esprimermi con quella pubblicazione).

Con riferimento al primo caso dei "diritti a qualcosa" deve distinguersi invece *tra azioni positive o "prestazioni", e azioni negative o diritti "di difesa", "tutele"*.

Nei diritti ad *azioni negative* ("di difesa" o "di tutela"), sostanziandosi l'oggetto della pretesa in una *omissione o astensione da parte dello Stato* per garantire l'istanza sottesa, la giustiziabilità in favore del destinatario è aprioristicamente concepibile perché correlativamente al diritto all'azione negativa corrisponde un obbligo di *astensione* o di *non impedimento*. La giustiziabilità, quindi, si innesca automaticamente qualora si verifichi la violazione di tale obbligo e quindi il compimento di qualsivoglia atto neutro o impeditivo, da parte di qualsiasi soggetto agente terzo al titolare⁸⁷. In questo senso i diritti ad azioni negative impongono solo limiti allo Stato o ai soggetti destinatari, e nessun fine da raggiungere.

I diritti ad *azioni attive* o diritti "a prestazione", in realtà esprimono invece una pretesa lata, un'aspettativa al conseguimento di un *fine*, perché concernono la realizzazione di un certo bene della vita che si acquista solo nella misura in cui il destinatario può porne in essere le precondizioni per la realizzazione.

Insomma, sembra proprio che il dualismo appena accennato riproduca l'antica differenziazione civilistica tra diritto ad una prestazione "di mezzi" e diritto ad un mero "risultato".

⁸⁷ R. ALEXI, *Teoria*, 446.

In questo senso, i diritti ad azioni attive come sostiene ALEXY, sono opposti, contropartite dei diritti di difesa⁸⁸ perché presuppongono l'opposto che un'omissione da parte dello Stato: un attivarsi. L'oggetto delle prestazioni richieste può dunque essere sia una norma (di tutela, di organizzazione, di procedimento), un'azione, un fatto (un requisito) o un bene (denaro, sovvenzioni).

I diritti a prestazioni possono dividersi in 1) diritti a protezioni, 2) diritti a organizzazioni o procedimenti, 3) diritti a prestazioni in senso stretto. Queste posizioni avranno natura di diritti fondamentali e quindi trivalente (o trisoggettiva), se e solo se sono diritti di tipo *fondamentale* e *lato sensu costituzionale*. In quanto tali devono quindi essere distinti dai diritti soggettivi non costituzionali e dalle norme, pur costituzionali, che non conferiscono diritti soggettivi ma che sono di diritto oggettivo. Se quindi rivestono queste caratteristiche che li rendono ternari, secondo ALEXY potranno riprodurre relazioni deontiche e giustiziabili ancorché abbiano carattere di diritto solo *prima facie*, vale a dire, ancorché espressi in forma di principio. Infatti, carattere di principio e imponibilità perfetta sono per ALEXY conciliabili⁸⁹.

- i. Nello specifico, i *diritti a protezione* sono diritti, esercitabili nei confronti dello Stato, a che questo realizzi azioni positive, - fattive o normative -, che abbiano come oggetto la delimitazione delle sfere giuridiche individuali in condizioni di uguaglianza dei singoli. Secondo la ricerca di ALEXY, essi sarebbero formulati in modo oggettivo anche se la giurisprudenza del Tribunale costituzionale tedesco tenderebbe a darne un'interpretazione soggettiva⁹⁰, e proprio nella soggettivizzazione di questi si realizzerebbe il senso originario e permanente dei diritti fondamentali come tutele individuali, nella perfetta tradizione dell'individualismo. Questa precisazione ci sarà di estremo aiuto nei nostri sforzi distintivi perché i diritti a protezione condividono una serie di problemi con i diritti sociali fondamentali, diritti a prestazioni in senso stretto.

La differenza delle *protezioni* con i diritti negativi o *tutele* sta nel fatto che i primi sono diritti ad azioni positive, questi ultimi ad azioni negative. Inoltre, al contrario dei diritti negativi, in cui se vi è un divieto generale qualsiasi azione risulta vietata (ad es.: il divieto di uccidere implica anche *prima facie* la proibizione di qualsiasi azione di omicidio), nei diritti attivi non sono ordinate tutte le azioni e, - per continuare con l'esempio -, l'obbligo di protezione della vita non implica di per se stesso l'obbligo di qualsiasi azione di protezione. Ciò significa che il destinatario dell'obbligo di protezione ha un margine di movimento e di azione all'interno del quale può porre in essere liberamente condotte diverse per adempiere al suo mandato.

- ii. I diritti a organizzazione e procedimento costituiscono, per dirla con HÄBERLE, in una sorta di *status activus processualis*. Il loro contenuto è precisamente "la realizzazione e garanzia dei diritti fondamentali attraverso modelli organizzativi e procedurali", e dunque si estende dal diritto ad una *tutela giurisdizionale effettiva*, alla *certezza nella composizione organizzativa*

⁸⁸ R. ALEXY, *Teoria de los derechos fundamentales*, cit., p. 427.

⁸⁹ *Ivi*, 431.

⁹⁰ *Ivi*, 438.

degli organi investiti di poteri rilevanti, passando per il *diritto alla vigenza di norme di diritto privato* necessarie per apprestare tutela nei rapporti interprivati alla posizione fondamentale sottesa.

Il problema della loro giustiziabilità deriva da come si intenda la loro struttura. Infatti, oltre alla distinzione tra norme soggettive e oggettive, (per cui le prime generano doveri relazionali che istituiscono correlativi deontici; e le seconde, ancorché addossanti un dovere oggettivo in capo allo Stato non implicano automaticamente che vi sia un soggetto giuridico che a fronte di esse sia titolare di un diritto soggettivo in senso stretto⁹¹), occorre distinguere se le ragioni giustificatrici di questi diritti procedurali riguardino il singolo in quanto tale, o piuttosto la collettività: solo nel primo caso avremmo infatti una tutela individuale, nel secondo una oggettiva, di principio.

iii. I diritti *a prestazioni in senso stretto* sono quelli che ALEXY chiama diritti fondamentali *sociali*: lavoro, assistenza, previdenza, sanità, educazione⁹². ALEXY opera, al loro interno, una plurima distinzione. Essi possono essere esplicitamente statuiti (espresi), o desumibili interpretativamente (inespressi). I primi sono molto peculiari. Per definirli dal punto di vista teorico, occorre dividerli secondo la loro struttura e contenuto. Può trattarsi di i) norme che conferiscono diritti soggettivi, o norme che obbligano lo Stato solo oggettivamente nel senso detto poco sopra; ii) possono essere vincolanti o non vincolanti; iii) possono essere principi o regole. Il fatto stesso dell'esistenza di questa varietà mostra, secondo ALEXY, che nell'ambito dei diritti sociali fondamentali la problematica della loro esistenza e congenza (giustiziabilità) non può trattarsi come una questione di "tutto o nulla", ma deve essere affrontata con la logica di principi, ovvero l'argomentazione e il bilanciamento⁹³. Seguendo dunque il metodo argomentativo, può osservarsi che:

A) gli argomenti *a favore* dell'esistenza di diritti fondamentali sociali sono quelli basati sulla libertà dell'individuo di svilupparsi e realizzarsi in pienezza, e di esigere le condizioni perché questo avvenga;

B) le *obiezioni* più importanti invece sono di tipo
- *formale*, secondo cui:

a. se i diritti fondamentali sociali fossero vincolanti, la loro giustiziabilità ultima -che quindi sarebbe costituzionale – sposterebbe l'asse della politica sociale dalla sovranità popolare-parlamentare alle potestà giurisdizionali della Corte costituzionale, e ciò non è ammissibile;

b. i diritti fondamentali sociali hanno una giustiziabilità ridottissima, perché hanno un contenuto impreciso e generalissimo, o meglio i tribunali competenti a giustiziarli giustiziano prima di tutto dei contenuti che sono già stat

- e di tipo *materiale*, secondo cui:

a. le norme costituzionali e i diritti fondamentali non sarebbero comparabili tra loro e quindi, al contrario sono destinati quantomeno

⁹¹ R. ALEXY, *Teoria de los derechos fundamentales*, cit., pag. 475.

⁹² R. ALEXY, *Teoria*, cit, 482.

⁹³ R. ALEXY, *Teoria*, cit, 486.

a collidere (*normenkollision*). Significativo è ad esempio il caso di collisione inevitabile tra

- i. diritti fondamentali e diritti di libertà di altri titolari nell'ambito del diritto al lavoro: infatti, in un'economia di mercato lo Stato dispone in forma diretta solo limitatamente dell'oggetto del diritto (al lavoro, nell'esempio) e quindi potrà permettere la realizzazione di questo diritto solo nella misura in cui i titolari effettivi di questo bene, cioè i datori privati, ne dispongano;
- ii. diritti fondamentali e diritti di libertà in capo allo stesso titolare (basti pensare che il diritto al lavoro implica, in capo al lavoratore anche dovere di lavorare, a cui però lo Stato può rinunciare per dare lavoro al numero più alto possibile di cittadini);
- iii. diritti fondamentali sociali e altri diritti fondamentali, beni collettivi, o interessi giuridici come l'ambiente o la difesa del Paese.

Come affrontare, dunque, il problema della natura dei diritti fondamentali sociali? La soluzione proposta da ALEXY è quella che tenga di conto e combini sia i *pro* che i *contra*, e che in definitiva riconosca che questi sono posizioni che, dal punto di vista del diritto costituzionale, sono troppo importanti da poter essere lasciati nella loro attuazione alla semplice maggioranza parlamentare. Dunque, la questione va impostata come ponderazione in termini di *principi*⁹⁴. In particolare, deve concludersi che, in un'ottica di bilanciamento degli opposti argomenti calati nel caso di specie, l'individuo è titolare di un diritto definitivo a una prestazione quando il principio di libertà fattuale sottostante nel caso sottoposto, ha un peso maggiore che i principi formali e materiali opposti⁹⁵.

Debitamente fatte queste specificazioni, deve infine distinguersi, in generale, se l'oggetto del diritto, nell'enunciato normativo, è una mera istanza o valore, o anche un'azione specifica che lo realizzi. Infatti, nel caso in cui un enunciato normativo (come quello più sopra riportato: "Ogni uomo ha diritto alla vita") non rechi in sé l'oggetto del diritto (azione positiva o negativa, libertà, o aspettativa di legittimazione) ma solo il bene della vita (o l'istanza) sottostante (in questo caso "la vita"), dal solo enunciato normativo non è possibile desumerne precisamente:

- né se il bene giuridico sottostante o istanza proclamata debba essere realizzata tramite azioni negative e quindi, specificamente, tutele o garanzie direttamente giustiziabili o mediante prestazioni fattuali o normative, inesigibili dal titolare direttamente in via giudiziale;

- né se il bene giuridico sottostante sia introdotto in via di mera libertà attribuita al titolare o libertà giuridicamente protetta;

⁹⁴ R. ALEXY, *Teoria*, cit, 494 ss.

⁹⁵ *Ibidem*, 499.

- né in definitiva, aprioristicamente, la sua idoneità ad instaurare relazioni intersoggettive attributive di *status* deontici e quindi, in definitiva, la giustiziabilità.

Allo stesso modo, quest'ultimo ragionamento deve essere fatto distinguendo tra un tipo di enunciato prescrittivo o descrittivo-costitutivo, o meglio: tra un contenuto detto *modale* e un contenuto che sia invece solo *frastico*⁹⁶. Infatti, nel primo caso si integrerebbe la modalità deontica dell'“obbligo-di”, idonea ad innescare i vincoli logici e deontico-giuridici descritti, ma nel secondo caso si incorrerebbe nel problema ancestrale del passaggio da essere a dover-essere, ontologia-deontologia, cioè nella fallacia naturalistica illustrata nella tesi di HUME, secondo cui non è possibile derivare dall'essere un dover-essere.

In ultimo, deve accennarsi all'aspetto finale e forse più problematico della giustiziabilità in genere dei diritti fondamentali. L'azionabilità nei rapporti interprivati, e, quindi, il problema dell'effetto sui terzi (*Drittwirkung*).

Le teorie che impostano questo fenomeno lo ricostruiscono come:

- a. *immediato* verso i terzi, poiché i diritti fondamentali, sono diritti soggettivi pubblici giustiziabili di fronte allo Stato e a i terzi, l'effetto giuridico di essi, che siano regole o principi è diretto e modificativo delle norme del diritto tra privati;
- b. esistente ma *mediato*, perché i diritti fondamentali in quanto norme di principio oggettive o valori fondamentali, influiscono nell'interpretazione delle norme del diritto tra privati;
- c. esistente e *prodotto* da diritti negativi nei confronti dello Stato, che quindi è tenuto, di riflesso, a tutelare il titolare dall'ingerenza dei terzi.

Tutto quanto detto, nella teoria di ALEXY, deve essere affrontato nella logica dell'argomentazione iusfondamentale, caratterizzata dall'attenzione analitica al testo, alla volontà del legislatore, al valore dei precedenti e dell'autorità giurisdizionale, e alla prevalenza della “ragionevolezza” sulla “razionalità”, in un'ottica di apertura dell'ordinamento ai diritti fondamentali e di ponderazione e bilanciamento di tutti i principi sottostanti alle scelte o soluzioni giuridiche.

La teoria argomentativa di ALEXY esposta e le sue distinzioni definitorie possono rivelarsi, nel loro complesso, dirimenti ai fini dei nostri intenti. Sappiamo infatti che le tipologie di posizioni sinora descritte, rinvenibili anche nella Carta dei diritti fondamentali possono essere enunciate (secondo l'art 51 co. 1 in combinato con l'art 52) sia in forma di *regola* (diritto in senso stretto secondo ALEXY, “diritti” *tout court* nella terminologia della Carta) che di *principio* (diritto-principio, diritti solo *prima facie*, principi secondo la Carta). Non sarà dunque difficile, applicando la teoria di ALEXY alle istanze enunciate nella Carta, capire se si tratti di *regole* (diritti giustiziabili) o *principi* (principi non giustiziabili).

III. *Teorie dei principi. La possibilità di più prospettive definitorie.*

⁹⁶ Nel senso di R. M. HARE, *The Language of Morals*, Oxford, 1952, Cap. II, *passim*.

Così come si è tentato di fare per il concetto di “diritti fondamentali”, una ricostruzione definitoria, pur sintetica, della categoria dei “principi” utile al nostro intento deve limitarsi a fornire quegli elementi identificativi comuni che, - dall’esame comparato di dottrine e giurisprudenza nell’incommensurabile dibattito teorico e metateorico sviluppatosi sul tema sino ad oggi⁹⁷ -, sembrano emergere con più chiarezza nelle pur diverse e variate adesioni a dottrine e ideologie del diritto e dell’ordinamento.

Nell’ambito della nostra ricerca, il fatto che, come ha scritto BOBBIO, “i principi [...] non costituiscano affatto una categoria semplice ed unitaria: anzi, con questa espressione si intendono spesso cose molto diverse, anche se non sempre ce ne rendiamo conto”⁹⁸, riveste un ruolo fondamentale per tentare una distinzione realistica e precisa tra “principi” e “diritti” nella Carta dei diritti fondamentali. Infatti, il dato per noi relevantissimo per una definitiva distinzione teorica è che, come nel diritto nazionale, anche nel diritto dell’Unione Europea⁹⁹, il concetto di “principi” non ha assunto nella storia un significato univoco e che quindi sia la giurisprudenza della Corte di Giustizia, i Trattati, che la stessa Carta si riferiscono ai “principi” per

⁹⁷ A fini puramente esemplificativi, - tralasciando i classici fin qui citati e le trattazioni specialistiche applicate a questo o quel ramo del diritto, o al diritto europeo -, per rendere l’idea dell’entità del solo dibattito teorico che ha avuto per oggetto il ruolo, la collocazione e la natura dei “principi di diritto”, si veda: G. DEL VECCHIO, *sui principi generali del diritto*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1936; V. CRISAFULLI, *Per la determinazione del concetto di principi generali del diritto*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1941; ID., *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano 1952; N. BOBBIO, *V° Principi generali di diritto*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1966; L. LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano 1967, *passim*; V. ITALIA, *Le disposizioni di principio stabilite dal legislatore*, Milano 1970; E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano 1971; G. R. CARRIÒ, *Principi del diritto e positivismo giuridico*, in R. GUASTINI, *Problemi di teoria del diritto*, Bologna 1980; R. DWORKIN, *E’ il diritto un sistema di regole?*, in R. GUASTINI, *Problemi di teoria del diritto*, Bologna 1980; ID., *Taking Rights seriously*, nella trad. it., *I diritti presi sul serio*, Bologna 1982; A. PINTORE, *Norme e principi. Una critica a Dworkin*, Milano 1982; M. JORI, *I principi nel diritto italiano*, in *Sociologia del diritto*, 1983; L. GIANFORMAGGIO, *L’interpretazione della costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata sui principi*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1985; S. BARTOLE, *Principi generali del diritto*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXV, Milano 1986; G. GAJA, *Principi generali del diritto (diritto intenzionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXV, Milano 1986; R. GUASTINI, *Sui principi di diritto*, in *Diritto e Società*, IV, 1986; F. SORRENTINO, *I principi generali dell’ordinamento giuridico nell’interpretazione e nell’applicazione del diritto*, in *Diritto e Società*, 1987; G. SILVESTRI, *Linguaggio della Costituzione e linguaggio giuridico: un rapporto complesso*, in *Quaderni costituzionali*, 1989; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino 1992; R. GUASTINI, *I principi nel diritto vigente*, in M. BESSONE, R. GUASTINI (a cura di), *La regola del caso. Materiali sul ragionamento giuridico*, CEDAM, 1995; ID., *i principi nel diritto positivo*, in ID., *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Torino, 1996; A. D’ATENA, *In tema di principi e valori costituzionali*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1997; F. MODUGNO, *V° Principi generali dell’ordinamento*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, 1997; ID., *Principi e norme. La funzione limitatrice dei principi e i principi supremi o fondamentali*, in F. MODUGNO (a cura di), *Esperienze giuridiche del ‘900*, Milano, 2000; G. ZAGREBELSKY, *Diritto per valori, principi o regole? (A proposito della dottrina dei principi di Ronald Dworkin)*, in *L’Ordine giuridico europeo: radici e prospettive*, Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, 2001R. GUASTINI, *Principi del diritto e discrezionalità giudiziale*, in AA.VV., *Interpretazione e diritto giurisprudenziale. Regole, modelli, metodi*, Torino 2002; G. LUCATELLO, *i principi generali del diritto nella dottrina italiana degli anni 1940-1942*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 2002; R. BALDASSARRE, *Una risposta a Guastini*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

⁹⁸ N. BOBBIO, *Op. cit.*, 888.

⁹⁹ V. *infra*, Cap. II.

indicare diversi criteri, istanze, norme e tipologie di fonti, varii per origine, struttura, funzione e contenuto.

Ai fini dunque del nostro lavoro di differenziazione dai “diritti” contenuti nella Carta, per riconoscerli o meno la giustiziabilità, “[...] sembra quindi che oggi il compito più importante di una teoria dei principi generali sia di sospendere la discussione sui temi consueti, e di tentarne una specie di censimento”¹⁰⁰, teorico e giurisprudenziale, descrittivo e meta-descrittivo per rispondere a quelle che GUASTINI individua essere le domande cruciali della materia, e che hanno trovato in dottrina¹⁰¹ ampie e articolate risposte: 1) “cosa i principi siano”, includendo in questa domanda il discorso sull’origine, il contenuto e la collocazione di essi nell’ordinamento, anche in termini di efficacia e normatività; e 2) “quale posto occupino nel ragionamento giuridico”¹⁰², e quindi, quale funzione essi abbiano.

Queste domande forniranno la chiave di lettura per l’analisi e l’identificazione delle istanze proclamate nella Carta che nel prosieguo esamineremo più approfonditamente.

Per quanto di interesse in questo momento, però, occorre precisare che per entrambi gli interrogativi suesposti la dottrina ha fornito una pluralità di risposte, modulate anche in conseguenza del punto di vista teorico e dall’approccio filosofico adottati (giusnaturalistico, giuspositivistico, neocostituzionalistico e argomentativo, logico-analitico), e che quindi l’adesione ad una o ad un’altra scuola possa favorire risposte differenziate¹⁰³. Sarà interessante notare, in conclusione del nostro lavoro, quali modelli teorici la Carta abbia fatto propri o ad essa si attaglino più realisticamente.

*** ** ***

La dottrina sembra concorde nel ritenere che, a seconda dell’accezione che di essi si accolga, i principi di diritto possano essere:

- a) sia *premissa*, argomento, direttiva o ragione *iniziale* (sia esplicitata che implicita nell’ordinamento) in favore di una determinata soluzione o statuizione giuridica formulati in sede nomopoietica¹⁰⁴;
- b) sia *conclusione* di un processo induttivo di astrazione generalizzatrice del contenuto di più norme o istanze rinvenibili nell’ordinamento, formulata in esito ad un ragionamento di tipo interpretativo-applicativo sul- e nel- diritto¹⁰⁵.

Quanto all’appellativo di “principi”, GUASTINI¹⁰⁶ e CARRIÒ¹⁰⁷ hanno mostrato puntualmente come questo, (al di là dei “fuochi di significato” che vi si possono

¹⁰⁰ *Ibidem*.

¹⁰¹ S. BARTOLE, *Op. cit.*; N. BOBBIO, *Op. cit.*; A. D’ATENA, *Op. cit.*; G. CARRIÒ, *Op. cit.*; R. GUASTINI, *Op. cit.* F. MODUGNO, *Op. cit.*

¹⁰² R. GUASTINI, *Sui principi di diritto*, cit., p. 601.

¹⁰³ G. R. CARRIÒ, *Principi del diritto e positivismo giuridico*, cit.

¹⁰⁴ Non solo ZAGREBELSKY (in *Diritto per valori, principi o regole?*, cit.), ma anche BETTI sostiene che “principio” designa qualcosa che si contrappone concettualmente a “compimento”, a “conseguenza che ne discende”, e così alla “norma compiuta e formulata” (cfr. anche E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, cit.).

¹⁰⁵ Così come sostenuto, ad esempio, da SORRENTINO, BARTOLE e D’ATENA per quei principi che quest’ultimo chiama “di prima generazione” (*Opp. cit.*).

¹⁰⁶ *Op. cit.*, *passim*.

¹⁰⁷ *Op. cit.*, *passim*.

ricondere nel linguaggio comune¹⁰⁸), sia rivolto, seguendo l'una o l'altra filosofia giuridica, prevalentemente ad oggetti giuridici quali:

- 1) norme (o disposizioni che esprimono norme) dotate di alto grado di *generalità*¹⁰⁹;
- 2) norme (o disposizioni che esprimono norme) dotate di un altro grado di *vaghezza*¹¹⁰;
- 3) norme (o disposizioni che esprimono norme) di carattere *programmatico* o *finalistico*¹¹¹;
- 4) il nucleo teleologico-normativo di altre norme o insiemi di esse (*ratio* o *mens legis*)¹¹²;
- 5) norme che occupano una collocazione gerarchicamente molto elevata, o prevalente, nel sistema o insieme delle fonti¹¹³;
- 6) norme o caratteristiche ritenute "importanti", "fondamentali" nel sistema giuridico o politico complessivo, ovvero nel sotto-sistema considerato¹¹⁴;

¹⁰⁸ CARRIÒ, approfondendo gli aspetti di epistemologia dello studio dei principi in *Principi del diritto e positivismo giuridico* (cit., p. 80), individua almeno sette ambiti semantici (da lui definiti "fuochi di significato") che possono accostarsi al concetto di "principio" nel linguaggio naturale: I) idee di "parte o ingrediente importante di qualche cosa", "proprietà fondamentale", "nucleo fondamentale" "caratteristica centrale"; II) idee di "regola, guida, orientamento o indicazione generali"; III) idee di "fonte generatrice", "causa", "origine"; IV) idee di "finalità", "obiettivo", "proposito", "meta"; V) idee di premessa, punto di partenza fisso per il ragionamento, assioma, verità teorica postulata come evidente, essenza, proprietà definitoria; VI) "regola pratica di contenuto evidente", "verità etica indiscutibile"; VII) "massima", "aforisma", "proverbio", "frammento di esperienza pratica che ci viene dal passato e porta con sé il pregio dell'esperienza accumulata e il prestigio della tradizione".

¹⁰⁹ Nel senso del binomio *genus-species*, per cui la norma più generale dispone per un numero di casi *maggiore e comprensivo* rispetto alla disposizione speciale. La generalità in questo senso è, come dice GUASTINI, un concetto "relazionale" e perciò relativo (BOBBIO, *Op.cit., passim.*) e graduabile: infatti la stessa norma può "essere considerata principio generale rispetto a norme più specifiche, e norma specifica rispetto a norme più generali" (N. BOBBIO, *Op. cit.*, 894). A questi fini si può quindi distinguere principi generali del diritto o dell'ordinamento giuridico, di una branca del diritto, di una materia e di un istituto. A questo proposito, peraltro si rileva che in questa accezione sono indifferentemente utilizzate l'espressione "principi fondamentali" o "principi generali".

¹¹⁰ Intendendo con "vaghezza" "l'indeterminazione casistica" da esse preconizzata (L. LOMBARDI VALLAURI, *Corso di filosofia del diritto*, Padova, 1984, Cap. I, *passim*; ID., *Norme vaghe e teoria generale del diritto*, in *Ars interpretandi*, 1995, *passim*) tale che non sia definibile con certezza aprioristica quali fattispecie ad esse si attagliano, da cui l'inevitabile necessità di concretizzazione in sede interpretativo-applicativa. Al solo scopo esemplificativo si immagini che appartengono a questo gruppo le cc.dd. "*clausole generali*".

¹¹¹ In questo senso, le norme, per lo più rivolte al legislatore e/o alla pubblica amministrazione, le quali prescrivono il perseguimento di un fine, ovvero dichiarano solennemente un valore, pur non specificando i mezzi con cui il fine deve essere perseguito o le situazioni in cui il valore deve essere realizzato. Tra queste le disposizioni di rango costituzionale quali quelle che enunciano la tutela della salute, il riconoscimento del diritto al lavoro etc... (GUASTINI, *Sui principi di diritto*, cit., *passim*).

¹¹² Ricavabile attraverso l'opera ermeneutica induttiva dell'estrazione della *ratio* di una norma dal tenore di essa.

¹¹³ Si tratta essenzialmente delle norme di rango costituzionale che, per il rango stesso da esse rivestito, paiono meritare la qualifica di principi, indipendentemente dalla loro struttura o il modo con cui sono fraseggiate. ZAGREBELSKY (*Il diritto mite*, cit., 149) ha ritenuto che "*le norme legislative sono prevalentemente regole, mentre le norme costituzionali sui diritti e sulla giustizia sono prevalentemente principi*", tanto che "*distinguere i principi dalle regole, significa perciò, a grandi linee, distinguere la Costituzione dalla legge*".

¹¹⁴ Quali, ad esempio, come scrive GUASTINI (cit., *passim*), alcune idee giuridiche positive come: il fatto che il contratto abbia forza di legge tra le parti (art. 1372, 1 co. c.c.), il fatto che alla tutela giurisdizionale dei diritti provveda l'autorità giudiziaria su istanza di parte (art. 2907 c.c.), il fatto che la Corte di Cassazione assicuri l'esatta osservanza di l'uniforme interpretazione della legge e l'unità

- 7) direttive, meta-norme o norme di organizzazione, produzione del diritto, o rivolte agli organi costituzionali o titolari di poteri di applicazione o esecuzione del diritto¹¹⁵;
- 8) criteri ai quali si attribuisce un contenuto manifestamente e intrinsecamente “giusto”, verità etiche autoevidenti;
- 9) requisiti formali o esterni cui si ritiene tutti gli ordinamenti giuridici debbano soddisfare¹¹⁶;
- 10) “giudizi di valore che esprimono esigenze fondamentali della giustizia e della morale positive che si considerano sostenuti dalla coscienza giuridica popolare”¹¹⁷, o massime che provengono dalla tradizione della cultura giuridica;
- 11) fonti di imprecisata natura, ma di tipo metapositivo, generatrici di norme giuridiche;
- 12) “enunciati che si pretende che derivino dall’essenza in sé dei concetti giuridici considerati come entità”¹¹⁸.

Delineati questi diversi concetti di “principio”, occorre poi adombrare un’ultima fondamentale distinzione, che in seguito approfondiremo, ma che permea trasversalmente tutte le classi di principi individuate. Così come nelle definizioni appena date si è inteso distinguere tra “norme” e “disposizioni che esprimono norme”, deve porsi mente alla *summa divisio* che riguarda la modalità di *presenza* dei principi nell’ordinamento e il tipo di imposizione nel sistema delle fonti. Occorre infatti differenziare, in tutti i tipi di principio illustrati, quelli che sono *espressi*, cioè “esplicitamente formulati da un soggetto o organo che interviene nel processo di nomopoiesi” (e quindi veicolati da una proposizione linguistica: da una “disposizione”), da quelli *inespressi*, “cioè non formulati da alcuna autorità legislativa”, e quindi solamente “desumibili” con un’opera induttivo-interpretativa dal sistema, dalle caratteristiche o dalla struttura di norme, istituti, materie, ordinamenti o dalla realtà politico-sociale (norme ricavabili sistematicamente, non espresse da singole disposizioni).

Nella nostra ricerca, focalizzata sul discernimento tra i due tipi di norme che effettivamente *compaiono* nella Carta¹¹⁹, dovremmo prevalentemente occuparci di quell’accezione del concetto di principi che circoscrive le istanze *solo espresse*, e, con l’aiuto dell’analisi che segue, individuare:

- a. in quale senso di quelli anzidetti siano da intendersi i principi che in essa figurano, e

del diritto oggettivo nazionale (art. 65 co.1, c.p.c.), o “principi” anche di indole politologico-sociale (che si traducono però in giuridico-ordinamentali) come il principio della separazione dei poteri, il principio di legalità nel diritto penale o nell’amministrazione.

¹¹⁵ Quali la norma (ex art. 11 c.1 preleggi al c.c. o art. 1 c.p.) di irretroattività della norma penale, o gli stessi principi di tipo metodologico-ermeneutico di soluzione delle antinomie: principio di gerarchia (*lex superior derogat inferiori*), principio di specialità (*lex specialis derogat generali*), di successione nel tempo (*lex posterior derogat priori*).

¹¹⁶ Come i principi di democrazia procedurale, o più in generale i corollari dell’idea di validità degli atti e delle fonti dell’ordinamento *à la* Kelsen.

¹¹⁷ R. GUASTINI, *Sui principi di diritto*, cit. *Ivi*.

¹¹⁸ *Ibidem*.

¹¹⁹ Cioè le norme che esprimono “diritti”, e quelle che esprimono “principi”.

b. quali caratteristiche distintive possedano (rispetto ai “diritti”).

E’ questa distinzione di delimitazione, cognizione, individuazione, “una responsabilità troppo pesante per l’operatore del diritto, normalmente legittimato dai soli strumenti analitici e scientifici”¹²⁰? In effetti, trattare di principi in questi termini implica di per sé una costruzione dogmatica di un sistema di caratteristiche, gerarchie e attribuzioni, destinato ad imporsi e affiancarsi, come fonte *dottrinale* di cognizione dei principi, alla gerarchia formale, le cui regole determinano l’ordinamento di riferimento. BARTOLE¹²¹ risponde citando il teorico e sociologo del diritto LUHMANN, il quale relativizza l’impatto che una sistematizzazione dogmatico-dottrinale dei principi può provocare: un’opera dottrinale mantiene la possibilità non solo di interpretare, ma anche di rivedere i propri risultati, proprio a seconda dell’approccio teorico-filosofico che si ritiene preferibile per questa realtà giuridica attuale.

Per questo ci serviremo di qui in avanti di un taglio descrittivo per così dire “multifocale”, che cioè illustri, sempre tenendo conto delle diverse scuole filosofico-giuridiche, la fenomenologia dei principi secondo più punti di vista diversi¹²², e precisamente: 1. secondo l’origine e lo *status* epistemologico-giuridico; 2. secondo le caratteristiche strutturali, funzionali e contenutistiche; e 3. secondo il loro grado di normatività e giustiziabilità che ad essi sono riconosciuti.

III.1 *Definizioni secondo l’origine e lo status epistemologico-giuridico.*

Identificare e definire i principi, e isolarli rispetto ad altri tipi di norme significa forse, prima ancora di individuarli nel loro concetto, affrontare la più ampia ma originaria questione di come essi si inseriscano nel ragionamento giuridico e quindi che ruolo metodologico-giuridico essi quotidianamente assumano. “In effetti, quando si viene a parlare di principi generali si viene a fare rinvio a tutta una particolare metodologia dell’argomentazione giuridica che fa perno sull’idea o concetto dell’ordinamento giuridico come sistema”¹²³. Questa loro condizione è quella che potremmo chiamare come il loro *status epistemologico-giuridico*, *status* strettamente legato alla loro *funzione* (se cioè risultino poi destinati ad essere richiamati come strumento alla cui stregua valutare atti attuativi subordinati, o piuttosto fondare soluzioni giuridiche in casi non espressamente previsti¹²⁴), *status* strettamente connesso al tema di come essi *originino*, se per dettato generalissimo del legislatore o del costituente, o in via induttiva per astrazione generalizzatrice dallo spirito di un gruppo di norme, istituti o ordinamenti in vista di un ragionamento analogico.

¹²⁰ Cfr. l’interrogativo di BARTOLE, *Op. cit.*, p. 531.

¹²¹ *Ibidem.*

¹²² Questo stesso approccio è quello fatto proprio da rilevante parte della dottrina, basti pensare all’impostazione problematica e multilaterale data deliberatamente da BOBBIO nella Voce enciclopedica citata, ma anche alle altre di BARTOLE, MODUGNO, D’ATENA, ITALIA, *Opp. citt.*.

¹²³ BARTOLE, *Op. cit.*, p. 531.

¹²⁴ Più in generale, come asserisce ITALIA, se essi abbiano funzione di a) limite, b) abrogatrice, c) dinamico-programmatica, d) di integrazione delle lacune, e) di canone interpretativo; (V. ITALIA, *Le disposizioni di principio stabilite dal legislatore*, Milano 1970, pag. 55 ss.)

III.1.1. *Principi intesi nel senso stretto dei “principi generali” in funzione ermeneutico- integrativa.*

Origine. I principi da intendersi nel primo senso qui trattato sono quelli che certa dottrina ha definito *principi di prima generazione*¹²⁵, ovvero sia istanze o criteri normativi che si pongono come rimedi positivamente prefigurati all’incompletezza dell’ordinamento, nati per primi in periodo relativamente risalente, ossia con le tendenze codificatorie di tipo razionalistico-positivistico dell’ ‘800. I principi intesi in questa accezione si presentano prima di tutto come strumenti, autorizzati dalla legge, di *integrazione* dell’ordinamento in caso di lacune, e quindi di fatto corollari del dogma-esigenza di completezza e esaustività.

Essi variamente comprendono, secondo la formulazione della norma che ne autorizza il ricorso, criteri o *rationes* giuridici comuni al “diritto”, al “diritto vigente”, all’“ordinamento giuridico”, o all’“ordinamento giuridico dello Stato” (a seconda della formulazione che esprime la sottostante concezione più o meno positivistica del legislatore). Si va dalla tesi più positivisticamente ortodossa e dogmatica, proposta dal capostipite SCIALOJA con un testo del 1880¹²⁶ “mossa da una certa diffidenza verso l’equità e da un rigido ossequio all’autorità della legge”¹²⁷ a quella più giusnaturalistica di DEL VECCHIO secondo cui, come “diritto”, deve intendersi il diritto *naturale* inscritto nella *natura delle cose*¹²⁸.

Nel codice civile austriaco del 1811 si autorizza per esempio, in caso di lacune, la ricorribilità perfino ai principi del diritto *naturale*, mentre nella nostra esperienza giuridica i principi figurano, ma in senso positivista, solo a seguito dell’introduzione per opera dal codice civile albertino del 1837, e successivamente con l’art. 3, 2° co. delle disp. prel. al c. civile del 1865. In occasione della stesura del nostro attuale codice, invece, fu scartata la formula chiara ma più restrittiva proposta nel progetto del 1936 “principi generali del diritto vigente” in favore del concetto di “principi generali dell’ordinamento giuridico dello Stato” (art. 12 preleggi). Tuttavia, il termine “ordinamento”, secondo la spiegazione contenuta nella Relazione, fu inteso come “comprensivo, nel suo ampio significato, oltre che delle norme e degli istituti, anche dell’orientamento politico-legislativo statale e della tradizione scientifica nazionale (diritto romano comune, ecc.)”¹²⁹. Proprio per questo i principi di questo tipo devono intendersi come vere e proprie ragioni di diritto o canoni desumibili da altre norme, istituti, culture o sistemi giuridici.

Non stupisca il fatto che, al di là della autorizzazione legislativa che ne legittima l’uso, la nascita di questi avvenga attraverso un’opera dell’interprete e secondo un metodo di *induzione* dal particolare-norma esistente appartenente ad una certa materia, per giungere, attraverso progressive astrazioni generalizzatrici ascendenti, a formulare una massima di generica disciplina da applicare *in toto* alla

¹²⁵ A. D’ATENA, *In tema di principi e valori costituzionali*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1997, 3065, *passim*.

¹²⁶ Il riferimento è a V. SCIALOJA, *Del diritto positivo e dell’equità*, Camerino, 1880.

¹²⁷ Come riporta BOBBIO in *Principi generali del diritto*, cit..

¹²⁸ G. DEL VECCHIO, *Sui principi generali del diritto*, in *Archivio giuridico*, 1921, *passim*.

¹²⁹ BARTOLE, *ivi*, p. 531.

materia stessa, e quindi ,in senso discendente, anche a fattispecie analoghe che rientrassero nella stessa materia.

Proprio da quest'opera di generalizzazione consegue l'ontologico carattere di generalità di essi, da cui l'appellativo di *principi generali*.

Derivando essi da una fonte solo mediamente legislativa, secondo LOMBARDI VALLAURI, i principi intesi in questa accezione avrebbero piuttosto matrice dottrinale-giurisprudenziale, e, non essendo per loro natura fissati essi stessi in norme ma essendo appunto desumibili, sarebbero per loro natura *inespressi, impliciti nel sistema* e allo stesso tempo indici di quella stessa discrezionalità dell'interprete che accomuna l'interpretazione fondamentale (cioè secondo la *ratio* o fondamento) e l'analogia¹³⁰.

Efficacia. A fronte della loro origine non strettamente normativa ma collocata a metà tra l'essere sostenuti da norme e il trovare rispondenza in più casi (quindi quasi "descrittiva"), tuttavia essi possiedono un'efficacia prescrittiva e normativa spiccata, poiché essi sono destinati inevitabilmente a *disciplinare*, e quindi a fornire la regola del caso singolo¹³¹, e ciò paradossalmente, poiché, come hanno illustrato JORI¹³² e LOMBARDI VALLAURI¹³³, il procedimento induttivo che li origina non è logicamente rigoroso¹³⁴. Proprio perché destinati ad essere la regola definitiva del caso singolo e di origine prettamente giurisdizionale, essi sono, di per sé, pienamente giustiziabili, anche se non possono fondare di per sé posizioni azionabili.

Funzione. La funzione ad essi riconducibile è quella *integrativa* del diritto lacunoso per cui essi, in genere, sopperiscono alla carenza di regole espresse che disciplinino il caso sottoposto al giudice.

L'intervento integrativo dei principi di questo tipo nel ragionamento giuridico avviene normalmente, come è stato sinteticamente spiegato da GUASTINI¹³⁵, nella giustificazione "esterna" (quella cioè della esistenza effettiva, secondo i criteri di validità effettività e valore) della premessa maggiore del sillogismo solutore (costituita di regola dalla norma generale), e, ancor di più, quando non vi sia una norma espressa a fungere da premessa maggiore e si debba quindi ricorrere, per supplirvi, ad una norma *priva di disposizione*.

Proprio questa situazione ermeneutica "difficile" è stata al centro della trattazione di DWORKIN¹³⁶, che, seppur muovendo da una teoria morale, e nell'alveo cronologico e scolastico delle teorie (neo)costituzionalistiche e argomentative, è una delle dottrine più significative sul ruolo integratore ed effettivamente risolutivo-normativo dei principi.

Per lo studioso americano, i principi entrerebbero in azione come i criteri propriamente decisivi per la soluzione degli *hard cases*, "i casi per i quali non è possibile trovare la soluzione sulla base di una chiara regola di diritto posta in via

¹³⁰ Cfr. L. LOMBARDI VALLAURI, *Corso di filosofia del diritto*, cit., *passim*.

¹³¹ Per questo alcune dottrine hanno definito quest'efficacia "normogenetica" (F. MODUGNO, S. BARTOLE, *Opp. Citt.*).

¹³² M. JORI, *Op. Cit.*, *passim*.

¹³³ L. LOMBARDI VALLAURI, *Op. cit.*, pagg. 35 ss.

¹³⁴ Cfr. *infra*, Cap. III.

¹³⁵ R. GUASTINI, *I principi nel diritto positivo*, in ID., *Distinguendo*, cit., p. 141.

¹³⁶ R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, Bologna, 1982.

previa da una qualche autorità¹³⁷. Il giurista solutore del caso difficile, un vero *Hercules* della giurisprudenza, dovrebbe quindi, con i suoi poteri erculei, indurre dalla Costituzione, dal complesso dell'ordinamento o dai precedenti giurisprudenziali, argomenti di principio o *policies* (direttive, indirizzi politici) per formulare una teoria che, pur in mancanza di regole scritte, possa essere adatta risolvere il caso concreto sottopostogli. Si badi che per DWORKIN, pur se desunti da materiale *lato sensu* normativo, i principi rimangono direttive *inespresse*, che pertanto non obbediscono alla legge giuspositivistica della regola di riconoscimento hartiana.

Come è stato efficacemente detto,

“i principi di cui lui va discorrendo non hanno, a rigore, un'esistenza – per così dire-fenomenologica distinta e indipendente dall'atto del giudice che li individua. E' quindi comprensibile che Hercules non può effettuare un controllo dei principi in base ad una siffatta regola di riconoscimento, se tale controllo si deve risolvere in un a verifica *ex post* su un dato preesistente all'atto per cui tramite il controllo si dispiega in accordo ad un previo modello. Il che non significa che la dottrina hartiana non possa trovare applicazione nel caso, purché la si concepisca in modo da includere l'attività del giudice che appunto provvede all'individuazione dei principi, nonché i criteri sostanziali cui egli è vincolato a attenersi. In tal senso è certamente vero che la dottrina dworkiniana dei principi può coesistere e convivere con la teoria della norma di riconoscimento, purché questa sia opportunamente e adeguatamente formulata”¹³⁸.

DWORKIN si muove così tra Costituzione e coscienza, tra diritto e morale, e questo antipositivismo sarebbe infatti il *punctum pruriens* della sua teoria.

PINTORE e ZAGREBELSKY¹³⁹, tra i più attenti commentatori di questa dottrina, ricordano che per DWORKIN il giuspositivismo da avversare è proprio quello della concezione del diritto come insieme di norme di condotta poste dal legislatore in regime di monopolio e della giurisdizione come attività logico-deduttiva, più possibile aspirante all'ideale di una giurisprudenza *more matematico demonstrata* (à la LEIBNITZ). Invece, il diritto di DWORKIN col suo concetto ampio, si colloca *prima* delle norme poste dal legislatore e in esso i principi assurgono a strumento cardine del cuore della giurisprudenza, cuore che è essenzialmente argomentativo.

III.1.2. *Principi intesi nel senso dei “principi fondamentali” o “supremi” (costituzionali) in funzione interpretativa, di fonte, parametro e limite di legittimità costituzionale delle norme sotto ordinate.*

Ulteriore categoria di principi, che D'ATENA¹⁴⁰ definisce *di seconda generazione*, sono i *principi fondamentali costituzionali*. Essi nascono successivamente rispetto ai *principi generali*, perché si diffondono solo col costituzionalismo del '900. Essi presentano maggiori punti di contatto con le norme

¹³⁷ S. BARTOLE, *Principi del diritto*, cit., 512.

¹³⁸ S. BARTOLE, *Ibidem*.

¹³⁹ A. PINTORE, *Norme e principi. Una critica a Dworkin*, Quaderni di filosofia analitica del diritto, Milano, 1982; G. ZAGREBELSKY, *Diritto per valori, principi, norme*, cit.

¹⁴⁰ A. D'ATENA, *Op. cit.*, *passim*.

in senso stretto (*rectius*: le regole) perché possono rinvenirsi, oltre che nella forma implicita con la nota opera di induzione per opera delle giurisdizioni (questa volta *costituzionali*, innanzitutto in forma scritta, nelle *disposizioni costituzionali di principio* (CRISAFULLI, ZAGREBELSKY, ITALIA¹⁴¹) nelle moderne Costituzioni, costituendo, anzi, quest'ultima forma, la loro traccia principale: basti pensare alle disposizioni rubricate appunto "principi fondamentali" contenute negli articoli 1-12 della nostra Costituzione¹⁴².

Essi sono le istanze fondamentali istituzionali dotate di copertura costituzionale e rappresentano strutturalmente le fonti ispiratrici dell'assetto dell'Ordinamento e i limiti di legittimità costituzionale di tutta la legislazione subordinata. Per questo motivo assurgono a parametro interpretativo¹⁴³ e di legittimità nei giudizi di costituzionalità della legge ordinaria e degli atti aventi forza di legge¹⁴⁴.

Mentre la loro efficacia interpretativa si rivolge a qualsiasi interprete -che deve così, nell'ermeneusi, orientare ad essi il senso di qualsiasi atto subordinato-, per il sindacato di legittimità costituzionale delle norme ordinarie nei sistemi a sindacato costituzionale diffuso, essi sono oggetto di cognizione principale da parte del giudice ordinario, nei sistemi centralizzati appannaggio delle sole Corti e Tribunali costituzionali.

Quanto alle funzioni strutturali di questi principi, D'ATENA¹⁴⁵ ha distinto due diverse manifestazioni tipologiche. Essi potrebbero dividersi tra *principi di ripartizione di competenze e attribuzioni* lato sensu *costituzionali*, e *norme di principio introduttive di istanze o valori*.

Esempi del primo tipo sarebbero i principi di riparto delle competenze Stato-Regioni o delle articolazioni territoriali dello Stato-apparato e quelli di limite alla legislazione gerarchicamente sottoposta come nei casi dei criteri che presiedono alle deleghe legislative; il secondo tipo sarebbero i principi esprimenti *istanze o valori* come la libertà, l'uguaglianza, imparzialità dell'amministrazione o l'irretroattività della legge penale.

Entrambe le manifestazioni dei principi del primo tipo anzidetto, avrebbero una evidente funzione limitatrice¹⁴⁶ (principi generali dell'ordinamento come limite alla potestà legislativa regionale nella dialettica Stato-regioni, a quella ordinaria nel dualismo Costituzione-legge ordinaria attuativa, a quella dell'Unione europea nel dialogo di limiti e controlimiti¹⁴⁷), i secondi sarebbero prevalentemente le

¹⁴¹V. CRISAFULLI, *La costituzione e le sue disposizioni di principio*, cit.; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., V. ITALIA, *Le disposizioni di principio stabilite dal legislatore*, Milano 1970.

¹⁴²Cfr. la soluzione a cui, dopo un'elaborata riflessione, giunge V. ITALIA., cit. p. 200 ss.

¹⁴³Cfr. la pratica delle cc.dd. sentenze *interpretative* e la diffusione del tipo di interpretazione c.d. *costituzionalmente orientata*. (Cfr. anche V. ITALIA, *Le disposizioni di principio stabilite dal legislatore*, Milano 1970, p. 75 ss.).

¹⁴⁴Sulla *parametricità*: F. MODUGNO, *Principi generali dell'ordinamento*, Enciclopedia Giuridica *ad Vocem*, in V. ITALIA, *Le disposizioni di principio stabilite dal legislatore*, cit., p. 61 ss. si parla di funzione *abrogatrice*.

¹⁴⁵*Ibidem*.

¹⁴⁶Cfr. sul punto F. MODUGNO, *Op. cit.*, R. GUASTINI, *Cit.* e V. ITALIA, *Op. cit.*, p. 55 ss.

¹⁴⁷Per le migliori analisi sul punto: M. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, 1995, *passim*; F. ANGELINI, *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea. I principi fondamentali nelle relazioni interordinamentali*, Padova, 2007, *passim*. Per la sintesi giurisprudenziale del tema: cfr. Corte Cost. Sentt. 348 e 349/2007; Sent. 80/2011.

disposizioni di principio. Ognuna di queste tipologie conserverebbe la caratteristica efficacia interpretativa e di parametro di costituzionalità tipica del rango (costituzionale) di appartenenza nella gerarchia delle fonti.

La dottrina si è interrogata sulla *diretta applicabilità* o meno dei suddetti principi. Su questo punto occorre distinguere, con CRISAFULLI MODUGNO e ITALIA¹⁴⁸, se essi esprimano parametri istanze e limiti, come i principi appena illustrati, o piuttosto veicolino ampi e generali indirizzi programmatici. Questi ultimi saranno oggetto di attenzione più approfondita nel prossimo paragrafo.

Nella loro funzione di *parametri di legittimità*, i principi sono, come intuibile, direttamente applicabili per il giudizio di legittimità costituzionale: essi rivestono concretamente la funzione di parametro e per questo sono effettivamente e direttamente applicati dal giudice chiamato al sindacato di conformità costituzionale.

Nella loro funzione esprime *limiti ordinamentali, istanze o valori*, invece, occorre ricordare che i principi in questione, per l'eccedenza del loro contenuto deontologico, assiologico o valutativo come qualsiasi altro principio, non esprimono in realtà già valutazioni in atto, ma appunto direttive di massima, *principi di valutazione*. In questo senso non sono direttamente applicabili ma necessitano di essere presi in considerazione in relazione agli atti di mediazione e attuazione.

Questo vale anche per la *funzione interpretativa* di essi, per cui non è possibile riconoscere una vera e propria cogenza. MODUGNO chiarisce ad esempio che, nello specifico,

“quando il principio svolge una funzione *interpretativa* nei confronti di una disposizione dal significato incerto, esso entra come un contesto culturale rafforzato nell'operazione ermeneutica, agisce come un *canone* interpretativo, assunto a *direttiva*”¹⁴⁹.

Negli altri casi, prosegue, ai principi costituzionali potrebbe comunque riconoscersi il valore quantomeno di *fonti-fatto* dell'ordinamento, e quindi, più in generale, in esito ad una precisa opzione interpretativa (comunque sempre) soggettiva, fonte di regole ermeneutico-valutative. “Si spiegherebbe in tal senso la ragione e la possibilità stessa dell'applicazione c.d. diretta dei principi costituzionali e propriamente di quelli che, indipendentemente dalla loro formulazione in disposizioni costituzionali, sono assunti dall'interprete quali principi idonei alla produzione di norme applicabili ai casi concreti”. Questo tuttavia, dipenderà comunque per MODUGNO “ancora una volta da quell'opzione intersoggettiva necessaria e sufficiente a rendere normogenetici i principi costituzionali, non e[ssendo] pensabile che sia la [sola] struttura di un principio a decidere circa la sua diretta applicabilità o meno, poiché qualsiasi principio [sarebbe] sempre traducibile nei termini di un giudizio di quantificazione”¹⁵⁰.

¹⁴⁸ F. MODUGNO, *Op. cit.*, R. GUASTINI, *Cit.* e V. ITALIA, *Op. cit.*

¹⁴⁹ F. MODUGNO, *Principi generali dell'ordinamento*, Enciclopedia Giuridica *ad Vocem*, p. 8.

¹⁵⁰ F. MODUGNO, *Principi generali dell'ordinamento*, cit., p. 10.

Posto infine che come tutti i tipi di principio, anche i principi fondamentali costituzionali possono trovarsi sia in forma espressa che implicita¹⁵¹, deve darsi atto di una tendenza, inaugurata in dottrina e confermata mediante recenti pronunce della Corte costituzionale, a estrapolarne alcuni induttivamente mediante procedimenti interpretativo-argomentativi seguendo metodi di tipo linguistico e analitico¹⁵².

Nell'ambito degli stessi e in aggiunta al limite espresso dell'art 139 Cost., ve ne sarebbero dunque alcuni che, pur non puntualmente espressi, non possono essere modificati, derogati, sovvertiti o abrogati in alcun modo, ivi comprese le consentite forme di revisione costituzionale. Si tratterebbe in particolare del "contenuto essenziale" (*Wesengehalt*) di alcuni enunciati costituzionali, ricavato con un'opera induttiva, combinatoria e sistematica. Essi avrebbero un rango ancora superiore, e si distinguerebbero per la loro "assoluta fundamentalità"¹⁵³, rigidità e resistenza o *supremazia*. Da qui il nome di principi *supremi*¹⁵⁴. Per la loro origine estrapolativa, le loro natura e origine non sarebbero necessariamente esplicite; anzi, essendo frutto di (ri)elaborazione dottrinale e della giurisprudenza costituzionale, prevalentemente implicite o quantomeno ricostruite. In quanto frutto di ricostruzione, la loro portata semantica sarebbe ridotta ma questa *deminutio* sarebbe indubbiamente compensata dalla loro qualificazione di *essenzialità* e di *limite invalicabile* o *istanze irrinunciabili* dell'Ordinamento¹⁵⁵.

Dalle recenti pronunce e dalla speculazione dottrinale è noto che come principi di questo tipo possano riconoscersi il principio concordatario (ex artt. 7 e 8 Cost.), il principio di adesione alla Unione Europea (ex art. 11 Cost.), il principio di laicità¹⁵⁶.

III.1.3. *Principi intesi nel senso ampio dei "principi fondamentali" (costituzionali) in funzione direttiva programmatica, di standard, o concettuale.*

Sempre nell'ambito dei principi di rango costituzionale, fondamentali o supremi, si possono isolare quelli che si presentano funzionalmente peculiari per l'evidente indole *programmatica*, di indirizzo politico puro. I principi di questo tipo indicano prevalentemente programmi, delinano fini della legislazione e orizzonti prestazionali: tutela della salute, del lavoro, garanzia dell'istruzione etc...

Mentre per taluni¹⁵⁷ i principi programmatici o direttivi, proprio perché svolgono una differente funzione costituirebbero una categoria diversa dai principi generali che svolgono soltanto una funzione integrativa o interpretativa, – spiega MODUGNO¹⁵⁸ – CRISAFULLI invece sostiene l'unitarietà della tipologia "principi" perché programmatico non tanto sarebbe il principio in sé, quanto il vincolo che i

¹⁵¹Cfr. *infra*, e comunque, V. ITALIA, *Le disposizioni di principio stabilite dal legislatore*, Milano 1970, *passim*.

¹⁵²Cfr. ad es., G. SILVESTRI, *Linguaggio della costituzione e linguaggio giuridico: un rapporto complesso*, in Quaderni costituzionali, IX, 1989, *passim*.

¹⁵³F. MODUGNO, *Principi generali dell'ordinamento*, cit., 12.

¹⁵⁴S. BARTOLE, *Principi generali del diritto*, cit., *passim*; F. MODUGNO, *Principi generali dell'ordinamento*, cit. *passim*; R. GUASTINI, *I principi nel diritto positivo*, cit., *passim*.

¹⁵⁵F. MODUGNO, *Principi generali dell'ordinamento*, cit., *passim*.

¹⁵⁶Corte Cost., Sentt. 203/89; 259/90 e 149/95.

¹⁵⁷E. BETTI, *Op. Cit.*, *passim*; G. SILVESTRI, *Op. cit.*, *passim*.

¹⁵⁸F. MODUGNO, *Principi e norme. La funzione limitatrice*, cit., *passim*.

principi generali, una volta accolti e posti nell'ordinamento, (come i principi fondamentali costituzionali), sempre determinano per il legislatore. In particolare, secondo questa dottrina, tutte le norme della Costituzione sono anche norme programmatiche, ma non tutti i principi costituzionali sono solo norme programmatiche, e non tutte le norme programmatiche sarebbero solo principi.

La peculiarità che conduce parte della dottrina a riconoscere a questi principi autonoma e separata natura, sembra risiedere per certi versi

- a) nel fatto che sono rivolti al legislatore, che li *deve* o *può attuare* con normazione ordinaria;
- b) nella *idealità e indeterminatezza della loro formulazione*¹⁵⁹, che per altri assume un significato diverso a seconda dei vari livelli, costituzionale e ordinario: differenze che percepiamo così come è stato messo in luce nelle classiche trattazioni sugli aspetti giuridico-costituzionali dello stato sociale. Al proposito, SILVESTRI, in un'acuta analisi di tipo linguistico-giuridico, ha scritto che la diversa formulazione

“p[ossa] essere spiegata prestando attenzione al diverso uso delle parole e delle espressioni, a seconda del loro rapporto con l'universo semantico espresso dalla stessa Carta costituzionale”¹⁶⁰.

Il costituzionalista prosegue:

“Mentre [ad esempio] lo stretto principio di legalità in materia penale, e il connesso principio di irretroattività, fanno perno sulla parola legge, cui si può riconnettere il significato abbastanza preciso desumibile dagli artt. 70 ss della Costituzione, la disposizione di principio sulla tutela della salute fa perno sulla parola “diritto”, non definibile utilizzando altre parole o enunciati appartenenti al medesimo testo costituzionale. In questo secondo caso, la grammatica della parola “diritto” si può ricostruire avendo riguardo alle regole d'uso di una comunità più vasta di quella degli operatori giuridici, con un evidente depotenziamento della precisione tecnica del vocabolo. La stessa espressione “diritto alla salute” acquista un significato diverso, ma non contraddittorio, a seconda che essa sia riferita alla Costituzione o alla legge ordinaria. Nel testo costituzionale essa evoca l'*aspettativa* dei cittadini di uno stato sociale ad usufruire di interventi pubblici a tutela dell'ambiente e di prestazioni sanitarie adeguate ai propri bisogni per conservare, acquistare o riacquistare una condizione media di benessere psico-fisico; con riferimento ad un livello subcostituzionale, la stessa espressione acquista il significato di *pretesa*, assistita da precisi strumenti giuridici, ad ottenere le prestazioni sanitarie e gli interventi a tutela dell'ambiente previsti dalle leggi. Le diverse potenzialità semantiche non derivano dalla maggiore o minore indeterminatezza delle parole o enunciati, ma dal diverso ambito di riferimento e quindi dalle diverse regole d'uso della medesima espressione linguistica”¹⁶¹.

E ciò perché non sempre per effetto delle norme programmatiche l'esercizio della conseguente funzione legislativa attuativa diviene obbligatorio, “con o senza

¹⁵⁹ Cfr. D. FARIAS, *Idealità e indeterminatezza dei principi costituzionali*, Milano, 1981, *passim*.

¹⁶⁰ G. SILVESTRI, *Linguaggio della costituzione e linguaggio giuridico*, cit., pag. 245 ss.

¹⁶¹ *Ibidem*.

prefissione di un termine” ma “in qualche caso invece la norma programmatica è semplicemente *facoltizzante*”¹⁶².

A ciò si aggiunge il fatto che questi tipi di norme presenti al livello costituzionale, siano essi di programma di organizzazione o metanorme, spesso non si traducono nell'imputazione di un sanzione, non essendo la violazione degli obblighi giuridici costituzionali di agire da parte del legislatore giuridicamente sanzionata e provvista di rimedi giuridici¹⁶³, e quindi a maggior ragione potrebbero essere considerati non azionabili.

Dati questi presupposti, occorre dunque interrogarsi sulla loro vincolatezza e sul possesso o meno del carattere della diretta applicabilità.

Mentre CRISAFULLI sostiene l'efficacia normativa e la precettività delle disposizioni costituzionali di principio, per cui il legislatore in presenza di principi programmatici è semplicemente vincolato a disporre in coerenza con essi, MODUGNO distingue il caso in cui essi possiedano funzione normogenetica, cioè si prestino ad essere utilizzati come produttori di norme. In questo caso svolgerebbero la duplice funzione programmatica e integratrice attraverso la mediazione, necessaria e vincolante del legislatore. Qui non potrebbe parlarsi di diretta applicazione dei principi in genere e di principi costituzionali in specie, poiché l'applicazione presupporrebbe appunto la mediazione.

III.2 *Definizioni secondo alcuni caratteri, la struttura e il contenuto.*

III.2.1. *Principi espressi e inespressi, impliciti o espliciti.*

La caratteristica oggetto della presente analisi, come si è detto, è trasversale e interessa quindi i principi intesi in ogni loro funzione.

Un principio *espresso*, come osserva GUASTINI¹⁶⁴, “altro non è che il *significato* di una determinata *disposizione* effettivamente formulata: una norma che – s'intende: secondo una certa interpretazione- può essere ascritta ad una specifica disposizione come suo significato” (principio espresso da una disposizione).

Correlativamente, un principio è *inespresso* allorché si conviene che non vi è nel linguaggio legislativo una disposizione che costituisce la formulazione adeguata ed esauriente del principio stesso, ma lo si ricavi induttivamente e quindi a seguito di un processo di *integrazione* del diritto, cioè di attività creativa di norme, e tanto più creativa quanto minore è il numero di disposizioni o norme espresse che possono essere addotte come ragioni in favore della sua validità. Ciò implica dunque che la “norma di principio inespresso” non sia, di regola, ascritta ad una precisa disposizione come suo significato, ma piuttosto si ricavi induttivamente nell'intero sistema da un pluralità di disposizioni che si ritengono da intendere come applicazioni o specificazioni di quel dato principio.

¹⁶²V. CRISAFULLI, *Le norme programmatiche nella Costituzione*, in ID., *La costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano 1952, p. 62.

¹⁶³M. JORI, *I principi nel diritto italiano*, cit., p. 16.

¹⁶⁴R. GUASTINI, *Sui principi di diritto*, cit., p. 611.

Nell'ambito di questi *inespressi*, GUASTINI distingue tra principi *espliciti* ed *impliciti*¹⁶⁵. I primi possono appunto essere desunti da una pluralità, più o meno vasta, di disposizioni esplicite: in questo senso tali disposizioni possono essere adottate come ragioni o argomenti in favore della validità di quel principio¹⁶⁶.

Ve ne sono altri, -i secondi-, invece, che appaiono totalmente inespressi: cioè né formulati, né impliciti in alcun segmento del discorso legislativo, ma appunto inespressi e *impliciti nel sistema nel suo insieme*¹⁶⁷. Da questo punto di vista si può forse azzardare l'unico tipo di distinzione a seconda del grado di "conferma" che ciascun principio trova nel discorso legislativo o giurisprudenziale¹⁶⁸ o nella dottrina.

In ultimo, possono menzionarsi alcuni principi non esistenti nell'ordinamento ma desumibili, -per stessa ammissione dell'interprete- dalla natura delle cose, dalla costituzione materiale o dal sistema giuridico-politico nel suo complesso quali il principio della divisione dei poteri, dello stato di diritto, di uguaglianza, il principio della clausola generale esclusiva di libertà. Secondo GUASTINI, per la loro natura, "i principi di questo tipo non possono essere suffragati tramite norme esplicite come loro forme, essi traggono fondamento piuttosto da ideologie o dottrine (politiche e/o giuridiche): forse addirittura essi sono null'altro che ideologie e dottrine. Per questa ragione ciascuno dei principi in esame, solitamente non è riducibile ad una semplice formulazione in lingua mediante un singolo enunciato. Una formulazione adeguata del principio richiede l'esposizione di una complessa dottrina o costruzione dogmatica, che consta di una costellazione di enunciati valutativi e normativi (ognuno dei quali, forse, è a sua volta considerato come un principio)"¹⁶⁹.

III.2.2. *Principi come norme dotate del massimo grado di generalità, astrattezza; l'“eccedenza di contenuto deontologico”.*

I principi sono stati anche esaminati, nella loro struttura caratteristica, secondo un'ulteriore lente definitoria: quella dalla loro formulazione linguistica.

Sono stati variamente definiti da alcuni come norme elastiche, altri come norme generalissime anche per fattispecie (GUASTINI, PROSPERI, PERLINGIERI¹⁷⁰) altri come strumenti per normare la vaghezza casistica di fattispecie (LOMBARDI VALLAURI¹⁷¹). DWORKIN, come si è visto, li ha definiti come "argomentazioni" che giustificano una decisione.

¹⁶⁵ *Ibidem*.

¹⁶⁶ Tra questi, ad esempio, secondo GUASTINI (*Ult. Op. cit., passim*) il principio di irretroattività della legge penale (art. 25 Ico. Cost.); il principio del *neminem laedere* (art. 2043 c.c.); il principio di c.d. stretta interpretazione della legge penale (art. 1 c.p. in combinato con l'art. 14 preleggi al c.c.); il principio di legalità nella giurisdizione o del giusto processo (art. 101 Cost.).

¹⁶⁷ Tra questi, seguendo la stessa ricostruzione di GUASTINI (*Ibidem*) a titolo di esempio il principio di tutela dell'affidamento, il principio dispositivo nel processo civile, il principio di conservazione dei documenti normativi, il principio di separazione dei poteri (forse), il principio di legalità nell'amministrazione, i cc.dd. principi dell'ordine pubblico etc...

¹⁶⁸ Per questo tipo di analisi, applicata alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, cfr. *infra*, Cap. III.

¹⁶⁹ R. GUASTINI, *Sui principi di diritto*, cit. p. 614 ss.

¹⁷⁰ P. PERLINGIERI, *Valori normativi e loro gerarchia*, in *Rassegna di Diritto Civile*, 1999, p. 801.

¹⁷¹ L. LOMBARDI VALLAURI, *Norme vaghe e teoria generale del diritto*, in *Ars interpretandi*, 1995, *passim*.

Anche ESSER, rappresentativo dell'indirizzo ermeneutico del diritto, identificherà i principi come norme, anche pre-positive, caratterizzate da alto grado di genericità che il giudice dovrà trasformare in norme e istituzioni positive¹⁷².

CRISAFULLI, che come si è detto ha una visione unitaria dei principi, ha criticato il criterio ricostruttivo in base alla struttura, definendolo insufficiente in quanto descrittivo e approssimativo¹⁷³. La caratteristica, in ogni caso, che emerge come comune a tutte le analisi è che sotto questo profilo i principi possiedano comunque un'indubbia ampiezza semantica tale da risultare casisticamente versatili, e per ciò stesso estremamente generali ma anche relativizzabili.

BETTI riconduce questa caratteristica al fatto che la formulazione di una norma come "principio" significherebbe in questo senso l'incapacità del sistema, e dello stesso linguaggio giuridico, a esprimere, in maniera compiuta e definitiva, istanze di significato che sono ulteriori rispetto al mondo del diritto eppure per questo assolutamente irrinunciabili¹⁷⁴. E' ormai celebre la sua teoria che vi riconosce un'"eccedenza del contenuto assiologico (o deontologico)" per cui l'orizzonte finalistico, il dato di valore del principio non si esaurirebbero mai nelle norme particolari di attuazione, in una perifrasi: "*l'inesauribile capacità dei principi di essere declinati in innumerevoli fattispecie normative più concrete*"¹⁷⁵.

Queste definizioni, se riflettiamo bene, possono associarsi senza sforzi sia ai principi di tipo espresso (disposizioni esprimenti principi) sia ai principi inespressi, ricavabili dall'opera estrattiva e astrattiva dell'interprete. Sia nel primo caso, che nel secondo, infatti, i principi sono strumenti astraenti e generalizzanti.

III.2.3. Principi come istanze esprimenti posizioni precise: principi-"tutele" o principi-"prestazioni"

Sulla scia del portato teorico delle elaborazioni di HOFELD, JELLINEK e ALEXEY¹⁷⁶ possiamo costruire un ulteriore filtro definitorio per accostarsi all'esame delle fonti-norme "principi".

Ricordando che le posizioni fondamentali, come insegnano i teorici dell'approccio neocostituzionalista e argomentativo, possono essere introdotte sia da norme esprimenti diritti in senso stretto (regole) che da principi (norme più ampie, come si è visto, sia per formulazione linguistica che per vaghezza casistica),

¹⁷²J. ESSER, *Grundsatz und Norm*, Tübingen, 1990; la descrizione è di P.G. Monateri, *L'interpretazione del diritto*, Voce redatta per il Digesto, 4.a ed, disponibile su http://www.jus.unitn.it/Cardozo/Review/Legalprocess/Monateri-1995/int_som.htm

¹⁷³V. CRISAFULLI, *Le norme programmatiche nella Costituzione*, in ID., *La costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano 1952, *passim*.

¹⁷⁴V. E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, edizione corretta e ampliata a cura di Giuliano Crifò, Milano, 1990, p. 850. Ivi infatti leggiamo: "In essi principi opera una forza di espansione, ma non già di indole logica e dogmatica, bensì di indole valutativa e assiologica: forza non già di "verità" e di ragion teoretica, ma di valori etici e delle loro valutazioni, che gradatamente maturano e si affermano in base a situazioni storiche contingenti".

¹⁷⁵A. LONGO, *Valori, principi e costituzione qualche spunto sui meccanismi di positivizzazione delle istanze assiologiche di base*, in "Diritto e Società", 2002/1, p. 115 e, in genere, 110 ss.

¹⁷⁶Cfr. *supra*.

possiamo tentare, come del resto è stato fatto¹⁷⁷, di focalizzare le riflessioni e le tassonomie di ALEXY nell'ambito delle fonti "principi", in relazione alla loro struttura e alla loro formulazione linguistica.

Se infatti le posizioni fondamentali possono essere di difesa (di tutela), *lato sensu* pretensive, di libertà o di potere, quelle introdotte da principi, potremmo dire che saranno dunque veicolate da principi da intendersi in funzione *tutelare, prestazionale o liberale*¹⁷⁸.

Questa divisione si attaglia con tutta evidenza ai principi di tipo costituzionale, prevalentemente espressi in forma di disposizione e oggetto prevalente della nostra analisi: sia sufficiente sfogliare una qualsiasi costituzione c.d. "lunga". Essi, infatti, molto spesso sono principi che esprimono tutele, difese, garanzie o principi che fissano obiettivi prestazionali.

Anche, comunque, per i principi generali e quelli più ampiamente associati all'opera induttivo-integrativa-risolutrice dell'interprete, prevalentemente induttivi, possono valere queste distinzioni se poniamo mente al fatto che l'esito dell'opera integrativo-suppletoria del giudice in caso di lacune (e quindi col ricorso al principio induttivo-ricostruito) possa risolvere il caso sottopostogli in senso di aggiungere una "tutela" ad una parte in giudizio, o di riconoscervi una "pretesa" attiva, un potere o una libertà.

Da questo punto di vista occorre quindi distinguere i principi la cui applicazione porti al riconoscimento di una posizione di *difesa*, dai principi la cui applicazione porti al riconoscimento di una posizione di *pretesa*, o da quelli che generino una posizione di *libertà*, o ancora che portino al riconoscimento di una posizione di *potere*.

Di essi, in vista della distinzione oggetto di questa ricerca, si può disquisire in punto di caratteristiche logico-giuridiche, in particolare dell'idoneità o meno di essi ad essere esigibili, azionati, cioè formare oggetto di aspettative di giustiziabilità.

Come si è visto per il caso generale spiegato da ALEXY¹⁷⁹, possono riassumersi le seguente caratteristiche.

- Per i principi esprimenti posizioni di *tutela* non limitati alla mera affermazione dell'istanza sottesa ma prevedenti un'azione tutelare, questi sono giustiziabili automaticamente nel momento stesso in cui, dopo la loro affermazione, positiva o giurisdizionale, una condotta attiva di terzi contrasti con il contenuto d'azione insito nel principio stesso.

- Per i principi esprimenti posizioni di *pretesa*, non può concludersi per la loro idoneità a fondare posizioni giustiziabili poiché formulati in modo troppo finalistico e ottativo. Segnatamente, non sono idonei i principi esprimenti *protezioni*, perché sostanziosamente in pretese attive non definiscono, non ritagliano condotte giustiziabili; e neppure le pretese a *prestazioni in senso stretto (diritti sociali)* perché, per la loro indole esistenziale e strumentale allo svolgimento della vita dei cittadini, sono soggetti a troppe valutazioni argomentative e di ponderazione politico-economico-

¹⁷⁷ Nella ricerca di J. SCHMIDT, *Die Grundsätze im Sinne der EU-Grundrechtscharta*, Tübingen, 2010.

¹⁷⁸ Cfr. *infra*, cap. III, dove applicheremo, con l'aiuto di qualificata dottrina, questa suddivisione alle posizioni riconosciute nella Carta dei diritti.

¹⁷⁹ Cfr. *supra*, par. II.4.

sociale, obbedendo quindi non ad una logica regolativa (del “tutto-o-niente”) ma politico-argomentativa, necessitante di per sé di norme di dettaglio.

- Per i principi esprimenti posizioni di *pretesa a organizzazioni o procedimento*, la loro idoneità a dare adito a azioni giurisdizionali deriva dalla loro struttura e formulazione anche linguistica: occorrerà distinguere se le ragioni giustificatrici di queste pretese sono ragioni individuali o collettive. Posto, infatti, che difficilmente principi generali possono esprimere posizioni meramente individuali, solo nel primo caso, infatti, potrà aversi una pretesa soggettiva perfetta, mentre nel secondo un interesse solo *mediatamente* protetto dall'amministrazione¹⁸⁰ e quindi necessitante piuttosto di norme attuative di dettaglio (regole), le sole ad essere giustiziabili.

- Per i principi esprimenti *libertà* da intendersi come *giuridicamente protette*, potrà essere oggetto di riconoscimento giustiziabile solo l'associato “diritto” al *non impedimento* della realizzazione dell'istanza oggetto di libertà, non potrà invece essere giustiziato qualsiasi azione di favor verso l'istanza stessa.

- Infine, dall'enunciazione di principi esprimenti *poteri* potrà essere giustiziata la sola garanzia delle mere condizioni ambientali di possibilità di esercizio in concreto, ma solo se il potere sia circoscritto e individualizzato, perché se al contrario riferito in generale come ragione collettiva ricadrebbe nel caso dei diritti di organizzazione.

III.3 *Le teorie pronunciate sul grado di “diretta applicabilità” “normatività” o giustiziabilità dei principi.*

Mai, forse, come in ordine alla questione della diretta applicabilità o azionabilità dei principi è possibile rintracciare una diversità di posizioni dottrinali in ragione dell'appartenenza a questa o quella scuola teorica del diritto. Questo tema infatti è stato oggetto di largo dibattito.

Due autorevolissime opinioni, di CRISAFULLI¹⁸¹ e BETTI¹⁸², di cui si sono già esposti i tratti principali, si sono scontrate in merito come epigoni dei differenti punti di vista: positivistico-normativista e ermeneutico-argomentativo.

La lezione di CRISAFULLI, e con questo dei normativisti-positivisti (BOBBIO, SCIALOJA, MODUGNO¹⁸³) sostiene l'efficacia normativa e la precettività delle disposizioni costituzionali di principio.

Sul versante opposto, BETTI, pur aderendo al metodo storicista, non nasconde invece simpatie giusnaturalistiche (come COTTA, DEL VECCHIO, DWORKIN¹⁸⁴) apre alla possibilità dell'etereointegrazione del contenuto dei principi e quindi alla loro non stretta normatività, ma valore di criterio, *canone extrapositivo* di giudizio. Per questo i principi descrivono qualcosa di ulteriore rispetto alle norme, e, nel caso dei

¹⁸⁰ Quello che con linguaggio amministrativistico, può essere definito “*interesse legittimo*” (Cfr. F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo. Profili sostanziali e processuali*, Milano 2011, *passim*).

¹⁸¹ V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, *passim*.

¹⁸² V. E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, Milano, 1990.

¹⁸³ *Opp. Citt.*

¹⁸⁴ *Opp. Citt.*

principi costituzionali dovrebbero addirittura compiere il tentativo di dar voce all'eternità dei valori"¹⁸⁵. "Il principio, insomma, pur venendo concretizzato in norme particolari, non sarebbe mai esaurito ad esse. Da qui la loro invincibile ripugnanza del dato assiologico ad essere ridotto ad una formulazione precettiva"¹⁸⁶.

Nell'ambito degli aderenti all'indirizzo ermeneutico (come ESSER, VIOLA-ZACCARIA, BARBERIS¹⁸⁷) e alle teorie neocostituzionalistiche e argomentative (come ALEXY, DWORKIN, BONCINELLI, ZAGREBESLKY, MAC CORMICK, FARIAS¹⁸⁸), non si riconosce ad essi valore propriamente normativo e idoneità a fondare pretese giustiziabili, ma piuttosto si segnala l'esigenza di concretizzazione in norme di dettaglio e quindi il contributo dell'interprete quale ruolo maieutico per ridurre lo scarto tra l'idealità e indeterminatezza del principio, dotato di eccedente contenuto assiologico, e ricavare una regola provvista di concreta normatività¹⁸⁹.

¹⁸⁵ V. E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, Milano, 1990, 848 ss. citato da A. LONGO, *Valori, principi e costituzione*, cit., p. 115.

¹⁸⁶ A. LONGO, *Ibidem*.

¹⁸⁷ *Opp. Citt.*

¹⁸⁸ *Opp. Citt.*

¹⁸⁹ Come conclude D. FARIAS, *Idealità e indeterminatezza dei principi costituzionali*, Milano, 1981, cap. IV, *passim*.

CAPITOLO II

“PRINCIPI” E “DIRITTI” NELLA STORIA DEL DIRITTO DELL’UNIONE EUROPEA E NEL DRAFTING DELLA CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI

“In Europa, in principio era il mercato. Poi vennero i diritti”.
(A. MANZELLA¹)

“La storia dei diritti fondamentali a livello comunitario è la storia degli effetti espansivi dei principi di non-discriminazione e delle libertà fondamentali del trattato: principi e libertà che attraverso la giurisprudenza della Corte di Giustizia e al fine di garantire il primato del diritto comunitario hanno sviluppato una dinamica analoga a quella del processo di integrazione. Le sentenze della Corte di Giustizia hanno creato il diritto vivente dei diritti fondamentali a livello comunitario consolidando, gradualmente, la loro tutela nel contesto definito dai Trattati UE e CE. La Corte continuerà a esercitare un’influenza decisiva sulla loro interpretazione e applicazione futura”.
(J. WOELK²)

II.1 *Le vicende di “principi” e “diritti” in Europa prima della Carta: tra dottrine nazionali, giurisprudenza e scrittura.*

Comprendere pienamente il senso dell’attuale assetto e dei modelli accolti di “diritti” e “principi” nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea significa *in primis* ripercorrere le vicende argomentative, logiche e cronologiche che hanno portato gradualmente la speculazione giuridica del vecchio continente, la Comunità Europea e quindi l’Unione ad affermarne l’esistenza e promuoverne la tutela.

Non è infatti un’opinione isolata, - ed anzi è la ricostruzione che qui proponiamo- che la Carta, nell’introdurre un tale dualismo normativo rappresenti, ad un tempo, il punto di arrivo e la sintesi delle dottrine, esperienze maturate e delle politiche relative ai due tipi di fonte avvicendatesi nel corso degli ultimi secoli di vita giuridica del nostro Continente³.

¹A. MANZELLA, *Dal mercato ai diritti*, in A. MANZELLA, P. MELOGRANI, E. PACIOTTI, S. RODOTÀ, *Riscrivere i diritti in Europa: introduzione alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea*, Bologna, 2001, 29.

²J. WOELK, *La tutela dei diritti fondamentali in Europa prima della Carta*, in R. TONIATTI (a cura di), *Diritto, diritti, giurisdizione: la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea*, Padova, 2002, p. 73.

³Sulla Carta dei diritti fondamentali come fonte di ricognizione dei diritti sinora già proclamati, tra i molti: A. BARBERA, *La Carta europea dei diritti: una fonte di ri-cognizione?*, in *Il Diritto dell’Unione Europea*, 2001, 2/3; G. SILVESTRI, *Verso uno ius commune europeo dei diritti*

“Diritti (pubblici) soggettivi” e “*principi*” possono contare su un’imponente genealogia concettuale che li vede radicati nella nostra esperienza storica delle costruzioni e dell’argomentazione giuridica fin dalle ascendenze romanistiche⁴, ma che li vede affermarsi come categorie *positive* - e quindi come fonti in senso tecnico e non solo come congetture dogmatico-interpretative-, relativamente tardi.

Diritti. Tralasciata la speculazione filosofico-teologica scolastica e l’insulare questione degli *iura propria* altomedievali⁵, da un punto di vista *positivo* i “*diritti*” come categorie e strumenti di tutela di posizioni fondamentali nascono, come noto, con l’*Habeas corpus* contenuto nella *Magna Charta* del 1215 ottriata da Giovanni Senzaterra ai sudditi inglesi⁶.

A questi avvenimenti, qualche secolo dopo, seguiranno l’immensa opera pretoria dei *common lawyers*⁷ e la stagione secentesca giusnaturalistica e quella illuministica delle teorie e delle dichiarazioni di affermazione *positiva* e *positivistica* dei diritti: di quegli anni è la speculazione di BECCARIA volta a interrogarsi sulle tutele penali dei cittadini (*Dei delitti e delle pene*, 1764), l’ *Habeas corpus Act* (1679), il *Bill of Rights* britannico del 1689, la Dichiarazione d’indipendenza Americana (1776), la dichiarazione francese dei diritti dell’uomo e del cittadino (1789)⁸. Quindi le moderne Costituzioni nazionali individualistico-liberali e socialistico-egualitarie, le moderne dichiarazioni di dimensione laicamente pluraliste

fondamentali, in Quaderni Costituzionali, 2006; R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO (a cura di), *L’Europa dei diritti: commento alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, Bologna 2001. Per un’interessantissima analisi dello stato attuale del diritto comunitario come punto d’approdo di un’evoluzione di dottrine e ideologie: G. ITZCOVICH, *Teorie e ideologie del diritto comunitario*, Torino, 2006; J. SCHMIDT, *Die Grundsätze im Sinne der EU-Grundrechtecharta*, Tübingen, 2010.

⁴ Cfr. *infra*.

⁵ Cioè la questione che vede affiancarsi al c.d. *ius commune* la molteplicità dei diritti particolari vigenti entro l’impero stesso, selezionandosi spontaneamente un favor per il principio di personalità del diritto rispetto al principio di territorialità. Il diritto, non più esclusivo monopolio del potere, è anche voce della società, così che “ogni persona all’interno dello stesso regime politico, lungi dall’essere soffocata da un diritto unitario a proiezione territoriale, è portatrice, - a seconda delle particolarità del proprio ceppo etnico -, di un diritto specifico e differenziato, sì che il romano potrà professare ed utilizzare il patrimonio proprio alla sua tradizione giuridica allo stesso modo che il longobardo il suo. Il quadro del contrasto tra lo *ius proprium* degli ordinamenti particolari e l’*unum ius* dell’impero era tracciato con chiarezza tale da poterne dedurre con facilità che l’unicità espressa dalla formula “*unum ius*” simboleggiasse piuttosto l’unicità di “un diritto dell’impero e non nell’impero”. Dunque non “l’unico diritto”, ma un ordinamento proprio inteso come “il diritto comune” a tutto l’impero. In questa accezione, quindi “*iura*” indicava solo parti o frammenti del “*ius*” oggettivo. Cfr. M. BARBERIS, *Europa del diritto*, Milano 2008, p.123; P. GROSSI, *L’ordine giuridico medioevale*, Roma-Bari, Laterza, 1995, *passim*; A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa*, Milano, Giuffrè, 1979, *passim*; F. CALASSO, *Il diritto comune come fatto spirituale*, Milano, Giuffrè, 1948, *passim*; P. GROSSI, *L’Europa del diritto*, Roma-Bari, 2007, *passim*.

⁶ M. BARBERIS, *Europa del diritto*, Bologna 2010, cap. IV, *passim*; L. BACCELLI, *Diritti fondamentali: i rischi dell’universalismo*, in T. MAZZARESE (a cura di), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Torino 2002, *passim*.

⁷ M. BARBERIS, *Europa del diritto*, cit., 126.

⁸ Cfr. sul punto A. FACCHI, *Breve storia dei diritti umani*, Bologna, 2007; M. FLORES, *Storia dei diritti umani*, Bologna 2008, che nel cap. II parla di “scoperta dei diritti”, M. FIORAVANTI, *Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*, Torino, 1995; G. LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l’homme*, Paris, 2001; F. BILANCIA, *I diritti fondamentali come conquiste sovrali di civiltà*, Torino, 2002.

e universalistiche⁹: la Dichiarazione Universale dei diritti dell'Uomo (1948) e solo di recente, per fare qualche esempio vicino al nostro oggetto di ricerca, la Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e libertà fondamentali (1949-50) e il Patto internazionale sui diritti civili politici e economici, sociali e culturali (1966).

Il fatto stesso che gli accadimenti elencati abbiano segnato prevalentemente gli ultimi tre secoli e il secondo dopoguerra ha fatto sì che BOBBIO ribattezzasse il nostro tempo l'"Età dei diritti"¹⁰, e, "per quanto questo problema risalga almeno all'inizio dell'età moderna" non ha esitato ad affermare che "...è solo dopo la fine della seconda guerra mondiale che questo stesso problema da nazionale è diventato internazionale, e ha coinvolto per la prima volta nella storia tutte le genti", rafforzandosi, ad un tempo, "tre processi di evoluzione nella storia dei diritti dell'uomo [...]: positivizzazione, generalizzazione, internazionalizzazione"¹¹, momenti che mai prima d'ora si erano verificati simultaneamente.

Intorno alla stessa nozione, definizione e dottrina dei diritti nascenti, come ha ricordato MAZZARESE¹², si sono poi incontrate e scontrate concezioni molto diverse, che sono state proposte secondo le denominazioni più varie, sviluppate, [...] secondo che se ne volesse enfatizzare una valenza assoluta piuttosto che storicamente condizionata e connotata¹³: "diritti fondamentali", "diritti umani" "diritti naturali", o addirittura "diritti morali" da una parte e, dall'altra, "diritti costituzionali" quando non semplicemente "diritti individuali" o "diritti soggettivi"¹⁴.

"Denominazioni diverse, queste, che, per quanto a volte possano essere usate indifferentemente, testimoniano opzioni filosofiche e teoretico-concettuali differenti tanto sul problema meta-etico dell'eventuale fondamento ultimo dei diritti, quanto sui temi della loro definizione e individuazione, così come su quello delle forme e dei modi della loro tutela giuridica"¹⁵.

Principi. Anche con riguardo alle discussioni nazionali intorno ai *principi*, può ripercorrersi sinteticamente una storia che li vede ora intesi come istanze *inespresse* (cioè non positivamente introdotte), costrutti rilevanti solo come concetto-categoria dogmatica e interpretativa, ora come fonte *espressa* e positivamente normat(iv)a, in una parabola che li colloca prima come strumenti tipici della dogmatica statalista positivista, poi oggetto della retorica argomentativa del bilanciamento e nelle composizioni tipiche del più recente neocostituzionalismo¹⁶, anche postnazionale¹⁷.

⁹ Come riassume T. MAZZARESE, *Nuove sfide e tentativi di delegittimazione, un'introduzione*, e ID. *ripensare la cultura dei diritti?* in T. MAZZARESE, *Diritti fondamentali, le nuove sfide*, Torino 2010, *passim*.

¹⁰ N. BOBBIO, *L'Età dei diritti*, Torino, 1989, riedito nel 1990.

¹¹ N. BOBBIO, citato da T. MAZZARESE, *Cit.*, p. 45.

¹² T. MAZZARESE, *ripensare la cultura dei diritti*, *cit.*, p. 133.

¹³ Sugli approcci possibili alla questione dei diritti e libertà fondamentali, cfr. *supra*, Cap. I, e sul punto M. FIORAVANTI, *Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*, Torino, 1995, *passim*.

¹⁴ T. MAZZARESE, *ibidem*.

¹⁵ T. MAZZARESE, *ripensare la cultura dei diritti*, *cit.*, p. 133.

¹⁶ Come sostiene nella sua imponente opera G. ITZCOVICH, *Teorie e ideologie del diritto comunitario*, Torino 2006, nella quale individua i punti di passaggio in una scansione ideale "dottrina della sovranità-teoria dell'ordinamento giuridico-teoria dei valori o retorica dei principi. L'Autore segnala che "nell'arco degli anni '60/'70 è possibile ritrovare un trasformazione del discorso giuridico, una

Tra gli studiosi, si è notato che una tematizzazione di tali concetti (in particolare dei *principia iuris*, assimilabili ai nostri principi generali di diritto-“*general principles of law*”) come categoria dogmatica e ermeneutica era stata compiuta sin dall’ epoca romana classica. Secondo SALDAÑA i principi del diritto troverebbero la loro origine nello stesso periodo in cui nacque la scienza del diritto romano¹⁸ e STEIN¹⁹, per esempio, ha ricordato che sin dal dodicesimo secolo era stato rilevato che alla formulazione del titolo 50,17 *De diversis regulis iuris antiqui* del Digesto si era proceduto mediante una formulazione induttiva di *regulae generales* sulla base delle indicazioni desumibili da decisioni aventi la stessa *ratio determinationis*. I risultati dell’analisi casistica confluivano quindi, a livello dell’elaborazione dottrinale di sistematizzazione dell’esperienza giuridica, in categorie sistematico-ricognitive proprio come fanno gli attuali schemi dogmatici di organizzazione razionale della conoscenza dell’ordinamento: tutti elementi che consentono al romanista anglosassone di concludere che le *regulae* del D. 50, 17 possano bene identificarsi con i moderni “*general principles of law*”²⁰.

Queste, per dirla con STEIN, “erano regole dettagliate di estensione limitata, generalizzazioni che segnalavano il cammino d’un area definita di diritto stabilito, [...] generalmente servite come orientamento e guida, ed alcune di esse potevano essere direttamente applicabili”²¹.

In ogni caso, solo di recente negli ordinamenti di moderno conio e nel nostro sistema la questione dei principi, come ha segnalato BOBBIO²², compare *positivamente*, con un’accezione che li inverte nella loro rilevanza dogmatico-interpretativa e li consacra come istituti-rimedi per l’incompletezza dell’ordinamento, e, nella nostra esperienza, solo a seguito della menzione introdotta dal Codice civile albertino (1837)²³: questo aveva recepito in chiave più positivista la concezione giusnaturalistica²⁴ (ma codificata) del codice Civile austriaco del 1811 della ricorribilità, in caso di lacune, ai principi del diritto naturale (*natürliche Rechtsgrundsätze*).

