

PRINCIPI COSTITUZIONALI E COMPLESSITÀ DELLE FONTI*

SOMMARIO: 1. Premessa generale. – 2. Il tramonto della concezione mistica della legge. – 3. L'ingresso delle fonti dell'U.E. – 4. I controlimiti e i principi costituzionali comuni. – 5. Il ruolo della CEDU e della sua Corte. – 6. L'emergere di un sistema costituzionale europeo. – 7. Il ruolo ed il significato della Carta di Nizza. – 8. Rapporti tra la Carta di Nizza, le Costituzioni nazionali e la CEDU. – 9. Il diritto internazionale privato e la nuova *lex mercatoria*.

1. *Premessa generale*

In pochi altri settori come in quello delle fonti si incontrano e si incrociano diversi approcci al fenomeno giuridico e soprattutto diverse discipline scientifiche.

Il costituzionalista muove invero dell'idea che quella delle fonti sia materia affidata alla sua disciplina, non solo perché la costituzione rappresenta, secondo l'efficace metafora di Santi Romano, "la prima armatura e i muri maestri dell'ordinamento, su cui poggiano tutte le altre parti", ma soprattutto in base alla ben nota tesi kelseniana che definiva la costituzione come l'insieme delle norme sulla normazione generale, onde quello delle fonti (comunque vada intesa l'espressione) ne costituisce l'oggetto principale.

Il costituzionalista, però, non può chiudersi, soprattutto quando si interroga su come il diritto nasce e si sviluppa, nell'angusto recinto della propria disciplina, limitandosi all'esegesi del testo costituzionale, ma deve aprirsi, quanto più ampiamente possibile, ai dati che emergono dall'esperienza giuridica ed agli studi di altri settori del diritto, che mo-

* Relazione al Convegno *La metafora delle fonti e il diritto privato europeo in onore di Umberto Breccia*, svolta a Pisa il 17 ottobre 2013.

strano come il tema in esame sia molto più complesso di quanto non risulti dalle norme costituzionali sulla produzione normativa e confermi, con stupefacente precisione, quanto più di cinquant'anni or sono Carlo Esposito aveva lucidamente avvertito: l'attitudine degli atti e dei comportamenti umani a creare diritto non tanto dipende dalla loro conformità alle norme sulla produzione, quanto piuttosto dalla loro capacità di affermarsi come fonti del diritto¹, con l'ulteriore conseguenza che atti e comportamenti "quando raggiungono l'effetto normativo sono in ciò tutti pari e parimenti vincolanti"².

Infatti, l'esperienza giuridica attuale ci mostra, come accennerò più avanti, che i comportamenti umani, non solo sono disciplinati da atti normativi riconducibili alle norme sulla produzione e, *in apicibus*, alla costituzione, ma sono altresì sottoposti ad atti-fonte provenienti da diversi ordinamenti (quello europeo, quello del Consiglio d'Europa, gli ordinamenti stranieri e la c.d. nuova *lex mercatoria*, di cui converrà specificamente occuparsi) e ad orientamenti giurisprudenziali e dottrinali nonché a riferimenti di diritto comparato, che da alcuni studiosi sono annoverati nella categoria delle fonti del diritto.

Ricondurre tutte queste fonti ai principi costituzionali e soprattutto tentarne una ordinata sistemazione diviene però sempre più difficile nell'ora attuale, dal momento che esse sembrano sorgere ed affermarsi del tutto fuori del quadro costituzionale consolidato e quasi per forza propria.

In particolare l'affermazione della c.d. nuova *lex mercatoria*, conseguente alla globalizzazione dei mercati e degli scambi internazionali, la quale ha prodotto vero diritto oggettivo, applicato comunemente dagli arbitri internazionali e la cui fonte difficilmente può essere ricondotta al diritto costituzionale di un singolo Stato, fa emergere un "sistema" di regole del tutto autonomo da ogni riconoscimento statale, ma al tempo stesso ritenuto "validamente" posto ed applicato.

L'emergere e lo svilupparsi di questo diritto, cioè della nuova *lex mercatoria*, incrina, com'è evidente, il monopolio statale della produzione normativa, peraltro già messo in crisi, come dirò più avanti, da vari altri fenomeni, ugualmente produttivi di nuovo diritto, genericamente derivanti da fonti esterne all'ordinamento nazionale, ma rese in questo rilevanti grazie a richiami espliciti o impliciti della costituzione.

Questi richiami sono, per un verso, manifestazione della c.d. aper-

¹ C. ESPOSITO, *Consuetudine (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, Milano 1961, 456 ss., *passim*.

² *Id.*, *op. cit.*, 468.

tura della Costituzione italiana, già nel testo originario del 1947, ai fenomeni internazionali, ma essi si trovano accentuati grazie ad un'interpretazione fortemente evolutiva dell'art. 11 da parte della Corte costituzionale e, poi, dal novellato art.117, che ha subordinato l'esercizio della potestà legislativa dello Stato (oltre che delle regioni) al rispetto degli obblighi internazionali e dell'ordinamento comunitario; per altro verso, essi rendono esplicito un fenomeno del tutto opposto, quello dell'“invasione” dell'ordinamento interno da parte di fonti ad esso esterne, che finiscono coll'imporsi nell'applicazione giudiziaria quotidiana più per forza propria che in base ad un rinvio costituzionale, destinato a mano a mano a scolorirsi e a rimanere nello sfondo del ragionamento giuridico.

