



LA LUNGA MARCIA DELLA CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI DELL'UNIONE EUROPEA

Giuseppe Vettori – Professore Ordinario di Diritto civile

Sommario. 1. La diagnosi dell'attualità - 2. La Carta, la Dottrina e le Corti – 2.1. La dottrina – 2.2. – Gli organi comunitari – 2.3. Le corti - 3. Interpretazione ed applicazione – 3.1. Diritti e principi – 3.2. La Carta ed i principi generali del diritto comunitario.

1. La diagnosi dell'attualità.

L'analisi non può che iniziare dalla attualità per esaminare l'accoglienza della Carta da parte delle istituzioni nazionali ed europee e i criteri della sua interpretazione e applicazione. Iniziamo dal primo aspetto.

Dopo la proclamazione solenne del 2000 a Nizza, la sottoscrizione del Trattato costituzionale del 2004 e l'esito negativo dei referendum in Francia e in Germania, la Conferenza intergovernativa del 21 e 22 giugno del 2007 ha prodotto sostanziali novità.

Il progetto costituzionale che intendeva abrogare tutti i Trattati esistenti e sostituirli con un unico testo denominato Costituzione è stato abbandonato. La riforma modificherà il Trattato sull'unione europea (TUE) e il Trattato istitutivo della Comunità europea (TCE) che sarà denominato Trattato sul funzionamento dell'Unione, la quale acquisirà personalità giuridica.

Scompare il termine Comunità europea ma si precisa che i due Trattati «non avranno carattere costituzionale» e che il termine costituzione non sarà mai utilizzato.

Le innovazioni riguardano anche la sorte della Carta dei diritti fondamentali che assumerà valore giuridico per effetto della sostituzione dell'art. 6 del Trattato UE¹. Ma il compromesso non è stato affatto indolore e ha lasciato, anzi, una traccia forte e preoccupante.

Sarà allegata una dichiarazione unilaterale della Polonia in base alla quale quel testo «non pregiudica in alcun modo il diritto degli Stati Membri di legiferare in ambito di moralità pubblica, diritto di famiglia, tutela della dignità umana e rispetto dell'integrità fisica e morale». Ma c'è di più. E' previsto un

Il testo riproduce la relazione al Convegno di studio sul *Diritto privato comunitario* organizzato dalla Scuola di specializzazione in Diritto civile dell'Università di Camerino nei giorni 3-7 settembre 2007 per impulso dei Professori Vito Rizzo e Lucia Ruggeri.

¹ L'entrata in vigore del Trattato firmato a Lisbona il 13 dicembre 2007 è subordinata alla ratifica da ciascuno dei 27 paesi dell'Unione (l'Italia vi ha provveduto con legge 2 agosto 2008, n. 130). Tale procedimento (la cui originaria scadenza era prevista per il 1° gennaio 2009, prima dunque dell'elezione del Parlamento europeo di giugno) e l'attesa riforma delle istituzioni dell'Unione europea hanno tuttavia subito un arresto a seguito dell'esito negativo del referendum irlandese del 12 giugno 2008. A tal riguardo, il Consiglio Europeo di Bruxelles dell'11 e 12 dicembre 2008 ha definito una via per permettere l'entrata in vigore del trattato di Lisbona entro la fine del 2009, al contempo rispondendo alle richieste emerse dal referendum irlandese.



Protocollo che riguarda espressamente l'Inghilterra ove sono contenute precisazioni di grande rilievo. L'applicazione della Carta deve essere rigorosamente conforme alle disposizioni del suo titolo VII (a suo tempo imposto dagli inglesi), deve essere interpretata in modo conforme alle spiegazioni di tali articoli, non deve estendere la competenza della Corte di Giustizia né creare diritti e obblighi nuovi².

Il senso di tali indicazioni non potrebbe essere più chiaro nella volontà di coloro che le hanno richieste. La Carta *non ha valore costituzionale*, contiene *diritti e principi* senza crearne di nuovi, è legata ad un rigido e predeterminato processo di *applicazione e di interpretazione*.

Occorre partire da qui, da questa radicata ostilità di alcuni Stati, per fissare il valore di questo documento nel confronto fra critiche e adesioni della dottrina e della giurisprudenza europea.

2. La Carta, la Dottrina e le Corti.

2.1 La dottrina.

Gli studiosi più attenti avevano subito sottolineato la peculiarità di ciò che era accaduto dal giugno 1999, data della Risoluzione del Consiglio europeo di Colonia, al dicembre 2000 quando la Carta fu solennemente proclamata a Nizza.

Aveva lavorato per circa nove mesi una Convenzione composta da 15 rappresentanti dei Governi, 30 dei Parlamenti, 16 del Parlamento europeo, e uno della Commissione. Si erano pronunciati alcuni Parlamenti nazionali e il Parlamento europeo con un'esplicita risoluzione. Tutto ciò con una procedura che aveva coinvolto tutte le istituzioni dell'Unione a differenza del metodo chiuso e burocratico delle conferenze intergovernative. Con un risultato forte.

La ricognizione, per renderli più visibili, dei diritti fondamentali riconosciuti dalla Corte di Giustizia ed espressi dalle tradizioni costituzionali comuni e dalle convenzioni internazionali. La revisione del contenuto dei diritti tradizionali per adeguarli ai nuovi interessi. L'abbandono della classica distinzione fra diritti civili, economici e sociali per affermare l'indivisibilità delle situazioni soggettive, unificate dai valori di riferimento che possono assicurarne una corretta e flessibile interpretazione (Dignità, Libertà, Solidarietà, Eguaglianza, Cittadinanza, Giustizia)³.

La prima scelta ha reso possibile realizzare un minimo comune denominatore sul contenuto delle situazioni fondamentali senza rinunciare ad affermare una pluralità di modelli ed una possibile evoluzione del diritto comunitario. La seconda rappresenta una novità interessante. La revisione dei

² Nel testo del protocollo allegato si dice quanto segue: «Art.1 - 1. La carta non estende la facoltà della Corte di Giustizia o di qualsiasi corte o Tribunale del Regno Unito, di affermare che le leggi, i regolamenti o le disposizioni amministrative, pratiche o azioni del Regno Unito non siano conformi con i diritti fondamentali, le libertà e i principi che questa afferma. 2. In particolare, e per evitare dubbi, il Titolo IV della Carta non crea diritti rivendicabili dinanzi ad un organo giurisdizionale e applicabili al Regno Unito a meno che il Regno Unito non abbia istituito tali diritti nella propria legislazione nazionale». «Art. 2 - Qualora una disposizione della Carta faccia riferimento a diritti e pratiche nazionali, questa sarà applicabile nel Regno Unito nella misura in cui i diritti o i principi che contiene sono riconosciuti nel diritto o pratiche del Regno Unito». V. il testo del mandato del Consiglio europeo in www.europa.eu.it CIG 2007 p. 12.

