

Marta Cartabia

L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione Europea

1. Introduzione

A ridosso della solenne proclamazione della Carta dei diritti dell'Unione Europea, approvata a Nizza il 7 dicembre del 2000, Armin von Bogdandy scriveva con la consueta profondità e perspicacia: «Human rights as the core of the supranational order is a tantalizing prospect. They might provide a strong, visible, incontestable *raison d'être*, something the Union is longing for, given the technicality of the common market and its policies»¹.

Nella Carta dei diritti l'autore coglieva i primi sintomi di un'evoluzione diretta a mutare di accento i caratteri dell'integrazione europea, un'evoluzione che per liberare l'Unione Europea dagli angusti confini dell'originaria dimensione *economica* virava verso la meta discussa ed incerta dell'integrazione politica, di cui una *Grundrechtsgemeinschaft*², una comunità dei diritti fondamentali, avrebbe costituito una tappa necessaria e generalmente condivisa.

Tuttavia l'autore vedeva i rischi nascosti in un tale sviluppo, metteva in guardia nei confronti delle seduzioni della Carta dei diritti e dei tentativi di nobilitare l'anima dell'integrazione europea perpetrati assegnando ai diritti fondamentali il ruolo fino a quel momento svolto dal mercato e concludeva che: «there is good reason to be sceptical about such a development»³.

¹ A. von Bogdandy, *The European Union as a human right organization?*, *European rights and the core of the European Union*, in *Common Market Law Review*, 2000, p. 1308.

² A. von Bogdandy, *Grundrechtsgemeinschaft als Integrationsziel?*, in *JZ*, 2001, pp. 157 ss.; Id., *The European Union as a human rights organization?*, cit., pp. 1307 ss.; Id., *Comunità di diritti fondamentali come meta dell'integrazione? I diritti fondamentali e la natura dell'Unione Europea*, in *Diritto pubblico*, 2001, pp. 849 ss.

³ *Ibidem*.

L'approvazione della Carta ha segnato una nuova era nell'integrazione europea, al punto da incidere sulla struttura ontologica della Comunità – nell'efficace immagine dell'autore contrassegnata dal passaggio da una Comunità economica a una Comunità di diritti fondamentali –; e questa nuova era potrebbe nel tempo condurre a sviluppi gravidi di conseguenze, non sempre necessariamente auspicabili.

Una voce, quella di von Bogdandy, che non poteva passare inosservata nel vivace dibattito suscitato dalla Carta dei diritti, perché si distingue dalla calorosa accoglienza manifestata nei confronti del processo di scrittura del *Bill of Rights* dell'Unione Europea⁴ in modo inconsuetamente corale dalle istituzioni politiche e dalle giurisdizionali, dall'accademia e dai media, nonché dall'opinione pubblica di ogni dove.

Non che siano del tutto mancati altri interventi critici su questo o quell'aspetto della Carta; ma nel complesso pochi hanno espresso cautele o perplessità sull'operazione complessiva della scrittura⁵ dei diritti fondamentali nell'Unione Europea, che è parsa ai più un pregevole progresso e un dovuto coronamento dell'attenzione da tempo manifestata dalle istituzioni comunitarie, politiche e giurisdizionali, nei confronti dei diritti del cittadino europeo.

La Carta – questa era la percezione più diffusa – interveniva finalmente a ingentilire la dura maschera dell'integrazione economica e monetaria che l'Unione Europea aveva indossato soprattutto a partire dal Trattato di Maastricht.

A distanza di alcuni anni, i moniti di Armin von Bogdandy assumono una coloritura profetica.

La Carta dei diritti ha inaugurato certamente una significativa stagione della tutela dei diritti nell'Unione Europea, che porta con sé benefici e rischi, progressi e perdite che possono essere saggiati attraverso un'adeguata analisi degli sviluppi della giurisprudenza della Corte di giustizia di Lussemburgo in materia di diritti fondamentali. Non si tratta soltanto di registrare quante volte la Carta

⁴ Notavamo questa calorosa accoglienza nell'*Introduzione a L'Europa dei diritti*, a cura di R. Bifulco, M. Cartabia, A. Celotto, Bologna, Il Mulino, 2001, pp. 11 ss.