L'a. di queste riflessioni, sebbene abbia dedicato gran parte della propria ricerca scientifica al tema delle fonti, si trova sempre a disagio ogni volta che, come oggi, tenta d'inserire in un ordito coerente il fenomeno delle norme create al di fuori del sistema nazionale ed in particolare di quelle prodotte da fonti non specificamente richiamate dal testo della costituzione.

La “complessità” evocata dal titolo di questa relazione sta dunque in massima parte nella difficoltà di ricondurre alle norme sulla produzione ovvero di “riconoscere” come fonti valide nell'ordinamento di riferimento atti nati e sviluppatisi fuori di esso.

2. *Il tramonto della concezione mistica della legge*

Con riferimento ai principi costituzionali sulle fonti conviene subito svolgere alcune premesse.

La prima si ricollega al tramonto di una concezione mistica, sviluppatasi a partire dalla Rivoluzione francese, e poi soprattutto (a cavallo dei secoli XIX e XX) nei paesi di cultura germanica, che vedeva nella legge l'atto normativo per eccellenza e la suprema manifestazione di volontà dello Stato.

Questa concezione viene evidentemente travolta già prima dall'avvento delle costituzioni rigide del secondo dopoguerra, nel momento in cui la legge viene considerata come atto giuridico, disciplinato e limitato dalle norme sulla produzione, sottoponibile (già con la costituzione austriaca del 1920) ad un riscontro di validità (controllo che, peraltro, al di là dell'Atlantico, già avveniva, sia pure in forma diffusa, a partire dal 1803, grazie alla sentenza *Marbury v. Madison* della Corte suprema).

Con la Costituzione repubblicana del 1947, invero, non solo si rea-

lizza la subordinazione della legge alla costituzione, con tutte le conseguenze applicative che ne discendono sul terreno del controllo di costituzionalità, ma soprattutto cessa o diviene evidente la cessazione del monopolio statale sulla produzione legislativa, primaria e secondaria, insieme con l'attenuarsi del ruolo centrale e supremo delle leggi dello Stato.

I passaggi di quest'evoluzione sono stati subito avvertiti dalla dottrina della fine degli anni '50 e degli anni '60, soprattutto nei ben noti studi di Vezio Crisafulli, nei quali è delineato il nuovo sistema delle fonti, discendente appunto dalla Costituzione del 1947, retto, non più solo dal criterio gerarchico, ma da questo combinato con quello della competenza.

Invero nella riflessione di quegli anni iniziava a prendersi consapevolezza dell'esistenza, a fianco della legge, di una pluralità di fonti, talvolta pariordinate, talaltra con competenze riservate, mettendosi così in crisi uno dei pilastri della concezione tradizionale dell'atto legislativo, la sua "forza formale di legge". L'efficacia tipica della legge, infatti, perdeva (o aveva già perso) il suo significato consueto di identificare l'atto supremo, a competenza generale, capace di abrogare gli atti normativi anteriori e di resistere all'abrogazione da parte degli atti sublegislativi successivi. L'idea stessa della pluralità delle fonti, ordinata, non solo su base gerarchica, ma anche in ragione della competenza, finiva quindi per limitare la legge verso l'alto, nei confronti della costituzione, ma anche in orizzontale, nei confronti degli atti normativi a competenza riservata, la forza normativa dei quali poteva paragonarsi a quella della legge, non più nel senso della reciproca abrogabilità o resistenza all'abrogazione, bensì in quello della loro uguale subordinazione alla costituzione (e conseguentemente della esclusiva loro sottoponibilità al controllo della Corte costituzionale).

In particolare va segnalato che, per lo meno sino alla l. cost. n. 3/2001, il pluralismo delle fonti, se offuscava il carattere monolitico della legge statale, non ne escludeva la sua naturale centralità, se non altro per effetto della clausola generale dell'art. 70 cost., rispetto alla quale le fonti con competenza riservata costituivano eccezione.

Di modo che tali atti si qualificavano appunto come fonti primarie, astrattamente sottoponibili al controllo di costituzionalità della Corte, proprio in base all'idea che essi occupavano uno spazio che, in loro mancanza, sarebbe stato occupato dalla legge come fonte a competenza generale.

La posizione centrale della legge parlamentare, anche nei confronti della potestà legislativa regionale e della potestà regolamentare e statuta-

ria degli enti locali, risultante invero dagli artt. 117 e 128 (sulla base dei quali veniva costruita l'idea della funzione "ordinante" della legge nei confronti delle autonomie regionali e locali), è stata poi del tutto offuscata dalla l. cost. n. 3/2001 che, da un lato, novellando l'art. 117, ha stabilito una competenza generale-residuale della legge regionale nelle materie non enumerate e, dall'altro, abrogando l'art.128, ha previsto nel 2° c. dell'art. 114 che gli statuti, i poteri e le funzioni degli enti locali siano (direttamente) assoggettati ai "principi fissati dalla Costituzione".