³ V. sul punto G. VETTORI (a cura di), *Carta europea e diritti dei privati*, Padova, 2002; ID., *Carta europea e diritto dei privati*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, pp. 669-695, p. 686; *L'Europa dei diritti: Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, a cura di R. Bifulco- M. Cartabia-A. Celotto, Bologna, 2001; *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza. Il costituzionalismo dei diritti*, a cura di G.F. Ferrari, Milano, 2001; *Contratto e costituzione*, in *Europa*, a cura di G. Vettori, Padova, 2005; e per una sintesi efficace F. PANETTI, *Autonomia contrattuale e persona nella dialettica tra diritti sociali e libertà individuali: un percorso europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, p. 517 ss.; per una visione critica P. GROSSI, *Le molte vie del Giacobinismo giuridico. Ovvero 'La Carta di Nizza', il progetto di 'Costituzione Europea' e le insoddisfazioni di un storico del diritto*, in *Mitologie giuridiche della modernità*, 2.ed, Milano, 2007, p. 127 ss.



diritti fondamentali si basa su un netto rifiuto di un ruolo subordinato dei diritti sociali rispetto ai diritti di libertà e utilizza un metodo chiaro. Attualizzare dove possibile il contenuto dei diritti tradizionali per adeguarli ai nuovi interessi, elaborare, altrimenti, nuove situazioni, predisponendo le azioni individuali o collettive adatte ad assicurare la più intensa protezione⁴.

Certo si attenua, nel testo, ogni aspetto di socialità. Manca una norma simile all'articolo 3 della nostra Costituzione. Si parla poco delle comunità intermedie. Non esiste un riferimento, solo per fare qualche esempio, alla funzione sociale della proprietà o ai limiti alla libertà d'impresa mentre la disciplina sul diritto al lavoro, pur significativa sotto taluni profili si ispira chiaramente ad un liberalismo «socialmente evoluto»⁵.

Proprio in relazione a tali limiti si erano sollevate critiche e lamentato un difetto di legittimazione ma, come si è osservato, un coinvolgimento dei popoli europei sarebbe stato un fuor d'opera perché la Carta non conteneva la pretesa di abbattere un precedente regime per instaurare un nuovo ordine politico. Il testo si proponeva un effetto diverso e peculiare⁶. Seguire la traccia dell'art. 6 del Trattato e operare un «grande atto di ricognizione storica» delle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri sul tema dei diritti fondamentali, come «punto di riferimento ... sicuro ed ordinato» per l'evoluzione di un diritto comune e per il problema «implicito nella Carta» «della identità costituzionale dell'Europa»⁷.

Il documento, a ben vedere, era anche, come si è detto acutamente, un chiaro tentativo di superare «una rigida dicotomia positivista, tra diritto e politica, utile anche sul piano strategico»⁸. I redattori si resero ben presto conto che l'argomento della vincolatività del testo poteva essere utilizzato dagli oppositori (gli inglesi in primo luogo) come un mezzo per «determinare un sostanziale fallimento dell'impresa» o per approvare un testo «poverissimo di contenuti»⁹. Da qui l'idea della sola proclamazione che fu uno strumento efficiente. Il punto veramente importante era l'approvazione perché, si pensò, la Carta «pur priva di valore giuridico formalmente vincolante avrebbe cominciato a farsi strada nell'Ordinamento dell'Unione e in quelli degli Stati membri»¹⁰ e avrebbe prodotto, al di là del suo inserimento nei Trattati, effetti precisi. Dalla Carta avrebbe tratto linfa e giovamento la giurisprudenza comunitaria e su di essa si potevano fondare ragioni per «l'ammissione di nuovi Stati»¹¹.

E' facile constatare che negli anni seguenti si è verificato proprio questo. Gli Organi comunitari hanno assunto come parametro di legittimità dei loro atti quel testo, centinaia di provvedimenti giurisdizionali, nazionali e comunitari, hanno fatto riferimento ad esso, la dottrina si è impegnata nel precisare la natura e l'efficacia di un insieme di regole prive di un formale riconoscimento di giuridicità, sino a dover ammettere che a prescindere dall'inserimento nei Trattati è assai difficile oggi escludere la Carta dal sistema delle fonti del diritto dell'Unione.

⁴ V. *Catalogo dei diritti e Costituzione europea*, *op. cit.*, p. 358.

⁵ V. R. DEL PUNTA, *Mercato, Lavoro, Diritti fondamentali*, in *Carta europea e diritti dei privati*, *cit.*, p. 169 ss.

⁶ M. FIORAVANTI, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nella prospettiva del costituzionalismo moderno*, in *Carta europea e diritti dei privati*, a cura di G. Vettori, *cit.*, p.206: «Altro discorso ... è quello che scorge nella Carta l'inizio, ancora difficile e contraddittorio, di un processo alla fine del quale sia legittimo parlare di un popolo europeo in senso normativo, come insieme di individui in parte titolari di diritti differenziati sul piano nazionale, ma comunque sempre più letti ed interpretati nel quadro di un comune patrimonio costituzionale. Ma se di "popolo europeo" si può parlare è solo in questo senso, ed in conseguenza di questo processo, e non come suo presupposto, come soggetto costituente originario, nella linea, probabilmente oramai esaurita sul piano storico, delle Costituenti nazionali democratiche».

⁷ M. FIORAVANTI, *op. cit.*, p. 208.

⁸ M. FIORAVANTI, *op. cit.*, p. 209.

⁹ S. RODOTÀ, *Nel silenzio della politica i giudici fanno l'Europa*, in (a cura di) G. Bronzini, V. Piccone, *La Carta e le Corti*, Chimienti, 2007, p. 23.

¹⁰ S. RODOTÀ, *op. cit.*, p. 24.

¹¹ M. FIORAVANTI, *op. cit.*, p. 209.



Un esame anche sommario può fornire una precisa conferma.

Pur essendo chiaro il valore ricognitivo si è sottolineato in dottrina il *plusvalore* della Carta rispetto ad un insieme di diritti esistenti ma dispersi in precedenti non sempre facilmente conoscibili¹². Si è precisata l'importanza dell'attività della Convenzione¹³ ed alcuno ha sostenuto la sua immediata vincolatività quantomeno per le Istituzioni comunitarie, avvicinandola alle decisioni dell'art. 249 TCE¹⁴ o al contenuto dell'art.6 TUE¹⁵.

2.2. Gli Organi comunitari.

D'altra parte la Commissione ha espresso 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»¹⁶.

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»¹⁷.

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.

Il punto merita un'attenzione specifica e su di esso ci soffermeremo richiamando i provvedimenti più significati ai fini del diritto privato comunitario in relazione ai sei Capi del testo, con l'aiuto di sintesi e commenti già pubblicati¹⁸.

2.3 Le Corti.

2.3.1 Dignità. - Nel primo capo relativo alla dignità sono racchiusi un nucleo di diritti relativi alla inviolabilità dei valori della persona, all'integrità psico-fisica e spiccano alcuni divieti tramite i quali quei

¹² A. PACE, *A che serve la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Giust. cost.*, 2001, p. 193 ss.; U. DE SIERVO, *L'ambigua redazione della Carta dei diritti fondamentali nel processo di costituzionalizzazione dell'Unione Europea*, in *Diritto Pubblico*, 2001, p. 55 ss.

¹³ A. WEBER, *Il futuro della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Riv. it. dir. pubb. comunit.*, 2002, p. 31 ss.

¹⁴ F. POCAR, *Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea*, Padova, 2001, p. 1179 ss.

¹⁵ A. BARBERA, *La Carta dei diritti: una fonte di ri-cognizione?*, in *Diritto Unione Europea*, 2001, p. 241 ss.