L’art. 3, 2° co. delle disposizioni preliminari al codice civile del 1865 continuava nel solco di questa tendenza codificatoria e stabiliva che “*qualora una controversia non si possa decidere con una precisa disposizione di legge, si avrà*

svolta normativa della scienza giuridica che si lascia leggere bene del dibattito sulle questioni comunitarie”.

¹⁷E qui il riferimento è a HABERMAS, evidentemente. Cfr. *La costellazione postnazionale*, Milano 1999.

¹⁸J. SALDAÑA, *Regole e principi. L’origine e il contenuto morale dei principi giuridici nelle Regulae iuris*, in *Ars Interpretandi*, 2005, *passim*.

¹⁹In *The Digest title, De diversis regulis iuris antiqui and the general principles of law*, in *Essays in honour of Roscoe Pound*, Indianapolis-New York, 1962, riferito in S. BARTOLE, *Op. cit.*

²⁰Nello stesso senso anche SALDAÑA.

²¹P. STEIN, *Regulae iuris. From juristic rules to legal maxims*, Edinburgh, U.P. Edinburgh, 1996, p 101; citato da SALDAÑA, *cit.*

²²N. BOBBIO, V° *Principi generali di diritto*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino UTET, 1949-1976.

²³Che prevedeva il ricorso ai “*principi generali di diritto, avuto riguardo a tutte le circostanze del caso*” per colmare le lacune giuridiche.

²⁴Sulla concezione giusnaturalistica dei principi generali cfr. la teoria di un epigono di tale scuola, G. DEL VECCHIO, *supra*, Cap. I.

riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe: ove il caso rimanga dubbio, si deciderà secondo i principi generali di diritto". Queste previsioni, tra l'altro, furono il modello di articoli analoghi in molti codici successivi, specie degli stati dell'America latina. Anche il canone 20 del *Codex iuris canonici* del 1917 prevedeva che in caso di lacuna la norma debba ricostruirsi, oltre che da casi simili e da altre fonti, anche "*a generalibus juris principiis cum equitate canonica servatis*"²⁵.

Al centro di un processo evolutivo che è stato descritto in direzione progressivamente positivista e statalistica²⁶ ma che avrà il suo sbocco sistemandosi naturalmente nell'approccio neocostituzionalista²⁷, i *principi* sono oggetto anche delle nostra attuale disciplina in materia di interpretazione della legge.

Come riporta BOBBIO,

"scartata la formula chiara ma più restrittiva proposta nel Progetto definitivo del nuovo Codice Civile (1936) "principi generali del diritto vigente" il legislatore attuale ha adottato l'insolita e poco perspicua espressione "principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato" (art. 12 disp. Gen.) inteso il termine "ordinamento", secondo la spiegazione contenuta nella *Relazione*, come "comprensivo, nel suo ampio significato, oltre che delle norme e degli istituti, anche dell'orientamento politico-legislativo statale e della tradizione scientifica nazionale (diritto romano comune, ecc.)"²⁸.

SERGIO BARTOLE ha intravisto nel cambio dalla formula "*principi generali del diritto*" in "*principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato*" un'importante differenza e un segno ulteriore assimilabile al passaggio da *inespressi* ad *espresi*, risolvendosi la variazione non in una mera questione terminologica, ma nella manifestazione di "un'opzione di maggiore positività", "il che [...] sembra aver consentito di superare definitivamente la contrapposizione principi espresi-principi inespressi"²⁹.

Ciò che infatti rimane l'elemento comune alle due concezioni³⁰, spiega BARTOLE, è comunque il carattere di generalità di essi e quindi la sottesa metodologia identificatrice che prevede la desunzione di questi attraverso un procedimento di astrazione e generalizzazione crescente per creare la massima di generica disciplina della materia. Se infatti nell'ipotesi dei principi dell'ordinamento *statale* "il ricorso al principio implicherà un'estensione articolata per successive specificazioni della regola determinata per induzione, nell'altra ipotesi risulteranno

²⁵ Cfr. N. BOBBIO, *ivi*, pag 888.

²⁶ Come sostiene G. BERTI, *Ermeneutica e processualità nella trasformazione dei principi e dei valori universali in regole degli ordinamenti positivi*, in *Ars Interpretandi*, 2005, *passim*.

²⁷ Come si è visto secondo G. ITZCOVICH, *Teorie e ideologie del diritto comunitario*, cit.

²⁸ N. BOBBIO, *ivi*.

²⁹ S. BARTOLE, *Principi del diritto (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol XXXV, *ad vocem*, p. 496 ss.

³⁰ Sia che si tratti di principi "*dell'ordinamento dello Stato*", identificando "una connotazione di storicamente individuata positività"; o piuttosto di principi generali "*del diritto*", "lasciando il campo agli esiti di una riflessione indiscriminata sull'esperienza giuridica, che si vuole cogliere ora come dato fenomenologico di un certo assetto istituzionale, ora come totalità organica di una certa convivenza sociale determinata" (S. BARTOLE, *ivi*).

noti in partenza all'interprete i soli interessi da tutelare, ed egli dovrà, quindi passare eventualmente anche sulla scorta di altri elementi, alla formulazione dei profili più immediatamente regolativi del caso a lui sottoposto andando ben oltre –palesamente- i dati così in via di principio in suo possesso”.

Ed ecco che la prescrizione dell'art. 12, secondo BARTOLE, delimiterebbe qui i poteri e i doveri del giudice di fronte al legislatore in una sintesi tra ricognizione e creatività.

In definitiva, come dimostra anche la ricostruzione effettuata da D'ATENA³¹, sembra che nella distinzione tra principi inespressi ed espressi e nelle vicende normative che hanno accompagnato l'evoluzione dall'una all'altra forma in direzione positivista, ben possa trovarsi la lente adatta per osservare l'intera storia dell'evoluzione di questo genere di fonte. Questa dottrina infatti definisce i principi non scritti, che si ricavano in via di astrazione generalizzatrice da una pluralità di norme particolari, come *principi di prima generazione*, mentre etichetta come *principi di seconda generazione* tutte quelle disposizioni, principi, criteri- “i quali presentano notevole diffusione nel costituzionalismo di questo secolo”- rappresentati da: a) *ripartizioni di tipo verticale* in forza del quale ad una fonte è riservata la fissazione di principi (in genere qualificati come fondamentali) ed alla fonte con essa concorrente la posizione delle prescrizioni che principi non sono, intesi come tecnica normativa *scritta* che trova impiego soprattutto nelle costituzioni degli Stati regionali o federali; e b) le *disposizioni di principio* come quelle mediante le quali la Costituzione italiana enuncia il principio di eguaglianza, di irretroattività della legge penale, o quello dell'imparzialità dell'Amministrazione. E' evidente che queste ultime due categorie, che D'ATENA ha ricondotto a principi *della seconda generazione*, presentano maggiori punti di contatto con le norme in senso stretto, perché espressi ed enucleati in testi normativi scritti, e quindi mancherebbero, in molti casi, dell'*eccedenza di contenuto deontologico*³² propria dei principi non scritti.

E' nell'ultimo periodo, a seguito dello sviluppo delle scuole anglosassoni e in particolare dopo l'avvento della Costituzione e grazie all'opera di alcuni lungimiranti teorici e costituzionalisti (ALEXY, DWORKIN, ZAGREBELSKY³³), invece l'idea che i principi, proprio perché esprimono direttive generali e politico-programmatiche possano concorrere, piuttosto che ad una stretta giustiziabilità- a differenza delle *norme*, ad un bilanciamento argomentativo per raggiungere la *ratio* della legge ordinaria e valutarne la legalità costituzionale.

Insomma, tratto caratterizzante della storia *teorica* dei principi delle dottrine nazionali deve riconoscersi quel paradigma evolutivo che li vede migrare dalla forma inespressa-dottrinale e giurisprudenziale a quella espressa-positiva, quindi alla

³¹A. D'ATENA, *In tema di principi e valori costituzionali*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1997, p.3065.

³²Cfr. E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano 1949, le cui tesi sono bene esposte in F. WIEACKER, *Dalla storia del diritto alla teoria dell'interpretazione (il pensiero filosofico-giuridico di Emilio Betti)*, in *Rivista di Diritto Civile*, 1970; G. ZACCARIA, *Creatività e principi nell'ermeneutica di Emilio Betti*, in *Rivista di Diritto Civile*, 1992, F. MODUGNO, *Principi e norme. La funzione imitativa dei principi e i principi supremi o fondamentali*, in F. MODUGNO (a cura di) *Esperienze giuridiche del '900*, Milano, 2000 ; Cfr. anche *supra*, Cap. I.

³³Cfr. *supra*, Cap. I.

accezione neocostituzionalistica-argomentativa. E la storia di questa evoluzione, trasposta in ambito comunitario, potrà fornire utile chiave di lettura ai fini della nostra analisi illustrando un'analogia evoluzione che ha interessato i principi della Carta.

Nel più specifico del campo *inter-* e *sovra-*nazionale, secondo la riflessione di BOBBIO³⁴, la discussione sui principi non è mai stata attuale e piena di promesse come negli ultimi decenni, “*da quando [cioè] l’art 38 dello Statuto della Corte permanente di giustizia internazionale (1920) enumerò tra le fonti cui la Corte avrebbe potuto far riferimento per risolvere una controversia, oltre i trattati internazionali e la consuetudine internazionale, al terzo posto i “principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili”. Da allora l’interesse per l’argomento è andato rapidamente crescendo e il problema della individuazione di questi principi si è diffuso anche in quei paesi in cui la legislazione non conteneva una formula come i nostri artt. 3 e 12 sopracitati*”³⁵.

Come ha commentato GAJA³⁶, di fronte al fatto che di principi generali a livello internazionale si possa parlare sia intendendo elementi che caratterizzano l’ordinamento della comunità internazionale sia elementi comuni ad una pluralità di ordinamenti, la norma ebbe il pregio di confrontare la dottrina dell’epoca sul concetto di “*riconoscimento*” internazionale di un principio, tema parente, -anzi proiezione in materia internazionalistica- del problema dell’identificazione dei principi come fonti tutto sommato già espresse dal sistema o piuttosto inesprese e quindi ricavabili mediante costruzione dogmatica e sforzo creativo.

Secondo GAJA, la previsione dello statuto della Corte di Giustizia del ricorso ai “*principi riconosciuti dalle nazioni civili*”

“non aveva solo la funzione di indicare un’altra categoria, oltre alle due categorie elencate precedentemente, di norme internazionali che la Corte è tenuta ad applicare. Il riferimento[...], se inteso nel suo significato letterale imporrebbe alla Corte di applicare altresì i principi generali comuni agli ordinamenti degli Stati indipendentemente dall’esistenza di una norma corrispondente di diritto internazionale”³⁷.

In questo senso, il *riconoscimento* dell’art. 38 non equivarrebbe quindi alla mera considerazione che un principio è già operante nella società internazionale, ma piuttosto abiliterebbe la Corte a costruire regole concrete muovendo con procedimenti induttivi sulla base delle diverse esperienze giuridiche nazionali comuni e già operanti. Tuttavia, spiega GAJA, al contrario

“deve ritenersi un intento manifestamente eccessivo il fatto che lo Statuto abbia inteso modificare il diritto internazionale nel senso di introdurre fra le norme

³⁴ N. BOBBIO, *Ibidem*.

³⁵ N. Bobbio, *Op. Cit.*, p.888.

³⁶ Tra i commenti che meritano una segnalazione sul punto si veda G. GAJA, *Principi del diritto (diritto internazionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXV, *ad vocem*.

³⁷ G. GAJA, *Op. Cit.*, p. 538.

internazionali tutti i principi comuni agli ordinamenti interni che siano compatibili con l'ordinamento internazionale»³⁸.

Quindi l'indicazione introdotta nell'art. 38 par. 1 dello Statuto della Corte Internazionale di Giustizia avrebbe piuttosto la funzione di contribuire a precisare che, nell'applicare i principi comuni agli ordinamenti interni, la Corte deve rispettare comunque le norme internazionali, risolvendosi al contrario il senso del disposto in un temperamento all'autorizzazione a ricorrere ai principi comuni dei singoli ordinamenti. Questo sarebbe confermato dal fatto che

“nella giurisprudenza della Corte, il riferimento ai principi generali del diritto è solitamente effettuato nel primo fra i significati sopra delineati: *la Corte ricostruisce un principio proprio dell'ordinamento internazionale*, talora senza alcun riferimento agli ordinamenti statali, talora invece con un richiamo rapido e sommario a principi propri di tali ordinamenti, essenzialmente in funzione di *conferma* dell'esistenza di un principio che può già essere considerato come operante nella società internazionale”³⁹.

Preso atto dunque che il *principio* che la Corte Internazionale ricostruisce è comunque già proprio dell'ordinamento internazionale, la materia internazionalistica, dunque esprimerebbe una concezione dei principi come fonti già espresse dal sistema. Infatti, come chiosa GAJA,

“la scarsa valorizzazione da parte della Corte dei principi comuni agli ordinamenti statali in funzione integrativa delle norme internazionali applicabili trova probabilmente motivo nella circostanza che l'utilizzazione dichiarata dei principi con tale funzione, sia pure nella misura in cui essi sono davvero comuni agli ordinamenti interni, avrebbe potuto costituire per gli Stati un'ulteriore remora nell'accettare la giurisdizione della Corte o nel farvi ricorso. Tale circostanza contribuisce a spiegare perché la Corte abbia invece affermato con una certa larghezza l'esistenza di principi propri dell'ordinamento internazionale, talora considerandoli corrispondenti a quelli operanti negli ordinamenti statali. Per enunciare tali principi non era inoltre necessario, come si è già rilevato, esaminare approfonditamente le norme interne; ciò risponde anche all'atteggiamento generalmente tenuto dalla Corte nel senso di non volersi addentrare in quella che, in linguaggio metaforico, appare per i giudici internazionale una foresta impervia”⁴⁰.

Tutto ciò in evidente divergenza rispetto all'opposto significato dei “*principi generali comuni ai diritti degli stati membri*” di cui all'art 215 co. 2 del Trattato CE, con il quale la Comunità sembra aver accolto così una diversa ideologia dei principi e precisamente la concezione degli stessi come “elementi comuni ad una pluralità di ordinamenti” e frutto di astrazione generalizzatrice e rilevante sforzo dogmatico-ricostruttivo.

³⁸ *Ibidem*, p. 539.

³⁹ G. GAJA, *cit.*, 540.

⁴⁰ *Ibidem*, 541.

Si deve [infatti] ritenere che il Trattato abbia inteso attribuire alla Corte di Giustizia la funzione di ricostruire le regole concrete [che disciplinano la responsabilità extracontrattuale] muovendo da un'analisi comparativa delle normative degli Stati membri. E' in questo senso che si è andata sviluppando, almeno nelle intenzioni dichiarate, la giurisprudenza della corte di Giustizia, con la conseguenza che la materia si trova ora ad essere disciplinata essenzialmente da regole di formazione giurisprudenziale⁴¹.

Discussioni a parte sull'attualità o meno del rilievo delle due categorie normative che ci occupano in questo lavoro e sulle concezioni delle stesse accolte nelle varie epoche e discipline, vi è stato chi ha visto nella ricostruzione diacronica di questi due concetti una delle poche forme possibili di "comprensione sistematica delle scelte fondamentali operate dal diritto europeo primario" e una "via maestra per sviluppare una scienza costituzionalistica europea". "Soltanto la nascita di una dogmatica dei principi potrà concludere il processo di costituzionalizzazione dell'Europa", è stato detto⁴², perché, del resto, "[l]o specifico approccio interpretativo dell'ordinamento comunitario, operato innanzi tutto dalla Corte di Giustizia, [...] ha visto nel dialogo costante tra istanze per l'affermazione dei diritti e dei principi generali del diritto comunitario uno strumento indispensabile per affermare non solo la supremazia e l'autonomia dell'ordinamento comunitario rispetto agli ordinamenti nazionali, ma anche la sua natura "sovranzionale" e "costituzionale", al fine di emanciparlo sia dagli ordinamenti giuridici degli Stati che lo avevano creato, sia dalla sua originaria matrice internazionalistica"⁴³.

Sul versante dell'esperienza comunitaria più propriamente positiva, "diritti (fondamentali)" e "principi", sia che se ne parlasse, sia che se ne omettesse qualsiasi riferimento, hanno segnato lo sfondo, sin dal primo decennio di vita delle Comunità europee, dell'intera storia dell'Unione, rappresentando croce e delizia di ogni giurista ora per la loro originaria ingombrante assenza, ora con la loro tardiva ma conquistata

⁴¹ *Ibidem*, 542.

⁴² A. V. BOGDANDY, *I principi costituzionali dell'Unione europea*, in *Diritto Pubblico comparato e europeo*, 2005/I. L'Autore infatti afferma: "Le migliori trattazioni di diritto costituzionale nazionale confermano la rilevanza, per una scienza del diritto costituzionale, di una dottrina sui principi. Tali trattazioni sono spesso basate proprio su una esposizione dei principi. Mediante *principi strutturali e direttivi* diviene possibile concepire la Costituzione come "unità ed il testo costituzionale come espressione di un grande piano strutturale". Il progetto di un siffatto "grande piano strutturale" appare per il diritto costituzionale europeo tanto più urgente rispetto alla perimetrazione ed alla esplorazione della "giungla" normativa. Alla luce della sistematica, generalmente riconosciuta come insufficiente, dei trattati e del diritto primario che li integra, la ricostruzione di un piano strutturale, vale a dire dei principi, è la via da seguire per delineare il settore del diritto costituzionale europeo. [...] Una dottrina sui principi ha una funzione per la formazione dell'identità europea. Se l'Unione europea vuole ottenere la "lealtà" dei propri cittadini, ciò che si richiede è allora un comune modo di concepire la comune istituzione, cosa per la quale i principi possono costituire un veicolo essenziale. L'identificazione in principi costituzionali condivisi è, secondo opinioni sostenute nell'ambito delle scienze sociali, strumento determinante nella formazione di un *demos* europeo. Sicuramente, una teorizzazione dei principi elaborata dalla scienza giuridica non può immediatamente creare un'identità comune per ampia parte della popolazione, ma può essere concepita come parte di un più ampio *dibattito pubblico*, nel quale si assicura l'insieme dei cittadini europei alle proprie fondamenta" (pag. 576-577).

⁴³ R. SAVINO, *Da un constitution-making ad un constitution-making process? Principi generali del diritto comunitario, principi costituzionali comuni agli stati membri e Costituzione europea*, in *Diritto Pubblico comparato europeo*, 2004, 57 ss.

affermazione. In un'evoluzione che li ha sottratti dallo stato *inespresso* e *lacunoso* in cui si trovavano all'epoca del desolante silenzio dei Trattati istitutivi del 1957⁴⁴, "principi" e "diritti" si sono spalleggiati reciprocamente emergendo dapprima come fattori di tutela, integrazione, segni e baluardi di confine nel gioco speculare del riparto di competenze della Comunità e degli Stati membri, fino a svolgere quell'imprescindibile ruolo "costituzionale" per l'Unione che attualmente le istituzioni europee hanno compreso, e che oggi è loro riconosciuto⁴⁵.

Una tale presa di consapevolezza dell'Unione si è snodata inevitabilmente in senso coevo alle tappe storiche dell'integrazione istituzionale- e di queste ha risentito nelle sue più intime ragioni evolutive-, ma è stata essenzialmente un "percorso" logico-argomentativo e giurisprudenziale, giocatosi -come ha osservato attenta dottrina-, "*tra giurisprudenza e scrittura*"⁴⁶, cioè in una continua tensione tra strette logiche (particolaristiche) di tutela di posizioni ritenute di volta in volta meritevoli di protezione giurisdizionale nazionale o comunitaria, e (ideali) logiche di politica legislativa internazionale. Un'evoluzione tra storia e argomenti.

II.1.1 *Nel silenzio dei Trattati...il segno di categorie destinate a rimanere relegate nelle dogmatiche costituzionalistiche nazionali?*

Il disegno politico europeo e le aspirazioni mercantilistiche originari, imponendosi con accordi internazionali di natura economico-commerciale quali i Trattati istitutivi della Comunità, non avevano lasciato spazio ad alcun catalogo di "diritti fondamentali" come tutele proprie dell'individuo-*persona* e neppure ad un generico riferimento a "principi", fonti integratrici, criterio e misura della validità e legittimità degli atti delle istituzioni comunitarie.

La prospettiva del riconoscimento di fonti ulteriori a quelle tutrici della sola integrazione economica, ma di indole "garantista" e "struttural-costituzionale"

⁴⁴ Infatti, "probabilmente in ragione delle finalità soltanto economiche della costruzione comunitaria si era, in un primo tempo, ritenuto assente il rischio di una violazione dei diritti fondamentali da parte delle istituzioni comunitarie, e perciò non necessaria una competenza della Corte di giustizia, e complessivamente della Comunità in materia di diritti" (V. SCARABBA, *Le vicende dei diritti fondamentali nel quadro della Comunità e dell'Unione Europea*, in *Tra Fonti e Corti. Diritti e principi fondamentali in Europa: profili costituzionali e comparati degli sviluppi sovranazionali*, Padova, CEDAM, 2008) In ogni caso, successivamente "l'assenza di disposizioni nell'ordinamento comunitario volte a tutelare i diritti fondamentali ha costituito per anni uno degli aspetti più controversi di tutto il processo di integrazione comunitaria. Questa lacuna aveva suscitato non poche perplessità nei diversi Stati, perché l'attribuzione alla Comunità di ampi poteri in materie che toccavano direttamente la vita dei cittadini europei non trovava alcun rimedio giurisdizionale nell'ipotesi in cui con gli atti comunitari fossero stati violati diritti fondamentali" (J. WOELK, *Op. cit.*). Quanto alle ragioni di tale lacuna, cfr. M. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, 1995, pag. 20, in nota n°9, e G. R. MORCHÓN, *La protezione dei diritti fondamentali nell'unione europea*, in *Ars Interpretandi*, 6, 2001, pp. 249-26.

⁴⁵V. SCARABBA, *Op. Cit.*; A. MANZELLA, *Dal mercato ai diritti*, cit.; WOELK, *La tutela dei diritti fondamentali in Europa prima della Carta*, cit.; G. TESAURO, *Il ruolo della Corte di Giustizia nell'elaborazione dei principi generali dell'ordinamento europeo e dei diritti fondamentali*, in *Associazione italiana dei costituzionalisti, Annuario 1999. La costituzione europea*, Padova CEDAM, 2000; L. AZZENA, *Integrazione europea e percorso dei diritti fondamentali tra giurisprudenza e scrittura*, in I. TRUJILLO, F. VIOLA (a cura di), *Identità, diritti, ragione pubblica in Europa*, Bologna 2007; A. V. BOGDANDY, *Op. cit.*; G. PINO, *La "lotta per i diritti fondamentali" in Europa. Integrazione europea, diritti fondamentali e ragionamento giuridico*, in I. TRUJILLO, F. VIOLA (a cura di), *Identità, diritti, ragione pubblica in Europa*, Bologna 2007.

⁴⁶ L. AZZENA, *Op. cit.*.

dovette apparire minacciosa perché potenzialmente capace di espandere i poteri attribuiti alla nuova Comunità⁴⁷, istituzione invero solo funzionale ad uno sviluppo economico e non concepita come nuovo potere pubblico di scala continentale, capace di dettare discipline incidenti sugli *status* personali dei cittadini e quindi da assoggettare a regole di *rule of law*.

E' in questo contesto, infatti, che la Corte di Giustizia, in sintonia con lo spirito dei Trattati negli anni '50 e primissimi anni '60, escluse, con tre pronunce-manifesto⁴⁸, che tra i propri compiti vi fosse quello di verificare il rispetto dei diritti fondamentali da parte della Comunità, riconoscere vincoli di legalità all'azione comunitaria, o tantomeno di costruire una gerarchia categoriale e ordinamentale delle fonti del nuovo diritto delle Comunità in base a istanze-salvagente della legalità quali quelle conosciute sinora nelle singole esperienze nazionali come i "principi dell'ordinamento".

I tempi non erano ancora maturi per dotare dei crismi dello Stato di diritto il nuovo ordinamento nascente. Le categorie che invece già da anni, -talvolta da secoli- avevano rimodellato la dogmatica giuridica e la gerarchia delle fonti dei singoli stati nazionali stentavano a fare presa sulla concezione del nuovo diritto comunitario, materia ancora ben lungi dal possedere autonomia logica, metodologica e ordinamentale ma relegata a terra di confine tra il diritto pubblico nazionale e internazionale.

Peraltro, -stando ad una dichiarazione del *Solicitor General* d'Inghilterra e del Galles in un caso del 1978-, da parte di taluni neppure si sarebbe sentito il bisogno di una tale trasposizione, talmente radicata era la convinzione che le categorie nazionali e quelle già esistenti a livello europeo fossero esaustive e autosufficienti. "*Non si comprende, -disse l'alto giureconsulto anglosassone, - perché tante distinte persone perdano tanto tempo a discutere sulla necessità di un Bill of Rights che incorpori le disposizioni della Convenzione europea dei diritti dell'uomo quando ne abbiamo già uno nel Trattato di Roma*"⁴⁹.

Nella sentenza *Stork* del 4 febbraio 1958 e in quella *Comptoirs de vente* del 18 luglio 1960, la Corte affrontò la questione dei "diritti fondamentali" negandone il rilievo o l'effetto tutelare nei confronti degli atti da parte dell'Unione. Si dichiarò incompetente a giudicare dell'eventuale violazione di tali fonti (introdotte da uno strumento nazionale costituzionale: la *Grundgesetz* tedesca), da parte di comportamenti delle istituzioni comunitarie. Lo fece, come sottolinea SCIARABBA, "affermando che il suo compito era semplicemente quello di "garantire il rispetto del diritto nell'interpretazione del Trattato", rifacendosi espressamente alla formula dell'allora art. 164 (*ex art. 220 T. CEE*, ora abrogato e rifluito sostanzialmente nell'art 19 TUE).

⁴⁷ Cfr. G. F. MANCINI, *La tutela dei diritti dell'uomo: il ruolo della Corte di Giustizia*, in *Democrazia e Costituzionalismo nell'Unione europea*, Bologna, 2004.

⁴⁸ La sentenza *Stork* del 4 febbraio 1959 in Causa C- 1/58, quella *Comptoirs de vente* del 18 luglio 1960 nelle Cause riunite in cause C- 36, 38 e 40/59, e la Sentenza *Sgarlata* del 1 aprile 1965 in Causa C-40/64.

⁴⁹ *Allgemeine Gold- und Silberschmiedenanstalt c/ Commissioners of Customs and Excise* (1978), in *Common Market Law Reports*, 292, riportato da G. F. MANCINI, *La tutela dei diritti dell'Uomo: il ruolo della Corte di Giustizia delle Comunità europee*, in *Riv. Trim. dir. e proc. Civ.*, 1989, p. 3.

Sulla base dello stesso articolo, successivamente avrebbe fondato una giurisprudenza di segno opposto.

La disposizione invocata, secondo cui “*la Corte di giustizia e il Tribunale di primo grado assicurano, nell'ambito delle rispettive competenze, il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione del presente trattato*” infatti, come ha osservato attenta dottrina⁵⁰, conteneva un ambiguo riferimento ad un non meglio precisato “*diritto*” di cui la Corte doveva garantire il *rispetto*⁵¹. Nell’argomentazione originaria della Corte questo avrebbe dovuto essere il “*diritto*” contenuto nel Trattato stesso, con il corollario che esso solo avrebbe assunto carattere superiore rispetto al diritto comunitario “derivato” e, nei limiti di quanto all’epoca concepibile, la sola “fonte-Trattato” sarebbe stata riconosciuta come titolare di una funzione intrinseca di vincolo di legittimità dell’azione comunitaria.

Di conseguenza la Corte sarebbe stata competente solo per la verifica del rispetto, da parte della Comunità, di tale vincolo costituito dai *dicta* del Trattato, (sprovvisto di una tutela delle posizioni iusfondamentali), e mai si sarebbero potuti eterointegrare altri parametri di legittimità⁵². Diversamente, invece, sarebbe stato nel caso in cui per “*diritto*” ai sensi dell’articolo in parola alla stregua del quale valutare atti e comportamenti della Comunità, si fossero intesi anche contenuti eterointegrati da fonti o ordinamenti (come quelli degli Stati membri) ad essa esterni, ma a questa applicabili con un ragionamento analogico⁵³.

In quegli stessi anni di assordante silenzio, la Corte, oltre a negare il salvagente dei “diritti” come istanze di tutela dei singoli, respinse anche dogmatiche incentrate sul ruolo dei “*principi generali dell’ordinamento*” quali fonti sovraordinate, anche statuali, al diritto comunitario ordinario a tutela e garanzia delle situazioni fondamentali individuali e della legalità della produzione normativa.

Nel caso *Sgarlata*⁵⁴, infatti, i ricorrenti italiani, sostenendo di essere in possesso di determinate qualità tali da essere legittimati a ricorrere per l’annullamento di una certa misura comunitaria che li ledeva, lamentavano che, ove fosse stata adottata un’interpretazione restrittiva dell’art 173 co.2 del TCEE, sarebbe stato loro negato tale legittimazione, e di conseguenza sarebbero stati privati di ogni tutela giurisdizionale, sia nell’ordinamento comunitario, sia nell’ordinamento interno. Questo avrebbe quindi costituito un sicuro contrasto con il “principio” di

⁵⁰ V. SCARABBA, *Op. Cit.*, p. 84 ss.

⁵¹ Si noti la condotta predicata dai Trattati per il *diritto*: “*il rispetto*”, identico verbo previsto oggi dall’art. 51.1 della Carta dei diritti fondamentali a differenza della condotta richiesta in relazione ai “*principi*”: la (mera?) “*osservanza*”. Cfr. *infra*, Cap. III.

⁵² Non diverso, come riporta ROTTOLA, è l’atteggiamento della Corte nell’affaire *Nold*, deciso con sentenza del 15 luglio 1960. In essa la Corte dice chiaramente: “*La Corte, cui è demandato di sindacare la legittimità delle decisioni emanate dall’Alta Autorità...non è chiamata a garantire l’osservanza delle norme di diritto interno, sia pure costituzionale, vigenti nell’uno o nell’altro degli Stati membri; nel sindacare la legittimità di una decisione dell’Alta Autorità essa non può pertanto interpretare né applicare l’art. 14 della legge fondamentale tedesca*”. (A. ROTTOLA, *Il problema della tutela dei diritti fondamentali nell’ambito dell’ordinamento comunitario*, in Rivista di diritto europeo, 1978, p. 219).

⁵³ Ed è questa seconda interpretazione, come si vedrà più avanti (cfr. *infra*, par. II.1.2), il grimaldello con cui la fantasia della giurisprudenza comunitaria forzerà, in combinato con il secondo paragrafo dell’art 215 (poi art. 288 TCE), il silenzio di tutela in materia.

⁵⁴ Di cui alla Sent. 1 aprile 1965, in Causa C-40/64.

tutela giurisdizionale delle posizioni fondamentali, desumibile dal nostro ordinamento costituzionale (art. 24) e parte integrante dei “principi fondamentali” costituzionali vigenti e comuni in tutti i Paesi membri.

Senza addentrarsi in questo argomento, la Corte ritenne di non poter attribuire ai “*principi*” invocati dai ricorrenti né una collocazione rilevante nel sistema del diritto della Comunità – benché già presenti e operanti negli ordinamenti dei singoli Stati membri, e né riconobbe loro alcun peso prevalente rispetto al tenore restrittivo dell' articolo 173 del Trattato, con la conseguenza che i ricorrenti furono privati di tutela giurisdizionale.

La pronuncia in questione, ancorché la prima in ordine cronologico, sanciva la chiusura solenne e definitiva della Corte di giustizia alla prospettiva di estendere e accettare le teorie e dogmatiche dei principi sviluppatesi negli alvei giuridico-dottrinali nazionali⁵⁵, all'ambito disciplinare del nuovo diritto comunitario nascente. Ciò produsse le note conseguenze ordinamentali di rigidità e resistenza che solo nei decenni successivi, e con l'intenso dialogo con le Corti costituzionali nazionali furono smussate⁵⁶.

Sembrava proprio che le categorie di *diritti* e *principi* rimanessero destinate a rappresentare concetti, fonti, garanzie e materia di studio solo nazionali. Eppure, proprio nel cuore dei passaggi argomentativi delle pronunce della Corte si nascondeva il germe logico e interpretativo della grande svolta che di lì a poco avrebbe generato il “miracolo giuridico” (SCIARABBA).

In particolare, la disposizione invocata a fondamento della chiusura della Corte secondo cui “*la Corte di giustizia e il Tribunale di primo grado assicurano, nell'ambito delle rispettive competenze, il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione del presente trattato*” come si è detto, nel suo tenore letterale non avrebbe impedito che per “diritto” alla stregua del quale compiere il sindacato previsto si fossero intesi anche fonti o ordinamenti (come quelli degli Stati membri) diversi da quello comunitario, in esso importabili.

II.1.2. *L'”Integrazione selettiva”*: la CGCE e l' *estrapolazione induttiva dei “principi” dalle posizioni iusfondamentali già presenti e comuni agli Stati membri. La nascita di una nuova fonte: i “principi generali del diritto comunitario”*.

Qualche anno più tardi e quasi per un ironico destino, la Corte, a disciplina normativa invariata e quindi nel perdurante silenzio dei Trattati, operò il più “miracoloso” cambio di rotta giuridico della storia dell'Unione, intraprendendo un *revirement* giurisprudenziale⁵⁷ che avrebbe sancito il suo ruolo di “grande protagonista del progressivo riconoscimento dei diritti fondamentali” e delle istanze di legalità e garanzia nell'ordinamento europeo.

⁵⁵ Intesi come *limite* e come *fonte* (cfr. *Cap. I*).

⁵⁶ Il riferimento qui è al “dialogo” tra CGUE e Corte costituzionale verso la progressiva emancipazione della teoria della prevalenza del diritto comunitario su quello interno, definita “cammino comunitario” della Corte costituzionale (BARILE). Sul punto, ad esempio, M. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, 1995, *passim*, ma specialmente il Cap. I; G. ITZCOVICH, *Teorie e ideologie del diritto comunitario*, Torino, 2006, p. 135 e *passim*.

⁵⁷ Cfr. A. MANZELLA, *Dal mercato ai diritti*, cit., *passim*.

Evidentemente, i tempi per assoggettare anche la Comunità alle regole dello Stato di diritto maturarono. “Fu solo quando l’Europa politica iniziò a crescere con istituzioni non solo economiche – e il momento centrale fu certamente l’elezione diretta del suo Parlamento- che i diritti, tutti i diritti, cominciarono ad essere considerati come patrimonio comune dei cittadini europei, indipendentemente dalla loro funzione mercantile”, e nel sistema delle categorie giuridiche crebbe l’esigenza di fonti integrative, interpretative e di garanzia “da far valere nei confronti del nuovo potere pubblico che si andava costituendo: il potere pubblico europeo”⁵⁸.

L’occasione per il cambio di rotta si pose con riferimento ai casi in materia di responsabilità extracontrattuale dell’Unione, e sulla base di una norma già presente nel Trattato. A tenore del secondo paragrafo dell’art. 215 del TCE (poi art. 288, ora art. 340 TfUE dopo il Trattato di Lisbona), infatti

“in materia di responsabilità extracontrattuale, l’Unione deve risarcire, conformemente ai principi generali comuni ai diritti degli Stati membri, i danni cagionati dalle sue istituzioni o dai suoi agenti nell’esercizio delle loro funzioni”.
(art. 215 TCE)

Il ragionamento seguito dalla Corte, come ha illustrato SCARABBA⁵⁹, fu il seguente. In perdurante ossequio all’art. 164 succitato, per cui suo compito giurisdizionale sarebbe comunque rimasto l’“assicurare il rispetto “*del diritto*” nell’interpretazione e applicazione del Trattato”⁶⁰, e avallando una possibile interpretazione estensiva del termine “*diritto*” ivi previsto, comprensiva di fonti e formanti eterointegrati rispetto al Trattato stesso, la Corte accettò l’orientamento, fondato sulla norma *ex art. 215* appena riportata, secondo cui esistono e hanno generale rilevanza nell’ordinamento comunitario – e dunque sono *diritto* ai fini della norma in esame - taluni *principi generali* che siano comuni ai diritti degli Stati membri.

Questo semplice passaggio logico-argomentativo permetteva l’ingresso, in quello che pur sarebbe stato definito l’autonomo “ordinamento” giuridico comunitario⁶¹, di istanze ad esso esterne. Quel che più interessa, infatti, è che la norma, nel suo significato originario, prevedeva che certi elementi di diritto comunitario *interno* (il documento e il *quantum* risarcitorio da liquidare a seguito di una condotta della Comunità o di un suo agente) fossero integrati e valutati alla stregua di parametri giuridici (*principi...comuni*) *esterni* al patrimonio strettamente comunitario, e non necessariamente scritte, ma che fossero *desumibili*.

⁵⁸ A. MANZELLA, *Dal mercato ai diritti*, cit., 29.

⁵⁹ V. SCARABBA, *ivi*, p. 87 ss.

⁶⁰ Che la Corte in realtà non abbia mai seguito alcun *revirement* giurisprudenziale ma sia rimasta coerentemente radicata alla sua logica giurisprudenziale è l’opinione di A. ROTTOLA, *Il problema della tutela dei diritti fondamentali nell’ambito dell’ordinamento comunitario*, in *Rivista di diritto europeo*, 1978, p. 219, il quale scrive che “in realtà la Corte ha soltanto – e costantemente- escluso che, ai fini della valutazione della validità di un atto comunitario, si possa tenere conto dei diritti fondamentali quali previsti dalle singole norme costituzionali degli Stati membri, ma non ha mai negato la necessità di una tutela degli stessi, sia pure in un quadro formale totalmente diverso da quello ricavabile dai singoli diritti costituzionali degli Stati membri” (p. 222).

⁶¹ Cfr. Sentt. 5 febbraio 1963, in causa C 26/62, *Van Gend & Loos*, e n. 1339/1986 in causa C-294/83, *Les Verts*.

Di tale norma la Corte si avvalse quasi subito, anche oltre i limiti della responsabilità extracontrattuale e, con un processo induttivo di ricognizione, muovendo spesso da un'analisi comparativa delle normative degli Stati membri si avviò a identificare e applicare tutta una serie di *principi* reperiti tra le istanze comuni agli ordinamenti degli Stati aderenti⁶², proprio come una *vera e propria nuova fonte del diritto comunitario*, che di esso fosse integratrice.

Del resto, nonostante l'ambito di applicazione ristretto della norma (art 215, *cit.*) su cui tutto il costruito si fondava, l'integrabilità di regole non scritte riecheggiava anche nella previsione che istituiva il ricorso in annullamento (art. 173 TCE, poi art. 230, oggi art. 263) la quale già prefigurava motivi di illegittimità di atti o comportamenti comunitari per “*violazione... di qualsiasi regola di diritto*”. Questa combinazione consentì alla Corte di “*attingere a piene mani dagli ordinamenti nazionali, di ricostruire .dei principi generali che fossero, per così dire, veramente generali a livello dell'Unione, nel duplice senso che essi:*

- a) dal punto di vista contenutistico sostanziale travalicavano il limitato ambito che *ratione materiae* era inizialmente consentito dall'art. 215 par. 2 (responsabilità extracontrattuale), e,
- b) d'altro canto, erano applicati dalla Corte anche nell'esercizio di competenze *diverse* da quelle originariamente prefigurate⁶³.

Fu così che questi *principi* assursero ben presto alla duplice funzione:

- 1) da un lato di *strumento ermeneutico generale*, criterio d'interpretazione di *tutte* le norme comunitarie, comprese quelle dei trattati istitutivi, che dunque dovevano essere oggetto di interpretazione agli stessi conforme⁶⁴;
- 2) dall'altro di *parametro di legalità*, per la valutazione della validità delle norme comunitarie derivate nei giudizi promossi in annullamento o in via pregiudiziale per l'interpretazione uniforme del diritto della Comunità⁶⁵.

⁶² Verrebbe da chiedersi cosa si intenda per principi, valori, o tradizioni *comuni*. “E' indispensabile che, per essere accolto in sede comunitaria, il diritto sia garantito dagli ordinamenti di tutti gli stati? E che fare quando il grado di tutela offertone da ogni singolo Stato è diverso, come avviene soprattutto nel caso dei diritti economici e sociali? Dovrà la Corte assumerlo nella forma della protezione *massima* o *minima* o, ancora, in quella che risulta dalla *media* aritmetica delle varie forme? Alla soluzione di questi problemi giuridici sono giunti non subito, ma a seguito di un lungo processo assai poco rettilineo; tanto contorto, anzi, da far sì che su essa (intendo sulla sua stessa identificabilità, e non solo sulla sua fondatezza) la dottrina continui a esprimere dubbi facilmente accantonabili. Prescindendo comunque dal linguaggio spesso ambiguo e a volte contraddittorio delle sentenze [...], ritengo comunque di poter escludere: a) che “comune” sia solo il principio presente nel sistema di ogni Stato; b) che la Corte vada alla ricerca di *standards* massimi, minimi o medi. Il metro su cui essa misura le soluzioni che i vari sistemi le prospettano è dato dallo spirito del Trattato e dalle esigenze di una Comunità in via di edificazione: prescelta, dunque, è la forma di tutela più conforme a tali criteri o semplicemente a essa conforme se non c'è luogo a svolgere confronti perché il diritto che una parte invoca, pur non configgendosi con i principi fondamentali degli altri ordinamenti, risulta garantito da un solo sistema”. (G. F. MANCINI, *La tutela dei diritti dell'uomo: il ruolo della Corte di Giustizia*, in *Democrazia e Costituzionalismo nell'Unione europea*, Bologna, 2004). Sui criteri di selezione dei principi cfr. anche M. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, *cit.*, pp.30-33).

⁶³ V. SCIARABBA, *ivi*, p. 87 ss.

⁶⁴ G. GAJA, *Op. Cit.*, p. 541 ss.

⁶⁵ Sul punto, ad es., M. CARTABIA, *Op. cit.*, pag.21 in nota 10), e M. AKEHURST, *The application of General principles of Law by the Court of Justice of the European Communities*, in *British Yearbook of International Law*, 1981, 29 ss.

Indubbiamente, grazie ad un *judicial activism* senza precedenti, si stava verificando un cambiamento ordinamentale storico: un “miracolo giuridico” che dalla presa d’atto dell’esistenza di *principi comuni* agli ordinamenti *degli Stati membri*, portò, “nel giro di pochi anni a parlare di principi generali *dell’ordinamento comunitario*”⁶⁶. Questo movimento giurisprudenziale, in effetti è stato visto dalla dottrina come il segno di una giurisprudenza costituente in linea con quel fenomeno di progressiva integrazione giuridica volto a riempire il vuoto dell’ integrazione politica e decisionale degli stessi anni (WEILER⁶⁷).

La rivoluzione giurisprudenziale che stava avvenendo poggiava su un costrutto pretorio di *individuazione e estrapolazione di principi*, importabili nel sistema delle fonti da fonti esterne; paradigma che a questo punto, in questa sede storico-teorica, richiede un qualche approfondimento. Più precisamente, nell’ottica di ricostruire il modello più autentico di *principi* recepito nell’attuale Carta, occorre domandarsi quali fossero concetto, funzione, e – non ultimo- il metodo di estrapolazione dei *principi* accolti dalla Corte in quegli anni, tali da portare alla concezione tipica dei giorni nostri. Per quest’analisi ci rifaremo alle riflessioni di una comunitarista di solida formazione internazionalistica.

A) *Concetto*. Come è stato segnalato⁶⁸, la terminologia utilizzata dalla Corte nell’enunciazione di tali principi non costituisce valido aiuto per una ricostruzione efficace del concetto, non rinvenendosi dello stesso una definizione univoca e omogenea. Nell’argomentare della Corte ricorre indistintamente la terminologia “*principi generali*” e “*fondamentali*”, “inoltre, uno stesso principio in alcune decisioni è stato qualificato dalla Corte come ‘fondamentale’, in altre come ‘generale’”⁶⁹. Un’ipotesi che potrebbe prospettarsi sarebbe la distinzione tra “principi generali” e “fondamentali” in base alla loro origine, riconoscendosi come “fondamentali” solo quelli che furono estrapolati dalle Costituzioni o dalle cc.dd. “tradizioni costituzionali comuni” (cfr. *infra*), mentre “generali” potrebbero essere quelli desunti dallo spirito del Trattato o dell’ordinamento comunitario inteso in senso sistematico e teleologico⁷⁰. La dottrina non ha tuttavia rilevato conseguenze in punto di efficacia o valore degli stessi in dipendenza dell’una o dell’altra qualificazione. Tutt’al più, come è stato sostenuto, le diverse definizioni potrebbero rispecchiare una graduazione della rilevanza attribuita al principio stesso, alla quale eventualmente potrebbe corrispondere una loro più efficace tutela a livello comunitario. Ciò che comunque deve notarsi, è che, spogliando la prima giurisprudenza della Corte sul punto, formatasi, come si è detto, sulla scia di quel

⁶⁶ V. SCIARABBA, *ivi*, p. 87 ss.

⁶⁷ J. H. H. WEILER, *The Community System: the dual Character of Supranationalism*, in *Yearbook of European Law*, 1, 1981, pp. 2676-306 citato da G. ITZCOVICH, *op.cit.*, p. 3.

⁶⁸ A. ADINOLFI, *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e la loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1994, 521 ss.

⁶⁹ Cfr. gli esempi portati da ADINOLFI, *Cit.*, *passim*. Sul punto convergono tuttavia H. M. SAGMEISTER, *Die Grundsatznormen in der Europäischen Grundrechtcharta*, Berlino, 2010 e G. TESAURO, *Il ruolo della Corte di Giustizia nell’elaborazione dei principi generali dell’ordinamento europeo e dei diritti fondamentali*, in Associazione italiana dei costituzionalisti, *Annuario 1999. La costituzione europea*, Padova CEDAM, 2000.

⁷⁰ R. SAVINO, *Da un constitution-making ad un constitution-making process?*, cit, p. 59.

movimento giurisprudenziale “costituente”, sia l’imprecisione terminologica che la vaghezza definatoria di tali fonti-strumenti argomentativi e ermeneutici abbiano favorito il ritagliarsi, da parte della Corte, di “spazi di discrezionalità entro i quali esercitare un’attività volta alla creazione di regole materiali”⁷¹. Prova di ciò si ricava dal fatto che tutto il processo di estrapolazione e argomentazione sulla base di principi è avvenuto innanzi tutto con l’individuazione di *principi-chiave ermeneutico-metodologici* o *procedimentali* utili per fondare una sistema argomentativo e concettuale radicato sul concetto di stato costituzionale di diritto, sulla cui base legittimare le successive pronunce⁷².

Tra i primi principi ad essere estrapolati, vi sono infatti i principi di *legalità*, di *certezza del diritto*, di *irretroattività*⁷³, di *proporzionalità*⁷⁴, di *supremazia del diritto comunitario*⁷⁵, dell’effetto utile, di *legittimo affidamento*⁷⁶ e di leale cooperazione⁷⁷.

B) *Funzione*. Oltre alla funzione metodologica appena ricordata e – per così dire- quasi *strumentale* al funzionamento della tutela interpretativo-applicativa apprestata dalla Corte, come si è già avuto modo di segnalare, il richiamo ai principi generali comuni, assolve nella giurisprudenza comunitaria essenzialmente alle tre funzioni:

- a. *interpretativa generale*;
- b. *di integrazione delle lacune*;
- c. *di parametro per il controllo di legittimità degli atti emanati dagli organi delle Comunità nell’esercizio delle competenze affidatele dal Trattato*.

Per il primo aspetto, come spiega ADINOLFI⁷⁸, “i principi generali di diritto, [furono] utilizzati come regole interpretative di concetti, impiegati sia nei Trattati che nelle norme derivate il cui significato non po[tesse] essere precisato sulla base delle fonti scritte”. Qui si intuisce la fundamentalità che assume, in questa fase originaria, il modello di principi inteso, per ora, come *fonte integrativa non scritta*. In questo senso, -prosegue ADINOLFI-, il ricorso ai principi adempie a una funzione *strumentale* alla ricostruzione di determinati concetti ed espressioni impiegati nella normativa scritta comunitaria. Del resto, come sostenuto dall’Avvocato generale De Lamothe nelle sue conclusioni nel caso *Internationale Handelsgesellschaft*, “i principi fondamentali di diritto interno [...] contribuiscono a formare quella base

⁷¹Cfr. A. ADINOLFI, *cit.*, 531 ss. Cfr. anche R. SAVINO, *cit.* che sostiene che “la difficoltà di individuare principi generalmente condivisi o standard di tutela uniformi e la necessità di adottare canoni ermeneutici di tipo pragmatico, flessibili e congeniali alla struttura dell’ordinamento giuridico comunitario, nonché un effettivo impegno della Corte all’individuazione di soluzioni più concrete, più che alla traduzione delle diverse realtà costituzionali in principi costituzionali comuni, hanno fatto sì che spesso il richiamo alle metodologie comparative utilizzate risultasse più una legittimazione “a posteriori” della decisione volta a volta adottata, che una reale propensione della Corte alla definizione di un, seppur limitato, *ius commune* europeo, da utilizzare come base delle proprie decisioni” (R. SAVINO, *Op. cit.*, p. 61).

⁷² *Contra* si deve registrare la posizione di G.F. FERRARI, riportata da SCIARABBA, *cit.*, pag. 89.

⁷³ Sent. *Neumann*, in causa C- 17/67.

⁷⁴ Sent. *Fédéchar*, in causa C-8/55.

⁷⁵ Come dimenticare la Sent. *Costa/ENEL* del 15 luglio 1964, in causa C- 6/64?

⁷⁶ Sent. 3 maggio 1978, in causa 112/77, *Topfer*.

⁷⁷ Per l’insieme di questa ricostruzione: R. SAVINO, *cit.*; A. ADINOLFI, *cit.*; G. TESAURO, *cit.*.

⁷⁸ A. ADINOLFI, *cit.*

filosofica, politica e giuridica comune agli Stati membri sulla quale, secondo il sistema pretoriano, sorge un diritto comunitario non scritto”⁷⁹.

Quanto alla funzione integrativa delle lacune, occorre notare che sin da subito la Corte utilizzò lo strumento dei *principi* anche proprio nell’intento più classico di colmare, come fosse il ricorso ad una *analogia iuris* internazionale, i vuoti normativi del nascente ordinamento comunitario. Fu accolto quindi anche il significato “normativo sussidiario” e effettivamente disciplinare dello strumento dei principi, già riconosciuto loro da molte legislazioni nazionali. Chiamata a pronunciarsi su questioni non disciplinate dal diritto comunitario, la Corte infatti non si è sottratta, “per non denegare giustizia”, dal “determinarne comunque la disciplina sulla base delle soluzioni contenute negli ordinamenti nazionali”⁸⁰. In questo senso esercitò un potere anche fortemente creativo, che, - come è stato sottolineato-, rappresentò indubbiamente “un certo eclettismo” che le si deve riconoscere e che comunque “gli è imposto anche dalla stessa varietà e vastità delle norme che costituiscono oggetto della sua interpretazione”⁸¹.

La funzione dei principi senza dubbio più rilevante fu in ogni caso quella di rappresentare il parametro per il controllo di legittimità degli atti comunitari. Fu infatti a questo scopo, che si diffuse il ricorso ai “principi” per includere i “diritti fondamentali”, estranei ai trattati ma previsti nel patrimonio giuridico degli stati membri. Nell’estremo intento di colmare la lacuna comunitaria, si ricorse al “*principio del rispetto dei diritti*” desumibile dai principi degli ordinamenti degli Stati membri e quindi si incluse nell’ordinamento comunitario, divenendo esso stesso limite di legittimità del diritto derivato (cfr. *infra*).

C) *Metodo di individuazione estrapolazione.* MARTA CARTABIA⁸² ha efficacemente definito il metodo di individuazione dei principi da parte dei giudici della Comunità un metodo di “integrazione selettiva”, laddove l’aggettivo starebbe ad indicare che l’elevazione al rango di “principi generali dell’ordinamento comunitario” operata dalla Corte interessasse solamente “principi” la cui diffusione tra gli Stati membri fosse già stata realmente generale. In effetti, come segnalato da ADINOLFI, è difficile reperire, nella stessa giurisprudenza comunitaria, l’adozione di un criterio metodologico preciso da seguire per la rilevazione di tali istanze. Le indicazioni più rilevanti sembrano comunque mostrare come il metodo “comparativo” possa rivelarsi il più adatto. Secondo la Corte, “*il diritto comunitario*

⁷⁹ Conclusioni dell’Avv. Gen. Dutheillet de Lamothe del 2 dicembre 1970, in causa C- 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*;

⁸⁰ Cfr. in particolare i casi citati da A. ADINOLFI (*Op. Cit., passim*), di cui alle cause riunite C-7/56 e 3-7/57, nella cui sentenza, *Algera*, affrontando il tema della revocabilità degli atti amministrativi, sentenziò: “trattasi di un problema di diritto amministrativo ben noto nella giurisprudenza e nella dottrina di tutti i Paesi della Comunità ma per la cui soluzione il trattato non contiene alcuna norma giuridica. La Corte, per non denegare giustizia, è pertanto tenuta a risolvere tale problema informandosi alle leggi, alla dottrina e alla giurisprudenza dei Paesi membri”. Si noti in particolare il ricorso a tutti e tre i formanti giuridici. La Corte, mediante il ricorso agli ordinamenti nazionali colmò anche altri vuoti, come riporta la stessa comunitarista, in materia di processo di legiferazione comunitario, in punto di effetti del tempo degli atti comunitari, ricevibilità dei ricorsi, interpretazione delle sue stesse sentenze e in materia di impiego comunitario (cfr. anche V. SCIARABBA, *cit.*, p. 89).

⁸¹ R. MONACO, *I principi di interpretazione seguiti dalla Corte di Giustizia delle Comunità europee*, in Rivista di diritto europeo, 1963, 3 ss.

⁸² M. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea, cit.*, p.32 ss.

*deve tener conto dei principi e delle concezioni comuni ai diritti degli Stati membri, in quanto esso deriva da una compenetrazione non soltanto economica, ma anche giuridica degli Stati membri*⁸³. Come è stato sintetizzato, dunque,

“sarebbe, quindi, la stessa natura della Comunità come ordinamento derivante dalla integrazione di diversi sistemi giuridici a suggerire il metodo più appropriato per la rilevazione dei principi di diritto in esso applicabili. Le indicazioni risultanti dalla giurisprudenza comunitaria sembrano comportare, quindi, una valorizzazione delle soluzioni seguite negli ordinamenti nazionali e del ricorso al metodo comparativo”⁸⁴.

Tuttavia, se si effettua il censimento letterale della prima giurisprudenza – e ancor più se si considera l’evoluzione giurisprudenziale nel corso di più anni, come ha notato ADINOLFI⁸⁵, emerge chiaramente che la Corte si è discostata sensibilmente da tale criterio metodologico, rivelandosi quindi più raro di quanto non si creda. La Corte, come è stato segnalato, “muove spesso da principi comuni solo ad *alcuni* degli Stati membri, ricostruendo il principio con un’operazione creativa, talvolta ispirata alle soluzioni seguite in alcuni, se non in uno soltanto, degli ordinamenti considerati”⁸⁶.

Possiamo quindi domandarci, con la dottrina, in dipendenza di quali variabili, la Corte si sia accontentata di un basso, piuttosto che di un alto grado di convergenza e di “comunanza” dei principi rintracciabile tra i singoli ordinamenti.

A fronte, infatti, delle possibili varianti tra i metodi di rilevamento per cui la Corte possa alternativamente conformarsi ai principi osservati dalla *maggioranza* degli Stati membri, prendere in considerazione le istanze minime comuni o piuttosto liberamente “scegliere tra” le varie soluzioni contenute negli ordinamenti nazionali il principio che pare maggiormente “progressivo”, i giudici hanno adottato comportamenti oscillanti tra l’uno e l’altro criterio.

Pare estremamente interessante l’analisi che ha illustrato la correlazione, -in particolare la proporzionalità inversa-, tra il grado di convergenza-comunanza ritenuto sufficiente dalla Corte e il grado di astrattezza o teoreticità del principio stesso da affermare, e quindi, da richiamare. Possono distinguersi infatti più gradi di astrattezza tra i principi.

Per fare l’esempio fornito dalla giurisprudenza, è possibile ipotizzare, nell’ambito dell’idea-concetto di “inviolabilità del domicilio”, un principio giuridico rintracciabile negli Stati membri che la contempra con riferimento alle sole persone fisiche, come uno più ampio, generale e astratto che includa anche il riferimento alle imprese⁸⁷. Laddove si censisse la diffusione del principio in parola, si noterebbe, come in una schematizzazione di cerchi concentrici, che il principio comprensivo del concetto più ampio –per così dire “universale”- di inviolabilità del domicilio avrebbe una diffusione tra gli ordinamenti certamente maggiore rispetto alla variante più

⁸³ Sentenza *AM&S*, in causa C-155/79.

⁸⁴ A. ADINOLFI, *Ivi*, 544.

⁸⁵ *Ibidem*, pag. 545.

⁸⁶ *Ibidem*.

⁸⁷ CGCE, Sent. 21 settembre 1989, *Hoechst*, nelle cause riunite 46/87 e 227/88.

circoscritta dello stesso, comprensiva delle sole persone fisiche, che, quasi come fosse un *principio-species*, caratterizzerebbe una diffusione più particolaristica.

ADINOLFI ha notato infatti che

“più si sale, per così dire, verso principi generali, più facile è riscontrare una certa uniformità di soluzioni; più si discende, invece, verso la regola materiale più appaiono le divergenze tra gli ordinamenti degli Stati membri. Ciò non esclude, tuttavia che talora, nonostante una divergenza a livello di principi, si possa verificare un’identità o un’analogia nelle soluzioni alle quali si perviene applicando le regole materiali [...] E’ significativo, a questo riguardo, che la Corte di Giustizia, qualora non individui principi (specifici) comuni, tenda a spostare l’analisi ad un livello di maggiore astrattezza”⁸⁸.

Di conseguenza, è possibile notare che la Corte, “risalendo” per astrazione progressiva nella costruzione dogmatica e categoriale dei principi, alla ricerca di un’istanza che possa assurgere alla qualità di “comune” o “generale”, “si accontenta”, per così dire, di un grado di diffusione/convergenza progressivamente minore negli ordinamenti, rispetto a quello che poi sarà il grado di diffusione dell’*effetto di principio* deducibile e operante sulla fattispecie sottoposta.

Questo ci spinge a due ordini di conclusioni.

In primis, si nota che in considerazione della supreme finalità sistematiche, di legittimità e di armonizzazione che i principi dovevano e devono assolvere (urgenti in quel periodo di supplenza del decisionismo politico mediante l’attivismo giudiziario) la Corte, ritenne prevalente l’esigenza del raggiungimento di una regola da pronunciare piuttosto che il rigore nell’attuazione del metodo comparativo.

In secondo luogo, in generale, deve osservarsi che il modello e la concezione accolti dei “principi” sono quelli, (derivanti, per così dire, da una considerazione *a posteriori del giudizio*) che li vedono in definitiva come il migliore criterio risolutivo *disponibile* tra gli ordinamenti degli Stati membri per il caso specifico sottoposto, sia che si tratti di un caso materiale, che di una questione giuridica anche sistematica o generalissima.

La Corte, infatti, “non si propone di individuare un principio effettivamente comune, né un principio “minimo” che possa ritenersi un denominatore comune degli ordinamenti nazionali, né il principio in assoluto più garantista, ma piuttosto quello che meglio corrisponda alle esigenze del sistema comunitario”^{89 90}.

In questo senso è effettivamente possibile parlare, con CARTABIA, di principi come frutto di un processo di integrazione “selettiva”: l’evoluzione della

⁸⁸ A. ADINOLFI, *cit.*, pag. 549.

⁸⁹ A. ADINOLFI, *cit.*, pag. 553.

⁹⁰ Al proposito GAJA scrive: “ma la Corte di Giustizia non soltanto non si è attenuta ai principi davvero comuni agli ordinamenti statali: in realtà non ha nemmeno seguito il metodo della comparazione critica. Benché il numero di ordinamenti da prendere in considerazione non sia ampio e la Corte di Giustizia possa avvalersi del proprio servizio di documentazione non ché delle conoscenze personali dei giudici (sia pure non necessariamente componenti l’organo giudicante), nelle decisioni mancano analisi puntuali della normativa e della giurisprudenza degli Stati membri. Il riferimento ai principi generali di diritto assolve essenzialmente la funzione di rendere meno trasparente, con l’utilizzazione di un parametro che può sembrare obiettivo, il ruolo creativo di regole giuridiche che la Corte di Giustizia svolge. (G. GAJA, *Cit.*, pag. 543), sostanzialmente conforme A. ADINOLFI, *Op. Cit.*, *passim*.”

giurisprudenza ci mostra che i “principi” sono il risultato di sempre più raffinata integrazione e cernita pretoria tra le istanze rinvenibili negli ordinamenti degli Stati membri, selezionate(si), quasi naturalisticamente in un’evoluzione di tipo darwiniano, in base alla loro idoneità a meglio rispondere alle mutevoli e concrete esigenze dell’ordinamento comunitario.

II.1.3 *La tutela dei “diritti” passa attraverso il preventivo riconoscimento dei “principi”. Il riconoscimento dei “diritti...in quanto “principi”” e “parte delle tradizioni costituzionali comuni” in un’ottica neocostituzionalistica e argomentativa.*

Nell’approccio sin qui adottato abbiamo avuto modo di intendere “diritti (fondamentali)” e “principi (generali del diritto)” come due fonti concorrenti ma distinte, due volti della medesima funzione tutelare e garantista dell’ordinamento coinvolti in un processo di evoluzione. Li abbiamo visti emergere, nei singoli ordinamenti nazionali, da uno stato di assenza, di latenza (o di inespressività) ad un progressivo espresso riconoscimento, prima nelle elaborazioni speculative o costruzioni dottrinali, poi in quelle positivo-redazionali.

In ambito più strettamente comunitario, si sono analizzate le vicende giurisprudenziali che hanno caratterizzato la crescente affermazione dei “*principi*” e del ricorso ad una argomentazione che ad essi fosse ispirata. L’*excursus* ci ha mostrato come questo tipo di argomentazione e di “fonte” siano stati riconosciuti e quindi (pro)posti con la preoccupazione precipua, di schietta politica giudiziaria, di risolvere problemi ordinamentali (o anche di disciplina materiale) interni al nuovo diritto comunitario; e quindi, in definitiva, di fondare tutele comunitarie sino ad allora assenti.

L’affermazione della fonte dei “principi generali del diritto comunitario” e la diffusione di un’argomentazione giurisprudenziale su di essi fondata ha infatti segnato, come ha mostrato lucidamente ITZCOVICH⁹¹, il passaggio da quella che abbiamo chiamato una concezione strettamente internazionalistico-pubblicistica del *diritto* oggetto della giurisprudenza della Corte⁹², ad una concezione dello stesso comunitaria “costituzionale” e pertanto “costituente”, nell’ottica di garantire nel modo più rigoroso la progressiva autonomia del diritto comunitario e del suo sistema dal diritto statale.

La Corte ha infatti cercato di riparare a quella chiusura che, con le sentenze *Stork* e *Sgarlata* si era mostrata come un “peccato di gioventù” e di favorire quindi, in un gioco di integrazioni, il duplice movimento di costituzionalizzazione dell’ordinamento comunitario e comunitarizzazione degli ordinamenti nazionali.

In questo intento fu incalzata e indirizzata da pungente giurisprudenza e copiosissima letteratura giuridica nazionali, soprattutto tedesche e italiane⁹³. Tra queste merita menzione la celebre ordinanza del *Verfassungsgericht* tedesco del 1974 nella causa cd. “*Solange I*”, originata dal rifiuto di un giudice amministrativo tedesco di accettare le conclusioni con cui la Corte di giustizia era pervenuta nel caso

⁹¹ G. ITZCOVICH, *cit.*, pp. 134-135.

⁹² Cfr. *supra*, par. II.1.1.

⁹³ G. ITZCOVICH, *ivi*.

*Internationale Handesgesellschaft*⁹⁴. In risposta al giudice amministrativo, il Tribunale costituzionale aveva affermato che “fino a quando, a seguito dell’ulteriore integrazione comunitaria non fosse stata raggiunta quella “certezza del diritto” che risulta da un catalogo dei diritti fondamentali e da un parlamento europeo eletto a suffragio universale e diretto”, la Repubblica Federale avrebbe mantenuto la potestà normativa in materia di diritti fondamentali anche nell’ambito di competenze originariamente delegate all’Unione, con la conseguenza che la magistratura teutonica avrebbe esercitato un potere di controllo (e conseguentemente di limite) sull’applicazione del diritto comunitario stesso parte delle autorità tedesche in materia di diritti fondamentali.

In risposta a ciò e per favorire la diffusione della dottrina della autonomia e prevalenza del diritto comunitario sul diritto dei singoli stati membri⁹⁵, e avallare la sua primazia anche su quello costituzionale nazionale⁹⁶, la Corte ha dovuto quindi sviluppare “in via pretoria e senza nessun ancoraggio testuale nei trattati, un’ampia giurisprudenza sui principi generali”, e sui “diritti” elaborati dalle tradizioni giuridiche degli Stati membri. Si apriva il primo canale di emersione di questo genere di fonte, quello che è stato definito il “percorso giudiziario” dei diritti⁹⁷.

A ciò si aggiungeva la ragione politica per cui, data una così intensa integrazione raggiunta oramai attraverso “il diritto” (*integration through law*), non si sarebbe più potuto procrastinare la decisione di perseguire anche un’integrazione attraverso “i diritti” (*integration through rights*): occorreva dare una garanzia comunitaria ai diritti fondamentali e mostrare che la comunità non era affatto insensibile alla necessità di garantire i diritti fondamentali dei cittadini⁹⁸.

Fu così che la Corte di giustizia, dedita ormai ad un’opera integrativa e costituente più che contenziosa, intesse le nuove trame costituzionali comunitarie ancora illibate e lacunose, delle più consolidate “*tradizioni costituzionali comuni*”.

Per il vero, il richiamo argomentativo a tale concetto, come ha mostrato la dottrina, non differisce sostanzialmente, e quanto agli effetti, dalla già analizzata menzione della fonte dei “*principi comuni*”, ma, ai fini della nostra prospettiva rileva non poco: ben più che una semplice variazione lessicale, mostrerebbe, a differenza dal mero richiamo a generici “*principi*”, un’opera di tessitura di un nuovo ordito propriamente e *dichiaratamente* costituzionale, in linea con la tendenza giudiziario-costituente segnalata da ITZCOVICH. In questo senso, sembra che nello schema funzionale dei principi commentato da SAVINO possa, a differenza delle perplessità avanzate da quest’ultima letteratura, riconoscersi un carattere degli stessi propriamente strutturale-costituzionale; in fondo proprio nella paziente opera pretoria della Corte potrebbe ritrovarsi quel “progetto” costituente che SAVINO segnala un requisito essenziale mancante⁹⁹ per concludere che i principi generali del diritto

⁹⁴ Sent. 17 dicembre 1970, in causa C- 11/70.

⁹⁵ È appena il caso di ricordare, sul punto, la celeberrima Sentenza *Costa*, del 15 luglio 1964, in causa C- 6/64.

⁹⁶ Cfr. la sentenza *Internationale Handesgesellschaft*, 17 dicembre 1970, in causa C- 11/70.

⁹⁷ L. AZZENA, *Integrazione europea e percorso dei diritti fondamentali tra giurisprudenza e scrittura*, cit., 84.

⁹⁸ Cfr. L. AZZENA, *ivi*.

⁹⁹ R. SAVINO, *cit.*, 75 ss.

comunitario abbiano natura di principi costituzionali dell'ordinamento comunitario. In questi termini però, certamente si dovrebbe accettare per intero l'idea della supplenza del giurisprudenziale al politico e di un'Europa dei giudici sollevata da ITZCOVICH, AZZENA, CARTABIA e molti altri.

Infatti dalle argomentazioni svolte nelle sentenze degli anni '70 emerge che questo ricorso alle Costituzioni nazionali ha lo scopo comunque di *dare* mera *ispirazione* alla Corte nel suo intento "costituente". Come è stato osservato ormai dalla maggior parte della dottrina, la Corte si è ritagliata queste prerogative mediante l'uso di un peculiare linguaggio "anodino", definito "misto di perentorietà e flessibilità". Nella sentenza *Internationale Handelsgesellschaft* del 1970 e poi in quelle *Nold* del 1974 e *Hauer* del 1979¹⁰⁰ si legge che la salvaguardia dei diritti fondamentali è "informata alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri" e che la Corte, "nel garantire la tutela dei diritti fondamentali "è tenuta a ispirarsi" alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri", aggiungendo peraltro il riferimento alle diverse fonti internazionali quali i "trattati internazionali" e la "Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e le libertà fondamentali"¹⁰¹. Ciò significa che, fermo restando la perentorietà e inderogabilità dell'esigenza di apprestare comunque garanzia ai principi e diritti fondamentali ("la Corte è...tenuta"), tuttavia non è imperativo che la Corte si conformi a quanto stabilito dalle Costituzioni statali, o le altre fonti internazionali, residuando un prevalente margine di apprezzamento che le consente, per così dire, di limitarsi a prendere spunto ("ispirarsi", appunto) dalle costruzioni iusfondamentali elaborate nelle singole Costituzioni nazionali o dalle altre fonti per poi creare una soluzione più idonea al nuovo ordinamento nascente¹⁰².

*** ** ***

Vi è a questo punto un interessante momento, nella genealogia giurisprudenziale del diritto comunitario, in cui è possibile apprezzare l'intima connessione tra "diritti" e "principi" alla base dell'attuale binomio concettuale oggetto della nostra riflessione, e del dibattito che ha condotto alla differenziazione al centro dei lavori preparatori della Carta dei diritti fondamentali.

Sinora infatti, prese singolarmente e nella loro individualità, le due fonti "principi" e "diritti" potevano sembrare assumere autonoma rilevanza nella loro rispettiva natura di "fonte" del diritto.

Al contrario, è interessante notare che fu proprio sulla scorta dell'introduzione dei "principi", ed in particolare, nell'ambito della funzione di parametro di legittimità comunitaria assolto dagli stessi che si preparò l'ingresso anche dei "diritti".

Spinto dalla stessa urgenza di tutela delle posizioni iusfondamentali che aveva favorito l'emersione dei "principi", lo stesso tipo di argomentazione di principio fu

¹⁰⁰ Rispettivamente del 17 dicembre 1970, in causa C – 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*; del 14 maggio 1974 in causa C 4/73, *Nold*; e del 13 dicembre 1979, in causa C- 44/79, *Hauer*.

¹⁰¹ Il riferimento a quest'ultima fonte, in particolare con la Sentenza *Rutili*, del 1975.

¹⁰² Cfr. S. GAMBINO, *Il diritto costituzionale europeo: principi strutturali e diritti fondamentali*, in S. GAMBINO (a cura di), *Costituzione Italiana e diritto comunitario. Principi e tradizioni costituzionali comuni. La formazione giurisprudenziale del diritto costituzionale europeo*, Milano, 2002; A. TANCREDI, *La tutela dei diritti fondamentali «assoluti» in Europa: "it's all balancing"*, in *Ragion Pratica*, XXIX, 2007.

utilizzata anche per legittimare il ricorso ai “diritti” quali limiti ad atti o comportamenti comunitari con essi configgenti, da richiamarsi proprio nella misura in cui fossero parte delle tradizioni costituzionali comuni.

Si diffuse quindi il ricorso ai “principi” anche...per veicolare il ricorso ai “diritti fondamentali”, estranei ai trattati ma previsti nel patrimonio giuridico degli Stati membri. Nell’intento di colmare la lacuna comunitaria, si incluse quindi tra i principi generali del diritto comunitario il “*principio*”...*del rispetto dei diritti*, principio desumibile dai principi degli ordinamenti degli Stati membri.

Nella sentenza del 12 novembre 1969 (caso *Stauder*¹⁰³) la Corte ha dichiarato che “*i diritti fondamentali della persona fanno parte dei principi generali di diritto comunitario di cui la Corte garantisce l’osservanza*”.

Sulla scorta dell’interpretazione estensiva del concetto di *diritto* ex art. 164 (ex art. 220 T. CEE, ora abrogato e rifluito sostanzialmente nell’art 19 TUE) risalente ai passaggi logici del caso *Stork*, e in considerazione di un ragionamento analogico volto a prendere in seria considerazione la ricorribilità ai principi come nel caso dell’art. 215 del TCE (poi art. 288, ora art. 340 TfUE dopo il Trattato di Lisbona), avvenne che i “principi” (intesi nel senso di *limite di legittimità*) funsero da grimaldello per forzare l’assenza di tutela di posizioni iusfondamentali e favorire l’ingresso delle situazioni qualificabili come “diritti”.

Le vicende originative di questa giurisprudenza furono le seguenti. Il signor Stauder era un mutilato di guerra, e come tale faceva parte di un gruppo di soggetti a cui la Commissione aveva deciso di conferire particolari benefici. Per realizzare alcuni acquisti a condizioni speciali gli appartenenti a tale categoria dovevano semplicemente dichiarare la propria identità e rivelare il proprio nome e la propria condizione di disabilità. Nella Repubblica federale tedesca tale misura comunitaria fu concretizzata fornendo alle persone interessate un documento su cui comparivano le generalità (il nome ed il cognome). Stauder presentò al Tribunale amministrativo di Stoccarda una domanda contro questa misura amministrativa allegando che una tale rivelazione di sé, finalizzata al conseguimento di un beneficio meramente economico producesse una violazione del diritto fondamentale alla dignità della persona, diritto proclamato dall’articolo 1 della *GrundGesetz*. Il giudice amministrativo deferì la questione alla Corte, la quale dichiarò che ben avrebbe tenuto in considerazione il limite alla misura comunitaria rappresentata dallo specifico diritto fondamentale invocato. Statuì quindi che «i diritti fondamentali della persona [sono] incorporati nei principi generali dell’ordinamento giuridico comunitario, il cui rispetto deve essere assicurato dalla Corte.

Le successive sentenze già citate ebbero il pregio di affinare i contorni della materia. Dalla decisione nel caso *Hauer*, come ha notato GAJA¹⁰⁴, infatti si può desumere che “secondo la Corte di Giustizia, dai principi generali di diritto, si possono trarre numerosi principi materiali di diritto comunitario, che sono invocati nella giurisprudenza soprattutto quali parametri della legittimità degli atti emanati dagli organi delle Comunità”.

¹⁰³ In causa C- 29/69.

¹⁰⁴ G. GAJA, *Principi del diritto (diritto internazionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol XXXV, ad vocem., 542.

Nella sentenza *Hauer*, Si possono dunque leggere i seguenti passaggi:

«La questione relativa ad un eventuale attentato ai diritti fondamentali da parte di un atto istituzionale della Comunità non può valutarsi in altra maniera che nel quadro dello stesso diritto comunitario. L'introduzione di criteri di valutazione particolari, derivanti dalla legislazione o dall'ordinamento costituzionale di un determinato Stato membro, nella misura in cui minacciasse l'unità materiale e l'efficacia del diritto comunitario, avrebbe ineluttabilmente l'effetto di rompere l'unità del mercato comune e di porre in pericolo la coesione della Comunità»;

«I diritti fondamentali sono parte integrante dei principi generali del diritto il cui rispetto è assicurato [dalla Corte di giustizia]; nell'assicurare la salvaguardia di tali diritto è obbligata ad ispirarsi alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, di modo che non possano ammettersi nella Comunità misure incompatibili con i diritti fondamentali riconosciuti dalle Costituzioni degli Stati membri; gli strumenti internazionali miranti alla protezione dei diritti dell'uomo ai quali gli Stati membri abbiano cooperato o aderito possono ugualmente fornire indicazioni cui tener conto nel quadro del diritto comunitario»¹⁰⁵.

Dal cruciale passaggio della Sentenza *Hauer* e dalle successive precisazioni riprodotte, come ha notato MORCHÓN, la dottrina trasse le seguenti conseguenze:

“(a) il riconoscimento da parte della Corte di giustizia dei «principi generali del diritto comunitario», cosa che del resto non rappresentava una novità, esistendo a tal proposito oramai una abbondante giurisprudenza precedente;

(b) che i diritti fondamentali fanno parte di tali principi insieme ad altri principi che però non contemplano questi diritti;

(c) che la maniera in cui i diritti fondamentali fanno parte dei principi consiste nel fatto che i primi sono «contenuti» nei secondi, ciò che significa, ovviamente, che i diritti fondamentali non sono principi: questi ultimi sono il «contenitore», la fonte, mentre i diritti sono il «contenuto»;

(d) che la Corte di giustizia considera se stessa come il garante della protezione dei diritti fondamentali; e, da ultimo,

(e) che i diritti fondamentali sono parte dell'ordinamento giuridico comunitario”¹⁰⁶.

Cosa era dunque successo? Vi era stata un'ulteriore evoluzione? Quale natura e funzione avevano assunto i principi? A quale concezione di *principi* e *diritti* si accedeva con questi ultimi passaggi giurisprudenziali?

I principi erano progressivamente emersi, in un periodo di tensione “costituente” della Corte, per apprestare garanzie fondamentali o costituzionali all'ordinamento o tutele di rango costituzionale (quindi primario) a posizioni soggettive lese dal diritto secondario. Essi avevano la funzione quindi di costituire

¹⁰⁵ Sent. 13 dicembre 1979, in causa C- 44/79, *Hauer*, par. 3.

¹⁰⁶ G. R. MORCHÓN, *La protezione dei diritti fondamentali nell'unione europea*, in *Ars Interpretandi*, 2001, a cui ci rifacciamo per la schematizzazione che seguirà.

criteri di interpretazione per il diritto sotto-ordinato e, al contempo, suo parametro di legittimità.

Indubbiamente i “principi” si mostravano non solo come fonte autonoma e a sé stante, ma più in generale come contenitore e *veicolo nell’ordinamento di istanze di struttura* (“principi” struttural- costituzionali o “dello Stato di diritto”) o di *tutela* (“diritti fondamentali”). In questo senso i “diritti” si differenziano dai “principi” perché i secondi esprimevano regole iusfondamentali più ampie, istituendo caratteristiche, criteri e metodi del sistema e non pretese o tutele specifiche (per esempio: “*principio* di proporzionalità” a fronte di un qualsiasi diritto tipo il “*diritto alla riservatezza*”).

Le istanze veicolate dai principi, assumendo il rango di questi ultimi, (essendovi contenute), erano dotate di funzione limitatrice di legittimità per il diritto derivato: sia certi “principi” che i diritti fondamentali costituivano motivo di invalidità di misure comunitarie. Tuttavia, per loro stessa indole e natura, i principi di struttura (consistendo in criteri ordinamentali o prescrizioni ermeneutico-metodologiche) non potevano di per se stessi integrare il contenuto normativo-giustiziabile di posizioni soggettive, contrariamente invece ai diritti, già per loro indole consistenti in pretese o/a tutele.

I *principi*, quindi, erano intesi non in un’accezione dogmatica come nella speculazione precedente o strettamente normativista¹⁰⁷ ma piuttosto neocostituzionalistico-argomentativa, perché precisamente:

- nella loro funzione *tutelare* (cioè come veicolo di “diritti”) potevano rappresentare situazioni giuridiche direttamente tutelabili, ma
- nella loro funzione *strutturale-costituzionale* sicuramente avrebbero concorso al bilanciamento (di e) con altre istanze, rimanendo sottratti ad una giustiziabilità immediata, ma piuttosto costituendo principi materiali di diritto comunitario invocabili soprattutto quali parametri della legittimità (non è possibile l’invocabilità a fondamento di una posizione soggettiva da giustiziare, del principio “di legalità” o “di proporzionalità”).

Anche quanto alla concezione dei *diritti*, emerge la stessa linea antinormativista e piuttosto tendente ad un neogiusnaturalismo costituzionalista e argomentativo. Come è stato infatti osservato, “si può notare che la Corte nelle sue prime sentenze sembrava riferirsi a un insieme i cui elementi fossero noti “a priori”, senza cioè che ci fosse bisogno di individuarli e definirli: con un approccio [cioè] vagamente “giusnaturalistico”, che avrebbe verosimilmente aperto la strada alla più assoluta libertà ricostruttiva”¹⁰⁸. Da questa posizione, la concezione dei *diritti* sposata dalla Corte si è attestata su un neocostituzionalismo argomentativo. Infatti, come si è visto, la Corte, tutta tesa a ritagliarsi uno spazio argomentativo di libertà nel suo intento costituente, nelle sentenze *Internationale Handelsgesellschaft* del 1970 e *Nold* del 1974,

“pur individuando due ambiti giuridici a cui fare riferimento (“*ispirarsi*”) in materia di diritti dell’uomo, in certo modo ha ridimensionato la portata di questa

¹⁰⁷ Cfr. *supra*, cap. I.

¹⁰⁸ V. SCIARABBA, *Op. cit.*, p. 92.

“invasione normativa” precisando che, poiché tali diritti hanno ingresso nell’ordine comunitario non direttamente (cioè in quanto “diritti naturali” oppure in quanto prodotti dalle citate fonti) ma solo in quanto “principi generali del diritto comunitario”, essi vanno garantiti “nell’ambito della struttura e delle finalità della Comunità” Il richiamo alle tradizioni costituzionali comuni e ai trattati internazionali, dunque, lascia pur sempre un notevole margine di manovra alla Corte”, la quale, sul base del vincolo che essa stessa ha creato e limitato, è tenuta esclusivamente a ispirarsi a queste tradizioni o trattati, o, in termini pressoché equipollenti, a “tener conto” degli interessi che possono fornire”¹⁰⁹.

Dunque la Corte, e con essa la speculazione sui diritti e principi in ambito comunitario, ha spostato progressivamente il discorso sui “diritti” e i “principi” da un’originaria focalizzazione in chiave normativista di teoria dell’ordinamento, all’ambito dei ragionamenti neocostituzionalistici di bilanciamento tra principi e istanze fondamentali costituzionali¹¹⁰. E ciò, confortando la teoria di ITZCOVICH, secondo la quale nella riflessione giuridica europea vi sarebbe stato un passaggio deciso dalla dogmatica giuridica al neocostituzionalismo¹¹¹.

Questa posizione ha ricevuto autorevole conferma da MAZZARESE, secondo cui “l’accostamento tra tutela sovranazionale dei diritti fondamentali e neocostituzionalismo è ovvio e immediato, perché la tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali (indipendentemente dalle diverse concezioni sui diritti fondamentali e dalle diverse concezioni sulle forme della loro tutela) individua il tratto specificamente caratterizzante del neocostituzionalismo, quale che ne possa essere la concezione proposta”¹¹².

II.1.4 *Prime prove di codificazione di “diritti” e “principi”. Il riconoscimento politico scritto: l’art. 6 TUE e le successive integrazioni nei Trattati.*

Il riferimento alle tradizioni costituzionali comuni, unitamente ad altri concetti richiamanti valori culturali, e quindi anche giuridici condivisi non rimase solo idea giurisprudenziale e “la sensibilità della Corte si trasmise anche alle istituzioni

¹⁰⁹ *Ibidem.*

¹¹⁰ Sul punto cfr. anche L. AZZENA, *Prospettive della Carta europea dei diritti e ruolo della giurisprudenza*, in G. F. FERRARI (a cura di), *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza. Il costituzionalismo dei diritti*, Milano 2001. L’Autrice, pur svolgendo la sua riflessione riferendosi alle conseguenze dell’affermazione giurisprudenziale dei diritti contenuti nella Carta successivamente alla sua proclamazione del 2000, segnala, riconoscendo anch’essa alla Corte di Giustizia un ruolo sempre più costituzionale nella costruzione di un sistema comunitario di diritti, il principio per cui “l’affermazione giurisprudenziale di un diritto fondamentale ne determinerebbe l’inserimento nel c.d. catalogo non scritto” vivificato per bocca della giurisprudenza, che, utilizzato come parametro di riferimento verrebbe tramutato in fonte giurisprudenziale a cui sarebbe da riconoscersi, stando alla consolidata ricostruzione della dottrina, un’efficacia e un rango pari a quello delle norme del Trattato. Coem è noto, infatti, la nostra giurisprudenza costituzionale da tempo ha riconosciuto alle statuizioni contenute nelle pronunce della Corte comunitaria la stessa efficacia che è attribuita al diritto comunitario scritto, anche le statuizioni contenute nelle pronunce della Corte di Giustizia assumerebbero rango “paracostituzionale” prevalendo sulle norme di legge ordinaria e, nel rispetto dei contro limiti, anche sulle norme costituzionali (Cfr. Corte cost, Sent. 23.4.1985 n. 113).

¹¹¹ G. ITZCOVICH, *Teorie e ideologie del diritto comunitario*, Torino, 2006, *passim*.

¹¹² T. MAZZARESE, *Diritti fondamentali e neocostituzionalismo* in T. MAZZARESE (a cura di), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Torino 2002, p. 1 ss.

politiche, che gradualmente acquisirono consapevolezza di come l'identità politica sia soprattutto integrazione attraverso i diritti"¹¹³. Il protagonismo della Corte lasciò, non senza indugi, il campo all'impegno degli organi e organismi dell'Unione.

Iniziò così ad emergere, parallelamente alla tendenza ricognitiva della Corte, un interesse e un progressivo impegno per i diritti anche da parte delle singole istituzioni.

La concezione delle tradizioni costituzionali comuni promossa dalla giurisprudenza fu inizialmente fatta propria, per mezzo di una dichiarazione congiunta di Assemblea, Consiglio e Commissione del 5 aprile 1977. In essa, ripercorrendo le tappe logiche che portarono la Corte ad affermare l'operatività dei principi e dei diritti, le Istituzioni riconobbero che:

“i trattati che istituiscono le Comunità europee si fondano sul principio dell'osservanza del diritto; e consideran[...]o che, come è stato riconosciuto dalla Corte di giustizia, il diritto in questione comprende, oltre alle norme dei trattati e del diritto comunitario derivato, anche i principi generali del diritto e, in particolare, i diritti fondamentali, principi e diritti su cui si fonda il diritto costituzionale degli Stati membri; [...] che tutti gli Stati membri sono parti contraenti della convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950”¹¹⁴,

e sottolinearono

“l'importanza essenziale che essi attribuiscono al rispetto dei diritti fondamentali, quali risultano in particolare dalle costituzioni degli Stati membri nonché dalla convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. 2. Nell'esercizio dei loro poteri e perseguendo gli obiettivi delle Comunità europee, essi rispettano e continueranno a rispettare tali diritti”¹¹⁵.

L'anno successivo, nell'ambito di un vertice a Copenhagen, anche i Capi di Stato e di Governo ebbero modo di aggregarsi alla suddetta dichiarazione.

Cautamente, il primo richiamo comparve anche nei trattati modificativi. Nell'*Atto Unico europeo* del 1987, per quanto inserito nel preambolo, fu introdotto un riferimento, al terzo paragrafo, con il quale gli aderenti si dichiaravano

“decisi a promuovere insieme la democrazia basandosi sui diritti fondamentali sanciti dalle costituzioni e dalle leggi degli stati membri, dalla convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e dalla carta sociale europea, in particolare la libertà, l'uguaglianza e la giustizia sociale”¹¹⁶.

¹¹³ L. AZZENA, *cit.*, p. 85.

¹¹⁴ Dichiarazione congiunta di Assemblea, Consiglio e Commissione del 5 aprile 1977, in G.U.C.E. n. C 103 del 27.4.1977, pag. 1.

¹¹⁵ *Ibidem*.

¹¹⁶ *Atto Unico Europeo*, par. 3.

A questo riconoscimento seguì la *Dichiarazione del Parlamento Europeo* del 1989¹¹⁷, provvedimento con il quale si gettò una prima base esclusivamente finalizzata all'introduzione di un vero e proprio catalogo dei diritti fondamentali dell'ordinamento comunitario.

Nonostante il loro carattere di *soft law*, queste fonti non erano tuttavia prive di significato giuridico-politico. Esse infatti costituivano in ogni caso l'esplicitazione di un riconoscimento dell'esistenza dei diritti fondamentali da parte dei singoli organi comunitari e rappresentavano una tappa in avanti di quello che è stato definito il "percorso *politico*" di riconoscimento dei diritti. Come ha osservato WOELK¹¹⁸, questi tipi di atti hanno in ogni caso il pregio di *superare* la creazione pur innovativa della Corte, perché l'evoluzione giurisprudenziale pur sempre poneva il problema di rimanere limitata dalla sua funzione risolutiva del caso concreto. Quello che invece si cercava e a cui si tendeva oramai, era di poter sviluppare, - dai principi generali del diritto,- diritti fondamentali valevoli per tutti gli ambiti¹¹⁹.

Di lì a poco, nell'occasione del Trattato di Maastricht (istitutivo del nuovo soggetto "Unione", 1992), gli Stati membri decisero, non senza esitazioni¹²⁰, di introdurre un riferimento ai diritti fondamentali nel quadro modificativo dei trattati "recepando, di fatto, l'impegno di tutela, il meccanismo recettizio escogitato e affinato dalla Corte". Il secondo paragrafo dell'articolo 6 del Trattato sull'Unione Europea (TUE), riecheggiando le sentenze della Corte, sanciva infatti:

"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"¹²¹.

Se, quanto agli effetti e da un punto di vista pratico, tale prescrizione non apparisse così rivoluzionaria, limitandosi peraltro a positivizzare uno stato di fatto già acquisito e cristallizzando -al più- le conclusioni a cui progressivamente era addivenuta la Corte; dal punto di vista teorico invece sanciva una tappa ulteriore di un vero e proprio percorso di crescita giuridica dell'Unione, per lo meno sotto due punti di vista.

Nell'ambito di quella che abbiamo voluto tracciare come evoluzione della ricorribilità o meno a certi "diritti" o "principi" comunque dotati di qualche efficacia sistematico-costituzionale, il citato articolo 6 rappresentava indubbiamente l'approdo ad una concezione di questi tipi di fonte come *scritte* e positivizzate nell'ordinamento, per così dire, destinatario dei loro effetti; e non più *orali* o di ricognizione meramente giurisprudenziale.

Nell'ambito invece di una lettura volta a riconoscere un'evoluzione della riflessione giuridica *del* e *sul* diritto europeo, - che secondo ITZCOVICH accompagna

¹¹⁷ In Gazzetta Ufficiale n. C 120 del 16.05.1989, pag. 51.

