

IL PRINCIPIO DI INDETERMINAZIONE PRESO SUL SERIO? IL CASO *SERIO* DELLA CARTA DEI DIRITTI DELL'UNIONE EUROPEA

LORENZA VIOLINI*

L'aspetto istituzionale del diritto è fatto di vincoli e di reazioni, come pure di un consistente apporto critico che accompagna ogni decisione, la confronta con lo "sciame" dei precedenti, ne controlla l'aderenza ai presupposti e alle regole dell'istituzione, ne verifica la conformità ai modelli che definiscono il ruolo dell'interprete. Un lavoro, talvolta anonimo, che consente al sistema di funzionare. Come la ruota su cui corrono i criceti.

R. Bin, *A discrezione del giudice*, p. 12.

1. *L'ipotesi.*

In quanto scienza che aspira a fondare le sue scelte sulla ragione (la *ratio legis*, ad esempio, ma molto altro ancora), il diritto si pone in una sorta di contiguità/continuità con le scienze naturali, da cui molto lo distingue ma a cui molto anche lo accomuna. Esso infatti è, secondo la vulgata, la più scientifica delle scienze umane, con ciò non solo spingendo molti, ahimè, a sceglierla per i propri studi universitari ma anche suggerendo che si tratti di una materia tecnica, che serve a "conoscere" e non come strumento che esprime la volontà di chi se ne serve.

È noto che tale visione non può ingannare i *practitioners* della scienza giuridica, resi accorti dalla conoscenza di una prassi millenaria che cerca legittimazione nella sua razionalità, ma che comporta, invece, precise quanto mutevoli scelte di valore. E, tuttavia, quasi come una forma di pena del contrappasso, dalle scienze naturali il diritto può recepire alcuni tratti per affrontare e, tentativamente, risolvere i dilemmi che l'evoluzione del diritto stesso sta ponendo all'attenzione della dottrina, primo tra tutti quello che emerge dalla crisi del sistema delle fonti, che da sistema razionale presupposto, coerente con le teorie che lo sorreggono, ha finito per cadere tra le braccia della teoria dell'interpretazione.

Ma andiamo al punto e alla questione. Se il diritto, in forza della sua razionalità, presenta affinità con le scienze dure, è possibile che esso ne condivida anche alcune delle loro leggi quali ad esempio il noto principio di indeterminazione, base della fisica teorica del

* Professore ordinario di Diritto costituzionale, Università degli Studi di Milano.

XX e XXI secolo¹? Questa la sfida posta da Roberto Bin alla scienza giuridica; può essere – volendo – raccolta e sottoposta a verifica esplorando un settore del diritto che sta dando molto filo da torcere alla scienza giuridica europea e alle varie scienze giuridiche nazionali, cioè il valore – costituzionale o meno – della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea².

Già l'oggetto dell'esperimento suggerisce che si è di fronte ad un tema che ha messo alla prova la concezione classica dei diritti fondamentali e delle loro fonti di produzione perché la Carta, in sé, nasce sì sotto forma di "dato giuridico", ma con caratteristiche *sui generis* che la pongono – in apparenza – al di fuori di un sistema di fonti tradizionalmente inteso. Documento esistente in natura, si potrebbe dire, esso non pare entrare nel sistema a motivo di un abnorme procedimento di produzione (non) giuridico perché, per espressa volontà dei suoi autori, risulta espunto dai dati giuridici interni al sistema che la circondano, estraneo alle sorelle norme del diritto primario europeo, per venire semplicemente proclamata; il che non può che aprire come una ferita, e anche profonda, nel pensiero di chi, ad esempio, si appella al *legislative intent* per legittimare le proprie operazioni interpretative.

Come è noto, la farsa non avrà lunga durata, in primo luogo perché da subito i giudici citarono, interpretarono ed attuarono la Carta in modo non dissimile dagli altri dati giuridici cui essi fanno normalmente riferimento, così distanziandosi dalla pur ambigua volontà del legislatore, e poi perché, come è altrettanto noto, a far tempo da nemmeno un decennio, viene reinserita, senza colpo ferire, nel suo contesto naturale, cioè il diritto primario europeo, ad opera del Trattato di Lisbona. Una storia di ambiguità, di indeterminatezza, si potrebbe dire, fin dal suo sorgere, dunque, che può contribuire ad appoggiare quel pensiero secondo cui esiste, nel diritto, una premessa epistemologica su cui aprire una riflessione, vale a dire l'esistenza di una netta separazione tra oggetto e soggetto, tra dato giuridico e interpretazione/interprete dello stesso e che consente a pieno titolo di affermare che c'è dell'indeterminato nel diritto. C'è dell'indeterminato. Ma di che si tratta?

2. I dati raccolti nel corso dell'esperimento.

La presente seconda fase del lavoro ha per oggetto un esperimento che, come è noto, è il metodo con cui le scienze dure procedono nel loro lavoro. L'esperimento è condotto in relazione all'applicazione della Carta dei Diritti nei diversi ordinamenti nazionali ed ha lo scopo di vagliare se, effettivamente, quanto enunciato nell'ipotesi – cioè che la *fonte* del

¹ Come l'autore stesso riconosce, punto di riferimento per lo sviluppo della sua teoria dell'interpretazione è stato il notissimo saggio di L. Tribe, *The Curvature of Constitutional Space: What Lawyers Can Learn from Modern Physics*, in *Harv. Law Rev.*, n. 1, 1989 citato in R. Bin, *A discrezione del giudice. Ordine e Disordine, una prospettiva quantistica*, Milano, 2013, nota n. 6, p. 11.