⁵ Soprattutto i commentatori si sono divisi sugli aspetti che riguardano i diritti sociali e i diritti economici, contrapponendosi coloro che nella Carta vedevano troppa «Europa sociale» a coloro che invece ravvisavano proprio nei diritti sociali la debolezza della Carta. Un importante *caveat* sulla scelta di scrivere un catalogo dei diritti dell'Unione Europea è stato espresso da J.H.H. Weiler in molti interventi, tra cui cfr. *La Costituzione dell'Europa*, Bologna, Il Mulino, 2003, pp. 213 ss.

dei diritti sia stata esplicitamente citata dagli organi di giustizia comunitari, ma di cogliere i segni di un mutamento sostanziale della giurisprudenza comunitaria, osservando *i diritti in azione*.

Benché la Carta non costituisca la prima forma di tutela dei diritti fondamentali nell'Unione Europea, ma al contrario si inserisca in un percorso avviatosi sin dalla fine degli anni sessanta e consolidatosi nel tempo, essa segna indiscutibilmente uno spartiacque, che ha determinato una profonda differenza nella qualità e nella quantità degli interventi della Corte di giustizia in materia di diritti fondamentali. Per apprezzare il cambiamento intervenuto può per una volta non essere inutile richiamare alla memoria per sommi capi le caratteristiche e i principali snodi della giurisprudenza comunitaria in tema di diritti fondamentali, benché si tratti di una storia raccontata già molte volte.

2. Uno sguardo al passato

2.1. Il silenzio dei trattati istitutivi. I Trattati di Parigi e di Roma, istitutivi delle Comunità europee, originariamente non contenevano alcun catalogo dei diritti fondamentali da proteggersi nei confronti delle istituzioni comunitarie, e non veniva neppure fatta menzione della necessità di assicurare la tutela di tali diritti. Questo silenzio non può essere stato casuale in un'epoca, quale è quella che ha seguito il secondo conflitto mondiale, che si caratterizzava per una grande sensibilità verso la tutela dei diritti fondamentali, espressa tanto nelle Costituzioni nazionali redatte in quell'epoca, quanto nel proliferare di strumenti internazionali di tutela dei diritti umani.

Il vuoto dei trattati comunitari a tale proposito è stato spiegato adducendo diverse motivazioni⁶.

Si è detto anzitutto che il limitato obiettivo dei trattati, inizialmente circoscritto alla realizzazione di una integrazione esclusivamente economica, poteva far ritenere superflua la garanzia dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario. In verità, i cataloghi dei diritti iscritti nelle Costituzioni nazionali del secondo dopoguerra contenevano generalmente un ampio ventaglio di dirit-

⁶ Per tutti cfr. su questo punto la perspicua analisi di J.H.H. Weiler, *Eurocracy and distrust. Some questions concerning the role of the European Court of justice in the protection of fundamental human rights within the legal order of the European communities*, in *Washington Law Review*, 1986, pp. 1103 ss.

ti economici e sociali⁷, denotando una diffusa consapevolezza che le attività economiche e i rapporti giuridici ad esse connessi non vanno esenti dalla necessità di una specifica tutela dei diritti. Ciò nonostante, i trattati comunitari originari non si occupavano né dei diritti classici, né dei diritti fondamentali di «seconda generazione», che più degli altri sembrano necessitare di apposita protezione nei confronti dei protagonisti dell'integrazione economica.

Oggi, la spiegazione dell'assenza di una tutela dei diritti dai trattati istitutivi che fa leva sulla limitatezza delle competenze comunitarie e sulla loro natura esclusivamente economica pare a dir poco *naïf*, se solo si considera che spesso proprio in occasione di casi riguardanti i rapporti economici la Corte di giustizia si è trovata a prendere posizione su ogni genere di problematica relativa ai diritti fondamentali, che eccede di gran lunga il campo dei diritti economici e sociali, e lambisce questioni apparentemente lontanissime dall'epicentro delle attività economiche, quali la dignità umana, il diritto alla vita, l'identità sessuale, la libertà di riunione.