¹¹⁸ J. WOELK, *Op. cit.*, *passim*.

¹¹⁹ Cfr. J. WOELK, *Op. cit.*, 63.

¹²⁰ Sulla riluttanza degli Stati membri a redigere un catalogo dei diritti fondamentali cfr. C. PINELLI, *I diritti fondamentali tra politica e giurisprudenza*, in *Politica del diritto*, 2008, 1.

¹²¹ TUE, art. 6 par. 2.

l'Unione da una concezione (*rectius*: ideologia) dogmatico-normativista verso una di tipo neocostituzionale -, vi è stato chi ha visto, nell'articolo in esame, l'atteso gesto di ratifica normativa, appunto a livello "costituzionale-primario", dell'operato e del percorso *costituzionale* della Corte, una conferma ideologica, prima ancora che ordinamentale.

Il valore sistematico e costituzionale della norma, quindi, non è destinato a rimanere sullo sfondo, ma acquista rilievo se si pone mente al fatto che l'articolo 6 TUE si è dovuto comunque sistematicamente interpretare in combinato con altre norme successivamente o contestualmente introdotte.

Tra queste, deve menzionarsi innanzi tutto la più generale disposizione contenuta nel primo paragrafo dello stesso articolo, secondo la versione consolidata a seguito del successivo Trattato di Amsterdam (1997) secondo cui

“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”¹²².

Nei successivi artt. 7 e 49 si chiarisce poi che le stesse istanze di cui all'art. 6 citato, costituiscono altresì rispettivamente:

- a) *parametri* per valutare la condotta degli Stati membri (art. 7), e
- b) *requisito-criterio* da possedersi in capo ai singoli Stati ai fini del processo giuridico di integrazione e adesione all'UE.

Nel secondo caso, infatti, l'art 49 TUE li indica come requisiti da possedere alla cui stregua valutare se uno Stato candidato all'adesione sia o meno idoneo ad accedere all'Unione. Nel caso dell'art. 7, invece, la norma prevede che qualora gli Stati membri si rendano colpevoli di “violazioni gravi e persistenti” nei confronti dei suddetti principi, si possa giungere, a seguito di una complessa procedura che vede la deliberazione degli organi dell'Unione, alla sospensione nei confronti degli Stati violatori di alcuni di tali diritti, principi o benefici derivanti dall'applicazione dei trattati¹²³.

Ecco dunque che, a seguito della positivizzazione e della introiezione nel sistema, queste istanze assumono ruoli fino ad allora (sopravvivendo in via pretoria) non posseduti, o meglio accentuano ora da fonti *positive* e *espresse* quali sono, la loro natura anfibia: da un lato istanze sistematiche o assiologiche soggette al bilanciamento argomentativo-costituzionale, dall'altro clausole generali, disposizioni integranti un parametro normativo incluso in un procedura discriminatoria tra Stati membri e non membri, che è clausola di adesione o di esclusione per e dalla UE.

Tali novazioni tuttavia costituiscono solo una fase interlocutoria ed ancora incompleta nel processo evolutivo che qui interessa. Di fronte infatti alle ricordate nuove e importanti funzioni, giustamente taluno¹²⁴ ha avanzato perplessità e si è chiesto che fine abbia fatto il ruolo valutativo della Corte di Giustizia. Tra le aporie che le modifiche di Amsterdam e Maastricht produrrebbero, WOELK ha osservato

¹²² TUE, versione consolidata dopo il Trattato di Amsterdam, art. 6 par. 1.

¹²³ Cfr. C. PINELLI, *I diritti fondamentali tra politica e giurisprudenza*, in *Politica del diritto*, 2008, 1, p. 54.

¹²⁴ J. WOELK, *Op. cit.*, *passim*.

che, con la suddivisione in pilastri, la disciplina impattante sui diritti fondamentali sarebbe relegata nell'ambito delle competenze intergovernative (all'epoca, II e III pilastro), il che potrebbe far ipotizzare la mancanza di effettive e dirette ripercussioni per i cittadini dell'Unione Europea, ivi compresa la clamorosa carenza di giurisdizione della Corte in tali materie. SCJARABBA segnala al proposito che non sarebbero appunto chiariti l'estensione della giurisdizione della Corte in materia di diritti fondamentali, e, in particolare, la questione se gli Stati membri siano soggetti sul piano processuale a tale giurisdizione e sindacato nella loro conformazione ai citati diritti e principi, così come dalla Corte autonomamente ricostruiti - e non come originariamente concepiti a libello nazionale. In una parola, "nel fondare e vincolare l'Unione e gli Stati membri al rispetto dei principi generali di cui all'art. 6 TUE, tra cui in particolare i diritti fondamentali di cui al paragrafo secondo (alla stregua, per l'appunto della giurisprudenza comunitaria) si sarebbe tralasciato di estendere a detto articolo, e dunque alle relative questioni la giurisdizione della Corte di Giustizia"¹²⁵.

In ultimo, quanto al contenuto e alla concezione dei diritti e principi insiti in tale gesto positivo, i riferimenti generali alle altre fonti eteronome come la CEDU e i trattati suggerirebbero un rapporto di equivalenza valoriale e contenutistica, mentre, stando alla giurisprudenza della Corte, la prima sembra che più correttamente debba essere considerata *parte integrante* del diritto comunitario, fornendo gli altri unicamente *criteri di interpretazione e applicazione* di quest'ultimo¹²⁶.

II. *Ragioni e genesi dell'attuale assetto di "diritti" e "principi" nella Carta.*

II. 1. *Il c.d. "Mandato di Colonia" a redigere una Carta dei diritti fondamentali. Considerazioni su spirito e contenuti.*

I risultati raggiunti con le prime scelte codificatorie degli anni '90 si mostrarono inadeguati anche agli occhi del Gruppo di esperti in materia di diritti fondamentali (c.d. *Comitato "Simitis"*, dal nome del suo Presidente) incaricato dalla Commissione nel 1997 di stendere una relazione critica sullo stato dell'evoluzione in materia nel diritto dell'Unione in vista dell'imminente entrata in vigore del trattato di Amsterdam¹²⁷.

¹²⁵Cfr. V. SCJARABBA, *Tra Fonti e Corti. Diritti e principi fondamentali in Europa: profili costituzionali e comparati degli sviluppi sovranazionali*, Padova, CEDAM, 2008, p. 102.

¹²⁶J. WOELK, *La tutela dei diritti fondamentali in Europa prima della Carta*, cit., *passim*.

¹²⁷La Direzione generale V "Occupazione, Relazioni Industriali e Affari Sociali" della Commissione, nel 1997 creò un gruppo di esperti indipendenti in materia di diritti fondamentali nell'intento di esaminare ulteriormente questo settore, anche a seguito di un primo dibattito sollecitato dal "Comitato dei Saggi" presentato in occasione del primo Foro della politica sociale nel marzo 1996. Il gruppo era composto da otto esperti accademici del ramo, sotto la presidenza del Professor S. Simitis. Per l'Italia partecipò il Prof. Pizzorusso. Al gruppo fu chiesto di riesaminare lo stato dei diritti sociali fondamentali, in particolare alla luce del nuovo trattato di Amsterdam, nonché eventuali lacune e relative questioni giuridiche e costituzionali.

Il *Rapporto*¹²⁸ che ne scaturì segnalò che ormai i tempi erano maturi per dotare l'Unione di un catalogo *nuovo, completo e autonomo* di diritti fondamentali, e che l'adozione del Trattato di Amsterdam di fatto rendeva più evidente tale necessità. Con Amsterdam, infatti, “invece di enumerare i singoli diritti fondamentali, si stabilivano soltanto procedure destinate a garantirne la protezione”, rimanendo questi, di fatto sistematicamente esterni al patrimonio comunitario.

La relazione degli esperti espose le misure prioritarie di cui si rendeva necessaria l'attuazione. Segnatamente, come azioni interessanti ai nostri fini, il Comitato proponeva: *a)* l'adozione di una strategia globale a garanzia dei diritti fondamentali, per renderli visibili, fermo restando che fossero i Trattati a risultare depositari di una tale esplicita garanzia; *b)* l'istituzione di diritti realmente giustiziabili, che non implicino soltanto un mero obbligo passivo di non violazione; *c)* il fatto che l'individuazione dei diritti fondamentali debba basarsi, in particolare, sulla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU), che è divenuta, attraverso la giurisprudenza degli organi che l'hanno interpretata, una "Carta dei diritti" comune per l'Europa, *d)* che i diritti contemplati dalla Convenzione europea, inclusi quelli stabiliti nei suoi Protocolli, andassero incorporati integralmente nel diritto dell'Unione europea/diritto comunitario; ed *e)* che il catalogo di tali diritti dovesse essere inserito in una parte speciale o in un titolo particolare dei Trattati poiché la scelta della sua collocazione dovrà indicare chiaramente il valore superiore attribuito ai diritti fondamentali. Affermò quindi “che l'esplicito riconoscimento dei diritti fondamentali sarebbe stato di per sé imperativo”¹²⁹.

Il Comitato di esperti, dunque, ribadì che i diritti fondamentali:

- necessitano di adeguata visibilità e concrete garanzie sistematiche e giurisdizionali;
- devono poter essere invocabili e giustiziabili;
- devono essere parte integrante del diritto dell'Unione, ma dotati di valore superiore.

Sulla base di un simile invito, in occasione del Consiglio europeo tenuto a Colonia il 3 e 4 giugno 1999, le Conclusioni della Presidenza¹³⁰ recarono in allegato (IV) una “*Decisione relativa all'elaborazione di una Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*”, in cui si legge che

“la tutela dei *diritti* fondamentali costituisce un *principio* fondatore dell'Unione europea e il *presupposto* indispensabile *della sua legittimità*. L'obbligo dell'Unione di rispettare i diritti fondamentali è confermato e definito dalla Corte di giustizia europea nella sua giurisprudenza. Allo stato attuale dello sviluppo dell'Unione è *necessario elaborare una Carta di tali diritti* al fine di sancirne in modo visibile *l'importanza capitale* e la *portata* per i cittadini dell'Unione. Il Consiglio europeo ritiene che la Carta debba contenere i diritti di libertà e uguaglianza, nonché i diritti

¹²⁸Disponibile, in via ufficiosa *on line* presso il sito internet della L.U.I.S.S.: www.luiss.it/semcost/europa/materiali/simitis.rtf ma pubblicato in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1999, II, p. 560 ss.

¹²⁹Come emerge dal *Sommario* in apertura del *Rapporto*, cit.

¹³⁰Ufficialmente disponibili e pubblicati *on line* alla pagina: http://www.europarl.europa.eu/summits/kol2_it.htm#an4

procedurali fondamentali garantiti dalla convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e *risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni* degli Stati membri, *in quanto principi generali del diritto comunitario*.

La Carta deve inoltre contenere i *diritti fondamentali* riservati ai cittadini dell'Unione. Nell'elaborazione della Carta occorrerà inoltre prendere in considerazione *diritti economici e sociali* quali sono enunciati nella Carta sociale europea e nella Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori (articolo 136 TCE), *nella misura in cui essi non sono unicamente a fondamento di obiettivi per l'azione dell'Unione*¹³¹.

Tale decisione, definita appunto “mandato” di Colonia, può essere assimilata, con una certa approssimazione tecnica ma teoricamente fedele nel senso delle categorie costituzionali nazionali, al valore di una delega legislativa, alla cui stregua dunque verificare la conformità dell’operato dell’Organo delegato. Pertanto, nella nostra trattazione la esamineremo puntualmente considerandola come l’antecedente logico-teorico-giuridico del testo della Carta.

I corsivi, scelti per enfatizzare ciò che può rilevare in questa sede storico-teorica mostrano alcune delle prime ragioni che possono esserci di aiuto nell’intento di decifrare filologicamente il senso dell’attuale assetto di diritti e principi all’interno del prodotto finale “Carta”. Ciò che, sin dall’epoca di Colonia, emerse dal tenore delle conclusioni e che quindi, con un censimento letterale può recuperarsi come primo insieme di ragioni utili al nostro scopo descrittivo dei due tipi di fonte è che:

- La tutela dei *diritti* fondamentali costituisce...un *principio* fondatore dell'Unione;
- di conseguenza, i “principi” non sono solo una fonte autonoma e a sé stante, ma più in generale un “contenitore” perché capaci di includere e veicolare anche i “diritti”. Ciò in quanto strutturalmente dotati di maggiore generalità, astrattezza e ampiezza semantica;
- principi e diritti sono presupposto di *legittimità* dell’Unione, e quindi parametro di conformità (di legittimità comunitaria) alla stregua del quale sindacare eventuali vizi di atti o comportamenti dei suoi Organi o degli Stati membri;
- il rispetto dei diritti da parte dell’Unione è un *obbligo*, dunque a seguito della loro proclamazione il contenuto sarà *vincolante*;
- i “diritti” fondamentali devono *tenere di conto* anche dei diritti economici e sociali: quindi sono *tutele*;
- i *diritti* devono sussistere nella misura in cui *non sono unicamente a fondamento di obiettivi*: devono, cioè essere anche *normativi* in senso stretto, cioè *giustiziabili* e *invocabili* per fondare situazioni soggettive, e ciò differenziandosi chiaramente dai “principi”, dal momento che successivamente la Carta, all’art 52 co. 5 affermerà che “*le disposizioni della presente Carta che contengono dei principi possono essere attuate da atti legislativi e esecutivi adottati da istituzioni, organi e organismi dell'Unione e*

¹³¹ Consiglio di Colonia, *Conclusioni della Presidenza*, 3 e 4 giugno 1999, All. IV.

da atti di Stati membri allorché essi danno attuazione al diritto dell'Unione, nell'esercizio delle loro rispettive competenze. Esse possono essere invocate dinanzi a un giudice solo ai fini dell'interpretazione e del controllo di legalità di detti atti”¹³²;

- i diritti proclamati avranno *importanza capitale* e una *portata fondamentale*;
- dalle conclusioni 2-6 ne consegue dunque che i principi sono *veicolo nell'ordinamento sia di istanze di struttura* (“principi” struttural-costituzionali, ordinamentali) che di *tutela* (“diritti fondamentali”).

La presenza di garanzie anche sociali e la duplice portata dei principi intesi sia come elementi ordinamentali che come tutele, come ha osservato SCIARABBA, sembra finalmente derivare dalla -sinora “negletta” (CARTABIA) -“completezza” delle istanze comprese nell’elenco. Dal punto di vista sostanziale, infatti, da un lato “dopo decenni di monotematicità e di frigidità sociale della Comunità (economica) europea, dopo anni di incertezze, tentennamenti, contraddizioni nel quadro della stessa Unione, i “novecenteschi” diritti sociali vengono innalzati da quel limbo normativo in cui erano stati a lungo relegati all’interno, o meglio al margine dell’ordinamento comunitario per essere finalmente affiancati [...] ai vecchi sette-ottocenteschi diritti civili nel nascento catalogo del diritto dell’Unione”. Ebbene, con tale operazione si attribuiva rilevanza costituzionale ai diritti economici e sociali [...] e risulta rimodellato il ‘volto’, il ‘carattere’ della costruzione europea: o, anche se si accetta di usare in un contesto del genere questa espressione, la sua forma di Stato”¹³³.

Sotto altro profilo, la *completezza* del mandato di Colonia, data dalla vocazione all’autosufficienza dell’elenco prefigurato e dall’inclusione di diritti di prima e seconda generazione, ha significato il passo decisivo per la proclamazione dell’autonomia costituzionale dell’Unione. Vi è stato infatti il superamento dell’attuale impostazione della tutela dei diritti, compiuta finora per segmenti, rinvii, citazioni, sulla base di fonti esterne all’ordinamento dell’Unione e questo superamento è avvenuto con il riconoscimento da parte degli organi dell’Unione di una Carta di codificazione, elaborata autonomamente con una procedura tutta interna all’Unione, come atto di sostanza costituzionale e non di natura pattizia.

Riguardo invece alla *portata* dei diritti, essi vengono definiti “fondamentali” e “di importanza capitale”. Sul punto, di interesse ai nostri fini, deve ritenersi che la stessa dottrina, commentando la previsione in parola con riferimento al successivo testo finale della Carta, l’abbia interpretata estensivamente esaminando e riconoscendo tali qualità in generale, considerandole afferenti a ogni istanza ivi proclamata, quindi sia ai “diritti” che ai “principi”¹³⁴. Al proposito ha distinto tra

¹³² Cfr. sul punto anche SCIARABBA, *cit.*, pag. 132-133.

¹³³ V. SCIARABBA, *cit.*, pp. 122-124.

¹³⁴ Lo si comprende dall’argomentare dell’Autore nel paragrafo intitolato “4.2. *Profili specifici: l’importanza capitale e la portata dei diritti fondamentali*”, in V. SCIARABBA, *cit.*, pp. 124-131. L’Autore al proposito parla di bilanciamento reciproco tra “diritti” e “principi”, “diritti” e “valori”. Tale accostamento, in un’ottica teorica sulla scorta delle dottrine di ALEXY e DWORKIN non è certamente ammissibile trattandosi di fonti diverse. Per questo deve intendersi che la riflessione dell’autore, pur riferendo il titolo del paragrafo ai soli diritti fondamentali, possa valere sia per i “diritti” che per le altre istanze, segnatamente “principi” e “valori”.

importanza “relativa”, e “assoluta” di queste istanze-fonti, intendendo la prima come valore *relativo* nei rapporti e conflitti reciproci tra le stesse istanze, e la seconda come peso nei rapporti con gli altri non qualificabili come “fondamentali”. Quanto al primo profilo è stato notato che, se da elementi di carattere sistematico (cfr. *infra*, cap. III) il “*principio*” della “*dignità umana*” “possa considerarsi come un *principio* in qualche modo prevalente rispetto agli altri diritti e principi contemplati nella Carta (in grado di condizionarne già in astratto la ricostruzione, di limitarne in concreto l’esercizio o influenzarne l’applicazione, etc.)”, dall’altro mancherebbero “in numerosi altri casi in cui se ne potrebbe sentire l’esigenza”, simili indicazioni per una corretta ermeneusi attenta a ricostruire bilanciamenti e ranghi di priorità. Come osservato, la conseguenza che ne è derivata è il conferimento di evidente ampiezza del margine di discrezionalità lasciato sia al legislatore comunitario che, successivamente alla Corte di giustizia. Ciò ha indotto la dottrina a temere non tanto

“una lacuna della Carta, quanto piuttosto [...] una sua implicita scelta di allocazione del potere decisionale in tema di bilanciamenti tra diritti: una sorta di “elastica” delega del “costituente” al potere politico-legislativo e al potere giudiziario in quella logica di parziale trasformazione della costituzione da “atto” a “processo” che peraltro, nell’ordinamento comunitario, non è solo esistita ma, si potrebbe forse addirittura dire, ha costituito per certi versi la regola”¹³⁵.

Quanto al secondo profilo della visibilità e importanza “assoluta” o “capitale” di tali istanze richiesto dal mandato di Colonia, dal tenore delle conclusioni e dalla convergenza delle opinioni (PACIOTTI, SCIARABBA, MANZELLA¹³⁶) sul punto, sembra che questa debba riconoscersi “in blocco” a tutte queste istanze proclamate, in senso, quindi, unitario e indivisibile. Sarebbe infatti prima di tutto l’*indivisibilità* la caratteristica che le renderebbe superiori. Secondo la lettera della decisione di cui sopra, probabilmente al Consiglio sarebbe premuto una consacrazione espressa di tale superiorità. Sotto quest’aspetto, la Carta, limitandosi a menzionare *queste* -e solo queste- istanze, e quindi avendole recisamente distinte da qualsiasi altro criterio ordinamentale o posizione soggettiva prevista invece nel diritto derivato, sembra aver adempiuto al suo compito.

Qualche perplessità, in tema, indurrebbero quelle che SCIARABBA ha definito “trappole”¹³⁷ sistematico-interpretative, che, secondo lo studioso minerebbero almeno teoricamente i caratteri di visibilità, fundamentalità e superiorità. Si tratta innanzi tutto del diffuso utilizzo, nella Carta, della tecnica del rinvio alla normativa ordinaria, comunitaria o nazionale, per riempire di contenuto le istanze ivi previste, e, in secondo luogo, delle conseguenze delle “disposizioni generali” del capo VII, prescrizioni che in effetti influiscono su portata, ambito di applicazione e visibilità di diritti e principi.

Segnatamente, l’uso del rinvio normativo al legislatore in funzione garantista di riserva di legge e promozionale di rimandi programmatici, secondo SCIARABBA

¹³⁵ V. SCIARABBA, *cit.*, 126.

¹³⁶ *Opp. Citt.*

¹³⁷ V. SCIARABBA, *cit.*, 127.

produrrebbe un effetto definito “riduttivo” o “elusivo” del contenuto dei diritti che recherebbe con sé l’ineludibile rischio di “decostituzionalizzare” il preciso contenuto giuridico del diritto proclamato e rimettere, al legislatore o ai legislatori ordinari (quando non a fonti o organi inferiori), le sorti di quei diritti dei quali avrebbe dovuto invece essere visibilmente sancita l’importanza capitale”¹³⁸. SCJARABBA riconduce il motivo del frequente ricorso a tale tecnica normativa ad esigenze lato sensu “federali” o di “complessità istituzionale” dell’Unione, di cui tale tipo di metodo sarebbe una peculiarità.

In secondo luogo, in ordine alle conseguenze delle “disposizioni generali” del Capo VII, SCJARABBA intravede, nella limitazione dell’ambito di applicazione della carta (art. 51 co.1) “*agli Stati membri esclusivamente nell’attuazione del diritto dell’Unione*”, un’altra contraddizione all’“importanza capitale”, “portata” e “visibilità” dei diritti fondamentali se si pone mente che la Carta, più coraggiosamente avrebbe forse anche potuto abbracciare un’opzione più di tipo “federale” prevedendo un’assoluta superiorità di queste istanze anche *oltre* le competenze e i compiti per la comunità e per l’Unione definiti dai trattati (art 51.2.) e quindi trasversalmente nei confronti di tutti gli Stati membri. Anche l’art 52, prevedendo che proprio sotto la rubrica “portata dei diritti e dei principi”, contiene tre norme che, al fine di individuare l’esatta portata dei diritti contenuti nella Carta rinviano sistematicamente ad altre fonti¹³⁹, porrebbe notevoli problemi.

Orbene, le conclusioni di SCJARABBA appena esposte non sono condivisibili, tuttavia, dal nostro punto di vista teorico-generale, soprattutto con riferimento alla focalizzazione della nostra ricerca. Nella nostra ottica, infatti, tesa alla ricostruzione di un criterio teorico discretivo tra le istanze proclamate, definibili come “diritti” o “principi”, quelle che il costituzionalista chiama “trappole” possono assurgere, invece, per la nostra analisi a preziosi indici di classificazione e ascrivibilità delle istanze al novero dei “diritti” o dei “principi”.

Quello che qui si contesta è il fatto che i rinvii indeboliscano il contenuto dei “diritti”, e che paradossalmente e contrariamente a quanto prospettato dalla Carta, si finisca per non parlare più dei “principi”.

Più opportunamente, al contrario i rinvii potrebbero invece essere intesi come le spie che ci segnalano che l’istanza a cui essi si riferiscono possa definirsi “*principio*” previsto dalla Carta.

Infatti, come si è avuto modo di vedere¹⁴⁰ tra le dottrine che maggiormente si sono occupate dei “principi” è pressoché unanime, tra i criteri identificativi di questi¹⁴¹ la visione che ritiene che loro tratto caratterizzante sia proprio l’“eccedenza di contenuto assiologico o deontologico”, ampiezza appunto bisognosa di

¹³⁸ Gli esempi più significativi che al proposito SCJARABBA enumera sono quelli facilmente osservabili nell’articolato della Carta: art 10.2; 14.3; art. 16; art 27; art. 28; Art. 30; art. 34; art. 34.2/.3; art. 35, art. 36; in definitiva, quindi tutte le istanze più “sociali”.

¹³⁹ Quali “la legge”, ai “trattati comunitari”, alla “CEDU” nonché eventualmente “al diritto dell’Unione”.

¹⁴⁰ V. *supra*, Cap. I.

¹⁴¹ Al contrario, infatti, come abbiamo visto, circa il punto dell’*efficacia* che i principi avrebbero, le visioni invece si divaricano tra le dottrine riconducibili ai filoni (neo)giusnaturalisti, normativisti, (neo)costituzionalisti e argomentativi, logico-argomentativi (cfr. *supra*, Cap. I)

concretizzazione e quindi di un rinvio a norme subordinate che ne precisino il contenuto. Ne consegue che, a livello costituzionale, ben possa ritenersi come un indice della qualità di una disposizione come “principio”, il fatto che essa stessa preveda il rinvio al legislatore ordinario per concretizzazioni funzionali o maggiori precisazioni “contenutistico-normative”.

Questa ricostruzione, del resto, pare l’unica in armonia, oltre che con le teorie dei principi esposte, col significato più completo della rubrica assegnata all’art 52 (“*portata dei diritti e [ma anche] dei principi*”), che prevede la tecnica del rinvio come metodo per riempire di contenuto i *diritti* ma anche - e soprattutto, - i *principi*. Inoltre avrebbe il pregio di evitare di giungere a svilire, ridurre o eludere, -come invece fa la ricostruzione anzidetta-, il ruolo dei “diritti”, che invece rimarrebbe intatto per le fattispecie previste in modo completo e esaustivo (qualificabili dunque più come “diritti”); e al contrario piuttosto salvaguarderebbe il carattere di fundamentalità, superiorità e visibilità dei concetti solennemente proclamati, caratteri in questo senso ora riferibili ai “principi”. Infine, deve rilevarsi che questa ricostruzione si sposerebbe poi opportunamente col disposto dell’art. 52 co. 5 laddove si prevede che “*Le disposizioni della presente Carta che contengono dei principi possono essere attuate da atti legislativi e esecutivi adottati da istituzioni, organi e organismi dell’Unione e da atti di Stati membri allorché essi danno attuazione al diritto dell’Unione*” e, riferendosi ai “principi” di contenuto più generale e programmatico, e, per così dire parametrico-costituzionale, laddove si dice che “*Esse possono essere invocate dinanzi a un giudice...ai fini dell’interpretazione e del controllo di legalità di detti atti*”, in linea col disposto del mandato di Colonia.

II. 2 *L’elaborazione delle norme nelle prime fasi di drafting della Carta (1999-2000). L’incidenza in generale, di soggetti, metodi e procedure della Convenzione sui contenuti sostanziali.*

Trattandosi di circostanze, per così dire, cronologiche e di una sequenza temporale di vertici internazionali e appuntamenti istituzionali, sembra inutile dar puntualmente conto in questa sede delle singole tappe che hanno interessato il *drafting* della Carta dei diritti. A questo scopo si rinvia peraltro al successivo paragrafo II.2.4, nel quale, si riassume ad uso di prospettiva storica, una sinossi delle fasi politiche e redazionali che hanno condotto al testo attualmente in vigore¹⁴².

Su tutto questo, molto è stato detto e scritto, e la dottrina si è distinta per interessantissimi rilievi procedurali, ma anche sostanziali¹⁴³.

¹⁴² Per una sinossi completa delle vicende a cui faremo riferimento da qui in avanti, cfr. lo schema *infra*, par. II.5, realizzata sulla base della Cronologia offerta dal sito internet ufficiale dell’UE “Europa”, [alla pagina: http://europa.eu/documentation/legislation/institutional_reform/chronology/index_it.htm](http://europa.eu/documentation/legislation/institutional_reform/chronology/index_it.htm)

¹⁴³ Sul punto la dottrina è sterminata. Ci limitiamo qui, oltre a tutte le altre opere citate nel presente capitolo, da ritenersi qui integralmente riferite, a segnalare: C. CARLETTI, *I diritti fondamentali e l’Unione Europea tra Carta di Nizza e Trattato-costituzione*, Milano 2005; M. ATRIPALDI, *Il metodo della convenzione e i valori della Carta dei diritti: una cronaca dei lavori preparatori*, in V. ATRIPALDI, R. MICCÙ, (a cura di) Aa.Vv., *L’omogeneità costituzionale nell’Unione Europea*, Padova, 2003; G.G. FLORIDIA, *Nell’intenzion dell’artista, negli occhi degli abitanti (osservazioni sulla Dichiarazione dei diritti di Nizza)*, in *Diritto pubblico comparato e europeo*, 2001; M. P. CHITI, *La*

Per quanto di utilità in questa sede, invece, è sufficiente ricordare che nei dieci anni che hanno separato l'iniziativa di incaricare un Comitato di esperti in materia di diritti fondamentali per valutarne una prima solenne (seppur meramente politica) dichiarazione a livello comunitario (1997), dalla proclamazione della versione definitiva della Carta nei termini e contenuti in cui avrebbe acquisito efficacia giuridica in virtù del richiamo fattone dai Trattati (2007), si sono avvicendati soggetti, avvenimenti, opinioni pubbliche, dottrine, governi, metodi, modifiche presidenze; ideologie e concezioni diverse a proposito delle istanze oggetto di proclamazione.

Quello che qui merita di rilevare è quindi quali elementi abbiano influito sulla concezione, il regime e l'assetto dei "diritti" e "principi" contemplati dalla Carta.

*** ** ***

Come si è visto, in presenza della cornice metodologica ma anche criteriologico-sostanziale illustrata nel paragrafo precedente, il Consiglio di Colonia conferì uno specifico *mandato* alla redazione di una Carta dei diritti fondamentali.

I soggetti. Fu designato un "organo composto di delegati dei capi di Stato o di governo e del Presidente della Commissione europea, nonché di membri del Parlamento europeo e dei parlamenti nazionali". Della convenzione fecero parte, seppur in veste di osservatori, due rappresentanti della Corte di giustizia europea designati dallo stesso organo, e due rappresentanti del Consiglio d'Europa, di cui uno appartenente alla Corte europea dei diritti dell'Uomo di Strasburgo. Sono stati invitati a esprimere il proprio parere rappresentanti del Comitato economico e sociale, del Comitato delle regioni, il mediatore e gruppi sociali esperti in materia"¹⁴⁴. Come è stato osservato, "particolare attenzione merita la partecipazione ai lavori dei rappresentanti dei parlamenti nazionali e del Parlamento europeo. Nella Convenzione, essi sono stati chiamati ad intervenire nella duplice veste di parlamentari nazionali ed europei, nonché ad assumere una responsabilità politica, condivisa con gli altri membri della Convenzione, nella prospettiva dell'adozione di un testo che avrebbe poi influenzato lo stesso processo di revisione dei Trattati"¹⁴⁵. Nell'ambito della dottrina è interessante la lettura (SCIARABBA) che ha evidenziato

Carta europea dei diritti fondamentali: una carta di carattere funzionale?, in Rivista trimestrale di diritto pubblico, 2002; G. ARRIGO, *La Carta di Nizza: natura, valore giuridico, efficacia*, in Il Diritto del lavoro, 2001, M. SICLARI, (a cura di), *Contributi allo studio della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Torino, 2003; U. DE SIERVO, *L'ambigua redazione della Carta dei diritti fondamentali nel processo di costituzionalizzazione dell'Unione europea*, in Diritto Pubblico, 2001, I.; A. BARBERA, *La Carta europea dei diritti: una fonte di ri-cognizione?*, in Il Diritto dell'Unione Europea, 2001, 2/3; G. F. FERRARI, (a cura di), *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza. Il costituzionalismo dei diritti*, Milano 2001; G.G. FLORIDIA, L.G. SCIANNELLA, *Siamo una Convenzione. Vale a dire cosa? Anatomia e autonomia della Convenzione europea*, in Diritto pubblico comparato e europeo, 2002; G.G. FLORIDIA, *Il cantiere della nuova Europa. Tecnica e politica nei lavori della Convenzione europea*, Bologna 2003; M. CARTABIA, J.H.H. WEILER, *L'Italia in Europa. Profili istituzionali e costituzionali*, Bologna 2003; G. RIVOSECCHI, *La Carta dei diritti tra codificazione sui generis e diritto previgente*, in V. ATRIPALDI, R. MICCÙ, (a cura di) *Aa.Vv., L'omogeneità costituzionale nell'Unione Europea*, Padova, 2003;

¹⁴⁴Allegato IV alle Conclusioni della Presidenza.

¹⁴⁵C. CARLETTI, *I diritti fondamentali e l'Unione Europea tra Carta di Nizza e Trattato-costituzione*, cit.

da un lato, l'emergere di indici di "autonomia" della Convenzione e dall'altro la "trasversalità" delle sue divisioni interne. Le componenti rilevanti sono state infatti "quantomeno tre: quella derivante dalle diverse (o uguali) nazionalità dei suoi membri" (che spesso ha favorito la proposizione di emendamenti congiunti); "quella derivante dalle loro differenti (o comuni) appartenenze politiche (vi sono state ad esempio, sotto questo profilo, prese di posizione congiunte da parte dei membri del partito socialista europeo); e infine la partizione derivante dalla rispettiva provenienza istituzionale. Al di là della semplice circostanza che quest'ultima è stata", come emerge dalla documentazione, "l'unica delle tre presa in considerazione nelle Conclusioni di Tampere per trarne delle conseguenze organizzative"; è inevitabile immaginare che le tre estrazioni abbiano garantito, pur nella diversità e nella eterogeneità delle provenienze, una comunanza di istanze realmente condivise sia a livello ideologico che tecnico-politico, e ciò se non altro in via di compromesso¹⁴⁶.

L'apporto tecnico eterogeneo delle istituzioni e organi partecipanti ai lavori di scrittura della Carta ha giocato anche un ruolo in ordine al "convincimento interno" delle istituzioni sul rafforzamento della tutela dei diritti fondamentali nel sistema europeo. Infatti sia Parlamento, Comitato economico e sociale, Comitato delle regioni che Commissione assunsero in quegli anni, già a titolo individuale, posizioni tese a sottolineare l'esigenza di dotare la Carta di un valore *vincolante* attraverso il suo inserimento nei Trattati¹⁴⁷. Tra queste, particolarmente importante ai nostri fini sembra la Comunicazione della Commissione europea "sulla natura della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea"¹⁴⁸ con la quale la Commissione ha fatto propria sia l'intenzione di inserire la Carta nel sistema dei trattati, sia la formulazione espressa dal Presidente Herzog circa il metodo di stesura della Carta "*come se*" essa avesse poi acquisito efficacia giuridica.

Su questi presupposti non risulta particolarmente difficile giustificare il fatto che, nel preambolo dell'atto definitivo, ricorrano espressioni compromissorie e "inclusive" di questo tipo:

"I popoli d'Europa [...] hanno deciso di condividere un futuro di pace fondato su valori *comuni*". (Preambolo, par. 1)

¹⁴⁶ Come si verrà più avanti, infatti, il metodo di lavoro si è basato sul meccanismo del c.d. *consensus*.

¹⁴⁷ Rispettivamente, il PE con risoluzioni del 25 febbraio (n. B5 0110/1999 in GUCE n. C54/93), 16 marzo e 2 ottobre 2000 e, come riporta CARLETTI, un discorso del suo Presidente, Nicole Fontaine in occasione del Consiglio europeo di Nizza, apprezzando le modalità redazionali adottate e ritenendo che la Carta rappresentasse "la prima pietra della casa comune da ammodernare per le generazioni future ed aprire a tutto il continente europeo, un vero e proprio ; preambolo a quella che sarà la futura Costituzione dell'Unione". La signora Fontaine sostenne che "dotare la Carta di un valore giuridico equivale ad affermare che questi valori ci impegnano tutti, Stati membri e Paesi candidati, in modo tangibile. A tal fine, il Parlamento europeo auspica che gli Stati membri gli conferiscano, nel trattato, la forza giuridica che è condizione per la sua credibilità e la sua efficacia, per lo meno mediante un riferimento nell'articolo 6 e, immediatamente dopo Nizza, nella prospettiva di un preambolo a quella che sarà la futura Costituzione dell'Unione". Il Comitato economico e sociale emise la risoluzione n. 1005/2000 adottata il 20 settembre 2000, e il Comitato delle Regioni la n. 140/2000 adottata sempre il 20 settembre 2000.

¹⁴⁸ Documento COM (2000)644 def. Dell'11 ottobre 2000, da interpretarsi in riferimento con la precedente comunicazione COM(2000)559 def. del 13 settembre 2000.

“Consapevole del suo patrimonio spirituale e morale, l'Unione si fonda sui valori *indivisibili* e *universali* della dignità umana, della libertà, dell'uguaglianza e della solidarietà; essa si basa sul principio della democrazia e sul principio dello Stato di diritto”. (Preambolo, par. 2)

“L'Unione contribuisce alla salvaguardia e allo sviluppo di questi valori *comuni* nel rispetto della diversità delle culture e delle tradizioni dei popoli d'Europa, nonché dell'identità nazionale degli Stati membri e dell'ordinamento dei loro pubblici poteri a livello nazionale, regionale e locale[...]”. (Preambolo, par. 3)

“A tal fine è necessario rafforzare la tutela dei diritti fondamentali[...]” (Preambolo, par. 4)

“La presente Carta riafferma, nel rispetto delle competenze e dei compiti dell'Unione e del principio di sussidiarietà, i diritti derivanti in particolare dalle tradizioni costituzionali e dagli obblighi internazionali comuni agli Stati membri, dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, dalle carte sociali adottate dall'Unione e dal Consiglio d'Europa, nonché dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea e da quella della Corte europea dei diritti dell'uomo [...]”. (Preambolo, par. 5)

“Il godimento di questi diritti fa sorgere *responsabilità e doveri nei confronti degli altri*[...]” (Preambolo, par. 6).

“Pertanto, l'Unione riconosce i *diritti*, le *libertà* e i *principi* enunciati in appresso” (Preambolo, par. 7)

...che rafforzano le idee di *universalismo*, *vincolatezza* e *superiorità assiologica* (e di conseguenza giuridico-costituzionale) insite nell'operazione codificatoria delle istanze proclamate.

Anche la stessa scelta di chiamare l'organo delegato “Convenzione” pare non priva di valore ideale e (quantomeno meta-)giuridico nello stesso senso di indicare un tendenziale intento costituente. Come riporta CARLETTI, la dottrina si è divisa sul punto. Infatti, se da un lato è palese che quest'organo non sia assimilato alle conferenze intergovernative che per disposto dei Trattati sono le uniche legittimate a riformare i trattati istitutivi stessi, “una giustificazione valida circa la sua denominazione potrebbe ritrovarsi nell'accezione tradizionale del termine, riconducibile al modello dell'assemblea costituente”¹⁴⁹. Vi è stato chi ha voluto fare riferimento all'accezione anglo-americana del termine, esprime un processo democratico, trasparente e partecipato “volto ad assicurare il pieno coinvolgimento della popolazione nella fase di elezione dei propri rappresentanti in un organismo esecutivo”¹⁵⁰. D'altra parte, tuttavia CARLETTI si dimostra scettica nell'avallare una teoria che riconosca intento realmente costituente alla Convenzione, poiché la stessa

¹⁴⁹ C. CARLETTI, *Op cit.*, pp. 5 ss.

¹⁵⁰ Cfr. sul punto le opinioni riportate da CARLETTI (*Op cit.*, ivi); C. ZANGHÌ, *Prime osservazioni sulla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, in *Rivista della Cooperazione Giuridica internazionale*, 2001 e J. P. JACQUÉ, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne: présentation générale*, in L. S. ROSSI, (a cura di), AA.VV. *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione dell'Unione europea*, Milano, 2002.

legittimazione rinvenibile in capo ai membri (governativi) partecipanti alla Convenzione potrebbe tutt'al più definirsi "parziale", potendosi superare il deficit democratico della composizione dell'organo solo se i parlamentari dell'organo comunitario nonché dei singoli organi nazionali esercitanti in questo senso il potere democratico venissero considerati rappresentanti, seppur in modo comunque debolissimo¹⁵¹, dello stesso popolo, seppur in via indiretta, svolgendo un duplice ruolo: redattori della Carta e promotori del suo inserimento nei Trattati¹⁵².

I metodi di lavoro e di stesura. Indicazioni in tema di modalità concrete di "svolgimento dei lavori dell'organo", si ricavano innanzi tutto dallo stesso mandato di Colonia, il quale sotto la rubrica "preparazione", attribuisce al Presidente ed al suo vice il ruolo istruttorio e di scansione di tutti i lavori. In effetti il presidente, Roman Herzog, ex presidente della Repubblica federale Tedesca e rappresentante del Cancelliere Schröder eletto per acclamazione, promosse più di ogni altro la linea redazionale che poi in secondo momento consentì alla Carta di essere utilizzata nelle argomentazioni della Corte e della dottrina per riconoscerle una certa qual efficacia, e soprattutto per porsi come documento idoneo ad essere trasposto tale e quale nella II parte della Costituzione (nel progetto del 2004) e come allegato ai Trattati (nel progetto del 2007: poi Trattato di Lisbona). Egli infatti, promosse la c.d. *tecnica redazione del "come se"* la Carta fosse stata comunque destinata a possedere efficacia giuridica.

Gli incontri della Convenzione si sono susseguiti regolarmente, ma i temi affrontati sono stati suddivisi in tre aree di discussione, le quali riflettono la ripartizione dell'allegato IV del Mandato di Colonia, rifacentesi alle categorie di consolidata esperienza: diritti civili e politici¹⁵³, diritti del cittadino¹⁵⁴, diritti economici e sociali¹⁵⁵ a cui si è aggiunta la questione delle clausole orizzontali¹⁵⁶. Dal punto di vista teorico-generale, taluno ha ravvisato nelle categorie anzidette un riferimento vetusto e dunque uno schema di individuazione delle istanze da includere non innovativo. In particolare, questo processo di estrapolazione ricorrerebbe da un lato a categorie tradizionali e teoriche, dall'altro rimanderebbe a precise fonti: così i diritti di libertà e eguaglianza, nonché i diritti processuali fondamentali risulterebbero quelli garantiti dalla Convenzione europea e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni, mentre i diritti economici e sociali verrebbero accoppiati alla Carta sociale europea e alla Carta comunitaria. In particolare, SCIARABBA ha osservato che

¹⁵¹ In questo senso E. PACIOTTI, *La Carta, i contenuti e gli autori*, in A. MANZELLA, P. MELOGRANI, E. PACIOTTI, S. RODOTÀ, *Riscrivere i diritti in europa: introduzione alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Bologna 2001, 12 ss. e A. MANZELLA, *Dal mercato ai diritti*, in A. MANZELLA, P. MELOGRANI, E. PACIOTTI, S. RODOTÀ, *Riscrivere i diritti in Europa: introduzione alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Bologna, 2001, 35 ss.

¹⁵² C. CARLETTI, *Ibidem*.

¹⁵³ Oggetto di trattazione dal Presidium (cfr. docc. CONV 5 del 15.2.2000; CONV 8 del 24.3.2000; e CONV 13 del 8.3.2000) discussi tra febbraio e marzo 2000.

¹⁵⁴ La cui discussione è iniziata il 28.3.2000 (doc. CONV 17 del 20.3.2000).

¹⁵⁵ Che, ricostruendo le vicende in base alla documentazione reperita (CONV 19 del 29.3.2000 e CONV 26 del 17.4.2000) hanno formato oggetto di una articolata discussione durante l'aprile del 2000; cfr. *infra*, nel corpo della trattazione.

¹⁵⁶ Oggetto d'esame nel maggio 2000.

“le tradizioni costituzionali comuni sarebbero state “accoppiate” solo ai classici (e ottocenteschi) diritti di libertà e uguaglianza (formale) e ai diritti processuali fondamentali (ricorrendosi per i diritti sociali solo ad altre fonti) con ciò tralasciandosi tutta una serie di diritti “novecenteschi” presenti nel patrimonio costituzionale europeo (quasi sulla scia di quella criticabile lettura dell’art. 6 del TUE che vorrebbe *categoricamente*, e, per così dire, a priori, esclusi dalla tutela offerta da tale norma i diritti sociali)”¹⁵⁷.

Quanto alla *modalità di lavoro*, MELOGRANI, membro della Convenzione, ha sottolineato come la tecnica fosse stata quella del *consensus*, e quindi di una proposta e condivisione totale dei testi e successiva approvazione per espressione collettiva e palese. Come riporta nelle sue cronache, “Il metodo usato dalla Convenzione è stato infatti quello di parlare tutti, e poi di conferire al *Presidium* (il presidente e i due vicepresidenti) il compito di aggiornare di continuo un testo che tenesse conto delle obiezioni e dei consigli espressi dai membri della Convenzione”. In tutto questo, “tutto ciò è avvenuto senza un voto. Va anzi detto che, alla Convenzione, non abbiamo mai votato se non per eleggere i vicepresidenti”¹⁵⁸.

Il valore giuridico, e in genere, i caratteri delle istanze riconosciute. L’attuale assetto e natura dei “diritti” e “principi” all’interno della Carta risente anche degli esiti del profondo dibattito dottrinale, giurisprudenziale e interparlamentare coevi alla proclamazione del testo di Nizza (2000). La riflessione vide più soggetti dialogare tra loro, in particolare a seguito del mandato di Colonia sul tema dei *diritti sociali*, materia che più di ogni altra richiedeva una presa di posizione sulle questioni della giuridicità della Carta e sulla vincolatezza (e giustiziabilità reale effettiva) delle istanze che vi fossero state riconosciute¹⁵⁹.

Come è noto, infatti, alla posizione “istituzionale” degli organi comunitari, tendente ad attribuire, non appena fosse stato possibile in futuro, valore giuridico alla Carta, si affiancavano le cautele della Corte e del Tribunale, le diverse posizioni della e gli argomentati dibattiti svoltisi in sede nazionale e convenzionale.

Gli organi giurisdizionali comunitari si trovavano, in relazione alla Carta, in presenza delle possibili alternative tra: a) riconoscere un qualche valore *interpretativo* alla Carta, anche a seguito delle sollecitazioni di molti Avvocati generali della Corte nelle fattispecie sottoposte al loro parere preliminare e dell’adozione già di questo approccio operativo da parte del Tribunale¹⁶⁰; b) il

¹⁵⁷ Cfr. V. SCIARABBA, *Tra fonti e corti*, cit., p. 132.

¹⁵⁸ P. MELOGRANI, *La Carta nel processo di costruzione europea: una testimonianza*, in A. MANZELLA, P. MELOGRANI, E. PACIOTTI, S. RODOTÀ, *Riscrivere i diritti in Europa: introduzione alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea*, Bologna, 2000, p. 57 ss.

¹⁵⁹ Dibattito che, peraltro, si protrasse oltre la prima proclamazione, lungo la II Convenzione e la CIG (2003-2004) in occasione di quella che avrebbe dovuto essere la preparazione dell’inserimento della stessa nel Trattato Costituzionale (2002-2004); fino alla firma del Trattato di Lisbona (2007), adottante il testo definitivo, frutto dei lavori anche della c.d. “II Convenzione” (2002-2003)- Cfr. la *Sinossi* del par. seguente.

¹⁶⁰ Il Tribunale di primo grado, in un primo momento afferma semplicemente che la Carta non avrebbe potuto costituire mai parametro per il suo sindacato solo perché successiva all’atto impugnato oggetto del giudizio (Sent. 20.2.2001, in causa T-112/98, *Mannesmannröhre- Werke AG c./ Commissione*, par. 15-17 e 76), in tempi più recenti “ha provveduto a richiamarla espressamente”, come riporta CARLETTI a proposito delle Sentt. 23.11.2004 n. T-84/03, *Turco c. Consiglio Ue*, par. 2 ; Sent. 6.12.2004 nelle cause riunite T-120/01 e T-300/01, *De Nicola c. BCE*, par. 71.

riferirsi alla Carta in via meramente complementare, per motivare in punto di diritti fondamentali ma con argomentazioni solo *ad abundantiam* secondo i criteri, invero, già osservati con riferimento ad altri documenti privi di valore vincolante¹⁶¹; e c) riferirsi a “diritti”, “libertà” e “principi” contenuti nella Carta in quanto principi generali e pertanto come parte comunque integrante dell’ordinamento ex art. 6 TUE.

Quanto alla prima alternativa, dagli Avvocati generali presso la Corte provenivano delle Conclusioni – invero antesignane e meritorie per la loro lungimiranza- tendenti, in materia di diritti sociali, a riferirsi alle Carte proclamate fino ad allora in seno all’Unione e a utilizzare la Carta come fonte quantomeno interpretativa in materia di diritti fondamentali, soprattutto in punto di diritti sociali.

L’Avv. Generale Tizzano argomentò, infatti, come segue:

“[...] per rispondere in modo appropriato al giudice nazionale conv[iene] partire da lontano e [...] occorr[e] innanzitutto inquadrare il diritto alle ferie annuali retribuite nel più generale contesto dei diritti sociali fondamentali. Non è infatti nella direttiva sull’orario di lavoro che il diritto di cui discutiamo trova la sua prima consacrazione, perché in realtà esso è da tempo annoverato, al di là della durata del periodo di ferie garantito, tra i diritti sociali fondamentali.

[23]. Già nel 1948 la Dichiarazione universale ha riconosciuto il diritto al riposo, incluse ragionevoli limitazioni delle ore di lavoro e un congedo periodico retribuito (art. 24) . Successivamente, tanto la Carta sociale europea approvata nel 1961 dal Consiglio d’Europa (art. 2, n. 3) quanto il Patto delle Nazioni Unite del 1966 sui diritti economici sociali e culturali [art. 7, lett. d)] hanno specificamente sancito il diritto alle ferie retribuite come espressione del diritto a condizioni di lavoro eque e giuste.

[24]. Sul piano comunitario, poi, è noto che i Capi di Stato o di governo hanno consacrato questo stesso diritto al punto 8 della Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori, che essi hanno adottato in occasione del Consiglio europeo di Strasburgo del 1989 e che è richiamata dalla stessa direttiva sull’orario di lavoro nel suo quarto considerando .

[25]. Gli atti che ho fin qui richiamato in modo generico e indistinto si differenziano certamente sotto vari profili. Non sempre identico ne è infatti, come si è visto, il contenuto precettivo; così come non identica ne è la portata normativa, trattandosi in alcuni casi di convenzioni internazionali, in altri di dichiarazioni solenni, e di diversa ampiezza ne sono, di tutta evidenza, anche gli ambiti soggettivi di applicazione. Eppure è significativo che da tutti questi atti il diritto ad un periodo di ferie retribuite venga annoverato in termini non equivoci tra i diritti fondamentali dei lavoratori.

[26]. Ancor più significativo, peraltro, mi pare il fatto che detto diritto trovi oggi una solenne conferma nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, proclamata il 7 dicembre 2000 dal Parlamento europeo, dal Consiglio e dalla Commissione dopo essere stata approvata dai Capi di Stato e di governo degli Stati membri, spesso su espresso e specifico mandato dei Parlamenti nazionali . All’art. 31, n. 2, la Carta dichiara infatti che: «Ogni lavoratore ha diritto ad una limitazione

¹⁶¹ Come, ad esempio, illustra CARLETTI (*Cit*, *ivi*), nella Sentenza 23.11.1990 in causa n. C- 149/96, *Portogallo c./ Consiglio UE* dove si ravvisava l’assenza di un effetto diretto delle disposizioni dell’accordo istitutivo dell’Organizzazione Mondiale del Commercio, o la Sent. 11.4.2000 nelle cause riunite C- 51/96 e C – 191/97 nella quale si cita la Dichiarazione n. 29 annessa al Trattato di Amsterdam.

della durata massima del lavoro e a periodi di riposo giornalieri e settimanali e a ferie annuali retribuite». Tale enunciazione, per espressa affermazione del Presidium della Convenzione che ha elaborato la Carta, da un lato si è ispirata proprio all'art. 2 della Carta sociale europea e al punto 8 della Carta comunitaria dei diritti dei lavoratori, dall'altro ha tenuto debito «conto della direttiva 93/104/CE concernente taluni aspetti dell'organizzazione del tempo di lavoro» .

[27]. Certo, al pari di alcuni degli atti precedentemente citati, anche la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea non si è vista riconoscere autentica portata normativa, è rimasta cioè priva, dal punto di vista formale, di autonomo valore vincolante. Tuttavia, anche a non voler entrare qui nell'ampio dibattito già in corso circa gli effetti che, in altre forme e per altre vie, la Carta potrebbe comunque produrre, *resta il fatto che essa racchiude enunciazioni che appaiono in gran parte come ricognitive di diritti già altrove sanciti*. Nel suo preambolo si può del resto leggere che «la presente Carta riafferma, nel rispetto delle competenze e dei compiti della Comunità e dell'Unione e del principio di sussidiarietà, i diritti derivanti in particolare dalle tradizioni costituzionali e dagli obblighi internazionali comuni agli Stati membri, dal Trattato sull'Unione europea e dai Trattati comunitari, dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, dalle Carte sociali adottate dalla Comunità e dal Consiglio d'Europa, nonché i diritti riconosciuti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee e da quella della Corte europea dei diritti dell'uomo».

[28]. *Credo quindi che in un giudizio che verte sulla natura e sulla portata di un diritto fondamentale non si possano ignorare le pertinenti enunciazioni della Carta, né soprattutto se ne possa ignorare l'evidente vocazione a fungere, quando le sue disposizioni lo consentono, da sostanziale parametro di riferimento per tutti gli attori - Stati membri, istituzioni, persone fisiche e giuridiche - della scena comunitaria. In questo senso, quindi, ritengo che la Carta ci fornisca la più qualificata e definitiva conferma della natura di diritto fondamentale che riveste il diritto a ferie annuali retribuite*¹⁶².

L'ultima possibilità, di riconoscere cioè *giuridicità* e vincolatezza alle istanze proclamate ancorché non propriamente *normative*, ma *proprio* perché e in quanto “principi” fu sostenuta da diversi giuristi e, tra gli italiani vide come sponda il convenzionale MANZELLA, che intravide nella struttura della Carta “per principi” (cfr. Cap. III) l'elemento in grado di integrarsi con l'art. 6 co. 2 TUE, che dunque avrebbe funzionato da perno in grado di includere automaticamente tutte le istanze espresse (in via di principio) nella Carta. In particolare, ai nostri fini sono interessanti i passaggi argomentativi del costituzionalista, che qui dunque si riportano.

“L'inquadramento dei singoli diritti in categorie di valori [...] ha permesso di costruire una Carta di principi, prima che di diritti. Le singole posizioni soggettive in essa di volta in volta ricomprese, trovano così la loro giusta interpretazione in necessaria correlazione con i valori oggettivi che le guidano. E questi, a loro volta, arricchiscono e precisano le singole formule tecniche, diventano il filo conduttore della Carta e il parametro di ogni giurisprudenza futura. Si invero cioè nella Carta, alla lettera, il circuito descritto dall'art. 6 co.2 TUE: i diritti fondamentali che

¹⁶² Conclusioni dell'Avv. Gen. Tizzano del'8.2.2001 nella causa n. C-173/99, *B.E.C.T.U. c Segretario di Stato per il commercio e l'industria*.

“risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri” sono garantiti “in quanto principi generali del diritto comunitario”.

Ma per questa via, la Carta, anche solo assolvendo –dal momento della sua proclamazione congiunta da parte del Consiglio, del Parlamento europeo e della Commissione - una semplice funzione dichiarativa, di “visibilità” dei diritti fondamentali “vigenti” in Europa, entra naturalmente nel meccanismo dell’art 6 TUE. Vi entra, cioè, senza neppure bisogno di quella “citazione” che pur aveva richiesto il Parlamento europeo in una sua risoluzione. E questo avviene proprio in forza della sua struttura “per principi”. Della Carta così congegnata la giurisprudenza comunitaria non potrà non tener conto, data l’impostazione sostanzialistica e fattualista – e non formalistica- da essa sempre data alla materia dei diritti fondamentali: impostazione visibilissima nella sua formulazione “pretoria”, dell’art. 6 TUE. In un certo senso, la Carta si auto integra nei Trattati perché la sua struttura “per principi” si integra con la fattispecie dell’art 6 TUE: aperta appunto ai “principi generali del diritto comunitario”¹⁶³.

Nel quadro di questa ricostruzione, le disposizioni della Carta avrebbero assunto valore giuridico vincolante, non tanto per un carattere intrinsecamente “normativo” dei principi (che invece rimanevano considerati disposizioni dotate di eccedente genericità e astrattezza, quindi non giustiziabili in senso stretto), ma piuttosto per il meccanismo logico-argomentativo illustrato e ormai noto al ragionamento giuridico di diritto comunitario, che faceva dei *principi* il veicolo dei *diritti*.

Questa posizione era condivisa anche da accorta dottrina che riteneva che, proprio grazie alla formulazione per principi, la forza della Carta potesse trascendere i limiti entro cui si era inteso costringerla¹⁶⁴. La considerazione che la Corte di Giustizia abbia avuto storicamente un ruolo sempre più costituzionale nella costruzione di un sistema comunitario di diritti, e il tenore dell’art. 6 co. 2 TUE la spinsero infatti a ritenere che

“la Corte comunitaria ben [avrebbe] pot[uto] porre i diritti contenuti nella Carta, nonostante la mancanza di un valore giuridico vincolante, a fondamento delle proprie pronunce, considerando la convergenza degli Stati in ordine al riconoscimento dei diritti contenuti nella Carta quantomeno come un indizio della esistenza di tali diritti nelle tradizioni costituzionali comuni.[...] In questa prospettiva, la proposta da alcuni avanzata di “costituzionalizzare” la Carta dei diritti mediante l’inserimento ad essa nell’art. 6 TUE, risulterebbe superflua, in quanto il mero fatto dell’inserimento di un dato diritto nella Carta costituirebbe una sorta di presunzione circa l’appartenenza dello stesso alle tradizioni costituzionali comuni. Ove si concordasse con la prospettiva indicata, l’argomento secondo cui attualmente la Corte non potrebbe utilizzare le norme della Carta perché l’art. 6 co. 2 TUE impone il rispetto esclusivamente dei diritti fondamentali quali risultano alla CEDU e dalle tradizioni costituzionali comuni, in quanto principi generali del diritto comunitario, verrebbe destituito di fondamento; l’affermazione giurisprudenziale dei diritti contenuti nella Carta costituirebbe non un’ violazione,

¹⁶³A. MANZELLA, *Dal mercato ai diritti*, cit., ivi., p. 37ss.

¹⁶⁴L. AZZENA, *Prospettive della Carta europea dei diritti e ruolo della giurisprudenza*, in G. F. FERRARI (a cura di), *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza. Il costituzionalismo dei diritti*, Milano 2001, *passim*.

bensi un'applicazione dell'art. 6. In questa prospettiva, dunque si potrebbe dire, com'è stato suggerito, che la Carta priva di valore *normativo*, assumerebbe comunque un valore *giuridico*¹⁶⁵.

Invero, pur trovandosi concorde nell'anticipare l'attuale significato "costituzionale" dei diritti e principi affermati nella Carta, non tutta la dottrina in quegli anni si mostrava unita nel ricostruire la collocazione giuridica della Carta. In un primo momento la Carta fu definita come una fonte "atipica" nel quadro del diritto comunitario primario, in quanto in essa vi erano enunciati diritti e libertà già ampiamente riconosciuti e tutelati nel sistema in quanto principi generali nonché strumenti volti a sollecitare la produzione normativa da parte di competenti istituzioni e organi dell'Unione. In ordine al rapporto con le tradizioni costituzionali comuni, invece, fu detto che la Carta, lungi da avere in questo senso valore innovativo potesse piuttosto rilevare come fonte di (ri)cognizione delle istanze (già) espresse e promuoverne la trasposizione (esplicita) nell'ordinamento comunitario¹⁶⁶. In seguito alla seconda fase¹⁶⁷, quando si temporeggiava ad attribuirle valore giuridico posticipando la questione ai negoziati per la stesura del Trattato costituzionale, le opinioni si divaricarono tra chi riconosceva alla Carta un "valore meramente simbolico"¹⁶⁸, un insieme di "proposizioni retoriche e approssimative"¹⁶⁹, un mero "programma di lavoro rivolto al futuro legislatore"¹⁷⁰; e chi ne apprezzava completezza, equilibrio e bontà delle tecniche redazionali¹⁷¹, definendolo uno strumento per il potenziamento delle garanzie per i cittadini, e in una parola, dotata di valore per così dire giuridico-procedurale per riprodurre e rendere più chiari e visibili i diritti, da integrarsi mediante il ruolo della Corte.

Un effetto rilevante in ordine alla scelta di suddividere le istanze tutelate nelle categorie "diritti" e "principi" derivò dal dibattito interno alla Convenzione in materia di diritti sociali, promosso da parlamenti nazionali e membri convenzionali: in seguito a quelli che furono i toni del dibattito, l'inclusione di disposizioni obiettivo quali i "principi" risultò l'espedito idoneo a mediare tra le opinioni che si erano scontrate e a temperare l'idea di "giustiziabilità" (per come questo concetto si era diffuso durante le discussioni) delle istanze incluse nella Carta.

I parlamentari francesi presenti alla Convenzione, insieme ai deputati tedeschi e alla delegazione belga, si fecero promotori di una politica sociale ambiziosa in opposizione ai delegati britannici e svedesi. L'Assemblea francese sottolineava¹⁷²

¹⁶⁵L. AZZENA, *cit.*, p. 85 ss. L'Autrice, come specificato *supra*, segnala infatti la circostanza per cui "l'affermazione giurisprudenziale di un diritto fondamentale ne determinerebbe l'inserimento nel c.d. catalogo non scritto", e, a cui sarebbe da riconoscersi, stando alla consolidata ricostruzione della dottrina, un'efficacia e un rango pari a quello delle norme del Trattato.

¹⁶⁶CARLETTI, BARBERA.

¹⁶⁷ cfr. *Sinossi, infra*, par. successivo.

¹⁶⁸ LANCHESTER, PALERMO.

¹⁶⁹ GROSSI.

¹⁷⁰ FERRAJOLI.

¹⁷¹ GRIMM, DE SCHUTTER.

¹⁷²Come riporta E. PAPARELLA, *Il dibattito interparlamentare europeo sulla carta dei diritti: i principali orientamenti*, in V. ATRIPALDI, R. MICCÙ, (a cura di), *L'omogeneità costituzionale nell'Unione europea*, Padova, 2003, *passim*.

che la Carta avrebbe potuto segnare un progresso rispetto all'*acquis* delle Carte sociali sinora approvate e alla giurisprudenza della Corte di Lussemburgo, fautori di una concezione della protezione dei diritti sociali recepita in modo non univoco tra gli Stati membri e disarmonico quanto ai contenuti. La Carta avrebbe aggiunto valore prevedendo una formulazione universale ed equilibrata di questi diritti. Per raggiungere questo valore, si sarebbe dovuta operare una distinzione tra *diritti* e *principi* sociali: i diritti avrebbero dovuto essere rispettati, i principi, esprimenti linee guida, avrebbero dovuto essere applicati ed attuati. Le disposizioni di protezione, apprestanti *tutele* per i lavoratori, ad esempio, in caso di licenziamento ingiustificato, garantendo l'accesso ai servizi di impiego, imponendo condizioni di lavoro giuste ed eque e vietando il lavoro dei bambini sarebbero creatrici di diritti, e dunque giustiziabili. Avrebbero invece rivestito carattere di *principi*, possedendo cioè una funzione solo programmatica, tutte le disposizioni che rinviano al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali, come il diritto all'informazione e alla consultazione dei lavoratori in seno alle imprese, il diritto alla negoziazione e all'azione collettiva, l'accesso alle prestazioni di sicurezza sociale e aiuto sociale, la protezione dell'ambiente e dei consumatori.

In questo senso, la locuzione "*diritto a...*" esprime una certa istanza sarebbe stata da intendere non tanto come indice del tipo di fonte espressa e del grado di tutela accordata (giustappunto nella forma di "diritto soggettivo") ma piuttosto come meramente illustrativa della tipologia "pretensiva" dell'istanza sottesa al principio (comunque, in quanto enucleata in via di principio, da attuare in via legislativa subordinata), in opposizione alle istanze "di libertà" o "di garanzia". I deputati francesi ricordarono che durante i lavori preparatori della Carta i rappresentanti britannici respinsero strenuamente la menzione di "diritti sociali" per delle settimane, con la conseguenza che la Convenzione esitò a lungo tra le nozioni di "principi sociali" e "diritti sociali". Alla fine si preferì menzionare nella Carta i diritti acquisiti dai cittadini dei Paesi europei, piuttosto che evocare i diritti sociali difficili da realizzare e il cui riconoscimento avrebbe potuto essere la causa di gravi defezioni¹⁷³. Presso la Commissione dell'Unione Europea del Parlamento francese, il progetto parve inadeguato perché, -si disse-, i diritti sono stati spesso formulati in maniera vaga¹⁷⁴.

Una visione mediana tra "giustiziabilità" e "programmaticità" di ogni posizione soggettiva socio-economicamente rilevante fu offerta dal Parlamento danese che, contrariamente ai francesi si fece portavoce di una concezione "semplificante" dei diritti economici e sociali, considerandoli diritti "di diversa natura" rispetto ai diritti fondamentali e ai diritti dell'uomo, e ritenendo che essi non potessero essere oggetto di azionabilità individuale, ma bensì potessero essere fatti

¹⁷³F. Loncle all'Assemblée Nationale, Delegation de l'Assemblée Nationale, *Rapport d'information sur le projet de Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne*, 5 ottobre 2000, 20 riportato da E. PAPARELLA, *cit.*

¹⁷⁴G. Montchormont, all'Assemblée Nationale, Delegation de l'Assemblée Nationale, *Rapport d'information sur le projet de Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne*, 5 ottobre 2000, sempre riportato da E. PAPARELLA, *cit.*, 20.

valere solo in modo collettivo intraprendendo un'azione collettiva innanzi alla Corte di Giustizia¹⁷⁵.

Ma la posizione realmente contrapposta alla Francia, Germania o all'Italia fu sostenuta dal Parlamento britannico. Gli inglesi proposero una concezione estremamente "interessante per la sua peculiarità, oltre per il fatto di riflettere uno specifico orientamento nei confronti di questa categoria di diritti, propria della concezione britannica. Essi hanno sottolineato che, benché si parli del fatto che diritti economici, sociali e culturali, civili e politici siano indivisibili e interdipendenti, in pratica", invece, "solo alcuni dei diritti economici e sociali possono essere realmente oggetto di tutela in via giurisdizionale", e fu proposto di inserire nella Carta solo questi ultimi, *operando quindi un'esplicita distinzione tra le posizioni giustiziabili e non*.

Questo criterio discretivo è parso sia politicamente che giuridicamente molto controverso. Secondo il modello proposto, i diritti economici e sociali sarebbero caratterizzati da una natura non vincolante, tanto da dover essere posti in un diverso capitolo della Carta, in modo da rendere chiaro il diverso regime rispetto ai diritti civili e politici. A questo indicatore della concezione inglese, si aggiunge un altro punto che ne evidenzia l'estrema peculiarità rispetto alle altre posizioni nazionali. I delegati britannici non desideravano affatto l'inclusione delle istanze sociali nella Carta, respingendo un qualsiasi ampliamento delle competenze dell'Unione, eventualità considerata da questi impraticabile.

Pur a fronte di tali reazioni da parte degli inglesi, tuttavia si giunse all'inserimento anche delle istanze così invise alla delegazione britannica. Secondo l'analisi di MANZELLA, l'inclusione finale nello stesso atto, accanto ai diritti civili e politici, dei così discussi diritti economici e sociali non tutelati fino a quel momento dalla Convenzione di Roma, fu il passaggio più difficile del *drafting* della Carta e fu favorito proprio dall'abbandono delle vecchie classificazioni e dalla scelta di un assetto complessivo per *principi e valori*.

In questo ambiente, - scrive MANZELLA,

"l'inserimento del principio di solidarietà tra i valori classificatori dei diritti fondamentali europei è stato decisivo. Esso ha permesso infatti di superare il *caveat* di Colonia: i diritti economici e sociali potevano essere presi in considerazione "nella misura in cui non sono unicamente a fondamento di obiettivi per l'azione dell'Unione". Deve trattarsi, insomma di situazioni giuridiche tutelate in quanto tali e non come pretese al conseguimento di determinati "obiettivi" da parte delle politiche dell'Unione. Distinzione non facile da attuarsi a meno che tra *diritti soggettivi* e *diritti-obiettivi* non si introducesse la categoria dei *diritti-principi* come sostenuto da qualche rappresentante italiano alla Convenzione. In buona sostanza il diritto a che le politiche dell'Unione pur nella libera scelta dei loro obiettivi, si svolgano secondo determinati principi: dalla sussidiarietà all'eguaglianza, dalla prossimità alla solidarietà. *Mentre gli obiettivi sono esterni alle politiche dell'Unione i principi ne costituiscono la fine sostanza interna*. Il porsi e il

¹⁷⁵Come emerge dal contributo danese alla Conferenza dei Presidenti dei Parlamenti dell'Unione europea, *Ruolo dei parlamenti, Europeo e nazionali, nel processo di riforma dell'Unione europea e nella formazione di una Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Roma, 22-24 settembre 2000, *passim*.

conseguire un obiettivo rientrano nella discrezionalità politica dell'Unione. Attenersi ai principi costituzionali costituisce un vincolo che crea in contropartita la pretesa all'osservanza.

Con la prevalenza di questo ragionamento si è avuta per la prima volta in un atto di portata internazionale la contestuale collocazione dei diritti economico-sociali accanto ai tradizionali diritti civili e politici in condizione di sostanziale omogeneità e di reciproca indipendenza.

Ognuno intende come, per questo essenziale motivo, l'inserimento di fatto nella Carta nei parametri dell'art. 6 Tue viene a costituire un elemento di rilevantissima portata.

Con questa struttura per principi, la Carta, anche in mancanza di una clausola di revisione esplicita, sarà concettualmente una Carta "aperta" – alla luce dell'evoluzione della società, del progresso sociale, e degli sviluppi scientifici e tecnologici" (come si dice nel Preambolo) – alle future necessità di articolazione e di specificazione dei principi così incardinati nel suo tessuto normativo"¹⁷⁶.

In questo senso, dunque, i principi furono l'elemento di compromesso in grado di introdurre comunque le istanze sociali nella Carta. Infatti, pur introdotti nel sistema, la loro astrattezza, vaghezza e inidoneità ad essere giustiziati, avrebbero rassicurato la posizione degli inglesi del fatto che, se la Carta avesse mai acquisito efficacia giuridica, le istanze in essi espresse non sarebbero mai state autonomamente esercitabili nei confronti degli Stati, e in particolare quindi della Corona britannica, legata ad un concetto tradizionalmente diverso di diritto (oggettivo) sociale.

Al termine della stesura che portò il documento¹⁷⁷ alla solenne proclamazione di Nizza, si giunse quindi a suddividere le istanze contenute nella Carta in "diritti" e "principi" prevedendo un duplice regime di "rispetto" per i diritti e "osservanza" per i principi (art. 51 co.1), laddove il "rispetto" -normativisticamente parlando- nel caso che la Carta acquisisse valore giuridico, avrebbe significato la normatività e giustiziabilità diretta dei diritti, e l'"osservanza", invece, la necessità di attuazione dei principi in via mediata da parte delle autonome potestà legislative degli Stati membri.

II.3 Modifiche e innovazioni tra proclamazione di Nizza (2000), e Strasburgo (2007). I lavori della "seconda Convenzione" e del "Gruppo di Lavoro II" al suo interno (2002-2003), e le scelte del Trattato di Lisbona (2007).

Al di là delle opinioni e argomentazioni di giuristi e convenzionali, all'indomani della Proclamazione di Nizza la Carta doveva ritenersi ufficialmente priva di qualsiasi efficacia giuridica. Gli intenti costituenti *positivi*, "che avevano preceduto e accompagnato la proclamazione della Carta" furono invece consegnati ad una dichiarazione allegata al Trattato di Nizza, detta "Dichiarazione sul futuro dell'Unione" firmata il 26 gennaio 2001. Questa ebbe la funzione di preparare sostanzialmente quel processo di "rifondazione costituzionale" positiva che trovò,

¹⁷⁶ A. MANZELLA, *Dal mercato ai diritti*, ivi, p. 39 ss.

¹⁷⁷ Oggi consultabile, nella versione di allora, in G.U.C.E. 2000/C 364/01 del 18.12.2000, alla pagina internet http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_it.pdf

analogamente a come era accaduto pochi anni prima, il suo momento propulsivo esplicito nel conferimento di un secondo solenne mandato: la *Dichiarazione di Laeken sul futuro dell'Unione*, approvata dal Consiglio europeo dopo circa un anno, il 15 dicembre 2001. In essa il Consiglio europeo, in un'ottica concreta e non meramente politica, pose a se stesso e all'opinione pubblica quattro serie di domande "costituzionali" sull'avvenire dell'Unione inerenti i temi della semplificazione e riordino dei trattati, la distinzione e il riparto di competenze fra Unione, Comunità e Stati membri, e la suddivisione in tre pilastri.

Per trovare risposta agli interrogativi esternati, il Consiglio decise di convocare una (seconda) Convenzione composta dai principali partecipanti al dibattito sul futuro dell'Unione, presieduta dall'emerito Presidente della Repubblica Francese, Valéry Giscard d'Estaing¹⁷⁸. L'organo, designato in forme e modi ricalcanti la prima Convenzione istituita dal mandato di Colonia del 1999, fu invitato a riflettere primariamente sulla necessità e opportunità di inserire la già esistente Carta dei diritti fondamentali nel Trattato, -predisponendola e modificandola ad uso di catalogo *costituzionale* dei diritti-, affinché potesse ben assurgere a prima parte di un progetto di "Costituzione per l'Europa". Per questo obiettivo l'organo-Convenzione incaricò al suo interno un gruppo di lavoro di specialisti detto "*Gruppo di lavoro II*" (c.d. "Gruppo Carta", presieduto dal Sig. Antonio Vitorino)¹⁷⁹, investito anche di predisporre l'eventuale adesione della Comunità/Unione alla Convenzione europea dei diritti dell'Uomo¹⁸⁰.

I lavori del Gruppo II iniziarono nel maggio del 2002 e si conclusero il 22 ottobre dello stesso anno con la celeberrima "*Relazione finale*"¹⁸¹. Sulla base di quest'ultima si svolsero poi le trattative al livello della Convenzione e del *Presidium* che confluirono nel progetto preliminare di Trattato costituzionale per l'Europa del 18 luglio 2003¹⁸², sottoposto alla Conferenza Intergovernativa per l'approvazione.

Lungi dal riportare ogni singola questione oggetto dei lavori del "Gruppo Carta", ancora una volta nel nostro intento è sufficiente riflettere sui passaggi cruciali che il Gruppo ha affrontato, e sulle modifiche operate sul testo precedente (risalente al 2000) sia da parte del Gruppo II (nell'ottobre 2002) che della Convenzione stessa (febbraio 2003) per addivenire alla posizione che oggi contraddistingue l'assetto di diritti e principi nel documento attualmente vigente, così come confezionato all'indomani dalla Conferenza Intergovernativa del 2004, (ri)proclamato a Strasburgo nel 2007 e oggetto dei riferimenti "inclusivi" e "giuridicizzanti" del TUE e del Trattato di Lisbona.

¹⁷⁸ Motivo di orgoglio per la nostra dottrina giuridica fu l'investitura del prof. Giuliano Amato quale vice-presidente al fianco di Jean Luc Dehaene.

¹⁷⁹ Tutta la documentazione relativa alla Convenzione Europea è reperibile alla pagina ufficiale <http://european-convention.eu.int/organisation.asp?lang=IT>, alla quale deve quindi farsi riferimento per tutti i singoli rapporti e documenti che di seguito saranno citati.

¹⁸⁰ Cfr. docc. CONV 52/02 e CONV 72/02

¹⁸¹ di cui al citatissimo documento CONV 354/02.

¹⁸² Doc. CONV 369/02.

1. La finalità del Gruppo, come emerge dalla Raccomandazione generale¹⁸³ del Presidente Vitorino, rimase costantemente quella di procedere “secondo modalità che conferiscano alla Carta carattere giuridicamente vincolante e *status* costituzionale”. Questa circostanza rende particolarmente interessante ai nostri fini ogni dibattito che ruotasse intorno a questo tema, poiché proprio sulla base di questo presupposto di reale giuridicità dei contenuti si costruì la differenza categoriale e di regime tra “diritti” e “principi”¹⁸⁴; e di seguito, i tentativi, con i

¹⁸³ Di cui al doc. CONV 164/02 del 28 giugno 2002, documento a cui faremo riferimento nell'individuazione dei succitati “passaggi” di analisi del Gruppo e della Convenzione.

¹⁸⁴ Sul punto delle opzioni di incorporazione della Carta nel sistema dei Trattati dà conto il doc. CONV 116/02 del 18 giugno 2002 che qui merita di essere riprodotto nei suoi passaggi salienti: “[...] a) la Carta potrebbe essere “ricollegata” ai trattati sotto forma di “Dichiarazione solenne”; b) il trattato UE o un nuovo trattato fondamentale potrebbe fare riferimento alla Carta sul modello dell'articolo 6, paragrafo 2 dell'attuale trattato UE. Si tratterebbe quindi solo di un riferimento indiretto 3 alla Carta in quanto fonte di ispirazione per la definizione giurisprudenziale dei diritti fondamentali; c) il trattato UE o un nuovo trattato fondamentale potrebbe fare un riferimento diretto alla Carta; d) vi potrebbe essere un riferimento, diretto o indiretto, alla Carta nel preambolo di un nuovo trattato fondamentale; e) la Carta potrebbe diventare un nuovo protocollo allegato ai trattati o un nuovo trattato fondamentale; f) il testo integrale dei 54 articoli della Carta potrebbe essere inserito in un titolo o capo del trattato UE, o in un nuovo trattato fondamentale di cui costituirebbe per esempio il primo titolo o capo. Vi sono anche varie possibilità di combinazione delle opzioni a) - e) (per esempio: “collegamento” della Carta in quanto dichiarazione solenne più riferimento nell'attuale articolo 6, paragrafo 2 del trattato UE; protocollo allegato ai trattati o al nuovo trattato fondamentale più riferimento diretto a detto protocollo in un articolo del TUE o del nuovo trattato fondamentale). Vari fattori influiranno sulla scelta tra le tecniche summenzionate. In primo luogo, avrà ovviamente grande importanza il fatto che la Convenzione preferisca mantenere la struttura attuale dei trattati oppure proporre un nuovo trattato fondamentale anche se, in entrambi i casi, sono ipotizzabili in linea di massima tutte le tecniche summenzionate. In secondo luogo, anche il valore giuridico preciso della Carta varierebbe a seconda dell'opzione prescelta: sarebbe meno forte nel caso si propendesse per l'opzione a) che aumenterebbe, è indubbio, il valore simbolico e politico della Carta, ma non ne chiarirebbe né ne rafforzerebbe lo status giuridico attuale. L'opzione b) andrebbe un poco oltre l'opzione precedente, ma si limiterebbe a riconoscere formalmente lo status della Carta in quanto fonte di ispirazione, benché senza dubbio eminente, per definire, attraverso la giurisprudenza, i diritti fondamentali in quanto principi generali del diritto, status che appare già accettato nella pratica (si veda sopra). Solo propendendo per le opzioni c), e) e f) la Carta acquisirebbe la qualità di testo pienamente vincolante, allo stesso modo dei cataloghi dei diritti fondamentali nelle costituzioni nazionali. L'effetto giuridico di un riferimento in un nuovo preambolo (opzione d)) sembrerebbe invece piuttosto incerto, in particolare tenuto conto di una giurisprudenza della Corte di giustizia che accorda ai preamboli e ai considerando degli atti comunitari solo un valore giuridico estremamente limitato e subordinato a quello del dispositivo dell'atto. D'altro canto, se si optasse per la tecnica di un semplice riferimento alla Carta (opzioni b), c) o d)), senza integrare quest'ultima in un protocollo, occorrerebbe riflettere su come modificare la Carta in futuro (mentre scegliendo le opzioni e) e f), si applicherebbe d'ufficio il regime comune di revisione dei trattati). Infine, la scelta tra le opzioni summenzionate potrebbe anche essere determinata dalle preferenze dei membri della Convenzione in tema di visibilità politica e di leggibilità dei diritti della Carta, oltre che dei risultati complessivi della Convenzione, agli occhi dei cittadini”. Per quanto riguarda l'opzione preferibile così si esprime il “Gruppo II”: “Se la Carta fosse integrata nei trattati, indipendentemente dalla tecnica scelta, si porrebbe la questione dell'opportunità di mantenere un riferimento, come avviene ora nell'articolo 6, paragrafo 2 del trattato UE, alle due fonti esterne di ispirazione giurisprudenziale che sono le tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri e la CEDU. Al riguardo, possono essere avanzati argomenti validi nelle due direzioni. Il mantenimento di tale clausola, seppure con una formulazione diversa, potrebbe essere giustificato in quanto chiarimento del fatto che la Carta non impedirà alla Corte di giustizia di continuare a attingere a queste fonti supplementari che, per di più, possono evolvere nel tempo. Si afferma inoltre che mantenere un riferimento alla CEDU nel trattato sarebbe un complemento auspicabile, dal punto di vista della certezza del diritto, al riferimento alla CEDU contenuto nell'articolo 52, paragrafo 3 della Carta. D'altro canto, l'ipotesi di sopprimere l'attuale articolo 6, paragrafo 2 del TUE potrebbe essere difesa affermando che la Carta costituisce ormai l'espressione più autentica dell'acquis dei diritti fondamentali propri all'Unione europea. Sulla base di

l'inserimento dei "principi", di mitigare la vincolatezza degli effetti giuridici di alcune istanze veicolate dalla Carta.

2. Tra gli aspetti giuridici e tecnici rilevanti nel processo di integrazione delle istanze della Carta nel progetto di Trattato costituzionale¹⁸⁵, nella *Relazione finale* si dà conto che furono valutati: a) la questione dell'interpretazione in armonia con le "tradizioni costituzionali comuni" e b) la distinzione tra "diritti" e "principi".

Quanto al primo aspetto, in rapporto al precedente testo del 2000, emerse durante i lavori l'esigenza di un riferimento esplicito alle "tradizioni costituzionali comuni". Secondo le argomentazioni portate dai proponenti,

"[...] poiché le tradizioni costituzionali comuni sono state la terza fonte più importante per la Carta (in aggiunta ai diritti della CEDU e del trattato CE), l'intento di stabilire un'armonia tra queste tre fonti consiglia o l'aggiunta di una disposizione orizzontale sulle tradizioni costituzionali, simile a quelle relative alle altre due fonti, o l'aggiunta nell'articolo 6, paragrafo 2 del trattato di un elemento rispondente a detto intento. Senza tale aggiunta, l'integrazione della Carta rischia di attribuire un eccessivo potere politico al giudice comunitario"¹⁸⁶.

In conseguenza di ciò furono introdotti all'art. 52 della Carta tre nuovi paragrafi (rinumerati dal numero 4 al numero 6), del seguente tenore:

"4. Laddove la presente Carta riconosca i diritti fondamentali quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, tali diritti sono interpretati in armonia con dette tradizioni.

5. Le disposizioni della presente Carta che contengono dei principi possono essere attuate da atti legislativi e esecutivi adottati da istituzioni, organi e organismi dell'Unione e da atti di Stati membri allorché essi danno attuazione al diritto dell'Unione, nell'esercizio delle loro rispettive competenze. Esse possono essere invocate dinanzi a un giudice solo ai fini dell'interpretazione e del controllo di legalità di detti atti.

6. Si tiene pienamente conto delle legislazioni e prassi nazionali, come specificato nella presente Carta"¹⁸⁷.

questa affermazione, un riferimento "concorrente" alle altre due fonti non sarebbe affatto compreso, dal momento che la Carta ha già fatto propri i diritti della CEDU e rappresenta la migliore cristallizzazione delle tradizioni comuni agli Stati membri; esso non sarebbe nemmeno necessario in quanto, come in altri ordinamenti giuridici costituzionali, un catalogo scritto di diritti fondamentali non verrebbe recepito come un qualcosa di "esauriente" e che impedisce lo sviluppo giurisprudenziale di nuovi diritti quando i tempi lo richiedono".

¹⁸⁵ Aspetti così numerosi e ampiamente trattati, per i quali non è possibile indicare, in aggiunta alle opere già segnalate e in presenza di vastissima letteratura, che poche sintetiche linee di approfondimento di nostro interesse: J. ZILLER, *La nuova Costituzione europea*, Bologna, 2003; J. ZILLER, *Il nuovo Trattato europeo*, Bologna 2007; F. MASTRONARDI, *Una Costituzione per l'Europa. Cronistoria di una grande idea*, Napoli, 2004; E DE PONCINS, *La Constitution européenne en 25 clés*, Paris, 2005; J-L. SAURON, *Cours d'Institutions européennes. Le puzzle européen*, Paris, 2004; C.G. GIALDINO, *La Costituzione europea. Genesi – Natura – struttura – contenuto*, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, 2005; G. MORBIDELLI, F DONATI (a cura di), *Una costituzione per l'Unione Europea*, Torino, 2006; E. CASTORINA, *Riflessioni sul processo costituente europeo*, Torino 2010; A CANTARO (a cura di), *Il costituzionalismo asimmetrico dell'Unione*, Torino 2010.

¹⁸⁶ Doc. CONV 203/02, del 18 luglio 2002.

¹⁸⁷ Art. 52 Carta, parr. 4-6 riformulati.

Come è stato notato da alcuni osservatori, il paragrafo 4 lascerebbe trasparire uno sfondo di forte diffidenza verso la Corte di Giustizia in ordine alla portata delle istanze garantite. Con questa clausola, infatti, si cerca di evitare che i diritti riconosciuti dalla Carta quali risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni vengano interpretati sia in termini *restrittivi* rispetto al loro contenuto tradizionale e condiviso, sia in termini *estensivi*¹⁸⁸. Quanto all'individuazione dei diritti appartenenti a quest'insieme, come si è visto anche in precedenza e come riconosciuto dalle dottrine, il problema resta aperto.

Infatti, già allora altri membri asserirono che

“il margine di apprezzamento della Corte di giustizia è maggiore oggi, nel quadro di una definizione puramente giurisprudenziale dei diritti fondamentali comunitari. Essi aggiungono che è molto difficile definire le tradizioni costituzionali comuni e che la Corte non può dedurre necessariamente diritti di significato identico a quello esistente in tutte le Costituzioni degli Stati membri, né riprenderne solamente il minimo comune denominatore”¹⁸⁹.

Anche le “Spiegazioni”¹⁹⁰, sul punto si esprimono nei termini seguenti

“La regola d'interpretazione contenuta nel paragrafo 4 è stata basata sulla formulazione dell'articolo 6, paragrafo 3 del trattato sull'Unione europea e tiene nel debito conto l'approccio alle tradizioni costituzionali comuni seguito dalla Corte di giustizia (ad es., sentenza del 13 dicembre 1979, causa 44/79 Hauer, Racc. 1979, pag. 3727; sentenza del 18 maggio 1982, causa 155/79, AM&S, Racc. 1982, pag. 1575). Secondo tale regola, piuttosto che in un'impostazione rigida basata sul «minimo comun denominatore», i diritti in questione sanciti dalla Carta dovrebbero essere interpretati in modo da offrire un *elevato livello di tutela che sia consono al diritto dell'Unione* e in armonia con le tradizioni costituzionali comuni”¹⁹¹

lasciando quindi, a chiusura del sistema, uno spazio discrezionale all'interprete, da riempirsi nel momento ermeneutico-applicativo. Quello che è importante notare però è che anche il senso delle Spiegazioni va sicuramente nella direzione di conferire alle istanze previste la maggiore protezione possibile, anche in linea con quanto prescritto dal successivo art. 53.

La più importante modifica tra quelli che sono stati elegantemente chiamati “adeguamenti redazionali” è in ogni caso la distinzione tra *diritti* e *principi*, introdotta col paragrafo 5 ma di fatto già prelusa dall'art. 51 co.1 nella sua prima stesura del 2000. Come si è visto, la distinzione riproduce in parte la terminologia già adottata nella pregressa giurisprudenza comunitaria al fine di conseguire l'osservanza

¹⁸⁸ In questo senso, ed in particolare sul concetto di *armonia dei diritti* tra gli ordinamenti come ricorda SCARABBA (*Op. cit.*, pag. 204) cfr. V. ONIDA, “*Armonia tra diversi*” e *problemi aperti. La giurisprudenza costituzionale sui rapporti tra ordinamento interno e ordinamento comunitario*, in Quaderni Costituzionali, 2002.

¹⁸⁹ Doc., CONV 203/02, del 18 luglio 2002, *ivi*.

¹⁹⁰ Predisposte dal *Presidium* a chiarimento delle scelte alla base della Carta. pubblicate in GUUE n. C- 303 del 14.12.2007. Sul punto *vedi* il par. successivo.

¹⁹¹ *Spiegazioni*, *cit.*, pag. 18.

dei principi, la cui attuazione necessita l'adozione di atti legislativi o esecutivi oggetto di interpretazione giurisprudenziale, e già è noto che la disposizione in questione ebbe tra i suoi scopi quello di ridurre le potenzialità operative della Carta in materia di diritti sociali. Anche le *Spiegazioni* confermano questa lettura, vi si legge infatti che

“[...] ai *principi* può essere data attuazione tramite atti legislativi o esecutivi (adottati dall'Unione conformemente alle sue competenze e dagli Stati membri unicamente nell'ambito dell'attuazione del diritto dell'Unione); di conseguenza, essi assumono rilevanza per il giudice solo quando tali atti sono interpretati o sottoposti a controllo. Essi *non danno tuttavia adito a pretese dirette per azioni positive* da parte delle istituzioni dell'Unione o delle autorità degli Stati membri. Ciò è *in linea sia con la giurisprudenza della Corte di giustizia* (cfr. in particolare la giurisprudenza sul «principio di precauzione» di cui all'articolo 191, paragrafo 2 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea: sentenza del TPG dell'11 settembre 2002, causa T-13/99 Pfizer c. Consiglio, con numerosi rinvii ai precedenti giurisprudenziali e una serie di sentenze sull'articolo 33 (già 39) in merito ai principi della normativa agricola, ad es. sentenza della Corte di giustizia, causa 265/85 Van den Berg, Racc. 1987, pag. 1155: analisi del principio della stabilizzazione del mercato e delle aspettative ragionevoli), *sia con l'approccio ai «principi» negli ordinamenti costituzionali degli Stati membri, specialmente nella normativa sociale*”¹⁹².