Per effetto di tale riforma la legge statale sembra aver definitivamente perso la centralità che prima le spettava, non solo perché il carattere generale dell'art. 70 risulta derogato dal nuovo art. 117 (che enumera le materie statali e quelle di competenza concorrente, ma non quelle regionali), ma anche perché la stessa potestà statutaria e regolamentare degli enti locali scaturisce direttamente dalla Costituzione (v. anche l'art. 117, c. 6) e non è più dimensionata dalla legge statale.

È pur vero che la giurisprudenza della Corte s'incaricherà di attenuare, nelle due direzioni ora accennate, l'impatto della riforma, ma ciò non toglie che essa ha avuto l'effetto di indebolire ulteriormente il ruolo e la posizione della legge statale.

3. *L'ingresso delle fonti dell'U.e.*

Lo spettro d'azione della legge ed in genere delle fonti nazionali viene poi circoscritto a seguito dell'ingresso nell'ordinamento delle fonti comunitarie, oggi dell'Unione europea.

Con l'adesione del nostro Paese, prima, alle organizzazioni comunitarie e, poi, all'Unione europea, il sistema costituzionale delle fonti ha subito una sempre più incisiva alterazione, senza – significativamente – alcuna modifica del testo costituzionale, essendo stata ritenuta sufficiente la "copertura" dell'art. 11 (prima ancora, naturalmente, che con il novellato 1° c. dell'art. 117 venissero richiamati nella Costituzione i "vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario") per:

- a. consentire l'applicazione diretta delle norme prodotte dai regolamenti europei;
- b. limitare, in conseguenza, la competenza legislativa nazionale a fronte delle materie devolute alle organizzazioni comunitarie europee;
- c. fare delle norme comunitarie il parametro interposto di costituzionalità delle leggi;
- d. obbligare gli operatori giuridici interni a disapplicare le norme le-

gislative nazionali contrastanti con il diritto comunitario direttamente applicabile;

e. permettere alla Corte di giustizia d'intervenire, attraverso la risoluzione delle questioni pregiudiziali, nel processo di applicazione del diritto, ogni qual volta si ponesse il dubbio interpretativo di disposizioni comunitarie ovvero quello della loro validità, con il conseguente affidamento ad essa del compito di riscrivere la premessa maggiore (o una delle premesse maggiori) del sillogismo giudiziario;

f. attribuire alla medesima Corte, attraverso l'interpretazione dei trattati e del diritto derivato, una sorta di verifica di compatibilità delle norme interne alla stregua del diritto europeo, vincolando il giudice nazionale a disapplicare il diritto interno ritenuto dalla Corte incompatibile con quello europeo.

Si tratta di passaggi assai importanti del processo di integrazione europea, cui corrispondono, come detto, consistenti limitazioni delle fonti interne a cospetto di quelle comunitarie e, soprattutto grazie a quelli di cui alle lettere e ed f, una sensibile alterazione del regime della legge e degli atti equiparati, non più soggetti al solo sindacato di legittimità della Corte costituzionale, ma suscettibili anche di disapplicazione giudiziaria, ove le loro norme fossero ritenute, magari con l'avallo del giudice europeo, incompatibili con norme dell'ordinamento sovranazionale direttamente applicabili.

4. *I controlimiti e i principi costituzionali comuni*

Il rapporto tra fonti nazionali e fonti europee pone però il problema, che la dottrina e la giurisprudenza costituzionale hanno subito avvertito, dei c.d. controlimiti alle limitazioni di sovranità che il fenomeno dell'integrazione europea determina: sino a che punto tali limitazioni sono invero compatibili con il quadro costituzionale nazionale e quindi sino a che punto l'ingresso prepotente delle fonti europee non intacca i principi supremi della Costituzione che neanche una legge di revisione costituzionale potrebbe modificare?

La risposta a questi interrogativi viene, com'è noto, per un verso, dai giudici costituzionali dei paesi membri che, sin dagli anni '70, hanno cercato di tracciare una sorta di linea di confine all'ingresso delle fonti comunitarie (principi supremi e diritti inalienabili della persona umana) e, per altro verso, dal giudice comunitario, che si è fatto garante del rispetto dei principi costituzionali comuni degli Stati membri nei confronti di

possibili prevaricazioni da parte delle istituzioni europee (lo stesso limite del rispetto dell'identità nazionale insita nella struttura fondamentale degli Stati membri, di cui all'art. 4 § 2 del Trattato UE, è stato spesso inteso in questa ottica).

L'elaborazione da parte della Corte di giustizia dei principi costituzionali comuni, integrati dal riferimento alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, è, nella costruzione dell'ordinamento comunitario, di decisiva importanza, da un lato, perché è volta a creare, in un sistema, nato come un'organizzazione internazionale con finalità economiche, una tavola di valori adeguati ad esso, nella quale tutti i cittadini degli Stati membri possano riconoscersi, dall'altro, in quanto provoca, anche e soprattutto grazie allo strumento delle questioni pregiudiziali, una circolazione in ambito europeo di quei valori che, quasi per osmosi, si trasferiscono, in verticale, dall'Unione agli Stati e, in orizzontale, da uno Stato all'altro.