² Sul disordine portato nei sistemi nazionali di vincoli imposti dall'adattamento al diritto europeo si veda, in generale, R. Bin, *Gli effetti del diritto dell'Unione nell'ordinamento italiano e il principio di entropia*, in *Scritti in onore di Franco Modugno*, Napoli, 2011, vol. I, p. 363 ss.

diritto – in fisica ciò che viene *osservato* – non sia *altra* rispetto all'*osservatore*, per il diritto l'*interprete*, sia quanto meno verosimile.

Il campo di indagine è stato scelto perché, se ci si interroga, primariamente, sulla natura della Carta dei Diritti Fondamentali, dopo i diversi anni in cui essa è stata tenuta nel limbo dell'indeterminato, la risposta è tanto ovvia da essere scontata: si tratta di un atto appartenente al diritto primario europeo. Eppure, se la si scorre anche solo distrattamente, è agevole rimarcare che – sul piano dei contenuti – essa presenta straordinarie similitudini e assonanze con una carta costituzionale nazionale, visto che – salvo le note eccezioni – le costituzioni europee contengono tutte un solido catalogo di diritti, fondamentali e sociali, alcuni anche nuovi, nell'insieme straordinariamente simili tra loro³. Vi è dunque un *corpus* costituzionale multilivello che presenta contenuti analoghi e che ricomprende anche aspetti del diritto primario europeo: la Carta dei Diritti non è che la più recente documentazione di questo problematico fenomeno, particolarmente clamorosa nella sua configurazione, visto che i diritti protetti solo a prezzo di grandi sforzi interpretativi possono essere considerati diversi (diversificati) da quelli tutelati dalle costituzioni nazionali. Non solo: pur in presenza di un dato normativo, inserito nella Carta al puro scopo di attribuirvi un valore diverso dalle Carte costituzionali nazionali e a determinarne la competenza, vale a dire l'art. 51 (1), secondo cui la Carta deve essere applicata dalle istituzioni europee e dagli stati membri solo quando essi danno attuazione al diritto comunitario, la giurisprudenza europea ne ha talora dato una interpretazione estensiva che ha finito per contribuire alla confusione dei ruoli e dei campi di applicazione. E, inverso, esso è stato letto – nell'interpretazione della Corte di Giustizia – come un atto che gli Stati membri devono applicare ogniquale volta essi agiscano non nell'ambito di applicazione specificamente inteso, ma in una sorta di area indeterminata che lo circonda e che lo mette *vis a vis* e in concorrenza con i diritti costituzionali nazionali. La sfera di validità della Carta è dunque appesa al filo dell'interpretazione che dell'art. 51 (1) – pensato come la barriera tra i due livelli di governo, con tutte le conseguenze che questo comporta – dà la Corte di Giustizia, che trova a volte nelle diverse esperienze nazionali forti resistenze e decise contro-interpretazioni.

Possiamo dunque chiederci: come entrano in questo gioco tali esperienze nazionali e come si determina al loro interno il peso della Carta? Ma ancora, e più radicalmente, vi sono in tali esperienze e nella loro comparazione elementi che danno ragione a chi, come il Nostro, guarda alla fisica quantistica e ai suoi principi per trarne indicazioni circa la natura del diritto, dei suoi sistemi di organizzazione dei dati e della sua lettura/interpretazione degli stessi?

2.1. *Le scelte dell'ordinamento austriaco in materia, ovvero la "costituzionalizzazione" potenziale della Carta a seguito dalla "costituzionalizzazione" effettiva della CEDU.*

Se l'esperimento in corso riguarda la natura della Carta e la sua applicazione in sede nazionale, con lo scopo di dimostrare che, al variare dell'interlocutore e della sua conce-

³ Un recente esempio di come la Corte di Giustizia entra in merito a questioni costituzionali proprie degli stati membri anche grazie ai diritti protetti dalla Carta può essere considerato il caso CJEU (Grand Chamber) 27 febbraio 2018, Caso 64/2016, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses v. Tribunal de Contas* sull'indipendenza del potere giudiziario nazionale violata dalla sostanziale diminuzione degli stipendi dei giudici.

zione dei rapporti tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario, varia anche la natura della Carta stessa e la sua collocazione nel sistema delle fonti, il primo campo di osservazione non può che riguardare la giurisprudenza austriaca. Essa ha infatti subito un importante mutamento con una sentenza del 2012⁴ che ha modificato il classico modello della disapplicazione ad opera dei giudici comuni e affermato il valore della CFR (o meglio di alcune sue disposizioni) come parametro nazionale di costituzionalità.