Infatti, con AZZARITI¹⁹³ deve ricordarsi che proprio il valore giuridico da assegnare ai diritti sociali aveva visto dividersi i membri della Convenzione (in particolare le divergenze si crearono per l'intenzione degli inglesi di ricusare la regolamentazione delle posizioni sociali) fino quasi a paralizzare i lavori del Gruppo II.

In questo senso la distinzione tra diritti e principi fu l'unico “compromesso” possibile. E di un “compromesso” realmente si trattò, come emerge dal tenore letterale del documento di lavoro del Gruppo II n. 23¹⁹⁴, intitolato appunto “*Compromise proposals concerning drafting adjustments in the horizontal articles*”, nel quale si legge che

“The present compromise proposals aim at taking due account of concerns raised and suggestions made in the discussions of the Group and in working documents, in particular documents n° 1 by Mr. McDonagh, n°s 4 and 16 by Baroness Scotland, and n° 14 by Mr. MacCormick. They have been drafted in the spirit of respecting fully the compromise reached by the previous Convention on the content of the Charter, *while achieving greater clarity of certain elements of that compromise*, which according to certain members of the Group *would be desirable in the event of a Charter becoming legally binding*.”

¹⁹² *Spiegazioni*, cit., pag. 35.

¹⁹³ G. AZZARITI, *Il futuro dei diritti fondamentali nell'era della globalizzazione*, in *Politica del diritto*, XXIV, 2003.

¹⁹⁴ Del 4 ottobre 2002, a firma dello stesso Presidente del Gruppo, Antonio Vitorino. Reperibile alla pagina dedicata dal Sito internet della Convenzione.

[...] The proposal of a new Article 52 (5) confirms the distinction between rights and principles which has been an important element - already expressed in the Preamble and in Article 51 (1) – of the final *compromise* of the Charter. It attempts to encapsulate, in a clear legal definition, the understanding of the concept of "principles" which has marked the work of the previous Convention on this point and been mentioned in the discussions of the Working Group by members of that Convention. *Principles are different from subjective rights in that they may call for implementation through legislative or executive acts; accordingly, they become significant for the Courts when such acts are interpreted or reviewed.* This is consonant both with case law of the Court of Justice and with the approach of the Member States' constitutional systems to "principles" *particularly in the field of social law*, as developed in the previous Convention by several eminent constitutional lawyers who were members of that Convention¹⁹⁵.

Come emerge dal resoconto del Gruppo di lavoro, dunque, nel caso in cui la Carta avesse mai acquisito reale forza vincolante, le disposizioni della Carta che avessero contenuto dei principi avrebbero costituito unicamente – a differenza dei dritti- una fonte non immediatamente azionabile ed anzi da implementare e attuare mediante atti legislativi o esecutivi, e questo tipo di disposizioni, si precisa, si sarebbero riferite particolarmente nella materia del diritto sociale.

AZZARITI ha sottolineato che la distinzione in parola sarebbe comunque molto labile, specialmente in un testo, quale la Carta, che adotta criteri di distinzione innovativi, rompendo come si è visto, la tradizione classificatoria dei diritti per generazioni (diritti di libertà, diritti sociali, nuovi diritti) ma anzi affermando l'indivisibilità e l'universalità di tutti i diritti fondamentali solo per "categorie di valore" (dignità, libertà, uguaglianza, solidarietà, cittadinanza, giustizia). Per questo non nasconde perplessità sul fatto che in futuro, sul punto, potrebbero nascere forti dubbi interpretativi. Specificamente, quindi, arriva a ipotizzare l'identificazione tra diritti sociali e i "principi", non potendo ancora definitivamente escludere che l'art. 52 "venga interpretato sistematicamente e possa indurre [dunque] ad una meno rigida esclusione di tutti i diritti sociali dalla categoria dei diritti in senso specifico"¹⁹⁶.

3. Proprio per le perplesse prospettive classificatorie, fu affrontata in più luoghi e in più momenti la questione dell'importanza da attribuire alle "Spiegazioni" (*Explanations*), ovvero al documento di chiarificazione predisposto dal *Presidium* a commento dell'articolato della Carta. Esse vennero ipotizzate come strumento risolutivo per addivenire ad una distinzione di chiusura sul punto; infatti già nel *resoconto del Presidente* si leggeva:

"In addition, the proposed clause would maintain the line followed by the previous Convention to express the character of a "right" or a "principle" of individual Charter articles as best as possible in the wording of the respective articles and to leave it, on this basis and taking into account the valuable

¹⁹⁵ Cfr. G. AZZARITI, *Il futuro dei diritti fondamentali nell'era della globalizzazione*, in *Politica del diritto*, XXIV, 2003.

¹⁹⁶ *Ibidem*, p. 334. Cfr. anche *infra*, Cap. III.

guidance provided by the "Praesidium's Explanations", for future jurisprudence to rule on the exact attribution of articles to the two categories"¹⁹⁷.

Le Spiegazioni quindi avrebbero costituito, secondo quanto auspicato successivamente dal *Praesidium* nel 2003, “uno strumento importante di interpretazione perché [avrebbero] garanti[t]o una comprensione *corretta* della Carta”¹⁹⁸, e per questo sarebbero state da richiamare opportunamente allegandole alla Carta, poiché “sebbene siano esplicitamente presentate come prive di valore giuridico, sono destinate a chiarire le disposizioni della Carta”.

Per questo, il mese successivo fu inserito, con un colpo di mano “giacobino”, un periodo aggiuntivo al IV paragrafo del Preambolo, e precisamente l’indicazione:

“In tale contesto, la Carta sarà interpretata dai giudici dell’Unione e degli Stati membri tenendo in debito conto le spiegazioni elaborate sotto l’autorità del Praesidium della Convenzione che ha redatto la Carta e aggiornate sotto la responsabilità del Praesidium della Convenzione europea”¹⁹⁹.

Questa scelta fu aspramente criticata e suscitò perfino “una vera e propria protesta” sia in sede di Convenzione, sia successivamente in sede dottrinale. ELENA PACIOTTI, (membro italiano in seno alla Convenzione) si oppose sottolineando che i commenti contenuti nelle Spiegazioni, lungi da rappresentare una “interpretazione autentica” del contenuto della Carta “erano inevitabilmente parziali, opinabili e talvolta inesatti...mai discussi né tantomeno approvati dalla Convenzione che ha scritto la Carta dei diritti, né dall’attuale Convenzione”²⁰⁰.

Come riporta SCIARABBA²⁰¹, anche sul fronte dottrinale, non vi furono meno critiche. PIZZORUSSO, PETRANGELI e BRONZINI hanno stigmatizzato l’assoluta unilateralità e antidemocraticità della inserzione. Anche AZZARITI ha definito una “evidente forzatura” il suggerimento della lettura integrata dell’articolato con le Spiegazioni “come se queste ultime, pur prive di valore giuridico, potessero integrare la fonte normativa”. Il costituzionalista cercò di mediare proponendo che, se da un lato (teorico) non sembra sostenibile la valenza integrativa delle note e delle spiegazioni o della previsione espressa nel preambolo, il richiamo effettuato dal redattore della Carta però lascerebbe trapelare l’intento alla base dell’effettuato *Compromesso*: il doversi intendere la Carta tutta alla stregua del criterio logico-interpretativo della *mens legis(latoris)*, evidentemente condizionante l’interpretazione dei giudici ma certamente non vincolante. Arriva dunque ad ipotizzare che seppur in presenza della rigorosa distinzione prevista nella Carta e rafforzata nelle Spiegazioni tra *diritti* e *principi*, l’esperienza pretoria comunitaria

¹⁹⁷ Cfr. G. AZZARITI, *Il futuro dei diritti fondamentali nell’era della globalizzazione*, cit., ivi.

¹⁹⁸ “Nota esplicativa” del Praesidium, del 26 maggio 2003, doc. CONV 726/03.

¹⁹⁹ Preambolo, par. 4, secondo periodo.

²⁰⁰ Come riportato da G.G. FLORIDIA e L. G. SCIANNELLA, *Il corpo denso, l’anima incerta. Come si è arrivati al testo finale della Convenzione*, in G. G. FLORIDIA, *Il cantiere della nuova Europa. Tecnica e politica nei lavori della Convenzione Europea*, il Mulino, Bologna, 2003.

²⁰¹ Cfr. *Tra fonti e Corti*, cit. pag. 212 in nota n. 51.

arriverà ad attenuare la troppo netta distinzione, così del resto come, in tema norme costituzionali precettive e programmatiche fu risolta la questione dalla nostra Corte Costituzionale in favore della precettività di ogni disposizione.

E' qui appena il caso di notare che se tale soluzione prendesse effettivamente campo presso tutti gli interpreti e gli operatori, spazzerebbe via, di fatto, a favore di una omogeneizzazione di ogni istanza prevista, ogni problematica intorno alla distinzione che affannosamente cerchiamo in quest'analisi di ricostruire, radicata sulla diversità di regime da predicare per "diritti" e "principi".

La controversa parabola dell'inclusione delle Spiegazioni come strumento ausiliario all'interpretazione della Carta si completò, rafforzando il riferimento normativo, durante la Conferenza Intergovernativa. Durante i lavori del 2004, in maniera molto simile a quanto era avvenuto l'anno prima durante i lavori del *Presidium* della Convenzione Giscard, si consumò la decisione di introdurre un settimo ed ultimo paragrafo all'art 52, statuento che

“7. I giudici dell'Unione e degli Stati membri tengono nel debito conto le spiegazioni elaborate al fine di fornire orientamenti per l'interpretazione della presente Carta”²⁰².

Confermando, cioè in via precettiva e direttamente applicabile, la doverosità del ricorso alle Spiegazioni, quasi a voler scongiurare l'ipotesi che alla dichiarazione del Preambolo non fosse poi stato riconosciuto valore giuridico vincolante, e con questo, riaffermando la doverosità di fare i conti con tutta una serie di criteri, per distinguere certosamente le istanze proclamate, tra "diritti" e "principi".

Fu così che si addivenne al testo finale della Carta, approvato dal Consiglio nell'ottobre del 2004 come parte integrante del Trattato costituzionale, per deliberata scelta della Convenzione.

A seguito del noto periodo di riflessione successivo al "no" al progetto costituzionale da parte di Francia e Olanda, la Carta, già proclamata e pubblicata nel 2000, fu recuperata nel testo finale del 2004 e così nuovamente proclamata a Strasburgo il 12 dicembre 2007. La ri-proclamazione si rese necessaria proprio a seguito delle modifiche intervenute successivamente al 2000 e al fatto che nel frattempo si era verificato il grande "allargamento" dell'Unione ai Paesi dell'Est, nuovi Stati membri titolati ad esprimersi sul nuovo testo²⁰³.

Il Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007, entrato in vigore per tutti gli Stati membri dal 1 dicembre 2009, prevede in ultimo, (riformulando l'art. 6 co.1 del Trattato che istituisce la Comunità europea), che:

“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

²⁰² Art. 52 Carta, par. 7, riformulato.

²⁰³ E. PACIOTTI, *La seconda "proclamazione" della Carta dei diritti e i Trattato di riforma*, in www.europanrights.eu.

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”.

II. 4 Le fasi di drafting. Sinossi Cronologica.

LE TAPPE DEL DRAFTING DELLA CARTA “TRA AUTONOMIA E INTEGRAZIONE NEI TRATTATI” SINOSI
CRONOLOGICA

- 1997- Istituzione da parte della Commissione di un “Comitato di esperti in materia di diritti fondamentali”
- Febbraio 1999 – Presentazione del Rapporto del Comitato di esperti (c.d. Comitato *Simitis*)
- -----
- 3-4 Giugno 1999 - Consiglio europeo di Colonia- “Mandato” di Colonia
- 15-16 ottobre 1999 - Consiglio europeo di Tampere – Indicazioni sulla composizione della *Convenzione* redattrice
- Ottobre 1999 – Luglio 2000 Lavori della Convenzione
- 28 luglio 2000 – Progetto integrale della Carta del Presidium
- 7 ottobre 2000 – approvazione del progetto da parte della Convenzione
- 13-14 ottobre 2000- Consiglio europeo di Biarritz – approvazione del progetto della Convenzione
- 7 dicembre 2000 – Consiglio europeo di Nizza- proclamazione solenne della Carta.
- 18 dicembre 2000 – pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale
- -----
- 26 gennaio 2001 – dichiarazione relativa al futuro dell’Unione allegata al Trattato di Nizza
- 25 aprile e 4 maggio 2001 – note della Commissione e del Parlamento europeo sull’opportunità di costituire un Organo “*Convenzione*” sulla base della precedente esperienze, incaricata di presentare una “proposta costituzionale” per l’Unione.
- 15 dicembre 2001 – Consiglio europeo di Laeken – Dichiarazione di Laeken sul futuro dell’Unione – posizione dell’interrogativo se inserire la Carta nel Trattato-base e se promuovere l’adesione dell’UE alla CEDU.
- 28 febbraio-1 marzo 2002 – sessione inaugurale della *II Convenzione* . Istituzione del Presidium
- 2002 Lavori della Convenzione e dei Gruppi di Lavoro
- 22 ottobre 2002 –Relazione finale del *Gruppo II* – “*Carta*”
- 28 ottobre 2002 – presentazione da parte del Presidente della Convenzione, di un progetto preliminare di Trattato costituzionale
- 18-20 luglio 2003 Presentazione del progetto definitivo di “Costituzione”
- 4 ottobre 2003 – Apertura dei lavori della Conferenza Intergovernativa (CIG) incaricata di approvare il Trattato-costituzione
- 16-17 giugno 2004 Consiglio europeo di Bruxelles – Accordo politico sul Testo della Costituzione
- 29 ottobre 2004 – Firma del Trattato- costituzione a Roma
- -----
- 2004-2006 – Procedimento di Ratifica della Costituzione – “NO” dei Referendum Francese e Olandese
- 16-17 giugno 2005 Consiglio europeo di Bruxelles – Dichiarazioni dei Capi di Stato e di governo sullo stato delle ratifiche
- 15-16 giugno 2006 Consiglio europeo di Bruxelles – Dichiarazioni dei capi di Stato e di governo sul rilancio della procedura
- -----
- 25 marzo 2007 – Dichiarazione di Berlino in occasione del 50° anniversario della firma dei Trattati di Roma – rilancio di un nuovo testo
- 21-22 giugno 2007 – Consiglio Europeo di Bruxelles - I leader dell’UE raggiungono un’intesa su un mandato per una Conferenza intergovernativa incaricata di redigere un nuovo trattato sulla riforma istituzionale entro la fine del 2007
- 23 luglio 2007 – Apertura della Conferenza Intergovernativa del 2007 (II CIG)
- 18-19 luglio 2007 – Consiglio europeo di Lisbona – accordo politico sul testo del nuovo Trattato
- 12-13dicembre 2007 – Consiglio europeo di Strasburgo - IIa Proclamazione solenne della Carta dei diritti fondamentali e Firma del Trattato di Lisbona.
- 1 dicembre 2009 – Entrata in vigore del Trattato di Lisbona e della Carta, dotata dello stesso valore giuridico.

II.4 Schemi grafici dell'assetto di diritti e principi nell'ordinamento dell'Unione prima e dopo il Trattato di Lisbona.

In chiusura del presente capitolo, per fornire una descrizione sintetica e plastica di quanto descritto nell' *excursus* diacronico effettuato, possiamo raffigurare sinotticamente gli assetti delle analizzate fonti normative di posizioni iusfondamentali.

1. *Le fonti in esame dopo il trattato di Maastricht (1992): gli assetti ex art. 6 co. 2 TUE*

“ l’Ue rispetta i diritti fondamentali $\left\{ \begin{array}{l} \text{quali sono garantiti dalla CEDU} \\ \text{quali risultano dalle tradizioni costituzionali nazionali} \end{array} \right\}$ in quanto princ. gen. del diritto comunitario”

2. *Le fonti di posizioni iusfondamentali dopo il Trattato di Lisbona (entrato in vigore il 1 dicembre 2009).*

Art. 6

co.1: “L’UE riconosce i diritti, libertà e principi della **CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI DELL’UE** che ha lo stesso valore giuridico dei Trattati”

co. 2: “L’UE aderisce alla **CEDU**”

co.3: “I dir. fondam. $\left\{ \begin{array}{l} \text{garantiti dalla CEDU} \\ \text{risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni} \end{array} \right\}$ fanno parte del diritto dell’Unione in quanto **PRINCIPI GENERALI**”

CARTA dei DIRITTI FONDAMENTALI : CRITERI INTERPRETATIVI E APPLICATIVI

Art. 51.1 e 52.5 della Carta: duplice regime dei *diritti e principi* enunciati della Carta

Art. 52 co.3 della Carta: clausola di equivalenza semantica delle istanze ivi espresse, laddove la Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla CEDU.

Art. 52 co. 4 della Carta: “*i diritti fondamentali che risultano dalle tradizioni costituzionali comuni, devono essere interpretati in armonia con dette tradizioni*”

Art. 52 co. 6: Si tiene pienamente conto delle legislazioni e prassi nazionali, come specificato nella stessa Carta

Art. 52 co. 7: valore delle *Spiegazioni* per l’interpretazione della Carta

Art. 53 della Carta: *clausola di maggiore o uguale protezione*: nessuna istanza prevista dalla Carta può essere interpretata come limitativa o lesiva della portata delle istanze ugualmente riconosciute dal diritto UE, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l’Unione o tutti gli Stati membri sono parti, dalla CEDU o dalle costituzioni degli Stati membri

CAPITOLO III

“PRINCIPI” E “DIRITTI” NEL TESTO DELLA CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI. UNA POSSIBILE DISTINZIONE SULLA BASE DELLA LETTERA E SECONDO LE RICOSTRUZIONI DOGMATICHE NEL DIBATTITO DOTTRINALE

III.1 Qualche nota preliminare di metodo.

Precisate le vicende argomentativo-giurisprudenziali, istituzionali-normative e politico-redazionali che hanno favorito, nell’ambito della tutela comunitaria delle posizioni fondamentali, l’emersione del binomio “principi” e “diritti” in ambito comunitario anteriormente al riparto tratteggiato dalla Carta, oggetto del presente capitolo sarà l’analisi del dato testuale del nostro strumento e della differenziazione che emerge, tra (disposizioni introduttive di) “diritti” e (disposizioni espressive) “principi”, secondo una rigorosa esegesi letterale e sistematica¹.

A fianco di una tale ricognizione descrittiva si darà conto delle teorie sviluppate sul punto dalla dottrina italiana e straniera (segnatamente tedesca), ora nel contestare una ontologia contrapposta dei due termini del binomio, ora nel corale tentativo di operare un’*actio finium regundorum* tra le due tipologie di disposizioni² per individuarne le differenze, i rispettivi caratteri, la natura, la giustiziabilità alla luce del duplice regime previsto dall’art. 51 co.1³, ed in definitiva, la più corretta collocazione dogmatica nel sistema dell’ordinamento comunitario⁴. Dalla disamina delle posizioni assunte dai commentatori si ricaveranno le posizioni comuni e divergenti sulla base delle quali tentare una sintesi ed avanzare una personale ricostruzione.

¹L’analisi di natura puramente esegetica basata sulla lettura piana dell’articolato, sulle classificazioni e definizioni normative ricavate dallo stesso tenore della Carta, sulle scelte di rubricazione e titolazione in considerazione delle connessioni sistematiche del complesso dei Trattati sarà utile per argomentare dal punto di vista letterale le considerazioni conclusive e la personale proposta di differenziazione tra (regole istituenti-) “diritti” e “principi”. Allo stesso modo i commenti della dottrina ad un siffatto assetto saranno sottoposti a scrutinio per tentare un sinolo tra i risultati rintracciabili in letteratura.

²Cioè: disposizioni istituenti diritti e disposizioni “di principio”(quest’ultima espressione è di V. CRISAFULLI, *Sull’efficacia normativa delle disposizioni di principio della Costituzione*, in *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano 1952).

³Benché una compiuta analisi dell’art 51 co. 1 della Carta – l’archetipo della differenziazione tipologica da cui si dipana tutta la ricerca - sia oggetto di trattazione più avanti, merita ricordare che lo stesso sancisce che i soggetti nei cui confronti si applicano le disposizioni della Carta “rispettano i diritti, osservano i principi e ne promuovono l’applicazione”, istituendo così un duplice regime di immanentizzazione delle istanze proclamate nella Carta nelle sfere giuridiche dei destinatari: di “rispetto” e “osservanza-applicazione” a seconda che lo stesso sia espresso sottoforma di (regola istituyente un) diritto o di principio.

⁴Si tratta, peraltro, dell’espresso avvertimento dell’indispensabile opera di ricerca di H. M. SAGMEISTER, il quale precisa (trad. mia) che “*Obiettivo del presente lavoro è riordinare le disposizioni di principio della Carta dei Diritti Fondamentali dell’Unione Europea nel sussistente sistema normativo, nel più possibile ampio ambito della dogmatica giuridica sviluppata sinora*”, (*Die Grundsatznormen in der Europäischen Grundrechtecharta*, Duncker & Humblot, Berlin, 2010, 43)

III. 2 La Struttura della Carta. Principi e diritti tra impianto sistematico e gerarchie assiologiche. Una Carta dei diritti... “per principi” e “per valori”.

Quale trama ordinante, quale modello di catalogazione di principi e diritti può indursi da una lettura piana della Carta?

Anche uno sguardo complessivo che tenga conto della sola partizione per titoli, sarebbe sufficiente a fornire all'interprete uno dei tratti distintivi più eloquenti della Carta dei Diritti fondamentali: l'impianto sistematico⁵. Preceduto da un Preambolo introduttivo composto da sette paragrafi⁶, l'articolato conta cinquantaquattro disposizioni e si suddivide in sette Titoli dei quali i primi sei raggruppano e ripartiscono le istanze ivi proclamate “*sulla base di un criterio del tutto inedito che emerge dalla loro stessa intitolazione*”⁷, carico di significato e di concrete applicazioni”⁸.

⁵Questa la presentazione della Carta fattane da V. SCARABBA, *Tra Fonti e Corti. Diritti e principi fondamentali in Europa: profili costituzionali e comparati degli sviluppi sovranazionali*, Padova, CEDAM, 2008, p. 133.

⁶Per completezza si rivela opportuno riportarne il testo, secondo la versione consolidata n. 2010/C 83/02 in *Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea*, del 30.3.2010: “I popoli d'Europa, nel creare tra loro un'unione sempre più stretta, hanno deciso di condividere un futuro di pace fondato su valori comuni. /Consapevole del suo patrimonio spirituale e morale, l'Unione si fonda sui *valori* indivisibili e universali della *dignità umana*, della *libertà*, dell'*uguaglianza* e della *solidarietà*; essa si basa sul *principio della democrazia* e sul *principio dello Stato di diritto*. Pone la persona al centro della sua azione istituendo la cittadinanza dell'Unione e creando uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia. /L'Unione contribuisce alla salvaguardia e allo sviluppo di questi valori comuni nel rispetto della diversità delle culture e delle tradizioni dei popoli d'Europa, nonché dell'identità nazionale degli Stati membri e dell'ordinamento dei loro pubblici poteri a livello nazionale, regionale e locale; essa si sforza di promuovere uno sviluppo equilibrato e sostenibile e assicura la libera circolazione delle persone, dei servizi, delle merci e dei capitali, nonché la libertà di stabilimento. /A tal fine è necessario rafforzare la tutela dei diritti fondamentali, alla luce dell'evoluzione della società, del progresso sociale e degli sviluppi scientifici e tecnologici, rendendo tali diritti più visibili in una Carta. / La presente Carta riafferma, nel rispetto delle competenze e dei compiti dell'Unione e del principio di sussidiarietà, i diritti derivanti in particolare dalle tradizioni costituzionali e dagli obblighi internazionali comuni agli Stati membri, dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, dalle carte sociali adottate dall'Unione e dal Consiglio d'Europa, nonché dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea e da quella della Corte europea dei diritti dell'uomo. In tale contesto, la Carta sarà interpretata dai giudici dell'Unione e degli Stati membri tenendo in debito conto le spiegazioni elaborate sotto l'autorità del praesidium della Convenzione che ha redatto la Carta e aggiornate sotto la responsabilità del praesidium della Convenzione europea. /Il godimento di questi diritti fa sorgere responsabilità e doveri nei confronti degli altri come pure della comunità umana e delle generazioni future. /Pertanto, l'Unione riconosce i *diritti*, le *libertà* e i *principi* enunciati in appresso”.

⁷ Il Titolo I (artt. 1-5) si intitola “Dignità”; il Titolo II (artt. 6-19) “Libertà”, il Titolo III (artt. 20-26) “Uguaglianza”, il Titolo IV (artt. 27-38) “Solidarietà”, il Titolo V (artt. 39-46) “Cittadinanza”, il Titolo VI (artt. 47-50) “Giustizia”, il Titolo VII si riferisce alle disposizioni concernenti l'interpretazione.

⁸V. SCARABBA, *Tra Fonti e Corti. Diritti e principi fondamentali in Europa: profili costituzionali e comparati degli sviluppi sovranazionali*, Padova, CEDAM, 2008, p. 134. La filosofa politica V. PAZÉ ha segnalato le gravi implicazioni concrete di una sistematica per valori quale quella che emergerebbe dalla presentazione della Carta desumibile dal Preambolo. Avverte: “...Nel testo del Preambolo, il riferimento esplicito alla funzione legittimante dei diritti non compare, sostituito dalla reiterata proclamazione del carattere fondante di un certo insieme di *valori*. Si potrebbe sostenere che è una questione di parole, o forse di retorica, e che dietro ai valori di dignità, libertà, uguaglianza ecc. ci sono pur sempre i diritti, al cui tutela la Carta è rivolta. Ma, a parte il fatto che le sfumature hanno una loro importanza, quando si tratta di documenti giuridici – sia pure di un Preambolo dal carattere “ideale” più che direttamente “normativo” come questo- l'impressione è che qui ci sia in gioco

“I popoli europei, -si legge-, nel creare tra loro un’unione sempre più stretta hanno deciso di condividere un futuro di pace fondato su *valori* comuni”.

A ben vedere le intitolazioni che suddividono il *corpus*, infatti, riproducono nelle prime quattro rubriche: “Dignità”; “Libertà”, “Uguaglianza”, “Solidarietà”, definiti dal Preambolo “*valori indivisibili e universali*” sui quali si fonda l’Unione.

Come ha osservato il teorico generale del diritto P. DI LUCIA⁹, Se confrontassimo il lessico della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea con la Costituzione italiana osserveremmo che in quest’ultima in senso atecnico la parola “valore” non compare mai. Invece, nella Carta dei diritti fondamentali esplicito e diffuso è il riferimento a valori mediante l’uso di termini assiologici¹⁰.

Queste istanze assiologiche, con particolare riferimento alla “Libertà” e all’“Uguaglianza” sono definite ancora “*valori universali*” secondo il Preambolo del

qualcosa di più sostanziale: l’idea che i diritti, da soli, non bastino e richiedano di essere a loro volta “fondati” su qualcos’altro. Ovvero su un patrimonio di valori di cui viene affermato sì il carattere universale, ma di cui si enfatizza al tempo stesso la natura specificamente europea, il radicamento in una particolare tradizione spirituale o morale.[...] Dietro a simili dichiarazioni di principio, dal significato simbolico ma non privo di implicazioni giuridiche.[...] La scelta di redigere una carta dei valori produce conseguenze che vanno ben oltre la dimensione teorica- che in fondo appassiona i filosofi manon è detto che abbia qualche incidenza sul piano pratico. Si pensi al significato simbolico, prima ancora che politico, delle famose sei parole-chiave intorno a cui ruota l’articolato della Carta. L’organizzazione degli argomenti nei sei capi corrispondenti –Dignità, Libertà, Uguaglianza, Solidarietà, Cittadinanza e Giustizia – ingenera nel lettore la sensazione che si tratti di un elenco omogeneo, e che tutti i termini citati corrispondano a valori. Ciò conduce anche una giurista competente e sensibile come ELENA PACIOTTI a confondere la cittadinanza come un valore – cosa che il Preambolo della Carta evita di fare espressamente, distinguendo i “valori” che compaiono nel titolo dei primi quattro capi dai due “principi” della democrazia e Stato di diritto, corrispondenti alle due sezioni intitolate “cittadinanza” e “giustizia”. La confusione non è di poco conto, ed è intuibile la regressione politica e culturale che può ingenerare: se la cittadinanza assurge al rango di un valore, la non-cittadinanza (il non possesso dello status di cittadino) diventa un disvalore, come la schiavitù rispetto alla libertà e l’indifferenza rispetto alla solidarietà. Lo slittamento successivo, già largamente operatosi nella cultura diffusa, consiste nel trasferire il giudizio assiologico negativo dallo status di non-cittadino alle persone che, più o meno accidentalmente, ne sono investite in un determinato contesto. Ed è cos’ che il clandestino diventa delinquente anche quando non esiste alcuna previsione della clandestinità come reato. [...] Rimane l’aporia segnalata tra la proclamazione universale della maggior parte dei diritti e il fatto che a un numero considerevole di esseri umani cui tali diritti sono formalmente ascritti viene in varia misura impedito di avere legittimamente accesso al territorio degli Stati dell’Unione. La tensione tra la vocazione universalistica dei diritti fondamentali e la tendenza a costringerli nella gabbia della cittadinanza è del resto manifesta sin dal Preambolo, là dove si sostiene, contraddittoriamente, che “l’Unione pone la *persona* al centro della sua azione istituendo la *cittadinanza* dell’Unione”(V. PAZÉ, *La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea. Un’analisi teorica*, in *Teoria politica*, 2003, pp. 69-81).

⁹P. DI LUCIA, *La Carta dei diritti fondamentali. Linguaggio assiologico e linguaggio deontico*, in M. SICLARI (a cura di) *Contributi allo studio della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, Torino 2003, *passim*.

¹⁰DI LUCIA (*Ivi*, cit.) fornisce anche tre esempi di agevole comprensione di termini assiologici. Un primo tipo assiologico sarebbero i termini “buono”, “bello”, “corretto”, “giusto” e le corrispondenti forme sostantivate (i concetti) “bellezza”, “bontà”, “giustizia”. Caratteristica di questa prima accezione di assiologico è quella di avere un termine contrario corrispettivo: bello/brutto, buono/cattivo, corretto/scorretto. In una seconda accezione, assiologico sarebbe il termine che designa valori nell’enunciazione di giudizi di fatto, come per esempio “eguaglianza”: infatti se si dice “tutti sono eguali davanti alla legge” non si enuncia nessun giudizio di valore. In terzo luogo assiologici sarebbero quei termini che né denominano valori né designano valori in sé ma possono avere connotazioni assiologiche. Esempi di questo tipo sono sostantivi (concetti) come “democrazia”, “comunità”, e aggettivi come “nazionale”, “maggioranne”, “monarchico”, “democratico”.

Trattato sull'Unione Europea (TUE)¹¹, strumento al quale -come è noto- la Carta si affianca ed è equiparata nell'efficacia giuridica e nella vincolatività nei confronti degli Stati membri¹².

Gli stessi “valori”, in particolare il “rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze” sono anche i “valori-parametro” contenuti nel più precettivo e vincolante art 2 TUE¹³. Nel citato articolo, si richiede che questi stessi debbano rimanere comuni agli stati membri, unitamente al “rispetto dello Stato di diritto e dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze”, per assurgere a parametro generale, quasi

¹¹Secondo la versione consolidata successiva al Trattato di Lisbona, di cui al documento 6655/2/08 REV 2 in esito al Consiglio Europeo di Bruxelles del 28 maggio 2010, si legge, ai paragrafi 2 e 4 del Preambolo: “ISPIRANDOSI alle eredità culturali, religiose e umanistiche dell'Europa, da cui si sono sviluppati i valori universali dei diritti inviolabili e inalienabili della persona, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza e dello Stato di diritto, [...] CONFERMANDO il proprio attaccamento ai principi della libertà, della democrazia e del rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali nonché dello Stato di diritto...”.

¹² Secondo l'art. 6 co. 1 TUE.

¹³Una digressione meriterebbe il diverso grado di normatività rintracciabile nel confronto tra preamboli e disposizioni normative rinvenibili nel *corpus* di uno strumento giuridico quale un trattato o un costituzione. Sul punto non possiamo che limitarci alle seguenti considerazioni. E' chiaro che un carattere prescrittivo maggiore deve ritenersi proprio delle disposizioni interne al documento. I costituzionalisti hanno già avuto modo di esprimersi nel senso di considerare questo preambolo un “atto formalmente internazionalistico ma una dichiarazione sostanzialmente costituzionale” (A. CANTARO, C. MAGNANI, *L'ambiguo preambolo: atto formalmente internazionalistico, dichiarazione sostanzialmente costituzionale*, in LUCARELLI, A., PATRONI GRIFFI, A., *Studi sulla costituzione europea. Percorsi e ipotesi*, Editoriale Scientifica Italiana, Napoli, 2003, p.51 segg.). In ogni caso le metodologie del diritto costituzionale appaiono più adeguate in generale nell'accostarsi all'interpretazione del diritto comunitario (cfr. a questo proposito il superlativo *L'interpretazione del diritto comunitario* di G. ITZCOVICH, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XXXVIII, 2008) e in specifico per impostare il problema del valore normativo del preambolo e il conseguente atteggiamento dell'interprete. Occorre constatare infatti con la più accorta dottrina, che il problema del valore effettivamente prescrittivo delle disposizioni dei preamboli costituzionali si riduce quasi esclusivamente alla disputa sul significato dello stesso concetto di “normatività”, tenendo conto dei classici argomenti *pro* e *contra* in materia. Ai nostri fini possiamo ammettere che il preambolo sia dotato di valore normativo indiretto, ossia necessario comunque di mediazione interpretativa, ma in particolare che la “normatività” sussista “nella misura in cui [le disposizioni del preambolo] possano intervenire nella determinazione del significato delle disposizioni dell'articolato” (J. TAJADURA TEJADA, *Funzione e valore dei preamboli costituzionali*, in “Quaderni Costituzionali”, 2003/XXIII, p. 514). Questa conclusione troverebbe anche appoggio per una lettura internazionalistica, sullo stesso art. 31.2 della Convenzione di Vienna 1969 sul diritto dei Trattati, che prevede che l'interpretazione dell'atto internazionale sia fatta alla luce del testo, ma anche del contesto, includendo in questo anche il preambolo. Le disposizioni del preambolo dunque sarebbero meno intense e, per estrarne vere norme, richiederebbero sistematicamente di essere combinate con quelle dell'articolato. Questo non implica però che i preamboli possano essere sottovalutati perché nella legislazione europea è proprio il preambolo la sede della base giuridica, cioè delle “giustificazioni essenziali dell'atto”, le “motivazioni [...]che [ne] spieg[hi]no le ragioni e l'esistenza [...]per...] offrire, in occasione di un'eventuale controversia, la possibilità alle parti di difendere i propri diritti, alla Corte di Giustizia di controllare l'esatta applicazione del diritto comunitario, ed agli stati membri di conoscere le condizioni di applicabilità”(Servizio giuridico interistituzionale dell'Unione Europea, *Guida pratica comune del Parlamento Europeo, del Consiglio e della Commissione per la redazione di testi legislativi delle istituzioni comunitarie*, Comunità Europee, 2003, §9.1, p.27). Come è evidente dalle parallele considerazioni in chiave internazionalistica e costituzionalistica, il risultato - indipendentemente se si tratti di Costituzione o di Trattato- va nel senso di riconoscere al riferimento nel preambolo una funzione comunque non trascurabile, persuasivo-metanormativa, anzi, prettamente interpretativa, rivolta all'interprete costituzionale e al legislatore futuro per inquadrare coerentemente l'articolato.

“immunitario” per la vita dell’Unione, regolativo sia del meccanismo di adesione di nuovi Stati in caso di conformità ad essi, che di sospensione da diritti derivanti dall’applicazione dei Trattati per gli Stati membri che ne fossero violatori¹⁴.

Il citato articolo 2 TUE, prevede inoltre che agli Stati europei debbano associarsi le istanze di “*pluralismo, [...] non discriminazione, [...] tolleranza, [...] giustizia, [...] solidarietà e parità tra donne e uomini*” che sono definite testualmente “*caratteristiche*” fondamentali delle società ricomprese nella sfera pubblica dell’Unione.

Fatte queste precisazioni può quindi rilevarsi che le titolazioni rispondenti alle istanze di “Dignità”; “Libertà”, “Uguaglianza”, “Solidarietà” e “Giustizia” costituiscono indubbiamente raggruppamenti trasversali di disposizioni, titoli di per sé esprimenti e introiettanti nella Carta veri e propri “valori” dell’Unione o caratteristiche, qualità fondamentali della società civile che in essa devono sussistere, che accorta dottrina ha definito come “*Super-principi*”¹⁵. E ciò in evidente innovazione rispetto alle “*neutre*” categorie tradizionali con le quali sono spesso ripartiti principi e diritti nelle moderne dichiarazioni costituzionali, regionali o universali quali le etichette “diritti civili”, “diritti politici”, “diritti sociali”, oppure, per rifarsi alla nostra Costituzione: “rapporti civili”, “rapporti etico-sociali”, “rapporti economici”, “rapporti politici”¹⁶.

Tale novità tassonomica rinvenibile anzitutto nel dato testuale della Carta non è priva di rilievo applicativo, ed è destinata a produrre conseguenze anche sul piano dogmatico e metodologico nell’approccio interpretativo della scienza giuridica nell’analisi comunitarista.

La conclusione di SCIARABBA, tesa ad illustrare l’inedito sistematico e classificatorio della Carta e volta a riconoscere i Titoli come primi indici di una edificazione iusfondamentale “per principi” prima ancora che per diritti, deve ritenersi condivisibile non solo per l’apprezzabile tentativo di superare le categorie

¹⁴ Infatti, secondo gli artt. 49 TUE e 7 TUE, è proprio la conformità (o meno) di uno Stato europeo a tali valori ex art. 2, che può consentire allo stesso di “domandare di diventare membro dell’Unione” (art. 49). Ancora, il Consiglio, con apposita deliberazione, previa approvazione del Parlamento europeo, può “*constatare che esiste un evidente rischio di violazione grave da parte di uno Stato membro dei valori di cui all’articolo 2*”, deliberazione a seguito della quale, “*dopo aver invitato tale Stato membro a presentare osservazioni*”... “*può constatare l’esistenza di una violazione grave e persistente da parte di uno Stato membro*”, con la conseguenza di poter “*decidere di sospendere alcuni dei diritti derivanti allo Stato membro in questione dall’applicazione dei trattati, compresi i diritti di voto del rappresentante del governo di tale Stato membro in seno al Consiglio. Nell’agire in tal senso, il Consiglio tiene conto delle possibili conseguenze di una siffatta sospensione sui diritti e sugli obblighi delle persone fisiche e giuridiche*” (art. 7 TUE).

¹⁵ L’espressione è di V. SCIARABBA, *Tra Fonti e Corti*, cit., pag. 133.

¹⁶ Cfr. anche M. CARTABIA, che afferma: “Lasciandosi alle spalle la tradizionale suddivisione tra diritti di prima, seconda, terza e quarta generazione, e superando anche la distinzione tra diritti civili, politici, sociali ed economici che si riscontra in alcune Costituzioni nazionali, la Convenzione ha raggruppato i diritti fondamentali intorno a sei valori o principi fondamentali, che sono la dignità, la libertà, l’uguaglianza, la solidarietà, la cittadinanza e la giustizia. In buona misura questi valori ripetono i contenuti dell’art. 2 del TUE riformato sui valori dell’Unione non senza qualche elemento disarmonico, dato che i valori di cui all’art. 2 non coincidono perfettamente con quelli attorno ai quali si regge l’architettura della Carta dei diritti”. (M. CARTABIA, *I diritti fondamentali e la cittadinanza europea*, in (a cura di) F. BASSANINI, G. TIBERI, *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, Bologna 2008, p. 104 ss.).

tradizionali ed introdurre chiavi di lettura più appropriate ad interpretare la moderna realtà di governo multilivello¹⁷ ma perché anche secondo le più classiche ed autorevoli dottrine in materia, siffatte istanze assiologiche (quali i concetti che aprono i Titoli ora esaminati) ricevono positivizzazione e sono introiettate nell'ordinamento proprio sottoforma di disposizioni "di principio".

Sia filosofi che giuristi sono concordi nel ritenere i "valori in sé" qualità di situazioni o comportamenti, caratteristiche, attributi di considerazione a fatti o esperienze materiali o spirituali (*ad es.*, "la libertà", o "la bellezza estetica o artistica")¹⁸. L'interesse della scienza giuridica per i valori, li recupera in quanto criteri teleologici per la legislazione o parametri utili per la comparazione e il giudizio¹⁹. In quest'ottica il "valore" propriamente detto non si presenta come una fonte del diritto in senso tradizionale, ma come un elemento di gadameriana precomprensione²⁰, visto che "da un lato in alcun modo è implicato nei consueti meccanismi nomopoietici, dall'altro è costitutivo rispetto ad essi"²¹. Per fare ingresso nel mondo del diritto e trovare realizzazione nella società, i valori devono assumere una forma giuridica attraverso la concretizzazione in una norma positiva-effettiva.

¹⁷ Per una riflessione sul ruolo dei diritti e principi nell'ambito di una tutela multilivello cfr. A. RUGGERI, *La tutela "multilivello" dei diritti fondamentali, tra esperienze di formazione e teorie costituzionali*, in *Politica del diritto*, 2007/III; R. SAVINO, *Da un constitution-making ad un constitution-making process? Principi generali del diritto comunitario, principi costituzionali comuni agli stati membri e Costituzione europea*, in *Diritto Pubblico Comparato e europeo*, 2004, pag. 82 ss; BRONZINI-PICCONI (a cura di), *La Carta e le Corti. I diritti fondamentali nella giurisprudenza europea multilivello*, Taranto, 2007, *passim*; G. BRONZINI, *Significato ed efficacia della Carta di Nizza nella tutela multilivello dei diritti fondamentali*, disponibile nel sito internet:<http://www.scuolasuperioreavvocatura.it/arch/docs/382/INTERVENTO%20dott.%20Giusepp%20Bronzini.pdf>, *passim*.

¹⁸ E. OPOCHER, Voce: "Valore- filosofia del diritto" in *Enciclopedia del diritto*, XLVI, p.123.

¹⁹ In questo senso si esprime con lucidità e chiarezza G. ZAGREBELSKY, il quale afferma che "Il valore, in quanto criterio di azione e non soltanto risultato di una attività di valutazione, è un bene finale che chiede di realizzarsi attraverso attività teleologicamente orientate. Esso vale come autorizzazione all'azione o al giudizio diretti al risultato, non come criterio di azione e di giudizio legittimi. Il criterio di validità dell'azione o del giudizio è l'efficienza al fine". (G. ZAGREBELSKY, *Diritto per valori, principi o regole?*, in *L'ordine giuridico europeo: radici e prospettive*. Quaderni Fiorentini per la Storia del pensiero giuridico moderno, Milano 2002, II).

²⁰ Facciamo qui un fuggievole riferimento alla teoria circolare dell'ermeneutica enucleata da H-G. GADAMER, che nella sua opera, *Verità e metodo*, sviluppa il concetto di *precomprensione* (*Vorverstaendnis*) secondo cui il pensiero dell'interprete - allorché si accinge intenzionalmente a conoscere qualcosa, in particolare il significato di un testo scritto - mostrerebbe inevitabilmente ad attribuire all'"ente conosciuto" un senso in qualche misura preconcepito, dettato da preesistenti categorie e valori caratterizzanti la tradizione culturale della comunità di cui fa parte il ricercatore (*precomprensione*), risolvendosi in definitiva il processo di interpretazione in un processo circolare che dall'intuizione conoscitiva originaria, mediante il recupero -con la ricerca- dei tasselli conoscitivi mancanti all'ermeneuta, ritorna a definire ed arricchire l'idea di fondo nella comprensione globale dell'oggetto studiato. Le potenzialità e suggestività di questa teoria in campo ermeneutico giuridico sono immaginabili trattando di materiale metapositivi quale "valori" e "principi", prima ancora che normativi, antropologici. Un'efficace sintesi in senso antropologico e giuridico in: P. Molinatto, *Ermeneutica e interpretazione giuridica in Gadamer, Breve ricognizione di un «double bind»* in *Ragion Pratica*, 2008.

²¹ A. LONGO, *Valori, principi e costituzione qualche spunto sui meccanismi di positivizzazione delle istanze assiologiche di base*, in "Diritto e Società", 2002/1 *passim*; ed anche V. ITALIA, *Interpretazione sistematica delle norme e dei valori*, Milano, 1993, cap. III, *passim*.

Ed ecco che il primo strumento nella gerarchia della fonti atto ad accogliere l'istanza ideale del "valore" e tradurlo in disposizione prescrittiva può essere rappresentato proprio dai "*principi*": proposizioni dotate del massimo grado di generalità e astrattezza, che possono trovarsi espressi in autorevoli fonti come la Costituzione, o, se inespressi, ricavarsi dall'intero sistema normativo per costruzione dogmatica ad opera della speculazione dottrinale e dalla giurisprudenza²².

In questo senso, dunque,

“i valori del giurista rientrano così nella più ampia sfera dei valori che riguardano l'attività pratica in funzione sociale, e quindi l'azione che trascenda i limiti dell'interesse individuale del soggetto. Tradizionalmente quando hanno i caratteri della globalità, questo genere di valori sono qualificati come principi, in uno dei significati più comuni del termine. Con riserva di tutte le necessarie precisazioni e ulteriori distinzioni, si può dire che i valori del giurista costituiscono principi o comunque a principi si riannodano direttamente”²³.

Anche dall'analisi della fase preparatoria della Carta, e del dato letterale si può comprendere che le istanze riportate siano assurde, nella mente dei convenzionali, a valore-principio. Lo si evince da ben sette proposte di emendamento tutte convergenti sulla posizione di riconoscere a questi valori lo *status* di "principi dell'ordinamento" sia alternando la qualifica degli stessi "valori" con il nome di "principi", ovvero proprio sostituendo al termine-concetto "valori" quello "principi"²⁴. A suffragio della tesi della natura di principi vi è la dottrina italiana che più di ogni altra recentemente si è occupata del tema del diritto "per valori":

“se è vero che i valori hanno la tendenza a penetrare nel mondo delle azioni, tuttavia non ne hanno la capacità, avendo bisogno per realizzarsi di assumere 'un'altra forma che si impegni per loro' (HARTMANN) e questo avviene nel campo giuridico attraverso la concretizzazione in una norma positiva fornita del carattere essenziale del diritto che è l'effettività, la capacità di imprimere forma alla realtà. I valori vivono principalmente, seppure non esclusivamente, attraverso la loro

²²Per una chiarissima lezione: N. BOBBIO, V° *Principi generali di diritto*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1966, vol. XIII p. 888, A. D'ATENA, *In tema di principi e valori costituzionali*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1997, 3065; F. MODUGNO, V° *Principi generali dell'ordinamento*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, 1988 – 1997, *Principi e norme. La funzione imitatrice dei principi e i principi supremi o fondamentali*, in F. MODUGNO (a cura di), *Esperienze giuridiche del '900*, Milano, 2000, 85; G. SILVESTRI, *Linguaggio della Costituzione e linguaggio giuridico: un rapporto complesso*, in *Quaderni costituzionali*, 1989, IX.

²³S. BASILE, "*Valori superiori*", *principi costituzionali fondamentali e esigenze primarie*, in "Giurisprudenza Costituzionale", 1993, pp. 2208 segg.

²⁴E si danno due motivazioni principali, quali: 1) il problema dell'azionabilità: "Human dignity, liberty...are principles and not mere values. Only principles may be legally binding and its violation invoked before a Court". (http://european-convention.eu.int/Docs/Treaty/pdf/2/2_Art%20I%20%20Lopes%20EN.pdf), e 2) quello della riconoscibilità in linea con la tradizione giuridica europea: "Il serait préférable de garder la notion de 'principes', bien connue du droit communautaire et qui est employée par l'article 6 du TUE" (<http://european-convention.eu.int/Docs/Treaty/pdf/2/Art%20%20Kuneva.pdf>); le statistiche sono confrontabili agilmente in CONV 574/1/03 REV 1, pp.17 segg.

positivizzazione nei principi e questi attraverso gli atti ulteriori che ad essi si legano nell'incessante ciclo della produzione giuridica²⁵.

A queste tesi sembra di segno opposto la teoria di C. SCHMITT²⁶, il quale condivide, delle precedenti dottrine, il presupposto di partenza per cui i valori richiederebbero di esistenzializzarsi nella ragione pratica, ma secondo cui l'introduzione di questi nel tessuto costituzionale produrrebbe una perdita di razionalità giuridica e morale. Secondo SCHMITT, infatti, i valori avrebbero una natura aggressiva, tendono cioè ad affermarsi in maniera incondizionata e totale. I valori tra di loro entrerebbero in competizione, si svaluterebbero a vicenda senza che si possano adottare criteri razionali in grado di costringerli in una gerarchia interna. Come commentato da ZAGREBELSKY, intesi in questo senso, i valori imporrebbero un grado di efficienza rispetto al fine che esprimono, per cui ogni mezzo sarebbe autorizzato in quanto sia funzionale con evidenti esiti tirannici, perché il valore-fine giustificerebbe qualunque mezzo e tutti i mezzi potrebbero, nelle diverse circostanze essere spacciati per utili. L'agire e giudicare solo per valori sarebbe refrattario a criteri regolativi determinati e oggettivi e come tale, sarebbe incompatibile con le esigenze dello stato di diritto perché conterrebbe una propensione totalitaria²⁷.

E' dunque solo adottando un punto di vista moderato come quello suggerito da ALEXY²⁸ e DWORKIN²⁹, che è possibile da un lato convertire la teoria pura dei valori in teoria dei principi costituzionali, dall'altro mitigare la durezza del positivismo che risolve il diritto nella legge e concludere che valori e principi siano in effetti due entità strettamente connesse tra loro: “[...] da un lato, nello stesso modo in cui si può parlare di una collisione di valori e di ponderazione di valori; dall'altro il compimento graduale dei principi ha il suo equivalente nella realizzazione graduale dei valori”, e che quindi la distinzione tra principi e valori non sia in definitiva così forte, perché i valori indicherebbero ciò che è meglio, offrirebbero attributi di considerazione su ciò che è preferibile, mentre i principi su ciò che è effettivamente dovuto. I valori apparirebbero dunque all'essere, i principi al dover essere³⁰. I principi sarebbero, in una parola, in grado di esprimere le comuni credenze sociali e in quanto tali potrebbero ben essere definiti come *valori positivizzati*³¹.

²⁵A. LONGO, *op. cit.*, p. 110-111. Nello stesso senso, G. ZAGREBELSKY, (*Op. cit.*) secondo cui i principi si collocano tra i valori e le regole, quali criteri di azione o di giudizio.

²⁶Espressa nell'opera *Die Tyrannei der Werte*, in trad. Italiana, C. SCHMITT, *La tirannia dei valori*, in “Rassegna di diritto pubblico”, 1970.

²⁷G. ZAGREBELSKY, *Diritto per valori, principi o regole?*, cit, *passim*.

²⁸R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Surkamp, Frankfurt am Main, 1986, *passim*.

²⁹Di cui alla sua opera *Taking Rights seriously*, nella trad. it., *I diritti presi sul serio*, Bologna 1982, cfr *supra*, cap. I.

³⁰In questo senso anche G. ZAGREBELSKY, *Op. cit.*, p.872.

³¹Proprio in questo senso la Costituzione, intesa come strumento di principi, apparirebbe come l'insieme dei valori supremi su cui la coscienza di una società poggia. Tale efficace ricostruzione è dovuta a F. DI DONATO, *La nascita dello Stato costituzionale e la tutela dei diritti fondamentali*, lezione XI nell'ambito dell'insegnamento di Filosofia del diritto dell'Università telematica PEGASO, reperibile all'indirizzo internet: http://www.unipegaso.it/materiali/LMG-01/annoI/FilDir_DiDonato/Lezione_XI.pdf. Conforme, con una riflessione di argomentazione giuridica è la dottrina di G. ITZCOVICH in *Bananen. Bilanciamento, diritti fondamentali e integrazione europea nella “guerra delle banane”*, in G. MANIACI (a cura di), *Eguaglianza, ragionevolezza e*

Confortati da una tale sintesi dottrinale, tornando alla Carta, appurato dunque che tali insiemi di disposizioni, raggruppati sotto i Titoli di partizione della Carta debbano ricondursi nell'ambito di "Super-principi" esprimenti valori, è possibile dedurne qualche conseguenza in punto di assetto ordinamentale.

Anzitutto, come è stato osservato³², attraverso tale scelta tecnica si crea una sorta di differenziazione spontanea ed in un certo senso una gerarchia logico-giuridica e di contenuto assiologico tra il super-principio/valore di riferimento e le sue molteplici espressioni o componenti costituite dalle disposizioni a quel Titolo afferenti³³. Secondo SCIARABBA, tale opzione tecnica sarebbe gravida di ricadute in sede ermeneutica, metodologico-categoriale, ideale e politico-costituzionale.

Dal punto di vista ermeneutico, l'Autore prospetta che una tale struttura vincolerebbe di per se stessa ad un'interpretazione teleologicamente orientata delle norme presenti in ciascun Titolo, supportando la sua posizione esemplificando come "l'aver ricondotto i diritti del Titolo IV al super-principio/valore della "Solidarietà" (anziché, in particolare quello della "Libertà") possa illuminare, per così dire, di una luce politicamente orientata, tutte quelle zone buie ampiamente presenti nei singoli articoli contenuti in tale capo, indirizzando e dunque limitando la discrezionalità del legislatore comunitario, e fornendo all'organo giurisdizionale uno strumento per vagliarne l'operato³⁴. Della stessa opinione si dimostra anche l'autorevolissima comunitarista MARTA CARTABIA, che sottolineerà quest'aspetto come i più caratteristici del momento della scrittura della Carta³⁵.

logica giuridica, Milano 2004. Itzcovich descrive molto bene il passaggio (di "giuridificazione") da interessi, istanze, valori, ragioni pragmatiche considerazioni politiche a principi giuridici utili al bilanciamento argomentativo-costituzionale.

³²Le considerazioni che seguiranno saranno la rielaborazione della teoria di V. SCIARABBA, *ivi*.

³³Cfr. la classica ricostruzione di .E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, edizione corretta e ampliata a cura di Giuliano Crifò, Milano, 1990, p. 850, per cui ai principi è riconosciuto un'eccedenza di contenuto assiologico o deontologico. La triade valori-principi-articolato delle norme ordinarie che, in *anticlimumax*, riporta da un contenuto astratto di idealità al carattere di prescrittività in concreto, passando per due passaggi o *scarti* è oggetto degli studi di D. FARIAS, *Idealità e indeterminatezza dei principi costituzionali*, Milano, Giuffrè, 1981, pp. 161 segg. e 177 segg.. FARIAS chiama *scarto* il taglio netto tra il contenuto semantico indefinito o sfuggente della disposizione costituzionale di principio, e quello determinato della norma ordinaria. Secondo l'A. lo *scarto* si verifica in particolare poiché "il piano costituzionale è un piano macrogiuridico perché rivolto ad una materia macrosociale e macrostorica, di ampia estensione nello spazio e nel tempo. Le norme costituzionali non di rado prendono in considerazione globalmente, per impegnarla o disciplinarla, l'intera collettività in un lungo periodo della sua esistenza storica [...] Di questa totalità le leggi ordinarie prendono invece in considerazione solo dei settori, dei segmenti. [...] A livello costituzionale le norme presentano un'accentuata genericità perché portano su una materia di cui è difficile, per non dire impossibile una prospettazione unitaria precisa, non per le dimensioni, ma per la sua natura, per la sua qualità" (pp.169-170).

³⁴ Sembrano intravedersi i primi punti di contatto tra la presente tesi e la previsione dell'art. 52 co. 5 della Carta secondo cui: "Le disposizioni della presente Carta che contengono dei principi possono essere attuate da atti legislativi e esecutivi adottati da istituzioni, organi e organismi dell'Unione e da atti di Stati membri allorché essi danno attuazione al diritto dell'Unione, nell'esercizio delle loro rispettive competenze. Esse possono essere invocate dinanzi a un giudice solo ai fini dell'interpretazione e del controllo di legalità di detti atti".

³⁵La studiosa scrive: "Questa tecnica redazionale potrà avere importanti conseguenze sul piano interpretativo. In qualche misura essa suggerisce all'interprete di leggere i singoli diritti fondamentali alla luce dei valori di riferimento attorno ai quali i diritti sono raggruppati. Ad esempio, il diritto all'istruzione (art. 14) è rubricato sotto il valore della libertà, anziché sotto quello dell'eguaglianza o della solidarietà. Che valore può avere questa scelta? Si intende forse sottolineare una preminenza

Dal punto di vista metodologico-categoriale, questa teoria dimostra come la Carta, attraverso l'uso di questi raggruppamenti trasversali consacrati il superamento della tradizionali partizioni utilizzando formule ed espressioni non solo "diverse e migliori" sotto tutti gli aspetti rispetto a quelle rivolte ai Convenzionali dal c.d. Mandato di Colonia³⁶, ma anche più ampie e dunque più aperte ed inclusive³⁷. Secondo la ricostruzione in esame, infatti, con tale struttura si rafforzano e si cementano le caratteristiche di indivisibilità e pari dignità, ("se non pari "peso"³⁸) di tutti i diritti, compresi anche i diritti sociali, da tempo avvertita come una pressante esigenza nell'Unione, e oggetto di sollecito anche dal rapporto del c.d. "Comitato dei Saggi" presentato nel marzo 1996 e dalla "Relazione del gruppo di esperti in materia di diritti fondamentali" presentata nel febbraio 1999³⁹.

assiologia degli aspetti della libertà – libertà di insegnamento e di ricerca, libertà e autonomia degli istituti scolastici pubblici e privati – implicati nel generale diritto all'istruzione? Difficile (ed inutile, forse) formulare previsioni sull'atteggiamento che assumeranno gli interpreti ed in particolare i giudici di fronte alle opzioni sistematiche del testo. Tuttavia la scelta di redigere la Carta per valori potrebbe non avere un effetto meramente estetico, per incidere invece sulle tecniche di bilanciamento, di interpretazione e di limitazione dei diritti fondamentali" (M. CARTABIA, *I diritti fondamentali e la cittadinanza europea*, in (a cura di) F. BASSANINI, G. TIBERI, *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, Bologna 2008, p. 105).

³⁶ cfr. *supra*, cap. II.

³⁷ Una clausola di ampliamento sarebbe da ravvisarsi nell'espressione dell'inciso "in particolare", indicante quindi un elenco non tassativo delle "fonti dei diritti" nel 5° paragrafo del Preambolo: "La presente Carta riafferma, nel rispetto delle competenze e dei compiti dell'Unione e del principio di sussidiarietà, i diritti derivanti in particolare dalle tradizioni costituzionali e dagli obblighi internazionali comuni agli Stati membri, dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, dalle carte sociali adottate dall'Unione e dal Consiglio d'Europa, nonché dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea e da quella della Corte europea dei diritti dell'uomo...".

³⁸ Nonostante l'improprietà e la contraddizione terminologica, visto che la caratteristica del "peso" è secondo la classica dottrina di R. ALEXY, propria dei soli principi, e non delle norme ordinarie. R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, nell'edizione Spagnola: *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1973.

³⁹ Come è stato osservato da E. PACIOTTI, "Questa struttura, così articolata intorno a questi sei valori fondamentali, colloca allo stesso livello tutti i diritti fondamentali e perciò ne sottolinea l'indivisibilità. Questa concezione dell'indivisibilità è stata richiamata più volte da molti di noi ed è stata accettata dalla Convenzione. Ciò ha permesso di superare le ricorrenti obiezioni nell'introdurre alcuni principi o diritti fondati sull'argomento secondo cui non occorre contemplare nella carta la tutela dei diritti fondamentali la cui attuazione non rientrasse nelle competenze della Comunità o dell'Unione. Questa, per la verità, è sempre stata un'obiezione molto contraddittoria, perché non veniva sollevata a proposito dei diritti classici contenuti nella CEDU, che spesso concernono materie che sono tuttora di esclusiva competenza degli Stati (disciplina del processo penale, divieto della pena di morte) bensì a proposito dei diritti economici e sociali. I quali sono invece molto più direttamente coinvolti dalle attività di competenza comunitaria che non i diritti contemplati dalla Convenzione Europea. Il criterio della indivisibilità, oltre a rispondere a un ovvio principio di necessaria coesistenza e interrelazione fra i vari diritti fondamentali e consentire quindi l'adeguata interpretazione della portata di ciascuno nel contesto di tutti gli altri, risponde anche ad altre esigenze. Intanto essa costituisce un quadro permanente nell'evoluzione che è tuttora in corso e nell'eventuale ridefinizione delle competenze delle istituzioni e degli organi dell'Unione. Se una modifica dei Trattati ampliarà la competenza delle istituzioni europee e verrà condivisa una parte maggiore di sovranità sinora lasciata ai singoli stati, non bisognerà cambiare la Carta per contemplare un nuovo diritto fondamentale. Questo testo, che comprende tutti quelli che si ritengono diritti fondamentali vigenti, può diventare la prima parte di una Costituzione europea. Inoltre, con questa si supera la criticata prevalenza, nei Trattati, dei valori di efficienza economica su quelli di giustizia e di equità sociale. Ed è questo uno dei valori aggiunti della Carta". (E. PACIOTTI, *La Carta, i contenuti e gli autori*, in A. MANZELLA, P. MELOGRANI, E. PACIOTTI, S. RODOTÀ, *Riscrivere i diritti in Europa: introduzione alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Bologna 2001, pp. 17-18). Sulla *vis expansiva* della Carta cfr.

Sotto un diverso aspetto, per lo più ideale, con riferimento ai precisi super-principi/valori concretamente scelti, questa dottrina invita ad osservare come la Convenzione così redatta abbia voluto dare un'impronta "europeista" al modello di società delineato dalla Carta e dunque al modello di forma di Stato dell'Unione (non più meramente economico o mercantile), mediante la forza evocativa ed espressiva ed anche al preciso significato e alle conseguenti implicazioni nel linguaggio sociale che possono avere termini quali "Solidarietà".

*Dal punto di vista politico-costituzionale, una tale struttura incentrata sul ricorso ad una siffatta gerarchia assiologica "per principi" favorirebbe una sorta di "auto-integrazione" nei Trattati e una rilevanza giuridica *ipso iure* della Carta. A sostegno di questa significativa tesi merita riprodurre le parole originarie che l'autorevole membro della Convenzione redattrice MANZELLA ha pronunciate a suo supporto:*

*"L'inquadramento dei singoli diritti in categorie di valori [...] ha permesso di costruire una Carta di principi, prima che di diritti. Le singole posizioni soggettive in essa di volta in volta ricomprese, trovano così giusta interpretazione in necessaria correlazione con i valori oggettivi che la guidano. E questi, a loro volta, arricchiscono e precisano le singole formule tecniche diventando il filo conduttore della Carta ed il parametro di ogni giurisprudenza futura. Si invero cioè nella Carta, alla lettera, il circuito descritto dall'art 6 TUE: "*i diritti fondamentali [...] sono garantiti in quanto principi generali del diritto comunitario*". Ma per questa via, la Carta, anche solo assolvendo – dal momento della sua proclamazione congiunta da parte del Consiglio, del Parlamento e della Commissione – una semplice funzione dichiarativa, di "visibilità" dei diritti fondamentali "vigenti" in Europa, entra naturalmente nel meccanismo dell'art. 6 TUE. Vi entra, cioè, senza neppure bisogno di quella "citazione" che pure aveva richiesto il Parlamento europeo in una sua risoluzione. E questo avviene proprio in forza della sua struttura "per principi". Della Carta così congegnata, la giurisprudenza non potrà non tenere conto [...] in un certo senso la Carta si "autointegra" nei Trattati, perché la sua struttura per principi si integra con la fattispecie del dell'art 6 TUE: aperta appunto ai "principi generali del diritto comunitario"⁴⁰.*

Gli argomenti addotti da MANZELLA sono molto chiari: il sistema di tutela delle posizioni soggettive fondamentali quale quello apprestato dal catalogo contenuto nella Carta dei diritti fondamentali sarebbe congegnato ed espresso per lo più per "principi", intesi come norme contraddistinte da generalità e indeterminatezza, e proprio per questa sua caratteristica, atteso che una delle modalità di penetrazione dei diritti fondamentali nel sistema comunitario è (ed è stata, cfr *supra*, cap. II) proprio il riconoscimento della tutela di posizioni giuridiche soggettive in quanto principi generali dell'ordinamento stesso, in forza dell'art. 6 TUE penetrerebbe già *ipso iure* nel diritto comunitario, senza neppure bisogno di una clausola che equipari, in termini di valore giuridico⁴¹, la Carta ai Trattati.

anche G. ARRIGO, *La Carta di Nizza, natura, valore giuridico, efficacia*, in *Il diritto del Lavoro*, 2001, 607.

⁴⁰ A MANZELLA, *Dal mercato ai diritti*, in A. MANZELLA, P. MELOGRANI, E. PACIOTTI, S. RODOTÀ, *Riscrivere i diritti in Europa*, cit., pp. 37-38.

⁴¹ O, per dirla in termini di teoria del diritto e delle fonti, di "validità".

A conferma di quest'analisi deve aggiungersi, che, su questa linea, con l'art. 6 comma 2 del TUE⁴², si finisce per ragionare espressamente di rispetto di "diritti...in quanto principi", con la conseguenza che, non solo sembra ammettersi un ingresso *diretto* nel sistema delle fonti di nuovi diritti se espressi in termini di principio, ma che pare doversi accettare che la forma dichiarativa e positiva dei nuovi diritti debba essere proprio il principio, con tutto quanto ne derivi in termini di formulazione linguistica, di tipologia di disposizione e tecniche di tutela.

Da quanto esposto può abbozzarsi una prima risposta alla domanda posta in apertura di questo paragrafo: la Carta dei diritti fondamentali si presenta come un catalogo strutturato "per principi" suddiviso per raggruppamenti (sistematicamente, i Titoli) di posizioni soggettive espresse – come vedremo⁴³ - a loro volta in disposizioni di principio o tutelate da regole introduttive di diritti.

Occorre dunque rintracciare, *in primis* con l'aiuto del tenore letterale della Carta stessa, (norme esprimenti) "principi" e (norme istituenti) "diritti".

III.3 La configurazione, in specifico, suggerita dalla lettera della Carta. Le caratteristiche pacifiche dei "diritti" e dei "principi". "Rispetto" e "osservanza".

Il Preambolo della Carta sembra esprimersi in modo inequivocabile:

"[...] l'Unione riconosce i *diritti*, le *libertà* e i *principi* enunciati in appresso"⁴⁴,

ed anche il Trattato si pronuncia in senso conforme:

"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"⁴⁵.

Pare dunque definitivamente scolpito nel sistema, che la Carta accolga al suo interno una pluralità di strumenti giuridici in grado di apprestare tutela alle posizioni

⁴²Di cui si è già trattato in ordine all'equipollenza della Carta al sistema dei Trattati *supra*, cap. II, ma il cui testo merita qui ricordare: 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./ 2. 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./ 3. 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./4. 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.

⁴³ Si tratta del tentativo che opereremo, con il supporto della dottrina che maggiormente si è occupata di una differenziazione tra "diritti" e "principi" (SAGMEISTER., *cit*).

⁴⁴ Preambolo, paragrafo 7.

⁴⁵ Art. 6, co. 1 TUE.

fondamentali dell'individuo: (norme istituenti) *diritti* (e libertà) da un lato, e (norme di) *principi*[o] dall'altro.

Vi è stato chi, in dottrina, ha dedicato approfondite riflessioni a questo “binomio concettuale” contestando la “*rigida separazione dell'area semantica dei due lemmi*”⁴⁶ e quindi una diversità di significato e di rilevanza pratica dei due termini, capi di un nodo gordiano la cui “soluzione” parrebbe un azzardo “potenzialmente fuorviante”:

“non priva di problematicità, a prescindere dei suoi esiti concreti e dalle conseguenze normative che vi si vogliono eventualmente ricollegare – appare infatti l'idea stessa di contrapporre in via “esclusiva” e totalizzante -nel duplice senso, cioè, di ricondurre ad uno e uno solo dei due termini qualunque situazione normativa -, “diritti” e “principi”. E' stato acutamente osservato, del resto, che non si tratta di una vera e propria “coppia concettuale”. E, come emerge tra l'altro, da una giurisprudenza (costituzionale e ordinaria) ormai cinquantennale sulla prima parte della nostra Costituzione, e sui suoi principi fondamentali, la “realtà” delle posizioni giuridiche – e più n generale delle “situazioni normative” (in qualche senso e in qualche modo) di vantaggio – nel diritto pubblico (ma anche in quello privato) non risulta facilmente riconducibile, in termini binari, a due sole categorie. Essa presenta, si intende dire, una molteplicità di aspetti e sfumature che, se può permettere forse una tendenziale “graduazione” delle posizioni giuridiche lungo un'ideale scala di prescrittività, o di “giustiziabilità”⁴⁷, esclude invece probabilmente un simile, artificioso, “bipolarismo” – anzi se è lecito spingersi oltre nella metafora, un simile “bipartitismo”- delle situazioni normative”⁴⁸.

Tali argomentazioni risuonano di straordinaria importanza per la nostra trattazione, e le riprenderemo in seguito. L'autore porta a conforto di tale argomentazione una recente pronuncia della Corte Costituzionale (ordinanza n. 170/2005) la quale parrebbe avallare in termini generali lo stesso avviso:

“un punto fermo nella giurisprudenza di questa Corte [è] il principio, che caratterizza la stessa essenza dello stato democratico di diritto, secondo cui non v'è posizione giuridica tutelata di diritto sostanziale senza che vi sia giudice davanti al quale essa possa essere fatta valere (sentenza n. 212 del 1997) nell'ambito di un ‘procedimento di natura giurisdizionale’, nel corso del quale potrà sempre essere proposto incidente di costituzionalità (sentenza n. 26 del 1999)”⁴⁹.

Tuttavia, il cultore di teoria generale attento al dato positivo, nel tentativo di riordinare la congerie di fonti del sistema comunitario⁵⁰, non può limitarsi alla

⁴⁶V. SCARABBA precisa che nella sua trattazione, (*Op. cit.*, p. XVII) utilizzerà semplicemente il termine “diritti” avvertendo che ciò non escluderà che il discorso possa riferirsi, o implicitamente si riferisca, anche ai “principi”. Lo studioso aggiunge che in questo senso, l'uso della formula “diritti fondamentali” in luogo di quella “diritti e principi fondamentali” rappresenterebbe una sinecdoche, valendo a indicare una parte per il tutto.

⁴⁷ O di “densità normativa”, come ricorda l'Autore ragionare C. GREWE e H. RUIZ , *Droits Constitutionnels européens*, Paris, 1995, 159 ss.

⁴⁸ V. SCARABBA, *Ibidem.* p. XVII.

⁴⁹ Corte Costituzionale della Repubblica Italiana, ordinanza n. 170/2005.

⁵⁰ La tesi suggestiva esposta da A. RUGGERI è che nel diritto internazionale e comunitario il sistema delle fonti tradizionalmente fondato sulla validità formale (intesa come caratteristica discendente da

prospettiva suggestiva ora indicata, ma deve comunque tenere in considerazione le prescrizioni rintracciabili negli strumenti primari, quali i Trattati e la Carta, che appunto *distinguono* il regime che devono seguire i “diritti”, da quello che devono seguire i “principi”.

Tanto distinguono al punto che infatti, nel titolo VII, dedicato alle “*disposizioni generali che disciplinano l’interpretazione e l’applicazione della Carta*”, un intero articolo (art. 52) è consacrato alla “*Portata e interpretazione dei diritti....e dei principi*”. Il Titolo si apre così:

“Articolo 51. Ambito di applicazione. 1. Le disposizioni della presente Carta si applicano alle istituzioni, organi e organismi dell’Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà, come pure agli Stati membri esclusivamente nell’attuazione del diritto dell’Unione. 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”.

Come può osservarsi dall’enfasi che abbiamo voluto porre con il corsivo, i “principi”, secondo la Carta sono riconosciuti e devono essere “*osservati*” dalle istituzioni comunitarie. Di essi deve essere promossa l’attuazione in singoli atti dell’Unione da parte degli vari organi comunitari, nella concretizzazione del diritto primario, come ricorda anche il penultimo periodo dell’art. 52 co. 5⁵¹, “secondo le rispettive competenze e nel rispetto dei limiti di proporzionalità e sussidiarietà”.

Anche i “diritti” sono riconosciuti, ma devono essere invece “*rispettati*”, dalle istituzioni comunitarie come dai cittadini⁵².

Quali possono essere le ragioni di tale differenziazione? Predicare per i “principi” l’“*osservanza*”, e per i “diritti” il “*rispetto*” può suggerirci, con il solo tenore letterale, qualche prima considerazione discretiva?

Questa distinzione terminologica è presente anche nelle altre versioni linguistiche⁵³. Le versioni francese, inglese e spagnola si limitano a riprodurre le

una visione formalista-normativista Kelseniana) sia scosso dalla congerie e dalle tipologie di fonti diverse e nuove, la cui rilevanza giuridica non discenderebbe più solo dalla loro *forma* o dal loro *nomen*, ma anche dalla loro struttura e dalla loro attitudine ad essere (o non) immediatamente applicabile in ragione del fine per le quali esse sono state poste. In questo senso la gerarchia della fonti poggerrebbe *ope jurisprudentiae* anche su una gerarchia tra valori. La prospettiva assiologico-sostanziale soppianterebbe la vetusta concezione formale-astratta, postulando lo scivolamento dello stesso discorso sui rapporti tra fonti dalla teoria delle fonti alla teoria dell’interpretazione (Cfr. A. RUGGERI, *Prospettive metodiche di ricostruzione del sistema delle fonti e carte internazionali dei diritti, tra teoria delle fonti e teoria dell’interpretazione*, in G. F. FERRARI, (a cura di), *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza. Il costituzionalismo dei diritti*, Milano 2001; A. RUGGERI, *Corte costituzionale e Corti europee: il modello, le esperienze, le prospettive*, 2010, disponibile sul sito internet: http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/dottrina/giustizia_costituzionale/Ruggeri.pdf).

⁵¹ Il quale recita: “5. *Le disposizioni della presente Carta che contengono dei principi possono essere attuate da atti legislativi e esecutivi adottati da istituzioni, organi e organismi dell’Unione e da atti di Stati membri allorché essi danno attuazione al diritto dell’Unione, nell’esercizio delle loro rispettive competenze./ Esse possono essere invocate dinanzi a un giudice solo ai fini dell’interpretazione e del controllo di legalità di detti atti.*”

⁵²H. M. SAGMEISTER, *Die Grundsatznormen in der Europäischen Grundrechtcharta*, Berlino, 2010, pp.158ss.

⁵³ La versione Francese del testo infatti si esprime nei termini “[...] *ils respectent les droits, observent les principes*” , in Inglese il testo è il seguente: “[...] *respect the rights, observe the principles*”, in

stesse coppie verbali: *respecter-observer, respect-observe, respetarán-observarán*. Nella versione tedesca, in particolare la diversità è specialmente apprezzabile poiché il secondo termine della coppia predicativa, “*achten-halten*”, “*halten*” reca in sé lo stesso significato del verbo “*attenersi*”.

Vi è una distinzione ontologica e deontologica tra il “*rispettare*” e l’“*osservare*”, o tra il “*rispettare*” e l’“*attenersi*”?

Secondo l’ascendenza etimologica del termine “*rispetto*” (dal latino “*respicere*”, *riguardare, avere riguardo, considerare*, composto della particella “*re-*”, *di nuovo, addietro*, che accenna ripetizione o indugio e “*-spicere*” che significa *guardare*) con tale lemma si indica il “*riguardo, considerazione, riverenza, rapporto relazione*”⁵⁴ e il *Grande dizionario della Lingua Italiana* del BATTAGLIA, lo definisce come “*sentimento e atteggiamento che nasce da stima, deferenza, considerazione verso qualcuno che è o si ritiene superiore e induce riverenza o riguardo (sia in una relazione di familiarità affettuosa, sia in una dipendenza gerarchica o sociale, sia in un rapporto di subordinazione reale o istituzionale o in altre situazioni simili, e spesso comprende anche una più o meno timorosa soggezione)*”⁵⁵

Con il termine “*osservanza*” (dal latino, *observantia*, a sua volta risultato della unione di “*ob-*” e “*-servare*”) si intende indicare il conformarsi, il seguire e l’onore un certo oggetto⁵⁶ e perfino il “*mantenere*”, l’ “*adempiere*”⁵⁷. Il BATTAGLIA⁵⁸, lo definisce come “*il conformare il proprio comportamento a una regola o a un complesso di regole di condotta; obbedienza, rispetto di norme e, per estensione, di valori di principi etc...*”.

L’etimo di “*attenere, attenersi*”, (dal latino *attinere*, risultante dall’unione delle particelle “*ad-*” + “*-tenere*”) indica poi “*l’esser contiguo, congiunto, di appartenere, di concernere*”⁵⁹, e nella definizione data dal BATTAGLIA, si chiarisce come primi sinonimi “*mantenere, soddisfare, esaudire*”⁶⁰.

Queste elementari escursioni etimologiche e lessicografiche, già di per sé e nella loro modestia euristica, mostrano però che una differenziazione ontologica tra le due azioni predicate dai due termini, i cui soggetti (ma anche destinatari) sono “*...le istituzioni, organi e organismi dell’Unione[...]come pure agli Stati membri*” possa pur esservi.

Spagnolo leggiamo “[...] *éstos respetarán los derechos, observarán los principios..*”, in Tedesco la distinzione si apprezza particolarmente nell’espressione: “*achten sie die Rechte, halten sie sich an die Grundsätze*”.

⁵⁴ V° “*Rispettare*”, in O. PIANIGIANI, *Vocabolario Etimologico della Lingua Italiana*, 1907.

⁵⁵ S. BATTAGLIA, V° “*Rispetto*”, in *Grande Dizionario della Lingua Italiana*, diretto da Giorgio Barberi Squarotti, Torino, 1984, vol. XVI.

⁵⁶ V° “*Osservanza*”, in O. PIANIGIANI, *Vocabolario Etimologico della Lingua Italiana*, 1907

⁵⁷ V° “*Osservare*”, in M. CORTELAZZO, P. ZOLLI, *Dizionario Etimologico della Lingua Italiana*, 1985

⁵⁸ S. BATTAGLIA, V° “*Osservanza*”, in *Grande Dizionario della Lingua Italiana*, diretto da Giorgio Barberi Squarotti, Torino, 1984, vol. XII.

⁵⁹ V° “*Attenere*”, in O. PIANIGIANI, *ivi*. I riferimenti etimologici rintracciati in PIANIGIANI di cui si è dato ora conto, non paiano desueti o inconferenti. L’opera di PIANIGIANI mantiene stretta attualità per i nostri interessi se si tiene conto del fatto che l’Autore era acuto linguista e giurista, attento nelle sue ricerche alla fedeltà pratica del significato dei termini e all’uso praticato nella comunicazione a lui coeva.

⁶⁰ S. BATTAGLIA, V° “*Attenere*”, in *Grande Dizionario della Lingua Italiana*, diretto da Giorgio Barberi Squarotti, Torino, 1984, vol. I.

Secondo la divergenza semantica che abbiamo tentato di mettere in luce, e se proprio dovessimo attenerci, -da “puristi”-, al peculiare significato e all’etimo dei termini utilizzati, dovremmo dunque concludere che, come si è dimostrato le entità oggetto di “rispetto” (i diritti), dovranno seguire il significato che il lemma “rispetto” riserva per loro, vale a dire: essere “tenute in considerazione”, “considerate validi e valevoli”, e “tenute in relazione” dai soggetti destinatari del precetto istituito dall’articolo 51.1. Differentemente, gli oggetti dell’ “osservanza” (i “principi”), secondo la ricostruzione etimologica proposta, dovranno formare oggetto di “conformazione”, “sequela” e “contiguità”, “mantenimento”, “soddisfazione”.

L’appropriatezza della partizione lessicale ora illustrata si mostra in tutta la sua logicità quanto all’attenzione da prestare alla tipologia di disposizioni introduttive dei principi, se si pone mente al fatto che, secondo la lettera della Carta, “*le disposizioni della presente Carta che contengono dei principi possono essere attuate da atti legislativi e esecutivi adottati da istituzioni, organi e organismi dell’Unione e da atti di Stati membri allorché essi danno attuazione al diritto dell’Unione*” (art. 52 co. 5), e quindi, ad esse ed in base ad esse, risulta agevolmente associabile l’azione della “appartenenza”, “conformazione”, della “sequela”, della “contiguità” del “mantenimento”: tali sono infatti, in definitiva, le caratteristiche che rispetto ad esse, le norme secondarie adottate dagli organi dell’Unione devono rivestire nell’attuazione del diritto primario dalle prime introdotto.

Correlativamente, è possibile rilevare altrettanta fedeltà semantica alla realtà logico-deontologica e sistematico-ordinamentale nell’espressione “rispettare...i diritti”?

Per rispondere a questa domanda occorre anticipare quello che esamineremo più diffusamente *infra*, e osservare le caratteristiche dei “diritti” che il nostro documento mette in luce in contraddizione con quelle dei “principi”.

“[...] 2. I diritti riconosciuti dalla presente Carta per i quali i trattati prevedono disposizioni si *esercitano* alle condizioni e nei limiti dagli stessi definiti” (art. 52 co. 2).

Ed ancora:

“Ogni persona i cui *diritti* e le cui libertà garantiti dal diritto dell’Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice [...]” (art. 47).

Lo *status* dei diritti è dunque quello della diretta *esercitabilità*⁶¹ e della *giustiziabilità*⁶².

⁶¹ Cfr. art. 52 co. 2 della Carta che così si esprime: “*I diritti riconosciuti dalla presente Carta [...] si esercitano*”, in contrasto con il disposto del successivo co. 5: “*Le disposizioni della presente Carta che contengono dei principi [...] possono essere invocate dinanzi a un giudice solo ai fini dell’interpretazione e del controllo di legalità di detti atti. alle condizioni e nei limiti dagli stessi definiti*”.

⁶² Come chiarisce bene IGNAZIO JUAN PATRONE in *La tutela giurisdizionale dei diritti nei lavori della Convenzione*, Conclusioni presentate al Seminario organizzato da Magistratura Democratica il 10 gennaio 2003 a Milano, in preparazione al XIV congresso nazionale dal titolo “L’Europa dei diritti da Nizza alla Convenzione”, disponibili su www.astrid-online.it. Il magistrato descrive chiaramente quali sono i presupposti – passaggi obbligati per addivenire ad una tutela appropriata dei diritti fissati nella Carta in sede di Convenzione. Tra questi, appunto, a) il fatto che la Carta trovi introiezione nel diritto comunitario ad un rango primario (e cioè equivalente ai Trattati) e che quindi i diritti della Carta possano accedere alla tutela giurisdizionale ordinaria dell’Unione beneficiando del sistema dei ricorsi

Al contrario,

“Le disposizioni della presente Carta che contengono dei *principi* possono essere attuate [...] Esse *possono essere invocate dinanzi a un giudice solo ai fini dell’interpretazione e del controllo di legalità di detti atti*”(art.52 co. 5).

Sulla base del tenore letterale appena apprezzato, i principi sono rivolti alle istituzioni, agli organi e agli organismi dell’Unione e sembrerebbero *prima facie* non avere natura regolativa/precettiva e immediata applicabilità nei confronti dei privati (le istituzioni comunitarie li devono osservare nell’attuazione, nulla è scritto circa il fatto che li debbano “rispettare” propriamente in modo diretto come i singoli diritti).

Le disposizioni di principio non appaiono, dalla lettera della Carta, neppure immediatamente azionabili o giustiziabili nei rapporti interprivati o orizzontali, poiché ove così fosse stato, la Carta – sempre a livello letterale- lo avrebbe permesso (e ciò sarebbe facilmente sintetizzabile dal brocardo *ubi lex voluit dixit ubi noluit tacuit*) ma la Carta si spinge oltre prescrivendo che “*le disposizioni della...Carta che contengono principi possono essere invocate dinanzi a un giudice... solo ai fini dell’interpretazione e del controllo di legalità degli atti*”, prevedendo peraltro un rango degli stessi tale da integrare solo il parametro di legittimità comunitaria.

In definitiva, dunque, dall’esprimersi del testo emerge che i principi possono (*rectius*: devono) essere tenuti in considerazione, osservati per garantire una fedele normazione che ne sia attuativa, tanto da assurgere a parametro della legittimità degli atti degli stessi conformativi ed esecutivi (sebbene mai possano essere invocati davanti a un giudice come fondamento di una pretesa di tutela di una posizione sostanziale).

Del resto, se si adopera la distinzione di DWORKIN tratteggiata *supra* (cap. I), i “principi” operano in modo diverso dal “tutto o niente”, piuttosto affermando

“una ragione che, nei casi che chiamano in causa il principio, spinge in una direzione, senza indicare precisamente verso quale specifica azione o decisione. Se un certo principio fa parte di un certo sistema giuridico, è necessario che lo si *prenda in considerazione* come criterio dell’agire o del decidere, ma non sappiamo ancora quale sarà l’azione o la decisione che ne deriverà, anche se possiamo prevedere con quale linea argomentativa le si giustificherà. [...] La differenza logica che ci interessa dal punto di vista pratico è questa. Affinché il principio possa operare effettivamente si richiede la sua “concretizzazione”, cioè la sua riduzione a una formula che ne contenga una fattispecie riferibile a un accadimento storico e la conseguenza che ne deve derivare. [...] Parlare (a) di interpretazione del principio (da parte del legislatore o del giudice) o (b) di creazione di nuovo diritto (legislativo o giurisprudenziale) con riguardo alla “concretizzazione” dei principi sarebbe improprio. (a) Non è interpretazione – nel senso in cui questo termine è impiegato dai giuristi- perché le formule che esprimono i principi giuridici contengono ben poco da interpretare. Esse sono spesso espressioni [...] che richiamano tradizioni

alla Corte di Giustizia (cfr. documento del Gruppo di Lavoro II all’interno della Convenzione: CONV 354/02) e b) che venga adottato il testo (ora in vigore) delle c.d. “clausole orizzontali” della Carta proposto dallo stesso Gruppo II, “disposizioni che costituiscono ad un tempo norme sull’interpretazione del diritto comunitario e norme che delineano un sistema (ma forse non una gerarchia) delle fonti di livello materialmente costituzionale nel sistema che si va delineando”.

storiche o contesti filosofici di significato che, più che essere interpretate attraverso l'analisi del linguaggio contenuto in un testo, come è per le regole, devono essere intese nel loro *ethos*. Tante volte è stato ormai notato che il diritto per principi ne comporta inevitabilmente una "eticizzazione". Perciò, si può dire in breve che, mentre alle regole si ubbidisce, ai principi si "aderisce"⁶³.

I "diritti" invece sono azionabili e giustiziabili, tanto che devono essere rispettati nelle *relazioni* che essi instaurano: possono, dinanzi agli organi giurisdizionali nazionali o comunitari, formare oggetto di pretesa, di tutela in caso i loro titolari li vedano violati da altri, di titolarità, di contestazione o di esecuzione degli obblighi che da questi correlativamente derivassero in capo agli altri consociati.

I "diritti" di cui parla la Carta emergono dunque in tutta la loro natura deontologicamente "relazionale", quali strumenti di tutela di posizioni fondamentali che sussistono in capo ai titolari, nella misura in cui gli stessi titolari li potranno vedere tutelati di fronte ai destinatari⁶⁴ -violatori, turbatori, usurpatori, collocandosi in quella logica intimamente relazionale ma anche deontica del "tutto o niente" che DWORKIN predica per le *rules*, le *regole*.

Ed ecco che ad essi può attagliarsi il comportamento che l'art. 51 co.1 predica loro, il "*rispetto*" e che dalla sommaria indagine etimologica abbiamo individuato del significato di: "riguardo, considerazione, riverenza, rapporto, relazione", comportamento evidentemente richiesto ed imposto agli *extranei*, non titolari del diritto soggettivo, nei rapporti giuridici con il legittimo titolare.

Orbene, in tempi bui dove le inflazionate scelte e *mode* terminologiche del legislatore si mostrano spesso inappropriate, incoerenti e superficiali⁶⁵, pare proprio che l'opzione lessicale accolta dalla Carta espressiva del duplice regime assegnato a nostri tipi di fonte possa accontentarci e risultare ontologicamente e deontologicamente pregnante.

III.4. Le (poche) zone di "certezza classificatoria" tra le due fonti secondo la lettera della Carta.

A parte la qualificazione esplicita che il Trattato e la Carta fanno di particolari disposizioni, (secondo la stessa lettera delle rubriche che le introducono), esse stesse come espressive di "principi", e altre come introduttive di "diritti", non è dato comprendere con esattezza e secondo un criterio generale quali disposizioni istituiscano diritti e quali riconoscano principi.

Per questo un criterio distintivo astratto si rivelerebbe quantomai opportuno, poiché, come si è visto, la differenziazione non ha mera rilevanza teorico-speculativa, ma anche dogmatico-applicativa per comprendere lo stato di attuazione

⁶³ Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Diritto per valori, principi o regole? (A proposito della dottrina dei principi di Ronald Dworkin)*, in *L'Ordine giuridico europeo: radici e prospettive*, Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, 2001, p. 875 ss.

⁶⁴ Cfr. la schematizzazione di HOFELD, *supra*, Cap. I.

⁶⁵ *Ibidem*.

del diritto dell'Unione, facilitare la collettività nella consapevolezza del patrimonio dei propri diritti e della giustiziabilità delle proprie posizioni e *status*.

Rintracciare una distinzione tra “principi” e “diritti” nella Carta dei diritti Fondamentali si rivela quindi un'operazione necessaria, che nel ricostruire un criterio generalmente valido, deve però essere di teoria generale. Occorre quindi che il filosofo del diritto, col suo armamentario teorico, fornisca le basi per lo sviluppo di un'analisi che solo in seguito sarà squisitamente positivo-applicativa.

Con l'aiuto delle espressioni definitorie della Carta, delle acquisizioni giurisprudenziali evidenziate nel capitolo precedente, e di seguito della dottrina sviluppata sul punto, cerchiamo di isolare, quelle che con un po' di audacia, possiamo chiamare le primissime zone di certezza classificatoria.