Sotto questo profilo la competenza della Corte di giustizia a risolvere le questioni pregiudiziali svolge un ruolo veramente strategico: non soltanto perché essa, come già detto, riscrive la premessa maggiore del sillogismo del giudice nazionale, ma soprattutto perché, sulla base delle indicazioni provenienti dalle esperienze costituzionali nazionali, elabora e rielabora, trasformandoli, i principi costituzionali comuni, che poi impone all'applicazione degli operatori giuridici interni.

Gli esempi che potrebbero farsi sono numerosi e non è questo il luogo per diffondervisi. Basti pensare alla storia del principio di proporzionalità, che proviene dall'esperienza costituzionale germanica e che, grazie alla sua utilizzazione da parte della Corte di giustizia, è trasposto e comunemente applicato negli ordinamenti degli altri paesi.

Lo stesso principio di eguaglianza elaborato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, muovendo da disposizioni dei Trattati statuenti singoli divieti di discriminazione, è stato alla fine costruito come principio generale sul modello del corrispondente principio espresso dalle costituzioni nazionali. Va al riguardo comunque osservato che in taluni casi il principio comunitario di eguaglianza, in quanto espressione della razionalità intrinseca dell'ordinamento, crea frizioni difficilmente tollerabili all'interno degli ordinamenti nazionali, quando la sua applicazione sia in qualche modo in contrasto con i principi ivi operanti (penso alla vicenda dei lettori universitari di madre lingua straniera ovvero a quella della lingua del processo nella provincia di Bolzano, quando le parti siano non residenti in quella provincia, ma cittadini europei di lingua tedesca) e quindi con la razionalità intrinseca ad essi.

La conclusione, che ora rapidamente ne traggo, è quindi che, in forza della prevalenza del diritto europeo su quello interno, il principio comunitario di eguaglianza finisce per costituire elemento di unificazione degli ordinamenti, europeo e nazionali.

In tal modo si incrinano le barriere che tradizionalmente separano gli ordinamenti, da un lato, per la diretta applicabilità delle fonti europee negli ordinamenti interni, ma, dall'altro, molto più incisivamente, per la trasmigrazione di principi costituzionali da un sistema all'altro e la conseguente formazione di un tessuto costituzionale comune.

5. *Il ruolo della CEDU e della sua Corte*

Nel discorso che precede non ho specificamente considerato il ruolo della CEDU e della sua Corte nella formazione di quello che A. Pizzorusso ha efficacemente denominato il patrimonio costituzionale europeo³.

Da tale convenzione e dai riferimenti effettuati dalla Corte di giustizia nella sua giurisprudenza risulta ancora più evidente la circolarità dei valori giuridici di cui il giudice comunitario si è fatto interprete e principale promotore. Sono invero numerose le sentenze della Corte di giustizia che utilizzano norme e principi dell'ordinamento CEDU in combinazione con i principi costituzionali comuni degli Stati membri, così da costruire un sistema di principi che poi vengono imposti all'applicazione dei giudici nazionali.

Questo sistema oggi si arricchisce e si complica con l'introduzione nel diritto europeo della Carta dei diritti fondamentali, alla quale con il trattato di Lisbona è stata finalmente riconosciuta efficacia vincolante. Cosicché lo stesso sistema di garanzia di quei diritti, anche in forza della diretta applicabilità delle norme dell'Unione, finisce per sovrapporsi ai sistemi nazionali, ampliandone la tutela.

Ma la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, in quanto trattato internazionale, ha assunto ed assume nell'ordinamento italiano significato particolare e rilevanza autonoma in base al novellato 1° c. dell'art. 117 cost., come inteso dalla giurisprudenza della nostra Corte costituzionale.

Essa, com'è noto, sin dalle sentenze nn. 248 e 249 (c.d. sentenze gemelle) del 2007, ha configurato le norme della Convenzione, allo stesso

³ Cfr. A. PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna 2002.

titolo di ogni altro trattato internazionale, come parametro interposto di costituzionalità, che, ferma la loro sottoponibilità [*recte*: la sottoponibilità delle corrispondenti norme interne di esecuzione] al giudizio di legittimità costituzionale della Corte stessa, determinano l'incostituzionalità delle norme legislative con esse contrastanti.

Il fondamento giuridico di questa giurisprudenza è ben chiaro, ma essa ha dato in più occasioni luogo a numerosi fraintendimenti, in dottrina e nella giurisprudenza comune, che conviene qui rapidamente dissipare.

La premessa è che il vincolo, nascente dal 1° comma dell'art.117, del rispetto degli obblighi internazionali comporta comunque l'incostituzionalità delle norme interne in contrasto con quegli obblighi, collocando le norme dei trattati internazionali nella posizione di parametro interposto di costituzionalità (non diversamente dai principi e dai criteri direttivi della legge di delegazione rispetto al decreto delegato), onde la violazione di queste (sempre che, a loro volta, non creino nell'ordinamento interno norme incostituzionali) si risolve nella violazione mediata della norma costituzionale (cioè dell'art.117).

La seconda premessa è che quando, come nel sistema CEDU, esiste un giudice cui è devoluta l'interpretazione delle norme della Convenzione, queste vanno intese, nei limiti del costituzionalmente possibile, nel significato che ne dà il giudice della Convenzione, il quale è così in grado di orientare l'interpretazione dei giudici interni, vincolando la stessa Corte costituzionale nella configurazione del parametro, sia pure interposto, della costituzionalità delle leggi.

