

Tradizioni costituzionali comuni e Costituzione europea *

di Giuseppe de Vergottini **

1) Costituzione europea, enucleazione dei principi costituzionali comuni, maggiore incidenza della eterogeneità fra ordinamenti integrabili dopo l'allargamento della Unione.

Che rapporto intercorre fra il recente trattato portante la "costituzione europea" e le tradizioni costituzionali comuni agli stati membri? Ma, prima ancora, cosa si deve intendere per tradizioni costituzionali comuni? Per affrontare l'argomento delle tradizioni costituzionali comuni in relazione alla "costituzione europea" andrebbe in precedenza sgomberato il campo dall'interrogativo che divide costituzionalisti e internazionalisti circa la natura del "trattato costituzionale". La dizione utilizzata è "trattato che adotta una costituzione per l'Europa". Nelle intenzioni degli stati che lo hanno promosso il trattato dovrebbe contenere la discussa e discutibile "costituzione europea" che oggi non è ancora operativa, in quanto in attesa di ratifica. Ma il trattato, prima ancora che atto formale "contenente" la costituzione è la fonte della stessa. Si tratterebbe quindi, apparentemente, di un "trattato costituente". In altre parole la volontà negoziale degli stati, già facenti parte della organizzazione internazionale denominata oggi Unione Europea, avrebbe svolto una funzione "costituente". Sarebbe avvenuto il passaggio dalla precedente realtà istituzionale ancora condizionata da una base consensuale di tipo internazionalistico a una nuova basata su una vera e propria costituzione. E poiché costituzione è concetto che ha assunto storicamente un preciso significato come atto fondante una nuova realtà politico-istituzionale destinata a reggere una comunità umana insediata su un proprio territorio, ecco che inevitabilmente viene evocata la formazione di un quid che istintivamente si identifica col tradizionale concetto di stato. Tuttavia, appena si operi questo collegamento naturale fra stato e costituzione, ci si rende conto che siamo lontani anni luce dalla formazione di uno "stato europeo" e a questo punto cominciano gli equilibrismi dialettici per dimostrare che può esistere un costituzione senza stato. Limitiamoci a prendere atto del fatto che ci troviamo di fronte a un concetto ibrido in cui concorrono nozioni come il potere degli stati di impegnarsi tramite vincoli di tipo confederativo, retti dal diritto internazionale, e il potere costituente.

A mio parere, nonostante gli sforzi dialettici che si fanno da tempo per conciliare due estremi impossibili da conciliare, non esiste un *tertium genus*. Fino ad oggi la realtà dell'Unione rimane caratterizzata da una forte presenza delle entità statuali preesistenti che mantengono la loro tradizionale sovranità e che continuano a consentire liberamente una serie particolarmente ampia di limiti alla loro sfera di azione che consentono di incrementare il ruolo della Unione nei confronti dei propri ordinamenti. Continua, quindi, ad essere del tutto rilevante la componente confederativa e rimangono rilevanti i criteri decisionali impostati sull'accordo degli stati.

L'ampliamento a venticinque dei membri dell'Unione ha accentuato in modo evidente tale situazione. L'accesso di nuovi stati, e quindi l'innesto nella Unione di forti elementi di eterogeneità e di discontinuità, altera gli schemi tradizionali e in via di progressivo consolidamento del processo di integrazione che ne risulterà inevitabilmente rallentato. Ciò non potrà non avere ripercussioni sull'insieme di principi, regole e meccanismi procedurali definitisi nel corso di decenni che costituiscono il c.d. *acquis communautaire*. Da una situazione, si ripete, in via di consolidamento fra ordinamenti tendenzialmente omogenei si sta passando a una situazione incerta di assorbimento di ordinamenti fra loro sensibilmente eterogenei.

Ciò comporterà, nel complesso, la accresciuta difficoltà di distillare tramite comparazione quei principi giuridici comuni che costituiscono una delle basi del processo di europeizzazione del diritto che è in movimento da mezzo secolo e che è stato in larga parte fomentato dall'attivismo della Corte comunitaria. Il richiamo insistito nell'articolo I-11 alla tassatività delle competenze dell'Unione (principio di attribuzione), la definizione dell'intervento comunitario come subordinato ai casi in cui lo stato non sia in grado di provvedere col suo apparato (principio di sussidiarietà), la sottolineatura per cui contenuto e forma degli atti comunitari non devono andare al di là di quanto è necessario per il raggiungimento degli obiettivi fissati dalla costituzione (principio di proporzionalità), sembra indicativo.