¹⁶ Così S. RODOTÀ, *Nel silenzio della politica i giudici fanno l'Europa*, in *La Carta e le Corti*, cit., p. 24 e il volume curato da G. BISOGNI, G. BRONZINI, V. PICONE, *I giudici e la carta dei diritti dell'Unione europea*, Chimienti, 2006.

¹⁷ V.G. BRONZINI - V. PICONE, *Parlamento europeo, Corte di giustizia e Corte di Strasburgo rilanciano la Carta di Nizza: un messaggio alla futura Conferenza intergovernativa?*, in *www.europeanrights.eu*, 5 maggio 2007.

¹⁸ Prima fra tutte A. CELOTTO - G. PISTORIO, *L'efficacia giuridica della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (rassegna giurisprudenziale 2001-2004)*, in *Giur. it.*, 2005, p. 427 ss.



valori sono garantiti. Il divieto della schiavitù, della tortura, dei trattamenti inumani e degradanti, della clonazione umana, del commercio del corpo.

Gli avvocati generali o i ricorrenti hanno fatto più volte riferimento a quelle situazioni anche se la Corte ha deciso, sino a pochi mesi fa, senza far menzione del testo¹⁹, pur evocando implicitamente il contenuto della Carta. Vediamone alcune da vicino.

Molto noto è il caso Omega²⁰. Si è dovuto accertare la compatibilità con il diritto comunitario di attività che comportano l'utilizzo di giochi basati sull'uccisione simulata di persone. Omega era titolare di un contratto di *franchising* con una società inglese che produceva e commercializzava le attrezzature usate legalmente in quel paese. Il Sindaco di Bonn ha vietato tale attività in quanto contraria all'ordine pubblico e ciò ha determinato un ricorso alla Corte federale che ha confermato il giudizio negativo, ma ha richiesto l'intervento della Corte di Giustizia per valutare la compatibilità con il Diritto comunitario della questione e per accertare se la facoltà degli Stati di limitare le libertà fondamentali (in questo caso di libera circolazione dei beni e di prestazione dei servizi) «sia subordinata alla condizione che tale restrizione si basi su di una concezione del diritto comune a tutti gli Stati». L'Avvocato Generale²¹ ha accertato che, tranne la Germania, tutti gli Stati nazionali considerano la dignità un principio costituzionale ma non un precetto autonomamente azionabile. Un concetto di genere che può essere specificato mediante l'ordine pubblico che i singoli Stati sono liberi di valutare, salvo un controllo della Unione Europea in presenza di «una minaccia effettiva e abbastanza grave per uno degli interessi fondamentali della collettività» che si reputa presente nel nostro caso. La Corte di Giustizia ha seguito lo stesso orientamento e ha precisato che il rispetto della dignità umana è un principio generale del diritto comunitario idoneo a limitare una libertà fondamentale, tramite la nozione di ordine pubblico che la Costituzione nazionale intende assicurare nel proprio territorio²². Da qui la decisione di non contrarietà del divieto²³ che evoca il principio generale della dignità previsto dalla Carta di Nizza. Come in un altro caso altrettanto rilevante²⁴.

Si doveva decidere nel caso *Schmidberger* sulla compatibilità fra diritti fondamentali riconosciuti dal Trattato, nella specie diritto di manifestazione e la libertà economica di circolazione a seguito dell'occupazione dell'autostrada del Brennero che aveva comportato il blocco per trenta ore del traffico con ingenti danni lamentati da un'impresa di trasporto. La Repubblica d'Austria, che non era intervenuta per rimuovere il blocco, aveva invocato a sua difesa l'esigenza di tutelare i diritti fondamentali previsti dalla propria Costituzione e la Corte ha affermato la proporzionalità del «bilanciamento realizzato dalle autorità statali». Anzi si è pronunciata su tale tecnica interpretativa.

Nella sentenza si dice che la tutela dei diritti fondamentali può prevalere su di una libertà economica riconosciuta dal Trattato previo un loro attento bilanciamento. Esistono invece alcuni diritti che costituiscono delle «prerogative assolute»²⁵. Sicchè la dignità e l'integrità della persona assumono nella sentenza un rilievo «costituzionale».

¹⁹ CGCE 9 ottobre 2001, C-377/98 sulla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche e CGCE 19 marzo 2004 C-196/03.

²⁰ Caso 36/02 [2004] ECR I-09609 (ECJ).

²¹ v. Conclusioni dell'Avvocato generale Six-Hackl del 18 marzo 2004, in particolare nn. 82-91.

²² G. PISTORIO, *L'influenza della Carta di Nizza nelle sentenze della Corte di giustizia in materia di eguaglianza e dignità della persona*, in *www.europeanrights.eu*, 5 maggio 2007, p. 6.

²³ Nello stesso senso v. Caso 260/89 ERT [1991] ECR I-2925 (ECJ); Caso Connolly vs. Commissione [2001] ECR I-1611, 37 (ECJ); caso 94/00 Moquette Frères [2002] ECR I-9011,25 (ECJ); Caso Schmidberger [2003] ECR I-5659,71 (ECJ).

²⁴ V.G. PISTORIO, *L'influenza della Carta di Nizza nelle sentenze della Corte di Giustizia in materia di eguaglianza e dignità della persona*, in *www.europeanrights.eu*, 5 maggio 2007.

²⁵ G. PISTORIO, *L'influenza della Carta di Nizza nelle sentenze della Corte di Giustizia in materia di eguaglianza e dignità*, cit., p. 5.



2.3.2. La libertà. Fra i quattordici articoli del secondo Capo, che contengono libertà, diritti civili e politici, vi sono disposizioni più volte richiamate da parte delle Corti nazionali.

La nostra Corte costituzionale ha fatto riferimento all'art. 7 (anche se privo di efficacia giuridica)²⁶ a tutela della vita privata e familiare in riferimento all'estensione delle intercettazioni fra persone presenti e ha utilizzato l'art. 9 per censurare che sia lecito prevedere il celibato o la vedovanza come requisito per l'accesso ad uffici pubblici come, nel caso, il reclutamento nella Guardia di Finanza. Ciò perché la discrezionalità legislativa non deve tradursi «in una limitazione di diritti fondamentali» quali il diritto a contrarre matrimonio e di non essere sottoposti ad interferenze arbitrarie nella vita privata (art. 8 della CEDU e 9 della Carta che hanno sul punto diversità fra di loro)²⁷. Come si è notato in questo ultimo caso, la Corte ha evitato anche di ripetere che la Carta di Nizza non ha valore vincolante²⁸.

Il Tribunale costituzionale portoghese ha utilizzato ancora l'art. 9 per valutare il trattamento delle unioni di fatto mentre l'avvocato generale della Corte di Giustizia, in un procedimento del 2001, ha sottolineato l'importanza di tale principio e la sua diversità dall'art. 8 della CEDU che parla di matrimonio fra uomo e donna e non del diritto a sposarsi o a costituire una famiglia contenuto nell'art. 9 della Carta e descritto nelle Spiegazioni allegate al testo²⁹. Mentre la Corte europea dei diritti dell'uomo ha riconosciuto, sempre citando quel riferimento, il diritto dei transessuali di sposarsi³⁰.