La controversia verteva sul diritto di asilo e su un provvedimento di espulsione nei confronti di due cittadini cinesi i quali ricorrevano, con ricorso diretto individuale, alla Corte Costituzionale nazionale lamentando la violazione del loro diritto al giusto processo solamente ex art. 47 CFR visto che avevano richiesto di essere sentiti dalla Corte competente (*Asylum Court*) prima di essere espulsi e che tale richiesta era stata rigettata, conformemente a quanto stabilito dalle norme sul procedimento di asilo. Il ricorso non conteneva alcun riferimento alla Costituzione austriaca o alla costituzionalizzata Convenzione europea dei diritti dell'uomo e avrebbe quindi potuto essere dichiarato inammissibile visto che la Corte aveva fin lì rifiutato di considerare il diritto europeo come parametro per valutare la costituzionalità di una legge nazionale, in questo caso della legge austriaca sul diritto di asilo del 2005. Neanche la Carta dei Diritti, che avrebbe potuto essere considerata – come poi succederà – un atto normativo *sui generis*, fino a quel momento, era mai stata considerata un parametro per l'accertamento della incostituzionalità del diritto interno. Invece a partire da questo caso, le cose cambiano sulla base della “constatazione” contenuta nella sentenza secondo cui “la Carta è una area che è profondamente distinta dai Trattati”⁵ in quanto riconducibile alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri⁶.

Benché il ricorso venga rigettato⁷, la Corte costituzionale austriaca, in un *obiter dictum*, ribadisce che la Carta è direttamente applicabile agli Stati membri in quanto diritto dell'Unione che deve essere utilizzata disapplicando il diritto nazionale confliggente, ma a sorpresa afferma anche che, poiché essa garantisce diritti simili a quelli della Costituzione nazionale e della CEDU (che in Austria è parte integrante della Costituzione) e che per tali diritti è previsto un sistema di controllo accentrato e non diffuso, spetta alla Corte costituzionale – e non ai giudici comuni – tutelare i diritti fondamentali, in qualunque forma essi siano stati codificati. E questo sulla base del fatto che la decisione su quale sia il rimedio interno da applicarsi per rendere effettivi i diritti garantiti dal diritto europeo è una decisione di spettanza nazionale.

⁴ VfGH, 14 marzo 2012, U466/11.

⁵ Vedi VfGH, 14 marzo 2012, U466/11, ed *ivi* in particolare par. 25.

⁶ Approfondimenti sul caso e sulle sue conseguenze in L. Violini, A. Osti, *The Effectiveness of the Charter of Fundamental Rights in a Comparative Perspective: which Level of Integration?*, in A. Crescenzi, R. Forastiero, G. Palmisano, *Asylum and the EU Charter of Fundamental Rights*, Esi, Napoli, 2018.

⁷ Va detto che il diritto di asilo, regolato dalla direttiva del 2004/83/EC, è ambito di applicazione ex art. 51(1) della Carta. E, tuttavia, in questo caso, la sussistenza di una violazione del diritto al giusto processo nell'ambito delle procedure relative al diritto di asilo era assai problematica visto che secondo la Corte EDU (che interpreta l'art. 6 CEDU) nei processi non penali le garanzie procedurali possono essere ridotte senza incorrere in sanzioni per la violazione del diritto ad un processo effettivo. Per questo motivo i ricorrenti avevano appoggiato la loro richiesta sull'art. 47 della Carta.

o, varia anche la primo campo di infatti subito un classico modello ella CFR (o me- ità.

li espulsione nei viduale, alla Cor- isto processo so- Corte competen- ttata, conforme- o non conteneva nvenzione euro- issibile visto che etro per valutare aca sul diritto di rsiderata – come ai stata conside- nterno. Invece a contenuta nella ai Trattati”⁵ in bri⁶.

obiter dictum, ri- ritto dell'Unione sorpresa afferma razionale e della itti è previsto un - e non ai giudici odificati. E que- carsi per rendere nale.

A questa presa di posizione la Corte appone una importante condizione: poiché occorre che i procedimenti e i rimedi siano equivalenti nei due livelli di governo, essa afferma che il rimedio contro la legislazione nazionale in contrasto con la Carta non può essere una semplice disapplicazione ma occorre che essa venga dichiarata incostituzionale con effetto *erga omnes* e rimossa dall'ordinamento⁸. Secondo i giudici, tale decisione spetta alla Corte stessa, visto che – per quanto riguarda i singoli diritti tutelati dalla Carta – non vi è sempre piena equivalenza tra Costituzione e Carta. E pertanto la decisione di qualificare come parametro di costituzionalità quello della Carta è da prendersi caso per caso⁹. Così facendo, vengono posti limiti agli effetti del *dictum*: il nuovo regime sarebbe infatti applicabile solo *ad alcuni diritti* fondati sulla Carta, quelli che coincidono con i diritti tutelati dalla Costituzione nazionale che include, come si è detto, anche la CEDU; per gli altri resta il regime ordinario, quello cioè del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia e conseguente disapplicazione “semplice” del diritto interno.