Corollario delle due premesse è, infine, l'obbligo dell'interpretazione conforme delle leggi nazionali ovvero della loro interpretazione "convenzionalmente orientata", che diviene, nel giudizio incidentale di costituzionalità, condizione di ammissibilità delle questioni, alla stessa stregua in cui è condizione di ammissibilità che il giudice *a quo* effettui l'interpretazione costituzionalmente orientata delle disposizioni legislative da sottoporre al sindacato della Corte.

L'accentramento nelle mani della Corte del controllo sulla conformità alla Convenzione europea delle leggi nazionali passa infine attraverso la rigorosa distinzione tra il diritto della CEDU e quello dell'Unione europea: solo le norme comunitarie (oggi, più semplicemente, europee) e non quelle convenzionali, infatti, possiedono, a certe condizioni, il carattere della diretta applicabilità (con le conseguenze definite, in sede nazionale, a partire dalla sentenza Granital n. 170/1984 della Corte costituzionale e, in sede europea, dalla sentenza Simmenthal del

1978, in causa 103/77, del giudice comunitario), derivando questa caratteristica (con la conseguente inapplicabilità delle norme interne incompatibili) dalle limitazioni di sovranità cui i trattati comunitari, in riferimento all'art.11 cost., hanno dato luogo.

Questa rigorosa distinzione tra i due fenomeni impedisce la disapplicazione ad opera del giudice comune del diritto interno incompatibile con quella Convenzione ed essa non può essere superata o scavalcata dal riferimento della giurisprudenza della Corte di giustizia alle norme CEDU né tampoco dalla prospettiva, ancora da realizzarsi, dell'adesione dell'UE, in quanto tale, alla Convenzione.

6. *L'emergere di un sistema costituzionale europeo*

Se i fenomeni ora ricordati, l'integrazione europea e la CEDU, vengono riguardati in un'ottica del tutto formale, essi mantengono la loro autonomia ed appaiono operare nell'ordinamento interno in forza dei rinvii che le norme costituzionali fanno ad essi. Ma, sul piano sostanziale dell'effettività dell'applicazione del diritto, il loro ingresso ha un significato dirompente, non tanto perché altera la posizione della legge nel quadro delle fonti, quanto piuttosto perché le loro norme, combinandosi con quelle interne, incidono, modificandole, sulle categorie giuridiche ricevute, orientando il sistema verso una diversa centralità (basti pensare ai principi del giudicato, della responsabilità dello Stato-legislatore, dello Stato-amministrazione e dello Stato-giudice, della risarcibilità della lesione degli interessi legittimi, della ragionevole durata del processo, ecc.).

A loro volta, grazie anche al ruolo acquisito dalla Corte di giustizia – assai prima che intervenisse e poi venisse giuridicizzata la Carta europea dei diritti – che si è assunta il compito di richiamare e di elaborare principi costituzionali comuni, le fonti europee hanno iniziato ad incrociarsi con la Convenzione dei diritti dell'uomo attraverso un dialogo, a distanza, ma comunque significativo, tra le due Corti.

Ciò è del resto confermato, sul piano formale, dall'art. 6 del Trattato UE (dopo Lisbona) e dalla stessa Carta di Nizza, che mettono in stretto collegamento i diversi testi normativi riguardanti i diritti fondamentali – quelli delle costituzioni nazionali, la CEDU e la Carta europea – creando, a mio parere, notevoli problemi teorici ed applicativi. È infatti molto difficile, perché è espressione di un delicato equilibrio tra pubblico e privato, stabilire, in presenza di diverse dichiarazioni di diritti fondamen-

tali, quali di queste offre la migliore tutela, considerato che i limiti ai diritti sono normalmente conseguenza delle garanzie di valori collettivi, che vengono dalle Corti sottoposti a bilanciamenti propri di ciascun sistema e con esiti volta a volta differenti.

7. *Il ruolo ed il significato della Carta di Nizza*

L'esigenza di presidiare l'ordinamento comunitario europeo con un catalogo di diritti fondamentali che fosse adeguato alle sue istituzioni, già avvertita nel lontano 1974 dalla prima sentenza *Solange* del *Bundesverfassungsgericht*, capace di offrire stabilità e certezza alla relativa tutela, inizia a realizzarsi alla fine dell'anno 2000 con la proclamazione a Nizza della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che sarà poi risistemata a Strasburgo nel 2007.

Tale documento, secondo le "conclusioni" del Consiglio europeo di Colonia (3 e 4 giugno 1999), che ne avviò la formazione, riunisce "i diritti di libertà e di eguaglianza, nonché i diritti processuali fondamentali garantiti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi fondamentali del diritto comunitario". Inoltre, sempre secondo quelle "conclusioni", "la Carta deve (...) contenere i diritti fondamentali riservati ai cittadini dell'Unione".