Nell'art. 16 si sottolinea, nelle stesse spiegazioni all'articolo, che il riferimento all'impresa «trae origine dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia che ha riconosciuto tre libertà sottese al principio. La libertà di esercitare un'attività economica o commerciale, la libertà contrattuale e la libertà di concorrenza. Questa precisazione ha un importante valore sistematico che occorre rimarcare con forza per trarne ogni utile orientamento sul modo di disciplinare tali libertà»³¹. Ed è utile, per quanto concerne la libertà di contratto, il richiamo alla sentenza della Corte di Giustizia sul caso *Courage*³². Pronunzia assai nota.

La Corte ha attribuito rilevanza alle condizioni di supremazia di una parte nell'ambito delle trattative precedenti la stipula dell'accordo, rinviando al giudice nazionale competente la valutazione del potere di negoziazione delle parti, del contesto economico e giuridico in cui esse si trovavano, e della capacità per il danneggiato di evitare il danno «esperando tempestivamente tutti i rimedi giuridici a sua disposizione». La disparità di potere negoziale assume, insomma, valore come espressione di un principio enunciato dalla Corte che dovrà essere precisato dai giudici nazionali.

²⁶ Corte Cost. 24 aprile 2002, n.135, in *Foro it.*, 2004, I, 390, dichiarando infondata una questione di costituzionalità in merito all'estensione della disciplina delle intercettazioni delle comunicazioni fra presenti.

²⁷ Corte Cost. 24 ottobre 2002, n.445, in *Foro it.*, 2003, I, 1018.

²⁸ M. CARTABIA, A. CELOTTO, *La giustizia costituzionale in Italia dopo la Carta di Nizza*, in *Giur. cost.*, 2002, p. 4476.

²⁹ Vedi entrambi i provvedimenti in A.CELOTTO-G.PISTORIO, *op. cit.*, p. 430

³⁰ Corte europea dei diritti dell'uomo, 11 luglio 1991, n. 28957/95 § 100.

³¹ G. VETTORI, *Carta europea e diritti dei privati*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 674 ss.

³² Caso 453/99 del 20 settembre 2001, in *Foro it.* 2002, c. 75 ss; v. anche G. VETTORI, *Diritto dei contratti e "costituzione" europea*, cit., p. 163 ss. Una Corte inglese aveva formulato il quesito se un contraente di un'intesa restrittiva della concorrenza potesse chiedere tutela nei confronti dell'altra parte che aveva imposto una clausola ingiustamente vantaggiosa. La pretesa era sembrata al giudice nazionale in contrasto con il principio che non si può trarre beneficio dal proprio comportamento illecito, e tale è senz'altro l'adesione ad un'intesa illecita per contrasto con la normativa comunitaria. Da qui la richiesta di intervento della Corte di Giustizia la quale ha ricordato, anzitutto, che i Trattati hanno dato vita ad un ordinamento integrato nei sistemi nazionali, che crea diritti direttamente o tramite l'imposizione di obblighi; ha risposto poi che la tutela non può essere esclusa a priori in base al diritto dell'Unione purchè il giudice nazionale tenga in conto una serie di elementi di valutazione quali il contesto giuridico ed economico nel quale le parti si trovano, il rispettivo comportamento, l'eventuale posizione di inferiorità grave di una nei confronti dell'altra, tale da compromettere o da annullare la libertà di negoziare le clausole del contratto.



L'articolo 17 sulla proprietà riafferma principi già emersi nelle sentenze della Corte di Giustizia e nelle Costituzioni dei paesi membri che «consentono di disciplinare l'uso della proprietà privata» in modo sostanzialmente omogeneo³³. Sicché è evidente il rifiuto di ogni profilo di assolutezza e compaiono, seppur attenuati, la doverosità ed il limite, con una sostanziale differenza rispetto al nostro modello proprietario. Si era affermato da taluno in passato, che gli articoli 41, 42 e 43 della nostra Costituzione avrebbero legittimato anche una disciplina legislativa ispirata al piano, svincolata dal rispetto di un contenuto essenziale della proprietà³⁴. L'interpretazione sistematica delle norme esclude, senza ambiguità, tale conclusione e con essa un'evoluzione non conforme ad un assetto istituzionale fondato su un'economia sociale di mercato³⁵.

2.3.3. Eguaglianza³⁶. Il capo terzo contiene sette articoli sul divieto di discriminazione, il riconoscimento della parità fra uomini e donne, la garanzia di speciali trattamenti per i bambini, gli anziani e i disabili. Ed è chiaro anche qui il significato 'costituente'. La parità esige il rispetto e la tutela delle diversità e la Corte ha affrontato numerosi casi di discriminazione.

Dopo aver dichiarato «l'illegittimità del licenziamento di un transessuale per motivi attinenti al cambiamento di sesso», ha rilevato il contrasto della legislazione inglese, che non ammette la rettifica dei dati anagrafici, con il diritto comunitario in relazione alla richiesta del diritto alla pensione di reversibilità di un transessuale. Anche se si riconosce al giudice nazionale di verificare se in tale ipotesi una persona possa «invocare l'art.141 TCE affinché le si riconosca il diritto di far beneficiare il proprio convivente di una pensione di reversibilità»³⁷.

In modo analogo la Corte (prima dell'introduzione nel luglio 2004 della legge sul riconoscimento del genere) ha deciso per il caso di un transessuale, nato di sesso maschile, che aveva presentato domanda di pensione al compimento del sessantesimo anno e si era visto respingere la domanda per non aver raggiunto l'età di 65 prevista in Inghilterra per gli uomini³⁸.

2.3.4 Solidarietà. I dodici articoli del quarto capo comprendono una prima serie (27-32) sulle disposizioni relative alla posizione del lavoratore, un secondo gruppo (33-35) sulla protezione della vita familiare e della maternità e un'ultima parte sulla garanzia di accesso ai servizi di interesse economico sociale e sul riconoscimento di un elevato livello di tutela dell'ambiente e dei consumatori³⁹. Nel precisare il diritto fondamentale alla salute e sicurezza nei posti di lavoro si traggono spunti di grande rilievo.

³³ V. A. LUCARELLI, *Commento sub art. 17*, in *L'Europa dei diritti*, cit., p. 139 ss.

³⁴ Su tale vicenda v. M. TRIMARCHI, *La proprietà nella costituzione europea*, in *Costituzione europea e interpretazione della Costituzione italiana*, a cura di G. Iudica e G. Alpa, Napoli, 2006, p. 259 ss, ma v. per il diritto interno le osservazioni di GIANNINI, *Basi costituzionali della proprietà privata*, in *Pol. Dir.*, 1971, p. 465 ss. e in particolare, di L. MENGONI, *Proprietà e libertà*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, p. 445.

³⁵ V. M. COMPORITI (a cura di), *La proprietà nella Carta europea dei diritti fondamentali*, Milano, 2005; ed ivi S. RODOTÀ, *Il progetto della Carta europea e l'art. 42 Cost.*, p.162; F. LUCARELLI, *Il diritto di proprietà. Valori costituzionali e valori condivisibili alla luce dei Trattati europei*, p. 28 ss.; G. VETTORI, *Carta Europea e situazioni dei privati*, op. cit., p. 2 ss.

³⁶ CGCE 30 aprile 1996, C-13/94, in *Racc.*, 1996, 2143.