La dottrina ha molto criticato questa sentenza come fondata su “considerable argumentative inconsistencies”¹⁰ ma essa, al di là del merito, ci mostra come lo sguardo interpretativo del giudice abbia sulla Carta un effetto sostanziale, quello cioè di identificare – facendolo caso per caso – quale sia il percorso da compiere per contestare eventuali violazioni del diritto e quali siano i rimedi. In altre parole, vi saranno diritti che la Corte valuta essere “equivalenti” a quelli protetti dal diritto costituzionale nazionale e che potranno essere considerati un parametro per la valutazione della legislazione nazionale (senza obbligo di *preliminary reference* alla Corte di Giustizia) mentre ve ne saranno altri che possono essere giustiziabili solo in sede europea. Ovviamente, per non violare il diritto europeo, resta ferma la facoltà dei giudici nazionali di fare ricorso all'art. 267 TFUE, cosa che per la Corte austriaca è prassi assodata e condivisa nella sua *ratio*, visto che essa è stata la prima Corte costituzionale a fare ricorso nel 1999 alla Corte di Giustizia ed è molto aperta al dialogo con tale Corte.

E, pertanto, questi due elementi – la propensione al dialogo e la costituzionalizzazione *à la carte* della Carta – consentono di conferire (anche se parzialmente e a seguito di una decisione della Corte Costituzionale nazionale che accerta l'equivalenza delle sue prescrizioni con quelle della Costituzione nazionale) alla Carta stessa quella posizione particolare che oggi ha nell'ordinamento austriaco, parificata come è – potenzialmente – al diritto costituzionale nazionale e alla CEDU, che è a sua volta pienamente parificata al diritto costituzionale nazionale.

⁸ Così la sentenza: «In summary, this means that the Constitutional Court, if applicable, after having referred a matter for a preliminary ruling to the CJEU according to Article 267 TFEU, takes the CFREU in its scope of application as a standard for national law (Article 51(1) CFREU) and sets aside contradicting national norms».

⁹ E, ancora, «In this context one must point out that according to Article 52(4) CFREU, fundamental rights which are recognized in the Charter as the result from the constitutional traditions common to the Member States, must be interpreted in accordance with those traditions».

¹⁰ A. Orator, *The Decision of the Austrian Verfassungsgerichtshof on the EU Charter of Fundamental Rights: An Instrument of Leverage or Rearguard Action?*, in *German Law Journal*, 6/2015, p. 1437.

La Corte di Giustizia non ha esitato ad approvare la presa di posizione della Corte austriaca¹¹; in una sentenza successiva i giudici di Lussemburgo hanno ribadito la loro giurisprudenza secondo cui non ci devono essere limiti per i giudici nazionali al rinvio pregiudiziale in ogni fase del processo, ma essi possono anche ricorrere alla Corte costituzionale nazionale con lo scopo di eliminare del tutto dall'ordinamento norme nazionali contrarie alla Carta¹².

Va detto in conclusione di questo primo esame sul campo che anche la Corte di Giustizia pare modulare le proprie reazioni variandole a seconda del proprio interlocutore: una Corte come quella austriaca è per Lussemburgo un *partner* particolarmente affidabile, aperto al dialogo e capace di intessere rapporti di collaborazione e di sostegno alle scelte europee. Basti ricordare – per attestare questa posizione di fondo dell'Austria – che la sua storia costituzionale lascia trasparire una interessante attitudine propositiva nei riguardi dell'Europa essendo stata, come detto, la prima a fare un rinvio pregiudiziale in passato e al presente a servirsi di questo rinvio per mettere in discussione la compatibilità dello stesso diritto europeo con la Carta dei Diritti. E tutto questo sembra dar ragione di quella osservazione secondo cui “l'interprete non opera in un ambiente asettico: applica sistemi culturali complessi (la grammatica, la sintassi, le convenzioni linguistiche, i modelli culturali ecc.) che non appartengono all'*oggetto* dell'interpretazione, ma al contesto”¹³.

2.2. La gran Bretagna: la Carta come diritto dell'Unione che consente di disapplicare il diritto inglese (anche al di fuori della competenza stabilita dall'art. 51 CFR).

Se ora si modifica il punto di vista e ci si appresta a raccogliere altrove ulteriori dati rispetto all'esperimento in corso che – ricordiamolo – mira a dimostrare che lo sguardo dell'osservatore (in questo caso del giudice) ha il potere di modificare la natura di un determinato atto normativo, natura che pertanto non è stabilita a priori secondo un sistema di fonti presupposto alla scelta interpretativa, si può prendere in considerazione l'applicazione della Carta nel diritto inglese. Fino al 2014 il Governo inglese aveva sempre sostenuto che la Carta avesse valore meramente dichiaratorio e che comunque essa non fosse applicabile nel Regno Unito perché, a differenza della Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo, essa non era stata recepita da alcun atto nazionale. Di conseguenza, per lungo tempo la Carta non era stata considerata un atto invocabile dalle parti in giudizio; solo in sporadici casi i giudici inglesi, dopo i Trattati di Lisbona, avevano iniziato a riconoscerne un'influenza indiretta come strumento interpretativo¹⁴ e la UK Supreme Court nel 2012 aveva avuto occasione di affermare che la Carta fosse da considerare, al pari del

¹¹ Si veda la lettera di Vassilios Skouris del 25 maggio 2012 citata da A. Muller, *An Austrian ménage à trois: The Convention, The Charter and the Constitution*, in K.S. Ziegler, E. Wicks, L. Houdson (eds.), *The UK and the European Human Rights. A strained relationship*, Oxford and Portland, 2015, p. 307.