Ovviamente queste notazioni, ispirate alla prudenza e non condizionate da ideologismi, nulla tolgono alla importanza della profonda modificazione progressivamente apportata alla presenza reale dei poteri statali nell'intervenire in aree tradizionalmente espressione del potere dello stato che oggi sono state assegnate alla competenza dell'Unione. Indubbiamente si è trattato di un fenomeno di rilevantissimo significato. Ma il dilagare delle competenze di intervento dell'Unione e l'affermarsi del diritto della stessa non significano ancora che gli ordinamenti statali vengano inclusi in un sistema gerarchizzato di competenze in cui veri e propri principi costituzionali comunitari si impongano a quelli statali. Tale osservazione, poi, non sembra contraddetta dalla attribuzione a favore dell'Unione (art. I-59) della facoltà di procedere alla sospensione di taluni diritti dello stato derivanti dall'appartenenza all'Unione medesima ove esista un evidente rischio di sua violazione grave dei valori contemplati dall'art. I-2 della costituzione europea (dignità umana,

libertà, democrazia, uguaglianza e stato di diritto), identificati dalla norma medesima quali valori comuni agli stati membri e da intendersi quali parametri di valutazione relativamente alla attivazione o meno dei meccanismi di protezione della costituzione. Infine, con riferimento specifico al trattato costituzionale, va sottolineato che al momento si tratta solo di un insieme ipotetico di norme da recepirsi da parte degli stati. Anche se molti ragionano e parlano come se il trattato fosse già stato recepito negli ordinamenti statali, fino ad oggi è solo il diritto positivo vigente, degli stati e dell'Unione, che continua ad operare. Resta comunque da sottolineare la sicura influenza anticipatrice in sede di interpretazione aggiornata dei trattati e del diritto derivato vigenti che il trattato costituzionale non potrebbe non esercitare anche qualora formalmente non divenisse vincolante. Si vuol dire che anche in caso di mancato completamento dell'iter delle ratifiche il testo del progetto potrebbe essere preso a riferimento come ulteriore tassello nel progredire dello sviluppo del diritto europeo.

2) La individuazione delle tradizioni costituzionali comuni nella giurisprudenza e nella normativa comunitaria.

Fatta questa premessa e ricordato che ogni considerazione in proposito riguarda una ipotesi di trattato che è ancora in attesa di ottenere le richieste ratifiche, va svolta qualche riflessione sulla definizione del concetto di tradizione costituzionale comune.

Al riguardo si deve con chiarezza distinguere quella che può essere una lettura interpretativa di tale concetto in generale da quello che è il significato specifico attribuito alla locuzione dalla giurisprudenza della Corte comunitaria e, quindi, dai testi dei trattati e da altri testi normativi. Il recente articolato del trattato portante la costituzione, oggi in attesa di una problematica ratifica, da un lato recepisce il concetto nella scia della precedente lettura datagli a livello comunitario, dall'altro lato contiene una serie di riferimenti e spunti che consentono di allargare il campo di indagine ad altri rilevanti profili, come si cercherà di porre in evidenza.

Iniziando dalla ricostruzione di quello che è il concetto di "tradizioni costituzionali comuni" già elaborato nel diritto comunitario, occorre tenere conto di un dato di fatto che precede la stesura del testo del progetto di trattato costituzionale. Infatti si deve unicamente al dato della incompletezza della normativa scaturente dai trattati comunitari se la Corte di Giustizia fu costretta negli anni settanta del secolo trascorso ad orientarsi verso gli ordinamenti costituzionali degli stati membri per reperire i principi giuridici che le erano indispensabili per pronunciare le sue sentenze. Al diritto pattizio disponibile si aggiunse quindi in via giurisprudenziale altro diritto desunto dagli ordinamenti statali. La Corte, in assenza di una disciplina comunitaria dei diritti, iniziò con l'individuare dei principi in materia di tutela dei diritti fondamentali che risultavano propri delle tradizioni costituzionali comuni agli stati membri. Dalle tradizioni costituzionali vennero quindi estratti tramite la fonte giurisprudenziale "principi generali del diritto comunitario". Sarebbe probabilmente errato però ritenere che la Corte abbia compiuto una effettiva opera di comparazione per elaborare i diritti fondamentali. Le tradizioni costituzionali comuni hanno assunto piuttosto il ruolo di "paravento" al riparo del quale la Corte ha potuto elaborare in tutta autonomia una carta non scritta dei diritti. I successivi richiami alle tradizioni costituzionali comuni che si rinvengono nei trattati vanno dunque letti come il frutto delle recezioni della giurisprudenza di Lussemburgo.

Successivamente il Trattato di Maastricht, nell'affermare che "l'Unione rispetta i diritti fondamentali" ha effettuato un richiamo a quelli garantiti dalla CEDU "e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni agli stati membri, in quanto principi generali di diritto comunitario" (attuale art.6, n. 2 TUE). Questa recezione del richiamo alle tradizioni costituzionali può considerarsi un rinvio in senso tecnico da parte della fonte pattizia a fonti extracomunitarie oppure può valutarsi come conferma della operatività della fonte giurisprudenziale comunitaria precedentemente affermata. Ma ciò presenta una rilevanza marginale. Piuttosto dovrebbe riflettersi sul fatto che il rinvio alle "tradizioni costituzionali" sembrerebbe cosa diversa da un eventuale chiaro rinvio al "diritto costituzionale" degli stati. Apparentemente la tradizione costituzionale sembra significare, come è stato notato, un concetto coinvolgente l'insieme del portato storico dello sviluppo di un ordinamento costituzionale. Indica quindi un insieme di valori culturali che comprende anche la concezione dei diritti. E' quindi termine piuttosto vago e generico che individua più una complessiva cornice ordinamentale che puntuali principi giuridici.