Ora, sebbene detta Carta s' inserisca interamente nell'ambito del diritto europeo e si proponga di integrarlo sotto il profilo dei principi e dei valori fondamentali, in realtà essa sembra disegnare una sorta di *ius commune* in materia, riferito anche all'attività interna degli Stati membri. Infatti, benché nell'art. 51 della Carta sia espressamente stabilito che le relative disposizioni si applicheranno, oltre che agli organi dell'Unione, "agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione" e che la Carta non modifica le competenze rispettive dell'Unione e degli Stati membri, tutto il suo impianto ne dimostra l'attitudine a costituire punto di riferimento dei diritti umani anche al di là del raggio d'azione dell'Unione. Il rispetto della dignità umana, il diritto alla vita, il divieto della pena di morte, il divieto della tortura, ecc., non riguardano, infatti, specificamente il diritto dell'Unione, le cui competenze non toccano tali beni, ma gli Stati che ne fanno parte e, soprattutto, quelli che aspirano a divenirne membri (in quanto il mancato rispetto di tali diritti diverrebbe elemento ostativo alla loro adesione), onde la Carta si presenta come una sorta di sintesi di valori costituzionali comuni cui l'Unione fa riferimento, anche al di là dell'esercizio delle sue competenze.

Va inoltre detto che, rispetto al mandato conferito alla Convenzione chiamata a redigere la Carta, il testo finale appare ben più ricco rispetto ad una mera raccolta di diritti riconosciuti dalla CEDU e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri. Com'è stato lucidamente rilevato, la Carta ha, non solo riconosciuto “nuovi diritti”, che non hanno specifica corrispondenza nelle costituzioni nazionali e nella Convenzione, ma, attraverso la tecnica redazionale utilizzata, ha individuato sei classi di valori o principi fondamentali capaci di consentire all'interprete una lettura dei singoli diritti alla luce dei valori di riferimento, secondo un principio di *indivisibilità* capace di superare la tradizionale dicotomia tra diritti individuali e diritti sociali⁴.

Dopo il fallito esperimento del trattato che “adotta una Costituzione per l'Europa”, quello di Lisbona introduce importanti novità per quanto riguarda il tema dei diritti fondamentali.

Per un verso nell'art. 2 del TUE viene ripresa la clausola, già presente nelle precedenti versioni del trattato, relativa ai “valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'eguaglianza e del rispetto dei diritti umani”, per altro verso, nell'art. 6, viene esplicitamente richiamata la Carta dei diritti, alla quale è assegnato lo stesso valore giuridico dei trattati.

Infine si prevede l'adesione dell'Unione alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, mentre ancora una volta si sottolinea che “i diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea (...) e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali”.

Questi riferimenti, tutti nella direzione dell'ampliamento della tutela dei diritti fondamentali, rischiano però di complicare e di rendere poco trasparente il quadro complessivo.

In particolare, a parte il richiamo nell'art. 2 dei valori della libertà umana, dell'eguaglianza, ecc., che ispirano e dovranno ispirare l'azione dell'Unione, l'attribuzione alla Carta dei diritti del valore giuridico dei trattati pone termine all'incertezza sulla sua collocazione formale, pur se ad essa in sede giurisdizionale si è subito fatto ampio riferimento, essendo stata sin dall'inizio intesa come una sorta di silloge dei diritti fondamentali europei, di per sé rilevante anche indipendentemente da una sua espressa inclusione nei trattati. Con l'attribuzione ad essa di uno spe-

⁴ M. CARTABIA, *I diritti fondamentali e la cittadinanza dell'Unione*, in F. BASSANINI, G. TIBERI (a cura di), *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, Bologna 2008, 89 ss., 92 ss.

cifico valore primario l'applicazione delle sue clausole diviene di per sé obbligatoria e, indipendentemente dall'eventuale loro carattere *self-executing*, prescinde dalla necessità di alcuna mediazione, vuoi della giurisprudenza della Corte di giustizia, vuoi delle tradizioni costituzionali comuni e della stessa CEDU.

Le clausole della Carta cessano dunque di rappresentare principi generali del diritto comunitario da ricavarsi in via interpretativa e diventano diritto positivo scritto, la cui violazione da parte delle istituzioni comunitarie produce l'invalidità dei relativi atti e, se del caso, la responsabilità dell'Unione, mentre la loro violazione da parte degli Stati consentirebbe l'avvio di una procedura d'inadempimento dinanzi alla Corte di giustizia (laddove la violazione dei valori supremi di cui all'art. 2 legittimerebbe l'iniziativa della più grave procedura della sospensione in capo allo Stato che li abbia violati di alcuni dei diritti di cui esso sia titolare in forza dei trattati).

Rimane però nel trattato la clausola ormai tralattata, ricavata dalla giurisprudenza della Corte di giustizia e successivamente ripresa a partire dal trattato di Maastricht, secondo cui i diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, costituiscono principi generali del diritto dell'Unione. Conseguentemente, sebbene tali diritti si ritrovino, con una formulazione necessariamente più precisa, nella stessa Carta di Nizza-Strasburgo, il significato di questa clausola è evidentemente quello di non bloccare del tutto l'evoluzione giurisprudenziale della Corte di giustizia nel configurare, al di là di quelli stabiliti dalla Carta o negli interessi di essa, nuovi diritti da valere come parametro della validità degli atti delle istituzioni comunitarie.

A sua volta la prevista, ma non ancora determinata, adesione dell'Unione alla CEDU, se rafforza il vincolo al rispetto di questa convenzione, rischia però di porre problemi di coordinamento e di compatibilità di non facile soluzione per la sovrapposizione di due diversi sistemi di tutela dei diritti dell'uomo, la cui soluzione dovrebbe essere affidata al futuro accordo di adesione.