¹² Corte di Giustizia, 11 settembre 2014, C-117/13, *A. v. B. and others*.

¹³ R. Bin, *Ordine delle norme e disordine dei concetti (e viceversa). Per una teoria quantistica delle fonti del diritto*, in *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, vol. I, Napoli, 2009, p. 35.

¹⁴ *R (Saeedi) v. Secretary of State for the Home Department* [2010] EWHC 705.

diritto primario dell'Unione, come vincolante per gli Stati membri nel momento in cui essi implementano il diritto dell'Unione¹⁵. Queste oscillazioni non erano riuscite ad intaccare in modo sostanziale la *Gundnorm* dei sistemi anglosassoni, da sempre incentrata sulla sovranità del Parlamento; solo una sofisticata prassi interpretativa permette al giudice di decidere caso per caso mantenendosi aperto uno spazio di libertà per decidere a seconda delle diverse circostanze presenti nella fattispecie sottoposta alla sua attenzione.

La negazione politica del valore vincolante della Carta comincia ad incrinarsi allorché la *Court of Appeal*, nel 2015, riconosce, in alcuni casi¹⁶, l'importanza della Carta affermandone non solo il dispiegamento di effetti giuridici all'interno dell'ordinamento nazionale, ma addirittura la produzione di effetti diretti e orizzontali sulla base dei quali disapplicare il diritto nazionale contrastante. Per meglio comprendere la posizione delle Corti britanniche, pare utile esaminare in maggior dettaglio il caso *Benkharbouche v. Sudanese Embassy* che ha trovato anche conferma da parte della *UK Supreme Court*. Tale caso concerneva la legittimità del licenziamento di una lavoratrice (Ms. Benkharbouche) di nazionalità marocchina impiegata come domestica nell'ambasciata sudanese con sede a Londra. La signora Benkharbouche contestava la legittimità del licenziamento nonché il mancato rispetto di alcune norme sull'orario di lavoro e sul pagamento del salario minimo di derivazione europea. Lo Stato convenuto opponeva l'immunità riconosciuta alle ambasciate con sede nel Regno Unito dallo *State Immunity Act 1978*, ritenendo che le Corti britanniche non avessero giurisdizione in materia, ma la ricorrente eccepiva che le norme nazionali in materia di immunità violassero il suo diritto di accedere ad una corte garantito dall'articolo 6 CEDU e dall'articolo 47 CFR. La Corte d'Appello prima, e la *Supreme Court* in seguito, hanno accolto l'eccezione della ricorrente e hanno ritenuto che le norme che garantivano alle ambasciate l'immunità per le questioni attinenti a questioni di lavoro di membri dello staff il cui lavoro non è connesso all'esercizio di funzioni attinenti alla sovranità dello Stato, dovessero essere disapplicate. È peraltro particolarmente interessante notare che entrambe le Corti disapplicano, facendo uso della Carta, non già una norma che ricade nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione europea, ma una norma (quella sulla immunità) che, semmai si pone come funzionale alla successiva applicazione di norme di derivazione europea. Tanto che la stessa Fundamental Rights Agency europea, nel rapporto pubblicato nel 2018, cita il Regno Unito come esempio "virtuoso" in cui la Carta ha giocato un ruolo sostanziale e decisivo.

In generale, le sentenze che hanno fatto applicazione della Carta, considerano i diritti enunciati nella Carta stessa in quanto contengono importanti analogie con quelli tutelati dalla CEDU (che sappiamo essere stati incorporati nell'ordinamento inglese per il tramite dello *Human Rights Act 1998*). Tuttavia, la Corte mostra una preferenza per lo strumento della Carta, anche quando il contenuto dei diritti non sarebbe pienamente sovrapponibile, perché il suo utilizzo pare rispondere meglio all'esigenza di garantire una tutela effettiva

¹⁵ *Rugby Football Union v. Consolidated Information Services* [2012] UKSC 55, parr. 26-28.

¹⁶ Ci si riferisce in particolare ai casi *Benkharbouche v. Sudanese Embassy* [2015] EWCA Civ. 33 e *Vidal-Hall v. Google Inc.* [2015] EWCA Civ. 311.

dei diritti, permettendo la disapplicazione del diritto nazionale contrastante, invece che una mera dichiarazione di incompatibilità.

Potremmo quindi dire, non senza cautela e con tutta l'incertezza legata alla uscita del Regno Unito dall'UE, che l'approccio dei giudici britannici alla Carta sia un approccio *à la carte* e profondamente influenzato da una visione di stampo utilitaristico: quando appare utile, infatti, ne viene riconosciuto un effetto diretto, anche orizzontale, e una prevalenza rispetto ai diritti contenuti nella CEDU e incorporati nel diritto nazionale, prevalenza che non è neppure sancita dall'ambito di applicazione del diritto dell'Unione ex art. 51(1) che nelle pronunce considerate non è richiamato. La *ratio* di questo uso apparentemente abnorme pare essere l'effetto ultimo che si desidera assicurare, cioè – come detto – un rimedio più efficace per garantire un alto *standard* di tutela dei diritti.