Va anche sottolineato come il richiamo delle tradizioni costituzionali comuni unitamente ad altri concetti richiamanti valori culturali, e quindi anche giuridici comuni, è stata progressivamente effettuata in diversi documenti aventi sicuro valore giuridico, anche se di natura sovente diversa, in modo da agevolare il processo di consolidamento di un patrimonio di valori comuni la cui condivisione sarebbe risultata essenziale per la incrementazione del processo

comunitario.

Di principi comuni si parla nella Dichiarazione interistituzionale del 1977 sui diritti fondamentali (Dichiarazione comune del Parlamento, del Consiglio e della Commissione sui diritti fondamentali del 5 aprile 1977). Nel preambolo dell'Atto Unico del 1986 si evocano i valori della democrazia "basati sulle costituzioni e sulle leggi degli stati membri" e sulla CEDU, citandosi la libertà religiosa, l'eguaglianza, la giustizia sociale. I Criteri di Copenhagen del 1993 dettano le condizioni-filtro per la ammissione di nuovi stati individuando "democrazia, rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e dello stato di diritto" ma anche la "tutela dei diritti delle minoranze". Il Trattato di Maastricht del 1992 e quindi di Amsterdam del 1997 richiamano la CEDU e le tradizioni costituzionali comuni e i principi democratici come fondamento dei sistemi di governo degli stati membri. Il primo prevede il riferimento ai principi democratici come fondamento dei sistemi di governo degli stati membri. Il secondo amplia la formulazione sottolineando in modo disordinato ma insistito il fondamento dell'Unione su "i principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dello stato di diritto, principi che sono comuni agli stati membri" (art. 6 TUE). La Carta di Nizza del 2000 a sua volta richiama le tradizioni costituzionali comuni nel suo preambolo, oltre ad offrire la prima organica rassegna dei diritti a valere nell'ordinamento della Unione di cui si inizia il processo di positivizzazione.

Resta tuttavia il fatto che quando la Corte di Giustizia ha utilizzato questo concetto ha poi di volta in volta inteso fare riferimento a principi generali desumibili da un insieme di regole proprie degli ordinamenti considerati, cioè a norme giuridiche esprimenti, in forma sintetica, il contenuto prescrittivo di un ampio complesso di regole già esistenti nei diversi ordinamenti comparati, come pure a puntuali discipline costituzionali statali relative a diritti. Si ricordano abitualmente, come tappe iniziali del ruolo espansivo della interpretazione della Corte nella apertura verso gli ordinamenti statali e i loro principi, le sentenze Stauder (12 novembre 1969), Internationale Handelsgesellschaft (17 dicembre 1970) e in particolare quella Nold (14 maggio 1974). In quest'ultima la Corte al fine di estendere la garanzia dei diritti affermava che "I diritti fondamentali fanno parte dei principi generali del diritto comunitario di cui la Corte garantisce l'osservanza. Vengono desunti dalle tradizioni costituzionali comuni degli stati membri e dai trattati internazionali in tema di diritti formati dagli stati membri". Quindi i principi generali tratti dalle tradizioni costituzionali comuni avrebbero costituito diritto che la Corte poteva applicare. Questo principio giurisprudenziale si poneva come precedente nella lunga attività giurisprudenziale del giudice comunitario e al momento della sua affermazione ha avuto una evidente forza innovativa, consentendo alla Corte di spaziare con disinvoltura nelle costituzioni degli stati, non dimenticandosi tuttavia che l'operazione comparativa era allora relativamente semplificata a causa del ristretto numero di componenti le Comunità e della maggiore omogeneità degli ordinamenti considerati rispetto a quella che è la situazione odierna di un complesso sistema continentale in cui sono presenti venticinque costituzioni.

Quello che va sottolineato è che l'impiego che la Corte ha fatto dei principi generali individuati in via comparativa è stato quello di una fonte considerata in grado di operare come produttiva di diritto in seno all'ordinamento comunitario e quindi anche nell'ambito degli ordinamenti statali per quanto concerne le materie devolute alla competenza comunitaria, anche se con più cautela viene prospettato di considerarli come criterio privilegiato per l'interpretazione del diritto comunitario.