8. *Rapporti tra la Carta di Nizza, le costituzioni nazionali e la CEDU*

La lettura del titolo VII della Carta, dedicato alle "disposizioni generali che disciplinano l'interpretazione e l'applicazione della Carta", consente di precisare meglio il rapporto tra questa e la Convenzione eu-

ropea dei diritti dell'uomo, e tra la Carta e le tradizioni costituzionali comuni.

In particolare l'art. 52 stabilisce, al § 3, che, in caso di coincidenza tra i diritti previsti dalla Carta e quelli garantiti dalla CEDU, il loro significato e la loro portata siano quelli della Convenzione, con la possibilità peraltro che l'Unione conceda una protezione più estesa; mentre al § 4 dispone che i diritti riconosciuti dalla Carta, che risultino dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, vengano interpretati in armonia con dette tradizioni.

A loro volta le disposizioni della Carta, secondo quanto risulta dal relativo preambolo, dovranno essere interpretate "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"⁵. Queste spiegazioni, pubblicate nella stessa G.U.C.E. in cui è stata pubblicata la Carta, costituiscono dunque un ausilio interpretativo rilevante, anche per quanto riguarda i rapporti con le corrispondenti disposizioni della CEDU in armonia con le quali, come si è visto, va intesa la Carta stessa, pur se parte della dottrina ne ha posto seriamente in dubbio l'autorità.

È evidente che il quadro, qui sommariamente delineato, relativo al riconoscimento e alla tutela dei diritti fondamentali da parte dell'Unione in rapporto con le costituzioni nazionali e con la CEDU, non appare rigorosamente definito a causa dell'interferenza e della sovrapposizione di molteplici fonti di origine diversa (comunitaria, nazionale, internazionale e soprattutto giurisprudenziale), sì che occorrerà attendere qualche anno prima che la situazione possa consolidarsi e permetta di chiarire i diversi problemi interpretativi ed applicativi che verranno a crearsi.

La conclusione di queste osservazioni è dunque che l'ampliamento dei diritti fondamentali ed il perfezionamento dei meccanismi di tutela conseguenti al Trattato di Lisbona creeranno, insieme con il miglioramento della loro garanzia, non pochi problemi di coordinamento nell'ambito di un sistema di tutela multilivello che è ben lungi dal vedere il suo punto d'approdo.

Invero, destinatario di tale tutela è sempre il cittadino, nazionale ed europeo, mentre i criteri di distribuzione delle competenze tra gli Stati e l'Unione rimangono attualmente incerti e suscettibili di mutare anche ta-

⁵ Cioè della Convenzione chiamata a redigere il Trattato costituzionale europeo, sottoscritto a Roma nel 2004, ma poi non ratificato dalla maggioranza degli Stati membri e sostituito dal Trattato di Lisbona.

citamente, pur senza esplicita revisione dei trattati, con conseguenze per l'applicazione agli Stati delle norme comunitarie sulla tutela dei diritti.

Sicché il medesimo soggetto, come è destinatario di precetti nazionali ed europei, così è titolare di diritti nascenti dalle norme dell'uno e dell'altro ordinamento ed è in grado di invocare nei confronti delle autorità nazionali e di quelle europee tanto i diritti nascenti dalle norme di questi sistemi quanto quelli garantiti dalla CEDU.

Ma lo stesso cittadino, in quanto membro di una *societas*, nazionale ed europea, è anche fruitore di beni, di servizi e di diritti sociali nella comunità di appartenenza. Il rapporto tra i diritti individuali e gli interessi pubblici che vengono di volta in volta bilanciati, in sede normativa e in sede giurisprudenziale, rischia di non trovare nel sistema multilivello ora accennato uno stabile punto di equilibrio, dal momento che non sempre ad un più elevato grado di protezione dei diritti individuali corrisponde un aumento del benessere sociale, mentre le clausole generali che normalmente accompagnano le enunciazioni normative dei diritti individuali si prestano, nei diversi ambiti in cui sono chiamate ad operare, ad essere interpretate in modo diverso.

La molteplicità di riferimenti interpretativi di cui gli organi giurisdizionali interessati devono tener conto per ricostruire la consistenza normativa dei diversi diritti apre dunque ad essi scenari nuovi ed estesi orizzonti, onde il tentativo, risultante dalle modifiche della Carta nella versione adottata a Strasburgo nel 2007, di imbrigliare attraverso dettagliate "spiegazioni" quei diritti ed ancorarli rigidamente ai diritti CEDU e alle tradizioni costituzionali degli Stati membri, appare nel nuovo quadro del tutto sterile e destinato ad essere largamente superato dagli equilibri che si determineranno tra le Corti.