2.3. *Le scelte dell'ordinamento italiano: la proclamazione del valore costituzionale della Carta v. le difficoltà applicative che tale riconoscimento comporta.*

E la Corte italiana? Come valuta la Corte italiana il documento che stiamo esaminando, assimilato in taluni casi al diritto costituzionale nazionale (Corte austriaca) e in altri provvisto di un valore persino più alto della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti umani in quanto in grado di provocare la disapplicazione del diritto nazionale ad opera dei giudici? Come è noto, una collocazione stabile del diritto europeo rispetto al diritto nazionale ha richiesto una sorta di lunga marcia da parte nel nostro ordinamento. Il punto di arrivo di questo percorso è, *ad interim*, la sentenza 269/2017, in cui la Corte Costituzionale italiana, forse per contrastare la tendenza dei giudici ordinari a creare un legame diretto ed esclusivo con la Corte di Giustizia¹⁷, cerca di porre ordine alle ipotesi di antinomia tra norme europee e norme interne. Con un intento quasi didattico, attraverso un *obiter dictum* controverso, essa fa riferimento a regole non funzionali alla decisione della questione, ma di portata generale.

E, invero, la Corte italiana, per quel che qui ci interessa, dopo aver riconosciuto «un contenuto di impronta tipicamente costituzionale» della Carta, afferma che quando una legge nazionale confligge con la stessa, i giudici comuni devono sollevare una questione di legittimità costituzionale, pur rimanendo liberi (in via di principio) di rivolgersi alla Corte di Giustizia attraverso il rinvio pregiudiziale. Il ragionamento della Corte è palesemente indirizzato, pur con tutte le cautele del caso, a preservare il sindacato accentrato di costituzionalità delle leggi, l'unico che garantisce un più uniforme livello di protezione dei diritti fondamentali (*erga omnes*) che solo una declaratoria di incostituzionalità può assicurare. Tuttavia, la soluzione che la Corte costituzionale abbozza si presenta solo come una sorta di prima pietra di una costruzione il cui progetto è ampiamente indeterminato. E, invero, le sentenze 20/2019¹⁸ e

¹⁷ A. Barbera, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di Giustizia*, disponibile online all'indirizzo della Corte: https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni.../SIVIGLIA_BARBERA.pdf.

¹⁸ «Questa Corte (sentenza n. 269 del 2017) ha già rilevato che i principi e i diritti enunciati nella CDFUE intersecano in larga misura i principi e i diritti garantiti dalla Costituzione italiana (e dalle altre Costituzioni nazionali degli Stati membri), e che la prima costituisce pertanto «parte del diritto dell'Unione dotata di carat-

63/2019 si presentano come una sorta di pausa di riflessione, forse generata dalle critiche sollevate dalla dottrina e dai giudici ordinari. Gli architetti di questo progetto sono infatti molteplici (le Corti costituzionali, la Corte di Giustizia, i giudici comuni) e sono portatori di punti di vista diversi: sarà dunque solo seguendo il continuo dialogo tra queste Corti (che muta con il mutar del tempo e del contesto culturale di riferimento) che sarà possibile comprenderne l'architettura complessiva, sempre che sia possibile identificarla. È vero infatti che alla sentenza *de qua* della Corte costituzionale, la Corte di cassazione ha reagito giocando su entrambi i piani ordinamentali: in un caso rivolgendosi alla Corte costituzionale per una questione di legittimità costituzionale basata sulla Carta come parametro¹⁹ e, in un differente caso, rivolgendosi alla Corte di Giustizia attraverso un rinvio pregiudiziale²⁰. Queste due apparentemente antitetiche reazioni dimostrano che il principale problema che sorge dalla sentenza n. 269/2017 non riguarda primariamente il livello europeo e la relazione con la Corte di Giustizia, quanto il livello nazionale.

3. *Discussione.*

Abbiamo visto fin qui alcune modalità di implementare la Carta dei Diritti Fondamentali che hanno evidenziato come tale documento a volte sfiora la dimensione costituzionale, a volte la trapassa e a volte le resta estranea.

In altri Stati membri, diversi da quelli cui si è fatto cenno, si rinvengono altre tendenze, più semplici da interpretare, soprattutto perché mirano a tener distinti gli ambiti di applicazione della stessa Carta rispetto al diritto nazionale, ove impera la locale costituzione²¹; se la Carta viene citata, questo succede prevalentemente *ad adiuvandum* mentre

terici peculiari in ragione del suo contenuto di impronta tipicamente costituzionale». Ha aggiunto che «fermi restando i principi del primato e dell'effetto diretto del diritto dell'Unione europea, occorre considerare la peculiarità delle situazioni nelle quali, in un ambito di rilevanza comunitaria, una legge che incide su diritti fondamentali della persona sia oggetto di dubbi, sia sotto il profilo della sua conformità alla Costituzione, sia sotto il profilo della sua compatibilità con la CDFUE. Ha concluso che in tali casi – fatto salvo il ricorso al rinvio pregiudiziale per le questioni di interpretazione o di invalidità del diritto dell'Unione europea, ai sensi dell'art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), come modificato dall'art. 2 del Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007 e ratificato dalla legge 2 agosto 2008, n. 130 – va preservata l'opportunità di un intervento con effetti *erga omnes* di questa Corte, in virtù del principio che situa il sindacato accentrato di legittimità costituzionale a fondamento dell'architettura costituzionale (art. 134 Cost.), precisando che, in tali fattispecie, la Corte costituzionale giudicherà alla luce dei parametri costituzionali interni, ed eventualmente anche di quelli europei (*ex artt. 11 e 117, primo comma, Cost.*), comunque secondo l'ordine che di volta in volta risulti maggiormente appropriato. Questo orientamento va confermato anche nel caso di specie, nel quale i principi e diritti fondamentali enunciati dalla CDFUE intersecano, come meglio si chiarirà, principi e diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione». Forse qui appare una sorta di ulteriore cautela che avvicina maggiormente la nostra Corte alle scelte compiute dalla Corte austriaca, anch'essa volta a considerare caso per caso il tipo di procedura da seguire.