III.4.1 La metaclassificazione indicata dalla Carta e dai Trattati, (verificata “empiricamente” alla luce delle conferme della classificazione giurisprudenziale).

Quasi a scoraggiare il tentativo di ricognizione che opereremo in questo paragrafo risuonano come un monito le parole dell'illustre costituzionalista SERGIO BARTOLE:

“la definizione legislativa di una disposizione come *principio* ha rilievo nella misura in cui possono essere considerate rilevanti le definizioni del legislatore, ovvero i suoi usi linguistici, ovvero –ancora- le rubriche che egli adotta. ma in via di massima, non esclude quello che potremmo definire un intervento ermeneutico di individuazione”⁶⁶.

Allo stesso modo potrebbe dirsi *a contrario* e in senso speculare: una definizione legislativa espressa nei termini di “*diritto a...*” non potrebbe essere presa ciecamente come indicativa di una posizione giuridica tutelata nella forma del diritto soggettivo, ma ugualmente rilevarebbe solo nella misura in cui può riconoscersi pregnanza agli usi terminologici del legislatore, o le rubriche che egli adotta, dovendo piuttosto lasciarsi l'ultima individuazione a quel margine discrezionale e intellettuale tipico dell'interprete⁶⁷.

Per evitare di incorre dunque nei pericoli segnalati, che cioè le definizioni del testo non siano sufficienti alla certezza della nostra classificazione ma, -poiché l'ultimo margine di apprezzamento classificatorio spetta comunque all'interprete-, si rivela necessaria una conferma “empirica”⁶⁸.

Assumeremo un metodo rigoroso, e per così dire scientifico, quindi induttivo consistente nella formulazione dell'ipotesi classificatoria sulla base del dato testuale e procederemo poi ad una verifica “empirica”, rappresentata dal conforto del

⁶⁶ S. BARTOLE, *V° Principi del Diritto* (dir. Cost.), in enciclopedia del Diritto, XXXV, p. 498.

⁶⁷ Nello stesso senso l'elaborata riflessione di V. ITALIA, *Le disposizioni di principio stabilite dal legislatore*, Milano 1970, p. 200 ss..

⁶⁸ Metodo già giustificato come sistema di convalida da R. GUASTINI, *Sui principi di diritto*, in Diritto e società, 1986, *passim* (Cfr. *supra*, Cap. I).

riscontro della giurisprudenza della Corte di Giustizia⁶⁹: rintracceremo le istanze e le posizioni giuridiche contemplate dalla Carta come “principi” secondo un censimento letterale, e verificheremo alla luce di uno scrutinio giurisprudenziale o di altre fonti di cognizione se vi è conferma interpretativa della natura di “principio” di tale istanza, o se gli organi giurisdizionali comunitari abbiano giudicato o meno “comunitariamente illegittimo” un atto dell’Unione alla luce della suddetta istanza, cosicché la stessa possa ascriversi a “principio”-parametro di legittimità, così come previsto dall’art. 52 co. 5 della Carta.

Tale primissima classificazione basata sul dato testuale e sistematico isolerà alcune istanze, situazioni soggettive, prerogative o qualità dell’individuo come “principi” da altre tipologie di fonti introduttive di posizioni giuridiche.

Queste ultime, una volta individuati ulteriori criteri di riparto, potranno essere qualificate a loro volta come introdotte in via di “principio”, o come presidiate da disposizioni introduttive di “diritti” o “libertà”.

III. 4.1.1 I Principi, espressi, espliciti o esplicitati come tali nella Carta

Una lettura piana e lo spoglio del testo della Carta ci portano ad individuare i seguenti “principi”, definiti tali dalla stessa Carta, che individueremo qui di seguito con il reperimento sistematico e il conforto giurisprudenziale.

- a) “*Principio della democrazia*”, Preambolo, par. 2⁷⁰,
- b) “*Principio dello Stato di diritto*”, Preambolo, par. 2⁷¹,

⁶⁹Il procedimento: “*formulazione dell’ipotesi- riscontro empirico*” è in definitiva il ciclo conoscitivo insito nello stesso metodo scientifico riconoscibile nel moderno approccio fondato da Galileo Galilei. Come dimenticare il motto che il grande scienziato coniò: “*sensate esperienze...necessarie dimostrazioni*”?

⁷⁰Confortato dalla consacrazione dell’art 2 TUE e della rubrica del Titolo II del TUE, e confermato (*ex multis*) dalla Corte giustizia CE, 29 giugno 2010, n. 28, nel procedimento C-28/08 P. Più diffusamente la giurisprudenza della Corte anche recentemente si è spinta, nella sentenza 9 marzo 2010, n. 518, nella causa C-518/07 a statuirne la natura di “principio” e il ruolo di parametro di legittimità comunitaria, che nella Carta è scolpito dall’art. 52 co. 5 allorché dispone che “le disposizioni della presente Carta che contengono dei principi possono essere attuate da atti legislativi e esecutivi adottati da istituzioni, organi e organismi dell’Unione e da atti di Stati membri allorché essi danno attuazione al diritto dell’Unione, nell’esercizio delle loro rispettive competenze. Esse possono essere invocate dinanzi a un giudice solo ai fini dell’interpretazione e del controllo di legalità di detti atti”. La Corte così si esprime: “[...]il principio di democrazia, in particolare, [...] , sancito non solo dalla costituzione tedesca, ma anche dall’art. 6, n. 1, UE, [...] a tale riguardo va ricordato che [...] appartiene all’ordinamento giuridico comunitario ed è stato sancito espressamente dall’art. 6, n. 1, UE come uno dei fondamenti dell’Unione europea. In quanto principio comune agli Stati membri, esso deve essere considerato nell’interpretazione di un atto di diritto derivato quale l’art. 28 della direttiva 95/46. 42. (CGCE, sentenza 9 marzo 2010, n. 518, nella causa C-518/07).

⁷¹ Confortato dalla lettera dell’art. 2 TUE e confermato dalle Conclusioni dell’Avvocato Generale Niilo Jääskinen presentate il 2 dicembre 2010 in Causa C-148/09 P; *Regno del Belgio c/ Deutsche Post, DHL International*, il quale ha proposto l’annullamento di un atto della Commissione ritenuto illegittimo, “in quanto la Commissione non ha applicato i criteri di esame amministrativo, [trattandosi non di] addebitare alla Commissione un errore di diritto, bensì di confermarne il ruolo di custode dei Trattati sotto il controllo giurisdizionale della Corte, conformemente al principio dello Stato di diritto enunciato all’art. 2 del Trattato sull’Unione europea”. Od ancora, “L’Unione europea è un’Unione di diritto; né le sue istituzioni né i suoi Stati membri sono sottratti al controllo della conformità dei loro atti alla «carta costituzionale fondamentale» dell’Unione, quale risultante dai Trattati. [...] Il presupposto per la legittimità di tutti gli atti dell’Unione è il rispetto dei diritti fondamentali e dei diritti umani. Infatti, l’Unione si fonda sui principi di libertà, di rispetto dei diritti umani e delle libertà fondamentali nonché dello Stato di diritto (art. 6, n. 1, TUE).

- c) “Principio di sussidiarietà”, Preambolo, par 5, art. 51⁷²,
- d) “Principio di lealtà”, art. 8 co. 2⁷³,
- e) “Principio della parità tra donne e uomini”, di cui all’art. 23⁷⁴ e confermato come tale nelle Spiegazioni⁷⁵,

⁷² Cfr. la conferma nella proclamazione di cui all’art. 5 TUE che definisce che in base il principio in parola “nei settori che non sono di sua competenza esclusiva l’Unione interviene soltanto se e in quanto gli obiettivi dell’azione prevista non possono essere conseguiti in misura sufficiente dagli Stati membri, né a livello centrale né a livello regionale e locale, ma possono, a motivo della portata o degli effetti dell’azione in questione, essere conseguiti meglio a livello di Unione.

Le istituzioni dell’Unione applicano il principio di sussidiarietà conformemente al protocollo sull’applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità. I parlamenti nazionali vigilano sul rispetto del principio di sussidiarietà secondo la procedura prevista in detto protocollo”, e correlativamente di un intero protocollo a ciò dedicato, il “Protocollo n° 2 allegato al TUE sull’applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità”, nella Versione consolidata del trattato sull’Unione europea e del trattato sul funzionamento dell’Unione europea e Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea a seguito del Consiglio di Bruxelles del 28 maggio 2010 – doc. n. 6655/2/08 REV 2, che quindi ne prevedono un’attuazione mediante il seguente articolato: “Art. 1 Ciascuna istituzione vigila in modo continuo sul rispetto dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità definiti nell’articolo 5 del trattato sull’Unione europea. [...] Art. 2 Prima di proporre un atto legislativo, la Commissione effettua ampie consultazioni. Tali consultazioni devono tener conto, se del caso, della dimensione regionale e locale delle azioni previste. Nei casi di straordinaria urgenza, la Commissione non procede a dette consultazioni. Essa motiva la decisione nella proposta”. L’esistenza del Principio è suffragata da solida giurisprudenza: Sentenza della Corte (grande sezione) dell’8 giugno 2010, *The Queen, su istanza di Vodafone Ltd e altri contro Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform*, in Causa C-58/08, nella quale si legge: “a tal riguardo si deve ricordare che il principio di sussidiarietà è enunciato all’art. 5, secondo comma, CE, e concretizzato dal protocollo sull’applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità, allegato al Trattato, a termini del quale la Comunità interviene soltanto se e nei limiti in cui gli obiettivi dell’azione prevista non possono essere sufficientemente realizzati dagli Stati membri, potendo essere dunque meglio realizzati, in considerazione delle dimensioni o degli effetti dell’azione prospettata, a livello comunitario. Detto protocollo stabilisce parimenti, al n. 5, gli orientamenti per accertare se tali requisiti siano soddisfatti [...] Per quanto attiene agli atti legislativi, detto protocollo precisa, ai nn. 6 e 7, che la Comunità legifera soltanto per quanto necessario e che le misure comunitarie dovrebbero lasciare il maggior spazio possibile alle decisioni nazionali, purché sia garantito lo scopo della misura e siano soddisfatte le prescrizioni del Trattato”.

⁷³ Cfr. CGCE (grande sezione) Sent. 9 novembre 2010, *Volker und Markus Schecke GbR (C-92/09) e Hartmut Eifert (C-93/09) c/ Land Hessen*, in Cause riunite C-92/09 e C-93/09, che peraltro opera un interessante sillogismo secondo cui „L’art. 8, n. 2, della Carta autorizza quindi, a determinate condizioni, il trattamento dei dati personali. A tale riguardo la suddetta disposizione prevede che i dati personali «devono essere trattati secondo il principio di lealtà, per finalità determinate e in base al consenso della persona interessata o a un altro fondamento legittimo previsto dalla legge». Peraltro, l’art. 52, n. 1, della Carta riconosce che possano essere apportate limitazioni all’esercizio di diritti come quelli sanciti dagli artt. 7 e 8 della medesima, purché tali limitazioni siano previste dalla legge, rispettino il contenuto essenziale di detti diritti e libertà e, nel rispetto del principio di proporzionalità, siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall’Unione o all’esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui. Infine, dall’art. 52, n. 3, della Carta emerge che, laddove essa contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla CEDU, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta Convenzione. L’art. 53 della Carta aggiunge a tale proposito che nessuna disposizione di quest’ultima deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti riconosciuti, fra l’altro, dalla CEDU. Conseguentemente si deve ritenere, da un lato, che il rispetto del diritto alla vita privata con riguardo al trattamento dei dati personali, riconosciuto dagli artt. 7 e 8 della Carta, sia riferito ad ogni informazione relativa ad una persona fisica identificata o identificabile [...] e, dall’altro, che le limitazioni che possono essere legittimamente apportate al diritto alla protezione dei dati personali corrispondano a quelle tollerate nell’ambito dell’art. 8 della CEDU”.

⁷⁴ Le conclusioni dell’Avvocato Generale Juliane Kokott presentate il 30 settembre 2010, in Causa C-236/09, *Association Belge des Consommateurs Test-Achats ASBL e altri* esprimono bene la posizione secondo cui “Il principio generale di parità di trattamento e di non discriminazione trova la propria enunciazione all’art. 20 della Carta dei diritti fondamentali, il quale proclama l’uguaglianza

- f) “Principio dello sviluppo sostenibile”, art 37⁷⁶,
g) “Principio di legalità”, rubrica dell’art 49⁷⁷,

di tutte le persone dinanzi alla legge. Nel presente caso viene però in questione il principio di parità di trattamento e di non discriminazione tra uomini e donne, che già in precedenza era stato riconosciuto dalla Corte quale principio fondante del diritto dell’Unione (23) e che ora trova specifico riconoscimento quale diritto fondamentale negli artt. 21, n. 1, e 23, primo comma, della Carta dei diritti fondamentali”. [Egli soggiunge:] “Dal momento che, ai fini del presente procedimento, non sussiste alcuna differenza sostanziale tra le nozioni di «principio di parità di trattamento», di «principio di non discriminazione» e di «divieto di discriminazioni», le utilizzerò quali sinonimi. [...] La Corte sottolinea in una costante giurisprudenza l’importanza fondamentale del principio della parità di trattamento tra uomini e donne (25). Tale importanza viene evidenziata anche in punti importanti dei Trattati: ad esempio, al momento dell’emanazione della direttiva 2004/113, negli artt. 2 CE e 3, n. 2, CE, ed ora negli artt. 2 TUE e 3, n. 3, secondo comma, TUE, nonché negli artt. 8 TFUE e 10 TFUE. Si legge inoltre, nelle Conclusioni dell’Avvocato Generale Niilo Jääskinen, presentate il 15 luglio 2010, in Causa C-147/08, *Jürgen Römer c/ Freie und Hansestadt Hamburg* si legge: “Il divieto di «qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare (...), sull’orientamento sessuale» è stato quindi inserito nell’art. 21, n. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell’UE, il cui scopo era non di creare nuovi diritti, ma di confermare i diritti fondamentali riconosciuti dal diritto dell’Unione”.

⁷⁵ Spiegazioni (in G.U.U.E. n° 303 del 14.12.2007, pag 25).

⁷⁶ Il concetto in parola è assurto alla qualificazione di “principio” nella Carta anche per espressa conferma reperibile nelle “Spiegazioni” (G.U.U.E. n° C 303 del 14.12.2007, pag. 35), e costituisce tradizionalmente un “obiettivo” delle politiche dell’ambiente dell’Unione (testualmente, art. 11 TFUE), inaugurate sin dal 1986, con l’Atto unico europeo. “Anche nel diritto comunitario trova sempre maggiore affermazione il concetto di “sviluppo sostenibile”. Le risorse ambientali, cioè devono essere utilizzate in modo da non compromettere per il futuro il loro rinnovo e, ove si tratti di risorse non rinnovabili, bisogna porre in essere tutti gli accorgimenti necessari per evitare il loro esaurimento” (così A. M. CALAMIA, V. VIGIAK, *Manuale breve di diritto comunitario*, Milano 2008, p. 192). A questo proposito, per un’efficace *excursus* concettuale e a livello di fonti, cfr. Le Conclusioni dell’Avvocato Generale Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, presentate il 26 maggio 2005 in Causa C-176/03, *Commissione delle Comunità europee c/ Consiglio dell’Unione europea* ove si legge: “Le nozioni di «sviluppo sostenibile» e «qualità della vita» utilizzate nel Trattato CE sono intimamente legate all’«ambiente» e fanno riferimento a una dimensione soggettiva da cui non si può prescindere nel dibattito relativo alla tutela e al miglioramento dell’ambiente. Nel contesto geofisico rappresentato dall’ambiente naturale, la qualità della vita viene garantita in quanto diritto dei cittadini che trae origine da diversi fattori, alcuni materiali (l’uso razionale delle risorse e lo sviluppo sostenibile) e altri più intellettuali (il progresso e lo sviluppo culturale). Si tratta di garantire una vita dignitosa sotto il profilo qualitativo, una volta superato il limite quantitativo sufficiente per sopravvivere. [...] La dimensione soggettiva di questa preoccupazione per l’ambiente è implicitamente accolta nell’Unione europea, la cui Carta dei diritti fondamentali, del 7 dicembre 2000, dopo aver enunciato nel preambolo che l’Unione si fonda sui valori indivisibili e universali di dignità umana, di libertà, di uguaglianza e di solidarietà, prevede, nel capo dedicato a quest’ultima, oltre ai diritti sociali, una norma secondo cui le politiche dell’Unione integrano e garantiscono, conformemente al principio dello sviluppo sostenibile, un livello elevato di tutela dell’ambiente e il miglioramento della sua qualità (art. 37). Tale disposizione, come ho già rilevato, fa parte del Trattato che adotta una Costituzione per l’Europa (art. II-97). Spesso associato al principio “chi inquina paga”, il concetto di sviluppo sostenibile assurge a principio, con relativo travolgimento degli atti comunitari e nazionali che ne siano contrastanti.

⁷⁷ Questo principio, di indole costituzionale già a livello nazionale (cfr. art. 25 co. 2 Cost.), comune al diritto penale come al diritto amministrativo è principio garantista per l’individuo “attinente alle modalità, ai mezzi e ai procedimenti di produzione, formulazione e applicazione delle norme imperative o punitive, mirante a garantire la libertà e la dignità dell’individuo di fronte ai rischi di sopraffazione e strumentalizzazione insiti nel meccanismo e nel potere punitivo” (F. PALAZZO, *Introduzione ai principi del diritto penale*, Torino, 1999) di cui corollari sono il principio di *riserva di legge*, in forza del quale il monopolio della criminalizzazione o della formazione imperativa amministrativa spetta al potere legislativo statale, con esclusione dal novero delle fonti penali o attributive di un potere amministrativo, di quelle non scritte o scritte ma diverse dalla legge; il principio di *irretroattività della legge penale*, secondo cui la stessa ha valore solo per l’avvenire e non può applicarsi a fatti anteriori alla sua entrata in vigore; quello infine di *tassatività*, in base al quale la

- h) “*Principio di proporzionalità dei reati e delle pene*”, rubrica dell’art. 49⁷⁸ e confermato nella sua natura di principio anche dalla Spiegazioni⁷⁹,
- i) “*Principio di proporzionalità*”, art. 52⁸⁰.

Per i concetti appena menzionati, enucleati nel loro contenuto, definiti e formulati letteralmente come “principi” nella lettera della Carta, anche la dottrina e giurisprudenza come si è visto si sono espresse nel senso di confermarvi la natura di “principi” del diritto. Può quindi dedursi che queste istanze, -peraltro ricognitive di nozioni, criteri, obiettivi già assurti nella storia istituzionale e pretoria “principi” idonei a dettare le linee-guida della legislazione comunitaria, e a travolgere atti comunitari o nazionali che con questi fossero in contrasto-, debbano effettivamente riconoscersi come tali.

III. 4.1.2 *Altre istanze espresse, non esplicitate dalla Carta come “principi” ma definibili tali da classificazioni implicite di altri fonti o organi.*

Anche per le istanze o caratteristiche qui di seguito elencate, secondo l’approccio letterale che sinora abbiamo seguito, potremo parlare con una certa pace intellettuale di “principi” introdotti e sanciti dalla Carta. Si tratta di principi espressi perché enucleati nella loro sostanza e nel loro contenuto, ma impliciti nella loro natura, perché inducibili come “principi” solo da un’interpretazione sistematica riferita a disposizioni che li qualificano tali in luoghi diversi dalla Carta: nei Trattati, nelle “Spiegazioni” (da tenere di conto per l’interpretazione della Carta ai sensi dell’art 52 co.7), e nelle altre fonti di diritto primario.

- j) “*Principi dell’integrità fisica e psichica della persona*” e “*principi relativi alla biomedicina*” espressi all’art. 3 della Carta⁸¹;

proposizione normativa generale ed astratta in materia penale deve rispondere a requisiti di accessibilità, chiarezza, comprensività e precisione. Ulteriore corollario e conseguenza del principio di tassatività della fattispecie è il principio, in materia interpretativa della legge penale, del divieto di analogia *in malam partem*. (Cfr. R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale*, Roma, 2009, pagg.5 ss e 141 ss.) Il contenuto del principio secondo l’approccio che ne dà il diritto comunitario è enucleato all’interno dell’art 49 stesso. Per una conferma giurisprudenziale, cfr. le Conclusioni dell’Avv. Generale che argomenta il suo parere, illustrando, in un passo, il principio di irretroattività della legge penale, chiarendo che “*questa regola discende dal principio di legalità dei delitti e delle pene sancito all’art. 49, n. 1, della Carta e dall’art. 7, n. 1, della CEDU.*” [Riferendosi, in particolare, come contenuto della nozione, direttamente al] *L’art. 49, n. 1, della Carta [che] precisa quanto segue: «Nessuno può essere condannato per un’azione o un’omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o il diritto internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso. Se, successivamente alla commissione del reato, la legge prevede l’applicazione di una pena più lieve, occorre applicare quest’ultima”.*

⁷⁸ Cfr. nota precedente.

⁷⁹ Cfr. *Spiegazioni*, all’art. 49 pagg. 30-31.

⁸⁰ La natura del principio, come e in quanto “tale”, è chiarita dall’art. 5 TUE che ne enuclea anche il contenuto, prevedendo che “*In virtù del principio di proporzionalità, il contenuto e la forma dell’azione dell’Unione si limitano a quanto necessario per il conseguimento degli obiettivi dei trattati. Le istituzioni dell’Unione applicano il principio di proporzionalità conformemente al protocollo sull’applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità.*” Per il testo del protocollo, *supra*, nota 60.

⁸¹ Si tratta di principi poiché questa natura emerge nelle Spiegazioni (contenute nella G.U.U.E. n° 303 del 14.12.2007, pag. 18) laddove appunto si chiarisce che: “*I principi enunciati nell’articolo 3 della*

- k) “Principio di attribuzione dei poteri degli Organi e Istituzioni dell’Unione”, inducibile dal Preambolo par. 5 e artt. 51 e 52, in connessione sistematica coll’ art. 5 TUE, che lo definisce “principio”⁸²,
- l) “Principio della libertà”, definito “valore” nel Preambolo, par. 2, costituisce la rubrica del titolo II della Carta, ma definito “principio” nel Preambolo TUE, par. 4⁸³,
- m) “Principio di uguaglianza dei cittadini”, definito “valore” nel Preambolo, par. 2 della Carta, e costituisce la rubrica del titolo II (artt. 20-26), definito “principio” nelle Spiegazioni⁸⁴, nel Preambolo TUE, art. 9⁸⁵ e qualificato

Carta figurano già nella convenzione sui diritti dell'uomo e la biomedicina adottata nell'ambito del Consiglio d'Europa (serie dei trattati europei n. 164 e protocollo addizionale n. 168). La Carta non intende derogare a tali disposizioni e proibisce solo la clonazione riproduttiva. Essa non autorizza né proibisce le altre forme di clonazione e non impedisce quindi in alcun modo al legislatore di vietarle. 3. Il riferimento alle pratiche eugeniche, segnatamente quelle che hanno come scopo la selezione delle persone, riguarda le ipotesi in cui siano organizzati e attuati programmi di selezione che comportino, per esempio, campagne di sterilizzazione, gravidanze forzate, matrimoni etnici obbligatori, ecc., atti considerati tutti crimini internazionali dallo statuto della Corte penale internazionale adottato a Roma il 17 luglio 1998 (cfr. articolo 7, paragrafo 1, lettera g))”.

⁸² Nelle sue Conclusioni presentate il 30 settembre 2010 in Causa C-34/09, Gerardo Ruiz Zambrano c/ Office national de l'emploi (ONEM), l'Avvocato Generale Eleanor Sharpston professa: “Ai fini del problema relativo ai diritti fondamentali sono rilevanti lo specifico settore di diritto interessato e la portata della competenza dell'Unione in tale settore di diritto? Questa sembra una domanda importante da porre. Il desiderio di promuovere un'adeguata tutela dei diritti fondamentali non deve portare ad un'usurpazione di competenza. Fino a quando i poteri dell'Unione europea resteranno basati sul principio di attribuzione, i diritti fondamentali dell'Unione debbono rispettare i limiti di tale attribuzione (V., tra l'altro, sentenze 5 ottobre 2000, causa C-376/98, Germania/Parlamento e Consiglio (Racc. pag. I-8419, punto 83); 3 settembre 2008, cause riunite C-402/05 P e C-415/05 P, Kadi e Al Barakaat International Foundation/Consiglio e Commissione (Racc. pag. I-6351, punto 203); 30 aprile 2009, cause riunite C-393/07 e C-9/08, Italia/Parlamento (Racc. pag. I-3679, punto 67); e 1° ottobre 2009, causa C-370/07, Commissione/Consiglio (Racc. pag. I-8917, punto 46))”.

⁸³ Declinato ed evocato in modo innumerevole nei suoi molteplici profili, di cui quattro riconducibili alle note “quattro libertà” economiche su cui si è edificato il complesso delle politiche comunitarie (libertà di circolazione di merci persone, servizi e capitali) e dei loro necessari postulati o corollari: libertà di iniziativa economica, libertà di stabilimento.

⁸⁴ Che ne precisano le ascendenze: “Questo articolo corrisponde al principio generale di diritto che figura in tutte le costituzioni europee ed è stato sancito dalla Corte come uno dei principi fondamentali del diritto comunitario (sentenza del 13 novembre 1984, Racke, causa 283/83, Racc. 1984, pag. 3791, sentenza del 17 aprile 1997, causa C-15/95, EARL, Racc. 1997, pag. I-1961 e sentenza del 13 aprile 2000, causa C-292/97, Karlsson, Racc. 2000, pag. 2737)” (Spiegazioni, pag. 24).

⁸⁵ La giurisprudenza, molto attenta al principio in parola, ne ritrova peraltro un diverso e più ampio fondamento sistematico e normativo. Cfr. Le Conclusioni dell'Avvocato Generale Pedro Cruz Villalón, presentate il 14 settembre 2010, nelle Cause riunite C-47/08, C-50/08, C-51/08, C-53/08, C-54/08, C-61/08 che così si esprime: “è appena il caso di rilevare che la discriminazione diretta in base alla cittadinanza non è una misura qualsiasi, il cui effetto si riduce al mero ostacolo della libera circolazione. Al contrario, tale forma di discriminazione assume una dimensione molto particolare per il diritto dell'Unione, costituendo, innanzi tutto, la più cruda manifestazione del protezionismo nazionale. In un'Unione che proclama la creazione di un mercato senza frontiere interne, l'esistenza di discriminazioni dirette basate sulla cittadinanza costituisce la negazione dell'idea stessa dell'integrazione. Il carattere eccezionale appare ancor più evidente se rammentiamo che l'Unione ha incorporato i diritti fondamentali, compreso, in particolare, il principio di uguaglianza, a tenore degli artt. 20 e 21 della Carta dei diritti fondamentali. Così, un'Unione di diritto che garantisce il rispetto dei diritti fondamentali non può fare a meno di porsi degli interrogativi dinanzi ad una soluzione interpretativa che sfoci in una forma di discriminazione che è già grave di per sé, ma che, oltretutto, è contraria ai principi più elementari del mercato interno. Tale concetto è espresso dall'art. 12 CE, quando dichiara che «è vietata ogni discriminazione in base alla nazionalità», e

come tale, in riferimento alle sue declinazioni nei complementari principi di “dignità di vita degli anziani” (art. 25) e dell’ “inserimento sociale delle persone con disabilità” (art. 26) espressamente definiti principi dalle “Spiegazioni”⁸⁶;

- n) “Principio della gratuità dell’istruzione obbligatoria”, desumibile dall’art. 14 della Carta, definito come tale dalle “Spiegazioni”⁸⁷,
- o) “Principio di solidarietà” definito “valore” nel Preambolo, par. 2 della Carta, costituisce la stessa rubrica del titolo IV della Carta, ma definito “principio” nel Preambolo TUE, art. 21⁸⁸;
- p) “Principio del rispetto degli anziani”, enucleato nell’art 25 della Carta e definito “principio” nelle Spiegazioni⁸⁹
- q) “Principio dell’inserimento delle persone con disabilità nella vita della comunità”, enucleato nell’art 26 della Carta e definito “principio” a tenore delle stesse Spiegazioni⁹⁰;
- r) “Principio della protezione della salute”, desumibile dall’art 35 della Carta e definito come tale dalle Spiegazioni⁹¹;

confermato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia che, ripetutamente, ha escluso il ricorso a misure di tal genere da parte degli Stati membri. Di conseguenza possiamo affermare che, tra tutte le cause di discriminazione vietate dal diritto dell’Unione, quella che si basa sulla cittadinanza risulta particolarmente grave” Come ricorda l’Avvocato generale, “Tale gravità è comprovata da un’abbondante giurisprudenza della Corte di giustizia che ha ripetutamente vanificato i tentativi degli Stati membri di giustificare l’adozione di norme che operavano una discriminazione in base alla nazionalità.(V., tra molte altre, sentenze 20 ottobre 1993, cause riunite C -92/92 e C -326/92, *Phil Collins e a.* (Racc. pag. I-5145, punto 33); 2 ottobre 1997, causa C -122/96, *Saldanha e MTS* (Racc. pag. I-5325, punti 26 e 29); 16 gennaio 2003, causa C -388/01, *Commissione/Italia* (Racc. pag. I-721, punti 19 e 20); 5 giugno 2008, causa C -164/07, *Wood* (Racc. pag. I-4143, punto 13), e 16 dicembre 2008, causa C -524/06, *Huber* (non ancora pubblicata nella Raccolta, punti 78 e 79)”.

⁸⁶ Spiegazioni alla Carta dei diritti fondamentali, in G.U.U.E. n° 303 del 14.12.2007, p.35.

⁸⁷ “Il principio della gratuità dell’istruzione obbligatoria. In base alla sua formulazione, quest’ultimo principio implica soltanto che per l’istruzione obbligatoria ogni bambino abbia la possibilità di accedere a un istituto che pratica la gratuità. Esso non impone che tutti gli istituti che dispensano tale istruzione, o una formazione professionale e continua, in particolare quelli privati, siano gratuiti. Non vieta nemmeno che alcune forme specifiche di istruzione possano essere a pagamento, a condizione che lo Stato prenda misure destinate a concedere una compensazione finanziaria. Poiché la Carta si applica all’Unione, ciò significa che, nel quadro delle sue politiche in materia di formazione, l’Unione deve rispettare la gratuità dell’istruzione obbligatoria, ma ciò non crea beninteso nuove competenze. Per quanto attiene al diritto dei genitori, lo si deve interpretare in relazione alle disposizioni dell’articolo 24” (G.U.U.E., n° 303 del 14.12.2007).

⁸⁸ Inducibile, nella nostra tradizione giuridica e costituzionale italiana, dall’art. 2 Cost, allorchè come corollario e nel solco dell’ispirazione costituzionale personalista dispone che “La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell’uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l’adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica, sociale” ha rappresentato lo snodo attraverso il quale si è sviluppato gran parte del diritto sociale e del lavoro, e anche il diritto civile dei contratti che ha avuto una torsione in funzione personalista nel senso del riequilibrio degli assetti contrattuali, patrimoniali nei rapporti tradizionalmente minati da squilibrio tra contraenti e più soggetti all’esercizio di mala fede. Di recente perfino la dottrina dell’abuso di diritto, si è ispirata ai canoni discendenti da un’applicazione del principio di solidarietà tra consociati. Per una conferma dell’esistenza del principio nel diritto comunitario, in ambito sociale, assicurativo, previdenziale e della concorrenza, cfr. la nota sentenza CGCE 21 settembre 1999, causa C-67/96, *Albany*; cause riunite C-159/91 e C-160/91, *Poucet e Pistre*; e le Conclusioni dell’avvocato generale Stix-Hackl del 14 novembre 2002 in Causa C-355/00, *Freskot AE c/ Elliniko Dimosio*.

⁸⁹ G.U.U.E., n° 303 del 14.12.2007, pag. 35.

⁹⁰ *Ivi*.

- s) “*Principio del rispetto da parte dell’Unione dell’accesso ai servizi d’interesse economico generale*”, sancito dall’art. 36 e definito come tale dalle Spiegazioni⁹²;
- t) “*Principi della tutela dell’ambiente*”, di portata più generale rispetto al più circoscritto “*principio dello sviluppo sostenibile*” (ricavabile quest’ultimo esplicitamente definito come tale, cfr. paragrafo precedente), rinvenibili sempre all’art 37 della Carta e definiti come tali dalle Spiegazioni⁹³;
- u) “*Principio della protezione dei consumatori*”, di cui all’art. 38 della Carta, definito come tale dalle Spiegazioni, che ne chiariscono il fondamento da rintracciare nell’art. 169 TFUE⁹⁴;
- v) Cc.dd. “*principi di base del sistema elettorale in uno Stato democratico*”, rinvenibili dall’enunciato degli artt. 39 e 40, definiti letteralmente come tali dalle Spiegazioni⁹⁵;
- w) “*Principio della Buona amministrazione*”, di cui all’art. 41 della Carta, assunto a principio per opera pretoria della Corte di Giustizia, “che ha consacrato segnatamente la buona amministrazione come *principio generale di diritto*”⁹⁶ secondo quanto espresso nelle Spiegazioni⁹⁷;
- x) “*Principio del ricorso giurisdizionale effettivo e dell’imparzialità del giudice*”, di cui all’art. 47, definito come tale dalle Spiegazioni della Carta⁹⁸;

⁹¹ Secondo cui: “*I principi enunciati in questo articolo si basano sull’articolo 152 del trattato CE, ora sostituito dall’articolo 168 del trattato sul funzionamento dell’Unione europea, nonché sugli articoli 11 e 13 della Carta sociale europea. La seconda frase dell’articolo riproduce l’articolo 168, paragrafo*” (Spiegazioni, p.27, all’art. 35).

⁹² Spiegazioni, all’art. 36, pag. 27.

⁹³ Secondo cui infatti “*I principi contenuti in questo articolo sono stati basati sugli articoli 2, 6 e 174 del trattato CE, che sono stati ora sostituiti dall’articolo 3, paragrafo 3 del trattato sull’Unione europea e dagli articoli 11 e 191 del trattato sul funzionamento dell’Unione europea. Esso si ispira inoltre alle disposizioni di alcune costituzioni nazionali*” (Spiegazioni, all’art. 37 pag. 27).

⁹⁴ Il quale prevede, al co. 1 con un linguaggio programmatico che: “Al fine di promuovere gli interessi dei consumatori ed assicurare un livello elevato di protezione dei consumatori, l’Unione contribuisce a tutelare la salute, la sicurezza e gli interessi economici dei consumatori nonché a promuovere il loro diritto all’informazione, all’educazione e all’organizzazione per la salvaguardia dei propri interessi”. La natura programmatica dell’enunciato è confermata dal successivo comma 2, il quale nel disporre misure concrete, precisa che le stesse sono previste affinché “L’Unione contribuisca al conseguimento degli obiettivi di cui al paragrafo 1”.

⁹⁵ Spiegazioni, agli artt. 39 e 40, pag. 28.

⁹⁶ Sulla natura parzialmente differente dei principi ex art. 52 co 5 della Carta e i principi generali di diritto vedi *infra*.

⁹⁷ Che fondano tale previsione nell’elaborazione di cui alla seguente giurisprudenza: “tra l’altro, la sentenza della Corte del 31 marzo 1992, causa C-255/90 P, *Burban*, Racc. 1992, pag. I-2253, e le sentenze del Tribunale di primo grado del 18 settembre 1995, causa T-167/94, *Nölle*, Racc.1995, pag. II-2589; del 9 luglio 1999, causa T-231/97, *New Europe Consulting e altri*, Racc. 1999, pag. II-2403). Le espressioni di questo diritto enunciate nei primi due paragrafi derivano dalla giurisprudenza (cfr. le sentenze della Corte del 15 ottobre 1987, causa 222/86, *Heylens*, Racc. 1987, pag. 4097, punto 15; del 18 ottobre 1989, causa 374/87, *Orkem*, Racc. 1989, pag. 3283; del 21 novembre 1991, causa C-269/90, *TU München*, Racc. 1991, pag. I-5469, e le sentenze del Tribunale di primo grado del 6 dicembre 1994, causa T-450/93, *Lisrestal*, Racc. 1994, pag. II-1177; del 18 settembre 1995, causa T-167/94, *Nölle*, Racc. 1995, pag. II-2589) e, per quanto attiene all’obbligo di motivare, dall’articolo 296 del trattato sul funzionamento dell’Unione europea (cfr. anche la base giuridica all’articolo 298 del trattato sul funzionamento dell’Unione europea per l’adozione di norme volte a garantire un’amministrazione europea aperta, efficace ed indipendente). (Spiegazioni, all’art. 41, pag. 28).

⁹⁸ Le quali ne precisano la sua natura generalissima di principio generale di diritto. “*Il primo comma si basa sull’articolo 13 della CEDU: «Ogni persona i cui diritti e le cui libertà riconosciuti nella*

y) “*Principio del ‘ne bis in idem’*”, desunto dall’art. 50 della Carta e confermato nella sua natura di “principio”, dalle Spiegazioni⁹⁹.

Infine, pur non essendo presente nella Carta, il “*Principio della precauzione*”, di cui all’attuale art. 191 co. 2 TFUE (ex art. 174 co. 2 TCE), assurge (come abbiamo visto *supra*, cap. II), -in virtù del riferimento che vi fa il *Praesidium* nelle spiegazioni redatte dal Gruppo di lavoro II-, ad archetipo dei “principi” a cui la Carta deve guardare e a paradigma indicativo del regime a cui gli stessi principi devono soggiacere (l’osservanza, la promozione e l’attuazione, e l’uso ai fini interpretativi) a differenza dal canone regolante i diritti (il “rispetto”)¹⁰⁰.

5. *La sistematizzazione di SAGMEISTER e il tentativo di classificare, nella Carta, i “principi” (Grundsatznormen) i “diritti” (Grundrechte) e le “libertà” (Grundfreiheiten). Definizione dei “principi” e definizione dei “diritti”.*

Dall’escursione svolta, compiuta tra le pieghe della trama lessicale e sistematica della Carta e delle fonti collaterali e di diritto primario, emerge una straordinaria eterogeneità di istanze, caratteristiche sociali, obiettivi programmatici definibili -già secondo un mero approccio letterale-, come (fonti-)“principi”, e in quanto tali implicanti “osservanza” e più in generale il regime di cui all’art. 51 co. 1.

Taluni sono di indole schiettamente antropologica (*Principio di solidarietà, Principio della parità tra donne e uomini*), ecologica in senso lato (*Principio dello sviluppo sostenibile*), altri di matrice tipicamente filosofico-valoriale (*Principio della libertà, principio dell’uguaglianza*), di ascendenza radicata in un pensiero evidentemente etico (*Principio di lealtà*, a sua volta declinato in senso giuridico-amministrativo), ora di natura strutturale e di organizzazione politico-amministrativa (*Principio di attribuzione dei poteri degli Organi e Istituzioni dell’Unione, Principio di sussidiarietà*), ora tipicamente politologici o giuridici (*Principio della democrazia, Principio dello Stato di diritto, Principio di legalità, Principio di proporzionalità dei reati e delle pene*).

presente Convenzione siano stati violati, ha diritto ad un ricorso effettivo davanti ad un’istanza nazionale, anche quando la violazione sia stata commessa da persone che agiscono nell’esercizio delle loro funzioni ufficiali.». Tuttavia, nel diritto dell’Unione, la tutela è più estesa in quanto essa garantisce il diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudiceLa Corte di giustizia ha sancito questo diritto, nella sentenza del 15 maggio 1986, quale principio generale del diritto dell’Unione (causa 222/84, Johnston, Racc. 1986, pag. 1651; cfr. inoltre le sentenze del 15 ottobre 1987, causa 222/ 86, Heylens, Racc. 1987, pag. 4097 e del 3 dicembre 1992, causa C-97/91, Borelli, Racc. 1992, pag. I-6313). ”. Infatti “Secondo la Corte, tale principio generale del diritto dell’Unione si applica anche agli Stati membri quando essi applicano il diritto dell’Unione.(Spiegazioni, all’art 47, pag 28.)

⁹⁹ Spiegazioni, all’art 50, pag 31.

¹⁰⁰ Come emerge dai documenti del *Praesidium*, e in special modo da quelli redatte dal Gruppo II in seno ad esso, nel doc. CONV 354/02, nelle quali, nell’identificare il doppio regime dell’un tipo di fonte e dell’altra, si legge, tra l’altro, che “Ciò è coerente [...] con la giurisprudenza della Corte di giustizia” e all’uopo si fa testualmente riferimento, in nota alla “*recente giurisprudenza sul “principio della precauzione” di cui all’articolo 174, paragrafo 2 del TCE: sentenza del TPG dell’11 settembre 2002, T-13/99, Pfizer c/ Consiglio, con numerosi riferimenti alla giurisprudenza precedente, e una serie di sentenze sull’articolo 33 (ex articolo 39) concernente i principi del diritto agricolo, ad es. sentenza della Corte di giustizia C-265/85, Van den Berg, Racc. 1987, pag. 1155: esame del principio di stabilizzazione del mercato e di fondate aspettative; per ulteriori riferimenti, cfr. Commentaire Mégret, tomo 3, pag. 80 e segg.*”.

Nel ciclopico tentativo di riordinare le due fonti che ci siamo posto, gli oggetti ora elencati possono essere considerati tutti con un certo rigore “principi”, ed in quanto tali assoggettati al regime di “osservanza”, di “promozione”, e di “attuazione” da parte delle Istituzioni ed Organi dell’Unione, così come dagli Stati membri previsto dall’art. 51 co.1.

Ma dinanzi ad una tale congerie di matrici ontologiche di “principi” così diverse quale quella appena illustrata, che all’occorrenza, in fase applicativa, divengono tutte ispiratrici di fonti potenzialmente vincolanti dal punto di vista interpretativo e attuativo (art. 52 co. 5), si impone con più urgenza e gravità un ordine dal punto di vista: a) delle tipologie (matrici) di principi che possono rinvenirsi nella Carta; b) dei criteri e tratti distintivi che isolino la disposizione espressiva di “principi” da quella introduttiva di “diritti”, e quindi in definitiva un *discrimen* tra i due regimi interpretativi applicabili.

In tale intento è di straordinario supporto la dottrina di un giovane studioso (H. M. SAGMEISTER¹⁰¹) il quale, forte della severa dogmatica tedesca ha operato una lucida analisi delle tipologie di fonti presenti nella Carta.

SAGMEISTER, nel suo articolato lavoro di ricognizione dogmatica, concettuale e giurisprudenziale tenta di isolare, nella Carta, le norme di principio, (*Grundsatznormen*) dai “diritti fondamentali” (*Grundrechte*) e dalle “libertà” (*Grundfreiheiten*) per giungere a identificare le caratteristiche delle une fonti e delle altre, e correlativamente individuarne i tratti discretivi.

I rigorosi risultati a cui tale ricerca approda meritano dunque che siano inclusi diffusamente nella nostra trattazione, per arrivare a formulare le coordinate categoriali che ci siamo prefissi¹⁰².

III.5.1 Tentativi di isolamento dei concetti: Definizione di “diritti fondamentali”, “diritti sociali”, “principi generali di diritto” e distinzione dalle fonti analoghe nel sistema della Carta.

Il primo dato caratterizzante del dualismo normativo accennato risiede nel fatto che diritti e principi previsti dalla Carta siano accomunati dallo stesso ambito di applicazione, che, cioè, ambedue i tipi di fonte siano applicabili, secondo l’art. 51 co.1 “*alle istituzioni, organi e organismi dell’Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà, come pure agli Stati membri esclusivamente nell’attuazione del diritto dell’Unione*”. Tale tratto comune non è di poco momento, poiché è proprio in considerazione della sovrapposizione delle due sfere di operatività dei due gruppi di situazioni normative che si verifica la confusione nella distinzione degli uni dagli altri, ed è proprio questa sovrapposizione che istituisce la coppia concettuale bisognosa di urgente iato dogmatico.

Una definizione di “diritto fondamentale” (in senso soggettivo) in ambito comunitario non è offerta né nella Carta, né nel sistema dei Trattati. Neppure la Corte di Giustizia, allo stato della sua giurisprudenza, ne può fare affidamento poiché “non

¹⁰¹ Ci riferiremo, d’ora in avanti alla recente opera di H. M. SAGMEISTER: *Die Grundsatznormen in der Europäischen Grundrechtcharta*, Berlino, 2010.

¹⁰² Si darà dunque conto, nei paragrafi che seguono, della tesi dell’Autore, di cui alle pagg. 49 ss.

ha elaborato un criterio definitorio univoco mediante il quale poter ordinare la categoria dei diritti fondamentali nelle disposizioni di diritto primario che apprestano la tutela dei singoli”¹⁰³ (cfr. Cap. II). Basti pensare, a solo titolo esemplificativo, che, con riferimento alla situazione soggettiva di *pretesa alla partecipazione a un procedimento amministrativo da parte di un privato interessato*, disciplinata dall’art. 41 co. 2 della Carta, per lungo tempo la Corte stentò a definirlo “diritto fondamentale”, piuttosto qualificandolo come “principio di diritto appartenente al novero dei principi tipici di uno Stato di diritto”¹⁰⁴, e solo negli ultimi anni la giurisprudenza ha inteso questa posizione giuridica soggettiva come “diritto fondamentale”¹⁰⁵.

Ma se da un lato i formanti¹⁰⁶ normativo e giurisprudenziale non sembrano appagare la nostra ricerca, sul versante dottrinale, la letteratura si è ampiamente profusa in speculazioni volte a precisare e delimitare il concetto¹⁰⁷.

Secondo le ricerche di SAGMEISTER, una definizione onnicomprensiva di diritto fondamentale ricavata dalle chiarificazioni dottrinali dovrebbe comprendere come criterio distintivo quantomeno il necessario requisito della diretta azionabilità

¹⁰³Al proposito SAGMEISTER ricorda che nella celebre sentenza *Stauder* del 1969, (in causa C-29/69) si esprime nel senso di riconoscere un diritto fondamentale della persona...peraltro come principio generale del diritto comunitario, (*Grundrecht der Person*), allorché in altra giurisprudenza (in causa C-259/85, Slg. 1987, 4393 *Commissione c/ Francia*) si parla di principio fondamentale, (*fundamentaler Grundsatz*) o ancora in C-10/78, (*Belbouab*) di diritto fondamentale personale (*persönliches Grundrecht*).

¹⁰⁴Per una sintomatica comparazione con il diritto positivo italiano in senso di confusione terminologica, è noto che in materia amministrativa, tra le figure sintomatiche di eccesso di potere deducibili in sede di ricorso amministrativo avverso un provvedimento pregiudizievole per fondare la richiesta di annullamento dell’atto impugnato (nello specifico: avverso un bando di gara in procedura pubblica) vi è la figura della “violazione del principio del favor participationis del privato interessato”, e non a caso tale situazione di pregiudizio è sintetizzata e stigmatizzata con la formula “violazione del...principio”, indicando quindi l’infrazione di un criterio, piuttosto che la violazione di un preciso “diritto”.

¹⁰⁵Cfr. CGUE, *Sentenza Aalborg Portland* , in causa C-204/00.

¹⁰⁶Usiamo nella corrente trattazione adoperare la categorizzazione didattica e epistemologica sviluppata da R. SACCO, nell’elaborazione della teoria dei formanti come agenti produttori di diritto. (apprezzabile in R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1992). Un “formante” secondo lo studioso comparatista, è propriamente la base giuridica sulla quale si sviluppa l’ordinamento giuridico di una società. Secondo SACCO è possibile individuare tre principali tipi di formanti giuridici: 1) giurisprudenziale, tipico dell’Inghilterra e di tutti i paesi del *common law*; 2) legislativo, negli ordinamenti di *civil law*; e 3) dottrinale. Occorre precisare comunque che, come è stato più volte avvertito in dottrina, a livello comunitario si assiste ad un sempre maggiore ruolo costruttivo di diritto del formante giurisprudenziale, slittando significativamente, in questo tutto, l’ordinamento dell’Unione, in direzione analoga al processo evolutivo del *common law*.

¹⁰⁷SAGMEISTER fa riferimento alle definizioni portate da ECKHARD PACHE, in F. HESELHAUS, M. SEBASTIAN C. NOWAK, (a cura di) *Handbuch der Europäischen Grundrechte*, 2006, München e di PETER QUASDORF, in Quasdorf, Peter: *Dogmatik der Grundrechte der Europäischen Union*, Diss. Dresden, 2001, Frankfurt/Main, secondo cui i diritti fondamentali sono “diritti soggettivi dei singoli immediatamente vigenti e applicabili nei confronti dei tre poteri dello Stato”; quella di PIEROTH,/SCHLINK, in PIEROTH,/SCHLINK, *Grundrechte. Staatsrecht II*, 23. Aufl. 2007, Heidelberg secondo cui i diritti fondamentali sono “diritti soggettivi dei singoli di rango costituzionale obbliganti lo Stato”, di JARASS secondo cui sono “diritti soggettivi e direttamente azionabili afferenti un novero fondamentale del diritto primario”, in H. D. JARASS, *Die Grundrechte: Abwehrrechte und objektive Grundsatznormen. Objektive Grundrechtsgehalte, insbes. Schutzpflichten und privatrechtsgestaltende Wirkung*, a sua volta in P. BADURA, /H. DREIER (a cura di) *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Zweiter Band: Klärung und Fortbildung des Verfassungsrechts*, 2001, Tübingen.

in giudizio dello stesso, mentre una definizione con pretese di esaustività del tipo offerto da QUASDORF¹⁰⁸ (secondo cui la norma istituente un diritto fondamentale “non [possa] solo istituire una pretesa di natura secondaria”) potrebbe entrare in conflitto con la previsione del comma 3 dell’art. 41 della Carta che notoriamente statuisce una regola solo primaria¹⁰⁹, ovvero una modalità consequenziale alla norma di condotta, vale a dire il solo “diritto al risarcimento da parte dell’Unione dei danni cagionati dalle sue istituzioni o dai suoi agenti nell’esercizio delle loro funzioni, conformemente ai principi generali comuni agli ordinamenti degli Stati membri”.

Particolarmente interessante e qualificante, sebbene si tratti di una definizione in negativo¹¹⁰, si rivelerebbe infine la definizione dei *diritti fondamentali comunitari* offerta da RENGELING¹¹¹, per il quale sarebbero da qualificare come diritti fondamentali, “le norme del diritto comunitario primario che non sono né libertà fondamentali (Grundfreiheiten), né principi generali del diritto in quanto caratterizzanti uno Stato di diritto (Grundsätze rechtsstaatlichen Inhalts), né principi di struttura o programmatici dell’Unione Europea (Strukturprinzipien /Zielbestimmungen der Europäischen Union)”.

Accettando tale ultima definizione ed attualizzandola, dunque, SAGMEISTER arriva a proporre la seguente definizione di “diritti fondamentali” in ambito comunitario:

- “[diritti fondamentali sono] quelle norme soggettive del diritto comunitario primario che,
- a) sotto un profilo sostanziale non sono né libertà fondamentali o diritti di contenuto simile alle libertà fondamentali,
 - b) né principi generali del diritto nel senso delle caratteristiche di uno Stato di diritto,
 - c) né principi di struttura o disposizioni programmatiche dell’Unione Europea, che hanno per oggetto generali pretese nei confronti dello Stato, ma prevalentemente non obblighi per i singoli”,
 - d) né ancora principi nel senso dell’art 52 co. 5 della Carta, utilizzabili come interpretativi e come parametro per la legittimità degli atti dell’Unione”;
 - e) sotto il profilo formale e dogmatico necessitano comunque di una definizione astratta, che possibilmente ne certifichi natura e autonomia concettuale rispetto alla confusa eterogeneità delle fonti che li introducono, ed in particolare rispetto al meccanismo che li vedrebbe prodotti in virtù di una presunta funzione nomopoietica dei “principi” ex art 6 TUE”¹¹².

¹⁰⁸ Secondo cui sarebbe da indicare come diritto fondamentale “ogni norma posta, sul grado più alto della gerarchia delle fonti, recante un diritto soggettivo che non solo favorisce il titolare dei pubblici poteri, non solo obbliga i privati e non solo istituisce una pretesa secondaria” (P. QUASDORF, *Dogmatik der Grundrechte der Europäischen Union*, Dresden, Frankfurt/Main, 2001, *passim*).

¹⁰⁹ Ci riferiamo qui, ovviamente, alla definizione di norme primarie e secondarie data da H. KELSEN, nella sua *Teoria del diritto e dello stato*. Norme primarie sono le norme che predispongono la sanzione nell’ipotesi di illecito (se qualcuno ruba, deve essere punito), le norme secondarie stabiliscono invece il comportamento che l’ordinamento giuridico mira a conseguire statuendo la sanzione (non si deve rubare).

¹¹⁰ E in quanto tale, a detta dell’Autore, cozzerebbe propriamente con le regole della logica descrittiva che proibirebbe la definizione in negativo, perché l’oggetto da definire coinciderebbe con l’oggetto definiente.

¹¹¹ H.-W. RENGELING, *Grundrechtsschutz in der Europäischen Gemeinschaft. Bestandsaufnahme und Analyse der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zum Schutz der Grundrechte als allgemeine Rechtsgrundsätze*, 1993, München.

¹¹² H. M. SAGMEISTER, *Op. Cit.*, pp. 53 e 67, (t. d. r.).

Nel senso tracciato da questa dottrina, esaminiamo ora i termini della definizione appena accettata, affrontando partitamente gli oggetti o posizioni giuridiche fondamentali (che abbiamo puntualizzato da “a)” a “d)”) da isolare per ricavare, *in negativo*, le caratteristiche e la consistenza dei diritti, per addivenire ad una precisazione conclusiva (“e)”) che li possa definire in via auspicabilmente astratta e aprioristica.

Quest’analisi discretiva avrà anche il pregio di offrirci già, nel tentativo di isolare i soli “diritti”, una definizione di tutte le altre posizioni giuridiche fondamentali puntualmente elencate, con la conseguenza di porgere, già di per sé, il distinguo dell’Autore tra tutti i tipi di fonti, matrici o istanze normative di posizioni fondamentali rinvenibili nella Carta: non per ultimo la straordinaria polisemicità dei “principi”.

A) SAGMEISTER procede a differenziare i diritti dalle libertà fondamentali sotto multipli punti di vista alla ricerca del *discrimen* più corretto.

Sotto il *profilo dei titolari* di tali posizioni giuridiche, rileva che vi sono libertà fondamentali intese come tutele tipiche statali, e, -ad es.-, quanto alle tre libertà fondamentali personali (di stabilimento, circolazione dei lavoratori, prestazione e circolazione di servizi, rispettivamente tutelate dagli artt. 45, 49 e 56 del TFUE) riferite ai soli cittadini degli Stati membri, allorché titolari di *diritti* fondamentali sarebbero, universalmente intesi, anche cittadini di Stati terzi.

Questo primo ambito di delimitazione, fondato su un argomento puramente formale tuttavia non può considerarsi esaustivo o dirimente, dal momento che da un lato altre libertà classiche, -come la libertà di circolazione delle merci (art. 28 TFUE) e dei capitali (art. 63 TFUE), essendo il soggetto della tutela ora la merce, ora il capitale e non un “cittadino”-, non si rifarebbero al criterio dell’appartenenza o meno del soggetto all’Unione; dall’altro vi sono diritti fondamentali inequivocabilmente riconosciuti ai soli cittadini degli Stati membri come i diritti connessi allo *status* di lavoratore di uno Stato membro dell’Unione (art. 45 co. 3 e 4 TFUE) fatte salve le precisazioni, restrittive o ampliative di cui all’art 52 TFUE.

Analizzando il *profilo dei soggetti obbligati* alla tutela di tali posizioni, poi, non si ricaverebbero argomenti tali da stringere il perimetro definitorio, dal momento che, seppur le libertà fondamentali appaiano per tradizione obbligare alla loro tutela gli Stati membri, allorché destinatario degli obblighi di tutela dei diritti fondamentali comunitariamente riconosciuti sarebbe la Comunità nell’attuazione del suo diritto, occorre ricordare che la Corte di Giustizia ebbe a statuire¹¹³ che anche l’Unione è vincolata al rispetto delle libertà fondamentali.

Si rintraccia in definitiva nella percezione della c.d. “*dipendenza*” (*Abhängigkeit*), il criterio discretivo finale tra diritti fondamentali e libertà. Come scrive l’Autore:

¹¹³ In causa C-37/83, Sent. n. 1229/1984 *Rewe-Zentrale/Landwirtschaftskammer Rheinland*, o ancora con la Sent. I-3629/1997 in causa C-114/96, *Kieffer und Thill*.

“le libertà fondamentali trovano applicazione unicamente quando nella pratica viene soddisfatta e si integra [si “riempie”: *erfüllen*] interamente e perfettamente la fattispecie astratta [*Tatbestand*] da queste prevista e tutelata. Gli Stati membri devono rispettare le libertà fondamentali anche - e proprio- negli atti giuridici nei quali non si eserciti o sostanzi alcuna sorta di competenza dell’Unione.

Al contrario, è possibile invocare i diritti fondamentali comunitari, solo quando, oltre alla riferibilità al vigente campo di applicazione della tutela apprestata, anche le condotte attive o omissive connesse, oggetto di sindacato giurisdizionale, rientrano nell’ambito di applicazione del diritto comunitario. I diritti fondamentali non possono quindi autoapplicarsi o autoattivarsi, bensì necessitano sempre di altre disposizioni e statuizioni di diritto comunitario – per esempio anche di stesse libertà fondamentali. I diritti fondamentali comunitari sono dunque dipendenti da disposizioni che ne prevedano l’attivazione/applicazione. Al contrario, le libertà fondamentali comprendono per loro stessa natura la loro applicabilità, sono in tal senso autonome.

Questo criterio discretivo definibile “della (In-)dipendenza” [*Nicht-Abhängigkeit*] si ritrova codificato anche nell’art. 51 co. 1 della Carta, laddove l’ambito di applicazione dei diritti fondamentali comunitari trova il proprio limite nel sistema delle attribuzioni e delle “...*competenze conferite all’Unione*”.

Al contrario le libertà fondamentali e i diritti a queste analoghi o assimilabili [*Grundfreiheitsähnlichen Rechte*], devono essere rispettati anche nell’applicazione del diritto nazionale, come confermato espressamente dalla Corte di Giustizia, ad es., nella questione *Casagrande* laddove statò che le libertà fondamentali possono spiegare effetti in ogni materia riferita a qualsiasi politica vigente – anche di uno Stato membro – indipendentemente dall’ambito di Competenza dell’Unione¹¹⁴.

La sola eccezione alle libertà fondamentali e ai diritti a queste analoghi nella Carta non modifica comunque i caratteri definitivi generali a cui si è sin qui giunti, e ciò sembra confermato dalla clausola di conformità dell’art. 52 co. 2 della Carta¹¹⁵, la quale stabilisce propriamente che qualora talune norme della Carta riproductive di libertà fondamentali o diritti a queste analoghi vedano delle eccezioni nella Carta, esse stesse non subiscono alcune modifiche”¹¹⁶.

E’ dunque il criterio della “(in)dipendenza” o, per così dire, della “auto attivazione” che distingue per SAGMEISTER le “libertà” fondamentali contenute nella

¹¹⁴ Nel caso in parola, (*Casagrande*, in causa C-9/74, Sent. del 3 luglio 1974) la Corte si pronunciò in sede di rinvio pregiudiziale, circa l’immediata applicabilità della generale libertà di stabilimento e uguaglianza di trattamento in punto di accessibilità agli studi da parte di un figlio di un cittadino di uno Stato membro *nelle stesse scuole e alle stesse condizioni previste per i cittadini del paese ospitante*” “*poco importa[ndo] che i provvedimenti in questione siano adottati dal potere centrale, dal governo di un paese membro di uno stato federale, o comunque da autorità competenti in virtù del diritto nazionale*”. Argomentò infatti in questo modo: *benché spetti alle autorità competenti in virtù del diritto interno il compito di stabilire le condizioni ivi contemplate, queste vanno tuttavia applicate indiscriminatamente nei confronti tanto dei figli dei cittadini del paese ospitante, quanto dei figli dei lavoratori provenienti da un altro stato membro . inoltre, poiché i regolamenti, ai termini dell’ art . 189 del trattato, hanno portata generale, sono obbligatori in tutti i loro elementi ed hanno efficacia immediata in ciascuno degli stati membri, poco importa che i provvedimenti in questione siano adottati dal potere centrale, dal governo di un paese membro di uno stato federale, o comunque da autorità competenti in virtù del diritto nazionale*”.

¹¹⁵ Il quale testualmente recita: “I diritti riconosciuti dalla presente Carta per i quali i trattati prevedono disposizioni si esercitano alle condizioni e nei limiti dagli stessi definiti”.

¹¹⁶ H.M. SAGMEISTER, *Op. cit.*, pagg. 57-59.

Carta, e che dunque devono essere scartate, secondo la nostra definizione *in negativo*, nel reperimento delle posizioni giuridiche qualificabili come *diritti*.

B) Nella prosecuzione dell'intento definitorio, la stessa dottrina opera la delimitazione di quel tipo di disposizioni riproduttive di "principi caratteristici dello Stato di diritto" (*Grundsätze rechtsstaatlichen Inhalts*), oggetti anch'essi da definire nel nostro più generale obiettivo di classificazione, e da scartare per reperire in negativo i "diritti".

Principi di questo tipo, secondo una variabile terminologia che li identifica anche come "Principi dello Stato di diritto" (*rechtsaatlichen Grundsätze*) o semplicemente come rientranti nel concetto stesso di "principio dello Stato di diritto" (*Rechtsaatsprinzip*),

"sono solo parzialmente compresi nel concetto introdotto dall'art. 52 co. 1 della Carta, e rappresentano concretizzazioni del principio dello Stato di diritto come principi di indole costituzionale o 'strutturale'. A titolo esemplificativo sono principi come il principio di "legalità dell'amministrazione pubblica"¹¹⁷, il principio di "garanzia e di maggiore protezione dei diritti"¹¹⁸, il "principio di proporzionalità"¹¹⁹, il "divieto di irretroattività della legge penale sfavorevole"¹²⁰ o il "principio della certezza del diritto"¹²¹. Questi principi sono obbligatori allo stesso modo come i diritti fondamentali negli standard di legittimità per gli atti giuridici dell'Unione. Essi si distinguono per il fatto che non richiedono nessun soggetto o oggetto specifico da tutelare, ma si collocano come principi-guida, appunto, nella legiferazione, dovendo dunque essere osservati sia nella attuazione

¹¹⁷Rinvenibile ad es., fin dai tempi della Sent.1339/1986 in causa C-294/83, *Les Verts*, laddove nel fondamentale passaggio di cui al paragrafo 23 si legge per la prima volta: "si deve anzitutto sottolineare che la comunità economica europea e una comunità di diritto nel senso che ne gli stati che ne fanno parte, ne le sue istituzioni sono sottratti al controllo della conformità dei loro atti alla carta costituzionale di base costituita dal trattato. in particolare, con gli artt. 173 e 184, da un lato, e con l'art. 177, dall'altro, il trattato ha istituito un sistema completo di rimedi giuridici e di procedimenti inteso ad affidare alla corte di giustizia il controllo della legittimità degli atti delle istituzioni. le persone fisiche e le persone giuridiche sono in tal modo tutelate contro l'applicazione, nei loro confronti, di atti di portata generale che esse non possono impugnare direttamente davanti alla corte a causa dei particolari presupposti di ricevibilità specificati nell'art. 173, secondo comma, del trattato. quando spetti alle istituzioni comunitarie rendere tali atti operativi sul piano amministrativo, le persone fisiche e le persone giuridiche possono ricorrere direttamente davanti alla corte contro i provvedimenti di attuazione di cui esse siano destinatarie o che le riguardino direttamente e individualmente, e dedurre, a sostegno del ricorso, l'illegittimità dell'atto generale di base. quando detta attuazione spetti alle autorità nazionali, esse possono far valere l'invalidità degli atti di portata generale dinanzi ai giudici nazionali e indurre questi ultimi a chiedere alla corte di giustizia, mediante la proposizione di una domanda pregiudiziale, di pronunciarsi a questo proposito".

¹¹⁸ Di cui alla celebre Sent. *Bananenmarkt II* in causa C-280/93.

¹¹⁹ Cfr., ad es., CGUE, Sent. 2237/1989 in causa C-265/87, *Schräder*.

¹²⁰ CGUE, Sent. nn. 69/1979 in causa C-98/78, *Racke*; e 1/1990 in causa C-337/88, *SAFA*.

¹²¹ Esemplamente chiarito nella Sent. I-431/1996 in causa C-143/93 *Van Es Douane Agenten*, al paragrafo 27, con queste parole: "Si deve ricordare al riguardo che il principio della certezza del diritto costituisce un principio fondamentale del diritto comunitario (v., in tal senso, sentenza 21 settembre 1983, cause riunite 205/82-215/82, *Deutsche Milchkontor*, Racc. pag. 2633), il quale esige che la normativa che impone oneri al contribuente sia chiara e precisa, affinché esso possa conoscere con certezza i propri diritti ed obblighi e regolarsi di conseguenza (v. sentenze 9 luglio 1981, causa 169/80, *Gondrand Frères*, Racc. pag. 1931, e 22 febbraio 1989, cause riunite 92/87 e 93/87, *Commissione/Francia e Regno Unito*, Racc. pag. 405)".

che nella applicazione della legge¹²². Questo vale anche per il “*principio di sussidiarietà*”, il quale non sarebbe tanto una concretizzazione del principio dello Stato di diritto, ma piuttosto riproduce un principio di riparto di competenze e attribuzioni giuridiche”¹²³.

Come si può osservare, SAGMEISTER ricostruisce e fornisce una personale classificazione delle matrici così eterogenee che si erano messe in luce *supra*, secondo un primo *aperçu* letterale della Carta. Anche istanze del tipo appena visto e ricondotte a “concretizzazioni” del principio dello Stato di diritto” devono essere dunque differenziate dai diritti fondamentali.

C) Ci si addentra dunque nell’esame di quelli che, con un terminologia che per la nostra cultura riecheggia forse gli studi dei costituzionalisti e di CRISAFULLI¹²⁴, sono definiti “Principi di struttura-statuizioni programmatiche dell’Unione” (*Strukturprinzipien/Zielbestimmungen der Gemeinschaft*: lett. “dichiarazioni di intenti e obiettivi”). Anch’essi non hanno una definizione univoca e sono sono altresì indicabili come “principi costituzionali”, “clausole di struttura costituzionale”, secondo le dottrine.

Principi di struttura a detta dell’Autore sono in specie quelli di “*libertà*”, “*democrazia*”, e di conformità allo Stato di diritto di cui all’art 6 co. 3 TUE seconda ipotesi¹²⁵, che oltre ad essere di stretta natura politico-costituzionale svolgono un ruolo effettivo nell’interpretazione degli atti giuridici o nella giustificazione di qualsiasi politica, direttiva o intervento.

Le disposizioni programmatiche, invece, sarebbero

“disciplinate prevalentemente dall’art 3 ss. TUE, come a titolo di esempio, negli artt. 39¹²⁶, 169¹²⁷, 191¹²⁸ TFUE in ordine agli obiettivi di politica agricola,

¹²² L’Autore fa presente, qui, che ciò che sostiene va inteso proprio nel senso di ALEXY, *Theorie der Grundrechte* (da noi consultato nella versione in lingua spagnola: *Op.cit.*).

¹²³ H.M. SAGMEISTER, *Op. cit.*, *ibidem*.

¹²⁴ Cfr, *supra*, cap. I.

¹²⁵ “I diritti fondamentali, [...] risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell’Unione in quanto principi generali” (cfr. *supra*, schema pag. 105).

¹²⁶ Che testualmente recita: “Le finalità della politica agricola comune sono: a) incrementare la produttività dell’agricoltura, sviluppando il progresso tecnico, assicurando lo sviluppo razionale della produzione agricola come pure un impiego migliore dei fattori di produzione, in particolare della manodopera; b) assicurare così un tenore di vita equo alla popolazione agricola, grazie in particolare al miglioramento del reddito individuale di coloro che lavorano nell’agricoltura; c) stabilizzare i mercati; d) garantire la sicurezza degli approvvigionamenti; e) assicurare prezzi ragionevoli nelle consegne ai consumatori”.

¹²⁷ Il quale prevede che: “Al fine di promuovere gli interessi dei consumatori ed assicurare un livello elevato di protezione dei consumatori, l’Unione contribuisce a tutelare la salute, la sicurezza e gli interessi economici dei consumatori nonché a promuovere il loro diritto all’informazione, all’educazione e all’organizzazione per la salvaguardia dei propri interessi”.

¹²⁸ Che disciplina la politica dell’Unione in materia ambientale. L’Unione, si legge, “contribuisce a perseguire i seguenti obiettivi: salvaguardia, tutela e miglioramento della qualità dell’ambiente, protezione della salute umana, utilizzazione accorta e razionale delle risorse naturali, promozione sul piano internazionale di misure destinate a risolvere i problemi dell’ambiente a livello regionale o mondiale e, in particolare, a combattere i cambiamenti climatici. 2. La politica dell’Unione in materia ambientale mira a un elevato livello di tutela, tenendo conto della diversità delle situazioni nelle varie regioni dell’Unione”.

protezione dei consumatori, politiche dell'ambiente. Comune a queste disposizioni è l'allineamento finale, di solito associato a una discrezionalità molto ampia¹²⁹ a favore delle istituzioni di e/o degli Stati membri"¹³⁰.

Peraltro esse sono soggette a ponderazione e bilanciamento¹³¹. Infatti

“le diverse disposizioni programmatiche devono essere ponderate le une con le altre, nessun obiettivo può aprioristicamente rivestire un rango prioritario, fintanto che è possibile una compensazione e composizione tra esse¹³²”.

Ma soprattutto ne coglie e sottolinea, con l'apporto di riferita dottrina e giurisprudenza, il loro carattere vincolante nell'ambito degli “obiettivi” e delle direttrici nelle politiche dell'Unione:

“gli obiettivi previsti dal Trattato, allo stesso modo come i “principi di struttura” vengono usati per l'interpretazione di atti giuridici dell'Unione¹³³ o per la loro giustificazione nell'ambito di qualsiasi politica, direttiva o intervento, (cfr. anche l'art. 52 co. 1 della Carta)”¹³⁴.

Sebbene con ugual rigore ne riconosca il limite più peculiare. Infatti:

“nonostante la loro vincolatività, tuttavia non possono in genere essere invocate dai singoli. Infatti esse sono formulati in modo vago, aperto e indeterminato, tale che da esse, solo raramente è possibile ricavare un contenuto giustiziabile. Gli obiettivi dell'Unione sono, come li definisce l'appropriata descrizione di UKROW, ‘certamente introduttivi di obblighi, ma resistenti a pretese’¹³⁵. Così come poche disposizioni di principio possono fondare pretese ad azioni di diritto comunitario, così raramente portano, sulla base della loro complessità e eterogeneità, all'illegittimità dei comportamenti di diritto comunitario [ad esse contrari], sebbene,

¹²⁹Dall'articolo 3 TUE non si ricava, a rigore, un obbligo diretto verso gli Stati membri. Ma questi ultimi sono tenuti ai sensi dell'articolo 4 co.3 del TFUE, a sostenere la comunità nel perseguire i propri obiettivi e ad astenersi dalle misure che possa compromettere il conseguimento degli obiettivi stessi, come peraltro riconosciuto dalla Sent. I-6959/1997, in causa Rs. C-265/95, *Commissione/Francia*.

¹³⁰H.M. SAGMEISTER, *Op. cit.*, p. 62.

¹³¹Straordinariamente in linea con la posizione di ALEXYS, cfr. *supra*, Cap. I.

¹³²cfr. la Sent. CGUE del 20 ottobre 1977. - s.a. *Roquette frères contro stato francese - amministrazione delle dogane* in causa 29/77, nella quale la Corte statuisce che “[...] per quanto riguarda la validità del regolamento di base, l'art.39 enumera vari scopi della politica agricola comune; nel perseguirli, le istituzioni comunitarie devono garantire la conciliazione permanente che può essere richiesta da eventuali contraddizioni fra detti scopi considerati separatamente e, se del caso, dare all'uno o all'altro di essi la preminenza temporanea resa necessaria dai fatti o dalle circostanze economiche in vista delle quali esse adottano le loro decisioni.”

¹³³E questo è suffragato da quanto già previsto e riconosciuto dalla Corte di Giustizia nella celebre Sent. *Hoffman- La Roche* in causa C-85/76, in materia di condotte anticoncorrenziali e di abuso di posizione dominante, nella quale un atto di uno Stato membro (nel caso di specie: misure protezionistiche e di privilegio per prodotti farmaceutici inglesi) viene valutato direttamente alla stregua del “principio di libertà della concorrenza” inteso in tale stessa enunciazione, secondo l'*allora* art. 3 lett. F del TCE.

¹³⁴H.M. SAGMEISTER, *Op. cit.*, pag. 62.

¹³⁵Di cui l'Autore fornisce solamente il seguente riferimento bibliografico: reperibile in C. Calliess, M. Ruffert, *EUV/EGV. Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta. Kommentar*, 3. Aufl., 2007, München.

di regola, esse possedano comunque, sulla base della loro normatività, una certa funzione di parametro di condotta nelle politiche dell'Unione. Nelle disposizioni programmatiche si tratta certamente di un diritto immediatamente valido, ma a differenza dei diritti fondamentali comunitari, non immediatamente applicabile.

Sebbene anche la Corte di Giustizia abbia riconosciuto come una sorta di 'giustiziabilità debole' delle disposizioni-obiettivo del Trattato, essa stessa le ha utilizzate in taluni casi come parametri di legittimità comunitaria nel sindacato di atti secondari¹³⁶. Vi è inoltre da dire che qualora si dovesse trattare prevalentemente di disposizioni di principio particolarmente specifiche e appartenenti al capitolo di singole politiche con un adeguato grado di concretizzabilità, tanto più in questi casi – anche se sinora non sembra che la questione si sia verificata- vi sarebbe margine per fondare l'illegittimità di provvedimenti comunitari, nell'ambito dei suddetti ampi spazi di discrezionalità degli Organi, quasi solo sulla violazione delle disposizioni programmatiche¹³⁷.

Come è possibile notare dai passi che abbiamo voluto fedelmente riportare, la dottrina tedesca identifica i *principi di struttura* in quelle istanze di indole politico-costituzionale e giuridico-istituzionale volte a fissare i criteri generali dell'ordinamento, vuoi dal punto di vista della nomopoiesi del sistema, vuoi dal punto di vista delle garanzie degli assetti dei poteri. Le "disposizioni di principio" invece si riconoscono in tutti quegli enunciati programmatici e ottativi che riguardano le politiche dell'Unione. Caratteristiche di questi tipi di "principi" da

¹³⁶Si ricordano a questo proposito, in materia di obiettivi di politica agricola comune, i casi di cui alle Sentt. CGUE del 20 ottobre 1977. - s.a. *Roquette frères contro stato francese - amministrazione delle dogane* in causa 29/77 laddove la Corte così si esprime: "per quanto riguarda la validità del regolamento di base l' art . 39 enumera vari scopi della politica agricola comune ; nel perseguirli , le istituzioni comunitarie devono garantire la conciliazione permanente che può essere richiesta da eventuali contraddizioni fra detti scopi considerati separatamente e , se del caso , dare all'uno o all'altro di essi la preminenza temporanea resa necessaria dai fatti o dalle circostanze economiche in vista delle quali esse adottano le loro decisioni ; dando eventualmente , a causa dell'andamento della situazione monetaria , la preferenza all'esigenza della stabilizzazione dei mercati il regolamento n . 974/71 non ha violato l ' art . 39" oppure la Sent. *Van den Bergh* in causa C-265/85, la famosa sentenza del "Burro di Natale", sempre in analoga materia ma sul punto di una presunta lesione della concorrenza nel mercato dei produttori degli oleoginosi la cui massima stabilisce che "nel perseguire i vari scopi indicati dall' art . 39 del trattato, le istituzioni comunitarie devono garantire il temperamento permanente che può essere reso necessario da eventuali contraddizioni fra questi scopi separatamente considerati . benché questo temperamento non consente d' isolare uno di questi scopi in modo da rendere impossibile il conseguimento degli altri, le istituzioni comunitarie possono cionondimeno dare all' uno o all' altro di essi la precedenza temporanea richiesta dai fatti o dalle circostanze economiche in considerazione delle quali esse adottano le loro decisioni; di conseguenza la commissione, dedicando particolare attenzione allo scopo di garantire un reddito equo ai produttori di latte, ha potuto legittimamente decidere un' azione "burro di natale" per la vendita a prezzo ridotto di burro d' ammasso . questa azione, facilitando l' esito di eccedenze causate dai congegni d' intervento e consentendo il rinnovo del burro ammassato, rende infatti possibile la conservazione del sistema dei prezzi alla produzione, senza con ciò causare una perturbazione reale e durevole del mercato della margarina tenuto conto delle differenze obiettive che caratterizzano i dispositivi giuridici e la situazione economica dei rispettivi mercati, i produttori di latte e di burro, da un lato, e i produttori di grassi e frutti oleoginosi e quelli di margarina, dall' altro, non si trovano in situazioni analoghe . di conseguenza l' azione "burro di natale" per la vendita a prezzo ridotto di burro d' ammasso, disposta con regolamento n . 2956/84, la quale si inserisce nel funzionamento stesso dell' organizzazione comune dei mercati per i latticini, non può essere considerata come fonte, in contrasto con l' art . 40, n . 3, 2* comma, del trattato, di una discriminazione a danno dei produttori di margarina".

¹³⁷H.M. SAGMEISTER, *Op. cit.*, pagg. 63 ss.

separare dai “diritti”, sono la loro “ponderabilità” (o il loro “peso”, per utilizzare il linguaggio di ALEXY), la loro connaturata prevalente vaghezza e indeterminatezza enunciativa, la loro vincolatività orientatrice per l’indirizzo politico, che in taluni casi può assurgere a parametro di legittimità degli atti dell’Unione, e la loro difficile azionabilità per tutelare posizioni individuali nei rapporti interprivati.

D) I “diritti fondamentali”, si differenziano anche e soprattutto dai “principi” per antonomasia riconosciuti dalla Carta, quelli nel senso dell’art. 52 co. 5, che a loro volta sono oggetto del *discrimen* dagli stessi “diritti” nel corso di tutta la trattazione, in una doppia tensione definitoria che costituisce tutto il senso dell’analisi dell’Autore, così come della nostra.

E) L’intento di mettere in rilievo la natura e i caratteri dei “diritti” per contrasto con i “principi” in una dogmatica comunitaria non può tuttavia ridursi a una differenziazione solo sostanziale - e in negativo - degli uni dalle altre fonti, ma deve fare i conti anche con le esigenze della più stringente topica, epistemologia giuridica e logica descrittiva. Questi approcci esigono quindi che di ogni termine della coppia concettuale, -e qui, dei “diritti”-, sia data anche una definizione formale, auspicabilmente aprioristica e utile come identificazione scientifica. Tale esigenza non si riduce appunto ad un esercizio di topica basato su una ricostruzione di un materiale pretorio, ma è tanto più necessaria se si pensa che dopo la ratificazione del Trattato di Lisbona e l’equiparazione della Carta al rango dei Trattati, urge evidentemente una sistemazione dogmatica che sia serio e autentico viatico per l’interpretazione. Ma tutto è ciò possibile?

Se, da un lato, limitandosi all’enunciato dell’intero primo comma dell’art. 6 TUE¹³⁸ potremmo in modo tassativo fissare l’origine e il fondamento dei “diritti” nella sola Carta dei diritti fondamentali, con evidente conforto a tutti gli sforzi topici di cui si parlava, tuttavia basterebbe la lettera del comma 2 del successivo art. 52 per rammentarci che “*i diritti riconosciuti dalla presente Carta per i quali i trattati prevedono disposizioni si esercitano alle condizioni e nei limiti dagli stessi definiti*”, e che quindi ogni pretesa di esautività sia del catalogo, sia del *quantum* di tutela apprestati dalla Carta sarebbe destinata a cedere all’eterogeneità e alla molteplicità delle fonti, segnatamente alla fonte dei Trattati. Si pensi che, secondo il successivo comma terzo, “*laddove la [...] Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell’Uomo e delle Libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione*”, e che quindi, poiché “*la presente disposizione non preclude che il diritto dell’Unione conceda una protezione più estesa*” sia le origini dei diritti sia i loro livelli di protezione si rincorrerebbero in una sorta di “gioco all’aumento o al rialzo” che certamente alzerebbe una cortina fumogena sugli sforzi dell’interprete e renderebbe ogni compito interpretativo più complesso.

¹³⁸Il quale, ricordiamo, precisa che: “L’Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea” (corsivo mio).

La perdita di coordinate potrebbe poi, definitivamente arrendere ogni operatore di fronte al serbatoio potenzialmente infinito delle “*tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri*”, contenitore sia generatore sia interpretativo di diritti, a cui la Carta esplicitamente riserva valore normogenetico ed anche ermeneutico poiché “*laddove la presente Carta riconosca i diritti fondamentali quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, tali diritti sono interpretati in armonia con dette tradizioni*” (comma 4)¹³⁹, prescrizione disarmante, ma certamente più confortante che la sua diretta antecedente logica contenuta nel Preambolo del TUE, che vede i diritti “*ispirarsi*” o “*attingere*”¹⁴⁰ persino alle vaghissime : “*eredità culturali, religiose e umanistiche dell’Europa, da cui [appunto] si sono sviluppati i valori universali dei diritti inviolabili e inalienabili...*”.

Di fronte ad un prisma così vasto di riferimenti normativi, contenutistici e concettuali per i “diritti”, SAGMEISTER sostiene che la Carta certamente non sarebbe esaustiva per porgere una definizione formale dei diritti fondamentali, e quindi la norma di cui al primo comma del citato art. 6 TUE andrebbe interpretata in modo estensivo e sistematico nel senso di riconoscere che l’Unione riconosce *almeno* i diritti, le libertà e i principi sanciti *anche* nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea.

Secondariamente, sottolinea l’ulteriormente problematico fatto per cui, a norma del comma 3 dell’art. 6 TUE, i “*diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell’Unione in quanto principi generali*”¹⁴¹ e che quindi, sotto l’egida di tale disposizione, la Corte di Giustizia possa sviluppare e sancire nuovi diritti fondamentali comunitari: ricavandoli dai principi generali del diritto, a loro volta ricavabili dai diritti CEDU.

Come è intuibile dall’osservazione dello schema del paragrafo II.4, i “principi generali” intesi in questa accezione, sono un ulteriore e differente tipo di “fonte del diritto” e provengono dalla teoria e dalla esperienza del diritto internazionale¹⁴² e

¹³⁹ Sulla base di queste considerazioni, AUGUSTO BARBERA arriva ad azzardare la teoria per cui la Carta rappresenterebbe addirittura una fonte di ri-cognizione” dei diritti fondamentali. “Fonte di produzione sarebbe offerta dalle “tradizioni costituzionali comuni”, in quanto principi generali del diritto comunitario”, mentre appunto la Carta – formulata anch’essa per principi- potrebbe rappresentare la fonte di cognizione dei diritti espressi da tali tradizioni” (A. BARBERA, *La Carta europea dei diritti: una fonte di ri-cognizione?*”, in *Il Diritto dell’Unione Europea*, 2001, 2/3).

¹⁴⁰ Nella versione tedesca del secondo capoverso, la quale recita: “*Schöpfend aus dem kulturellen, religiösen und humanistischen Erbe Europas, aus dem sich die unverletzlichen und unveräußerlichen Rechte*” con l’utilizzo dell’espressione “*Schöpfend aus dem*” che significa propriamente “*attingendo da...*” nel senso figurato, ma autentico ed originario dell’atto di “*raccogliere l’acqua dal pozzo*”. Sull’utilizzo di metafore nei testi costituzionali: MORELLI, A., *La formula “processo costituente europeo” tra “invenzioni” metaforiche e mutamenti semantici. Ovvero di un simbolo politico dall’oscuro significato*, in “*Diritto e Società*”, 2003; MORELLI, A., *Simboli e valori della democrazia costituzionale*, in A. DIENI, A. FERRARI, V. PACILLO (a cura di), *Symbolon /Diabolon, Simboli, religioni e diritti nell’Europa multiculturali*, Bologna 2005.

¹⁴¹ cfr. *supra*, schema sinottico al par. II.4, pag. 105.

¹⁴² Cfr. l’art. 38 co. 1 dello Statuto della Corte internazionale di Giustizia, il quale come è noto prevede che “*La Corte, la cui funzione è di decidere in base al diritto internazionale le controversie che le sono sottoposte, applica [...] i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili*”;

dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione¹⁴³, sviluppati nell'alveo della giurisprudenza occasionata dall'art. 288 co. 2 del vecchio TCE per poter colmare lacune normative nell'ambito del diritto comunitario¹⁴⁴. In questo senso tradizionalmente vengono identificate quelle norme nazionali e CEDU che per loro natura sono di importanza fondamentale e sono comuni alla maggior parte degli Ordinamenti giuridici, ricavate attraverso un'analisi valutativa comparata¹⁴⁵ di tipo

¹⁴³ Cfr. la celebre Sentenza *Hauer*, ove la Corte chiarì che “i diritti fondamentali sono parte integrante dei principi generali del diritto il cui rispetto è assicurato [dalla Corte di giustizia]”, legando così diritti a principi e principi a diritti. “Nell'assicurare la salvaguardia di tali diritti [prosegue la Corte] è obbligata ad ispirarsi alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, di modo che non possano ammettersi nella Comunità misure incompatibili con i diritti fondamentali riconosciuti dalle Costituzioni degli Stati membri; gli strumenti internazionali miranti alla protezione dei diritti dell'uomo ai quali gli Stati membri abbiano cooperato o aderito possono ugualmente fornire indicazioni cui tener conto nel quadro del diritto comunitario. Questa concezione è stata ulteriormente riconosciuta per mezzo di una dichiarazione congiunta di Assemblea, Consiglio e Commissione del 5 aprile 1977, la quale dopo aver ricordato la giurisprudenza della Corte di giustizia si riferisce, da una parte ai diritti garantiti dalle Costituzioni degli Stati membri e, dall'altra, alla Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 4 novembre 1950» Sent. 13 dicembre 1979. - *Liselotte Hauer c/Land Rheinland-Pfalz*. in Causa 44/79. Peraltro anche la massima della Sent. 15 maggio 1986, *Johnston*, in causa 222/84 chiarisce che “come è detto nella dichiarazione comune del parlamento europeo, del consiglio e della commissione in data 5 aprile 1977, e secondo la giurisprudenza della corte, si deve tener conto, nell'ambito del diritto comunitario, dei principi ai quali è informata la convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Il principio dell'effettivo sindacato giurisdizionale sancito dall'art. 6 della direttiva 76/207, principio su cui si basano tradizioni costituzionali comuni agli stati membri e che è stato sancito dagli artt. 6 e 13 della convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, osta a che venga attribuito valore di prova inoppugnabile, che escluda qualsiasi sindacato giurisdizionale, al certificato di un'autorità nazionale in cui si dichiara che sussistono i presupposti per derogare al principio della parità di trattamento di uomini e donne ai fini della tutela della pubblica sicurezza. l'art. 6, a norma del quale chiunque si consideri leso da una discriminazione basata sul sesso deve disporre di un rimedio giurisdizionale effettivo, può essere fatto valere dai singoli nei confronti dello stato membro che non abbia provveduto a dargli piena attuazione nel proprio ordinamento giuridico interno

¹⁴⁴ E' infatti noto che la giurisprudenza che ha apprestato tutela risarcitoria ai soggetti lesi dagli atti delle istituzioni comunitarie, si fondasse sul disposto dell'art. 288 co. 2 del vecchio TCE, il quale per primo ha previsto che: “In materia di responsabilità extracontrattuale, la Comunità deve risarcire, conformemente ai principi generali comuni ai diritti degli Stati membri, i danni cagionati dalle sue istituzioni o dai suoi agenti nell'esercizio delle loro funzioni”. (Cfr. *supra*, Cap. II).

¹⁴⁵ SAGMEISTER porta ad esempio il caso della Sent. AM del 18 maggio 1982 in causa 155/79 laddove la Corte addivenì alla soluzione del caso sottopostole, in materia di trattamento di notizie riservate nella corrispondenza tra avvocato e cliente, in base alle seguenti considerazioni argomentative: “per quanto riguarda la tutela della corrispondenza fra un avvocato ed il suo cliente, dall'esame degli ordinamenti giuridici degli stati membri risulta che, benché il principio di detta tutela sia generalmente riconosciuto, la sua portata ed i criteri per la sua applicazione sono variabili, come viene del resto ammesso sia dalla ricorrente sia dalle parti che sono intervenute a sostegno delle sue conclusioni. mentre in taluni stati membri la tutela del carattere riservato della corrispondenza fra un avvocato ed il suo cliente si fonda principalmente sul riconoscimento della natura stessa della professione di avvocato, nel senso che questi contribuisce al mantenimento della legalità, in altri stati membri la stessa tutela trova giustificazione nell'esigenza più specifica - riconosciuta, del resto, anche negli stati prima menzionati - del rispetto del diritto alla difesa. al di là di queste diversità, dagli ordinamenti interni degli stati membri traspare tuttavia l'esistenza di criteri comuni, in quanto detti ordinamenti tutelano, in condizioni analoghe, la riservatezza della corrispondenza fra avvocato e cliente, purché da un lato, si tratti di corrispondenza scambiata al fine e nell'interesse del diritto alla difesa del cliente e, dall'altro, tale corrispondenza provenga da avvocati indipendenti, cioè da avvocati non legati al cliente da un rapporto d'impiego. considerato in tale contesto, il regolamento n. 17/62 dev'essere interpretato nel senso che anch'esso tutela la riservatezza della corrispondenza fra avvocato e cliente alle due suddette condizioni, recependo in tal modo gli elementi costitutivi di detta tutela comuni ai diritti degli stati membri.”

induttivo e trasformativo. Infatti né le disposizioni nazionali, né quelle della CEDU (pur nel vigore del co. 2 dell'art 6 TUE, ma a stretto rigore del disposto del co. 3 che specifica che i diritti CEDU rappresentano per l'Unione dei "principi generali"), costituiscono fonti dirette di diritto comunitario non esistendo in tal senso norme che prevedano espressamente tali vincoli formali. Piuttosto, soggiunge SAGMEISTER, queste disposizioni servono solamente come elemento di riconoscimento giuridico e fonte di legittimazione per l'estrazione di garanzie fondamentali originarie europee. Tipici casi di applicazione di tali principi generali di diritto attraverso la Corte di Giustizia dell'Unione sono quelli che hanno portato a riconoscere quelli che abbiamo definito principi generali intesi nel senso di caratteristiche dello Stato di diritto e che hanno portato all'applicazione, appunto di diritti fondamentali in quanto appartenenti ad un "denominatore giuridico comune europeo".