Dal punto di vista pratico è possibile individuare, in primo luogo, i principi che riguardano strettamente i diritti e le garanzie quali, ad esempio, il contraddittorio, l'equo processo, la irretroattività della legge penale, il controllo del giudiziario sugli atti amministrativi, il rispetto della vita privata. Tutti casi in cui esistono sentenze della Corte che estende la sua cognizione facendo riferimento ai principi propri delle tradizioni comuni. Si possono poi individuare principi di organizzazione della società che richiamano in modo più generale e generico il tema delle garanzie: democrazia, stato di diritto, diritti dell'uomo, tutela delle minoranze

Se entrasse in vigore il trattato costituzionale, che inserisce esplicitamente nel suo testo la Carta di Nizza contenente il bill of rights dell'Unione, la rilevanza delle tradizioni costituzionali comuni assumerebbe un profilo diverso da quello attuale. In effetti, come notato, è stato a causa della carenza di una normativa pattizia sui diritti che la Corte ha dovuto costruire il richiamo alle tradizioni costituzionali comuni al fine di trovare negli ordinamenti degli stati membri un supporto idoneo ad affrontare e risolvere le questioni portate alla sua attenzione individuando i principi di diritto necessari. L'inserimento espresso della elencazione dei diritti in costituzione, e quindi la sua positivizzazione, accentuerebbe l'autosufficienza dell'Unione e ridurrebbe l'esigenza del ricorso in via suppletiva agli ordinamenti statali, accentuando la natura meramente ausiliaria del richiamo alle tradizioni comuni che, in effetti, viene mantenuta nel testo della antecedente carta di Nizza novata dal trattato costituzionale. Va peraltro ricordato che la parte II della costituzione europea, che ha incorporato la Carta di Nizza, risulta sotto vari profili notoriamente recessiva rispetto ai cataloghi nazionali di riconoscimento e garanzia dei diritti fondamentali e sociali della persona, cui viene talora attribuito in sede

comunitaria un rango ed un trattamento giuridico parzialmente ovvero totalmente diverso se comparato con il contenuto e con gli strumenti di tutela accordati dalle costituzioni degli stati membri. Quindi, in caso di ratifica del trattato costituzionale, sarebbe saggio non considerare superato il fenomeno osmotico che ha finora virtuosamente caratterizzato il processo circolare instauratosi fra la giurisprudenza comunitaria e le giurisprudenze costituzionali nazionali che, mutuamente alimentandosi, sono state in grado di fornire un contributo determinante all'incremento della standardizzazione verso l'alto del contenuto e della tutela dei diritti della persona.

3) Una possibile lettura più ampia del concetto. Le tradizioni costituzionali comuni evocabili a tutela delle peculiarità identificanti gli ordinamenti statali

Dopo aver ricordato quale sia la ragione per cui il concetto di "tradizione costituzionale comune" sia stato utilizzato nella prassi interpretativa e nella normazione comunitaria, occorre ora rivolgere l'attenzione al più ampio significato che può riconoscersi alla esistenza di un insieme di principi-valori propri del patrimonio culturale complessivo degli stati membri dell'Unione in relazione all'affermarsi e al progredire della costruzione europea ove si completi l'iter di accettazione del più recente trattato.

Nella normativa del trattato costituzionale le tradizioni costituzionali sono evocate in una duplice chiave:

a) per giustificare la formazione del diritto europeo. Esse in tal senso sono una delle basi da cui partire per individuare attraverso un processo comparativo un diritto comune agli stati che costituisca una fonte o un ausilio interpretativo di corredo al diritto dei trattati (funzione di integrazione degli ordinamenti statali in quello europeo).

b) per fare emergere il riconoscimento della esigenza di assicurare il rispetto del diritto nazionale da parte delle istituzioni europee (funzione di garanzia delle identità degli ordinamenti statali).

E' di tutta evidenza come le tradizioni costituzionali comuni possano assumere, a seconda della prospettiva in cui vengano considerate un valore sensibilmente variato.

Per quanto riguarda la funzione di integrazione il trattato costituzionale si pone nella linea già affermata in passato ma, anche a tale proposito, la funzione di integrazione rimane bilanciata dalla volontà statale di mantenere la salvaguardia del nucleo caratterizzante della costituzione, come dimostra la lettura della clausola dell'articolo I-6. Per quanto riguarda la funzione di garanzia della identità statale questa riceve nel trattato costituzionale una particolare attenzione, nonostante la disorganicità delle formulazioni testuali utilizzate e l'inserimento disordinato delle disposizioni che la richiamano in diverse parti dell'articolato.

Tra l'altro è possibile individuare nel momento temporale della stesura del progetto di trattato costituzionale una sorta di spartiacque fra richiamo ai principi comuni in chiave di integrazione e richiamo in chiave di protezione delle diversità. Nella fase pre-costituzione le tradizioni statali che hanno il carattere di essere comuni agli stati o almeno alla loro maggioranza sono il filo rosso che lega l'integrazione. Nella fase successiva sono in larga misura evocabili per assicurare la salvaguardia delle originalità e diversità dei diversi ordinamenti giuridici statali. Esse si immedesimano essenzialmente nelle diverse identità e storie nazionali, nelle diversità linguistiche, culturali, religiose (cfr. preambolo, artt. I-3, I-5, II-82, II-112, III-257, III-280, III-282).

4) Il principio del rispetto dei valori costituzionali propri degli stati e il problematico rapporto col primato del diritto comunitario.