¹⁹ Cass., Sez. civ., 16 febbraio 2018, n. 3831.

²⁰ Cass., Sez. lav., 30 maggio 2018, n. 13678.

²¹ La differenziazione di approcci è ben messa in luce dal Rapporto annuale della Fundamental Rights Agency

l'interpretazione del relativo art. 51(1) risulta molto più rigida. Basti ricordare la reazione molto energica della Germania alla sentenza della Corte Europea *Ackenberg Fransson*: qui la Corte costituzionale tedesca, in un *obiter dictum*, afferma che tale decisione europea non può essere letta ed applicata nel senso che, per vincolare gli Stati membri ai diritti fondamentali consacrati nella CFR, basti un qualsiasi legame materiale tra una fattispecie e l'ambito astratto di applicazione del diritto dell'Unione europea, ma è necessario essere in presenza di norme nazionali che costituiscono trasposizione del diritto europeo²².

Si tratta, insomma, di un caleidoscopio di decisioni per comprendere le quali non pare essere utile né il microscopio né il telescopio che ci proietta nell'universo dei valori²³ ma solo la presa d'atto di un generale disordine; per restare ai casi approfonditi, in Austria non è la logica gerarchica o competenziale del sistema delle fonti a determinare la natura dell'atto ma il processo interpretativo messo in opera dai giudici costituzionali e palesemente approvato, secondo una logica di circolarità, dai giudici europei, che attestano la legittimità della scelta compiuta in sede nazionale, pur dominata da una logica del *case by case*. In Gran Bretagna, la gestione giudiziale del nostro documento è ancora più particolare: in un Paese che, paradosso dei paradossi, si appresta ad uscire dal contesto europeo e in cui il governo ha espressamente dichiarato che la Carta non verrà più applicata, si assiste alla libera creazione di un precedente finalizzato solo a garantire giustizia, sciolto da ogni principio e da ogni schema. In un certo senso, infatti, il caso inglese è assolutamente emblematico di una dissoluzione dei sacri principi: il giudice sceglie sulla base della propria idea di giustizia, quella secondo cui è necessario dare ristoro al danno subito, e non importa se altre "disposizioni", quali ad esempio quello dell'art. 51(1) della Carta, vengono derubricate²⁴. Non così in Germania, che invece applica la disposizione citata in modo rigoroso, volendo mantenere ad ogni costo chiuso il proprio ordinamento, affinché non risulti permeato dall'esterno se non a determinate strette condizioni che consentano di mantenere, quasi spasmodicamente, la centralità del Parlamento, il valore ultimo del diritto di voto, da rispettare ad ogni costo per salvaguardare il valore supremo del principio democratico.

di Vienna, in cui fin dal 2015 si legge: «only five of the 68 cases analysed referred to the Charter alone. All other cases referred to the Charter and to other legal sources: twelve of the analysed decisions referred to the Charter and to the European Convention on Human Rights (ECHR), eight decisions also addressed national constitutional provisions and 14 decisions referred to the Charter in combination with both national human rights legislation and the ECHR. Twenty-four decisions used the Charter in combination with other EU law sources, such as general principles of EU law or secondary EU law».

²² BvG, sent. del 24 aprile 2013.

²³ Bin, *A discrezione del giudice*, cit., p. 29, dove peraltro il telescopio dei valori costituzionali viene ampiamente valorizzato.

²⁴ «Facile dunque perdere di vista la prospettiva del legame interpretativo con la legge per rivolgere l'attenzione ad esigenze di generica giustizia, che non si pongono neppure l'obiettivo di interpretare la legge, di ricavarne un significato dalle disposizioni, perché è l'interprete ad imporre ad esse il contenuto (o almeno così può sembrare)», così R. Bin, *Ordine delle norme e disordine dei concetti (e viceversa). Per una teoria quantitativa delle fonti del diritto*, in G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare – Il Diritto Costituzionale come Regola e limite al potere*, Jovene, Napoli, 2009, p. 54.

Ancora diverso il caso italiano, in cui la Corte costituzionale prende atto del problema e del possibile contrasto con il principio della certezza del diritto, abbozza una soluzione per sottoporla a tutti gli attori istituzionali e ne registra la reazione per valutare se procedere o meno sulla strada indicata o se sia più conveniente modificare il percorso.

Anche qui, comunque, una centralità degli attori che sembra essere il vero perno del sistema, pur destinato per sua natura ad identificare volta per volta non solo la soluzione del caso ma anche il principio ordinatore tra i molti che si prospettano.