Tale prospettiva, rappresentata nei termini della norma appena analizzata, è preoccupante e molto controversa in dottrina, e, sulla base della già accennata differente ontologia delle due fonti che in queste pagine tentiamo di distinguere, risulta chiaramente farraginoso anche secondo le lenti della nostra analisi. La lettera della norma parrebbe infatti introdurre e trasformare *induttivamente e ipso iure* i "diritti" riconosciuti dalla CEDU, in "principi generali" del diritto comunitario.

Più precisamente avverrebbe che in un moto "ascendente" i contenuti dei diritti previsti dalla CEDU, viventi e chiariti per bocca della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo¹⁴⁶, sublimino e così diventino -in virtù della stessa norma- parte del diritto comunitario. A questo punto, transustanzianti in "principi", in senso discendente potrebbero essere ri-utilizzati argomentativamente dalla Corte di Giustizia dell'Unione per poterne ricavare, per consolidazione in via deduttiva, interpretativa o parametrica, nuovi diritti fondamentali comunitari.

¹⁴⁶ Secondo lo stesso insegnamento della nostra Corte Costituzionale sancito in occasione delle storiche sentenze gemelle (sentt. 348 e 349/07) che si pronunciarono sulle diverse modalità di ingresso del diritto CEDU e del diritto comunitario nel nostro Ordinamento, rispettivamente attraverso il veicolo dell'art. 117 co. 1 Cost. da un lato, e, in senso monistico ex art. 11 Cost. dall'altro, il diritto della CEDU, *“presenta, rispetto agli altri trattati internazionali, la caratteristica peculiare di aver previsto la competenza di un organo giurisdizionale, la Corte europea per i diritti dell'uomo, cui è affidata la funzione di interpretare le norme della Convenzione stessa. Difatti l'art. 32, paragrafo 1, stabilisce: «La competenza della Corte si estende a tutte le questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione e dei suoi protocolli che siano sottoposte ad essa alle condizioni previste negli articoli 33, 34 e 47». Poiché le norme giuridiche vivono nell'interpretazione che ne danno gli operatori del diritto, i giudici in primo luogo, la naturale conseguenza che deriva dall'art. 32, paragrafo 1, della Convenzione è che tra gli obblighi internazionali assunti dall'Italia con la sottoscrizione e la ratifica della CEDU vi è quello di adeguare la propria legislazione alle norme di tale trattato, nel significato attribuito dalla Corte specificamente istituita per dare ad esse interpretazione ed applicazione. Non si può parlare quindi di una competenza giurisdizionale che si sovrappone a quella degli organi giudiziari dello Stato italiano, ma di una funzione interpretativa eminente che gli Stati contraenti hanno riconosciuto alla Corte europea, contribuendo con ciò a precisare i loro obblighi internazionali nella specifica materia. [...] Poiché, come chiarito sopra, le norme della CEDU vivono nell'interpretazione che delle stesse viene data dalla Corte europea, la verifica di compatibilità costituzionale deve riguardare la norma come prodotto dell'interpretazione, non la disposizione in sé e per sé considerata. Si deve peraltro escludere che le pronunce della Corte di Strasburgo siano incondizionatamente vincolanti ai fini del controllo di costituzionalità delle leggi nazionali. Tale controllo deve sempre ispirarsi al ragionevole bilanciamento tra il vincolo derivante dagli obblighi internazionali, quale imposto dall'art. 117, primo comma, Cost., e la tutela degli interessi costituzionalmente protetti contenuta in altri articoli della Costituzione”* (Sent. 348/07).

In pratica si tratterebbe di un meccanismo misto a più passaggi che comprenderebbe:

- un rinvio non recettizio, tecnica legislativa nota al diritto internazionale¹⁴⁷, che porterebbe non tanto ad una singola aggiunta normativa, ma ad un effettivo richiamo-trapianto¹⁴⁸ di un intero settore giuridico o catalogo di diritti¹⁴⁹: cioè di un richiamo della CEDU da parte della Carta dei diritti;
- una licenza interpretativa o prestito giurisdizionale tipici del *judicial borrowing*, o interlegalità¹⁵⁰, che implicherebbe in successione l'intervento ermeneutico e creativo di due organi giurisdizionali sovranazionali entrambi competenti a pronunciarsi in materia di (o degli stessi) diritti fondamentali;
- e in definitiva un procedimento logico-argomentativo combinato induttivo-deduttivo simile al procedimento ascendente e discendente tipico di quella che LOMBARDI VALLAURI chiama la *costruzione*¹⁵¹ ed anche dell'*analogia*¹⁵².

¹⁴⁷ Definibile come rinvio "formale", "dinamico", alla "fonte": è il richiamo operato da una norma di conflitto (i.e.: una norma che prevede, in una fattispecie con elementi di internazionalità, un particolare diverso diritto nazionale applicabile in virtù di un certo "criterio di collegamento") ad una determinata fonte di diritto straniero, richiamo che ha l'effetto di dare rilevanza, per la fattispecie prevista, a tutte le norme che la fonte di volta in volta è in grado di produrre e quindi a tutte le modifiche che queste subiscono. Si differenzia dal rinvio, "materiale" o "recettizio" che invece comporta una sorta di mera incorporazione della sola disposizione oggetto del richiamo in quella rinviante, e viene qualificato "statico" proprio per evidenziare che le vicende della disposizione oggetto di rinvio non si riflettono sul rinvio stesso. (P. CAPPELLO, *La fenomenologia del rinvio statico e del rinvio dinamico*, Materiale del dipartimento di diritto costituzionale dell'Università di Genova, consultabile su: www.costituzionale.unige.it/dottorato/Rinvio.htm).

¹⁴⁸ Inteso proprio nel senso del termine fatto proprio dalle discipline comparatistiche.

¹⁴⁹ In questo senso si avrebbe infatti il richiamo all'intero diritto CEDU nella sua dimensione di "diritto vivente" per come interpretato dalla Corte E.D.U., e quindi con la sua storia e le sue vicende applicative. Sul punto si possono osservare le considerazioni di A. V. BOGDANDY, *I principi costituzionali dell'Unione europea*, in *Diritto Pubblico comparato e europeo*, 2005, I, p. 581.

¹⁵⁰ Inteso nell'accezione di BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, chiarita da A. SURACE, la quale non esita ad affermare che "con la globalizzazione le Corti si sono mostrate capaci di stabilire legami, connessioni, riferimenti giurisprudenziali reciproci, in un'epoca che è stata definita di «*legal transplants* di istituti giuridici artificialmente trasposti da un paese all'altro», anche tra paesi diversi e al di là delle tradizionali gerarchie tra le fonti. Tutto ciò in virtù del fatto che il valore delle sentenze diventa un bene potenzialmente trasferibile al di fuori di percorsi istituzionali obbligati. Gli status giuridici non sono più unicamente fondati su rigide previsioni statali, ma si affermano anche in conformità ad esigenze concrete, le cui momentanee soluzioni acquistano crescente prestigio [...] Nel panorama ora descritto le corti svolgono la funzione di «fonti autoritative, come una volta era la dottrina, con il vantaggio aggiuntivo di una immediata efficacia operativa», in *Interlegalità e diritti fondamentali*, tesi di Laurea in Filosofia del diritto, Università degli Studi di Firenze, 2006.

¹⁵¹ L. LOMBARDI VALLAURI con linguaggio accessibilissimo definisce la *costruzione* come il "gerarchizzare i concetti giuridici (sia quelli usati dalla stessa legge, sia quelli ottenuti a partire dai primi) secondo un ordine sistematico edificando piramidi di generalità crescente [...] ad esempio facendo rientrare un concetto in un altro concetto più ampio come *species* in un *genus*. Questa operazione può essere vista, per così dire, "in salita", e in "discesa". Vista in salita è un caso particolare dell'induzione e consiste nel produrre concetti più generali a partire da concetti più particolari. In questo modo si può produrre nuovo diritto solo se si attribuiscono, contemporaneamente al *genus* alcuni elementi della disciplina previsti per la *species*. [...] La costruzione poi può essere vista in "discesa" come caso particolare della deduzione: essa produce realmente nuovo diritto se si fa rientrare il concetto-*species* in un concetto-*genus* che *preesista con tutta una sua disciplina*, non indotta a partire dal concetto-*species*. E' in questa fase deduttiva che gli elementi arbitrari, inevitabilmente inerenti alla costruzione induttiva del concetto generale, si fanno più pericolosi, perché l'estensione del concetto-*species* A al concetto-*genus* è stata compiuta senza tenere conto del concetto-*species* B, al quale quella disciplina viene adesso estesa con un'operazione logicamente impeccabile. (L. LOMBARDI VALLAURI, *Corso di Filosofia del Diritto*, Paova, 1981, pp. 102 ss.).

Ebbene, siffatto meccanismo di cui all'art. 6 co. 3 TUE, decostruito nei suoi molteplici passaggi e aspetti tecnici, si mostra in tutta la sua fragilità e si espone per sua natura a troppe obiezioni, non per ultime le perplessità in ordine alla stessa adesione dell'Unione al sistema CEDU¹⁵³, al rinvio¹⁵⁴, al prestito e alle connessioni

Estesa alla nostra materia, la costruzione può essere intesa tra fattispecie rappresentanti posizioni fondamentali tutelate dalla CEDU quali diritti fondamentali, indi sussunte nel *genus* dei principi generali di diritto all'interno del diverso ordinamento comunitario e quindi ricalate all'interno del nuovo ordinamento quali nuovi diritti fondamentali.

¹⁵² Come spiega L. LOMBARDI VALLAURI nel suo *Corso di Filosofia del Diritto*, Padova, 1981, pp. 95-100. La spiegazione merita di essere riferita e così di trovare luogo in una trattazione di teoria dell'argomentazione come quella che vogliamo sviluppare con questo lavoro. "L'analogia è l'estensione di principii che possono trarsi dalla legge a casi che si distinguono da quelli decisi dalla legge in modo soltanto inessenziale". I punti focali di questa definizione sono due: a) ricorso non direttamente ad una disposizione della legge, ma a un principio (in pratica: a un contenuto normativo non scritto, di almeno un grado più "astratto" o "generale" della disposizione scritta da cui viene desunto); b) in essenzialità della differenza tra il caso contemplato nella legge e il caso che viene ad essere regolato per analogia (cioè appunto tra il caso legale e il caso "analogo" –non identico- a quello legale). [...] In formule della logica classica il ragionamento può indicarsi così: Q è P; Q è M; "Q è M" è ragione sufficiente di "Q è P"; S è M; S è P. [...] (1) Il contratto è disciplinato dalla legge in modo y (Q è P); (2) Il contratto è un negozio giuridico (Q è M); (3) L'essere il contratto un negozio giuridico è ragione sufficiente dell'essere il contratto regolato nel modo y ("Q è M" è ragione sufficiente di "Q è P"), proposizione che può essere convertita nella seguente: (4) il negozio giuridico è disciplinato dalla legge nel modo y (M è P); (5) il Testamento è un negozio giuridico (S è M); (6) il testamento è disciplinato dalla legge in modo y (S è P). Come si vede, mentre la legge disciplinava in modo y (esigendo per esempio certe garanzie nella formazione della volontà) il solo contratto, l'analogia ha portato a estendere quella disciplina anche al testamento, che non è un contratto. Come si è arrivati a questo? Costruendo il "principio", cioè la proposizione (4). E per costruire (4), si è dovuto affermare che il contratto era disciplinato in quel modo non in quanto contratto, ma in quanto negozio giuridico, cioè in quanto appartenente ad un *genus* superiore in cui rientra anche un testamento. Per riportare questa formalizzazione allo schema di WINDSCHEID: si è ritenuto che le differenze tra contratto e testamento, ai fini della disciplina y, fossero inessenziali".

¹⁵³ Perplessità mostrate fin dal noto parere 2/94 del 28.3.1996 della Corte di Giustizia e per il quale, si stanno studiando a livello istituzionale, soluzioni interordinamentali. E' noto che in seno alla Commissione Europea sia attualmente in preparazione un documento di istruzioni per l'attuazione del disposto dell'art. 6 TUE da sottoporre al Consiglio d'Europa per addivenire ad una convenzione che riordini l'assetto tra UE e CEDU. Sul punto, in ogni caso la letteratura è sterminata. Per un'efficace sintesi: O. POLLICINO, *Corti europee e allargamento dell'Europa: evoluzioni giurisprudenziali e riflessi ordinamentali*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2009, 1; A. RUGGERI, *Corte costituzionale e Corti europee: il modello, le esperienze, le prospettive*, disponibile sul sito internet: http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/dottrina/giustizia_costituzionale/Ruggeri.pdf

¹⁵⁴ A questo proposito RESCIGNO afferma: "...mentre in generale il rinvio è una tecnica per non dire, ma per appropriarsi delle disposizioni rinvenibili in un altro atto, qui la Carta dice alcune cose (molto poco, come vedremo) intorno ai diritti che essa prende in considerazione, e nello stesso tempo dice con clausola finale che, per ciascun diritto considerato, vanno applicate le disposizioni non della Carta ma della Cedu se vi è coincidenza di oggetto. [...] Però la frase finale del paragrafo 3 prescrive la possibilità e la prevalenza di una eventuale futura disposizione dell'Unione più favorevole (una protezione più estesa). Con il che la Carta di nuovo confessa di voler essere una legge superiore a tutte le altre, perché è essa Carta che prevede, legittima la possibilità di nuove disposizioni future dell'Unione, purché più favorevoli, prevalgono anche su quelle della Cedu. Nella prima frase del paragrafo 3 la Carta in fondo dice di se stessa di essere inutile sul piano normativo per la parte già disciplinata dalla Cedu, giacché in tal caso si applica un altro documento; nella seconda frase, invece, esattamente al contrario si pone come fonte suprema, che distribuisce e disciplina il potere normativo su un determinato oggetto (in questo caso, i diritti fondamentali)". (G. U. RESCIGNO, *La Carta dei diritti come documento*, in M. SICLARI, *Contributi allo studio della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Torino, 2003, p. 10 ss.)

giurisdizionali tra le Corti¹⁵⁵, e alla non rigorosa logicità del ragionamento analogico o per principi¹⁵⁶.

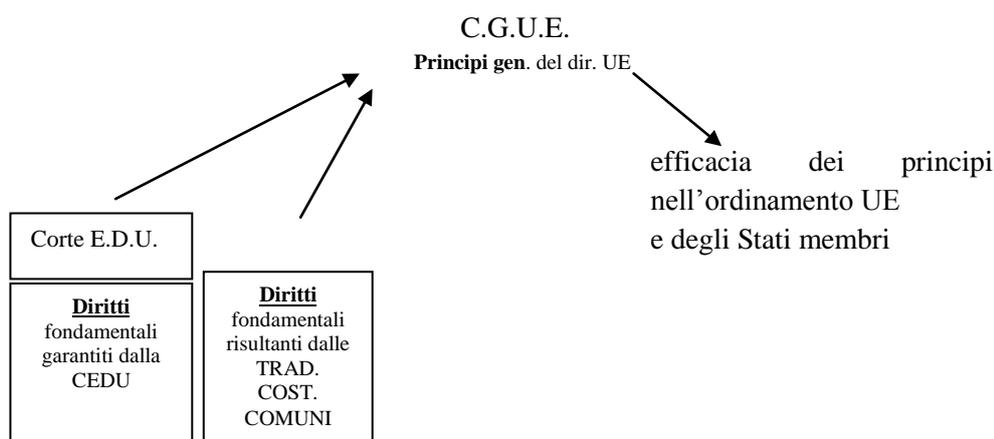
Inoltre il meccanismo dell'art. 6 convince poco perché da taluni, soprattutto costituzionalisti, viene criticato uno sviluppo troppo giurisprudenziale dei diritti fondamentali attraverso un rapporto fatto di “molte Corti e poche Carte”, che striderebbe con un principio di legiferazione democratica. In ossequio al principio di democrazia, infatti, i diritti elaborati nel corso degli anni e la Carta dei diritti fondamentali accettata da quasi tutti gli Stati membri dovrebbero in ogni caso evidentemente prevalere, in termini di validità, ai diritti facenti ingresso da fonti non democraticamente legittimate.

Qui di seguito è possibile raffigurare graficamente i menzionati passaggi logici ascendenti e discendenti di induzione e successiva deduzione:

¹⁵⁵ Sulle critiche al “trasferimento” dei diritti cfr. la sintesi di A. V. BOGDANDY, *I principi costituzionali dell'Unione europea*, in *Diritto Pubblico comparato e europeo*, 2005, I, p. 581; O. POLLICINO, *Corti europee e allargamento dell'Europa: evoluzioni giurisprudenziali e riflessi ordinamentali*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2009, 1; A. RUGGERI, *Corte costituzionale e Corti europee: il modello, le esperienze, le prospettive*, disponibile sul sito internet: http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/dottrina/giustizia_costituzionale/Ruggeri.pdf

¹⁵⁶ Una di queste obiezioni inoltre è sicuramente quella della non rigorosa logicità né della *costruzione* né dell'interpretazione analogica o per principi, chiarita con riferimento agli esempi prima esposti da LUIGI LOMBARDI VALLAURI. Quanto all'analogia, “Il punto chiave per accertare se l'analogia sia un ragionamento rigoroso consiste nella verifica di (3), e conseguentemente di (4) e (6). E' possibile dimostrare rigorosamente quanto affermato in (3)? O, nella terminologia di Windscheid, è possibile dimostrare rigorosamente che le differenze tra contratto e testamento sono inessenziali? Senz'altro non è possibile. Infatti, passare da (1) a (3) significa applicare alla norma legale da cui si desume (1) quella che noi abbiamo chiamato interpretazione fondamentale (che guarda alla ratio, al fondamento, ndr), e sappiamo che l'interpretazione fondamentale non è più legittima di quella letterale, così come sappiamo che [...] nessuno di quei tipi gode di rigorosa certezza. Il punto debole dell'analogia è dunque di natura più semantica che sintattica; questo punto tuttavia incide su tutto l'arco logico perché i ragionamenti logici sono come catene, che non possono mai essere più forti del più debole dei loro anelli. [...] Il carattere non rigoroso dell'analogia può esporsi anche in un altro modo[...] esso consiste nell'affermare che, ogni qualvolta è possibile utilizzare l'analogia, è altrettanto legittimo, sul piano puramente logico, utilizzare il cosiddetto argomento a contrario, che porta al risultato opposto.[...] L'argomento di cui ho parlato, contro la rigorosa logicità dell'analogia, consiste appunto nell'affermare che sul piano logico formale ogni proposizione giuridica può legittimamente essere sfruttata sia analogicamente che a contrario, perché ogni proposizione in quanto dice una certa cosa, può intendersi come se dicesse anche una cosa simile a quella, e in quanto dice una certa cosa e non un'altra, può intendersi come se dicesse solamente quella. Personalmente, ritengo che questa universale alternativa tra analogia e arg. A contrario sussista realmente [...] L'argomento può anche esprimersi dicendo che il ricorso all'analogia implica un'asclta – logicamente non motivabile- contro la cosiddetta norma generale esclusiva” ossia quella per la quale tutto ciò che non è espressamente vietato è permesso. (L. LOMBARDI VALLAURI, *Op. Cit.*, pp. 96-98). Quanto alla *costruzione* LOMBARDI obietta che, in fase ascendente “è una legge logica che tutto ciò che può predicarsi del genere, può predicarsi anche della specie, ma non viceversa. Se l'uomo va classificato tra gli “animali” tutto ciò che vale dell'animale in genere vale dell'uomo, ma non tutto ciò che vale per l'uomo vale dell'animale in genere. [...] Quindi la decisione di estendere la disciplina prevista per il concetto-*species* al concetto-*genus* non può mai dipendere dalla pura forma logica del rapporto tra particolare e generale, ma deve dipendere da considerazioni ulteriori che sono le considerazioni poi di politica del diritto...”. In fase discendente, infine, “mentre nel caso dell'analogia si tengono contemporaneamente presenti il concetto A e il concetto B, e il concetto-*genus* destinato a collegarli come soggetto del “principio” viene costruito *proprio per le esigenze di B*, nella costruzione B può ricevere (attraverso il concetto-*genus*) la disciplina di A senza alcun controllo perché la deduzione è realmente un'operazione rigorosa [...] perfettamente logica, ma non fa che trasmettere ciecamente gli elementi di arbitrio inclusi nell'induzione.

- la sublimazione (mediante prestito normativo e giurisdizionale) dei *diritti* provenienti da fonti eterointegrate (CEDU, nell'accezione "vivente" data dalla Corte EDU e tradizioni costituzionali comuni) in *principi* dell'ordinamento UE per opera della Corte di giustizia;
- la condensazione dei principi così ricavati e il loro utilizzo, in senso applicativo-discendente da parte della Corte di giustizia per fornire *regulae iuris* atte a risolvere il caso concreto sottoposte, regole dotate dell'efficacia giuridica dei principi generali.



In definitiva, anche tenuto conto dell'art. 52 co. 3 della Carta¹⁵⁷, di fatto già garantista sul punto, l'art. 6 comma 3 sarebbe del tutto ultroneo, risolvendosi peraltro in una sola "ammissione di un ossequio a certe radici" improvvidamente gravida di complesse conseguenze sistematiche e ordinamentali¹⁵⁸.

Sta di fatto che, come ricorda la stessa dottrina,

"già in sede di *drafting* del testo del Trattato Costituzionale, e nonostante aspre critiche anche nel successivo TFUE, tale meccanismo di rinvio è stato comunque accettato. Per questo, come mostrano i lavori preparatori¹⁵⁹, poiché ciò non è stato

¹⁵⁷ Il quale dispone: "Laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa".

¹⁵⁸ O. POLLICINO, *Corti europee e allargamento dell'Europa: evoluzioni giurisprudenziali e riflessi ordinamentali*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2009, 1; A. RUGGERI, *Corte costituzionale e Corti europee: il modello, le esperienze, le prospettive*, disponibile sul sito internet: http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/dottrina/giustizia_costituzionale/Ruggeri.pdf

¹⁵⁹ Nel documento CONV 354/02, pag. 9 si legge: "Il Gruppo ha discusso dell'opportunità che, in caso di integrazione della Carta, il trattato costituzionale contenga anche un riferimento alle due fonti esterne di ispirazione in materia di diritti fondamentali, come figura attualmente all'articolo 6, paragrafo 2 del TUE, ovvero la CEDU e le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri: validi argomenti sono stati sostenuti sia a favore che contro tale ipotesi. Alcuni membri hanno espresso il parere che un riferimento del genere sarebbe superfluo e creerebbe confusione giuridica, dato che la Carta prevede già dei diritti derivanti dalla CEDU e dalle tradizioni costituzionali comuni e fa riferimento a tali fonti. Altri hanno sostenuto che un simile riferimento nel trattato costituzionale

deciso erroneamente o sulla base di un refuso, ma deliberatamente¹⁶⁰, ciò sebbene come fallimento, dovrà pur essere tenuto in considerazione”¹⁶¹.

Ne consegue dunque che allo stato delle analisi dottrinali esaminate, una definizione univoca e un reperimento di un'origine astratta sicura dei “diritti fondamentali” nel senso di quelle posizioni tutelate in virtù del disposto dell'art 6 TUE in correlazione con la fonte dei principi, non sono possibili. Come è stato illustrato, le matrici dei “diritti” sono troppe e dogmaticamente non riordinabili in modo teorico rigoroso¹⁶². Questa ricerca, non ha potuto quindi soddisfare l'obiettivo definitorio che ci eravamo posto, e ci spinge ad accontentarci di una sola definizione dei “diritti” *per differentiam* rispetto ad altri strumenti di tutela.

potrebbe servire a rendere più completa la tutela offerta dalla Carta e a chiarire che il diritto dell'Unione è aperto a futuri sviluppi della CEDU e delle legislazioni nazionali in materia di diritti dell'uomo. Il Gruppo riconosce comunque che la questione è strettamente connessa alla scelta del tipo di integrazione che la Convenzione dovrà fare. Il Gruppo si astiene pertanto dal formulare al riguardo una ferma raccomandazione, limitandosi invece a dichiarare che un tale riferimento, se opportunamente redatto (CONV 116/02), è possibile anche nella prospettiva di una Carta giuridicamente vincolante e segnala la questione all'attenzione della sessione plenaria”. Il Gruppo II fa poi esplicito riferimento alle acquisizioni documentate nel doc. CONV 116/02 che ipotizza: “*Se la Carta fosse integrata nei trattati, indipendentemente dalla tecnica scelta, si porrebbe la questione dell'opportunità di mantenere un riferimento, come avviene ora nell'articolo 6, paragrafo 2 del trattato UE, alle due fonti esterne di ispirazione giurisprudenziale che sono le tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri e la CEDU. Al riguardo, possono essere avanzati argomenti validi nelle due direzioni. Il mantenimento di tale clausola, seppure con una formulazione diversa¹, potrebbe essere giustificato in quanto chiarimento del fatto che la Carta non impedirà alla Corte di giustizia di continuare a attingere a queste fonti supplementari che, per di più, possono evolvere nel tempo. Si afferma inoltre che mantenere un riferimento alla CEDU nel trattato sarebbe un complemento auspicabile, dal punto di vista della certezza del diritto, al riferimento alla CEDU contenuto nell'articolo 52, paragrafo 3 della Carta. D'altro canto, l'ipotesi di sopprimere l'attuale articolo 6, paragrafo 2 del TUE potrebbe essere difesa affermando che la Carta costituisce ormai l'espressione più autentica dell'acquis dei diritti fondamentali propri all'Unione europea. Sulla base di questa affermazione, un riferimento "concorrente" alle altre due fonti non sarebbe affatto compreso, dal momento che la Carta ha già fatto propri i diritti della CEDU e rappresenta la migliore cristallizzazione delle tradizioni comuni agli Stati membri; esso non sarebbe nemmeno necessario in quanto, come in altri ordinamenti giuridici costituzionali, un catalogo scritto di diritti fondamentali non verrebbe recepito come un qualcosa di "esauriente" e che impedisce lo sviluppo giurisprudenziale di nuovi diritti quando i tempi lo richiedono”.*

¹⁶⁰ Come emerge dalle spiegazioni contenute nel doc. CONV 528/03, pag 13 secondo cui “Il paragrafo 3, ispirato all'articolo 6, paragrafo 2 del TUE, si prefigge di indicare chiaramente che, oltre alla Carta, il diritto dell'Unione include ulteriori diritti fondamentali in quanto principi generali risultanti da due fonti di ispirazione, vale a dire la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e le tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri. Come sottolineato da vari membri della convenzione nel Gruppo II (cfr. relazione finale, CONV 354/02, pagg. 9 e 10) e in sessione plenaria, l'interesse della disposizione è quello di precisare che l'integrazione della Carta non impedisce alla Corte di giustizia di ricorrere alle due fonti citate per riconoscere ulteriori diritti fondamentali, che potrebbero risultare, in particolare da possibili evoluzioni future della CEDU e delle tradizionali costituzionali comuni. Ciò è conforme alla dottrina costituzionale classica, che non interpreta mai come esaustivi i cataloghi dei diritti fondamentali nelle costituzioni ammettendo in tal modo lo sviluppo giurisprudenziale di ulteriori diritti in funzione dell'evoluzione della società”.

¹⁶¹ SAGMEISTER, *cit.*, pag 67.

¹⁶² Cfr. per esempio G. PINO, *Il linguaggio dei diritti*, in *Ragion Pratica*, 2008 e T. MAZZARESE, *Ragionamento giudiziale e diritti fondamentali. Rilievi logici e epistemologici*, in *Analisi e diritto*, 2002-2003.

Pur preso atto dell'indecifrabilità dogmatica della categoria dei diritti fondamentali riconosciuti dall'Unione, veniamo ora a definire il concetto dei diritti fondamentali sociali (*soziale Grundrechte*), strettamente legato a quello dei diritti fondamentali, ma da questo differenziabile. Già sappiamo che il tema dei diritti sociali è quello che ha suscitato maggiori controversie nel corso della stesura della Carta¹⁶³ e che sostanzialmente, con la proclamazione della Carta dei diritti sociali del 1989 ha costituito l'antecedente codificatorio della Carta di Nizza.

Già il mandato conferito dal Consiglio europeo di Colonia del 1999 per la redazione di una carta dei diritti fondamentali infatti così si espresse:

*“Nell'elaborazione della Carta occorrerà inoltre prendere in considerazione diritti economici e sociali quali sono enunciati nella Carta sociale europea e nella Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori (articolo 136 TCE), nella misura in cui essi non sono unicamente a fondamento di obiettivi per l'azione dell'Unione”*¹⁶⁴.

SAGMEISTER nota che nella letteratura e nei lavori preparatori il concetto di “diritto sociale” è stato utilizzato come termine generale per indicare alcune norme di principio della Carta, come per esempio per stabilire criteri generali nella normazione di singoli diritti soggettivi sociali. In particolare anche per quest'espressione non si registra un significato univoco. Tenendo presente la storia della politica del diritto, diritti sociali si potrebbero definire tutte le garanzie alle posizioni soggettive che si intendono essere state concesse dallo Stato nel passato per soddisfare le richieste dei movimenti dei lavoratori: diritto all'istruzione, alla non discriminazione, alla libertà di associazione, anche sindacale. Un primo indizio utile per la comprensione di questa categoria potrebbe inoltre reperirsi nell'insieme delle garanzie elencate nel preambolo della Costituzione Francese del 1946.

Al contrario, nell'ambito di comprensione strettamente teorica possono essere definiti come “sociali” solo taluni diritti fondamentali. Come li definisce ALEXY in modo molto pregnante, “diritti a prestazioni in senso stretto” (*Leistungsrechte im engeren Sinne*)¹⁶⁵ o diritti a un certo, garantito, bene della vita (*garantierte subjektive Rechte auf ein bestimmtes Lebensgut*).

Insomma, il baricentro dei diritti sociali risiederebbe nel preconizzare prestazioni erogate dallo Stato a tutela del singolo, non solo con misure intese in senso soggettivo (attivando assistenze collettive all'individuo in quanto parte delle

¹⁶³ Cfr. *supra*, cap. II, *passim*.

¹⁶⁴ Occorre ricordare, che al termine del Consiglio Europeo di Colonia (3-4 giugno 1999) le Conclusioni della Presidenza che conferirono il mandato per la redazione di una carta dei diritti fondamentali, peraltro così si espressero: “Il Consiglio europeo ritiene che la Carta debba contenere i diritti di libertà e uguaglianza, nonché i diritti procedurali fondamentali garantiti dalla convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario. La Carta deve inoltre contenere i diritti fondamentali riservati ai cittadini dell'Unione. Nell'elaborazione della Carta occorrerà inoltre prendere in considerazione diritti economici e sociali quali sono enunciati nella Carta sociale europea e nella Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori (articolo 136 TCE), nella misura in cui essi non sono unicamente a fondamento di obiettivi per l'azione dell'Unione.

¹⁶⁵ Cfr. *supra*, Cap. I.

formazioni sociali); ma anche con direttive in senso oggettivo, (regole e riparto dei compiti nella funzione di legiferazione, disposizioni programmatiche, obiettivi).

Utili ad una migliore comprensione del concetto possono essere le accezioni dell'espressione "diritti sociali" date dai Delegati in entrambe le Convenzioni redattrici, ricavabili ancora una volta dal ricorso ai documenti e alle spiegazioni. Nei documenti preparatori si legge che

“sotto il concetto di diritti sociali fondamentali devono essere compresi i diritti che appartengono al singolo e nelle relazioni con le altre persone quindi come membro di un gruppo, che possono essere invertebrati solo se la comunità statale eroga prestazioni per la sicurezza delle condizioni di vita del singolo cittadino”¹⁶⁶

Se quindi si intende il concetto sistematicamente connesso con quello sostanzialmente enucleato dalle disposizioni della Carta (artt. 27- 38), si comprende come la differenziazione tra "diritti" e "principi" in questa materia, sostanzialmente scompaia per poter accogliere in sé la duplice finalità del diritto sociale: predisporre sì forme assistenziali o prestazionali, ma allo stesso tempo dettare obiettivi e *standards*.

In questo senso, il concetto di "diritto fondamentale sociale" (in senso oggettivo) secondo la Carta dovrà quindi essere inteso non solo nel senso stretto o tecnico, ma anche per indicare tutta la disciplina oggettiva di quelle prestazioni di garanzia in genere (*Gewährleistungen*) che possono essere espresse solo e soltanto come norme programmatiche di principio.

A conferma di ciò, e a titolo meramente esemplificativo, si ponga mente al fatto che in questo stesso ambito concettuale, ricadono secondo la sistematica della Carta, oltre alle tradizionali garanzie di sicurezza e assistenza sociale, familiare e sanitaria (artt. 33, 34, 35) anche la garanzia di un "livello elevato di tutela dell'ambiente" prevista e sancita dall'art 37, espressione indubbiamente indicativa di una norma di tipo oggettivo e programmatico.

La ricognizione sul significato della definizione "diritto/i fondamentale/i sociale/i", inteso prima in senso teorico, poi dai convenzionali, porta ad indicare un concetto più ampio rispetto alla precisione richiesta dalla nostra differenziazione. In questo senso non si potrà, con estrema precisione, classificare e differenziare "diritti" sociali da "principi" sociali. Parte della dottrina italiana conferma quest'impostazione arrivando perfino a identificare, sulla base dei documenti preparatori e delle spiegazioni, i diritti sociali con i "principi" stessi¹⁶⁷.

In definitiva, l'espressione "diritti sociali", superando la distinzione tra "diritti" e "principi", testimonia come, nell'ambito di un'analisi classificatoria come la nostra, una rigorosa separazione tra "diritti" e "principi" possa non essere possibile, in particolare in questa materia. Pur recando in sé il lemma "diritto", l'espressione "diritti sociali" deve essere considerata piuttosto come indicativa di un

¹⁶⁶ SAGMEISTER indica come fonte di tale definizione, il doc. CHARTE 3133/00 CONTRIB 28.

¹⁶⁷ G. AZZARITI, *Il futuro dei diritti fondamentali nell'era della globalizzazione*, in *Politica del diritto*, 2003, III.

superconcetto, una categoria, invece che di un rigoroso monomio da contrapporre a “principi”.

Ne discende che, nell'intento di isolare il primo termine della nostra coppia concettuale diritti/principi, occorrerà tenere in considerazione che nell'ambito di intere materie (come il diritto sociale) diritti e principi si confondono in ragione della *funzione* che quel tipo di disciplina riveste. Nel caso del “diritto sociale”, ad esempio, solo a seguito dell'indagine sulla funzione che la singola norma di volta in volta riveste, e sul destinatario delle misure che essa prefigura, sarà possibile distinguere se essa esprima un principio o istituisca un diritto.

*** ** ***

Al termine della nostra esposizione ricostruttiva della dottrina di SAGMEISTER, e in considerazione di quella che è la sua personale definizione di diritti fondamentali che qui abbiamo voluto fare nostra, è possibile riportare quello che secondo l'Autore esaminato è lo *schema delle norme del diritto primario europeo*, (*infra*, Figura 1) laddove è possibile apprezzare nella loro eterogeneità, la collocazione, l'origine e la natura dei *diritti fondamentali (Grundrechte)* e delle altre norme disciplinanti le principali situazioni fondamentali, e dove emerge in tutta la sua incognita natura –oggetto della presente trattazione– il posto dei principi del diritto comunitario di cui all'art 52 co. 5.

Come si può osservare, l'Autore sembra assumere come discriminante prioritario il “destinatario deontico” delle posizioni fondamentali introdotte.

Classifica le norme di diritto primario in tre macrocategorie in “Diritti dei (per i) cittadini”, “Obblighi dei (per i) cittadini” e “Obblighi” de (per) l'Unione”. Alla prima appartengono le diverse norme istitutive di posizioni di vantaggio per i singoli: “diritti fondamentali”, “libertà fondamentali”, “diritti analoghi alle libertà fondamentali” e “principi caratteristici dello Stato di diritto”, (es.: *legalità, certezza del diritto, irretroattività della legge penale*) evidentemente tutte forme di garanzia e tutela di posizioni fondamentali dei cittadini. Nella seconda categoria si annoverano tutti i vincoli precettivi ad atti e comportamenti che hanno per destinatari i cittadini, quali, ad es., i divieti discendenti dalle regole della concorrenza. Degli obblighi per l'Unione (III colonna) fanno parte i “principi di struttura”, che sebbene espressi con disposizioni programmatiche e in enunciati ottativi, più che precettivi, non possono essere invocati come fondamento per pretese nei rapporti interprivati ma piuttosto vincolano l'Unione costituendo parametro di conformità degli atti comunitari.

Dalla schematizzazione emerge che i principi nel senso dell'art. 52 co. 5 della Carta si collocano invece in posizione dubitativa, perché non è chiaro se debbano annoverarsi nel gruppo di norme conferenti posizioni di vantaggio ai cittadini, o tra quelle che costituiscono criteri di legislazione, rappresentanti obiettivi e programmi per l'Unione.

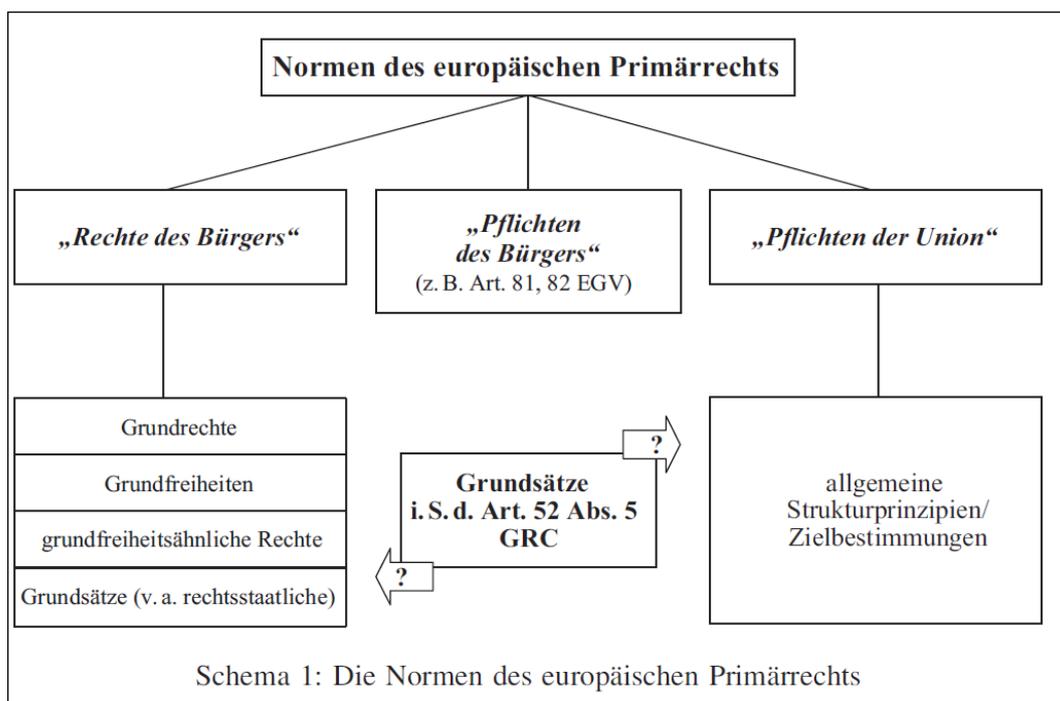


Figura 1. Rappresentazione interlocutoria del ricostruito “Schema delle norme del diritto primario europeo” secondo SAGMEISTER. Si distinguono le diverse fonti e matrici di diritti e principi, mediante la sistemazione di tali fonti in tre colonne. Diritti dei cittadini, Obblighi dei cittadini e Obblighi per l’Unione. Ma in questa fase interlocutoria, la natura incognita dei “principi” nel senso dell’art. 52 co. 5 è raffigurata dalla collocazione interrogativa dell’insieme di essi al centro dello schema: né appartenente alla matrice delle tutele posizioni di vantaggio dei cittadini (I colonna), né agli obblighi per l’Unione (III colonna). (2010, pag. 68).

5.2 Concetto e definizione dei “Principi” nella Carta. Le caratteristiche dei principi nel senso inteso dall’art. 52 co. 5.

Dopo aver isolato il primo termine -“diritti”- della nostra equazione, nel tentativo di slegare quello che abbiamo definito lo iato dogmatico della coppia concettuale diritti-principi, veniamo dunque a quello che, secondo la principale dottrina che si è espressa ad oggi in materia è il concetto di “principi” inteso e disciplinato dalla Carta, e che secondo lo schema di SAGMEISTER è l’insieme incognito da indagare e identificare.

Già si è visto, da un lato, quali disposizioni secondo una piana interpretazione letterale, possano essere pacificamente riconosciute come *riproduttive* di principi o espresse ed enunciate *in forma* di “principio”. Dall’altro lato, abbiamo esplorato le prime caratteristiche, che già secondo la lettera del Catalogo possano ascrivere ai principi intesi nel senso degli artt. 51 e 52 co. 5 della Carta.

Come si è detto, la Carta evoca i principi in modo non univoco e sembra introdurre una distinzione, tra le diverse matrici di essi, e tra questi e diritti, che lungo tutto l’articolato rimane evanescente. In successione, si presenta un panorama di questo tipo:

- al par. 2 si menzionano i “principi” di “democrazia” e “stato di diritto”, di natura costituzionale, già noti per il loro riconoscimento nella vecchia stesura dell’art 6 co. 1 del TUE prima del Trattato di Lisbona;
- al par. 5 si dà conto della vincolatività per l’Unione del “principio” di sussidiarietà come principio che disciplina il riparto di competenze e attribuzioni;
- il paragrafo 7, solennemente proclama che l’Unione riconosce i “principi”, come i diritti e le libertà che saranno enunciati di seguito nella Carta;
- nel corso dell’articolato, si enunciano, come si è visto (*supra*, par. 4.1.1.) “principi” di varia natura e matrice, generalmente esprimenti posizioni di vantaggio dei cittadini;
- le stesse rubriche o intitolazioni sembrano enunciare “principi”, a loro volta riproduttivi di “valori”;
- all’art 51 si configura la formale e sostanziale distinzione tra “diritti” e “principi”, con la descrizione del doppio regime di “rispetto” per gli uni e “osservanza” per gli altri;
- in ultimo, all’art 52 si chiarisce il regime e il trattamento riservato alle disposizioni di principio contenute nella Carta: possono essere attuate da atti legislativi e esecutivi adottati da istituzioni, organi e organismi dell’Unione e da atti di Stati membri allorché essi danno attuazione al diritto dell’Unione [... e] possono essere invocate dinanzi a un giudice *solo* ai fini dell’interpretazione e del controllo di legalità di detti atti, e non possono quindi fondare pretese nei rapporti tra singoli individui.

Per una comprensione della categoria dei principi, allora, le domande a cui deve darsi ora risposta sono:

- 1) quali delle fonti e tipologie di principio viste, nell’equivocità del significato da associare a questo termine e nell’eterogeneità degli oggetti ricompresi

formalmente in questa categoria a norma della Carta, sono quelle soggiacenti al peculiare regime ex artt 51 e 52 co. 5 ora ricordato?

- 2) quali caratteristiche hanno?
- 3) A quale gruppo di norme di diritto primario, nel trittico indicato da SAGMEISTER (tutela di posizioni di vantaggio per i cittadini/obblighi per i cittadini/obblighi e criteri per l'Unione e la legislazione comunitaria) appartengono?

Ad Primum. Per questa ulteriore distinzione dobbiamo tenere presente il vaglio, già effettuato, di quelle che nelle considerazioni del paragrafo precedente sono le altre tipologie di istanze, posizioni, caratteri e criteri riconducibili alle seguenti fonti, da non confondersi con i principi ora al centro dell'indagine.

I principi nel senso dell'art 52 co. 5, come abbiamo visto, *non* sono:

- né diritti fondamentali in senso stretto, da cui si sono ben distinti;
- né propriamente diritti sociali, anche se del diritto sociale oggettivamente inteso, per i criteri e le istanze espresse, non è possibile una partizione spigolosa tra diritti e principi;
- né libertà fondamentali, che abbiamo visto essere altro dai diritti e dai principi;
- né principi generali di diritto comunitario desunti dall'applicazione interpretativa dei diritti fondamentali come emergenti dalla CEDU, perché di tipo *integrativo*¹⁶⁸ e soggetti ad altro regime: trasformati o trasformabili a loro volta in diritti fondamentali comunitari attraverso il meccanismo dell'art 6 co. 3 TUE, confermato dal Preambolo par. 5, dall'art. 52 co.3 e 53 della Carta;
- né i principi generali di diritto comuni agli Stati membri desumibili dalle tradizioni costituzionali, soggette allo stesso meccanismo, e infine
- neppure principi generali di diritto comunitario, perché essi sono intesi in senso *integrativo*, come autonome fonti del diritto comunitario estrapolati induttivamente dal sistema in via pretoria con lo scopo di risolvere specifici problemi dell'ordinamento comunitario, (ad es: principio di *primauté*)¹⁶⁹.

¹⁶⁸ Cfr. *supra*, Cap. I.

¹⁶⁹ Come testualmente asserisce SAGMEISTER, *Op. cit.*, p. 73. Sul punto, cfr. CGUE, Sentenza *Costa/Enel*, in causa C-6/64, la quale nel suo più celebre passo ricostruisce induttivamente, da un'estrapolazione "ordinamentale" il *principio di primazia* del diritto comunitario con i seguenti passaggi argomentativi: "la corte rileva che, a differenza dei comuni trattati internazionali, il trattato cee ha istituito un proprio ordinamento giuridico, integrato nell'ordinamento giuridico degli stati membri all'atto dell'entrata in vigore del trattato e che i giudici nazionali sono tenuti ad osservare. infatti, istituendo una Comunità senza limiti di durata, dotata di propri organi, di personalità, di capacità giuridica, di capacità di rappresentanza sul piano internazionale, ed in ispecie di poteri effettivi provenienti da una limitazione di competenza o da un trasferimento di attribuzioni degli stati alla Comunità, questi hanno limitato, sia pure in campi circoscritti, i loro poteri sovrani e creato quindi un complesso di diritto vincolante per i loro cittadini e per loro stessi. Tale integrazione nel diritto di ciascuno stato membro di norme che promanano da fonti comunitarie, e più in generale, lo spirito e i termini del trattato, hanno per corollario l'impossibilità per gli stati di far prevalere, contro un ordinamento giuridico da essi accettato a condizione di reciprocità, un provvedimento unilaterale ulteriore, il quale pertanto non potrà essere opponibile all'ordine comune. se l'efficacia

Al contrario, potranno variamente rientrare nel novero dei principi oggetto della nostra indagine:

- i principi “costituzionali” espressi nella Carta in senso *interpretativo e limitatore* (cfr. Cap. I);
- i principi “caratteristici dello stato di diritto” espressi nella Carta;
- i principi “di struttura” e “disposizioni programmatiche” contenuti nella Carta;
- in generale tutte le istanze che abbiamo visto qualificate come tali enucleate o enucleabili sulla base della Carta, non ricomprese nelle categorie che abbiamo escluso;
- tutte le istanze identificabili come tali, qualora possedessero le caratteristiche che di seguito si preciseranno.

Ad Secundum, ad Tertium. Per rispondere alle altre domande, nel nostro intento è provvido rifarsi ancora alla stessa dottrina oggetto della analisi sin qui svolta (SAGMEISTER), che col pregio della sinteticità individua tutte le peculiarità del concetto di “principi” sussumibili sotto la categoria indicata dal paragrafo 7 del Preambolo e soggiacenti al regime degli artt. 51 e 52 co. 5. Di seguito le enucleeremo secondo le concordanze con il materiale e la letteratura a disposizione, e così verificate saremo compiutamente in grado di differenziare questo gruppo di “principi” dalle categorie di fonti anzi dette, e compiutamente collocarli in uno dei gruppi normativi indicati.

III. 5.2.1 I principi come categoria di norme differente dai diritti fondamentali.

Che si debba operare un distinguo, è già insito come più volte detto nel disposto dell’art. 51 co.1 e nella triplice distinzione di fonti presentata dal paragrafo 7 del preambolo. Le discussioni nei gruppi di lavoro, il tenore delle Spiegazioni lo

del diritto comunitario variasse da uno stato all' altro in funzione delle leggi interne posteriori, cio' metterebbe in pericolo l' attuazione degli scopi del trattato contemplata nell' art . 5, secondo comma, e causerebbe una discriminazione vietata dall' art . 7. Gli obblighi assunti col trattato istitutivo della Comunità non sarebbero assoluti, ma soltanto condizionati, qualora le parti contraenti potessero sottrarsi alla loro osservanza mediante ulteriori provvedimenti legislativi . i casi in cui gli stati hanno diritto di agire unilateralmente sono espressamente indicati (v . ad es . gli articolo 15, 93 n . 3, 223/225) e d' altronde le domande di deroga degli stati sono soggette a procedure d' autorizzazione (v . ad es . gli articoli 8 n . 4, 17 n . 4, 25, 26, 73, 93 n . 2, terzo comma, e 226) che sarebbero prive di significato qualora essi potessero sottrarsi ai loro obblighi mediante una semplice legge interna. La preminenza del diritto comunitario trova conferma nell' art . 189, a norma del quale i regolamenti sono obbligatori e direttamente applicabili in ciascuno degli stati membri . questa disposizione, che non e accompagnata da alcuna riserva, sarebbe priva di significato se uno stato potesse unilateralmente annullarne gli effetti con un provvedimento legislativo che prevalesse sui testi comunitari . Dal complesso dei menzionati elementi discende che, scaturito da una fonte autonoma, il diritto nato dal trattato non potrebbe, in ragione appunto della sua specifica natura, trovare un limite in qualsiasi provvedimento interno senza perdere il proprio carattere comunitario e senza che ne risultasse scosso il fondamento giuridico della stessa Comunità. Il trasferimento, effettuato dagli stati a favore dell' ordinamento giuridico comunitario, dei diritti e degli obblighi corrispondenti alle disposizioni del trattato implica quindi una limitazione definitiva dei loro diritti sovrani, di fronte alla quale un atto unilaterale ulteriore, incompatibile col sistema della Comunità, sarebbe del tutto privo di efficacia . l' art . 177 va quindi applicato, nonostante qualsiasi legge nazionale, tutte le volte che sorga una questione d' interpretazione del trattato”.

confermerebbero¹⁷⁰. Con l'inserimento dell'art. 52 co. 5 della Carta sembrerebbe inoltre ratificata la differenza ontologica e deontologica dei "principi" dai "diritti" tradizionali.

Tuttavia, come viene rilevato, secondo talune spiegazioni alcuni articoli (disposizioni) della Carta conterrebbero tanto elementi idonei per istituire un diritto, che per esprimere un principio. Ciò si rinverrebbe per esempio negli artt. 23, 33 o 34 della Carta, disposizioni normativamente anfibologiche sulla base delle quali taluni inferirebbero che alcune tutele o garanzie della Carta possano essere classificate sia come diritti fondamentali che come principi¹⁷¹.

SAGMEISTER riporta la tesi di M. BOROWSKY secondo cui analogamente al diritto costituzionale tedesco, molti diritti fondamentali della Carta (in special modo il diritto fondamentale alla "Dignità umana" (*Menschenwürde*), come espresso nell'art. 1), non presenterebbero solamente un contenuto soggettivo, ma anche una dimensione oggettiva, cosicché ben potrebbero essere concettualizzati come principi¹⁷². D'altra parte si contrappone la tesi di altra dottrina¹⁷³, secondo cui, stando alle spiegazioni della Carta alcune garanzie apprestate nelle disposizioni del Catalogo dovrebbero essere decostruite da un punto di vista logico-normativo in due parti: un ambito nucleare che contiene un diritto, e un ambito periferico o circostante (una sorta di "alone semantico", quella che in logica e linguistica è la sua *estensione*), veicolante solamente un principio.

SAGMEISTER contesta la teoria di BOROWSKY, secondo cui in una singola disposizione dovrebbero potersi rinvenire non solo il *pendant* oggettivo di un diritto soggettivo, ma persino due diverse categorie di norme produttive di conseguenze differenti; ciò che, -obietta SAGMEISTER-, non può essere, dal momento che una singola norma non può condensare *in nuce* gli effetti giuridici sia di un diritto fondamentale sia di un principio.

Si nega quindi radicalmente la possibilità di una siffatta doppia qualificazione delle disposizioni della Carta, anche sulla base della diversità di regime introdotta dall'art. 52 co. 5, per l'osservanza del quale è necessario identificare *alternativamente* la natura delle disposizioni della Carta come diritti o come principi.

D'altro canto neppure la tesi di JARASS appagherebbe perché la distinzione nei due ambiti "nucleo" e "alone" aggraverebbe ulteriormente il nostro tentativo favorendo un livellamento di entrambe le categorie di norme.

SAGMEISTER propone una diversa lettura di tale assetto, con una diversa interpretazione delle "Spiegazioni". Secondo questi occorre distinguere "la disposizione-articolo" (il veicolo linguistico, la cellula sistematica del Catalogo) dalla "proposizione normativa" (il contenuto logico).

¹⁷⁰ cfr. *supra*, Cap. II.

¹⁷¹ In questo senso, si esprimono ad esempio le stesse Spiegazioni della Carta: "A titolo illustrativo si citano come esempi di principi riconosciuti nella Carta gli articoli 25, 26 e 37. In alcuni casi è possibile che un articolo della Carta contenga elementi sia di un diritto sia di un principio, ad es. gli articoli 23, 33 e 34. Le spiegazioni sono pubblicate nella G.U.U.E. del 14.12.2007, n° C 303 da pag. 17 ss.

¹⁷² Espressa e riportata in M. BOROWSKY, al commento all'art. 52, in J. MEYER, (a cura di): *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, Baden-Baden, 2006.

¹⁷³ H. D. JARASS, *EU-Grundrechte*, München, 2005.

“Una proposizione normativa non può contenere contemporaneamente un doppio regolamento che segue il doppio regime delle due categorie di norme, bene invece è possibile che in una disposizione-articolo della Carta si rinvengano più posizioni di garanzia”.

Come esempio di simile dualismo, basandosi anche sulle Spiegazioni, fornisce l’art. 34 co. 3, secondo cui:

“al fine di lottare contro l'esclusione sociale e la povertà, l'Unione riconosce e rispetta il diritto all'assistenza sociale e all'assistenza abitativa volte a garantire un'esistenza dignitosa a tutti coloro che non dispongano di risorse sufficienti, secondo le modalità stabilite dal diritto dell'Unione e le legislazioni e prassi nazionali” (art. 34)

che mirerebbe prevalentemente alla protezione istituendo un principio di prestazione e che quindi dovrebbe essere qualificato come un principio ai sensi dell’art. 52 co. 5.

Al contrario, il sovrastante comma 2¹⁷⁴ legittimerebbe una vera e propria pretesa a misure di contrasto alle discriminazioni, a prestazioni di sicurezza sociale e ad agevolazioni sociali, e pertanto conterrebbe un diritto fondamentale riconosciuto al singolo nella forma della contitolarità con i consociati.

Mentre un mero principio sarebbe espresso nel superiore primo comma¹⁷⁵, il quale garantisce l’incremento delle prestazioni ivi menzionate e delle prestazioni di sicurezza sociale ai contitolari destinatari, ma che –anche secondo il rigoroso esprimersi delle spiegazioni sul punto¹⁷⁶- non veicolerebbe o fonderebbe alcuna nuova pretesa. La classificazione come principio sarebbe perciò confermata dalla volontà espressa dai membri della Convenzione.

Secondo quanto appena visto, dunque, così come affermato dalle Spiegazioni della Carta, nell’art 34 potrebbero contenersi sia diritti che principi. Tale dualismo, secondo SAGMEISTER dovrebbe rinvenirsi anche in altre disposizioni, come ad esempio negli artt. 23 e 33 che nelle Spiegazioni sono presi a modello di disposizioni miste, e negli artt. 24 e 32 che recano gli standard e le istanze di tutela dei giovani e di politica di protezione dal lavoro minorile.

¹⁷⁴Che così recita: “ (2) Ogni persona che risieda o si sposti legalmente all'interno dell'Unione ha diritto alle prestazioni di sicurezza sociale e ai benefici sociali, conformemente al diritto dell'Unione e alle legislazioni e prassi nazionali”.

¹⁷⁵Che così si esprime: (1) “L'Unione riconosce e rispetta il diritto di accesso alle prestazioni di sicurezza sociale e ai servizi sociali che assicurano protezione in casi quali la maternità, la malattia, gli infortuni sul lavoro, la dipendenza o la vecchiaia, oltre che in caso di perdita del posto di lavoro, secondo le modalità stabilite dal diritto dell'Unione e le legislazioni e prassi nazionali”

¹⁷⁶Pubbligate nella G.U.U.E. n° C 303 del 14.12.2007, le quali testualmente affermano: *Il principio enunciato nel paragrafo 1 dell'articolo 34 è basato sugli articoli 153 e 156 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, nonché sull'articolo 12 della Carta sociale europea e sul punto 10 della Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori. Esso deve essere rispettato dall'Unione quando questa si avvale dei poteri ad essa conferiti dagli articoli 153 e 156 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea.*(Spiegazione relativa all’art. 34, pag. 27)

La domanda posta come tema di questo paragrafo, porta quindi ad una risposta solo parzialmente risolutiva, che necessita ulteriori precisazioni. Una differenziazione tra diritti e principi è reale e possibile, ma in taluni casi estremamente difficoltosa, perché le due tipologie di fonti ben possono anche trovarsi presenti nella stessa disposizione. Per giustificare una simile ipotesi, trattandosi di un'analisi da condurre sul medesimo enunciato, occorre quantomeno un criterio ulteriore. Questo non può essere né una scomposizione tra nucleo e alone dell'enunciato proposta da JARASS, né il doppio punto di vista soggettivo-oggettivo proposto da BOROWSKY, ma un primo strumento utile può rivelarsi la partizione dell'enunciato intendendo lo stesso come "disposizione-articolo" (il veicolo linguistico) o come "proposizione normativa" (il contenuto logico e prescrittivo), metodo che effettivamente riesce a dar conto della verificata, consustanziale, doppia natura¹⁷⁷.

5.2.2. *Principi: categoria propria della Carta o anche dei Trattati?*

Altra domanda su cui è bene fare chiarezza, e che trova risposta nella dottrina di SAGMEISTER è se il concetto di "principi" soggiacenti al regime dell'art. 52 co. 5 identifichi disposizioni della sola Carta, o piuttosto questa speciale categoria di norme sia rinvenibile in tutto il diritto primario europeo.

Il criterio forte dell'eterointegrazione della Carta e della maggior protezione, ribadito anche nel comma 2 dell'art 52¹⁷⁸, e lo stesso nesso sistematico che equipara la Carta ai Trattati¹⁷⁹, vero fondamento costituzionale dell'Unione¹⁸⁰, suggeriscono una pluralità di luoghi di cognizione, per cui dovrebbe concludersi che principi di questo tipo si possano rinvenire anche nelle altre fonti di diritto primario: i Trattati. A ciò si aggiunge che nello stesso elenco di enunciati di principio riconoscibili nella Carta¹⁸¹ le stesse istanze proclamate discendono e sono spesso espresse con maggiore dovizia da altri strumenti; tutti elementi che dovrebbero portare a riconoscere la nostra categoria normativa come rinvenibile trasversalmente in tutto il diritto dell'Unione.

Tuttavia, nell'introdurre questa tipologia di fonte, la Carta nel preambolo è chiara nel circoscrivere i "principi" alle disposizioni, "*enunciat[e] in appresso*", così come in modo del tutto coerente istituisce il doppio regime degli artt. 51 e 52 per "*le [sole] disposizioni della presente Carta*", ed anche dalle Spiegazioni¹⁸² non sembra emergere una diversa direttiva in senso estensivo.

¹⁷⁷ Peraltro in linea con l'analisi di ALEXU, (cfr. *supra*, cap. I).

¹⁷⁸ "*I diritti riconosciuti dalla presente Carta per i quali i trattati prevedono disposizioni si esercitano alle condizioni e nei limiti dagli stessi definiti*".

¹⁷⁹ L'art. 6 co. 1 TUE

¹⁸⁰ Come chiarito una volta per tutte dalla Corte GUE, nel Parere n° 1/91 del 14.12.1991: "*il Trattato CEE, benché sia stato concluso in forma d'accordo internazionale, costituisce la carta costituzionale di una comunità di diritto*" e "*contiene alcune norme fondamentali che non possono formalmente essere oggetto di revisione*" (ad es. quelle concernenti il sistema giurisdizionale) [Corte di giustizia, parere 14-12-1991, n. 1/91, in Racc. 1991, 6079, p.to 21], e già anticipato nella Sentenza *Van Gend & Loos*, del 5.2.1993, in causa C-26/62.

¹⁸¹ *Supra* stilato; par. III.4.1.1).

¹⁸² *Spiegazioni*, (rif. cit.), pag. 35.

In presenza di indicazioni così contrastanti, deve quindi concludersi che in ossequio ad un'argomentazione sistematica e ordinamentale riconosceremo lo *status* di principio ex art 52 co.5 anche a istanze rinvenibili diffusamente nel diritto primario dell'Unione, ma per maggior rigore epistemologico potremo applicare le conclusioni a cui si arriverà nella nostra indagine a disposizioni contenute nella sola Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

5.2.3 Vincolatività delle norme di principio?

Tra le caratteristiche dei principi indagate dalla dottrina a cui facciamo riferimento, vi è quella della loro "vincolatività" o "cogenza" ("*Verbindlichkeit*"). Essa, insieme con la *validità*, deve essere intesa come una delle caratteristiche dell'*esistenza* di una norma giuridica¹⁸³.

Per riconoscere carattere giuridicamente vincolante ad una disposizione, secondo la più integra tradizione formalista-legalista, occorrerebbe che la stessa, conformemente ai canoni costituzionali e legali nazionali sulla legiferazione, sia emanata secondo determinate procedure da soggetti che generalmente ne hanno l'autorità (parlamento, governo) o che da questi siano stati autorizzati o delegati per legge, i quali producono norme dotate di efficacia vincolante nei confronti dei destinatari; in alternativa, qualora sia emessa da organi esterni al sistema statale o privi di generale iniziativa legislativa dovrà essere ratificata dall'organo legislativo dello Stato per sanare il difetto di incompetenza (e quindi di conseguente non vincolatività) e introdurla nell'ordinamento formale. Come è noto, sono molti gli strumenti, che seppur formalmente normativi, sostanzialmente non sono giuridicamente vincolanti. Nel solo ambito internazionalistico basti citare strumenti internazionali non ratificati perché privi di ordine d'esecuzione¹⁸⁴, dichiarazioni e proclamazioni solenni di principio¹⁸⁵, il c.d. *soft law*¹⁸⁶. In ambito comunitario

¹⁸³ Al proposito, oltre a SAGMEISTER, si pensi alla definizione di esistenza del diritto o della norma giuridica data da L. LOMBARDI VALLAURI nel suo *Corso*, (Cit, pp. 144 ss.), secondo cui l'esistenza della norma viene presentata con la questione "se la norma *esista* come norma". LOMBARDI VALLAURI riconduce l'esistenza a tre grandi tipi e quindi macroteorie: esistenza secondo il valore della norma (tipica del giusnaturalismo), secondo la validità della stessa (del formalismo giuridico di stampo Kelseniano) e in base alla sua effettività (del realismo giuridico). La vincolatività si ritiene che debba rientrare nell'ambito delle dinamiche imperativistiche tipiche del formalismo o del positivismo normativista.

¹⁸⁴ In ordine a quelle che tradizionalmente sono le due modalità di adattamento del diritto interno al diritto internazionale occorre infatti precisare che nel caso del c.d. *procedimento speciale* (o *mediante rinvio*) la norma internazionale non viene riformulata dallo Stato in una fonte interna (come nel procedimento ordinario), ma piuttosto gli organi preposti alle funzioni normative si limitano ad ordinare l'osservanza della o delle norme internazionali medesime. L'*ordine di esecuzione* dunque è l'atto, dato con fonte ordinaria (solitamente legge, la stessa che autorizza la ratifica dello strumento internazionale) con cui si impone l'osservanza delle norme contenute nell'accordo a monte, rinviando ad esse.

¹⁸⁵ La stessa Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, appariva una mera dichiarazione solenne di valore solo politico fintanto che ciò non è stato ufficialmente superato mediante il riferimento formale all'interno del TUE così come modificato dal Trattato di Lisbona, il quale ha precisato che "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 (art. 6 co.1 TUE). Tuttavia non può disconoscersi che un

assistiamo all'emanazione di atti non vincolanti come le raccomandazioni e pareri:

vivace dibattito dottrinale e tra gli operatori del diritto si fosse acceso, fin da subito, sulla possibilità che ancorché mai ratificata né dotata di valore giuridico, la Carta potesse anteriormente al 2007, anno della firma del Trattato di Lisbona, esplicitare effetti cogenti negli ordinamenti degli Stati membri. Sul punto U. DE SIERVO *L'ambigua redazione della Carta dei diritti fondamentali nel processo di costituzionalizzazione dell'Unione europea*, in *Diritto Pubblico*, 2001, I, pagg. 43-50 e G. VETTORI, nel 2008 scrive: "Anche la Commissione espresse più volte la volontà di riconoscere al testo un carattere vincolante. Già nella Comunicazione del febbraio 2001 si era fatto "obbligo di sottoporre ad un test di coerenza con la Carta tutti gli atti legislativi incidenti nella materia dei diritti fondamentali" e di recente nel 2005 "si è reso più stringente questo obbligo, disciplinandone in modo puntuale molti passaggi procedurali". Il Parlamento europeo ha approvato il 15 marzo 2007 una Risoluzione sul rispetto della Carta di Nizza ove si "invita tutte le Istituzioni ad un monitoraggio trasparente e penetrante del rispetto dei diritti "sanciti nel testo e si richiama " il dato istituzionale della "auto-obbligazione" degli organi comunitari al suo rispetto. Ma il contributo più significativo si è avuto dalla giurisprudenza che nel corso di pochi anni si è pronunciata sul documento con un'ampiezza e una frequenza straordinaria . Basta ricordare che in Italia hanno richiamato quella fonte la Corte Costituzionale, la Corte di Cassazione, il Consiglio di Stato oltre a numerosi giudici di merito, mentre in altri Stati si sono pronunciati i Tribunali costituzionali (Spagna e Portogallo) senza contare la Corte di Strasburgo, il Tribunale di prima istanza, gli Avvocati Generali e da ultimo la stessa Corte di Giustizia". (G. VETTORI, *La lunga marcia della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *europeanrights.eu*, 6.2.2008).

¹⁸⁶ Seguendo i tre principali orientamenti dottrinali in materia, il *soft law* è inteso ora come una tipologia di atti, ora come una tecnica di regolazione, ora come un fenomeno che comprenderebbe tanto una tipologia di atti, quanto una tecnica di regolazione. Tutte le ricostruzioni sono concordi nel ritenere, con il padre di questa locuzione R. DUPUY comunque un tipo di diritto morbido, attenuato e non vincolante. Secondo quanto riporta recente dottrina (A. POGGI): "Il primo orientamento è ascrivibile sia a dottrine di stampo anglosassone, che definiscono i vari strumenti ad esso riconducibili quali regole di condotta a portata generale; sia alle dottrine di stampo più prettamente continentale che fondano il proprio ragionamento sull'art. 249 TCE (ora 288 TFUE) e sulla distinzione in esso contenuta tra atti vincolanti (regolamenti, direttive e decisioni) e atti non vincolanti (raccomandazioni e pareri). [...] Per le dottrine di stampo anglosassone il *soft law* consiste di regole di condotta cui non è attribuito dall'ordinamento carattere vincolante ma che comunque producono effetti giuridici, ovvero sono adottate con lo scopo di raggiungere gli stessi effetti giuridici formalmente collegati ad atti vincolanti. [...] Sempre a questo primo orientamento vanno altresì ricondotte quelle tesi che considerano il *soft law* una fonte atipica che rileva prevalentemente sul versante dell'interpretazione, operando all'interno della dinamica delle fonti". [...] Il secondo orientamento, pur fondandosi sulla prima compiuta definizione di *soft law* ascrivibile a F. SNYDER [...] accentua, invece, il carattere di tecnica di regolazione di volta in volta alternativa, complementare o preparatoria ai tradizionali e formalizzati sistemi di produzione delle regole, così come previsti nei Trattati. [...] In questa prospettiva l'accento è posto più sulle tecniche di regolazione di talune politiche che devono venire condotte in maniera "soft", che sui singoli atti che esse producono. [...] Il terzo orientamento ritiene compresi nel fenomeno sia atti atipici o non previsti, sia atti politicamente vincolanti, sia tecniche di regolazione, sul presupposto che la non vincolatività sia superata dal consenso sostanziale alle regole prestato da coloro che le hanno sottoscritte, o hanno concorso a formarle ovvero le rispettano ritenendole vincolanti. Qui il *soft law* [specie inteso in senso] comunitario pare riallacciarsi direttamente alla natura dei rapporti tra Stati e Stati e tra Stati e Unione in cui "ogni Stato membro deve fidarsi degli altri e dell'Unione". Il contesto, infatti, è caratterizzato da "una diversa forma del potere, basata sulla circolarità e la continuità del processo, su un'ampia serie di prescrizioni reciproche presupposte, non formalizzate, vincolanti nei fatti ma non sanzionabili giuridicamente: vincolanti ma non vincolanti". Tale fluidità di rapporti genererebbe una serie di atti, di principi comuni, di convenzioni, di accordi che pur non astrattamente vincolanti, vengono ritenuti in concreto obbligatori sulla base del consenso, della convenienza, o della convenzione. In queste prospettive il *soft law* più che fonte del diritto è direttamente collegata con il "potere comunitario di indirizzo politico", per cui "gli atti atipici costituiscono, cioè, strumenti di diritto mite, dotati di una efficacia giuridica molto minore rispetto alle fonti tipiche (...) volti a perseguire obiettivi politici attraverso la loro persuasione ovvero la plusvalenza che ad essi deriva in termini di autorevolezza mutuata dall'organo (o dagli organi) da cui promanano, più che attraverso la forza coattiva del diritto". (A. POGGI, *Soft law nell'ordinamento comunitario, Relazione tenuta al convegno annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti "L'integrazione dei sistemi costituzionali europeo e nazionali"* – Catania, 14-15 ottobre 2005, disponibile sul sito internet di *astrid-online.it*).

questi ultimi infatti non devono essere formalmente rispettati ma tenuti in considerazione da parte degli Stati membri¹⁸⁷. Per completezza occorre infine ricordare, che tra gli atti normativi dotati di efficacia vincolante *inter partes* secondo l'ordinamento vi è anche il regolamento contrattuale (art. 1372 c.c.) nato dall'autonomia convenzionale riconosciuta ai privati dall'art 1322 c.c., idoneo a creare un vincolo obbligatorio tra i paciscenti che ha la stessa forza della legge (art. 1174 c.c.).

Il carattere ora in esame non deve essere confuso con la “precettività”, intesa come “invocabilità” dei principi per fondare e giustificare posizioni soggettive, già al centro del dibattito che abbiamo visto tra normativisti-positivisti e giusnaturalisti nella *querelle* sull'efficacia normativa delle disposizioni costituzionali di principio all'indomani della Costituente Italiana¹⁸⁸. Una tale “precettività” infatti si risolverebbe quasi in quel trinomio “chiarezza-precisione-carattere incondizionato” richiesto dal diritto comunitario per riconoscere ad una fonte “effetto diretto”¹⁸⁹, nozione che nel sistema della Carta con riferimento alle nostre due categorie di norme, affronteremo in seguito¹⁹⁰. Per il momento basti anticipare che una tale efficacia normativa piena e incondizionata non può essere accettata, perché in linea di massima secondo la lettera dell'art. 52 commi 2 e 5 solo “*i diritti...si esercitano*”,

¹⁸⁷ La già citata costituzionalista A. POGGI distingue tra le tre funzioni in cui vengono classificati gli atti ascrivibili tale fenomeno e cioè *pre-law* (strumenti preparatori di atti giuridici vincolanti quali Libri bianchi, Libri verdi), *post-law* (strumenti di interpretazione di atti vincolanti quali linee guida, codici di condotta, comunicazioni interpretative) e *para-law* (strumenti alternativi ad atti vincolanti quali raccomandazioni, pareri comunicazioni non interpretative), solo quest'ultima viene ritenuta funzione di “vero” soft law, poiché essa renderebbe assolutamente evidente lo scopo che si vuole raggiungere: dar vita ad un atto alternativo alla legislazione. Di qui l'esigenza di una chiarificazione degli effetti legali del *soft law*: o attraverso una loro riconduzione alla norma di riconoscimento degli atti giuridici dell'Unione, ovvero attraverso un loro drastico ridimensionamento. Perciò gli altri atti creati dalla prassi comunitaria, quali gli atti atipici e cioè quelli che “pur corrispondendo nella denominazione alla tipologia elencata all'art. 249 CE hanno tuttavia natura, caratteri, ed effetti diversi da quelli propri degli atti tipici ivi previsti” (quali regolamenti interni, direttive pareri e raccomandazioni che una istituzione indirizza ad un'altra nell'ambito di un procedimento, ovvero alcune decisioni che mascherano quando accordi internazionali, quando accordi interistituzionali), ovvero gli atti non previsti, che “non rientrano in alcuna delle categorie di cui all'art. 249 e che neanche sono contemplati dai Trattati”, costituiscono prassi da evitare o comunque da ridurre. Tali atti, infatti concret[erebbero] una soft law dell'Unione europea che, a differenza della soft law del diritto internazionale è costituita da atti che “creano un vincolo giuridico più preciso”. L'incertezza sulla loro natura ed i loro effetti provoca, in questa prospettiva, dubbi di legittimità e di opportunità poiché essi “potrebbero prestarsi al tentativo di creare degli obblighi di comportamento, falsando i meccanismi istituzionali, senza offrire adeguate garanzie per gli interessati”. (A. POGGI, *Op. cit.*).

¹⁸⁸ Cfr. *supra*, Cap. I.

¹⁸⁹ Nozione di derivazione giurisprudenziale (cfr. Sentenza *Van Gend & Loos*) che riconduce alla disposizione comunitaria normalmente non direttamente applicabile, effetto diretto di carattere prevalentemente verticale, a patto che la stessa sia formulata in maniera “chiara”, “precisa” e “incondizionata”. Questo concetto è quello utilizzato per giustificare il carattere *self executing* di talune direttive espresse in modo dettagliato (c.d. *direttive dettagliate*). La nozione ora chiarita di “effetto diretto” non si deve confondere con quella di “diretta applicazione/bilità” di una norma comunitaria che invece è il carattere peculiare dei regolamenti e decisioni, vale a dire di fonti che per previsione del TFUE non necessitano in linea di principio di alcuna normativa di recepimento da parte degli Stati membri ed entrano a far parte del novero delle fonti interne dei singoli paesi della Comunità dal momento della pubblicazione o notificazione ovvero, in ultima ipotesi, dal termine iniziare espressamente indicato in tali atti. (cfr. anche A.M. CALAMIA, V. VIGIAK, *Manuale breve di diritto comunitario*, Milano, 2008).

¹⁹⁰ *Infra*, parr. 5.2.6 e 5.2.7.

e invece “*le disposizioni che contengono principi... possono essere invocate dinanzi a un giudice solo ai fini dell'interpretazione e del controllo di legalità di detti atti*”¹⁹¹.

La vincolatività nel senso di SAGMEISTER deve essere quindi intesa nel senso di “cogenza” dei “principi” in relazione a quello che è il comportamento che a tenore della Carta è comunque predicabile per essi, che abbiamo detto essere, a differenza del “rispetto” (riferibile ai soli diritti), l’”osservanza” (art. 51 co. 1), l’”attuazione” e al limite “*l'invocabilità*” (solo ai fini noti). La nostra domanda si risolve dunque nella seguente: questi comportamenti in relazione ai principi sono vincolati/obbligatori? O meramente possibili?

Stando ancora una volta al dato testuale della Carta, all’art. 51 si legge che “*Le istituzioni, organi e organismi dell'Unione [...] rispettano i diritti, osservano i principi*” nella classica modalità verbale indicativa, tipica delle espressioni imperative.

Tuttavia si nota che l’art. 52 co. 5 si esprime con il verbo servile “possono”: i principi *possono* essere “attuati” e “invocati”, espressione che reca in sé una modalità deontica tutto sommato muta, non prescrittiva nel senso di obbligo o divieto, ma estrinsecante una mera permissione.

Nella sua analisi, SAGMEISTER, sosteneva la vincolatività dei principi fondando la sua argomentazione sul disposto dell’art 51 ed anche sull’esprimersi della versione inglese della Carta, in cui all’art. 52, contrariamente alle versioni italiane, francese e tedesca si poteva leggere: “...the principles *shall* be implemented...”, con il verbo modale “dovere”, divergenza che, tenuto conto dell’assoluta equivalenza delle versioni linguistiche, avrebbe confermato che l’espressione in altre lingue “possono” non si sarebbe dovuta intendere in senso contrapposto all’imperativo “devono”, ma piuttosto avesse la funzione di fugare ogni dubbio a favore della attuabilità del comportamento rispetto ad un’opposta espressione interdittiva “non possono”, con in aggiunta l’alone di obbligatorietà inducibile dalla versione inglese¹⁹². Questa differenza aveva fatto sì che gli stessi membri inglesi all’interno della Convenzione, depositari di una diversa versione, spingessero per una chiarificazione della modalità da seguire.

Allo stesso modo SAGMEISTER desumeva la vincolatività dall’espressione indicativa dal tenore dello stesso Mandato di Colonia del 1999¹⁹³, che precisava che nella stesura della stessa si sarebbero dovute prendere in considerazione istanze anche già codificate, ma non da riportare in via solamente parenetica o ottativa, ma “*nella misura in cui ess[e] non sono unicamente a fondamento di obiettivi per l'azione dell'Unione*”, quindi in senso cogente.

A differenza dell’analisi dottrinale in commento, deve oggi riferirsi che le sollecitazioni della dottrina inglese sono state in ultimo accolte: la versione definitiva della Carta¹⁹⁴, anche in lingua inglese riporta la forma verbale “possono” (“*may*”),

¹⁹¹ Differenza chiarita da SAGMEISTER, *Op. Cit.*, a pag. 164.

¹⁹² SAGMEISTER, *Op. Cit.*, pag 162-163; in particolare, la nota 91.

¹⁹³ Contenuto, come si è detto, nell’allegato IV delle Conclusioni del Consiglio Europeo di Colonia del 3-4 giugno 1999 redatte dalla Presidenza.

¹⁹⁴ Nella versione consolidata del 30.3.2010, pubblicata in G.U.U.E. n° C 83/402.

circostanza che comunque deve interpretarsi nel senso di un'uniformità delle scelte lessicali nelle lingue dell'Unione, ma che non può ritenersi sufficiente per svincolare gli argomenti *pro* cogenza quali l'esprimersi in senso opposto del Mandato di Colonia, lo stesso tenore imperativo dell'art. 51 e le considerazioni già svolte.

Se si accettasse, infatti, l'argomento che le disposizioni programmatiche, sol per il fatto che siano espresse con carattere ottativo non debbano essere vincolanti per le istituzioni, gli organi e gli organismi dell'Unione nell'attuazione del diritto comunitario, si ricuserebbe lo stesso fatto che nelle Carte fondamentali in generale siano espressi gli obiettivi principali d'indirizzo politico della comunità di riferimento, e soprattutto si escluderebbe in radice ciò che nella Carta è invece previsto in termini di fattibilità: l'invocabilità delle stesse disposizioni di principio dinanzi a un giudice (quantomeno) per l'interpretazione ed il controllo di legalità degli atti dell'Unione, (vera funzione-parametro delle disposizioni programmatiche¹⁹⁵). Diversamente, il ragionamento svaluterebbe l'intero secondo periodo dell'art. 52 co. 5.

A conclusione di questa riflessione, deve quindi propendersi per la cogenza dei principi, intesa nel senso di vincolatività, per i soli soggetti destinatari degli articoli 51-52, dei comportamenti per essi predicabili: l'"osservanza" (art. 51 co. 1), l'"attuazione" e al limite "l'invocabilità" ai fini chiariti (art. 52).

5.2.4 Il profilo strutturale dei principi. Le loro dimensioni contenutistico-funzionali di tutela e di prestazione.

Ciò che si è già detto sulle caratteristiche pacifiche delle disposizioni di principio può agevolmente estendersi anche alla portata normativa di esse, ma occorre soffermarsi a comprendere, sotto il profilo strutturale, quali contenuti siffatte disposizioni possano veicolare in generale. In questo intento la riflessione dottrinale a cui ci rifacciamo, ha sviluppato un'articolata distinzione, che ai nostri fini costituisce una vera e propria criteriologia che utilizzeremo anche in seguito per la *summa divisio* che si siamo prefissata. SAGMEISTER assume come base le teorie della partizione degli *status* del cittadino di GEORG JELLINEK¹⁹⁶ e la rielaborazione fattane

¹⁹⁵ Cfr. *supra*, Cap. I

¹⁹⁶ Come si è già avuto modo di vedere (cfr. *supra*, Cap. I), G. JELLINEK, nel suo *System der Subjektiven öffentliche Rechte*, intendendo il diritto essenzialmente come *rapporto*, distingue tra le posizioni soggettive fondamentali 1) le posizioni *lato sensu* "oppositive", le c.d. libertà negative (*status negativus*) che sono garanzie dei singoli contro lo Stato; 2) le posizioni "pretensive", c.d. libertà positive (*status positivus*) le quali intese in senso ampio sono diritti-garanzie, ma che in senso stretto sono diritti a prestazioni specifiche erogate dallo Stato, quali aiuti di Stato, provvidenze o finanziamenti, e 3) le libertà attive (*status activus*) o di partecipazione attiva nello e per lo Stato. Come ha osservato uno studioso costituzionalista fiorentino, "si tratta di una dimensione nuova, del tutto sconosciuta alla tradizione del costituzionalismo ottocentesco: di quella tradizione essa non rinnega la tradizione individualistica dei diritti di libertà ma attribuisce loro un'ulteriore valenza, reinterpretandoli in un'ottica non più esclusivamente garantista, di tutela di uno spazio intangibile da parte dei pubblici poteri o dei privati (la c.d. libertà negativa o libertà dallo Stato), ma anche positiva, di tutela di un'effettiva partecipazione di tutti alla vita politica e sociale (la c.d. libertà positiva o libertà nello Stato). Una dimensione, dunque, che in questi termini si salda perfettamente con l'elemento caratterizzante della forma di Stato sociale e che consiste proprio nell'assunzione di questo compito (assicurare l'effettiva partecipazione di tutti i cittadini) da parte dei pubblici poteri" (P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*. Torino, 2002, p. 93).

da ALEXY¹⁹⁷, secondo cui, sotto il profilo soggettivo le posizioni fondamentali tutelate sotto forma di diritti possono ricondursi a situazioni di garanzia (negative, o oppostive), di prestazione (pretensive, positive), o di partecipazione (libertà attive). Giunge quindi ad affermare che, accanto a questa dimensione soggettiva, coesista anche una dimensione oggettiva per cui le posizioni iusfondamentali oggetto di tutele di una Carta quale quella in esame, si sostanzino non più in tutele regolative, ma in direttive per giudizi di valore che debbano essere osservati nell'interpretazione dell'interno ordinamento, finanche del diritto dei rapporti interprivati¹⁹⁸.

Su questi presupposti afferma che, sotto il profilo contenutistico-funzionale, la stessa distinzione tra profilo soggettivo e oggettivo possa valere anche per i principi. Segnatamente, dovrebbe riconoscersi quindi anche ai principi, accanto alla tradizionale funzione prestazionale (*Leistungsdimension*), una dimensione soggettiva che così come nei diritti, si espliciti in una funzione-contenuto *tutelare* (*Abwehrdimension*).

In particolare, SAGMEISTER nota che anche la Corte di Giustizia ha riconosciuto a principi di diritto comunitario una doppia funzione-contenuto *tutelare* e *prestazionale*. Nella sentenza Commissione c. Repubblica Francese¹⁹⁹, si riconobbe che a talune posizioni fondamentali possano riconoscersi profili contenutistico-funzionali sia garantisti che prestazionali, confermando quindi che i principi possano apprestare simultaneamente: sia una tutela per i cittadini *dallo* Stato; sia imporre agli Stati membri, in un'ottica più oggettiva, l'adozione di misure contrastanti le compressioni delle libertà dei cittadini provenienti da soggetti terzi²⁰⁰.

¹⁹⁷ Di cui si è dato conto *supra*, cap. I.

¹⁹⁸ H. M. SAGMEISTER, *Op. cit.*, pag 165 ss. Nello stesso senso anche G. VETTORI in *Diritto Privato e Ordinamento comunitario*, cit., *passim*.

¹⁹⁹ Sent. del 9 dicembre 1997. - *Commissione delle Comunità europee contro Repubblica francese*, in Causa C-265/95, sul punto così massimata: *In quanto mezzo indispensabile per la realizzazione del mercato senza frontiere interne, l'art. 30 del Trattato non soltanto vieta i provvedimenti di origine statale che, di per sé, creano restrizioni al commercio fra gli Stati membri, ma può anche applicarsi qualora uno Stato membro abbia omissso di adottare i provvedimenti necessari per far fronte a ostacoli alla libera circolazione delle merci dovuti a cause non imputabili allo Stato. Infatti, l'omissione da parte di uno Stato membro di agire o di adottare i provvedimenti sufficienti ad impedire ostacoli alla libera circolazione delle merci, creati in particolare da atti di privati sul suo territorio contro prodotti originari di altri Stati membri, può ostacolare gli scambi intracomunitari al pari di un «facere». L'art. 30 impone quindi agli Stati membri non solo di non adottare direttamente atti o comportamenti tali da costituire un ostacolo agli scambi, ma anche, in combinato disposto con l'art. 5 del Trattato, di adottare qualsiasi provvedimento necessario e adeguato per garantire sul loro territorio il rispetto della libertà fondamentale costituita dalla libera circolazione delle merci.*

²⁰⁰ Nello stesso senso è citata la Sent. CGUE del 12 giugno 2003, in Causa C-112/00. - *Schmidberger* nella quale si legge infatti che “*poiché il rispetto dei diritti fondamentali si impone, in tal modo, sia alla Comunità che ai suoi Stati membri, la tutela di tali diritti rappresenta un legittimo interesse che giustifica, in linea di principio, una limitazione degli obblighi imposti dal diritto comunitario, ancorché derivanti da una libertà fondamentale garantita dal Trattato, quale la libera circolazione delle merci. Così, risulta da giurisprudenza costante che, dal momento che, come nella causa principale, una situazione nazionale rientra nell'ambito di applicazione del diritto comunitario, la Corte, adita in via pregiudiziale, deve fornire ai giudici nazionali tutti gli elementi di interpretazione necessari per la valutazione della conformità di tale situazione con i diritti fondamentali di cui la Corte assicura il rispetto[...]* Nella fattispecie le autorità nazionali si sono basate sulla necessità di rispettare i diritti fondamentali garantiti dalla CEDU e dalla Costituzione dello Stato membro interessato per consentire che fosse limitata una delle libertà fondamentali sancite dal Trattato. [...] La presente causa solleva così il problema della necessaria conciliazione

Funzione tutelare. Il nostro Catalogo infatti, a detta della dottrina, predica per i principi l'“osservanza” e l'“applicazione-attuazione” (artt. 51 co. 1 e 52 co. 5), e, conseguentemente all'enunciazione di alcuni principi (come nel caso della Dignità Umana – art. 1), richiede che gli stessi non siano solo considerati e rispettati – quindi promossi-, ma anche “...*tutelat[i]*”, aspetto prestazionale di tutela, quest'ultimo (*Schutzdimension*), che è cruciale lungo tutto l'articolato (cfr. diritto alla sicurezza *ex art.* 6; diritto all'educazione e all'accesso gratuito all'istruzione obbligatoria *ex art.* 14 co. 2; diritto ad una buona amministrazione *ex art.* 41; diritto a richiedere per i non abbienti il patrocinio a spese dello Stato *ex art.* 47 co. 3).

Ancora, la funzione-contenuto di *tutela* si apprezzerrebbe dal punto di vista oggettivo, ponendo mente a quando previsto dall'art. 52 co. 5 secondo cui le disposizioni contenenti principi comunque “...*possono essere invocate dinanzi a un giudice [...seppur...] ai fini dell'interpretazione e del controllo di legalità*” degli atti comunitari. Oppure, considerando l'aspetto di tutela-garanzia insito nell'art 37, disposizione a tutela dell'ambiente, qualificata dalle stesse Spiegazioni come “principio”, la quale presupporrebbe che l'Unione, a tutela dell'ambiente e dei cittadini, tenga in considerazione tutti i criteri previsti anche agli artt. 2, 6 e 174 del TCE (ora art. 191 TFUE).

Sia dunque la prefigurazione di una forma di invocabilità dei principi di fronte ad un giudice (seppur parziale, e ai soli fini dell'interpretazione e controllo di legalità degli atti, dimensioni comunque che possono rivestire in via mediata anche un ruolo garantistico-tutelare), che la circostanza che alcuni principi esprimano di per se stessi ideali di tutela, spinge a concludere che, anche nella più ampia categoria dei principi, possano riconoscersi profili tutelari, e quindi *lato sensu* giustiziabili. In questo senso, la giustiziabilità dovrebbe dunque essere propria non tanto dei diritti e negata ai principi, ma piuttosto associata al profilo contenutistico funzionale espresso dalla norma presa in considerazione.

Funzione prestazionale. Tradizionalmente, come osserva SAGMEISTER²⁰¹, nei principi spicca la funzione-contenuto “prestazionale” che costituirebbe il vero nucleo (*Kernelement*) degli stessi. Questa funzione dei principi sarebbe del tutto analoga a quella teorizzata da DWORKIN allorché intesi come precetti di ottimizzazione²⁰².