Una seconda possibile, e più convincente, spiegazione dell'originaria carenza di tutela dei diritti fondamentali nella Comunità europea è data dalla considerazione che forse l'intento dei padri fondatori era di lasciare che fossero gli Stati membri, con le loro Costituzioni, le loro Corti costituzionali e i loro apparati giurisdizionali, a garantire il rispetto dei diritti fondamentali anche nei confronti delle istituzioni comunitarie. In fondo, prima che la Corte di giustizia intervenisse con le note sentenze *Van Gend & Loos* del 1963 e *Costa/Enel* del 1964 sui rapporti tra diritto comunitario e diritto interno, non risultava sancito in nessun testo istitutivo il principio della *primauté* delle norme europee sulle norme interne, benché tale principio potesse considerarsi (forse) implicito nel sistema; di conseguenza si poteva ritenere che le norme costituzionali nazionali prevalessero sugli atti, anche normativi, delle istituzioni comunitarie e che, quindi, la protezione dei diritti fondamentali dovesse continuare ad essere garantita dalle Costituzioni nazionali e dagli organi giurisdizionali nazionali posti a presidio di esse, anche nell'ambito delle competenze strettamente comunitarie.

Infine, è stata avanzata una ulteriore spiegazione dell'assenza di un catalogo di diritti fondamentali nei trattati istitutivi comunitari: benché tutti gli Stati membri appartengano ad una comune

tradizione europea in materia di diritti fondamentali – una tradizione che abbraccia e supera i confini della Unione Europea e si documenta esemplarmente nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950 – gli ordinamenti nazionali europei continuano a mantenere sensibili differenze in riferimento agli standard di protezione dei diritti fondamentali. Tali differenze sono (ed ancor più erano agli inizi dell'integrazione europea) molto evidenti in riferimento ai diritti economico-sociali, proprio quei diritti, cioè, che in ragione dello specifico campo di attività delle Comunità europee non avrebbero potuto essere pretermessi da un eventuale *Bill of Rights* comunitario. Non minori differenze seguitano a caratterizzare le diverse Costituzioni nazionali anche in relazione ad altri diritti fondamentali, e negli anni più recenti tali differenze emergono in particolare in relazione a quei diritti che coinvolgono valutazioni di ordine morale e che esprimono la diversità culturale dei diversi paesi membri dell'Unione. Proprio queste diversità, che persistono lungo tutto l'arco della storia dell'integrazione europea, e che forse si sono addirittura accentuate negli anni più recenti anche a causa dell'imponente allargamento dell'Unione, potrebbero aver ostacolato un accordo tra i diversi Stati fondatori e averli indotti a rinunciare, almeno inizialmente, ad un *Bill of Rights* comunitario.

Dunque, dalla rivisitazione sia pur sommaria delle origini si desumono alcuni capisaldi che hanno caratterizzato la tutela dei diritti fondamentali nell'Unione Europea, almeno fino all'approvazione della Carta dei diritti.

La prima caratteristica è che nell'ambito del sistema comunitario il ruolo principale nella tutela dei diritti fondamentali doveva originariamente spettare alle Costituzioni nazionali e ai rispettivi giudici. Il vuoto *dei trattati* non era un vuoto *di tutela*, perché l'ordinamento comunitario poteva contare sulla robusta struttura delle Costituzioni nazionali, particolarmente attente ai diritti dei cittadini.

La seconda caratteristica è che sul continente europeo si poteva già a quell'epoca riconoscere un chiaro pluralismo culturale in tema di diritti fondamentali. Riconoscere il pluralismo non significa mettere in discussione la possibilità di individuare un sostrato di valori comuni ai popoli europei, possibilità già allora documentata dalla approvazione della Convenzione europea dei diritti e delle libertà fondamentali; ma neppure significa ignorare la specificità culturale di ciascuno dei paesi membri, che oggi come allora, e forse oggi più di allora, costituisce uno dei tratti distintivi dell'esperienza di integrazione europea nel

⁷ M.A. Glendon, *Rights in twentieth-century Constitutions*, in Id., *Traditions in Turmoil*, Ann Arbor, Mich., Sapiientia Press, 2006, pp. 255 ss.; trad. it. in *Tradizioni in subbuglio*, a cura di P.G. Carozza e M. Cartabia, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2007.

mondo⁸, e che sul terreno dei diritti fondamentali ha la sua precipua manifestazione. Come è stato giustamente rilevato «pochi altri settori dell'integrazione giuridica europea sono in grado di illustrare meglio [della tutela dei diritti fondamentali] le tensioni tra gli ideali di uniformità e di diversità esistenti nello spazio istituzionale europeo»⁹.