9. *Il diritto internazionale privato e la nuova lex mercatoria*

Quanto sin qui sviluppato riguarda, a ben vedere, l'ingresso prepotente negli ordinamenti statali di fonti (con i relativi valori) appartenenti a diversi ordinamenti, che, in buona sostanza, scardinano le barriere della sovranità che tradizionalmente connotavano gli Stati: il dualismo nei rapporti tra ordinamenti, la c.d. relatività dei valori giuridici sono, infatti, figli e conseguenze della nozione tradizionale della sovranità: essa rimane, bensì, ascritta agli Stati, ma in modo più attenuato ed elastico che nel passato, sì che la stessa idea schmittiana del sovrano come titolare del potere di provvedere per il caso di eccezione sembra perdere peso,

quando si rifletta che oggi le emergenze economiche, quelle sociali, quelle collegate con l'emigrazione, con l'inquinamento ambientale, ecc., appartengono sempre di più all'area sopranazionale che non a quella statale, ond'esse vanno evidentemente fronteggiate con interventi che trascendono il raggio d'azione di un singolo Stato.

Viceversa i fenomeni del diritto internazionale privato e della c.d. nuova *lex mercatoria* sono manifestazioni dell'apertura dell'ordinamento a realtà che sorpassano la sua dimensione, collocandosi piuttosto nell'area delle relazioni e del commercio internazionale.

Si tratta – anche se in diversa misura – di fenomeni prevalentemente collegati all'internazionalizzazione ed alla globalizzazione dell'economia, che, non solo trascendono la dimensione del mercato (e, quindi, dell'ordinamento) nazionale ed europeo, ma che creano, soprattutto a favore dei suoi protagonisti, regole commerciali considerate vincolanti e talvolta giustiziabili alla stessa stregua di quelle statali.

Quanto al diritto internazionale privato, la difficoltà del suo inquadramento costituzionale deriva in larga misura dalla premessa che il richiamo del diritto straniero stabilito dalle norme di rinvio deroga al principio, tratto dall'art. 70, della tassatività costituzionale delle fonti primarie; di modo che l'applicazione del diritto straniero, in vece ed in sostituzione della legge interna, può probabilmente trovare giustificazione anch'esso nell'art. 11 Cost. in nome dell'idea del coordinamento tra i sistemi, che le norme di diritto internazionale privato perseguono, e delle conseguenti limitazioni di sovranità.

A sua volta la *lex mercatoria*, intesa oggi come «diritto creato dal ceto imprenditoriale, senza la mediazione del potere legislativo degli Stati, e formato da regole destinate a disciplinare in modo uniforme (...) i rapporti commerciali che si instaurano entro l'unità economica dei mercati»⁶, finisce, anche se per il tramite dei contratti che la richiamano ed in forza dei lodi arbitrali che la applicano, con l'essere riconosciuta nell'ambito interno, come una fonte autonoma proveniente da un ordinamento separato, che contribuisce a rendere sempre più fluido il confine tra «interno ed esterno», grazie al quale si afferma e si postula la sovranità degli Stati.

La disciplina della moneta, il governo dell'economia, la regolazione del mercato dei beni e dei capitali e conseguentemente della domanda interna sfuggono sempre di più alle istituzioni nazionali e spesso anche a

⁶ F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, I, Padova 1990, 86.

quelle internazionali, che vedono le loro possibilità d'intervento condizionate da operatori capaci di trasferire con sorprendente rapidità enormi risorse economiche e finanziarie da un'area geografica ad un'altra, con tutto quello che ne può discendere in termini di ricchezza e di povertà, cioè di benessere dei soggetti radicati in tali aree.

La globalizzazione, come è stato di recente osservato, cessa di essere un mero fenomeno economico e coinvolge gli stessi istituti giuridici, dando luogo ad un diritto globale che incide profondamente sul diritto nazionale e le sue fonti.

Questi fenomeni, uniti ad un processo, se non di disgregazione, di allentamento della struttura sociale e politica, che ha investito in modo abbastanza evidente la realtà italiana degli ultimi anni, rischiano di produrre, insieme con la crisi dello Stato (e della sua costituzione che ne è il titolo di legittimità) quale strumento di composizione e di sintesi delle diverse esigenze e tensioni che caratterizzano qualsiasi struttura sociale, anche la crisi dei procedimenti di formazione del diritto. Questi, da un lato, possono collocarsi fuori dell'ambito nazionale e, dall'altro, producono regole che, ben lungi dal costituire momento di unificazione delle diversità sociali (ed economiche), tendono invece a consolidarle, quando non le approfondiscono.

In un quadro del genere il principio di eguaglianza entra naturalmente in crisi, sia con riferimento all'eguaglianza dei cittadini, sia, ed a maggior ragione, nel profilo, da molti autori valorizzato, dell'eguaglianza tra gli uomini, indipendentemente dalla loro cittadinanza e dal luogo dove essi si trovano, senza che sia possibile, allo stato attuale, reperire nelle norme del diritto internazionale validi criteri per uniformare discipline statali e non statali fortemente eterogenee.

L'auspicio – ma si tratta di poco più di un auspicio – che di fronte a tale situazione si può formulare è forse quello espresso da F. Galgano in chiusura del suo saggio sulla *lex mercatoria*⁷, che la globalizzazione dell'economia porti con sé la globalizzazione dei diritti dell'uomo e che la creazione del diritto globale, attraverso la mediazione culturale dei giuristi, possa produrre una legittimazione di tipo consuetudinario che si faccia carico nei rapporti commerciali dei principi di equità e di giustizia assai meglio di quanto non possano le assemblee legislative.

⁷ F. GALGANO, *Lex mercatoria*, Bologna 2010, 284 ss.