Nella Carta si evincerebbe dalla previsione per cui l'Unione e gli Stati membri ne devono “*promuovere l'applicazione*” (art. 51 co. 1) evidentemente in un'opera sì programmatica, ma peculiarmente attuativa, promozionale, assistenziale caratteristica dello stato sociale e dei servizi. Questa previsione è ripetuta dal seguente art. 52 co. 5, che, benché non sia formulato in una modalità deontica, deve ritenersi, come si è visto nel paragrafo precedente, disposizione vincolante per i suoi destinatari. Allo

tra le esigenze di tutela dei diritti fondamentali nella Comunità con quelle derivanti da una libertà fondamentale sancita dal Trattato [...]. In tali circostanze, occorre effettuare un bilanciamento tra gli interessi di cui si tratta ed accertare, con riferimento a tutte le circostanze di ciascuna fattispecie, se sia stato osservato un giusto equilibrio tra tali interessi. A tal proposito le autorità competenti dispongono di un ampio potere discrezionale. Si deve tuttavia verificare se le restrizioni imposte agli scambi intracomunitari siano proporzionate con riferimento al legittimo obiettivo perseguito, ossia nella fattispecie la tutela dei diritti fondamentali”.

²⁰¹ *Op. Cit.*, Pagg. 172 ss.

²⁰² Cfr. *supra*, Cap. I.

stesso modo, molti altri principi fin qui enunciati possono essere intesi in funzione prestazionale, come il *principio di inserimento degli anziani* (art. 26) comprensibile come riconoscimento ad una vera e propria *pretesa ad una prestazione*: “beneficiare di misure intese a garantirne l'autonomia, l'inserimento sociale e professionale e la partecipazione alla vita della comunità”, o il più volte menzionato *principio di tutela dell'ambiente* (art. 37), che a detta di SAGMEISTER ben può assumere la connotazione di parametro-obiettivo per l'Unione e gli Stati membri di erogare prestazioni per il miglioramento dell'ambiente stesso e della sua tutela mediante l'adozione di misure che non ne tutelino solo lo *status quo*, (dimensione di tutela) ma che provvedano per un effettivo miglioramento (dimensione prestazionale).

5.2.5. I Soggetti passivi (destinatari) del vincolo dei principi ex art. 52 co. 5 (individuati in contrapposizione a quelli soggiacenti ai vincoli dei diritti).

Quanto al problema dei soggetti interessati dalla cogenza che ai *principi* si è riconosciuta, la Carta si esprime nel senso di riconoscere destinatari di tale vincolo le “*istituzioni, organi e organismi dell'Unione [...] come pure, esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione, gli Stati membri*” (artt. 51 co. 1 e 52), senza riferirsi anche ai singoli cittadini.

Nel novero di questa categoria di destinatari, vi saranno dunque anche i giudici, nazionali come dell'Unione. Questi, nelle loro funzioni giurisdizionali saranno soggetti, come si è detto per i principi costituzionali in funzione interpretativa e di parametro di legittimità, all'efficacia *interpretativa* e *parametrica* diretta esplicita nei loro confronti dai principi in ragione del fatto che sono veicolati da fonti di rango primario e quindi esplicano un effetto di superiorità gerarchica rispetto agli atti subordinati.

Diversi sono i problemi della loro efficacia di limite ordinamentale, per l'esplicazione della quale devono essere presi in considerazione in relazione con l'atto sottoposto, oggetto di sindacato; e quello, già ripetutamente posto ed affrontato²⁰³, della loro efficacia “orizzontale” (cioè nei rapporti intersoggettivi, in antitesi all'efficacia “verticale”, concernente invece i rapporti tra Unione e soggetti privati o tra soggetti privati e Stati membri) nel complesso dei *diritti* e *doveri* sanciti nella Carta, risolto in modo positivo da parte della dottrina.

Illustrando i motivi di questa posizione che sembra accettare l'efficacia intersoggettiva dei principi, SCIARABBA ricorda che militano tre argomenti, di natura letterale, invero non totalmente condivisibili, secondo cui: *a*) la stessa formulazione dell'art. 51 si potrebbe agevolmente riferire anche ai singoli cittadini, risultando al contrario quantomai farraginoso pretendere che lo stesso articolo li menzionasse quali destinatari delle norme in esso contenute; *b*) molti degli articoli della Carta conterrebbero norme esplicitamente rivolte ai cittadini (quali l'art 24 co. 2) o norme che, qualora si negasse l'applicabilità della Carta ai rapporti tra privati, perderebbero

²⁰³ In un *excursus* sintetico ne dà conto anche V. SCIARABBA, *Op. Cit.*, p. 156.

in tutto la loro ragion d'essere²⁰⁴; c) Il preambolo, par. 6 ricorderebbe che “*Il godimento di questi diritti fa sorgere responsabilità e doveri nei confronti degli altri come pure della comunità umana e delle generazioni future*”.

A quanto detto si aggiunge che la giurisprudenza, con riferimento ai principi generali dell'ordinamento comunitario *intesi in senso integrativo e di parametro di legittimità* degli atti di soggetti, anche privati, all'interno dell'Unione, ha già affrontato la questione, risolvendola nel senso che essi avrebbero non solo una scontata e unanimemente riconosciuta efficacia verticale, ma anche orizzontale. (Cfr. Sentenza *Mangold*, 22 novembre 2005, in causa C-144/04 – Cfr. Cap. II).

Per quanto riguarda, invece, i principi intesi in senso programmatico, e probabilmente più in linea con la funzione dei principi della Carta, essi si differenziano dai diritti e devono essere osservati principalmente per la legiferazione da ogni organo o istituzione dell'Unione, e, nell'attuazione del diritto comunitario in fase di recepimento delle direttive e decisioni-quadro²⁰⁵, anche dai singoli Stati membri, che sono soggetti ai canoni e ai criteri legislativi che dai principi scaturiscono²⁰⁶.

Nulla però è detto sull'osservanza di questi da parte dei singoli cittadini, soggetti esclusi da una *drittwirkung* immediata derivante dalle disposizioni di principio. SAGMEISTER respinge così l'ipotesi che si possa applicare analogicamente il ragionamento svolto dalla Corte di Giustizia nei casi *Defrenne*²⁰⁷, i quali approvavano la piena e diretta applicabilità del principio di parità di trattamento retributivo tra uomini e donne ex art. 119 del vecchio TCE anche in senso orizzontale nei rapporti tra soggetti privati. Una simile esclusione di questo tipo di effetti, in via di principio, sarebbe confermata secondo l'Autore anche dal silenzio, sul punto, dei lavori preparatori e dalle Spiegazioni della Carta e dalla posizione sostanzialmente negativa circa l'esistenza di effetti orizzontali dei principi secondo la giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'Uomo²⁰⁸.

A ciò si aggiunge il fatto che la Carta, quanto a dato letterale, riconosce testualmente destinatari del vincolo dei principi le “*istituzioni, organi e organismi*”

²⁰⁴ SCJARABBA ricorda a titolo di esempio i doveri scaturenti dagli artt. 5, 8 co. 2; 15 co. 3; 23; 27; 28; 30; 31; 32.

²⁰⁵ Come si è soliti chiamare i provvedimenti-cornice miranti a uniformare le legislazioni e quindi bisognosi di attuazione nell'ambito del III pilastro (cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale).

²⁰⁶ Le *Spiegazioni* in proposito riferiscono a suffragio la seguente giurisprudenza: Sentenza del 13 luglio 1989, *Wachauf*, causa 5/88, Racc. 1989, pag. 2609; sentenza del 18 giugno 1991, ERT, Racc. 1991, pag. 1-2925; sentenza del 18 dicembre 1997, *Annibaldi*, causa C-309/96, Racc. 1997, pag. I-7493. La Corte di giustizia ha confermato questa giurisprudenza nei termini seguenti: «Per giunta, occorre ricordare che le esigenze inerenti alla tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento giuridico comunitario vincolano parimenti gli Stati membri quando essi danno esecuzione alle discipline comunitarie...» (sentenza del 13 aprile 2000, causa C-292/97, Racc. 2000, pag. I-2737, punto 37). Ovviamente questa regola, quale sancita nella presente Carta, si applica sia alle autorità centrali sia alle autorità regionali e locali nonché agli enti pubblici quando attuano il diritto dell'Unione (*Spiegazioni*, G.U.U.E. del 14.12.2007 n° C 303, pag 32).

²⁰⁷ CGUE, Sentenze 8 aprile 1976, *Gabrielle Defrenne c/ SA Sabena*, in Causa 43/75.(raccolta della giurisprudenza 1976 pagina 455) c.d. *Defrenne II*; e Sent. 15 giugno 1978, in Causa 149/77, c.d. *Defrenne III*, in Racc.1365, p.ti 36 e 27.

²⁰⁸ Che, coem si è visto, ai sensi dell'art 52 co. 3 rimane strumento utile per ricostruire significato e portata delle posizioni soggettive comuni anche alla tutela apprestata dalla CEDU.

dell'Unione [...] come pure [...] gli Stati membri” (artt. 51 co. 1 e 52) e nulla invece è detto circa i singoli individui.

SAGMEISTER propende pertanto per negare ai principi intesi in quest'ultimo senso una *drittwirkung* immediata (*unmittelbare Drittwirkung*) nei confronti dei singoli cittadini ma piuttosto per riconoscere ai principi limitatissimi effetti orizzontali ravvisabili unicamente in via mediata (*mittelbare Drittwirkungen*), quando cioè i principi implicino come conseguenza (*Folge*) anche tra i privati il rispetto (questa volta) di doveri e obblighi dai principi scaturenti, come nell'art. 24 in materia di diritti dei minori (a tutela dei quali tutti i consociati, *devono* attivarsi) e in altri rari casi, quali per esempio in materia soggiacente ai principi di libera circolazione dei lavoratori, in ossequio ai quali il datore *non può* subordinare l'assunzione al possesso, da parte del postulante, di un attestato di bilinguismo rilasciabile solo da una provincia dell'Unione²⁰⁹. In questi casi ben si ravvisano gli obblighi e divieti ai principi conseguenti, stavolta giustiziabili e rispettabili, quindi riferibili anche ai singoli²¹⁰.

Al di là di questi casi non può tuttavia avallarsi un generale dispiegamento di effetti intersoggettivi dei principi, i quali, svolgono comunque una funzione eminentemente pubblicistica di criterio di legittimità de diritto comunitario derivato²¹¹: basti pensare che la dogmatica tradizionale li colloca comunque tra le fonti di diritto primario, e in quanto tali, anche solo per lo stesso criterio di superiorità gerarchica rispetto agli atti subordinati integrano *ipso facto* il parametro di legittimità comunitaria, qualità che li colloca in funzione *lato sensu* costituzionalistica e tutta ermeneutica.

Riguardo al vincolo dei principi insistente invece sugli Stati membri, SAGMEISTER distingue il caso in cui lo strumento comunitario da attuare in ossequio ai principi sia una direttiva dettagliata dotata di effetto diretto, o una norma direttamente applicabile, ovvero una direttiva che consente allo Stato membro un margine di apprezzamento nelle forme e i mezzi di attuazione. Se nel secondo caso, infatti, lo Stato membro nell'esercizio di una totale discrezionalità quanto al raggiungimento degli obiettivi indicati, sarebbe principalmente vincolato alle sole disposizioni nazionali recanti diritti fondamentali, e, solo in via mediata (per il tramite della direttiva stessa) alle tutele di diritto comunitario primario di posizioni fondamentali²¹². Nella prima ipotesi, operando automaticamente il dispositivo dello

²⁰⁹ SAGMEISTER (*Op. cit.*, pag. 326) cita espressamente il caso descritto, oggetto della Sentenza *Angonese*, del 6 giugno 2000 in Causa C-281/98.

²¹⁰ Cfr. SAGMEISTER, *Op. Cit.*, pag. 337. Cfr. anche l'importante sentenza della Corte di Giustizia, del 19 gennaio 2010 in causa C-555/07, *Seda Küçükdeveci c. Swedex GmbH & Co. KG*.

²¹¹ E' la conclusione a cui approda SAGMEISTER, pag. 326.

²¹² Sia nella fase legislativa dell'attuazione della direttiva, che dell'eventuale interpretazione conforme dell'atto attuativo alla direttiva stessa; cfr. le conclusioni dell'Avv. Generale Juliane Kokott presentate l'8 maggio 2008 in Causa C-73/07 *Tietosuojavaltuutettu c/ Satakunnan Markkinapörssi Oy und Satamedia Oy*. *Contra*, con una giurisprudenza anche piuttosto decisa, la Sentenza CGUE del 28 marzo 2004 in Causa C-71/02 *Karner Industrie-Auktionen GmbH c/Troostwijk GmbH* secondo cui, nel caso che un provvedimento nazionale attuativo costituisca violazione al principio della libera circolazione delle merci o prestazione di servizi, tenendo presente che, “secondo una costante giurisprudenza, i diritti fondamentali fanno parte integrante dei principi generali del diritto dei quali la Corte garantisce l'osservanza e che, a tal fine, quest'ultima si ispira alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e alle indicazioni fornite dai trattati internazionali relativi alla tutela dei

strumento dotato di effetto diretto o immediata applicabilità, l'intera attuazione e interpretazione dello stesso dovrebbe conformarsi *in primis*, proprio ai principi di diritto primario comunitario a questo immediatamente superiori quali ad esempio i principi generali di diritto di cui all'art. 6 co. 3 TUE²¹³.

5.2.6 Immediata validità (ed efficacia) delle disposizioni di principio?

Proseguendo nella nostra indagine sulle caratteristiche dei principi, può domandarsi se gli stessi abbiano diretta e immediata *validità* nel diritto degli Stati membri o necessitino di atti interni di recepimento e introiezione nel diritto nazionale²¹⁴. La qualità in discussione si riferisce alla tradizionale problematica, ugualmente inerente le teorie descrittive dell'*esistenza* della norma giuridica²¹⁵ sorta con riferimento al diritto internazionale generale, se una disposizione estranea al diritto nazionale (sovra- o inter-nazionale) sia dotata di immediata validità, possa cioè essere "invocata e usata" e spiegare automaticamente effetti giuridici (*efficacia*²¹⁶) nell'ordinamento interno.

Questo interrogativo è, in realtà, di facile soluzione se si tiene presente che il problema strutturale della validità, come insegnerebbe KELSEN, si risolve nella questione sulla legittimazione gerarchico- formale, e, per dirla con HOFELD, rimane

diritti dell'uomo a cui gli Stati membri hanno cooperato o aderito.[...] . 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 (v., in tal senso, sentenza 29 maggio 1997, causa C-299/95, Kremzow, Racc. pag. I-2629, punto 15). [...] E' 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".

²¹³ SAGMEISTER cita qui la massima della Sent. CGUE 18 giugno 1991 in Causa C 260/89, secondo cui "quando uno Stato membro invoca il combinato disposto degli artt. 56 e 66 del Trattato per giustificare, per motivi di ordine pubblico, di sicurezza pubblica e di sanità pubblica, una norma idonea a frapponere ostacolo all' esercizio della libera prestazione dei servizi, questa giustificazione, prevista dal diritto comunitario, deve essere interpretata alla luce dei principi generali del diritto, in particolare dei diritti fondamentali. In tal modo, la normativa nazionale considerata potrà fruire delle eccezioni previste dalle citate disposizioni solo se è conforme ai diritti fondamentali di cui la Corte garantisce il rispetto"; e quanto statuito nella sentenza *Familapress* del 26 giugno 1997 in Causa C 368/95.

²¹⁴ Secondo la definizione del problema come presentata da SAGMEISTER, *Op. Cit.*, pag 308, *sub* (1).

²¹⁵ Cfr. *supra*, nota 158.

²¹⁶ Secondo una buona e sintetica definizione: "L'efficacia o effettività è un concetto puramente fattuale: dire che una disposizione o una norma è efficace significa che quella disposizione o norma è di fatto usata, senza che questa affermazione dica nulla circa la correttezza del procedimento di produzione della disposizione o sul contenuto della norma in questione" [...] "Una norma è usata ogni volta che figura in un'argomentazione giuridica: essendo il prodotto di un'interpretazione o comunque di un procedimento intellettuale di elaborazione di un significato normativo, una norma esiste se è formulata da qualche interprete". [...] "Nell'accezione probabilmente più diffusa, "efficacia" corrisponde alla circostanza (fattuale) che i destinatari di una norma si comportino esattamente come da essa prescritti". (G. PINO, *norme e gerarchie normative*, in *Analisi e diritto*, 2008, p. 263 ss)

ben distinto da quello della invocabilità a fondare posizioni soggettive giuridiche autonomamente giustiziabili.

Per questo, il problema sulla stretta *validità* dei principi trova soluzione nella risposta alla domanda sulla *validità della fonte* (in senso tecnico) che li veicola.

Per sgombrare il campo, sin da subito, da ogni dubbio è infatti appena il caso di ricordare che i principi in esame, rientrando nelle disposizioni della Carta, ne possiedono il rango e la diretta efficacia in rapporto all'ordinamento dello Stato membro, valore che ai sensi dell'art 6 c. 1 TUE è quello proprio dei Trattati. Questi ultimi, come è noto, sono stati definiti dalla sentenza *Van Gend en Loos*²¹⁷ *immediatamente validi e precettivi negli ordinamenti degli Stati membri* e la nostra Corte Costituzionale, superando la concezione monistica che vi vedeva una sovraordinazione gerarchica al diritto nazionale²¹⁸, pur comune ad altri Stati membri²¹⁹, ha precisato a più riprese che gli stessi Trattati, pur appartenenti ad un ordinamento autonomo e parallelo, sono assistiti da una primazia che li rende prevalenti al diritto interno²²⁰.

²¹⁷Emessa dalla CGUE il 5 febbraio 1963, in Causa 26/62.

²¹⁸Il conflitto tra i quali diritti andava risolto esclusivamente facendo ricorso alla gerarchia tra le fonti. Al contrario la Corte ha precisato che le due norme sono applicabili contemporaneamente, ma una di esse è assistita dalla regola della prevalenza (cd. Sentenza *Granital*). Sul punto, l'analisi più esaustiva dal nostro punto di vista storico-teorico è quella di G. ITZCOVICH, *Teorie e ideologie del diritto comunitario*, Torino, 2006.

²¹⁹La concezione monista del primato del diritto comunitario ritiene che tale diritto si incardini nel medesimo ambito di operatività del diritto nazionale e con questo condivide un'unica matrice e gerarchia di validità, prevalendo su quest'ultimo, quindi, per forza propria: impedendo addirittura la valida formazione di norme interne incompatibili con quelle comunitarie. Diversi stati membri prevedono questa concezione, come ad esempio la Francia, che ci ha consacrato apposita disposizione costituzionale. Per la nostra Corte Costituzionale, invece, le norme comunitarie rimangono estranee al sistema delle fonti interne, e il giudice italiano, nell'applicarle, constata che la norma comunitaria non tanto abroga la norma interna incompatibile, ma semplicemente impedisce che essa venga in rilievo ai fini della soluzione della controversia pendente, risultando la norma interna quindi da disapplicare. Su una storia critica dell'avvicendamento e degli argomenti della concezione monistica e dualistica: G. ITZCOVICH, *Monismo, dualismo, pluralismo. I presupposti teorici del discorso giuridico sull'Europa*, in G. ITZCOVICH, *Teorie e ideologie del diritto comunitario*, Torino 2006 e A. ROTTOLA, *Il problema della tutela dei diritti fondamentali nell'ambito dell'ordinamento comunitario*, in *Rivista di Diritto europeo*, 1978, 219, *passim*.

²²⁰Pur a differenza del diritto internazionale, anche regionale quale quello CEDU. Infatti la "Corte ha chiarito come le norme comunitarie «debbano avere piena efficacia obbligatoria e diretta applicazione in tutti gli Stati membri, senza la necessità di leggi di ricezione e adattamento, come atti aventi forza e valore di legge in ogni Paese della Comunità, sì da entrare ovunque contemporaneamente in vigore e conseguire applicazione eguale ed uniforme nei confronti di tutti i destinatari» (sentenze n. 183 del 1973 e n. 170 del 1984). Il fondamento costituzionale di tale efficacia diretta è stato individuato nell'art. 11 Cost., nella parte in cui consente le limitazioni della sovranità nazionale necessarie per promuovere e favorire le organizzazioni internazionali rivolte ad assicurare la pace e la giustizia fra le Nazioni. Il riferimento indirizzato giurisprudenziale non riguarda le norme CEDU, giacché questa Corte aveva escluso, già prima di sancire la diretta applicabilità delle norme comunitarie nell'ordinamento interno, che potesse venire in considerazione, a proposito delle prime, l'art. 11 Cost. «non essendo individuabile, con riferimento alle specifiche norme pattizie in esame, alcuna limitazione della sovranità nazionale» (sentenza n. 188 del 1980). La distinzione tra le norme CEDU e le norme comunitarie deve essere ribadita nel presente procedimento nei termini stabiliti dalla pregressa giurisprudenza di questa Corte, nel senso che le prime, pur rivestendo grande rilevanza, in quanto tutelano e valorizzano i diritti e le libertà fondamentali delle persone, sono pur sempre norme internazionali pattizie, che vincolano lo Stato, ma non producono effetti diretti nell'ordinamento interno, tali da affermare la competenza dei giudici nazionali a darvi applicazione nelle controversie ad essi sottoposte, non applicando nello stesso tempo le norme interne in eventuale contrasto. L'art. 117, primo comma, Cost., nel testo introdotto nel 2001 con la riforma del titolo V

Questo immediato dispiegamento di effetti giuridici, porta SAGMEISTER²²¹ a identificare quattro tipi di conseguenze che si accompagnano all'automatica introiezione del diritto comunitario negli ordinamenti nazionali. In quanto parte del diritto comunitario, esse devono essere riconosciute, dunque, anche ai principi.

- 1) L'obbligo di osservanza e primazia (in quanto diritto comunitario);
- 2) Gli obblighi di attuazione e promozione nei contenuti espressi; e il conseguente obbligo di porre gli obiettivi comunitari (espressi sottoforma di principi) ivi previsti a fondamento della motivazione di atti, provvedimenti e interventi nazionali;
- 3) gli obblighi di attuazione e promozione degli obiettivi di diritto comunitario hanno un ruolo di limite negativo alle attribuzioni e competenze lasciate agli Stati membri ex art. 5 TUE;
- 4) L'obbligo per autorità e giudici nazionali di adottare anche per gli atti interni un'interpretazione comunitariamente conforme²²².

III. 5.2.7 Quaestio sulla diretta applicabilità (azionabilità) delle disposizioni di principio a fondare posizioni sostanziali giustiziabili.

Tra le problematiche più spinose esaminate dalla dottrina si presenta di particolare rilievo la questione se ai principi in esame possa strutturalmente e ontologicamente riconoscersi o meno il carattere di "immediata applicabilità", "invocabilità", in definitiva di "precettività" nell'accezione tradizionale²²³. Questo concetto, come inteso da SAGMEISTER (*unmittelbare Anwendbarkeit*) si riferisce, in altre parole, alla questione se una disposizione (di principio), possa, di per se stessa, fondare posizioni dei singoli giustiziabili dinanzi a giurisdizioni o autorità nazionali²²⁴. La qualità ora in esame è il vero carattere discrezionale che la lettera della Carta ha predisposto per distinguere le norme introduttive di "diritti" dai "principi", e tenuto conto di questo, rispondere nell'un senso o nell'altro porterebbe a riqualificare definitivamente la norma come diritto o come principio.

La questione è nota al diritto comunitario fin dalla più volte citata sentenza *Van Gend en Loos*²²⁵ con la quale si era risposto in senso affermativo alla questione generale della diretta invocabilità delle norme comunitarie per fondare posizioni soggettive: si era riconosciuta immediata applicabilità al Trattato di guisa da far

della parte seconda della Costituzione, ha confermato il precitato orientamento giurisprudenziale di questa Corte. La disposizione costituzionale ora richiamata distingue infatti, in modo significativo, i vincoli derivanti dall'«ordinamento comunitario» da quelli riconducibili agli «obblighi internazionali». (Corte Cost. sent. 24 ottobre 2007 n. 348).

²²¹ *Op. Cit.*, pag. 198 ss.

²²² Cfr. Corte di Giust., sent. 10 aprile 1984, *Von Colson e Kamann c/. Land Renania del Nord-westfalia* (in causa 14/83).

²²³ Cfr. supra, cap. I e paragrafo III.5.2.3. Secondo una buona definizione data dal filosofo del diritto GIORGIO PINO, "l'applicabilità consiste nelle ragioni che rendono una disposizione o norma applicabile ad una controversia, o comunque rilevante in un'argomentazione giuridica". (G. PINO, *norme e gerarchie normative*, in *Analisi e diritto*, 2008, p. 263 ss).

²²⁴ Secondo la definizione data dall'Autore, *Op. cit.*, pag. 308 *sub* (2).

²²⁵ Del 5 febbraio 1963, in Causa 26/62.

sorgere in capo ai singoli, diritti ed obblighi giustiziabili dinanzi alle autorità giurisdizionali nazionali. La riflessione era stata ulteriormente sviluppata in occasione della celebre sentenza *Van Duyn*²²⁶, con la quale la Corte, intenzionata a cristallizzare in via generale tale caratteristica delle norme comunitarie contenute nelle direttive, si spingeva oltre, sancendo allo scopo un vero e proprio corollario ermeneutico: il c.d. "effetto utile". Secondo questo principio, l'interprete di una disposizione comunitaria deve adottare l'opzione ermeneutica che maggiormente consenta di risolvere il caso concreto, idonea a fornire direttamente una risposta giuridica al caso da disciplinare, comunque agevolando, quindi, un *effetto diretto* della norma in esame e quindi "*utile*" per la soluzione della fattispecie concreta, ricusando in definitiva un'interpretazione generale che non conduca ad alcun risultato pratico. Lo svilupparsi di un simile corollario-principio confermerebbe la pacifica e definitiva acquisizione del carattere dell'immediata invocabilità delle norme comunitarie.

Per quanto riferite al diritto comunitario in generale, le pronunce ora citate secondo SAGMEISTER, (come tutta la giurisprudenza sviluppata attorno al tema che ci occupa), possono risultare utili anche alla comprensione e soluzione della nostra *quaestio iuris*, più strettamente attinente alle qualità dei soli principi del diritto comunitario quali quelli ex art. 52 co. 5 della Carta.

La riferita giurisprudenza comunitaria fonderebbe, svilupperebbe e confermerebbe il carattere della diretta applicabilità/azionabilità del diritto comunitario sulla base di tre principali argomentazioni: 1) Il diritto comunitario, contrariamente a quanto affermabile tradizionalmente per il diritto internazionale generale²²⁷, intende i singoli cittadini non come meri *oggetti* di diritto, ma come *soggetti* del diritto comunitario, i quali sono destinatari di obblighi da questo introdotti ma anche direttamente titolari di diritti da questo riconosciuti, e ciò lo si evincerebbe *in primis* dal fatto che la legittimazione a ricorrere alla Corte per la tutela delle proprie posizioni soggettive, spetta anche a "qualsiasi persona fisica o giuridica"²²⁸; 2) L'argomentare della Corte riporta regolarmente il concetto dell'effettività del diritto comunitario invocando sempre il criterio ermeneutico dell'effetto utile; 3) Fin dalla sentenza *Becker*²²⁹ e poi con la sentenza *Lütticke*²³⁰ la Corte di Lussemburgo ha riconosciuto che le singole disposizioni di una direttiva a presidio di una posizione di vantaggio del cittadino introdotte di un qualsiasi *divieto, obbligo di astensione*, ma anche *obblighi di fare*, qualora

²²⁶ CGUE Sentenza del 4 dicembre 1974, in Causa C 4/74.

²²⁷ SAGMEISTER ricorda infatti ciò che è universalmente noto e cioè che tradizionalmente, soggetti del diritto internazionale generale sono gli Stati e non i singoli individui: circostanza che sarebbe confermata da un semplice verifica del fatto che questi ultimi non figurano spesso tra i soggetti attivi legittimati a ricorrere alle alte corti internazionali. A questa caratteristica devono farsi delle importanti eccezioni come per il sistema di diritto sostanziale ma anche giurisdizionale introdotto dalla CEDU, per la quale, proprio ai sensi dell'art 34 della CEDU stessa "La Corte può essere investita di un ricorso da parte di una persona fisica, un'organizzazione non governativa o un gruppo di privati che sostenga d'essere vittima di una violazione da parte di una delle Alte Parti contraenti dei diritti riconosciuti nella Convenzione o nei suoi protocolli. Le Alte Parti contraenti si impegnano a non ostacolare con alcuna misura l'esercizio effettivo di tale diritti.

²²⁸ Art. 230 co.4 del vecchio TCE, attuale art. 263 co. 4 TFUE.

²²⁹ Del 19 gennaio 1982, in Causa C- 8/81

²³⁰ Corte Giust. C.E., sent. 28 aprile 1971, in causa C-4/69, *Lütticke c/. Commissione*.

- a. siano chiare, incondizionate e sufficientemente precise, e sia
- b. decorso in modo sostanzialmente inutile il termine per recepire la direttiva stessa che le introduce

per garantire la tutela dei singoli, sono direttamente applicabili nel territorio dello Stato membro inadempiente, ed i relativi diritti azionabili dai privati nei confronti dello Stato²³¹.

Ebbene, il ricorrere di tali argomentazioni induce SAGMEISTER ad affermare che pertanto, nell'ambito del diritto comunitario:

“in poche parole [...] una disposizione [...] può dirsi immediatamente applicabile (*unmittelbar anwendbar*) se non è necessaria né prevista nessun'altra attuazione/integrazione/concretizzazione per opera della Amministrazione o del legislatore, e se può essere impiegata senza altra precisazione dai Tribunali per la risoluzione di una fattispecie concreta”²³².

In questa sintesi SAGMEISTER, sviluppando il ragionamento evincibile dalla disamina della giurisprudenza comunitaria sul punto teorizza, in una sintesi molto chiara e precisa, l'immediata applicabilità di una norma di diritto comunitario subordinandola ai requisiti de:

- α)** la chiarezza e precisione, l'assenza di necessità di attuazione-integrazione-concretizzazione della stessa per opera dell'Amministrazione comunitaria o del Legislatore nazionale (*I requisito*);
- β)** l'idoneità della stessa norma, ad essere applicata senza ulteriori precisazioni dai Tribunali²³³, per la risoluzioni di fattispecie concrete (*II requisito*).

Ebbene, quali conseguenze possono trarsi dalle conclusioni suesposte con riferimento ai principi oggetto peculiare della nostra ricerca?

Evidentemente, come propende una maggioranza della dottrina riportata da SAGMEISTER²³⁴ dovrebbe concludersi per negare immediata applicabilità e azionabilità di questa tipologia di norme, poiché ai principi mancherebbe la determinatezza e la absolutezza, ed inoltre l'ambito di tutela da essi disegnato sarebbe formulato in maniera troppo ampia, tale da necessitare una successiva concretizzazione, difettando quindi il requisito *sub α*). Peraltro, alle disposizioni di principio intese come disposizioni programmatiche potrebbero al limite riconoscersi solo contenutissimi effetti di tipo “ordinamentale” vincolanti i soli organi dell'Unione e gli Stati membri.

²³¹ E' infatti escluso dalla giurisprudenza maggioritaria un effetto diretto delle direttive di tipo “orizzontale”, non potendo quindi un singolo far valere un proprio diritto derivante da una direttiva nei confronti di altri singoli. Questo poiché comunque la direttiva, per sua natura di strumento pubblicistico, vincola gli Stati cui è rivolta e non può essere fonte diretta di obblighi a carico di un singolo (cfr. per tutte, Sentenza della Corte del 26 febbraio 1986. - *M. H. Marshall contro Southampton and South West Hampshire Area Health Authority (Teaching)*, in Causa 152/84).

²³² SAGMEISTER, *Op. Cit.*, pag 216.

²³³ Quelle che D. FARIAS con sintesi chiama “scarti semantici”, che in sede ermeneutica si concretizzano in espedienti interpretativi per riempire di senso disposizioni dotati di idealità e indeterminatezza (cfr. Cap. I e D. FARIAS, *Idealità e indeterminatezza dei principi costituzionali*, Milano, 1981, *passim*)

²³⁴ H. M. SAGMEISTER, *Op. Cit.*, pag. 265 ss.

Mai comunque, aggiunge SAGMEISTER, si verificherebbe

γ) l'istituzione di una soggettività di diritto (come invece fanno diritti fondamentali), elemento in difetto del quale non è ipotizzabile nessuna titolarità né legittimazione ad agire, vero presupposto per la giustiziabilità.

Si ricostruisce così un *III requisito*, in difetto del quale non è possibile riconoscere immediata invocabilità ai principi, come alle norme di diritto comunitario.

Proprio in virtù di tale ultima rilevante mancanza, la Carta dispone il doppio regime più volte ricordato, e, con riferimento ai principi, non vi appresta all'art. 47 alcuna giustiziabilità, anzi testualmente prevede che:

“Ogni persona i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, nel rispetto delle condizioni previste nel presente articolo” (art 47 co.1),

limitandosi a disporre la ricorribilità giudiziaria in favore dei singoli, per il caso di violazione di soli *diritti e libertà*: fonti dotate di *titolari* che siano legittimati eventualmente a ricorrere per conseguire effettiva tutela .

Ciò indurrebbe la nostra dottrina a concludere²³⁵ che dinanzi alle disposizioni programmatiche di principio non vi sarebbero *titolari* legittimati ad agire (*Rechtsinhabern*), ma piuttosto meri “*beneficiari*” (*Begünstigten*), e che con riferimento ai principi non si possa intervenire: i principi di per sé non hanno limiti, ma verrebbero concretizzati nell'accertamento e nell'opera di valutazione giudiziale. Non si integrerebbero neppure, dunque, le caratteristiche *sub β)* e *γ)*.

Tale è la conclusione, peraltro che abbiamo visto comune alla parte della dottrina che già in linea teorico-generale, nega efficacia normativa e quindi invocabilità alle disposizioni di principio²³⁶.

D'altra parte, diversa teorica, al contrario, riconoscerebbe ai principi almeno e per quanto possibile una “giustiziabilità oggettiva” I principi infatti potrebbero rilevare in occasione di ricorsi in annullamento (art. 263 TFUE, ex art. 230 TCE) o in via pregiudiziale (art. 267 TFUE, ex art. 234 TCE) qualora la Corte fosse richiesta di pronunciarsi rispettivamente sulla legittimità sugli atti legislativi dell'Unione o sull'interpretazione dei Trattati, sulla validità e interpretazione degli atti dell'Unione²³⁷.

SAGMEISTER, tuttavia, opera un distinguo in considerazione delle dimensioni contenutistico-funzionali viste in precedenza²³⁸.

A) Sotto l'aspetto del contenuto e funzione *prestazionale* (*Leistungsdimension der Grundsätze*), i principi non sono immediatamente applicabili o invocabili. Secondo quanto si esprime:

“dalle norme di principio intese in questo senso non potrebbero trarsi pretese, vantabili nei confronti del legislatore e giudizialmente eseguibili, a misure che dei principi siano

²³⁵ *Ibidem*, pag. 266.

²³⁶ Cfr. *supra*, Cap. I.

²³⁷ Tra cui tra cui M. BOROWSKY, *Op. Cit.*, *passim*; H.D. JARASS, *Op. cit.*, *passim*).

²³⁸ Cfr. *supra*, par. III.5.2.4.

attuative. Al diritto comunitario, peraltro, siffatto tipo di “azioni per l’adozione di norme attuative” sarebbero sconosciute. Inoltre, difetterebbero di determinatezza e strutturalmente sarebbero ampie, oscure e dal significato impreciso, e porterebbero, se invocate in sede giudiziaria a fondamento di pretese ad un’attuazione legislativa, ad una discrezionalità interpretativa troppo ampia perché le autorità giudiziarie che ne fossero investite possano derivare istruzioni precise per l’amministrazione o il legislatore”²³⁹.

Come esempio SAGMEISTER porge quelle istanze che nella Carta sono espresse come “diritto’ degli anziani” (art. 25) o “dei disabili” (art 26), o “l’obbligo alla tutela dell’ambiente” (art. 37) che, come si è visto in precedenza (nonostante la loro formulazione con la terminologia “*diritto a...*”²⁴⁰), sono qualificati dalle Spiegazioni come “principi”: da un lato nessuna di queste tre garanzie, secondo la dottrina, spiega precisamente o concretamente in quale modo o con che mezzi debbano porsi in essere le attuazioni o esecuzioni delle correlate istanze ivi previste; dall’altro, risulta espressamente chiarito che delle stesse debba comunque esservi un’ attuazione giusta il disposto dell’art. 52 co. 5. Dell’attuazione-esecuzione dei principi sarebbe, in definitiva, sicuro solo l’an, ma non il *quomodo*, di talché non possano essere giustiziabili.

La non invocabilità, per taluni, opererebbe non solo per i cittadini ma anche nei confronti degli Stati membri. Questi infatti non potrebbero riferirsi alla funzione prestazionale delle norme di principio per ricorrere, nell’ambito di procedure oggettive, contro condotte omissive dell’Unione: insomma, alle norme di principio intese in senso prestazionale mancherebbe in assoluto il carattere della immediata attuabilità. Per motivare ciò, SAGMESITER chiama a suffragio la dottrina tedesca e francese: se nella Repubblica Federale si ammette il limite della non invocabilità dei principi fondandolo sulla loro natura di disposizioni di diritto oggettivo e non istituenti diritti soggettivi, in Francia addirittura lo stesso ragionamento poggerrebbe sulla teoria della “norma imperfetta” (senza sanzione, non sanzionabile).

Anche intese nel loro aspetto di *standard* ordinamentali, comunque le disposizioni di principio non raggiungerebbero la qualità in parola neppure se, per dotarsi di una dimensione di diritto soggettivo, fossero impiegate esse stesse come singoli diritti fondamentali. Infatti questo costrutto, invalso per fondare diritti soggettivi invero già noto sia al diritto comunitario che al diritto tedesco, non è stato fatto proprio né dal Tribunale costituzionale tedesco né dalla giurisprudenza di altri Stati membri. Inoltre, non potrebbe avallarsi una simile costruzione perché presupporrebbe un’inammissibile ingerenza creativa in sede giudiziaria che si scontrerebbe in modo evidente con i principi democratici e di divisione dei poteri.

Un’eccezione alla generale inapplicabilità dei principi potrebbe invece registrarsi qualora una disposizione, generalmente di principio, istituisca un prestazione in modo chiaro e preciso, o ancora, qualora un principio attribuisca per sua stessa struttura e contenuto un diritto, una pretesa, ad un soggetto

²³⁹ H. M. SAGMEISTER, *Op. Cit.*, pag. 267.

²⁴⁰ Peraltro (a questo punto si può ammettere) terminologia non a caso ambigua in ordine ad indicare la natura dell’istanza come “diritto” o come “principio”.

determinato, *alla partecipazione*²⁴¹. In quest'ultimo caso non potrebbe negarsi tale caratteristica espressamente esplicitata, ed anzi, prevista al cuore dispositivo del principio, e quindi dovrebbe adottarsi un'interpretazione teleologicamente orientata dell'art 52 co. 5, che, forzando il dato normativo e consenta la giustiziabilità, e quindi ammetta per se stessa la "partecipazione" prevista dal principio in capo al titolare da esso designato.

In questo caso la giustiziabilità sarebbe ammissibile perché la fattispecie sarebbe formulata in modo più preciso e determinato, non necessitando di ulteriori concretizzazioni, e non confliggerebbe con i principi democratici e di separazione dei poteri, perché ne costituirebbe un evidente corollario. In specifico, infatti, poiché qui vi sarebbe chiarezza nel designare un soggetto titolare della partecipazione sarebbe integrato il requisito sub γ), e, poiché la partecipazione in sé, intesa nel senso più generale di possibilità di accesso costituirebbe già *in re ipsa* l'oggetto della pretesa senza necessità di ulteriore concretizzazione sarebbero soddisfatti ed integrati anche i requisiti *sub* α) e β).

Al proposito sia ancora ad esempio il principio del rispetto degli anziani (art 25) così espresso:

L'Unione riconosce e rispetta il diritto degli anziani di condurre una vita dignitosa e indipendente e di partecipare alla vita sociale e culturale.

Esso comporta, dal punto di vista prestazionale, che l'Unione adotti delle misure affinché gli anziani possano "*condurre una vita dignitosa e indipendente e..*" [possano] "*...partecipare alla vita sociale e culturale*". Ebbene, dal punto di vista strettamente prestazionale, non istituendo imposizioni precise e manifestandosi come un enunciato di così larghe vedute, il principio in esame non potrebbe ritenersi direttamente applicabile e giustiziabile. Ma se si pone mente ai fatti per cui la disposizione in parola: (1) individua comunque degli specifici e determinati soggetti destinatari (gli anziani), (2) si colloca sistematicamente nel Titolo III dedicato all'uguaglianza, (3) sostanzialmente possa e debba riconnettersi all'istanza fondamentale del divieto di discriminazione in base all'età (art. 21), e (4) che sotto questo profilo fondi, -già di per sé e senza necessità di ulteriore attuazione-, una pretesa ad una partecipazione indiscriminata a certe strutture o ambiti della comunità ("vita sociale e culturale"); ecco che in quanto tale - e solo questo circoscritto ultimo punto di vista- potrebbe assumere valore giustiziabile, pur rimanendo invariato il fatto che, tutte le prestazioni che a questo principio fossero riconducibili, rimarrebbero in generale bisognose di concretizzazione e attuazione e richiederebbero, dunque, l'intervento del potere legislativo. Il risultato sarebbe che gli anziani (*titolari*) possano ben ricorrere, sulla base di questo principio, per vedere garantito (solo e soltanto) la loro pretesa (*Anspruch*) a *partecipare* alla vita sociale culturale.

²⁴¹ Cfr. la terza dimensione delle posizioni fondamentali di G. JELLINEK (*supra*, par. 5.4.).

B) Queste considerazioni anticipano in parte il differente ragionamento che SAGMEISTER compie²⁴² con riferimento alla funzione di tutela-garanzia insita nei principi (*Abwehrfunktion der Grundsätze*). Intesi nel loro contenuto tutelare, infatti, i principi presenterebbero rilevanti possibilità di essere direttamente applicati e invocati, superando i due (*rectius*: tre) elementi impeditivi anzidetti, con i quali vengono negate le qualità in questione ai principi intesi in senso prestazionale: l'assenza di istituzione, da parte dei principi, di soggetti titolari di un'eventuale pretesa azionabile (assenza di soggettività giuridiche – argomento sub γ); e l'assenza di chiarezza e determinatezza del contenuto dispositivo (argomenti sub α e β)²⁴³.

Segnatamente, cadrebbe l'ostacolo della non-soggettività (γ) qualora una disposizione di principio, nella sua funzione strettamente tutelare, indichi un soggetto titolare di una posizione tutelanda o si limiti a perseguire o favorire gli interessi dei singoli, o ancora favorisca fattivamente il cittadino designato. I principi, insomma che designassero con precisione i soggetti beneficiari delle istanze (di tutela) di cui si fanno latori, integrerebbero il requisito dell'istituzione di una titolarità giuridica e quindi in astratto di una legittimazione ad agire.

In ordine al secondo elemento impediente la diretta invocabilità dei principi, SAGMEISTER ritiene che la questione circa la formulazione troppo aperta e indeterminata (*sub* α e β) possa essere ampiamente superata dai seguenti argomenti e considerazioni:

- a) “Il solo fatto che a fronte di un'area di tutela espressa da un principio occorra un'opera di interpretazione per calarla in concreto, non significa che l'ambito di protezione non sia delineato in modo sufficientemente preciso;
- b) Una volta che il principio ha definito un'area da tutelare, non occorrono particolari concretizzazioni o applicazioni, perché una tutela “si attua o non si attua”, e una misura che sia posta a presidio dell'oggetto tutelando semplicemente “o è idonea e proporzionata alla tutela da realizzare, o non lo è”. Al contrario, in ambito prestazionale occorre verificare se una certa misura attuativa legislativa o esecutiva soddisfi la prestazione richiesta. Sotto il profilo prestazionale anche solo una mera omissione da parte dell'Unione o di uno Stato membro costituisce violazione all'obbligo prestazionale, e correlativamente sussistono innumerevoli possibilità di attuare l'obbligo di fornire la prestazione, con misure di ogni tipo e di intensità variabili²⁴⁴;

²⁴² Cfr. H. M. SAGMEISTER, *Op. cit.*, 273 ss.

²⁴³ Cfr. *supra*, par. III.5.2.7.

²⁴⁴ SAGMEISTER porta ancora ad esempio la norma (art. 37) che sancisce il principio di elevata tutela e miglioramento della qualità per l'ambiente. Ebbene, tale norma sotto il profilo prestazionale non direbbe né come realizzare la tutela o il miglioramento, né a che livello, lasciando un elevato margine di discrezionalità allo Stato nell'attuazione del precetto programmatico. Dal punto di vista strettamente tutelare, invece, se l'Unione o uno Stato membro adottassero atti che consentissero condotte inquinanti o peggiorative per l'ambiente sarebbero di per sé e senz'altro illegittime per

- c) Poiché il contenuto tutelare dei principi non necessita in pratica di concretizzazione, non implicherebbe neppure interventi (segnatamente: giurisdizionali) troppo creativi e in definitiva contrastanti con i principi democratici e di divisione dei poteri²⁴⁵, richiesti invece per i principi nella loro funzione prestazionale;
- d) Facendo riferimento alla dottrina francese²⁴⁶, i principi possiederebbero una “*giustiziabilità normativa*”, vale a dire si sostanzierebbero, in materia sociale, in tutele per i cittadini contro violazioni provenienti dal diritto comunitario;
- e) Nelle Spiegazioni della Carta²⁴⁷, il *principio di stabilizzazione dei mercati* e il *principio di precauzione* sono considerati parametri di proporzionalità e non impongono l’adozione di alcuna misura positiva attuativa, piuttosto rappresentano di per sé parametro di valutazione del grado di tutela del mercato;
- f) La limitata giustiziabilità prevista dall’art 52 co. 5 secondo cui “*le disposizioni della presente Carta che contengono dei principi [...] possono essere invocate dinanzi a un giudice [...] ai fini dell’interpretazione e del controllo di legalità di detti atti...*” deve essere già intesa come giustiziabilità dei principi *nella prate in cui apprestano una tutela che risulta essere violata dall’atto sottoposto al sindacato di conformità.*

Insomma, superato anche il pericolo dell’indeterminatezza del contenuto *garantista-tutelare* insito nei principi, cadono gli ostacoli a ché si soddisfino i requisiti perché gli stessi, come fonte comunitaria, trovino diretta applicazione.

SAGMEISTER conclude pertanto che limitatamente al contenuto di tutela che i principi veicolano, è possibile ammetterne la giustiziabilità, con la conseguenza che ben potrà ricorrere agli organi giurisdizionali il privato, che vedrà violato il bene della vita *tutelato in via di principio* da una disposizione della Carta, per vedere giustiziata la sua situazione sostanziale.

Di opposto avviso in punto di giustiziabilità, evidentemente si mostrano le dottrine dei paesi che si sono storicamente opposti a ché la Corte possa introdurre nuovi obblighi idonei a sconvolgere il loro sistema di sicurezza sociale (Regno Unito), o di quegli Stati membri che hanno espressamente chiesto che non fossero alterati in senso peggiorativo i loro standard sociali nazionali già particolarmente avanzati (Paesi scandinavi), attraverso un’armonizzazione introdotta dalla Carta, di fatto sotto questo profilo, livellatrice.

contrasto al principio. Cfr., peraltro, ciò che abbiamo già detto in ordine all’esportabilità, della ricostruzione delle posizioni fondamentali fatta da ALEXY, nell’ambito dei principi (*supra*, Cap. I).

²⁴⁵ Occorre ricordare che peraltro, il contenuto tutelare dei principi in ambito sociale, più che quello prestazionale, è stato al centro delle discussioni in entrambe le convenzioni redattrici.

²⁴⁶ Segnatamente BRAIBANT, illustre giurista che ha partecipato alla Convenzione.

²⁴⁷ in G.U.U.E. n° 303 del 14.12.2007, pag. 35.

III.5.2.8. I principi sono presidii di tutela di posizioni soggettive dei singoli? Sistematizzazione dei principi nello schema delle fonti.

Appurata l'esistenza di una funzione, anche tutelare, dei principi oggetto della nostra indagine, e presa coscienza della (pur limitata) giustiziabilità della stessa, la dottrina si è interrogata se i principi, così come intesi dagli artt. 51 e 52 co. 5 della Carta, debbano quindi sussumersi nella tipologia di norme di diritto primario che, secondo lo schema riassunto in precedenza²⁴⁸, istituiscono posizioni soggettive di vantaggio (I colonna); oppure afferiscano a quella matrice di fonti comunitarie generanti obblighi per i cittadini (II colonna) o per l'Unione (III colonna).

Per dare definitiva risposta a questo interrogativo, occorre valutare la caratterizzazione prevalente dei principi e capire se realmente possano rappresentare in via diretta, immediata e di per se stessi presidii di tutela a situazioni soggettive di vantaggio dei singoli. La questione può dirsi aperta e interessante a seconda delle risposte che possano fornirsi e degli argomenti che possano portarsi a suffragio.

La maggioranza della dottrina riferita da SAGMEISTER²⁴⁹ nega tale ultima caratteristica sulla base del fatto che la Carta, all'art. 51 co. 1 istituisce un regime duplice e differenziato tra le tutele piene, dirette e immediate delle posizioni soggettive (diritti soggettivi fondamentali) e i principi stessi. Inoltre questi ultimi, avrebbero una prevalente indole programmatica e prestazionale e in questa loro accezione, come si è visto, né sono formulati in modo chiaro e preciso, né istituirebbero titolari delle istanze ivi contenute e quindi mai potrebbero fondare azioni di responsabilità a favore di singoli. Risulta quindi di particolare valore rifarsi alle intenzioni dei redattori e chiarire se, con l'introduzione dei principi, fosse prospettata nella Carta in sede convenzionale anche una tutela degli interessi dei privati.

Dall'esame delle spiegazioni e della Carta, in alcuni casi non sarebbe chiaro il titolare del bene. Se infatti dal tenore letterale degli enunciati della Carta è possibile, ad es., dedurre che immediato beneficiario "giuridico" (titolare *lato sensu*) del principio di tutela dell'ambiente (art 37) sia (appunto) l'ambiente e non il singolo, è pur vero che dal punto di vista indiretto, "beneficiari" di un ambiente salubre ben possano essere anche i singoli, la loro integrità fisica, la loro proprietà, (istanze rispettivamente tutelate in via diretta dagli artt. 2; 3 e 17) di talché a fronte di violazioni del principio di tutela dell'ambiente ben potrebbero ammettersi tutele risarcitorie di queste istanze (secondarie) sottese.

Altrimenti, come notato da SAGMEISTER²⁵⁰, nelle disposizioni di principio della Carta, i titolari del beneficio-effetto della funzione tutelare sarebbero in linea di massima espressi chiaramente, come nel caso degli artt. 25 e 26 (rispettivamente *gli anziani e i disabili*), anche se rimarrebbe incerto se gli stessi possano promuovere azioni di responsabilità per vedere soddisfatti i garantiti beni della vita qualora non tutelati o violati. Una risposta positiva sul punto si ricaverebbe dall'esprimersi, come

²⁴⁸ *Supra*, pag. 153.

²⁴⁹ F. LADENBURGER, in S. TETTINGER, (a cura di) *Commentario alla Carta*, Art. 52, Koeln, 2006.

GEORG, J. SCHMITTMANN, *Rechte und Grundsätze in der Grundrechtecharta*, Münster, 2007.

²⁵⁰ SAGMEISTER, *Op. Cit.*, p. 303.

si è visto, delle Spiegazioni²⁵¹, che secondo il comma 7 dell'art. 52 devono essere prese in considerazione per l'interpretazione della Carta.

Insomma, sembra doversi dare atto che sul punto si scontrano le due opposte opinioni che vedono ora i principi (in particolare se intesi nel loro contenuto prestazionale), come inidonei a istituire vere e proprie posizioni di vantaggio dei cittadini, prerogativa questa dei soli diritti tradizionali; ora, basandosi sugli argomenti già accennati con riguardo alla funzione tutelare, quali presidi essi stessi di tutele soggettive giustiziabili.

Decisiva sul punto, ad avviso della nostra dottrina, sembra la decisione *Kampffmeyer II*²⁵² la quale statui, proprio in tema, che una violazione del principio di stabilizzazione del mercato, ben potesse legittimare il singolo ad un'azione risarcitoria.

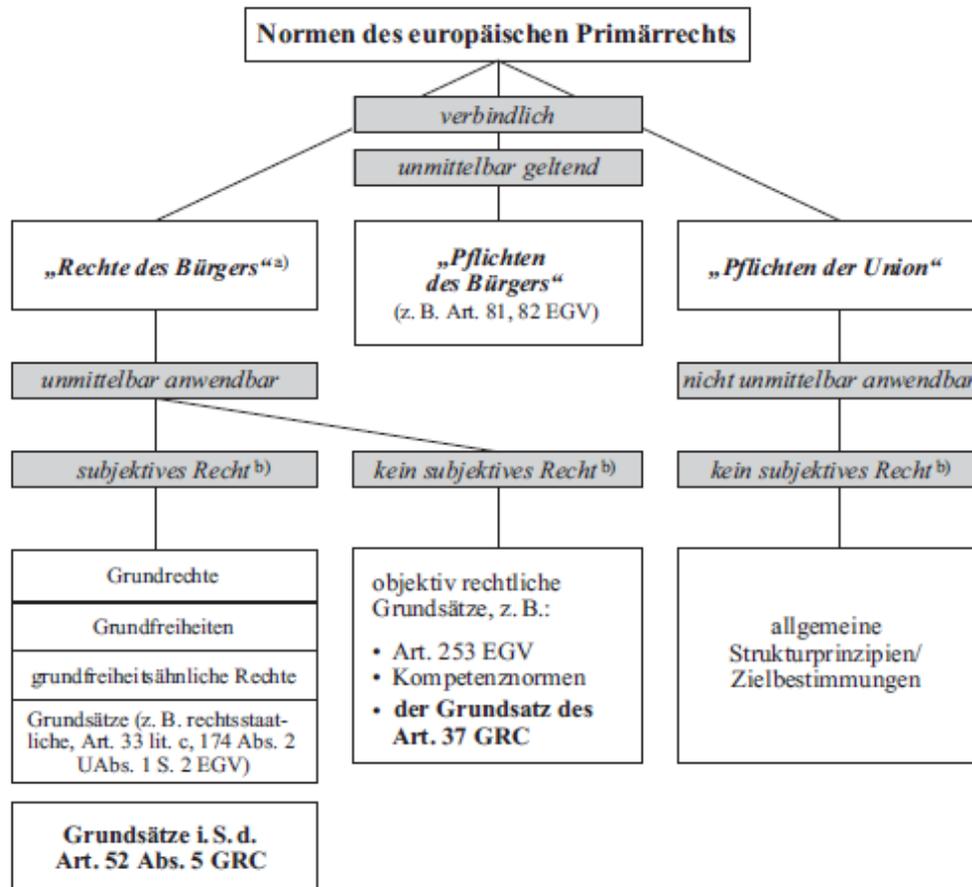
Con SAGMEISTER si giunge così ad affermare che, in dipendenza del profilo che di volta in volta si mette in luce, i principi nel senso dell'art. 52 co. 5 possono essere visti, nello schema che segue²⁵³:

- sia (nel loro contenuto prestazionale) come fonti mai direttamente attributive di posizioni di vantaggio per i singoli, né giustiziabili;
- sia, sempre in questo senso, come fonti assimilabili ai principi programmatici (*Zielbestimmungen*) e normalmente istitutivi di obblighi di generica attuazione, delle istanze ivi contenute, per l'Unione e gli Stati membri (*III colonna*);
- sia (intesi nel loro contenuto strettamente "tutelare") come fonti appartenenti al gruppo di norme attributivo di posizioni di vantaggio dei cittadini e quindi, - forzando il dato normativo e accedendo ad un'interpretazione teleologica dell'art. 52 co. 5-, giustiziabili analogamente ai diritti e alle libertà fondamentali (con eccezione del peculiare principio di tutela dell'ambiente che abbiamo visto godere di una natura anfibia); (*I colonna*).

²⁵¹ In GUUE del 14.12.2007, pag. 35. Esse come si è visto considerano il principio di stabilizzazione dei mercati e il principio di precauzione parametri di proporzionalità e di valutazione del grado di tutela del mercato; in base al quale apprestare una tutela, anche risarcitoria.

²⁵² Sentenze nelle Cause C- 56-60/74.

²⁵³ Riprodotto una seconda volta da SAGMEISTER (*Op. Cit*, pag. 308), a seguito delle considerazioni categoriali svolte sui caratteri e la natura dei principi.



a) Rechte im weiteren Sinne, d. h. auch rein prozessuale Berufungsrechte.

b) Recht im Sinne der Haftungsvorschriften.

Schema 2: Die Grundsatznormen im Normengefüge des europäischen Primärrechts

5.2.9 *La rassegna di SAGMEISTER delle teorie tedesche sui criteri distintivi tra diritti e principi e la sua personale proposta ricostruttiva.*

Dalla disamina messa in luce, emerge una molteplicità di qualità che contraddistingue i principi dai *diritti* e dalle *libertà*, e che li caratterizza anche sotto il profilo del regime ad essi applicabile, peculiare e diversificato da quello degli altri tipi normativi. Dal materiale dottrinale a disposizione, fonti di produzione (Carta, Trattati), fonti di cognizione (c.d. Spiegazioni) è possibile ricostruire il primi filoni interpretativi che portino a tratteggiare i criteri distintivi tra le une e le altre fonti e che quindi indichino i casi dell'applicazione dell'uno o dell'altro regime.

Infatti se da un lato, come si è visto, la Carta tramite i Titoli e le rubriche offre sistematicamente un'anticipata classificazione tra diritti e principi delle fonti introdotte, e correlativamente la documentazione riferibile ai lavori preparatori appresta una primissima criteriologia, anche la dottrina non è stata da meno, e si è sforzata di elaborare le sue personali proposte.

Qui di seguito si rassegnano le principali posizioni utili a ricomporre il quadro finale per la delimitazione dei principi dai diritti.

Le *Spiegazioni*, da tenere in considerazione come si è visto più volte, effettuano una distinzione esplicita laddove commentano gli artt. 51 e 52 co.5²⁵⁴. Esempi di *principi* sono indicati come le disposizioni contenute negli artt. 3 co. 2, 14 co. 2, 23, 25, 26, 34 co. 1, 35, 36, 37, 38 e 50 della Carta. Fonti intermedie tra principi e diritti, perché normativamente anfibologiche, come si è notato *supra*, sarebbero gli artt. 23, 33 e 34. Per altri casi, si tratterebbe di fonti classificabili diversamente dalla meta-definizione formale offerta dal dato testuale: artt. 3 co. 2, 14 co. 2, 50.

Nella dottrina, invece si segnala la posizione di H-D. JARASS²⁵⁵. Per il costituzionalista bavarese, i criteri distintivi sarebbero la (1) determinatezza e quindi l'individuazione del titolare-beneficiario, requisito che in caso affermativo sarebbe indice della natura di "diritto" della fonte in esame, e (2) la considerazione che qualora una garanzia di una posizione fondamentale preveda un consistente impegno di spesa pubblica, allora debba essere considerata "principio". Per questo indica "principi" come il contenuto delle disposizioni di cui agli artt. 22, 23 co. 2, 24 co. 1, da 25 a 27, 30, 31, 33 co.1, 34 co.1 e 3, da 35 a 38, 45 co.2; mentre invece all'art. 10 co.2 e 18 la natura sarebbe da indagare ulteriormente.

BOROWSKY²⁵⁶ propende per un'interpretazione storico-genealogica fedele alla distinzione fatta dalle Spiegazioni, da tenere in considerazione ai sensi dell'art 52 co. 7 della Carta. Ascrive pertanto la natura di "principi" alle disposizioni di cui agli artt. 1, 3 co. 2, 14 co.2, 23, 25, 26, da 33 a 38, mentre l'istanza contenuta nell'art 1 (Dignità umana) sarebbe tanto un diritto fondamentale che un principio fondamentale.

²⁵⁴ In GUUE del 14 dicembre 2007, pag. 34 ss.

²⁵⁵ H. D. JARASS, *EU-Grundrechte*, München, 2005, *passim*.

²⁵⁶ M. BOROWSKY, al commento all'art. 52, in J. MEYER, (a cura di) *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 2006, Baden-Baden, *passim*.

LADENBURGER e SCHMITTMANN²⁵⁷, al contrario, come ipotizzando una sorta di comune denominatore, propongono di classificare come “principi” tutte quelle istanze la cui natura di principio coincide anche nella definizione datane dai Trattati e dalla CEDU, fino a che diversa disposizione non li classifichi “diritti”. Le norme rimanenti non ricomprese nel “comune denominatore” sarebbero principi sole se vi fosse riscontrabile un contenuto di diritto solo oggettivo e non un’istituzione di soggettività giuridica. Per indagare questa qualità occorrerebbe valutare il tenore letterale, la sistematica, il profilo storico-evolutivo, e se in dipendenza della norma stessa vi fossero eventuali beneficiari od obbligati. Se la norma tutelasse interessi privati, allora poi si tratterebbe di disposizione introduttiva di diritti fondamentali soggettivi. Allo stesso modo di JARASS, poi, sarebbero indicativi l’elemento della determinatezza della disposizione, e la considerazione dell’impegno di spesa pubblica ivi sotteso.

Peculiare di LADENBURGER, sarebbe poi il criterio della necessità di attuazione-integrazione della disposizione, di talché se una norma fosse così indefinitamente formulata che un Tribunale non possa identificarvi un nucleo soggettivo per legittimare eventuali ricorrenti, dovrebbe essere classificata come “principio”. Per questo, anche sulla base delle Spiegazioni, LADENBURGER propone come principi le disposizioni di cui agli artt. 22, 23 co.2, da 25 a 27, 34 co.1 e 3, 35, da 36 a 38. Natura anfibia avrebbero gli artt. 12 co.2 e 45 co.2.

Altro parametro classificatorio introduce KINGREEN²⁵⁸. Secondo questi, dovrebbero essere qualificabili come “principio” tutte le disposizioni che, conformemente alla previsione dell’art. 51 co.1, fossero *indirizzate* alla sola Unione. Secondo questi, l’articolo in parola mostrerebbe che le istanze sussumibili nel novero dei diritti già sarebbero tutelate dal diritto degli Stati membri, e di conseguenza, la Carta, in presenza di questi, potrebbe fare a meno di richiamare gli Stati, limitandosi quindi a indirizzarsi all’Unione per istituire soli principi. Infatti, che gli Stati membri siano fundamentalmente vincolati a queste norme, sarebbe già richiesto dai diritti pubblici soggettivi degli ordinamenti nazionali. Di conseguenza, con l’esclusione di questo effetto vincolante si avrebbe pieno rispetto delle attribuzioni e competenze dei singoli Stati membri e della gerarchia delle norme. Ciò avrebbe, al contempo, anche effetti sull’Unione nel senso che, anche se ognuno dovesse osservare queste garanzie, non si potrebbero minare quelle che hanno già la loro origine nel diritto degli stati membri. Su questa base riconosce come principi gli artt. 22, 25, 26, 34 co. 1e 3, 35, 36 e 37.

Questa teoria, secondo SAGMEISTER non appagherebbe. Avverso questa ricostruzione si contrapporrebbero argomenti di tipo sistematico, poiché le Spiegazioni, comunque, vorrebbero gli artt. 23 e 33 (non nominati dall’autore) tra i principi. Allo stesso modo ricorda che anche l’art. 51 co.1 seconda previsione, vincola ai principi anche gli Stati membri e non, come ricostruito da KINGREEN, la sola Unione.

²⁵⁷G. LADENBURGER, in S. TETTINGER (a cura di) *Commentario alla Carta*, Art. 52. Koeln, 2006, *passim*; J. SCHMITTMANN, *Rechte und Grundsätze in der Grundrechtecharta*, Münster, 2007, *passim*.

²⁵⁸T. KINGREEN, in C. CALLIESS, /M. RUFFERT, *EUV/EGV. Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta. Kommentar*, 3. Aufl, München, 2007, *passim*.

Anche le altre proposte dottrinali di JARASS, BOROWSKY e LADENBURGER o SCHMITTMANN non soddisferebbero per la loro imprecisione. Il criterio dell'impegno finanziario di JARASS sarebbe troppo impreciso, così come il fondarsi sul dato letterale della metaclassificazione offerta dalla Carta. Questo ultimo parametro, infatti, di indole schiettamente letterale, non potrebbe essere esaustivo e dirimente per le ragioni già esposte segnalate *supra* da BARTOLE²⁵⁹, e perché la stessa Carta definisce alcune istanze come "diritti", (artt. 25 o 26) ma nelle Spiegazioni esse si definiscono "principi". Che dunque non si possa fare pedissequo affidamento sul dato letterale, ma che sia utilizzabile solo per un primo *aperçu*, sembra dunque riconosciuto anche da SCHMITTMANN, laddove richiede, per la qualifica di diritto, che - anche qualora la formulazione letterale risulti oggettivistica come nel caso, ad es., degli artt. 10 co.2, 13, 14 co. 3 e 16, - si palesi una soggettività giuridica con un beneficiario che sia anche titolare.

Questo criterio della soggettività giuridica, comunque, non sembra di per sé dirimente dal momento che, come visto, anche nelle norme di principio (ad esclusione dell'art. 37) potrebbe riconoscersi un profilo tutelare soggettivo che lascia intravedere dei soggetti beneficiari. Pregevole e suggestiva, al contrario sembrerebbe, della stessa dottrina la teoria del "minimo comun denominatore" classificatorio, secondo cui, tra le istanze della Carta, dovrebbero senza dubbio riconoscersi come diritti (o principi) fino a prova contraria quelle che ricevono identica classificazione anche nei Trattati e nella CEDU.

Anche le Spiegazioni, valorizzate nella ricostruzione di BOROWSKY, secondo SAGMEISTER non potrebbero rappresentare sufficiente criterio discrezionale. Infatti, non solo nel commento relativo all'art. 52 co. 5 la distinzione tra diritti e principi deve intendersi come esemplificativa, ma soprattutto in quella classificazione non è chiaro se ci si riferisca effettivamente ai principi dell'art 52 co. 5. Ad esempio, quelli che sono definiti come l'art 3 co. 2 e l'art. 14 co. 2 "principi", rispettivamente presenterebbero: all'art 3 co. 2 precisissimi divieti tali da fondare delle posizioni giustiziabili e quindi coppie deontiche di divieto-diritto, oppure precise situazioni di vantaggio ascrivibili alla tipologia di "diritto soggettivo". O ancora, l'art. 25 che le Spiegazioni classificano come principio, non riceverebbe uguale conferma classificatoria dalla lettera della Carta, che ne offre la rubrica letterale di "diritto"; così come l'art 50²⁶⁰, presentato dalla Carta formalmente come diritto, ma concepibile solo come principio, anche tenuto conto dell'art. 4 del VII protocollo addizionale alla CEDU.

Infine, anche l'opinione di BOROWSKY per cui in materia di dignità umana l'art. 1 debba essere inteso alternativamente come solo mero principio o come diritto, dovrebbe scartarsi. Infatti, come già si è osservato, l'art. 52 co. 5, secondo cui una disposizione di principio debba seguire solo il peculiare e limitato regime assegnatole, deve trovare temperamento, nella fattispecie, nel senso che il concetto di dignità umana possa essere inteso sia come diritto, sia come fondamento del diritto stesso e quindi di natura più vicina a quella di "principio".

²⁵⁹ Cfr. *supra*, par. III.4.1.

²⁶⁰ Divieto del *ne bis in idem*.

Al termine dell'*excursus* tra le teorie che forniscono le loro distinzioni, anche SAGMEISTER avanza la sua tesi ricostruttiva. Egli muove dalla considerazione che la seconda, diversa categoria normativa dei “principi” così concepita sia stata inserita in sede redigente dai padri convenzionali perché essi temevano che una codificazione dei cc.dd. diritti sociali come vere posizioni soggettive, tutelate attraverso l'approntamento di servizi e pienamente giustiziabili, potesse costituire un radicale aumento delle competenze per l'Unione e potesse portare ad un eccessivo carico finanziario per gli Stati membri. Sulla base di questa riflessione, SAGMEISTER identifica i principi, invece, come l'unica fonte, priva di queste caratteristiche rischiose per l'Unione e Stati membri, che meglio di ogni altra sia idonea a introiettare i diritti sociali nell'ordinamento comunitario senza vincoli precisi o aggravii di spesa a carico dei soggetti comunitari.

Infatti l'elemento normativo che maggiormente causerebbe un impegno di spesa sarebbe l'obbligo ad un'erogazione prestazionale. Se, come latori delle istanze sociali, fosse stata invece scelta la tipologia normativa dei diritti fondamentali, la loro precisa e determinata formulazione avrebbe reso giustiziabile l'obbligo prestazionale sotteso, da cui l'inevitabile carico di spesa sui soggetti destinatari dell'obbligo, per fornire la prestazione iusfondamentalmente prevista.

Invece i principi, pur intesi come veicoli di precetti prestazionali e rimanendo nel senso di DWORKIN standard di ottimizzazione, si contraddistinguono per essere vaghi, indeterminati e indefiniti e non istituiscono soglie prestazionali minime al di sotto delle quali scattino sanzioni o tutele risarcitorie a carico dell'Unione o Stati membri inadempienti.

Come si legge nel documento di lavoro 23 del Gruppo di Lavoro II “*principles are different from subjective rights in that they may call for implementation through legislative or executive acts*”²⁶¹ e quest'esigenza di concretizzazione li rende, al contempo, ingiustiziabili e eminentemente prestazionali: due caratteristiche ottimali per introdurre vantaggi sociali senza doverne sostenere i costi di un'obbligata istituzione.

Funzione prestazionale, non giustiziabilità, indeterminatezza sono quindi il baricentro caratterizzante i principi, elemento che trova la sua giustificazione nelle ragioni macroeconomiche su accennate e che li differenzia dai diritti e dalle altre fonti.

Sulla base di questa finale identificazione dei principi, SAGMEISTER è ora in grado di coglierne, in negativo, gli aspetti distintivi dai diritti. Arriva dunque a concludere che, ai fini di una distinzione tra diritti e principi:

- sia necessaria, ma non sia sufficiente, la meta-classificazione tra diritti e principi secondo la lettera della Carta (cfr. anche BARTOLE);
- la classificazione fatta dalle Spiegazioni, abbia indubbio valore interpretativo (cfr anche art. 52 co.7) ma di per sé non sia univoca;
- le istanze riprodotte dalle disposizioni della Carta definite testualmente “principi” (o “diritti”) di cui è confermata la stessa natura anche nei Trattati

²⁶¹Disponibile nel Sito ufficiale della Convenzione Europea, alla pagina: <http://european-convention.eu.int/docs/wd2/3420.pdf>.

- e nella CEDU costituirebbero un nucleo di pacifica “minima comune classificazione” valevole ai fini della distinzione;
- consci delle ragioni generatrici della categoria dei “principi” (indeterminatezza, funzione prestazionale e non giustiziabilità) criterio decisivo per la *summa divisio*, si rivela la verifica se
 - o il baricentro normativo dell’istanza sociale contenuta nella disposizione in esame sia il contenuto-funzione “tutelare” (e allora si tratterebbe più probabilmente di “diritto”) oppure “programmatico-prestazionale” (e allora si tratterebbe di un “principio”), e
 - o in caso di prevalenza di contenuto tutelare, occorre verificare infine se la formulazione si dimostra precisa e determinata: ipotesi in cui si sarebbe in indubbia presenza di un diritto (poiché, come si è visto, precisione e determinatezza implicherebbero, in termini di “principio” la disvolta giustiziabilità).

III.6. . Le altre analisi discrete dei diritti e dei principi della Carta nel sistema comunitario.

Si è visto che i criteri distintivi tra “principi” e “diritti” proposti dalla dottrina tedesca sono ricavabili in base a considerazioni di tipo storico-sistematico svolte sugli indizi meta-classificatori della Carta, sul metodo della “minima comune classificazione” tra tutte le fonti europee dei diritti fondamentali, e di tipo logico-argomentativo sui binomi precisione/vaghezza degli enunciati, e prevalenza di una funzione tutelare piuttosto che programmatico-prestazionale.

Anche altri operatori, dottrine e scuole europee, con differenti argomentazioni e specializzazioni hanno commentato l’assetto dei diritti e dei principi emergente dalla Carta, fornendo ulteriori spunti di riflessione utili ad una ricostruzione onnicomprensiva degli approcci possibili al nostro problema definitorio.

A) Le critiche a forma e contenuto delle tecniche normative e di tutela adottate... e le proposte ricostruttive.

Il valore giuridico da assegnare ai diritti e ai principi è al centro dell’analisi di GAETANO AZZARITI²⁶², il quale ricorda che la distinzione in esame trae origine dal dibattito avvenuto in seno alla Convenzione, su quale valore dare ai diritti sociali. Secondo il costituzionalista, le disposizioni della Carta che contengono principi opererebbero solo come norme programmatiche. A fronte di quella che ricorda essere una differenziazione comunque molto fragile, AZZARITI arriva a ipotizzare l’identificazione tra diritti sociali e i “principi”²⁶³, non potendo, tuttavia, ancora definitivamente escludere che l’art 52 venga interpretato sistematicamente e possa

²⁶² G. AZZARITI, *Il futuro dei diritti fondamentali nell’era della globalizzazione*, in *Politica del Diritto*, 2003, III, p. 327.

²⁶³ In sintonia, del resto, con la posizione della dottrina tedesca dianzi illustrata in punto di principi e diritti sociali.

indurre ad una meno rigida esclusione di tutti i diritti sociali dalla categoria dei diritti in senso specifico.

Fedele ad un'analisi del profilo lessicale, GIUSEPPE UGO RESCIGNO ha indagato sia nelle scelte terminologiche, sia nel merito, la funzione e il grado di tutela dei "diritti" come sanciti dalla Carta, rispetto alle altre istanze rinvenibili²⁶⁴. Pur condividendo tratti comuni con le teorie germaniche, in controtendenza con quanto appena messo in luce, sembra amputare ogni possibile sforzo ricostruttivo per la distinzione diritti/principi nei termini impostati.

Sotto il profilo terminologico, dal lavoro di analisi del concetto e significato dei "diritti (fondamentali)" sanciti dalla Carta, si ricava in RESCIGNO una posizione sorprendentemente sintonica con l'agnosticismo definitorio a cui si è approdati *supra* con riferimento ai "diritti". Da un punto di vista strettamente letterale, il costituzionalista segnala nel testo della Carta rilevanti slittamenti di significato del concetto "diritti", al punto che non sarebbe possibile operare il *distinguo* con i "principi" perché impossibile identificare aprioristicamente, secondo la classificazione data dal Catalogo, cosa la Carta intenda col concetto e con la tipologia normativa dei "diritti".

All'interno della Carta, avverte RESCIGNO, lo stesso significato di "diritti" può variare talmente da oscillare, secondo le disposizioni che lo introducono, da un

"limite superiore, per dir così oltre il quale la parola diventa insensata [per cui] è il diritto come aspettativa garantita, anche mediante l'uso della forza se necessario, affinché il titolare del diritto possa fare oppure ottenga oppure conservi qualcosa di vantaggioso per sé [...a...] un limite inferiore (che per la verità non è un limite, perché in questo uso della parola tutto può diventare oggetto della parola diritto) è il diritto come aspettativa che la realtà oggettiva sia conforme ad un modello ideale la cui realizzazione dipende dal concorrere di fattori innumerevoli, umani e naturali: esempio tipico il diritto all'ambiente. Per la verità mi chiedo se l'uso della medesima parola per indicare situazioni così diverse tra questo minimo e questo massimo non sia un errore e fonte di gravi distorsioni e incomprensioni. Questo mi porterebbe lontano, sia perché dovrei esaminare accuratamente i diversi slittamenti di significato, e la diversa struttura che ciascun tipo di diritto così individuato presenta, sia perché dovrei spiegare per quali ragioni, nonostante quali differenze, sia così pervasivo l'uso della stessa parola diritto. Mi limito solo ad affermare che a mio avviso la Carta è un ottimo campionario di tali usi così diversificati"²⁶⁵.

L'individuazione delle tipologie di fonti risulterebbe peraltro difficoltosa anche nel merito poiché, a fronte delle teorie tradizionali, tendenti a ricondurre la vaghezza di tutela ai "principi" e la puntualità ai "diritti", si nota "*genericità, lacunosità e vaghezza e quindi abbassamento di garanzia [anche] nei confronti di ciascun diritto, che [invece,] pone questioni specifiche e chiede risposte puntuali e pertinenti*", con la complicazione che anche il paragrafo 1 dell'art 52²⁶⁶, dedicato alla portata e limiti

²⁶⁴ G.U. RESCIGNO, *La Carta dei diritti come documento*, in M. SICLARI, (a cura di), *Contributi allo studio della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Torino, 2003.

²⁶⁵ *Ivi*, pagg. 12-13.

²⁶⁶ Secondo cui "Eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel

dei diritti sarebbe esso stesso estremamente vago e impreciso. Le garanzie dei diritti, in ultimo sarebbero piuttosto labili poiché la Carta, pur dotata di cogenza, si limiterebbe a proclamare i diritti senza garantirne l'effettivo esercizio.

I diritti avrebbero quindi particolari difficoltà ad immanentizzarsi, perché non si sarebbe raggiunta ancora, in materia di diritti sociali e fondamentali, una maturità di tempi. Per GIANNI ARRIGO²⁶⁷, autore di un commento in materia di diritti sociali all'indomani della proclamazione di Nizza, un primo limite a ciò “*consiste nel fatto che non tutti i diritti della Carta di Nizza hanno la stessa natura, non tutti sono formulati con la stessa precisione, non tutti hanno la stessa forza obbligatoria. Accanto a norme programmatiche convivono infatti norme formulate in modo chiaro e incondizionato e in termini precettivi*”. Di fronte a questo scenario indicava tre dottrine fautrici di altrettante alternative per rendere i diritti tutti egualmente vincolanti: 1) provvedere ad un loro opportuno adattamento, disarticolandoli e riscrivendoli si da subito; 2) limitarsi a considerarli, tutti in egual misura privi di efficacia vincolante perché enunciati in modo troppo vago e generico; 3) inserirli – come infine è avvenuto- nel tessuto giuridico primario comunitario.

Scettico sulla formulazione della Carta si dimostra anche DE SIERVO, che con uno scritto del 2001²⁶⁸ ne condanna l'”ambiguità” e “*il pericoloso abbassamento delle tutele di molte importanti libertà*”. Di opinione analoga a RESCIGNO, DE SIERVO sottolinea quindi le “*discutibili tecniche normative adottate per tutelare le diverse situazioni soggettive considerate*”. Stando all'analisi dell'illustre costituzionalista le stesse disposizioni dell'articolato peccherebbero in eccessiva superficialità enunciativa proprio in riferimento alla portata e alla tutelabilità dei “nuovi diritti”. Nella Carta, l'individuazione delle categorie di limite alle situazioni soggettive di vantaggio, a tenore del primo comma dell'art. 52., sembrerebbe poter dipendere da scelte relativamente discrezionali del legislatore, dal momento che lo stesso comma

“attribuisce genericamente al legislatore il potere di determinare i limiti ai diritti ed alle libertà previsti, a condizione di rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà ed il principio di proporzionalità”. “Inoltre, - soggiunge- l'art. 54 sembra legittimare anche ulteriori limiti per difendersi da una possibile utilizzazione antisistema degli stessi diritti affermati (il tema della c.d. finalizzazione dei diritti, dibattuto nella nostra Costituente ma infine respinto e perfino da tentativi di restringere le libertà e diritti proclamati nella Carta ”²⁶⁹.

BARBERA²⁷⁰ ha condiviso la posizione di DE SIERVO sull'evanescenza dei limiti apposti ai diritti, ma ha anche segnalato che allorché si opera un bilanciamento tra libertà non va trascurato che si tratta di limiti che per le tradizioni di altri Paesi possono anche considerarsi sufficientemente rigorosi. Per questo arriva a

rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui”.

²⁶⁷G. ARRIGO, *La Carta di Nizza: natura, valore giuridico, efficacia*, in *Il Diritto del lavoro*, 2001.

²⁶⁸U. DE SIERVO, *L'ambigua redazione della Carta dei diritti fondamentali nel processo di costituzionalizzazione dell'Unione europea*, in *Diritto Pubblico*, 2001, I.

²⁶⁹U. DE SIERVO, *Op. Cit.*, p. 51.

²⁷⁰A. BARBERA, *La Carta europea dei diritti: una fonte di ri-cognizione?*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2001, 2/3.

comprendere che tali formulazioni, nell'era della globalizzazione possano ben esistere in strumenti internazionali. In questo senso inevitabile sarà assegnare al giudice maggiore margine discrezionale nel concretizzarli. Del resto, -sostiene BARBERA-,

“è proprio dei diritti dell'epoca della globalizzazione un livello *soft* di prescrizione, tale da consentire la penetrazione e diffusione degli stessi, ma questo non esclude il possibile intervento del Giudice: per esempio il riferimento alle finalità di interesse generale “riconosciute dall'Unione” indicate nell'art 52 sembra richiamare la sentenza *Rutili* (causa C- 36/75) con la quale la Corte di giustizia ebbe a sindacare le decisioni del ministero francese degli Interni che intendevano porre limiti alla libertà di circolazione per motivi di ordine pubblico”²⁷¹.

Gli studi di ALESSANDRO PACE all'indomani della proclamazione del 2000²⁷², dimostrano anche essi perplessità sull'individuazione di contorni definiti tra le tecniche di tutela apprestate alle situazioni soggettive, ma conducono ad esiti teorici diversi, rilevanti per la nostra ricerca. PACE illustra come, da un lato l'avvento della Carta rappresenterebbe un plus-valore per i *diritti* in essa proclamati²⁷³, sinora sanciti solo in via pretoria e mai con enunciazioni “specifiche” e “razionalizzate”; dall'altro invece non sarebbe affatto tranquillizzante il tenore letterale dell'art 52 della Carta²⁷⁴, la cui formulazione ambigua se non addirittura pericolosa, finirebbe “*per attribuire al legislatore in via di principio, il potere di determinare quale sia il contenuto essenziale dei diritti [...] il che è tanto più grave con riferimento ai diritti di libertà, il cui contenuto sta tutto nell'esercizio (àgère licère), con la conseguenza che limitare il loro esercizio equivale a restringerne il contenuto*”. In questo senso, però, i *principi* interverrebbero nel paradossale compito di riempire di contenuto i diritti. Infatti, proprio in virtù del fatto che la Carta è formulata con la tecnica dei principi, PACE prospetta che in forza del margine di giudizio che i principi legittimano, la Corte di Giustizia possa decidere i casi ad essa sottoposti effettuando giudizi di valore con conseguenti operazioni di bilanciamento, le quali, come è noto, finiscono gioco forza per prescindere dagli enunciati della norma-parametro. In questo senso, aggiunge, “*il fatto che in taluni articoli della Carta non siano stati previsti limiti al diritto proclamato, -anziché costituire un motivo di critica- potrebbe anzi costituire il pretesto per la doverosa individuazione di limiti “logici” come l'esperienza giurisprudenziale della Corte Suprema degli stati Uniti insegna essere*

²⁷¹A. BARBERA, *Op. Cit.*, pp. 247-248.

²⁷²Ci riferiamo qui allo studio di A. PACE, *A che serve la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea? Appunti preliminari*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2001, p. 193 ss.

²⁷³E cioè l'*unidocumentalità* dello strumento che introduce tali diritti. Cfr. anche . M. CARTABIA, *I diritti fondamentali e la cittadinanza europea*, in (a cura di) F. BASSANINI, G. TIBERI, *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, Bologna 2008

²⁷⁴Secondo cui “eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti garantiti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà”.

avvenuto per il I emendamento”²⁷⁵, ipotizzando che sia proprio la peculiare potenzialità deontologica dei principi a salvare la genericità contenutistica dei diritti.

MARTA CARTABIA²⁷⁶ ha insistito molto su questo carattere creativo della giurisprudenza²⁷⁷ sviluppata in conformità del nuovo diritto comunitario proprio a fronte di una formulazione dell’articolato per diritti e principi, tanto da parlare di “*effetto giurisdizionale della scrittura*”. In questo senso la distinzione tra principi e diritti, non solo non impedirebbe lo sviluppo della giurisprudenza ma lo favorirebbe²⁷⁸. Ella scrive:

“credo che difficilmente tale distinzione sarà in grado di rallentare le applicazioni giudiziarie dei diritti fondamentali europei. Probabilmente non si attenderà che le istituzioni politiche adottino specifici atti legislativi ed esecutivi posteriori all’entrata in vigore del Trattato di Lisbona per fare uso dei principi costituzionali europei. Una volta entrato in vigore il nuovo Trattato, tutte le leggi o gli atti amministrativi che entrino nell’ambito di applicazione dei principi costituzionali europei saranno soggetti a *judicial review* da parte dei giudici nazionali e della Corte di giustizia alla luce dei principi stessi. Questo perché non esiste una categoria tecnica di «atti di attuazione dei principi costituzionali»: tutte le leggi e gli atti amministrativi lo sono, indipendentemente dal fatto che siano stati adottati prima o dopo l’entrata in vigore dei principi costituzionali, a nulla rilevando il fatto che essi siano stati approvati con l’intenzione di dare attuazione a quei principi costituzionali. Dunque, neppure la distinzione tra diritti e principi può limitare la disapplicazione giudiziale delle leggi nazionali in contrasto con tali principi, anche se essi non presentano i connotati tipici della norma direttamente applicabile”²⁷⁹.

Sullo stesso fronte, tesa a riconoscere solidità al ruolo della giurisprudenza, il membro italiano della convenzione redattrice ELENA PACIOTTI²⁸⁰ risponde alle obiezioni di genericità della formulazione dei diritti sociali con considerazioni di politica generale della codificazione e richiamando precedenti della nostra giurisprudenza costituzionale. Per PACIOTTI, anche se nelle disposizioni della Carta

²⁷⁵PACE dunque appartiene a quella parte della dottrina che assegna alla giurisprudenza il ruolo determinante nella costruzione di un tessuto costituzionale europeo (*contra*, le teorie che contestano a questo sviluppo la mancanza della legittimazione democratica): “non è difficile prevedere realisticamente – scrive- che la via dell’unificazione europea sarà quella tracciata duttilmente dalla sua giurisprudenza e non quella, traumatica, dell’adozione di una costituzione documentale e prescrittiva.

²⁷⁶ M. CARTABIA, *I diritti fondamentali e la cittadinanza europea*, in (a cura di F. BASSANINI, G. TIBERI, *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, Bologna 2008.

²⁷⁷ “Piaccia o non piaccia, in questo caso la scrittura non varrà a limitare o ad arginare l’attività giurisdizionale, ma al contrario a legittimarne uno sviluppo creativo. Questo sviluppo riguarderà in misura maggiore i giudici comuni, mentre le Corti costituzionali resteranno probabilmente ai margini” (*Ibidem*)

²⁷⁸ Né varrà a limitare l’applicazione giudiziale della Carta la distinzione tra diritti e principi, introdotta ad opera della Convenzione costituzionale. [...] Questa distinzione ha attirato una serie di critiche in Italia e fuori per l’intento che essa ceda di indebolire i diritti sociali ostacolandone l’applicazione giurisdizionale diretta. In Italia poi tale distinzione ha evocato assonanze con la nota dottrina delle norme precettive e norme programmatiche, a suo tempo volta a sminuire l’efficacia normativa del testo costituzionale italiano nei suoi primi anni di vita. (*Ibidem*)

²⁷⁹ *Ivi*, cit.

²⁸⁰ E. PACIOTTI, *La Carta, i contenuti e gli autori*, in A. MANZELLA, P. MELOGRANI, E. PACIOTTI, S. RODOTÀ, *Riscrivere i diritti in Europa: introduzione alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea*, Bologna 2001, p. 24.

di fonti di “principio” si trattasse, le stesse comunque produrrebbero effetti concreti che la giurisprudenza nella sua evoluzione sarebbe in grado di identificare, così come è avvenuto nella nostra giurisprudenza costituzionale²⁸¹.

Secondo l'illustre giurista:

“Una delle obiezioni avanzate [...] contro la carta è quella che le sue formule sarebbero così generiche da non garantire alcunché, soprattutto in tema di diritti sociali. Ora, a parte la considerazione che in genere le carte dei diritti fondamentali contengono inevitabilmente indicazioni di principi più che di regole specifiche, e a parte la considerazione che formule molto generali come “liberté, égalité, fraternité” sono state capaci di determinare cambiamenti di interi regimi giuridici, è proprio la storia della nostra giurisprudenza costituzionale che smentisce questo assunto”²⁸².

GIUSEPPE BRONZINI²⁸³ si esprime nello stesso senso, sottolineando comunque, con le parole di SCIARABBA, che di fronte al riparto tra questa e quella tipologia normativa, dovrebbe prevalere il senso del Mandato di Colonia (per cui si doveva procedere a codificare quei diritti previsti delle due Carte sociali europee “*che non sono unicamente a fondamento di obiettivi per l'azione dell'Unione*”), senso che lo studioso intravede, -in casi di dubbio se identificare una posizione come “diritto” o come “principio”-, nel dare precedenza a identificare le situazioni soggettive tutelate come diritto soggettivo perfetto e giustiziabile, o comunque nel tenere presente che, nella giurisprudenza comunitaria anche principi sono stati ritenuti giustiziabili o direttamente applicabili come nel caso *Mangold*²⁸⁴.

²⁸¹ PACIOTTI richiama pronunce della nostra Consulta (sentt. nn. 42 e 49 del 3-7- febbraio 2000) con le quali, sulla base di disposizioni latissime di principio quali i nostri artt. 35, 36 e 38 Cost., sono stati valutati inammissibili dei referendum proposti per cancellare legislazioni ritenute attuative dei suddetti disposti costituzionali.

²⁸² E. PACIOTTI, *Op. Cit.*, p. 24 ss.

²⁸³ In un contributo ad un corso della Scuola Superiore dell'avvocatura, G. BRONZINI, *Significato ed efficacia della Carta di Nizza nella tutela multilivello dei diritti fondamentali*, disponibile al sito internet:

<http://www.scuolasuperioreavvocatura.it/arch/docs/382/INTERVENTO%20dott.%20Giuseppe%20Bronzini.pdf>, *passim*.