³⁷ CGCE 7 gennaio 2004, in C-117/01, in *Racc.*, 2004, I-541. v. sul punto G. PISTORIO, *L'influenza della Carta di Nizza nelle sentenze della Corte di giustizia in materia di eguaglianza e dignità della persona*, cit., p.7.

³⁸ CGCE 27 aprile 2006, in C-423/04 citata ancora da G. PISTORIO, *op. cit.*, p.7

³⁹ V. per tale ricognizione A. CELOTTO, G. PISTORIO, *L'efficacia giuridica della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, cit., p. 430 ss.



Da un lato si rende effettiva tale tutela «attraverso una corretta interpretazione del diritto alle ferie retribuite»⁴⁰, dall'altro si contrastano con il richiamo diretto a tali principi le deroghe convenzionali alla normativa sull'orario di lavoro⁴¹, mentre particolare spicco si attribuisce al divieto di licenziamento ingiustificato e alla parità di trattamento.

In tutti questi casi «la Carta di Nizza ha funzionato come punto di riferimento nell'interpretazione delle leggi nazionali di trasposizione delle Direttive» e i diritti sociali, in essa previsti, si sono imposti come «limiti di un esercizio arbitrario dei poteri imprenditoriali»⁴².

D'altra parte molto spesso i diritti a condizioni di lavoro sicuro e dignitoso (art. 31) e il diritto di accesso alle prestazioni di sicurezza (art. 34) sociale sono invocati assieme anche dai Giudici nazionali⁴³, mentre l'accesso ai servizi di interesse economico e sociale, la tutela dell'ambiente e dei consumatori hanno costituito la base per la elaborazione di principi invocati dagli avvocati generali e dai Tribunali nazionali⁴⁴.

2.3.5. Cittadinanza. - Per quanto attiene al quinto capo, si è osservato che dalla Carta emergono più gli individui che i lineamenti di una società politica europea, tanto che le «forme di partecipazione democratica non acquistano aspetti di significativa novità e sembrano essere condannati ad essere cosa nazionale»⁴⁵.

Lo stesso tema dello *status* di cittadino europeo resta oggetto di dubbi e incertezze⁴⁶. Pur tuttavia il diritto ad una buona amministrazione⁴⁷ è stato oggetto di ampi richiami nella giurisprudenza comunitaria e nazionale mentre la libertà di circolazione e di soggiorno «è generalmente qualificata come il nucleo forte della cittadinanza europea e come premessa per l'esercizio di altri diritti riconosciuti, espressamente o implicitamente, al cittadino comunitario (diritto di esercitare un'attività economica, diritto di acquistare beni immobili, di donare, di stipulare contratti etc.)»⁴⁸. L'importanza di questo principio è evidentissima se solo si pensa alla esigenza di regole comuni sulla destinazione e separazione dei beni e sulla disciplina del trust. Il conflitto fra autonomia privata e diritti dei terzi, posto a dura prova dalle nuove esigenze della società complessa, attende negli Stati nazionali e in Europa una composizione e un nuovo equilibrio che può essere realizzato in un Mercato Unico solo con una soluzione unitaria.

⁴⁰ S. SCIARRA, *Diritti fondamentali, principi generali di diritto europeo: alcuni esempi nella recente giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *La Corte e le Corti*, cit., p.105 e il richiamo del caso Bectu Causa C-173/99 The Queen v. Secretary of State for Trade and Industry, ex parte Broadcast-ing, Entertainment Cinematographic and Theatre Union, 26.6.2001, Racc. 2001,I-4881 ove si afferma che i diritti sociali non sono affatto subordinati ai diritti economici. V. anche le conclusioni dell'Avvocato Generale Tizzano, 8 febbraio 2001, punti 26 e 27 in C-133/OO, 8 maggio 2001.

⁴¹ C-397/01, 5.10.2004, Racc., 2004, I-8835. 2. «La corte sostiene che il diritto alla salute, configurato dalla Direttiva come diritto soggettivo che fa capo al singolo lavoratore, non può essere indebolito da deroghe individuali», così S. SCIARRA, *op. cit.*, p.109.

⁴² S. SCIARRA, *op. cit.*, p.118-119.

⁴³ V. A.CELOTTO- G.PISTORIO, *op.cit.*, p.433 e il richiamo a TAR Emilia Romagna 20 giugno 2002,n.959 e TAR Sicilia del 10 dicembre 2003, n.79 in tema di violazione dei minimi retributivi e salariali.

⁴⁴ V. ancora A. CELOTTO, G. PISTORIO, *op. cit.*, p.434.

⁴⁵ V. M. FIORAVANTI, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nella prospettiva del costituzionalismo moderno*, cit.

⁴⁶ Su cui v. CARTABIA- WEILER, *L'Italia in Europa. Profili istituzionali e costituzionali*, Bologna, 2000, p. 233 ss.

⁴⁷ C. MARZUOLI, *Carta europea dei diritti fondamentali, "Amministrazione" e soggetti di diritto: dai principi sul potere ai diritti dei soggetti*, in *Carta europea e diritti dei privati*, cit., p.255 ss.

⁴⁸ Così A.CELOTTO-G.PISTORIO, *op. cit.*, p.436.



2.3.6. Giustizia. - Fra gli articoli che fissano e richiamano i diritti già riconosciuti spicca, ai nostri fini, l'art. 47 sul diritto ad un rimedio effettivo anche perché per la prima volta la Corte di Giustizia⁴⁹ ha fatto riferimento a quel precetto e alla Carta di Nizza, la quale si dice non ha ancora valore obbligatorio ma «costituisce un parametro per giudicare la legittimità di atti»⁵⁰, ed ha comunque valore di principio generale del diritto comunitario⁵¹, ribadito dalla Corte dei diritti dell'uomo⁵² che attribuisce valore anche alle Spiegazioni allegate alla norma dal *Presidium* della Convenzione.

Da questo rapido elenco risultano del tutto evidenti le potenzialità della Carta nel delineare i tratti di un diritto privato europeo. Resta da precisare le modalità di interpretazione e di applicazione e sono opportune alcune osservazioni e un approfondimento.

3. Interpretazione e applicazione.

Quando sarà ratificato il nuovo Trattato e il nuovo art. 6, ove al primo comma si dice che i diritti, le libertà e i principi della Carta hanno lo stesso valore legale dei trattati, l'efficacia diretta consentirà di considerare tale testo come diritto dell'Unione ad ogni effetto. Sicché sarà possibile la stessa disapplicazione del diritto interno contrastante con il suo contenuto⁵³. Sino ad allora è certo il suo valore giurisprudenziale ed occorre precisare i criteri di interpretazione e applicazione.

Ricordo che nel nuovo art. 6 (secondo il testo approvato dal Consiglio europeo) si dice che la Carta ha lo stesso valore giuridico dei Trattati ma non amplia le competenze in essi definite; si precisa che i diritti, le libertà e i principi devono essere interpretati in linea con le disposizioni generali del Titolo VII e le relative spiegazioni; e si conclude che i diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, costituiscono i principi generali del diritto comunitario.

Tutti questi aspetti richiedono un'attenta analisi.