La clausola più organica da cui emerge la volontà degli stati intesa a tutelare il proprio patrimonio costituzionale è offerta dall'articolo I-5 con cui viene fissato il principio secondo cui "L'Unione rispetta l'uguaglianza degli Stati membri

davanti alla costituzione e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, compreso il sistema delle autonomie locali e regionale. Rispetta le funzioni essenziali dello Stato, in particolare le funzioni di salvaguardia dell'integrità territoriale, di mantenimento dell'ordine pubblico e di tutela della sicurezza nazionale”

Dalla sua lettura emerge subito la apparente inconciliabilità con quanto dispone il successivo articolo I-6. Infatti l'articolo I-5 fissa la garanzia della identità nazionale e delle strutture istituzionali degli stati membri mentre, ad un tempo, l'articolo I-6 afferma la prevalenza del diritto dell' Unione su quello degli stati.

La disposizione dell'articolo I-5 tende con evidenza alla garanzia della permanenza dell'integrità degli ordinamenti costituzionali degli stati membri. La tutela dell'identità nazionale starebbe a indicare la semplice garanzia della salvaguardia del profilo identitario previsto anche in altre clausole. Ma assume valore ben diverso nel momento in cui viene collegata alla “struttura fondamentale, politica e costituzionale” e al rispetto delle “funzioni essenziali dello Stato” che vengono dettagliate richiamando alcune caratteristiche classiche della sovranità (la “salvaguardia della integrità territoriale” e la “tutela della sicurezza nazionale”).

Collegabili all'articolo I-5 sono numerose altre previsioni inserite nel testo del trattato. Nel preambolo della costituzione si richiama la salvaguardia della identità e della storia nazionale e quindi nei vari articoli si assicura il rispetto della diversità culturale e linguistica (I-3), il rispetto delle diversità culturale, religiosa e linguistica (II-82), la salvaguardia della costituzione in tema di interpretazione dei diritti (II-112), il rispetto dei diritti fondamentali, dell'ordinamento, delle tradizioni giuridiche (III-257). In tutte queste ipotesi il richiamo a principi identitari comunemente condivisi dagli stati membri viene effettuato non per agevolare il processo di integrazione e superamento delle differenze di regime ma per assicurare il mantenimento di diversità, garantendo la tutela delle peculiarità dei diversi ordinamenti e quindi la protezione dell'identità differenziata degli stati.

Riassuntivamente, si può constatare che, anche per espressa previsione di una futura costituzione europea, l'ordinamento italiano, al pari degli ordinamenti degli altri stati membri, sarebbe abilitato a mantenere la sua propria identità e ne verrebbe pienamente riconosciuta la permanenza dell'assetto costituzionale e delle funzioni ad esso connesse. Ovviamente tale previsione si presenta pienamente compatibile col fatto che l'Italia ha assunto coi trattati specifici vincoli che devono essere rispettati (cfr. l'attuale 1° comma dell'articolo 117 della costituzione). Dunque oggi le tradizioni costituzionali degli stati sono evocabili insieme ad altri concetti che troviamo nel trattato al fine di tutelare la identità degli stati. Ormai sembrerebbe affermarsi in modo forte il principio, che diverrebbe un principio costituzionale europeo, di tutela delle diversità. Questo principio, tra l'altro, emerge da una più generale tendenza alla “rinazionalizzazione” delle politiche comunitarie, che tendono, ove possibile, alla valorizzazione delle specificità degli stati membri: si vedano ad esempio le recenti tendenze della politica agricola comune, della valorizzazione delle caratteristiche del territorio e simili.

L'altra disposizione, quella dell'articolo I-6, ribadisce il principio del primato del diritto comunitario su quello nazionale ma evita accuratamente di affermare il primato sul diritto costituzionale degli stati. E tale particolare sembra presentare uno specifico interesse nel ricostruire i rapporti fra Unione e stati.

Il primato impone che l'osservanza del diritto comunitario sia assicurata anche dai giudici statali. Ciò è stato riconosciuto in passato anche dai giudici quali la Corte italiana che ha “costituzionalizzato” il ruolo del giudice ordinario come giudice comune del diritto comunitario e quindi come strumento indispensabile per l'osservanza di tale diritto. Per tale via i giudici nazionali assicurano l'osservanza del diritto comunitario e assicurano l'osservanza degli standards voluti da tale diritto. Resterebbe soltanto la libertà di manovra degli ordinamenti statali nel determinare le modalità procedurali attraverso cui raggiungere tale obiettivo. (autonomia procedurale). Ma l'autonomia non potrebbe compromettere i risultati sostanziali.

Il riconoscimento del primato si arresta, per esplicita presa di posizione di alcuni tribunali costituzionali, di fronte ai principi caratterizzanti le costituzioni statali. Si tratta di una posizione osteggiata dalla Corte di Giustizia che ha insistito sulla prevalenza comunque del diritto comunitario. In tal senso si può ricordare il parere 1/91 del 14 dicembre 1991 che affermava la preminenza del diritto comunitario sui diritti degli stati membri; fra le sentenze la Internationale Handelsgesellschaft del 14 dicembre 1970, in causa 11/70, in cui si affermava che il richiamo ai “diritti fondamentali, per come formulati nella costituzione di uno stato membro, oppure ai principi costituzionali nazionali non può sminuire la validità di un atto comunitario o la sua validità nel territorio dello Stato”; successivamente la sentenza Kreil del 11 gennaio 2000, in causa C-285/98, in cui di fronte a una direttiva comunitaria in tema di parità di trattamento uomo-