²⁸⁴ Sent. della Corte di Giustizia UE, 22 novembre 2005 in Causa C-144/2004, con la quale si prescrive l'obbligo per il giudice nazionale di disapplicazione della disciplina interna quando contrastante con un principio generale di diritto comunitario come il principio di divieto di discriminazione in base all'età o al sesso espresso in una direttiva, “*in quanto trova la sua fonte in vari strumenti internazionali e nelle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri. Il principio di non discriminazione in ragione dell'età deve pertanto essere considerato un principio generale del diritto comunitario*”. Di conseguenza, in quanto principio generale appartenente al patrimonio europeo, riconosce effetti diretti al detto principio a tal punto che vi riconduce la piena efficacia e operatività anche se il termine per il recepimento della direttiva che esprime il principio non sia ancora scaduto e lo strumento nazionale non sia ancora adottato. “*Il rispetto del principio generale della parità di trattamento, in particolare in ragione dell'età, non dipende, come tale, dalla scadenza del termine concesso agli Stati membri per trasporre una direttiva intesa a stabilire un quadro generale per la lotta alle discriminazioni fondate sull'età, in particolare per quanto riguarda l'organizzazione degli opportuni strumenti di ricorso, l'onere della prova, la protezione contro le ritorsioni, il dialogo sociale, le azioni positive e altre misure specifiche di attuazione di una siffatta direttiva. Ciò considerato, è compito del giudice nazionale, adito con una controversia che mette in discussione il principio di non discriminazione in ragione dell'età, assicurare, nell'ambito della sua competenza, la tutela giuridica che il diritto comunitario attribuisce ai singoli, garantendone la piena efficacia e applicando le disposizioni eventualmente configgenti della legge nazionale*”.

In questo senso la distinzione diritti-principi:

“difficilmente sarà in grado di rallentare le applicazioni giudiziarie dei diritti fondamentali europei”: i diritti sociali sono sempre definiti “diritti” nella Carta, le “spiegazioni” alla fine alludono alla presenza di “principi” in casi rarissimi come l’ambiente e la protezione degli anziani e dei disabili o, a proposito dell’art. 34 terzo comma, in modo sibillino riferiscono che si cumulano un diritto ed un principio²⁸⁵.

VINCENZO SCIARABBA, al proposito parla di *improbabile distinzione tra diritti e principi*²⁸⁶, e considerando la direttiva del mandato ricevuto dal Consiglio Europeo di Colonia a redigere una carta di diritti per cui si sarebbero dovuti tenere in considerazione i diritti sociali, “...nella misura in cui essi non son unicamente a fondamento di obiettivi” identifica da un lato come principi solo quelle norme o (pseudo)diritti che si pongono unicamente a fondamento di obiettivi per l’azione dell’Unione e che quindi esauriscono la loro sostanza nella funzione programmatica, e dall’altro chiudendo il cerchio sostiene che altrimenti, *fino a prova contraria* le istanze contenute nella carta non sono principi ma appunto istanze “non-solo-obiettivi”, quindi diritti giustiziabili.

Ma riconoscimenti così generali quali quello espresso nell’art 20 della Carta²⁸⁷ enucleanti il principio dell’uguaglianza di fronte alla legge, sono accostati da STEFANO RODOTÀ²⁸⁸ al nostro art. 3 Cost. evidenziando la sommarietà della formula adoperata. Esso, come l’enunciazione di altri principi sotto la contraria formula ambigua “L’unione riconosce e rispetta il diritto a...” secondo RODOTÀ pongono il problema di scegliere tra una logica che consenta un’interpretazione estensiva della portata dei diritti e quindi farli assurgere sistematicamente essi stessi a principi giuridici, o piuttosto un’interpretazione restrittiva. Per RODOTÀ la Carta imporrebbe, per la sua stessa formulazione, l’impiego dell’interpretazione estensiva.

B) *Gli studi di ermeneutica, assiologia, deontica e giustiziabilità nel linguaggio dei diritti e dei principi della Carta.*

Tra i commentatori non sono mancati coloro che hanno messo in luce come il problema della Carta possa essere affrontato e spostato dalla teoria delle fonti alla teoria dell’interpretazione.

Di recente ha dedicato al tema della distinzione e alle caratteristiche dei diritti e dei principi una cospicua parte della sua ricerca GIUSEPPE VETTORI, che appassionato europeista, ha sviluppato un saggio sulla *lunga marcia della carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*.²⁸⁹ In esso il civilista ripercorre fedelmente

²⁸⁵G. BRONZINI, *Significato ed efficacia della Carta di Nizza nella tutela multilivello dei diritti fondamentali*, cit. p. 7.

²⁸⁶V. SCIARABBA, *Tra fonti e Corti.*, cit. pag. 206.

²⁸⁷Secondo cui: “Tutte le persone sono uguali davanti alla legge”.

²⁸⁸S. RODOTÀ, *La Carta come atto politico e documento giuridico*, in A. MANZELLA, P. MELOGRANI, E. PACIOTTI, S. RODOTÀ, *Riscrivere i diritti in europa: introduzione alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea*, Bologna 200, *passim*.

²⁸⁹G. VETTORI, *La lunga marcia della carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, disponibile nel sito internet dell’Associazione da questi istituita: <http://www.personaemercato.it>, *passim*.

l'approccio segnalato dalle Spiegazioni e dal regime che la Carta assegna alle due tipologie normative e illustra le reazioni che si sono scontrate in dottrina, per poi proporre la sua personale lettura. Secondo quanto illustrato da VETTORI, PIZZORUSSO²⁹⁰, contrariamente a coloro i quali assegnavano la funzione di valvola respiratrice del doppio regime alla giurisprudenza²⁹¹, leggerebbe nella scelta del peculiare *status* dei principi un chiaro tentativo di limitare l'ambito dell'interpretazione giudiziaria che richiama il lungo dibattito sulle norme programmatiche della costituzione italiana e il suo valore normativo. Altri invece²⁹², osserva che la norma non prevede un trattamento tanto diverso da quello dei principi espressi nella Costituzione italiana, rilevando la prioritaria tutela del principio democratico e di legalità; quindi esclude che "dall'enunciazione di un principio (non di un diritto) si possano ricavare conseguenze immediate e dirette circa posizioni soggettive azionabili in giudizio, se non passando attraverso l'*interpositio legislationis*."

Tali principi dunque sarebbero "conoscibili giudizialmente solo ai fini dell'interpretazione delle leggi e degli altri atti europei ai fini della decisione sulla loro legalità", e quindi, -analogamente ai principi costituzionali noti al nostro ordinamento-, sulla loro "costituzionalità (comunitaria)".

Anche ad avviso del comunitarista ROBERTO ADAM, infatti, il riferimento ai principi era necessario "*per consentire una più compiuta ricostruzione di un assetto normativo altrimenti generico o incompleto, per rafforzare alcune interpretazioni e per costruire ulteriori parametri di legittimità del comportamento delle istituzioni e degli Stati membri*"²⁹³.

Sulla base di questi assunti VETTORI ammette senza dubbio il fatto che "*la distinzione tra diritti e principi si un espediente per limitare interpretazioni creative*", ma sviluppa una teoria volta a illustrare il rapporto nuovo tra la Carta e la sua applicazione in una prospettiva costituzionalistico-ordinamentale, "*se non altro perché nel nuovo testo dell'art. 6 si dice espressamente che i diritti fondamentali costituiscono i principi fondamentali del diritto comunitario, con un'espressione che occorre chiarire*". VETTORI, sostiene quindi con MENGONI²⁹⁴ che la Carta di Nizza, abbia "*raccolto e reso più visibili tali situazioni distinguendo nettamente diritti e principi*" anzitutto per riconoscere la progressiva affermazione di

"una struttura che potremo definire costituzionale dell'ordinamento comunitario, al cui interno come la stessa Corte ha riconosciuto, esistono diritti e principi primari che non tollerano alcuna restrizione e diritti o principi che sono soggetti a bilanciamento con altri interessi o principi"²⁹⁵.

²⁹⁰ A. PIZZORUSSO, *Una costituzione "ottriata"*, in E. PACIOTTI (a cura di), *La costituzione europea*, Roma, 2003.

²⁹¹ Si veda *supra*, BARBERA, PACE, CARTABIA, BRONZINI, SCIARABBA, RODOTÀ.

²⁹² V. ONIDA, *Il problema della giurisdizione*, in E. PACIOTTI, *Ivi*.

²⁹³ (Citato da VETTORI), R. ADAM, *Principi generali e introduttivi*, in *Il diritto privato dell'Unione Europea*, Tomo I, nel *Trattato di Diritto Privato* diretto da M. BESSONE, Torino, 2000, p. 73.

²⁹⁴ L. MENGONI, *I principi generali del diritto e la scienza giuridica*, in *I principi generali del diritto*, in DL, 1992, *passim*.

²⁹⁵ G. VETTORI, *La lunga marcia*, cit., p. 14.

In quanto elementi di struttura, i principi, quindi, visti in quest'ottica costituzionalistico-ordinamentale, non possono obbedire a logiche formali di sussunzione ma partecipano della logica (tipica della giustizia costituzionale) del bilanciamento, e nel caso dei diritti sociali, questa pratica di giudizio “*può anche essere influenzata da condizionamenti di fatto (sviluppo economico del paese, situazione di mercato, livelli di occupazione)*”²⁹⁶.

Dal punto di vista assiologico-deontologico, poi, in quanto intimamente partecipi dell'ordinamento, non si collocano come valori che il giudice attinge dalla coscienza sociale come prevedrebbe la ricostruzione di DWORKIN, ma sono “*valori positivizzati che si distinguono dalla norma non per la struttura ma per l'efficacia*”²⁹⁷. e questo stesso carattere non è privo, nella ricostruzione di VETTORI, di conseguenze strutturali che caratterizzano la fase ermeneutica e il ruolo da assegnare al giudice.

Seguendo quella che abbiamo definito²⁹⁸ l'impostazione neocostituzionalistica e argomentativa di ZAGREBELSKY²⁹⁹, VETTORI pur condividendo il fatto –come da testuale lettura della Carta- che un principio non possa fondare una posizione soggettiva azionabile e quindi non si invocabile (art. 52 co.5), tuttavia approda ad un'opposta conclusione in punto di diretta applicabilità dello stesso.

Egli spiega il ruolo dei principi innanzi tutto nel momento interpretativo, che, -a suo avviso, perché il bilanciamento possa operare-, deve essere circoscritto mediante l'applicazione di una rigorosa dottrina del precedente. Entro questo rigoroso alveo trattativo, VETTORI intravede la possibilità che i principi, così come avvenuto in materia di diritti fondamentali sociali con la giurisprudenza *Mangold*, possano di per se stessi risolvere un caso pratico occorso in una fattispecie concreta.

VETTORI giustifica questo passaggio con le seguenti argomentazioni:

“Questa attività non crea nuovo diritto perché il caso ricade nella dimensione giuridica se esiste un principio. Occorre invece un *canone di costruzione giuridica* con il quale il giudice e l'interprete non inventa nuovi diritti, ma scopre o rivela diritti e doveri.

Tale esemplificazione può ispirare alcune indicazioni per l'interprete. “*Da un principio costituzionale (non da un diritto) non si può ricavare direttamente una posizione soggettiva azionabile che non abbia alcuna altra base*”.

Un principio per essere tale attinge sempre elementi fuori da sé. Per evitare aspetti devianti (come l'assoluto, il sacro, l'ideologia), occorre grande attenzione alla giuridicità del fatto che emerge da una pluralità di fonti. Il principio non si applica, insomma, senza una regola laddove il termine non equivale a norma ma a ricerca della *rule* più adeguata al profilo sostanziale e processuale dell'interesse già protetto dai principi dell'ordinamento comunitario richiamati dall'art.117 della nostra Costituzione.

²⁹⁶ *Ibidem*; cfr. peraltro *supra*, III.5.1.

²⁹⁷ cfr. *supra*, parr. III.2 e III.5.2.

²⁹⁸ *supra*, Cap. I.

²⁹⁹ G. ZAGREBELSKY, *Diritto per valori, principi o regole?*, in *L'ordine giuridico europeo: radici e prospettive*. Quaderni Fiorentini per la Storia del pensiero giuridico moderno, Milano 2002, II, *passim*.

Sulla base di questi precedenti giurisprudenziali è facile prevedere che la Carta dei diritti avrà una grande incidenza sul diritto interno e comunitario e che l'interprete accorto non avrà particolari impacci"³⁰⁰.

I postulati imprescindibili perché dunque a detta di VETTORI, ciò si possa verificare sarebbero:

- a) un'integra tradizione giurisprudenziale del precedente, e
- b) l'intrinseca "giuridicità" del fatto occorso nella fattispecie concreta da disciplinare (giuridicità immanente al fatto stesso, e riconosciuta tale dalla tradizione giurisprudenziale del precedente) tale che, con l'ausilio del principio applicato al fatto, la fattispecie concreta possa trovare la sua disciplina giuridica *ad hoc*.

Nel momento in cui VETTORI assegna il carattere di intrinseca giuridicità ad un fatto, -quasi come nel suo fattuale DNA fosse già iscritta la sua naturale disciplina-, la conclusione a cui giunge il civilista si mostra con tutta evidenza opposta e contraddittoria al suo punto di partenza: pur riconoscendo l'inidoneità del principio alla diretta azionabilità (come vuole la lettera della Carta), arriva infatti ad ammettere che il "principio" riesca comunque di per se stesso a disciplinare la fattispecie concreta e a fornire la *regula iuris* risolutiva del caso sottoposto. Ma in questo si contraddice uno dei cardini della costruzione del concetto di "principi" inteso nel senso dell'art 52 co. 5. Ammettendo *a priori* l'idoneità del principio (si badi: non un principio in senso interpretativo, ma il principio di tipo scritto) a risolvere il caso pratico si soddisfa infatti quello che -secondo l'osservazione empirica della Giurisprudenza della Corte di Giustizia (come precisato *supra, sub β*)³⁰¹ dalla dottrina tedesca) -, è già di per sé indice caratteristico di diretta applicabilità e invocabilità di una fonte comunitaria; qualità che invece i principi non possono avere, perché espressamente escluso dall'art 52 co. 5. Infatti il principio nel senso dell'art 52 co. 5 necessita *sempre* di un atto attuativo che ne concretizzi il contenuto.

Alla stregua dunque delle categorie dottrinali tedesche che abbiamo accettato per l'analisi dei principi della Carta, il ragionamento di VETTORI, pur innegabilmente suggestivo e astrattamente molto condivisibile³⁰², si mostra, con riferimento al peculiare *status* assegnato ai principi ex art. 52 co. 5, contraddittorio. In questo senso non si può quindi sposare la posizione che vede abilitare i principi alla risoluzione del fatto concreto, in netto contrasto con la lettera della Carta.

Anche ALDO LOIODICE imposta la sua analisi dal punto di vista culturale-valoriale e quindi ermeneutico, condividendo con VETTORI alcuni tratti "assiologici". Secondo LOIODICE, la Carta, forte di un antropocentrismo cristiano, avrebbe ereditato una cultura dei diritti personalistica e ciò lo si vedrebbe nella clausola di maggiore protezione di cui all'art. 53. In questa previsione, volta alla massimizzazione della

³⁰⁰ G. VETTORI, *La lunga marcia*, cit., p. 16.

³⁰¹ Cioè "l'idoneità della stessa norma, ad essere applicata senza ulteriori precisazioni dai Tribunali, per la risoluzioni di fattispecie concrete" (cfr. *supra*, par. 5.2.7).

³⁰² Laddove riconosce intrinseca giuridicità a certi fatti, riconoscibili nella loro giuridica struttura attraverso plurime conferme giurisprudenziali nel tempo (precedente giudiziario), e quindi capaci di esprimere già implicitamente per se stessi una disciplina esaustiva.

tutela, si stempererebbero gli schemi tradizionali di ordinazione delle fonti appartenenti a diversi ordinamenti e si supererebbe l'arduo problema della classificazione secondo categorie tradizionali. L'affermazione del centralismo della persona umana e queste forze culturali presenti nel continente avrebbero dunque trovato una sintesi nella Carta, così come nella nostra Costituzione si erano fuse culture e istanze personalistico-cristiane, socialiste e lavoriste. Per questo, *“anche nei confronti della Carta europea dei diritti fondamentali si può seguire lo stesso paradigma e si può quindi ritenere che esista un compromesso assiologico tra le varie concezioni nazionali che fanno da presupposto per la creazione della cultura comune”*. Forte di una tale ricostruzione, LOIODICE giunge ad affermare che

“i caratteri che possono assegnarsi alla Carta sotto i diversi profili nei quali è suscettibile di esplicare la sua azione permettono di qualificarla, complessivamente come parametro assiologico avente efficacia orientativa dell'interpretazione giurisprudenziale. [...] La cultura chiaramente presente in questo documento solenne, connessa all'assenza di esperienze diverse, rende più pregnante e significativa la forza di orientamento interpretativo che la Carta riveste all'interno dei singoli ordinamenti nel momento in cui una controversia venga a porre in evidenza un profilo di tutela da essa sancito. In quel momento il giudice potrà utilizzare i contenuti valoriali della Carta per dare un senso interpretativo forte alla costituzione e alle leggi dell'ordinamento a cui appartiene. L'ambiguità della formula dei diritti umani, in questa prospettiva, riduce i suoi margini di equivoco e tende sempre più a porre le premesse per l'assegnazione di una forza giuridica più consistente all'elenco dei diritti europei.”³⁰³.

Studi più marcatamente focalizzati sulla deonticità degli enunciati normativi della Carta sono stati fatti da PAOLO DI LUCIA, che ha esaminato le espressioni dell'articolato nella versione in lingua inglese³⁰⁴.

Lo studio ha il pregio di richiamare l'attenzione sul rapporto tra deonticità e giustiziabilità degli enunciati e quindi di far luce su quale relazione possa esservi tra la formulazione delle disposizioni della Carta e la loro possibile invocabilità per fondare pretese soggettive azionabili³⁰⁵. Questo taglio di indagine si mostra particolarmente utile ai fini della nostra trattazione perché aggiunge un ulteriore argomento discretivo utile per il nostro intento ricostruttivo: l'argomento logico-formale della giustiziabilità su base logica-deontica dell'enunciato. Infatti, così come sosteneva ALEXY³⁰⁶ un enunciato di una norma iusfondamentale espresso in modalità deontica è sicuramente giustiziabile nei rapporti interprivati.

DI LUCIA, con il supporto della teoria deontica di AMEDEO G. CONTE, nel suo lavoro segnala le ricorrenze, nell'articolato, del verbo modale *“shall”* (“dovere”)

³⁰³ A. LOIODICE, *La Carta di Nizza quale parametro assiologico*, in G. F. FERRARI, (a cura di), *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza. Il costituzionalismo dei diritti*, Milano 2001.

³⁰⁴ P. DI LUCIA, *La Carta dei diritti fondamentali. Linguaggio assiologico e linguaggio deontico*, in M. SICLARI (a cura di) *Contributi allo studio della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Torino 2003.

³⁰⁵ Recupereremo queste riflessioni *infra*, per la nostra proposta ricostruttiva finale.

³⁰⁶ Nel suo *Theorie der Grundrechte*, cit, cfr. Cap. I

evidenziandone le volte in cui si ripete in senso deontico³⁰⁷, *thetico*³⁰⁸ anankastico-costitutivo³⁰⁹, e promissivo³¹⁰.

Per DI LUCIA, ricorrerebbe una doverosità deontica e quindi prescrittiva (e dunque generatrice di un diritto azionabile) nell'art.2 co. 2 che così si esprime:

“2. No one shall be condemned to the death penalty, or executed”

essendo utilizzato il verbo “*shall*” in senso inequivocabile di “divieto”.

Da notare il fatto che in italiano lo stesso comma si esprime con una forma deontica negativa della modalità della permissione: “Nessuno può essere condannato alla pena di morte, né giustiziato” e che quindi secondo DI LUCIA debba intendersi come: “è vietato giustiziare o condannare chiunque alla pena di morte”, lasciando dunque quindi ammettersi un vero e proprio “*diritto-a-non*” essere giustiziato o condannato a morte. In questo senso, nell'articolo in esame si celerebbe un *diritto* e non un mero *principio*.

Lo stesso verbo “*shall*”, ricorrerebbe quindi in senso non deontico e quindi non prescrittivo negli artt. 22, 24, 39, 48.

Un primo senso *thetico-attributivo* del verbo modale apparirebbe negli artt. 24 co. 1 e 48:

“1. Children shall have the right to such protection and care as is necessary for their well-being.” (art. 24 co. 1)

“1. Everyone who has been charged shall be presumed innocent until proved guilty according to law” (art. 48 co. 1)

laddove per DI LUCIA non verrebbe prescritto, rispettivamente un diritto alla protezione e cura dei minori (art. 24 co. 1) né l'obbligo di considerare innocente chi non sia stato dichiarato colpevole secondo la legge” (art. 48 co.1).

In questo senso entrambe le disposizioni veicolerebbero dei meri *principi*, perché enunciati non deonticamente riconoscibili. Quanto all'art 48 co.1, col verbo “*shall*” lo *status* di innocente non sarebbe infatti deonticamente *prescritto* bensì immediatamente (teticamente) *ascritto* a tutti coloro che non siano stati dichiarati colpevoli. Dal raffronto con la versione italiana dell'art 48 co. 1:

“1. Ogni imputato è considerato innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente provata”

si confermerebbe infatti la natura *thetica* dell'enunciato, laddove appunto emerge espressamente che si ha a che fare con l'attribuzione di uno *status* e non con l'enunciazione di una norma primaria.

³⁰⁷ Ovverosia recante un imperativo di “doverosità” in senso prescrittivo nei confronti del soggetto a cui si riferisce.

³⁰⁸ Cioè in senso “ascrittivo”, attributivo di una certa qualità, carattere o comportamento al soggetto a cui si riferisce.

³⁰⁹Esprimente cioè una “condizione necessaria” perché una circostanza successiva si realizzi.

³¹⁰ Cioè programmatico, dettante un indirizzo di politica legislativa.

Problemi invece si rilevano con riguardo alla versione italiana dell'art 24 co. 1. Se infatti, da un lato DI LUCIA afferma che non vi sarebbe diritto in capo ai fanciulli, l'espressione italiana sembra andare in senso opposto:

“1. I minori hanno *diritto* alla protezione e alle cure necessarie per il loro benessere”

con la conseguenza, -secondo il tenore letterale- della qualificabilità della posizione soggettiva come “*diritto*” e quindi, della sua naturale azionabilità.

Un senso eminentemente *anankastico-costitutivo* nel senso di “*condizione necessaria*” invece ricorrerebbe nell'esprimersi dell'art. 39, laddove:

“1. Members of the European Parliament shall be elected by direct universal suffrage in a free and secret ballot”.

e con l'uso del verbo *shall* non viene tanto istituito un obbligo, ma prescritta semplicemente una condizione necessaria costitutiva rispetto allo *status* di parlamentare europeo. Tale senso è del resto pacifico se si considera la versione in lingua italiana (“2. *I membri del Parlamento europeo sono eletti a suffragio universale diretto, libero e segreto*”) laddove il presente indicativo del verbo essere si esprime proprio in senso costitutivo.

Un terzo senso adeontico, e precisamente promissivo di “*shall*” si manifesterebbe nell'art 22 co. 1 della Carta, il cui enunciato è il seguente:

“1. The Union shall respect cultural, religious and linguistic diversity”.

In questo enunciato si percepirebbe che il rispetto della diversità culturale religiosa e linguistica, non sarebbe tanto *prescritto*, quanto piuttosto “*assunto come impegno* da parte dell'Unione stessa”. In questa espressione, pur introdotta morfologicamente da un verbo modale apparentemente deontico, si ricaverebbe invece un senso più intimo di *impegno programmatico* che l'Unione si assume con se stessa, impegno che ai sensi dell'art 51 co.1 è rivolto verticalmente alle “*istituzioni, organi e organismi dell'Unione...come pure agli Stati membri*”.

Ed ecco che corrispondentemente a quello che DI LUCIA ha evidenziato essere il suo carattere adeontico e quindi non giustiziabile, quest'impegno o promessa, anche secondo le categorie dottrinali tedesche, si colloca ben lungi dal rappresentare una posizione azionabile assimilabile ad un diritto: indubbiamente infatti rappresenta un'istanza ideale che si situa a metà strada tra le disposizioni programmatiche (*Zielbestimmungen*) e le norme di contenuto prestazionale dotate di significato genericissimo (*leistungsdimension*), entrambe non giustiziabili o azionabili, non rivolte ai cittadini ma –come schematizzato negli schemi illustrati *supra*-, ma solo a soggetti di diritto pubblico. A questi tipi di enunciato, di natura ibrida, DI LUCIA ha associato le parole che PIERO CALAMANDREI spese il 4 marzo 1947 in sede di Assemblea Costituente, riportate nel suo studio e che qui vogliamo ricordare per la loro straordinaria pregnanza:

“Voi sapete che nella nostra Costituzione, ad articoli che consacrano veri e propri diritti azionabili, coercibili, accompagnati da sanzioni, articoli che disciplinano e distribuiscono poteri e fondano organi per esercitare questi poteri, si trova commista una quantità di altre disposizioni vaghe, che sia annidano specialmente fra l’art. 23 e l’art 44 (rapporti etico-sociali e rapporti economici), le quali non sono vere e proprie norme giuridiche nel senso preciso e pratico della parola, ma sono precetti morali, definizioni, velleità, programmi, propositi, magari manifesti elettorali, magari sermoni: che tutti sono camuffati da norme giuridiche, ma norme giuridiche non sono”³¹¹.

³¹¹ P. CALAMANDREI, *Chiarezza nella Costituzione*, 1947. Riportata da P. DI LUCIA, *ivi*.

CONCLUSIONI

I MODELLI DI “PRINCIPI” E “DIRITTI” ACCOLTI NEL TESTO DELLA CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI E I LORO CARATTERI DISTINTIVI.

Non è semplice tentare una distinzione tra norme istituenti “diritti” e norme esprimenti “principi” nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea. Nondimeno è sufficiente una piana lettura della Carta per comprendere che, dato il diverso regime applicativo previsto per l’una e l’altra tipologia, l’operazione si riveli quantomai necessaria.

La questione si dimostra di straordinaria attualità se si tiene conto del densissimo dibattito, esistente tra i giuristi di diritto positivo, su quali siano i criteri finalmente utili a una tale distinzione, e sulla valenza da riconoscere ai vari tentativi di differenziazione che si sono sinora succeduti in dottrina e in giurisprudenza. Le analisi ad oggi effettuate, tutte volte alla ricostruzione di un criterio discrezionale concreto che fosse generalmente valido, si sono però variamente alimentate ora delle dottrine dei classici, dei riferimenti storici all’evoluzione della giurisprudenza e del diritto dell’Unione; ora del dibattito pubblico e delle nozioni di teoria generale recuperate da teorici italiani e stranieri.

Un tentativo di analisi del tema, e di ricostruzione delle problematiche sottese che possa dirsi esaustivo, deve quindi considerare tutti i profili descrittivi e i termini essenziali della questione, che insieme concorrono a comporre il quadro da mettere in luce: le diverse *teorie*, l’evoluzione della *storia*, il dibattito e gli *argomenti*.

In questo intento, il lavoro interessa il teorico generale perché lo sforzo di composizione critica e di mediazione tra storia e valori, soprattutto in questo momento di torsione del diritto alle esigenze globali, sono compiti di chiarificazione epistemologica preliminare che competono al filosofo e allo storico del pensiero giuridico, prima ancora che all’operatore giudiziario¹. Ciò non toglie, tuttavia, che la differenziazione possieda, accanto ad un’indubbia rilevanza descrittiva e speculativa, anche una valenza pratica e prescrittiva. Individuare il confine tra i due tipi normativi oggetto finale di questa analisi, significa infatti comprendere lo stato di attuazione del diritto dell’Unione, facilitare la collettività nella consapevolezza del patrimonio dei propri diritti, e agevolarla nella giustiziabilità delle proprie posizioni e *status*.

La ricerca attraverso le *teorie*, la *storia* e gli *argomenti* dei giuristi ha mostrato che, a parte la qualificazione esplicita che il Trattato e la Carta fanno di particolari disposizioni - secondo lo stesso tenore letterale delle rubriche che le introducono, talune come espressive di “principi”, altre come istitutive di diritti - non è dato comprendere con esattezza e secondo un criterio generale quali disposizioni istituiscano “diritti” e quali esprimano “principi”.

¹ Cfr. *supra*, Introduzione.

La distinzione scolpita dall'art. 51 co. 1 e dall'art 52 però è netta: i “principi”, secondo la Carta sono “riconosciuti”² e devono essere “osservati”³ dalle istituzioni europee per la loro attuazione e traduzione in singoli atti dell'Unione, nella concretizzazione del diritto dell'Unione, secondo le rispettive competenze e nel rispetto dei limiti di proporzionalità e sussidiarietà.

I “diritti” devono essere invece “rispettati”⁴ dalle istituzioni dell'Unione come dai cittadini. Essi dunque sono azionabili e giustiziabili, tanto che devono essere rispettati nelle relazioni che essi instaurano: possono formare oggetto di pretesa di titolarità, di contestazione o di esecuzione degli obblighi che da questi derivino dinanzi agli organi giurisdizionali nazionali o dell'Unione.

I “principi” invece sono rivolti alle istituzioni, agli organi e agli organismi dell'Unione e non hanno natura regolativa/precettiva e immediata applicabilità nei confronti dei privati (le istituzioni dell'Unione li devono osservare nell'attuazione, nulla è scritto circa il fatto che li debbano “rispettare” propriamente come i singoli diritti), né si può dire che siano immediatamente azionabili o giustiziabili nei rapporti interprivati o orizzontali, poiché: “le disposizioni della [...] Carta che contengono principi possono essere invocate dinanzi a un giudice [...] solo ai fini dell'interpretazione e del controllo di legalità degli atti”⁵.

In definitiva, quindi, se i diritti sono azionabili e giustiziabili, i “principi” hanno unicamente la triplice funzione di:

- a) Vincolo giuridico a carico del legislatore⁶ nell'attuazione del diritto dell'UE (attitudine *programmatica*, come i principi delle disposizioni Costituzionali);
- b) Limite alla legittimità *lato sensu* “costituzionale” delle norme e degli atti dell'Unione gerarchicamente subordinati con essi incompatibili⁷ (attitudine *parametrica*, come i principi fondamentali rinvenibili in Costituzione);
- c) Concorrere alla determinazione dei principi generali dell'ordinamento dell'Unione utilizzabili sia per il superamento delle lacune (innescando un potere ermeneutico ricognitivo e creativo del giudice dell'Unione), sia per l'interpretazione sistematica⁸ (funzione *interpretativa*).

“Diritti” e “principi” della Carta obbediscono, in pratica, ad una duplice logica simile a quella che i teorici del neocostituzionalismo argomentativo⁹ hanno predicato per le norme introduttive di posizioni iusfondamentali distinguendole in *regole* e *principi*: così come le regole, anche i diritti ai sensi della Carta hanno un'applicabilità binaria e sono giustiziabili direttamente; i principi, invece,

²Preambolo, §7.

³Art. 52.5 Carta.

⁴Art. 51 Carta

⁵Art 52.5 Carta.

⁶Art. 51.1 e 52.5 Carta.

⁷Art. 52.5 Carta.

⁸Art. 52.5 Carta.

⁹Tra quelli presi in esame: R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, Bologna, 1982; R. ALEXY, *Teoria de los derechos fundamentales*, Madrid, 1986; G. ZAGREBESLKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992; R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano 1992; L. GIANFORMAGGIO, *L'interpretazione della costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata sui principi*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1985.

concorrono ad un bilanciamento e quindi hanno una funzione prevalentemente argomentativa, interpretativa o parametrica.

Queste caratteristiche rinvenute nella lettera della Carta sono fisse, non possono cioè essere derogate: pena il discostarsi dal doppio regime previsto dal dettato letterale. Da ciò discende il fatto che non possano accettarsi le teorie che variamente tendono a riconoscere ai diritti *anche* valore programmatico o natura di direttiva interpretativa¹⁰, o ai principi *anche* qualche forma di giustiziabilità. Piuttosto occorre una distinzione tra i due tipi di norme più netta e precisa.

In questo intento, la ricerca ha cercato di mostrare che la questione sulla distinzione tra diritti e principi si possa risolvere, in definitiva, in quella sull'attribuibilità o meno della natura di norma *giustiziabile* alle posizioni iusfondamentali introdotte dalla Carta.

Così come per i tipi *regola* e *principio* in una logica neocostituzionalistica e argomentativa, anche il riconoscimento delle varie istanze introdotte nella Carta può quindi compiersi verificando se le stesse siano introdotte o enunciate in una fonte normativa regolativa (*regola*, tale perché deonticamente riconoscibile) o in una fonte normativa di principio (*principio*). Nel primo caso infatti, in quanto logicamente e deonticamente giustiziabile, la norma sarà un "diritto" ai sensi della Carta; nel secondo caso, obbedendo essa ad una logica di argomentazione, interpretazione o programmatica sarà un "principio".

Il fatto che la Carta sia formulata con una tecnica enunciativa vaga e generalissima, tradizionalmente associata ai principi, deporrebbe nel senso di dover riconoscere alle espressioni della stessa valore prevalentemente assiologico e quindiottativo o programmatico, tale da assoggettare le norme ivi contenute a logiche di bilanciamento, piuttosto che di applicazione secondo regole di *aut-aut*¹¹.

Tuttavia, l'analisi filologica del c.d. *Mandato di Colonia a redigere una Carta di diritti fondamentali* porta a privilegiare un approccio che, laddove possibile, riconosca alle norme introdotte carattere giustiziabile, poiché "La Carta deve [...] contenere i diritti fondamentali riservati ai cittadini dell'Unione [e] nell'elaborazione della Carta occorrerà [...] prendere in considerazione diritti economici e sociali [...] nella misura in cui essi non sono unicamente a fondamento di obiettivi per l'azione dell'Unione"¹². Per questo alcune ricostruzioni dottrinali hanno proposto di intendere i principi piuttosto come strumenti interpretativi per riempire di contenuto i diritti e assicurarne, conformemente al mandato di Colonia, maggiore giustiziabilità possibile¹³.

¹⁰ "Policy", per dirla con DWORKIN, *Op.cit.*. Cfr. peraltro *supra*, Cap. I.

¹¹Cfr. A. PACE, *A che serve la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Giustizia Costituzionale*, 2001, *passim*.

¹²Conclusioni della Presidenza, Allegato (IV), *Decisione relativa all'elaborazione di una Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Colonia, 2-4- giugno 1999, disponibile alla pagina Internet http://www.europarl.europa.eu/summits/kol2_it.htm#an4

¹³G. BRONZINI (a cura di), *La Carta e le Corti. I diritti fondamentali nella giurisprudenza europea multilivello*, Taranto, 2007, *passim*; G. BRONZINI, *Significato ed efficacia della Carta di Nizza nella tutela multilivello dei diritti fondamentali*, disponibile nel sito internet:<http://www.scuolasuperioreavvocatura.it/arch/docs/382/INTERVENTO%20dott.%20Giusepp e%20Bronzini.pdf>, *passim*; V. SCIARABBA, *Tra fonti e corti. Diritti e Principi fondamentali in Europa: profili costituzionali e comparati degli sviluppi sovranazionali*, Padova, 2008, p. 206.

In questo senso l'assetto che si è progressivamente venuto a creare è tale per cui:

- La tutela dei *diritti* fondamentali costituisce un *principio* fondante dell'Unione;
- di conseguenza, i “principi” non sono solo una fonte autonoma e a sé stante, ma più in generale un “contenitore” perché capaci di includere e veicolare anche i “diritti”. Ciò in quanto strutturalmente dotati di maggiore generalità, astrattezza e ampiezza semantica;
- principi e diritti sono presupposto di *legittimità* dell'Unione, e quindi parametro di conformità (di legittimità comunitaria) alla stregua del quale sindacare eventuali vizi di atti o comportamenti dei suoi organi o degli Stati membri;
- il rispetto dei diritti da parte dell'Unione è un *obbligo*, dunque a seguito della loro proclamazione il relativo contenuto sarà *vincolante*;
- i “diritti” fondamentali devono *tenere di conto* anche dei diritti economici e sociali: quindi sono prevalentemente *tutele*;
- i *diritti* devono sussistere nella misura in cui *non sono unicamente a fondamento di obiettivi*: devono, cioè essere anche *normativi* in senso stretto, cioè *giustiziabili* e *invocabili* per fondare situazioni soggettive, e ciò differenziandosi chiaramente dai “principi”, dal momento che, secondo la Carta, (art 52 co. 5) “*le disposizioni della presente Carta che contengono dei principi possono essere attuate da atti legislativi e esecutivi adottati da istituzioni, organi e organismi dell'Unione e da atti di Stati membri allorché essi danno attuazione al diritto dell'Unione, nell'esercizio delle loro rispettive competenze. Esse possono essere invocate dinanzi a un giudice solo ai fini dell'interpretazione e del controllo di legalità di detti atti*”¹⁴;
- i diritti proclamati hanno *importanza capitale* e una *portata fondamentale*;
- i principi possono essere *veicolo nell'ordinamento* sia di *istanze di struttura* (“principi” struttural- costituzionali, ordinamentali) che di *tutela* (“diritti fondamentali”).

Questo assetto, come è stato mostrato anche da SCHMIDT¹⁵ è pienamente compatibile con la teoria di ALEXY, il quale ci ha insegnato che una posizione soggettiva iusfondamentale può essere espressa sia con *regole* che con *principi*¹⁶.

Si è ritenuto quindi, oltre ad eseguire un censimento di diritti e dei principi contenuti nella Carta, di spostare l'accento sulla natura intrinseca delle posizioni iusfondamentali riconosciute, allo scopo di comprendere se siano “regolative” o piuttosto di “principio”. Distinguere tra posizioni giustiziabili e non, ha significato prima di tutto capire, come ha fatto ALEXY¹⁷, indipendentemente dal tipo di enunciato della norma che le introduce (che sia *formulato* “come diritto” o “come principio”), quali siano strettamente regolative e possano dare vita a relazioni

¹⁴ Cfr. sul punto anche SCIARABBA, *cit.*, pag. 132-133.

¹⁵ J. SCHMIDT, *Die Grundsätze im Sinne der EU-Grundrechtecharta*, Tübingen, 2010, *passim*.

¹⁶ R. ALEXY, *Op. cit.*, *passim*.

¹⁷ *Ibidem*.

intersoggettive al cui interno si rinvengono pretese di giustiziabilità definite, e quali non possedano questi caratteri.

a) Con riferimento alle norme esprimenti *poteri* o *capacità*, dal solo enunciato normativo che introduce il (diritto al) potere, sarà desumibile una giustiziabilità circoscritta alla sola *garanzia della mera possibilità* di esercitarlo, e dell'*idoneità* del soggetto passivo a subirne le conseguenze, perché il potere di per sé implica solo possibilità di esercitarlo, ma non la sua doverosità. Non solo, ma la possibilità stessa potrà essere giustiziata solo se individualizzata e non riferita alla collettività, trasformandosi altrimenti in quest'ultimo caso in una troppo indiscriminata *pretesa ad approntamento di mezzi* e sostanzandosi in un mero interesse legittimo.

b) Per le libertà, il mero enunciato esprime la libertà, introducendo una "possibilità" di realizzazione dell'istanza/bene della vita a questa sottesa, istituisce una relazione giuridica intersoggettiva definita solo se si tratta di una libertà giuridicamente protetta e, in quest'ultimo caso, in assenza di ulteriori specificazioni, può essere giustiziato l'associato diritto *negativo* al non impedimento della realizzazione dell'istanza oggetto della libertà stessa; non potrà invece essere giustiziato, ad esempio, il mancato *favor* verso lo stesso bene della vita oggetto della libertà o un presunto obbligo di approntamento di mezzi volti a realizzare l'istanza proclamata, ben potendo il destinatario, ad esempio, limitarsi a *tollerare* l'effettivo esercizio della libertà del titolare. (Ad esempio, nell'esercizio del mio diritto di libertà di manifestazione del pensiero, non posso chiedere al giudice sovvenzioni per realizzare una pubblicazione, ma posso invece ricorrere se qualcuno mi impedisse di esprimermi con quella pubblicazione).

c) Con riferimento ai diritti ad *azioni negative* ("di difesa" o "di tutela"), sostanzandosi l'oggetto della pretesa in una *omissione o astensione da parte dello Stato* per garantire l'istanza sottesa, la giustiziabilità in favore del destinatario è aprioristicamente concepibile perché correlativamente al diritto all'azione negativa corrisponde un obbligo di *astensione* o di *non impedimento*. La giustiziabilità, quindi, si innesca automaticamente qualora si verifichi la violazione di tale obbligo e dunque il compimento di qualsivoglia atto neutro o impeditivo, da parte di qualsiasi soggetto agente terzo al titolare¹⁸. In questo senso i diritti ad azioni negative impongono solo limiti allo Stato o ai soggetti destinatari, e nessun fine da raggiungere.

d) I diritti ad *azioni attive* o diritti "a prestazione", esprimono, invece, una pretesa lata, un'aspettativa al conseguimento di un *fine*, perché concernono la realizzazione di un certo bene della vita che si acquista solo nella misura in cui il destinatario può porne in essere le precondizioni per la realizzazione.

Come insegnatoci da ALEXY¹⁹, è quindi in dipendenza del profilo che di volta in volta si mette in luce che sia diritti che principi possono essere visti come giustiziabili o non giustiziabili. In particolare,

- se si intendono nel loro contenuto prestazionale, qualsiasi norma li introduca non potrà mai direttamente essere attributiva di posizioni di vantaggio per i singoli, né giustiziabile;

¹⁸ R. ALEXY, *Teoria*, cit., p. 446.

¹⁹ R. ALEXY, *cit.*, *passim*.

- anche se si intendono come fonti di opzioni politiche o programmatiche (*Zielbestimmungen*) e normalmente istitutivi di obblighi di sola e generica e condizionata attuazione delle istanze ivi contenute per l'Unione e gli Stati membri, non potranno essere giustiziabili;
- se però intesi nel loro contenuto strettamente "tutelare" sarebbero fonti appartenenti al gruppo di norme attributive di posizioni di vantaggio dei cittadini e quindi giustiziabili analogamente ai diritti e alle libertà fondamentali.

Per questo, nella ricerca è emerso che "diritti" e "principi" ai sensi della Carta non possono essere intese entità normative definibili aprioristicamente, ma piuttosto riconoscibili come tali a seguito di una verifica contenutistico-funzionale condotta nel senso appena esposto. Prove ne sono state le seguenti circostanze: l'indagine svolta sulla natura dei "diritti sociali", materia all'interno della quale non è possibile isolare geometricamente diritti e principi, ha rivelato che la divisione non è fattibile se non in rapporto alla funzione che di volta in volta la singola norma esaminata riveste; secondariamente, come è stato illustrato, le due tipologie normative ben possono trovarsi compresenti nella stessa disposizione, al che non sarebbe corretto identificare il diritto o il principio con la disposizione che lo introduce.

Più specificamente, dunque, "*diritto giustiziabile*" ai sensi della Carta sarà un *diritto fondamentale* che all'esito dell'opera di interpretazione risulti:

- introdotto da una norma formalmente e contenutisticamente *regolativa*, obbediente alla logica del "tutto-o-niente" e istitutiva di relazioni intersoggettive deonticamente definite;
- dal contenuto tutelare (negativo), anche se introdotto da "norme di principio".

"*Principio non giustiziabile*" (ma solo interpretativo) per la Carta sarà invece:

- una posizione introdotta da una norma di solo principio obbediente ad una logica di bilanciamento in quanto espressiva di idee, concetti e istanze, ma non esprime una relazione intersoggettiva deontica;
- una posizione, pur chiamata o rubricata "diritto" (di contenuto *prima facie* tutelare e pretensivo-prestazionale) ma esprime in realtà prestazioni positive di tipo sociale;
- una mera "libertà non protetta".

Tentando di rielaborare i criteri distintivi esposti per fornire una chiave di lettura generale delle istanze introdotte dalla Carta, e combinando l'esame della storia e delle teorie²⁰ che hanno messo in luce i caratteri dei diritti e principi come intesi nel diritto dell'Unione, è emerso che:

A) diritti fondamentali sono quelle norme soggettive del diritto primario dell'Unione che:

- sotto un profilo sostanziale:

²⁰Prevalentemente quella di H. M. SAGMEISTER, *Die Grundsatznormen in der Europäischen Grundrechtecharta*, Berlin, 2010, *passim*; e quelle da lui riportate.

- a. non sono né libertà fondamentali o diritti di contenuto simile alle libertà fondamentali;
 - b. né principi generali del diritto nel senso delle caratteristiche di uno Stato di diritto;
 - c. né principi di struttura o disposizioni programmatiche dell'Unione Europea, che hanno per oggetto generali pretese nei confronti dello Stato, ma prevalentemente non obblighi per i singoli;
 - d. né ancora principi nel senso dell'art 52 co. 5 della Carta, utilizzabili come interpretativi e come parametro per la legittimità degli atti dell'Unione;
- sotto il profilo formale e dogmatico necessitano comunque di una definizione astratta, che possibilmente ne certifichi natura e autonomia concettuale rispetto alla confusa eterogeneità delle fonti che li introducono, ed in particolare rispetto al meccanismo che li vedrebbe prodotti in virtù di una presunta funzione nomopoietica dei "principi" ex art 6 TUE.
- B) I principi, invece, sono istanze prevalentemente *espresse* dalla Carta. Definiti in negativo può dirsi che essi *non* sono:
- né diritti fondamentali in senso stretto, da cui si sono ben distinti;
 - né esclusivamente i diritti sociali, perché nel "diritto sociale" oggettivamente inteso, per le istanze espresse, non è possibile una partizione spigolosa tra diritti e principi;
 - né libertà fondamentali, che abbiamo visto essere altro dai diritti e dai principi;
 - né principi generali di diritto dell'Unione desunti dall'applicazione interpretativa dei diritti fondamentali come emergenti dalla CEDU, perché di tipo *integrativo* e soggetti ad altro regime: trasformati o trasformabili a loro volta in diritti fondamentali dell'Unione attraverso il meccanismo dell'art 6 co. 3 TUE, confermato dal Preambolo, par. 5, e dagli artt. 52 co.3 e 53 della Carta;
 - né i principi generali di diritto comuni agli Stati membri desumibili dalle tradizioni costituzionali, soggette allo stesso meccanismo, e infine
 - neppure principi generali di diritto comunitario, perché essi sono intesi in senso *integrativo*, come autonome fonti del diritto europeo estrapolati induttivamente dal sistema in via pretoria con lo scopo di risolvere specifici problemi dell'ordinamento dell'Unione (ad es: principio di *primauté*).

Per definirli in positivo bisogna tenere mente al fatto che la categoria dei principi così concepita è stata inserita, in sede redigente dai padri convenzionali, per dare una veste normativa ai diritti sociali. I convenzionali temevano infatti che una codificazione dei cc.dd. diritti sociali come vere posizioni soggettive, tutelabili e giustiziabili, realizzabili attraverso un approntamento di servizi, potesse costituire un radicale aumento delle competenze per l'Unione, e potesse portare ad un eccessivo carico finanziario per gli Stati membri. I principi nascono, invece, come fonte priva di queste caratteristiche "rischiose" per l'Unione e gli Stati membri.

Per questo i principi, pur intesi come veicoli di precetti prestazionali e rimanendo nel senso di DWORKIN, come standard di ottimizzazione, si contraddistinguono per essere vaghi, indeterminati e indefiniti e non istituiscono soglie prestazionali minime al di sotto delle quali scattino sanzioni o tutele risarcitorie a carico dell'Unione o gli Stati membri inadempienti.

Funzione prestazionale, non giustiziabilità, indeterminatezza sono quindi il baricentro contenutistico-funzionale caratterizzante i principi. Sulla base di questo assunto non potranno dunque essere accettate come esaustive le dottrine che risolvano la distinzione fondandosi su altri caratteri più imprecisi, quali: la determinatezza e quindi l'individuazione del titolare-beneficiario del bene della vita sotteso all'istanza proclamata; la considerazione che qualora una garanzia di una posizione fondamentale preveda un consistente impegno di spesa pubblica, allora debba essere considerata "principio"²¹; il mero fondarsi sul dato letterale della metaclassificazione offerta dalla Carta²². Pregevole e suggestiva, al contrario, ancorché non dirimente, sembrerebbe la teoria del "minimo comun denominatore" classificatorio, secondo cui, tra le istanze della Carta, dovrebbero senza dubbio riconoscersi come diritti (o principi), fino a prova contraria, quelle che ricevono identica classificazione anche nei Trattati e nella CEDU.

Forti della ricostruzione dei caratteri fondamentali dei principi, si è infine in grado, con l'aiuto della ricostruzione di SAGMEISTER²³, di coglierne gli aspetti distintivi dai diritti. Segnatamente può quindi dirsi, in positivo, che:

- non è sufficiente la meta-classificazione tra diritti e principi compiuta secondo la mera lettera della Carta;
- la classificazione fatta dalle Spiegazioni, abbia indubbio valore interpretativo (cfr anche art. 52 co.7) ma di per sé non sia univoca;
- le istanze riprodotte dalle disposizioni della Carta definite testualmente "principi" (o "diritti") di cui è confermata la stessa natura anche nei Trattati e nella CEDU costituirebbero un nucleo di pacifica "minima comune classificazione" valevole ai fini della distinzione.

Criterio decisivo per la *summa divisio*, e ad un tempo per l'ascrivibilità della qualifica di *principio* ai sensi della Carta, si rivela infine la verifica se:

- il baricentro normativo dell'istanza contenuta nella disposizione in esame sia il contenuto-funzione "tutelare" (e allora si tratterebbe più probabilmente di "diritto", quantomeno *prima facie*) oppure "programmatico-prestazionale" (e allora si tratterebbe di un "principio").
- In caso di prevalenza di contenuto tutelare, occorre verificare infine se la formulazione si dimostra precisa e determinata:

²¹ Come proporrebbe H. D. JARASS, *EU-Grundrechte*, München, 2005, cfr. *supra* Cap. III.

²² Cfr. M. BOROWSKY, al commento all'art. 52, in J. MEYER, (a cura di) *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 2. Aufl. 2006, Baden-Baden; LADENBURGER, in S. TETTINGER (a cura di) *Commentario alla Carta*, Art. 52. Koeln, 2006. GEORG, J. SCHMITTMANN, *Rechte und Grundsätze in der Grundrechtecharta*, Münster, 2007, (*supra*, Cap. III).

²³ H. M. SAGMEISTER, *Op. Cit.*, *passim*.

- qualora la funzione tutelare sia espressa in termini precisi, determinati e istituenti relazioni intersoggettive deonticamente definibili si sarebbe in indubbia presenza di un diritto (poiché, come si è visto, precisione e determinatezza implicherebbero, in termini di “principio” la disvolta giustiziabilità per la quale invece sono stati creati i “principi”);
- al contrario, qualora la funzione della norma, pur tutelare, sia espressa in termini ideali, senza istituire un beneficiario determinato o determinabile e senza dar vita a relazioni intersoggettive deonticamente definite, non si avrà giustiziabilità e si avrà un “principio”.

Applicando infine queste regole discretime alle varie tipologie di principi rinvenibili nell’ordinamento, si ricava che possa parlarsi di “principi” nel senso dell’art. 52 co. 5 della Carta, con riguardo a:

- i principi “costituzionali” espressi nella Carta intesi in senso *interpretativo e limitatore*;
- i principi “caratteristici dello stato di diritto” espressi nella Carta;
- i principi “di struttura” e le “disposizioni programmatiche” contenute nella Carta;
- in generale tutte le istanze che si è visto essere qualificate come tali perché così identificate o identificabili sulla base della Carta, non ricomprese nelle categorie che abbiamo escluso;
- tutte le istanze identificabili come tali, qualora possiedano le caratteristiche discreteime messe in luce.

BIBLIOGRAFIA

Monografie

- Alexy, R., *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1986
- , *Teoria de los derechos fundamentales*, Madrid, 1986
- , *Teoria dell'argomentazione giuridica*, Milano, 1998
- Angelini, F., *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea. I principi fondamentali nelle relazioni interordinamentali*, Padova, 2007
- Amato, G., Bribosia, H., De Witte, B. (a cura di), *Génèse et destinée de la Constitution européenne*, Bruxelles, 2007
- Arrigo, G., *La Carta di Nizza, natura, valore giuridico, efficacia*, in *Il diritto del Lavoro*, 2001
- Barberis, M., *Europa del diritto*, Bologna, 2010
- , *Giuristi e filosofi*, Bologna 2011
- Betti, E., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano 1971
- , *Teoria Generale dell'interpretazione*, Milano 1990
- Bifulco, R., Cartabia, M., Celotto, A., (a cura di), *L'Europa dei diritti: Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna, 2001
- Bilancia, F., *I diritti fondamentali come conquiste sovrastanti di civiltà*, Torino, 2002.
- Bin, R., *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano 1992
- Bobbio, N., *L'Età dei diritti*, 1989.
- Bronzini, G., Piccone, P., (a cura di), *La Carta e le Corti. I Diritti fondamentali nella giurisprudenza europea multilivello*, Taranto, 2007
- Calamia, A.M., Vigiak, V., *Manuale breve di diritto comunitario*, Milano 2008
- Calasso, F., *Il diritto comune come fatto spirituale*, Milano, 1948
- Calliess, C., Ruffert, M., *EUV/EGV. Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta. Kommentar*, München., 2007.
- Cantaro, A., *Il costituzionalismo asimmetrico dell'Unione. L'integrazione europea dopo il trattato di Lisbona*, Torino, 2010
- Caretti, P., *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*. Torino, 2002
- Caringella, F., *Corso di diritto amministrativo. Profili sostanziali e processuali*, Milano, 2011

Carletti, C., *Diritti fondamentali e l'Unione europea tra Carta di Nizza e Trattato-Costituzione*, Milano, 2005

Cartabia, M., *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, 1995

-, Weiler, J. H. H., *L'Italia in Europa. Profili istituzionali e costituzionali*, Bologna 2003

Cassese, S., *Universalità del diritto*, Napoli, Editoriale scientifica, 2000

-, *Lo spazio giuridico globale*, Roma-Bari 2006

-, *Oltre lo Stato*, Roma-Bari, 2006

Castorina, E., *Riflessioni sul processo costituente europeo*, Torino 2010

Cavanna, A., *Storia del diritto moderno in Europa*, Milano, 1979

Cortelazzo, M., Zolli, P., *Dizionario Etimologico della Lingua Italiana*, 1985

Conte, A. G., *Filosofia del linguaggio normativo*, Torino, 1995

Crisafulli, V., *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952.

De Poncins, E., *La Consitution européenne en 25 clés*, Paris, 2005

Della Cananea, G., *L'Unione europea. Un ordinamento composito*, Roma-Bari, 2003

Dworkin, R., *I diritti presi sul serio*, Bologna, 1982

Esser, J., *Grundsatz und Norm*, Tübingen, 1990

Facchi, A., *Breve storia dei dritti umani*, Bologna, 2007

Farias, D., *Idealità e indeterminatezza dei principi costituzionali*, Milano, 1981

Ferrarese, M. R., *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Laterza, Roma-Bari, 2006

Ferrari, G. F., (a cura di), *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza. Il costituzionalismo dei diritti*, Milano, 2001

Fioravanti, M., *Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*, Torino, 1995

Flores, M., *Storia dei diritti umani*, Bologna 2008

Floridia, G. G., *Il cantiere della nuova Europa. Tecnica e politica nei lavori della Convenzione europea*, Bologna, 2003

Garofoli, R., *Manuale di diritto penale*, Roma, 2009

Gaslini, M., *Sulla struttura degli enunziati costituzionali*, Milano, 2002

Grewe, C., Ruiz, H., *Droits Constitutionnels européens*, Paris, 1995

Galgano, F., *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005

Gialdino, C. G., *La Costituzione europea. Genesi – Natura – struttura – contenuto*, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, 2005

- Grossi, P., *L'ordine giuridico medioevale*, Roma-Bari, Laterza, 1995
- , *Mitologie giuridiche della modernità*, 2.ed, Milano, 2007
- , *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, 2007
- Guastini, R., *Problemi di teoria del diritto*, Bologna 1980
- , *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Torino, 1996
- Habermas, J., *Teoria dell'agire comunicativo*, Bologna 1986
- , *Fatti e norme. Contributi ad una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Milano 1996;
- , *La costellazione postnazionale*, Milano, 1999
- , *Morale, diritto, politica*, Torino, 2001
- Haeberle, P., *Cultura dei diritti e diritti della cultura nello spazio costituzionale europeo*, Milano, 2003
- Heselhaus, F., Sebastian, M., Nowak, C., (a cura di) *Handbuch der Europäischen Grundrechte*, München, 2006
- Italia, V., *Le disposizioni di principio stabilite dal legislatore*, Milano 1970
- , *Interpretazione sistematica delle norme e dei valori*, Milano, 1993
- Itzcovich, G., *Teorie e ideologie del diritto comunitario*, Torino, 2006
- Jarass, H. D., *EU-Grundrechte*, München, 2005
- Jellinek, G., *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Tübingen, 1905
- Lebreton, G., *Libertés publiques et droits de l'homme*, Paris, 2001
- Lombardi Vallauri, L., *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano 1967
- , *Corso di Filosofia del Diritto*, Padova, 1981
- , *Il meritevole di tutela*, Milano, 1990
- , *Lógos dell'essere, lógos della norma*, Bari, 1999.
- Losano M. G., (a cura di), *W. N. Hohfeld. Concetti giuridici fondamentali*, Torino 1969
- Mac Cormick, N., *La sovranità in discussione. Diritto, Stato e nazione nel "commonwealth" europeo*, Bologna 2003
- Manzella, A, Melograni, P., Paciotti, E., Rodotà, S., *Riscrivere i diritti in Europa*, Bologna 2001
- Mastronardi, F., *Una Costituzione per l'Europa. Cronistoria di una grande idea*, Napoli, 2004
- Mazzarese, T., *Logica deontica e linguaggio giuridico*, Padova, 1989

- (a cura di), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Torino 2002
- , *Diritti fondamentali: le nuove sfide*, Torino, 2010
- Meyer, J., (a cura di), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, Baden-Baden, 2006
- Morbidelli, G., Donati F., (a cura di), *Una costituzione per l'Unione Europea*, Torino, 2006
- Ost, F., Van De Kerchove, M., *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, 2002
- Pianigiani, O., *Vocabolario Etimologico della Lingua Italiana*, 1907;
- Pintore, A., *Norme e principi. Una critica a Dworkin*, Milano 1982
- Pizzorusso, A., *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna, 2003.
- Prosperi, F., *La tutela dei diritti umani tra teoria generale e ordinamento comunitario*, Torino 2009
- Quasdorf, P., *Dogmatik der Grundrechte der Europäischen Union*, Frankfurt/Main, 2001
- Rengeling, H.-W., *Grundrechtsschutz in der Europäischen Gemeinschaft. Bestandsaufnahme und Analyse der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zum Schutz der Grundrechte als allgemeine Rechtsgrundsätze*, München, 1993
- Rupp, H. H., *Grundfragen der heutigen Verwaltungslehren. Verwaltungsnorm und Verwaltungsrechtsverhältnis*, Tubinga, 1991
- Sacco, R., *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1992
- Sagmeister, H. M., *Die Grundsatznormen in der Europäischen Grundrechtecharta*, Berlin, 2010
- Sauron, J-L., *Cours d'Institutions européennes. Le puzzle européen*, Paris, 2004
- Schmidt, J., *Die Grundsätze im Sinne der EU-Grundrechtecharta*, Tübingen, 2010
- Schmittmann, J., *Rechte und Grundsätze in der Grundrechtecharta*, Münster, 2007
- Sciarabba, V., *Tra fonti e corti. Diritti e Principi fondamentali in Europa: profili costituzionali e comparati degli sviluppi sovranazionali*, Padova, 2008
- Siclari, M., (a cura di), *Contributi allo studio della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Torino 2003
- Staiano, S. (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali. Alla ricerca del nucleo duro delle costituzioni. Quaderni del Gruppo di Pisa*, Torino 2006

- Surace, A., *Interlegalità e diritti fondamentali*, tesi di Laurea in Filosofia del diritto, Università degli Studi di Firenze, 2006.
- Tarello, G., *Diritto, enunciati, usi*, Bologna, 1974
- Vettori, G., (a cura di), *Carta europea e diritti dei privati*, Padova, 2002
- , *Diritto Privato e Ordinamento comunitario*, Milano, 2009
- Vincenti, U., *Diritto senza identità. La crisi delle categorie giuridiche tradizionali*, Roma-Bari 2007
- Viola, F., *La concorrenza fra ordinamenti e il diritto come scelta*, Napoli 2008
- Zagrebelsky, G., *Il diritto mite*, Torino, 1992
- Ziller, J., *La nuova Costituzione europea*, Bologna, 2003
- , *Il nuovo Trattato europeo*, Bologna, 2007

Articoli, Interventi e Saggi in opere collettanee

- Adam, R., *Principi generali e introduttivi*, in *Il diritto privato dell'Unione Europea*, Tomo I, in M. Bessone (a cura di) *Trattato di Diritto Privato*, Torino, 2000
- Adinolfi, A., *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e la loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1994
- Akehurst, M., *The application of General principles of Law by the Court of Justice of the European Communities*, in *British Yearbook of International law*, 1981
- Alexy, R., *La formula per la quantificazione del peso nel bilanciamento*, in *Ars Interpretandi*, 2005
- Arrigo, G., *La Carta di Nizza: natura, valore giuridico, efficacia*, in *Il Diritto del lavoro*, 2001
- Atripaldi, M., *Il metodo della convenzione e i valori della Carta dei diritti: una cronaca dei lavori preparatori*, in V. Atripaldi, R. Miccù, (a cura di), *L'omogeneità costituzionale nell'Unione Europea*, Padova, 2003
- Azzariti, G., *Il futuro dei diritti fondamentali nell'era della globalizzazione*, in *Politica del diritto*, 2003
- Azzena, L., *Prospettive della Carta europea dei diritti e ruolo della giurisprudenza*, in G. F. Ferrari (a cura di), *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza. Il costituzionalismo dei diritti*, Milano, 2001

- , *Integrazione europea e percorso dei diritti fondamentali tra giurisprudenza e scrittura*, in I. Trujillo, F. Viola (a cura di), *Identità, diritti, ragione pubblica in Europa*, Bologna 2007
- Azzoni, G. P. M., *Gli universali delle relazioni giuridiche*, in L. Lombardi Vallauri (a cura di), *Lógos dell'essere, lógos della norma*, Bari, 1999.
- Baccelli, L., *Diritti fondamentali: i rischi dell'universalismo*, in T. Mazza (a cura di), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Torino 2002.
- , *Ex parte populi. Per una teoria impura dei diritti*, in *Ragion Pratica*, 2008
- Barbera, A., *La Carta europea dei diritti: una fonte di ri-cognizione?*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2001
- Bartole, S., Voce: *Principi generali del Diritto* (diritto costituzionale), in *enciclopedia del Diritto*
- Basile, S., *“Valori superiori”, principi costituzionali fondamentali e esigenze primarie*, in *“Giurisprudenza Costituzionale”*, 1993
- Battaglia, S., Voce: *“Rispetto”*, in *Grande Dizionario della Lingua Italiana*, Torino, 1984
- Berti, G., *Ermeneutica e processualità nella trasformazione dei principi e dei valori universali in regole degli ordinamenti positivi*, in *Ars Interpretandi*, 2005
- Bobbio, N., Voce: *Principi generali di diritto*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1966, vol. XIII
- Bogdandy, V., *I principi costituzionali dell'Unione europea*, in *Diritto Pubblico comparato e europeo*, 2005
- Businelli, F. D., *La faticosa evoluzione dei Principi europei tra scienza e giurisprudenza nell'incessante dialogo con i diritti nazionali*, in *Rivista di diritto civile*, 2009
- Cantaro, A., Magnani, C., *L'ambiguo preambolo: atto formalmente internazionalistico, dichiarazione sostanzialmente costituzionale*, in Lucarelli, A., Patroni Griffi, A., *Studi sulla costituzione europea. Percorsi e ipotesi*, Napoli, 2003
- Carlassarre, L., *Fonti del diritto (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto*.
- Carriò, G. R., *Principi del diritto e positivismo giuridico*, in R. Guastini, *Problemi di teoria del diritto*, Bologna 1980

- Cartabia, M., *I diritti fondamentali e la cittadinanza europea*, in (a cura di) F. Bassanini, G. Tiberi, *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, Bologna 2008
- Chiti, M. P., *La Carta europea dei diritti fondamentali: una carta di carattere funzionale?*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2002
- Crisafulli, V., *Per la determinazione del concetto di principi generali del diritto*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1941
- Dantas De Carvalho, M. E., *Un approccio alla dinamica dell'applicazione di regole e principi*, in *Ars Interpretandi*, 2005
- D'Atena, A., *In tema di principi e valori costituzionali*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1997
- Del Vecchio, G., *Sui principi generali del diritto*, in *Archivio giuridico*, 1921
- , *Sui principi generali del diritto*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1936
- De Siervo, U., *L'ambigua redazione della Carta dei diritti fondamentali nel processo di costituzionalizzazione dell'Unione Europea*, in *Diritto Pubblico*, 2001
- Di Carlo, L., *Legittimità del diritto e diritti fondamentali in J. Habermas*, in *Teoria Politica*, 2/2007
- Di Lucia, P., *La Carta dei diritti fondamentali. Linguaggio axiologico e linguaggio deontico*, in M. Siclari (a cura di) *Contributi allo studio della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Torino 2003.
- Ferrarese, M.R., *Sulla globalizzazione giuridica: una risposta agli scettici*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2004;
- Ferrajoli, L., *I diritti fondamentali nella teoria del diritto*, in *Teoria Politica*, I, 1999
- , *Quali sono i diritti fondamentali ?* in E. Vitale, (a cura di), *Diritti umani e diritti delle minoranze*, Torino, 2000
- , *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Roma-Bari, 2008
- Fioravanti, M., *Il processo costituente europeo*, in "Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno", 2002
- Floridia, G.G., *Nell'intenzion dell'artista, negli occhi degli abitanti (osservazioni sulla Dichiarazione dei diritti di Nizza)*, in *Diritto pubblico comparato e europeo*, 2001

- , Sciannella, L. G., *Siamo una Convenzione. Vale a dire cosa? Anatomia e autonomia della Convenzione europea*, in *Diritto pubblico comparato e europeo*, 2002
- , *Il corpo denso, l'anima incerta. Come si è arrivati al testo finale della Convenzione*, in G. G. Florida, *Il cantiere della nuova Europa. Tecnica e politica nei lavori della Convenzione Europea*, Bologna, 2003
- Gaja, G., *Principi generali del diritto (diritto internazionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXV, Milano 1986
- Gambino, S., *Il diritto costituzionale europeo: principi strutturali e diritti fondamentali*, in S. Gambino (a cura di), *Costituzione Italiana e diritto comunitario. Principi e tradizioni costituzionali comuni. La formazione giurisprudenziale del diritto costituzionale europeo*, Milano, 2002
- Gianformaggio, L., *L'interpretazione della costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata sui principi*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1985
- Grossi, P., *Pagina introduttiva (ancora sulle fonti del diritto)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milano 2000
- , *Oltre le mitologie giuridiche della modernità* in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milano 2000,
- , *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, in *Foro italiano*, 2002
- Guastini, R., *La costituzionalizzazione dell'ordinamento*, in T. Mazzarese (a cura di), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Torino, 2002
- Guastini, R., *Sui principi di diritto*, in *Diritto e Società*, 1986
- , *I principi nel diritto vigente*, in M. Bessone, R. Guastini (a cura di), *La regola del caso. Materiali sul ragionamento giuridico*, Padova, 1995
- , *I principi nel diritto positivo*, in Id., *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Torino, 1996
- , *Principi del diritto e discrezionalità giudiziale*, in AA.VV., *Interpretazione e diritto giurisprudenziale. Regole, modelli, metodi*, Torino, 2002
- Hohfeld, W. N., *Some fundamental legal conceptions as applied in Judicial Reasoning*, in *Yale Law Journal*, 1913
- Irti, N., *Le categorie giuridiche della globalizzazione*, in *Rivista di diritto civile*, 2002

- Itzcovich, G., *Bananen. Bilanciamento, diritti fondamentali e integrazione europea nella "guerra delle banane"*, in G. Maniaci (a cura di), *Eguaglianza, ragionevolezza e logica giuridica*, Milano 2004.
- Itzcovich, G., *L'interpretazione del diritto comunitario*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2008
- Jacqué, J. P., *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne: presentation générale*, in L. S. Rossi, (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione dell'Unione europea*, Milano, 2002.
- Jarass, H. D., *Die Grundrechte: Abwehrrechte und objektive Grundsatznormen. Objektive Grundrechtsgehalte, insbes. Schutzpflichten und privatrechtsgestaltende Wirkung*, in P. Badura, H. Dreier (a cura di) *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht - Klärung und Fortbildung des Verfassungsrechts*, Tübingen, 2001
- Jori, M., *I principi nel diritto italiano*, in *Sociologia del diritto*, 1983
- Kelsen, H., *La teoria generale del diritto e il materialismo storico*, Roma, 1979
- Lucatello, G., *I principi generali del diritto nella dottrina italiana degli anni 1940-1942*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 2002
- Loiodice, A., *La Carta di Nizza quale parametro assiologico*, in G. F. Ferrari, (a cura di), *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza. Il costituzionalismo dei diritti*, Milano 2001.
- Longo, A., *Valori, principi e costituzione qualche spunto sui meccanismi di positivizzazione delle istanze assiologiche di base*, in "Diritto e Società", 2002/1
- Lombardi Vallauri, L., Voce *Giurisprudenza*, in *Enciclopedia Giuridica*.
- , *Norme vaghe e teoria generale del diritto*, in *Ars interpretandi*, 1995
- Mancini, G. F., *La tutela dei diritti dell'Uomo: il ruolo della Corte di Giustizia delle Comunità europee*, in *Rivista Trimestrale di diritto e procedura Civile*, 1989
- , *La tutela dei diritti dell'uomo: il ruolo della Corte di Giustizia*, in *Democrazia e Costituzionalismo nell'Unione europea*, Bologna, 2004.
- Manzella, A., *Dal mercato ai diritti*, in Manzella, A., Melograni, P., Paciotti, E., Rodotà, S.T., *Riscrivere i diritti in Europa*, Bologna 2001
- Mazzarese, T., *Diritti fondamentali e neocostituzionalismo* in T. Mazzarese (a cura di), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Torino 2002

- , *Ragionamento giudiziale e diritti fondamentali. Rilievi logici e epistemologici*, in *Analisi e diritto*, 2002-2003
- , *Minimalismo dei diritti: pragmatismo antiretorico o liberalismo individualista?*, in *Ragion Pratica*, 2006
- , *Nuove sfide e tentativi di delegittimazione, un'introduzione, e ripensare la cultura dei diritti?* in Id., *Diritti fondamentali, le nuove sfide*, Torino 2010
- Mengoni, L., *I principi generali del diritto e la scienza giuridica*, in D.L., 1992
- Modugno, F., *Fonti del diritto (gerarchia delle)*, in *Enciclopedia Giuridica*, 1997
- , *Principi generali dell'ordinamento*, in *Enciclopedia Giuridica*, 1997
- , *Principi e norme. La funzione limitatrice dei principi e i principi supremi o fondamentali*, in *Esperienze giuridiche del '900*, Milano, 2000,
- Molinatto, P., *Ermeneutica e interpretazione giuridica in Gadamer, Breve ricognizione di un «double bind»* in *Ragion Pratica*, 2008
- Monaco, R., *I principi di interpretazione seguiti dalla Corte di Giustizia delle Comunità europee*, in *Rivista di diritto europeo*, 1963
- Montchormont, G., *Rapport d'information sur le projet de Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne, Delegation de l'Assemblée Nationale Française*, 5 ottobre 2000
- Moritz, M., *Appendice: il sistema hohfeldiano dei concetti giuridici fondamentali*, in M . G. Losano (a cura di), *W. N. Hohfeld, Concetti giuridici fondamentali*, Torino 1969.
- Morchón, G. R., *La protezione dei diritti fondamentali nell'Unione europea*, in *Ars Interpretandi*, 6, 2001
- Onida, O., *Il problema della giurisdizione*, in E. Paciotti (a cura di), *La costituzione europea*, Roma, 2003.
- Onida, V., *“Armonia tra diversi” e problemi aperti. La giurisprudenza costituzionale sui rapporti tra ordinamento interno e ordinamento comunitario*, in *Quaderni Costituzionali*, 2002
- Opocher, E., *Valore- filosofia del diritto* in *Enciclopedia del diritto*, XLVI
- Pace, A., *che serve la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Giustizia Costituzionale*, 2001
- Paciotti, E., *La Carta, i contenuti e gli autori*, in A. Manzella, P. Melograni, E. Paciotti, S. Rodotà, *Riscrivere i diritti in Europa: introduzione alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Bologna 2001

Paparella, E., *Il dibattito interparlamentare europeo sulla carta dei diritti: i principali orientamenti*, in V. Atripaldi, R. Miccù, (a cura di), *L'omogeneità costituzionale nell'Unione europea*, Padova, 2003

Pazè, V., *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Un'analisi teorica*, in Teoria politica, 2003

Perlingieri, P., *Valori normativi e loro gerarchia*, in Rassegna di Diritto Civile, 1999

Pinelli, C., *I diritti fondamentali tra politica e giurisprudenza*, in Politica del diritto, 2008

Pino, G., *La "lotta per i diritti fondamentali" in Europa. Integrazione europea, diritti fondamentali e ragionamento giuridico*, in I. Trujillo, F. Viola (a cura di), *Identità, diritti, ragione pubblica in Europa*, Bologna, 2007

Pizzorusso, A., *Una costituzione "ottriata"*, in E. Paciotti (a cura di), *La costituzione europea*, Roma, 2003.

Poggi, F. *Brevi osservazioni sulla retorica dei diritti*, in Ragion pratica, 2008

Pollicino, O., *Corti europee e allargamento dell'Europa: evoluzioni giurisprudenziali e riflessi ordinamentali*, in Il Diritto dell'Unione Europea, 2009

Rescigno, G. U. , *La Carta dei diritti come documento*, in M. Siclari, *Contributi allo studio della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Torino, 2003

Resta, E., *Demos, ethnos. sull'identità dell'Europa* in G. Bonacchi (a cura di) *Una Costituzione senza Stato. Ricerca della fondazione Lelio e Lisli Basso - Issopo*, Bologna, 2000.

Reich, N., *Competition between legal orders: a new paradigm of EC law?*, in Common Market Law Review, 1992

Rivosecchi, G., *La Carta dei diritti tra codificazione sui generis e diritto previgente*, in V. Atripaldi, R. Miccù, (a cura di), *L'omogeneità costituzionale nell'Unione Europea*, Padova, 2003

Rottola, A., *Il problema della tutela dei diritti fondamentali nell'ambito dell'ordinamento comunitario*, in Rivista di Diritto europeo, 1978

Ruggeri, A., *La tutela "multilivello" dei diritti fondamentali, tra esperienze di formazione e teorie costituzionali*, in Politica del diritto, 2007/III

Ruggeri, A., *Prospettive metodiche di ricostruzione del sistema delle fonti e carte internazionali dei diritti, tra teoria delle fonti e teoria dell'interpretazione*, in G. F. Ferrari (a cura di), *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza. Il costituzionalismo dei diritti*, Milano, 2001

- Saldaña, J., *Regole e principi. L'origine e il contenuto morale dei principi giuridici nelle Regulae iuris*, in *Ars Interpretandi*, 2005
- Savino, R., *Da un constitution-making ad un constitution-making process? Principi generali del diritto comunitario, principi costituzionali comuni agli stati membri e Costituzione europea*, in *Diritto Pubblico Comparato e europeo*, 2004
- Schmitt, C., *La tirannia dei valori*, in "Rassegna di diritto pubblico", 1970
- Schiavello, A., *Diritti umani e pluralismo tra argomentazione e negoziazione*, in *Ragion pratica*, 2010
- Silvestri, G., *Linguaggio della Costituzione e linguaggio giuridico: un rapporto complesso*, in *Quaderni costituzionali*, 1989, IX
- Silvestri, G., *Verso uno ius commune europeo dei diritti fondamentali*, in *Quaderni Costituzionali*, 2006
- Sorrentino, F., *I principi generali dell'ordinamento giuridico nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto*, in *Diritto e Società*, 1987
- Stein, P., *The Digest title, De diversis regulis iuris antiqui and the general principles of law*, in *Essays in honour of Roscoe Pound*, Indianapolis-New York, 1962
- , *Regulae iuris. From juristic rules to legal maxims*, Edinburgh, U.P. Edinburgh, 1996
- Tajadura Tejada, J., *Funzione e valore dei preamboli costituzionali*, in "Quaderni Costituzionali", 2003
- Tancredi, A., *La tutela dei diritti fondamentali «assoluti» in Europa: "it's all balancing"*, in *Ragion Pratica*, 2007
- Tesauro, G., *Il ruolo della Corte di Giustizia nell'elaborazione dei principi generali dell'ordinamento europeo e dei diritti fondamentali*, in *Associazione italiana dei costituzionalisti, Annuario 1999. La costituzione europea*, Padova, 2000
- Viola, F., *Interpretazione giuridica, diritti umani e la nuova scienza giuridica*, in *Ragion Pratica XXXIV*, 2010
- Vitale, E., *Sulla fondazione dei diritti fondamentali*, in *Teoria Politica*, II, 2000
- Von Hayek, F.A., *Giustizia e diritti individuali*, in ID., *Legge, legislazione e libertà*, Milano, 1989
- Weber, A., *Il futuro della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Rivista Italiana di diritto pubblico Comunitario*, 2002
- Weiler, J. H. H., *The Community System: the dual Character of Supranationalism*, in *Yearbook of European Law*, 1, 1981

- Wieacker, F., *Dalla storia del diritto alla teoria dell'interpretazione (il pensiero filosofico-giuridico di Emilio Betti)*, in *Rivista di Diritto Civile*, 1970
- Woelk, J., *La tutela dei diritti fondamentali in Europa prima della Carta*, in R. Toniatti (a cura di), *Diritto, diritti, giurisdizione: la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Padova: CEDAM, 2002
- Zaccaria, G., *Creatività e principi nell'ermeneutica di Emilio Betti*, in *Rivista di Diritto Civile*, 1992
- Zagrebelsky, G., *Diritto per valori, principi o regole? (A proposito della dottrina dei principi di Ronald Dworkin)*, in *L'ordine giuridico europeo: radici e prospettive. Quaderni Fiorentini per la Storia del pensiero giuridico moderno*, Milano 2002
- Zanghì, C., *Prime osservazioni sulla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, in *Rivista della Cooperazione Giuridica internazionale*, 2001
- Zolo, D., *Globalizzazione*, voce del *Digesto pubbl.*, aggiornamento-2005, Torino 2005.
- , *La strategia della cittadinanza*, in Id., *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*. Roma-Bari, 1994

Sitografia Internet

- Baldassarre, R., *Una risposta a Guastini*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it
- Bin, R. *Ordine delle norme e disordine dei concetti (e viceversa). Per una teoria quantistica delle fonti del diritto*, relazione tenuta al Convegno «La sfida della transnazionalizzazione tra teoria delle fonti e dottrine della Costituzione», Enna il 16 maggio 2009 e disponibile su: http://www.robertobin.it/MATERIALI_SEM/teoria%20quantistica.pdf
- Bronzini, G., *Significato ed efficacia della Carta di Nizza nella tutela multilivello dei diritti fondamentali*, <http://www.scuolasuperioreavvocatura.it/arch/docs/382/INTERVENTO%20dott.%20Giuseppe%20Bronzini.pdf>
- Cappello, P., *La fenomenologia del rinvio statico e del rinvio dinamico*, Materiale del dipartimento di diritto costituzionale dell'Università di Genova, consultabile su: www.costituzionale.unige.it/dottorato/Rinvio.htm.

Di Donato, F., *La nascita dello Stato costituzionale e la tutela dei diritti fondamentali*, lezione XI, Filosofia del diritto, Università telematica PEGASO, http://www.unipegaso.it/materiali/LMG-01/annoI/FilDir_DiDonato/Lezione_XI.pdf

Juan Patrone, I., *La tutela giurisdizionale dei diritti nei lavori della Convenzione*, in www.astrid-online.it

Monateri, P.G., *L'interpretazione del diritto*, Voce redatta per il Digesto, 4.a ed., in http://www.jus.unitn.it/Cardozo/Review/Legalprocess/Monateri-1995/int_som.htm

Paciotti, E., *La seconda "proclamazione" della Carta dei diritti e i Trattato di riforma*, in www.europeanrights.eu.

Pizzorusso, A., *Sistematica giuridica e sistema delle fonti del diritto*, in Scritti in onore di Lorenza Carlassarre, disponibile su: http://www.robertobin.it/MATERIALI_SEM; E. RESTA

Poggi, A., *Soft law nell'ordinamento comunitario, Relazione tenuta al convegno annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti "L'integrazione dei sistemi costituzionali europeo e nazionali" – Catania, 14-15 ottobre 2005*, in [astrid-online.it](http://www.astrid-online.it)

Ruggeri, A., *Corte costituzionale e Corti europee: il modello, le esperienze, le prospettive*, in http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/dottrina/giustizia_costituzionale/Ruggeri.pdf

Vettori, G., *La lunga marcia della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in www.europeanrights.eu, 6.2.2008.

La *cronologia* delle tappe istituzionali dell'integrazione europea è reperibile in "Europa", il sito internet ufficiale dell'UE, all'indirizzo: http://europa.eu/documentation/legislation/institutional_reform/chronology/index_it.htm.

La documentazione relativa alla Convenzione Europea è reperibile presso la relativa pagina ufficiale <http://european-convention.eu.int/organisation.asp?lang=IT>.

Giurisprudenza italiana

Corte Costituzionale, *Sentenza* 27 dicembre 1973, n. 183;

Corte Costituzionale, *Sentenza* 16 dicembre 1980, n. 188;

Corte Costituzionale, *Sentenza* 5-8 giugno 1984, n. 170;

Corte Suprema di Cassazione, SS.UU., *Sentenza* 22 luglio 1999, n. 500;
Corte Costituzionale, *Sentenza* 3-7 febbraio 2000, n. 42;
Corte Costituzionale, *Sentenza* 3-7 febbraio 2000, n. 49;
Corte Costituzionale, *Ordinanza* 29 aprile 2005 n. 170;
Corte Costituzionale, *Sentenza* 24 ottobre 2007, n. 348;
Corte Costituzionale, *Sentenza* 24 ottobre 2007, n. 349;
Corte Costituzionale, *Sentenza* 12 marzo 2011, n. 80.

Giurisprudenza della Corte di Giustizia della Comunità e dell'Unione

Tutta la Giurisprudenza CE e UE è pubblicata nella raccolta "EUR-LEX" disponibile in via ufficiale alla pagina internet <http://eur-lex.europa.eu/>.

Sent. 29.11.1956, in causa C-8/55, *Fédéchar*;
Sent. 4 febbraio 1959, in causa C- 1/58, *Stork*;
Sent. 18 luglio 1960 nelle cause riunite in cause C- 36, 38 e 40/59, *Comptoirs de vente*;
Sent. 5 febbraio 1963, in causa 26/62, *Van Gend en Loos*;
Sent. 5 febbraio 1963, in causa C 26/62;
Sent. 15 luglio 1964, in causa C- 6/64, *Costa/ENEL*;
Sent. 1 aprile 1965, in causa C-40/64, *Sgarlata*;
Sent. 13 dicembre 1967, in causa C- 17/67, *Neumann*;
Sent. 17 dicembre 1970, in causa C- 11/70, *Internationale Handesgesellschaft*;
Sent. 28 aprile 1971, in causa C-4/69, *Lutticke c/. Commissione*.
Sent. 14 maggio 1974 in causa C 4/73, *Nold*;
Sent. 3 luglio 1974, in causa C-9/74, *Casagrande*
Sent. 2 giugno 1976, nelle cause C- 56-60/74, *Kampffmeyer II*
Sent. 4 dicembre 1974, in causa C 4/74, *Van Duyn*
Sent. 28 ottobre 1975, in causa C 36/75, *Rutili*;
Sent. 13 febbraio 1979, in causa C-85/76, *Hoffman- La Roche*;
Sent. 8 aprile 1976, in causa C -43/75, *Gabrielle Defrenne c/ SA Sabena*;
Sent. 3 maggio 1978, in causa 112/77, *Topfer*;
Sent. 20 ottobre 1977 in causa C- 29/77, *Roquette frères*;
Sent. 15 giugno 1978, in causa 149/77 *Gabrielle Defrenne c/ SA Sabena*;
Sent. 25 gennaio 1979 in causa C-98/78, *Racke*;
Sent. 13 dicembre 1979, in causa C- 44/79, *Hauer*;

Sent. 18 maggio 1982, in causa C-155/79, *AM&S*;
Sent. 9 luglio 1981, in causa 169/80, *Gondrand Frères*;
Sent. 19 gennaio 1982, in causa C- 8/81, *Becker*.
Sent. 21 settembre 1983 nelle cause riunite 205/82-215/82, *Deutsche Milchkontor*
Sent. n. 1229/1984 in causa C-37/83, *Rewe*;
Sent. 10 aprile 1984 in causa 14/83, *Von Colson*;
Sent. 26 febbraio 1986 in causa 152/84, *M. H. Marshall*;
Sent. 15 maggio 1986 in causa 222/84, *Johnston*;
Sent. 23 aprile 1986, in causa C-294/83, *Les Verts* ;
Sent. 11 marzo 1987, in causa C-265/85, *Van den Bergh*;
Sent. 22 febbraio 1989, nelle cause riunite 92/87 e 93/87, *Commissione/Francia e Regno Unito*;
Sent. 21 settembre 1989, nelle cause riunite 46/87 e 227/88, *Hoechst*;
Sent. 11 luglio 1989, in causa C-265/87, *Schröder*
Sent. 9 gennaio 1990, in causa C-337/88, *SAFA*
Sent. 23 novembre 1990, in causa C- 149/96, *Portogallo c./ Consiglio UE*
Sent. 18 giugno 1991, in causa 260/89, *ERT*;
Parere 14 dicembre 1991, n. 1/91;
Sent. 5 ottobre 1994 in causa C-280/93, *Bananenmarkt II*;
Sent. 13 febbraio 1996, in causa C-143/93, *Van Es Douane Agenten*
Parere 28 marzo 1996 n. 2/94;
Sent. 25 giugno 1997, in causa C-114/96, *Kieffer und Thill*
Sent. 29 maggio 1997, causa C-299/95, *Kremzow*
Sent. 26 giugno 1997 in Causa C - 368/95, *Familapress*
Sent. 9 dicembre 1997, in causa C-265/95, *Commissione/Repubblica francese*
Sent. 18 dicembre 1997, in causa C-309/96, *Annibaldi*
Sent. 21 settembre 1999, in causa C-67/96, *Albany*;
Sent. 17 febbraio 1993, nelle cause riunite C-159/91 e C-160/91, *Poucet e Pistre*
Sent. 13 aprile 2000, in causa C-292/97; *C. Baars*
Sent. 7 gennaio 2004, nelle cause riunite C-204/00 e C- 205/2000, *Aalborg Portland*
Sent. 20 febbraio 2001, in causa T-112/98, *Mannesmannröhre- Werke AG c./ Commissione*,
Sent. 12 giugno 2003, in causa C-112/00, *Schmidberger*
Sent. 28 marzo 2004 in causa C-71/02, *Karner Industrie*

Sent. 23 novembre 2004, in causa n. T-84/03, *Turchia c. Consiglio Ue*
Sent. 6 dicembre 2004 nelle cause riunite T-120/01 e T-300/01, *De Nicola c. BCE*
Sent. 22 novembre 2005 in causa C-144/2004, *Mangold*
Sent. 29 giugno 2010, n. 28, in causa C-28/08, *Commissione /Alrosa Company Ltd.*;
Sent. 9 marzo 2010, in causa C-518/07, *Commissione/ Rep. Fed. Tedesca*
Sent. 8 giugno 2010, in causa C-58/08, *The Queen, Vodafone Ltd.*
Sent. 19 gennaio 2010 in causa C-555/07, *Küçükdeveci c. Swedex GmbH & Co.*
Sent. 9 novembre 2010, nelle cause riunite C-92/09 e C-93/09, *Volker und Markus Schecke GbR (C-92/09) e Hartmut Eifert (C-93/09) c/ Land Hessen*

Conclusioni degli Avvocati generali

-Conclusioni dell'Avv. Gen. Dutheillet de Lamothe del 2 dicembre 1970, in causa C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*;
- Conclusioni dell'Avv. Gen. Tizzano dell'8 febbraio 2001 in causa n. C-173/99, *B.E.C.T.U. c Segretario di Stato per il commercio e l'industria.*
-Conclusioni dell'Avv. Gen. Stix-Hackl del 14 novembre 2002 in Causa C-355/00, *Freskot AE c/ Elliniko Dimosio*
-Conclusioni dell'Avv. Gen. Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, del 26 maggio 2005 in Causa C-176/03, *Commissione delle Comunità europee c/ Consiglio dell'Unione europea*
-Conclusioni dell'Avv. Gen. Juliane Kokott dell'8 maggio 2008 in Causa C-73/07, *Tietosuojavaltuutettu c/ Satakunnan Markkinapörssi Oy und Satamedia Oy. Contra*
-Conclusioni dell'Avv. Gen. Niilo Jääskinen, del 15 luglio 2010, in Causa C-147/08, *Jürgen Römer c/ Freie und Hansestadt Hamburg*
-Conclusioni dell'Avv. Gen. Pedro Cruz Villalón, del 14 settembre 2010, nelle Cause riunite C-47/08, C-50/08, C-51/08, C-53/08, C-54/08, C-61/08
-Conclusioni dell'Avv. Gen. Eleanor Sharpston del 30 settembre 2010 in Causa C-34/09, *Gerardo Ruiz Zambrano c/ Office national de l'emploi (ONEM)*
-Conclusioni dell'Avv. Gen. Juliane Kokott del 30 settembre 2010, in Causa C-236/09, *Association Belge des Consommateurs Test-Achats ASBL e altri*
-Conclusioni dell'Avv. Gen. Niilo Jääskinen del 2 dicembre 2010 in Causa C-148/09 P; *Regno del Belgio c/ Deutsche Post, DHL International.*