3.1. Diritti e principi.

Nel Titolo VII della Carta si dettano criteri rigidi di interpretazione ribaditi nelle Spiegazioni, le quali nel testo dell'art. 6 e nel protocollo voluto del Regno unito assumono un particolare valore, riconosciuto di recente dalla stessa Corte europea dei diritti umani⁵⁴. E' bene ricordare che gli artt. 51 e

⁴⁹ CGCE 27 giugno 2006, C-540/03, in *Dir. immigrazione e cittadinanza*, 2006, 3, p. 110.

⁵⁰ G.BRONZINI, V.PICONE, *Parlamento europeo, Corte di Giustizia e Corte di Strasburgo rilanciano la Carta di Nizza: un messaggio alla futura conferenza intergovernativa?*, in www.europeanrights.eu, 5 maggio 2007.

⁵¹ CGCE 13 marzo 2007 Unibet, C-432-05, in GUCE C95/9 del 28 aprile 2007.

⁵² Corte europea dei diritti dell'uomo, 19 aprile 2007 (Vilho Eskelinen e altri / Finlandia), ric. N. 63235/00

⁵³ A. CELOTTO, *Giudici nazionali e Carta di Nizza*, cit., p. 43. Sin da allora è certo il valore interpretativo e giurisprudenziale del testo e sarà possibile che esso svolga una funzione primaria con la tecnica della interpretazione conforme che è stata estesa di recente dalla Corte di Giustizia anche al diritto comunitario non direttamente applicabile e in particolare alle Direttive il cui termine di trasposizione non sia ancora scaduto. Si è fatto notare così che «l'obbligo di interpretazione conforme costituisce uno degli effetti "strutturali" della norma comunitaria che consente assieme allo strumento più "invasivo" dell'efficacia diretta, l'adeguamento del diritto interno ai contenuti e agli obiettivi dell'ordinamento comunitario», e che se tale obbligo si impone per ogni norma di diritto comunitario, a prescindere dalla diretta applicabilità, questa è la strada maestra per consentire ai giudici una applicazione «più vincolante della Carta di Nizza» (ID., *op. loc. cit.*).

⁵⁴ Corte europea dei diritti dell'uomo, 19 aprile 2007 (Vilho Eskelinen e altri / Finlandia), cit.



52 furono modificati in occasione della approvazione del Trattato costituzionale e che essi sono ora espressamente richiamati in quella versione. Su questi due articoli occorre soffermarsi.

Nel primo (51 ex II-111) si delimitano gli effetti della Carta e si stabilisce che «essa si applica alle istituzioni e agli organi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà (art. 6.2 TUE)» come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione.

Pertanto, si dice, tali soggetti **«rispettano i diritti e osservano i principi e ne promuovono l'applicazione secondo le rispettive competenze e nei limiti posti dai Trattati»**. Per quanto concerne gli Stati membri si ribadisce che l'obbligo di rispettare i diritti fondamentali vale per essi quando agiscono nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione o (come ha precisato la Corte) «quando essi danno attuazione alle discipline comunitarie».

Nel secondo paragrafo si ribadisce che la Carta «non può avere l'effetto di ampliare i compiti assegnati all'Unione». Sicché i diritti fondamentali producono effetti solo nell'ambito di tali competenze e di conseguenza alle Istituzioni può essere «imposto l'obbligo di promuovere i principi sanciti nella Carta solo nei limiti di queste stesse competenze».

L'art.52 (ex II-112) concerne la portata e l'interpretazione dei diritti e dei principi.

Si prevede anzitutto (1) che le restrizioni all'esercizio dei diritti fondamentali possono essere previste dalla legge purchè rispondano a finalità di interesse generale perseguite dalla Comunità e non si risolvano in interventi sproporzionati ed inammissibili.

Si fa riferimento (2) ai diritti già riconosciuti in altre parti del Trattato richiamando le condizioni e i limiti per essi già fissati.

Si ribadisce, infine, l'esigenza di una necessaria coerenza con le disposizioni della CEDU (3) e la regola, indicata nelle spiegazioni, è duplice. Se i diritti sono identici il significato, la portata e i limiti sono identici. In caso contrario l'Unione può garantire una protezione più ampia “ ma non può situarsi ad un livello inferiore a quello garantito dalla CEDU.

Si precisa poi (**nelle spiegazioni**) che il richiamo alle tradizioni culturali comuni (4) non mira ad un'impostazione rigida basata sul «minimo comune denominatore». Ciò perché i «diritti sanciti nella Carta debbono essere interpretati in modo da offrire un elevato livello di tutela che sia consono al diritto dell'Unione e in armonia con le tradizioni culturali comuni». Segue nel paragrafo n. 5 un riferimento espresso ai principi.

Coordinando norma e spiegazioni si ricava quanto segue.

La distinzione fra «diritti» e «principi» è sancita nella Carta.

In base a tale distinzione, i diritti soggettivi sono rispettati, mentre i principi sono osservati (articolo 51, paragrafo 1 ex II-111).

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. E ciò è in linea, si dice, sia con la giurisprudenza della Corte di giustizia⁵⁵ sia con l'approccio ai «principi» negli ordinamenti costituzionali degli Stati membri, specialmente nella normativa sociale.

⁵⁵ Cfr. in particolare la giurisprudenza sul «principio di precauzione» di cui all'articolo 174, paragrafo 2 del trattato CE (sostituito dall'articolo III-233 della Costituzione): sentenza del TPG dell'11 settembre 2002, causa T-13/99 Pfizer c.



A titolo illustrativo si citano come esempi di principi riconosciuti nella Carta gli articoli 25 (diritto degli anziani), 26 (Inserimento dei disabili) e 37 (tutela dell'ambiente). E si ricorda che in alcuni casi è possibile che un articolo della Carta contenga elementi sia di un diritto sia di un principio, come negli articoli 23 (parità fra uomini e donne), 33 (vita familiare e vita professionale) e 34 (sicurezza sociale e assistenza sociale).

Le reazioni in dottrina sono state molto diverse fra loro⁵⁶.

Alcuno legge, nel testo dell'articolo e nella sua spiegazione, un chiaro tentativo di limitare l'ambito dell'interpretazione giudiziaria che richiama il lungo dibattito «sulle norme programmatiche della Costituzione italiana e sul loro valore normativo». La critica evoca istituti post-rivoluzionari come il *référé législatif* e lamenta un ingiustificato timore per un *gouvernement des juges* come un «vecchio spettro che si aggira per l'Europa e per il mondo»⁵⁷. Altri osserva che la distinzione non è così terribile, purché la si intenda bene. Si sottolinea che l'art. 52 ex 112.5 vuol escludere che «dalla 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 la *interpositio legislationis*. Tali principi sono conoscibili giudizialmente solo ai fini della interpretazione delle leggi e degli altri atti europei e ai fini della decisione sulla loro legalità, cioè sulla loro costituzionalità». Sicché, si osserva, la norma non si discosta da ciò che normalmente accade «con riguardo ai principi espressi nella costituzione italiana»⁵⁸.

Il vero è che la distinzione fra diritti e principi è sicuramente un espediente che vuol limitare interpretazioni creative ma, a ben vedere, essa è un buon esercizio per precisare il rilievo dei principi e il rapporto auspicabile fra la Carta e la sua applicazione. 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.