donna viene dichiarata la recessività dell'articolo 12 del Grundgesetz che limita l'accesso delle donne agli impieghi militari comportanti uso di armi. Più recentemente, l'ordinanza del Tribunale di primo grado del 2 aprile 2004, non impugnata e dotata dunque di forza di giudicato, (causa T-231/02, Gonnelli e AIFO/Commissione) ribadisce il principio, già affermato dall'epoca di Van Gend en Loos, per cui la costituzione statale non costituisce un limite all'applicazione del diritto comunitario. Nel caso di specie, il ricorrente sosteneva che il fatto di non potere impugnare direttamente i regolamenti comunitari precludesse la tutela giurisdizionale effettiva dei diritti garantiti dalla Unione, configgendo così con le norme costituzionali italiane. Nell'affrontare il nodo dei rapporti tra diritto comunitario e diritto costituzionale interno, l'ordinanza rinvia alla giurisprudenza storica della Corte (punto 57).

A questo punto occorre anche sottolineare che in concreto i rischi di conflitto fra ordinamento comunitario e norme costituzionali interne risultano comunque, grazie alla prudenza della Corte, davvero rari. Tra l'altro esistono esempi indicativi per l'attenzione della Corte al rispetto di esigenze essenziali degli stati. Infatti, dopo la sentenza Kreil, nella sentenza Dory dell'11 marzo 2003, in causa C-186/01, a proposito della ricordata disposizione costituzionale tedesca che prevede l'obbligo del servizio militare per gli uomini e che il ricorrente riteneva lesiva del principio di eguaglianza in quanto espone i cittadini di sesso maschile a conseguenze negative in termini di carriera, la Corte ha affermato che la materia esula dall'area di competenza del diritto comunitario, in quanto attiene alla organizzazione fondamentale dello stato, tanto da essere consacrata in una norma costituzionale, riconoscendo dunque la prevalenza della costituzione statale.

Oggi sembrerebbe che sia lo stesso nuovo trattato a decidere di non forzare la mano codificando in modo netto il primato e quindi valorizzando le ricordate prese di posizione forti a favore della recessività delle costituzioni statali, optando piuttosto per una formula che lascerebbe indenni le parti qualificanti delle costituzioni da interferenze limitatrici da parte della costituzione europea.

5) Verso il superamento della dottrina dei limiti e dei relativi controlimiti.

La presa di posizione del trattato costituzionale sul rispetto delle costituzioni e del patrimonio costituzionale comune conduce ad accantonare, o almeno a ridimensionare, l'importanza della resistenza opposta dai tribunali costituzionali all'invasività del diritto comunitario.

L'attenzione non può non tornare a una problema già da tempo considerato dalla dottrina e dalla giurisprudenza costituzionale e cioè al modo di rendere conciliabile la permanenza della costituzione statale con l'esigenza di rispettare vincoli particolarmente penetranti posti dall'osservanza del diritto comunitario che, secondo la Corte di Giustizia, in caso di conflitto potrebbe superare gli stessi disposti delle costituzioni statali. A tale problema, come è ben risaputo, si è risposto affermando che esistono dei controlimiti ai limiti posti dal diritto comunitario a quello nazionale. Sono ancora citate come essenziali le prese di posizione della Corte Costituzionale italiana (sentenza 27 dicembre 1973, n. 183 e quindi 8 giugno 1984, n. 170) e del Bundesverfassungsgericht (Solange I, 1974 e quindi Solange II, 1987 e Maastricht I, 1994) che al fine di salvaguardare i principi caratterizzanti degli ordinamenti costituzionali statali ne rivendicavano l'inderogabilità rispetto alla espansività dell'ordinamento comunitario. Sulla stessa lunghezza d'onda si colloca anche una recente pronuncia del Bundesverfassungsgericht (2 BvR 1481/04 del 14 ottobre 2004) che pur concernendo direttamente i rapporti tra diritto tedesco e CEDU, parrebbe applicabile, anche ai rapporti tra diritto tedesco e diritto comunitario. Ma andrebbero aggiunti i contributi più recenti di altri organi di giustizia costituzionale quali quelli del Conseil Constitutionnel francese (Decisioni 2004-496 DC, del 10 giugno 2004, 2004-497 DC, del 1 luglio 2004, 2004-498 e 2004-499 del 29 luglio 2004) che pongono limiti rigidi alla operatività del primato del diritto comunitario. I controlimiti consistono nei principi "forti" che caratterizzano la costituzione o, se si vuole, nel così detto nucleo duro della costituzione. Spetta alle ricordate pronunce della Corte costituzionale italiana e del Verfassungsgericht tedesco aver statuito la inderogabilità dei principi qualificanti le costituzioni nazionali e l'essersi riservata la valutazione della eventuale incostituzionalità delle leggi di autorizzazione alla ratifica ove dagli strumenti internazionali ratificati fosse derivata la accettazione di un modo di produrre diritto che risultasse configgente con norme costituzionali riferite a principi forti. Di fatto, a parte la evidente divergenza fra indirizzi della Corte europea e di quella italiana, i controlimiti a tutela del nucleo duro della costituzione non sono mai stati utilizzati in concreto per sindacare atti comunitari derivati mediante il vaglio della legge statale autorizzativa, nel senso ricordato.