4. Conclusioni.

Vi è un pensiero ricorrente che affatica gli studiosi: il nostro sistema delle fonti e con esso la normale, naturalistica, usuale, geometrica, a noi familiare forma con cui pensare al diritto, presenta sintomi che preludono alla sua dissoluzione. La simmetrica, armonica e monumentale piramide si sta trasformando in una nebulosa dai contorni incerti, dominata da sciami in continuo movimento, quasi un universo che si osserva, si studia, si fotografa anche (come si fa con l'universo fisico, dove è giunti persino a fotografare un buco nero, foto in sé rassicurante se non fosse per le miriadi di cose che in esso si celano). In questo universo fisico, ma anche in quello giuridico resta arduo reperire l'origine e il principio ordinatore, un principio che consenta al giudice di individuare con certezza e in modo oggettivo l'atto da applicare.

Il sistema predisposto alla fine del Settecento per porre rimedio al pluralismo esasperato del medioevo e della prima età moderna, divenuto inadatto a regolare i traffici e a far circolare i beni, era basato su una potente logica razionalizzatrice che, ad ogni buon conto, ha tenuto fino ad oggi, in cui tutto – invece – sembra dissolversi.

Oggi, per quanto rassicurante (soprattutto in termini di legittimazione democratica) possa apparire la separazione tra *osservatore* ed *osservato*, per quanto razionale si presenti l'organizzazione di un sistema di produzione del diritto ripartito in fasi che conducono, *step by step*, all'attuazione della disposizione trasformata in norma dall'interpretazione, ci si rende conto che le molte problematicità finiscono per minare il sistema dalle radici e per rendere impossibile trovare risposte alle domande circa la bontà di quanto sta accadendo.

Se dunque il sistema, dopo aver subito la crisi denunciata da molte e autorevoli voci, si va progressivamente dissolvendo man mano che l'evoluzione della cultura, dell'economia, della tecnica e persino della geografia procede inglobando punti di non ritorno, è naturale che si vadano cercando vie nuove per rispondere alle domande sempre antiche: quella della legittimazione, della ragionevolezza, del posto dell'umano agire nell'universo dei diritti e delle norme. Ora, se le domande restano e ossessivamente ritornano alla mente anzi, paiono diventare sempre più urgenti, e tutto intorno muta, come non indirizzare la ricerca verso forme nuove, verso metodi alternativi, senza ridursi a mettere vino nuovo in otri vecchi o toppe nuove su vestiti laceri? È necessario un cambio di paradigma che non assecondi la dissoluzione ma che possa orientare a costruire una nuova visione buona per il presente e per il futuro. Lo è il paradigma della fisica quantistica?

Le presenti note hanno inteso contribuire ad approfondire il tentativo ardito offrendo ulteriori spunti di riflessione che possono forse attestare la bontà dell'ipotesi, le cui complessità tecniche restano ai più oscure (e chi scrive deve confessare di non essere andata molto oltre le 10 pagine della *Prima lezione di fisica* di Carlo Bernardini²⁵, essendosi arresa senza condizioni subito prima di quel poco nobile traguardo) ma certamente danno atto che l'analisi compiuta è sostanzialmente corretta: separare osservatore da osservato, reperire secondo norme precostituite l'oggetto da interpretare e applicare, quasi che il soggetto non sia esso stesso coinvolto in tale ricerca determinandone gli esiti, non conduce lontano e determina unicamente il sentimento di impotenza che consegue al tentativo di dare ordine al caos. I casi proposti presentano una serie di contraddizioni rispetto ai sistemi di riferimento sia nazionali sia globali che rendono impossibile identificare una loro coerenza con principi universali e con gli scopi che un sistema ben compaginato deve e può perseguire. Il che avalla l'ipotesi formulata da Roberto Bin sulla scorta di una specifica lettura dei principi della fisica moderna secondo cui «il sistema giuridico non esiste un quanto realtà deterministicamente connotata ma solo come insieme di probabilità e di potenzialità»²⁶.

Pur senza dire l'ultima parola, per la già segnalata difficoltà tecnica insita nell'ipotesi, resta di vivo interesse e di grande suggestione, per chi legge, l'accostamento del diritto ai postulati della fisica quantistica: se il primo postulato è che l'osservatore agisce all'interno del sistema osservato e ne fa parte, allora – si dice – tutti i possibili risultati dell'osservazione possono coesistere ed essere egualmente validi. Per tutto il resto, non ci si può nascondere che le logiche delle due scienze, se le si trasferisce dall'uno all'altro campo di indagine, lasciano intravedere la loro non perfetta sovrapposibilità, né credo sia questa l'intenzione ultima del Nostro. Alla fine, e non senza una certa leggerezza, val sempre la pena di attestarsi sulla consapevolezza che – enunciando nuove teorie – occorre essere coscienti della loro perfettibilità. Si può continuare a giocare con teorie e concetti, ma *non* come criceti che corrono sulla ruota. *Ludit Deus in orbe terrarum.*

²⁵ C. Bernardini, *Prima lezione di fisica*, Laterza, Bari, 2007.

²⁶ R. Bin, *A discrezione del giudice*, cit., p. 20.