3.2. La Carta e i principi generali del diritto comunitario.

Il significato polisensibile del termine principi è stato posto in luce in ogni occasione di approfondimento⁵⁹ e da ogni studioso del tema. Ma ai nostri fini occorre ricordare due aspetti fondamentali.

Nell'art. 6 del Trattato UE, in vigore dal Trattato di Maastricht del 1992, si dice che «l'Unione rispetta i diritti fondamentali ... in quanto principi generali del diritto comunitario». Il ricorso ai

Consiglio, con numerosi rinvii ai precedenti giurisprudenziali e una serie di sentenze sull'articolo 33 (ex 39) in merito ai principi della normativa agricola, ad es.: sentenza della Corte di giustizia, causa C-265/85 Van den Berg, Racc. 1987, pag. 1155, C 310/458 IT Gazzetta ufficiale dell'Unione europea 16 dicembre 2004. V. sul punto il bel volume di G. COMANDÈ (a cura di), *Gli strumenti della precauzione: nuovi rischi, assicurazione e responsabilità*, Milano, 2006.

⁵⁶ Nelle conclusioni del Consiglio europeo svolto a Bruxelles il 21 e 22 giugno 2007 si è deciso che la Carta dei diritti assuma valore giuridico con il richiamo dell'art. 6 dei Trattati, richiamando il Titolo VII sulla interpretazione e applicazione. Salvo la dichiarazione unilaterale della Polonia e il protocollo aggiuntivo voluto dal Regno Unito.

⁵⁷ A. PIZZORUSSO, *Una Costituzione "ottriata"*, in E. Paciotti, (a cura di), *La Costituzione europea*, Roma, 2003, p. 47ss.

⁵⁸ V. ONIDA, *Il problema della giurisdizione*, in E. Paciotti, (a cura di), *La costituzione europea*, cit. p.137 ss.

⁵⁹ Classici gli studi di V. SCIALOJA, *Del diritto positivo e dell'equità*, Camerino, 1880 che si basa su di una concezione legalista e di G. DEL VECCHIO, *Sui principi generali del diritto*, Archivio giuridico, 1921 che fonda invece la sua teoria su una solida visione giusnaturalistica. V. anche gli atti del Convegno promosso nel 1940 dall'Università di Pisa, *Studi sui principi generali dell'ordinamento giuridico*, a cura dell'Università di Pisa, 1943, e sulle tematiche più recenti N. BOBBIO, *Principi generali del diritto*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, vol. XIII, pp.892 ss. e in particolare gli atti del Convegno organizzato dall'Accademia dei Lincei, *I principi generali del diritto*, Roma, 1992 ed ivi A. FALZEA, *Relazione introduttiva*, p.12 ss. e la limpida sintesi di P. PERLINGIERI, *La dottrina del diritto civile nella legalità costituzionale*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, 2, p. 487ss.



principi era necessario per una pluralità di motivi: «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»⁶⁰.

La Corte di Giustizia ha riconosciuto e garantito una serie sempre più numerosa di diritti fondamentali espressi dalle tradizioni costituzionali comuni e dalle fonti internazionali in materia. La Carta di Nizza ha raccolto e reso più visibili tali situazioni distinguendo nettamente diritti e principi. Tutto ciò è anzitutto sufficiente per riconoscere che si è progressivamente affermata 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**⁶¹ e **diritti o principi che sono soggetti a «bilanciamento con altri interessi o principi»**⁶².

Si tratta di precisare, al di là delle dispute terminologiche, la natura e l'ambito di questi ultimi.

A differenza di quanto sostiene Dworkin⁶³, essi non sono valori che il giudice attinge dalla coscienza sociale ma *valori positivizzati che si distinguono dalla norma non per la struttura ma per l'efficacia*. Il loro modo di applicazione non è la tecnica logico formale della sussunzione ma la tecnica logica del bilanciamento che nel caso dei diritti sociali può essere influenzata da condizionamenti di fatto (sviluppo economico del paese, situazione di mercato, livelli di occupazione)⁶⁴.

Tali principi richiedono di circoscrivere rigorosamente la discrezionalità del giudice e dell'interprete ed esigono una rigorosa dottrina del precedente come strumento indispensabile di semplificazione della crescente complessità del sistema⁶⁵. Si può solo tentare qualche indicazione di massima come stimolo al dibattito⁶⁶.

Perché un principio soggetto a bilanciamento possa operare è necessaria una *rule prevista dal legislatore o costruita dall'interprete* nella fase di applicazione del diritto (dell'Unione) o di attuazione delle discipline (comunitarie). Questa attività non crea nuovo diritto perché il caso ricade nella dimensione giuridica se esiste un principio⁶⁷. Occorre invece un *canone di costruzione giuridica*⁶⁸ con il quale il giudice e l'interprete non inventa nuovi diritti, ma scopre o rivela diritti e doveri⁶⁹.

Si pensi alla recente giurisprudenza della Corte sui diritti sociali fondamentali.

⁶⁰ R. ADAM, *Principi generali e introduttivi*, in *Il diritto privato dell'Unione europea*, a cura di A. Tizzano, Tomo I, nel *Tratt. Dir. priv.*, (diretto da) M. Bessone, Torino, 2000, p. 73.

⁶¹ CGCE 12 giugno 2003, C-112/00 (Schmidberger), in *Racc.*, 2003, I-5659.

⁶² V. sul tema, in generale, L. MENGONI, *I principi generali del diritto e la scienza giuridica*, in *I principi generali del diritto*, cit., p. 318 ss.

⁶³ R. DWORKIN, *Law's Empire*, Cambridge-London, 1986, p. 40 ss.

⁶⁴ Così L. MENGONI, *op. cit.*, p. 325.

⁶⁵ G. ZAGREBELSKY, *Diritto per: valori, principi o regole?*, *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero giuridico moderno. L'ordine giuridico europeo; radici e prospettive*, 2002, n. 31, t. II, p. 865 ss. La Corte Costituzionale italiana e la Corte di Giustizia hanno assunto un atteggiamento esemplare. Entrambe, per ragioni diverse, escludono l'esistenza di un «ordine concreto di principi e di valori costituzionali dal quale scaturiscano scelte positivamente vincolanti per il legislatore». Ciò avrebbe in Italia degradato la legge a semplice esecuzione dei precetti costituzionali e consentito alla Corte di occupare il posto della politica e del dialogo democratico, mentre in Europa avrebbe legittimato una lesione delle identità nazionali da parte dei Giudici contro un principio solenne del diritto comunitario.

⁶⁶ G. ZAGREBELSKY, *ult. op. cit.* Le due Corti, invece, hanno utilizzato un controllo esterno della legge che si basa su pochi e chiari presupposti. Indicare i principi costituzionali che un certo caso legislativo pone in luce esaminando se «il legislatore li ha valutati e valorizzati in modo non manifestamente irragionevole»; isolare i principi costituzionali «che non possono essere ignorati» senza fissare, in positivo, «le regole che se ne devono trarre e senza dedurre le conseguenze in un ordine assiologico predefinito»

⁶⁷ G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, p. 887.

⁶⁸ G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, p. 888.

⁶⁹ G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, p. 888.