Nel momento in cui si è dovuto affrontare il tema della adozione della "costituzione" europea in qualche ordinamento ci si è domandati esplicitamente se il nuovo testo avrebbe o meno compromesso l'essenza della costituzione e, comunque, se e a quali condizioni potesse riconoscersi compatibile con la costituzione. Questo vaglio veniva specificamente finalizzato alla ammissibilità secondo la costituzione nazionale della ratifica del trattato costituzionale.

In concreto va ricordato come abbia ragionato il Conseil Constitutionnel nella decisione 2004-505 DC del 19 novembre 2004 in cui si è pronunciato sulla compatibilità con la costituzione francese del trattato costituzionale. L'organo di giustizia costituzionale doveva esprimersi sulla necessità o meno di revisione in vista della ratifica del trattato ai sensi dell'articolo 54 della vigente costituzione. In particolare ciò sarebbe stato dovuto qualora avesse riscontrato clausole che rimettersero in discussione i diritti e le libertà costituzionalmente garantiti o attentassero alle condizioni essenziali di esercizio della sovranità. Con riferimento al profilo della garanzia dei diritti e libertà il Conseil ha ritenuto che il nuovo trattato, nelle sue molteplici disposizioni riguardanti il regime dei diritti, assicurasse un regime compatibile con quello preteso dalla costituzione francese. Tra l'altro il Conseil ha sottolineato più di una volta il richiamo previsto alle tradizioni costituzionali comuni degli stati membri in cui è considerato incluso il rispetto dei diritti e libertà. Quindi la esigenza di revisione è circoscritta all'adeguamento della costituzione a quelle disposizioni del trattato che investono l'esercizio della sovranità statale, escludendo l'area dei diritti. Non dissimile era la situazione sottoposta alle esame del Tribunal Constitucional spagnolo. Anche in tal caso l'organo di giustizia costituzionale avrebbe dovuto verificare ai sensi dell'articolo 95, comma 2 della costituzione la compatibilità con la stessa di quelle parti del trattato che riguardavano il primato del diritto comunitario e l'eventuale recessività della normativa costituzionale in tema di diritti e l'incidenza dei nuove attribuzioni all'Unione sulla sovranità statale. Il tutto in vista di una revisione costituzionale prioritaria alla ratifica. Con la Dichiarazione n. 1/2004 del 13 dicembre 2004 il Tribunal ha riconosciuto la compatibilità con la costituzione spagnola della disciplina del trattato relativa ai diritti. E ciò sia perché esiste una comune condivisione dei valori fra trattato costituzionale e costituzione statale, sia perché il trattato contiene normative che fanno salva l'identità costituzionale statale recependo le cautele che sono imposte dai "limiti di intangibilità irrinunciabili" pretesi dalla costituzione statale. Inoltre, la Dichiarazione sottolinea la permanenza senza riserve di una supremazia della costituzione statale in tema di disciplina dei diritti, confinando il primato comunitario alle aree espressamente assegnate dal trattato, in quanto consentito dalla costituzione statale, e in particolare alle questioni che coinvolgano l'attuazione dello stesso diritto comunitario.

Analogha occasione di verifica preventiva di costituzionalità non avrebbe potuto essere seguita in Italia. Tuttavia può valer la pena ricordare come a più riprese il problema della salvaguardia dei principi qualificanti sia stato posto a livello di iniziativa legislativa.

Nel testo presentato dalla Commissione parlamentare per le riforme nel 1977 (XIII Legislatura) a proposito della riforma dell'articolo 11 si prevedeva la partecipazione al processo di unificazione europea "in condizione di parità con gli altri Stati e nel rispetto dei principi supremi dell'ordinamento e dei diritti inviolabili della persona umana". Analoga previsione era inserita nel disegno di legge costituzionale 2218 (XIV Legislatura) presentato alla Camera dei Deputati e poi ritirato. Similmente si disponeva nella Relazione del Comitato di studio in materia costituzionale istituito presso il Dipartimento per le riforme istituzionali e la devoluzione presentata nel dicembre 2004.

Oggi, comunque, la questione dei controlimiti sembrerebbe aver assunto una rilevanza diversa rispetto al passato, in quanto il testo del trattato aprirebbe una prospettiva di maggiore disponibilità dell'ordinamento dell'Unione verso quelli nazionali dimostrando di intendere il primato del diritto comunitario non in modo intransigente bensì disponibile a lasciare spazio ai principi maggiormente qualificanti le costituzioni statali. In parole semplici sembrerebbe che il trattato si sia arreso alla resistenza posta dai giudici costituzionali accettando sostanzialmente le riserve che sono alla base della dottrina dei controlimiti. In tal senso starebbero precise statuizioni che abbiamo già elencato. Tra queste occorre insistere sul richiamato articolo I-5 ("rispetto della struttura statale fondamentale") e in particolare sull'articolo II-112, par. 4, che stabilisce che i diritti fondamentali richiamati nella parte seconda del trattato devono, ove riconosciuti quali risultanti delle tradizioni costituzionali comuni degli stati membri, essere interpretati in armonia con dette tradizioni, e l'articolo II-113 che prevede che nessuna fra le disposizioni della Carta dei diritti, inserita nella parte seconda, può essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nei propri ambiti di applicazione, dalle costituzioni degli stati membri.