La Direttiva sull'orario di lavoro fissa un periodo di ferie retribuito e «la Corte applicando il diritto fondamentale alla salute ha censurato la legislazione inglese che prevedeva tale prerogativa solo dopo 13 settimane di lavoro ininterrotto, escludendo così da tale diritto i lavoratori assunti con contratto a termine»⁷⁰. Con ciò la Corte «ha aperto un varco significativo nel costruire il diritto alle ferie come diritto di tutti i lavoratori, senza che il legislatore nazionale possa condizionarne l'esercizio»⁷¹.

In altre ipotesi la Corte «ha affermato l'imperatività delle norme poste a tutela della salute e sicurezza quali sono da considerare le disposizioni in materia di limiti legali all'orario di lavoro, all'orario massimo settimanale, ai periodi di riposo» e ha stabilito che il diritto alla salute, configurato dalla Direttiva come diritto soggettivo che fa capo al singolo lavoratore, non può essere indebolito da deroghe individuali che il singolo può non essere in grado di conoscere⁷².

In questi e in altri casi «tra le pieghe di una imperfetta trasposizione delle direttive si colpisce l'esercizio arbitrario dei poteri imprenditoriali che la Corte colloca all'interno di una più comprensiva valutazione circa la responsabilità dello Stato»⁷³. Ed è chiara la tecnica esegetica impiegata.

Lo Stato si colloca correttamente sul mercato solo quando adempiendo ai suoi obblighi comunitari garantisce la tutela della persona (salute, parità di trattamento, condizioni di lavoro giuste ed eque). Sicché la stessa contrapposizione fra diritti fondamentali e diritti sociali appare qui inconsistente perché l'affermazione dei diritti fondamentali riconosciuti dall'Unione «limita sin dall'origine l'esercizio dei poteri imprenditoriali»⁷⁴.

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»⁷⁵.

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 fonti⁷⁶. 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**⁷⁷ dai principi dell'ordinamento comunitario richiamati dall'art. 117 della nostra Costituzione.

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.

⁷⁰ S. SCIARRA, *Diritti fondamentali, principi generali di diritto europeo: alcuni esempi nella recente giurisprudenza della Corte di Giustizia*, cit., p. 108.

⁷¹ S. SCIARRA, *op. cit.*, p. 118.

⁷² S. SCIARRA, *op. cit.*, p. 117.

⁷³ S. SCIARRA, *op. cit.*, p. 118.

⁷⁴ S. SCIARRA, *op. cit.*, p. 119.

⁷⁵ V. ONIDA, *Il problema della giurisdizione*, cit., p. 133.

⁷⁶ E. GHIOZZI, *Postmodernismo giuridico e giuspositivismo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, p. 801 ss.

⁷⁷ Il termine *rule* non coincide, è noto, nella *civil Law* con il riferimento alla norma e assume nella stessa *common Law* un significato da accertare caso per caso. Indica per lo più la regola giurisprudenziale ma anche il principio, il regolamento, l'ordine, la misura a seconda del sostantivo cui si lega. Unito alla parola *construction* la *rule* assume, appunto, il senso di canone di costruzione giuridica ed è in questa accezione che è opportuno usarla con un preciso scopo.

In tal modo si vuol ricordare che il diritto dei contratti ha oggi il compito primario di percepire e di attuare un ordine complesso di valori e principi che si sta definendo nell'Unione Europea.

Diritti e rimedi. Tensione ordinante e tutele efficienti sono strumenti che l'interprete dovrà utilizzare per questo sforzo costruttivo comune alla giurisprudenza teoria e pratica.



Il tema dei principi⁷⁸ è uno dei più delicati per la presenza spessissimo di scelte contrastanti, ma il giurista deve rivendicare la solitudine e la specificità del suo lavoro che non può essere guidata «esclusivamente dalle regole formali della deduzione logico-sistematica»⁷⁹. Per un preciso motivo.

Il positivismo radicale «che interrompe ogni comunicazione del sistema con i principi e con valori metagiuridici» «conduce ad una frattura sempre più drastica fra norma e realtà» e «lascia solo l'uomo ... di fronte alla responsabilità di creare dal nulla una norma che fissi il discrimine fra bene e male», con una scelta che l'uomo e il diritto «non sono in grado di sopportare»⁸⁰. Ne sono prova le categorie elaborate nel secolo passato sulla base dei valori del giusnaturalismo moderno che erano poi i valori della società borghese dell'ottocento. Ad essi sono subentrati, nella società complessa, i valori della Costituzione⁸¹ nella forma dei diritti fondamentali che non sono una arbitraria intuizione non percepibile oggettivamente⁸².

I diritti e i doveri inderogabili hanno un preciso fondamento. Non divino o naturale ma **antropologico**⁸³, frutto di una stratificazione consolidata nei secoli e reso evidente, dopo le tragedie del novecento, dal costituzionalismo moderno.

Dignità, Libertà, Solidarietà, Uguaglianza, Cittadinanza, Giustizia sono il prodotto della storia umana e dell'incontro di culture diverse e insieme “organi respiratori” del sistema normativo.

La vicenda della Carta di Nizza è in questo senso emblematica. Il processo costituente ha avuto da sempre un carattere normativo. Ma la storia di quel documento dimostra il contrario. Dopo essersi impegnati al massimo per inserire quel testo nei Trattati l'atto formale è divenuto, ora, non essenziale.

La sua diffusione è il segno del rifiuto di alchimie sul valore formale dei diritti e tutto lascia pensare che non saranno dichiarazioni unilaterali, protocolli o limiti all'interpretazione a fermarne o paralizzare il processo che ha inserito la Carta nel sistema delle fonti del diritto comunitario.

⁷⁸ P. RESCIGNO, *Conclusioni*, in *I principi generali del diritto*, Convegno dell'Accademia Nazionale dei Lincei, (Roma 27-29 maggio 1991), Roma, 1992, p. 345.

⁷⁹ L. MENGONI, *Diritto e tecnica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, p. 6.

⁸⁰ L. MENGONI, *Diritto e tecnica*, cit., p.6; ma v. ora la nuova edizione della poderosa opera di P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3 ed., Napoli, ESI, 2006.

⁸¹ V. ancora, da ultimo, G. ZAGREBELSKY, *La virtù del dubbio*, *Intervista su Etica e Diritto* a cura di G. Preterossi, Roma-Bari, 2007, p. 59 ss.: « non potendoci affidare a strutture normative oggettive, precedenti e indipendenti dal puro esercizio del potere - il *nomos* non scritto e immutabile di Antigone... - è diventato inevitabile mettersi d'accordo. Ecco qua: la costituzione è un “mettersi d'accordo” laddove la legge è un “mettere d'accordo”; una parolina in più o in meno per esprimere una grande differenza».

⁸² Così N. IRTI, *Nihilismo giuridico*, Bari-Roma, 2004; ID., *Il salvagente della forma*, Bari-Roma, 2007, p. V ss.

⁸³ v. da ultimo R. SACCO, *Antropologia giuridica*, Bologna, 2007; ma v. anche l'Enciclica *Centesimus annus*, Edizioni Paoline, Milano 1991, p. 5 ss. e G. VETTORI, *La struttura antropologica dei diritti fondamentali*, in *Giovanni Paolo II. Le vie della Giustizia. Itinerari per il terzo millennio. Omaggio dei giuristi a Sua Santità nel XXV anno di Pontificato*, Bardi Editore, Roma, 2003, p. 324 ss.