Con riferimento al regime giuridico italiano si potrebbe ritenere che il rispetto della identità costituzionale insita nella "struttura costituzionale fondamentale" altro non sia se non il rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale preteso dalla Corte Costituzionale. Allo stesso modo le altre disposizioni ora richiamate in tema di interpretazione dei diritti e libertà fondamentali sancite dalla Carta recepita nel testo del trattato potrebbero essere viste

come positivizzazione del principio del necessario rispetto dei diritti e libertà codificati nella costituzione della Repubblica. Ove tale lettura fosse accettabile si dovrebbe constatare un avvicinamento fra le posizioni assunte nel tempo dalla giurisdizione comunitaria e da quella italiana, con una conciliazione del principio del primato con quello dei controlimiti.

6) Conclusioni

La necessità di fare riferimento alle tradizioni costituzionali comuni nasceva in una situazione in cui la Corte comunitaria era alla ricerca di un articolato strumentario indispensabile all'esercizio delle sue funzioni. Il patrimonio costituzionale degli stati era utile per completare l'insieme dei principi necessari alle sue pronunce. Nel tempo la situazione è sensibilmente mutata. L'ambito delle fonti rappresentato dai trattati e dal diritto derivato si è ampliato a dismisura e il patrimonio giuridico a disposizione della Corte tende all'autosufficienza propria di un ordinamento completo. Molti principi di derivazione statale fanno solida parte del diritto comunitario. Contemporaneamente i rapporti fra stati e Unione hanno raggiunto una sorta di punto di equilibrio fra quanto è stato considerato trasferibile all'Unione e quanto gli stati ritengono debba rimanere nel loro controllo. Il fulcro delle sovranità statali e i principi che costituiscono "i limiti di intangibilità irrinunciabili" di cui ci parla il Tribunal Constitucional spagnolo nella sua pronuncia del 2004 (similmente a quanto afferma il Conseil Constitutionnel nella contemporanea decisione nella scia di quanto già da tempo avevano affermato i giudici costituzionali italiano e tedesco) rimangono fermi. Il trattato costituzionale codifica, anche se in modo disorganico e perplesso, le esigenze degli stati. A questo punto le tradizioni costituzionali sono evocate in via tralazia per confermare la loro utilizzabilità a titolo ausiliario da parte della giurisdizione comunitaria, ma ben più forte rilevanza assumono quando vengano associate a quell'insieme veramente esteso di riferimenti ai valori che stanno a presidio della identità culturale e giuridica dei diversi ordinamenti statali per consolidare una forte garanzia delle diversità che è stata pretesa soprattutto nel momento in cui l'estremo ampliamento delle adesioni alla Unione porta l'emergere di non facili rapporti con ordinamenti sensibilmente eterogenei rispetto al nucleo primitivo dei partecipanti alla costruzione comunitaria. Tale osservazione risulta del resto suffragata dalla tendenza degli stati che hanno avuto recentemente accesso all'Unione europea, a completamento del noto processo di allargamento, ad adottare disposizioni costituzionali dal cui contenuto si evince con chiarezza l'intento di conservare la propria identità e la originalità dei propri valori e tratti culturali preservando il nucleo fondante della propria diversità e originalità nazionale, pur di fronte al processo di integrazione europea. Si sottolinea in seno a tali costituzioni, a titolo di esempio, il carattere imprescrittibile ed inalienabile dell'indipendenza e della sovranità nazionale (costituzione dell'Estonia del 1992, preambolo e art. 1); si proclama il divieto di stipulare trattati internazionali in conflitto con la costituzione (Estonia 1992, art. 123); si riconoscono, fra i diritti fondamentali della persona, il diritto dell'individuo e dei gruppi di conservare la propria identità etnica e culturale (costituzione dell'Ungheria del 1949, più volte riformata, art. 68; costituzione della Slovacchia del 1994, art. 34); si identificano i beni culturali quali fonte dell'identità, della continuità e dello sviluppo della nazione (costituzione della Polonia del 1997, art. 6). In generale, in tutti questi ordinamenti sia a livello costituzionale che di legislazioni attuative sono particolarmente attente le previsioni a tutela dei valori nazionali che includono il patrimonio storico, culturale, religioso, linguistico.

* In corso di pubblicazione in "Identità Europea e Tutela dei Diritti. Costituzione per l'Europa e interesse Nazionale" - Atti del Seminario della Fondazione Magna Carta Roma 14.3.2005 - Rubettino Editore Soveria Mannelli 2005.

** Professore ordinario nella Università di Bologna.