2.2. «Filling the gap»: l'origine della tutela dei diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte di giustizia. Ben presto la necessità di colmare il vuoto a livello comunitario in materia di tutela dei diritti fondamentali fu avvertita da alcuni giudici nazionali, in particolare dalla Corte costituzionale tedesca e dalla Corte costituzionale italiana. Infatti, a causa della affermazione del primato del diritto comunitario sulle norme nazionali, comprese quelle di livello costituzionale¹⁰, i giudici interni non potevano più garantire i diritti protetti dalle loro Costituzioni nei confronti del diritto comunitario; il primato consentiva agli atti comunitari di derogare alle Costituzioni nazionali, ai loro principi e ai loro diritti. Allo stesso tempo il vuoto di protezione così determinatosi non risultava compensato da analoghi rimedi previsti nell'ordinamento comunitario. Uno dei capisaldi impliciti della tutela dei diritti fondamentali nel sistema comunitario, che faceva leva sul ruolo delle Costituzioni nazionali e dei relativi garanti giurisdizionali, vacillava di fronte al prorompere della supremazia del diritto comunitario. Di qui la richiesta rivolta dai giudici nazionali alla Corte di giustizia delle Comunità europee di garantire la tutela dei diritti fondamentali protetti dalle Costituzioni nazionali nei confronti degli atti delle istituzioni comunitarie.

Già verso la fine degli anni cinquanta incominciarono a pervenire alla Corte di giustizia richieste di riesame di atti emanati dalle istituzioni comunitarie, per violazione dei diritti fondamentali, così come riconosciuti dalle Costituzioni nazionali. In un primo momento queste richieste ottennero una risposta negativa da parte della Corte di giustizia, la quale riteneva di non poter prendere in considerazione le censure prospettate dai giudici nazionali, perché esse invocavano come parametro per la valutazione della legittimi-

⁸ Weiler, *La Costituzione dell'Europa*, cit., pp. 511 ss.

⁹ J.H.H. Weiler, *La protezione dei diritti fondamentali nell'Unione Europea*, in M. Cartabia e J.H.H. Weiler, *L'Italia in Europa*, Bologna, Il Mulino, 2000, p. 221.

¹⁰ Oltre alla sentenza Costa/Enel del 1964, l'affermazione esplicita del primato delle norme europee sulle norme costituzionali nazionali si rinviene, in particolare, nella decisione 17 dicembre 1970, causa 11/1970, Internationale Handelsgesellschaft.

tà degli atti comunitari norme di diritto interno, e in particolare norme delle Costituzioni nazionali¹¹.

Questo primo orientamento era, però, destinato ad essere modificato di lì a breve – in particolare con la sentenza Stauder del 1969¹² – a partire dalla quale la Corte di giustizia ha sempre affermato che il rispetto dei diritti fondamentali costituisce parte integrante dei principi generali del diritto il cui rispetto è assicurato dalla Corte di giustizia e che quindi la salvaguardia di quei diritti, che deve ispirarsi alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, deve essere assicurata nel quadro degli obiettivi e della struttura della Comunità europea.

In tal modo la Corte di giustizia introduceva per via giurisprudenziale la prima forma di tutela dei diritti fondamentali nell'ambito dell'ordinamento comunitario. Tale tutela non viene a coincidere totalmente con la protezione assicurata dalle Costituzioni nazionali, dato che queste ultime debbono costituire solo una «fonte di ispirazione» per la Corte di giustizia, la quale rimane libera di forgiare la protezione dei diritti fondamentali in armonia con «gli obiettivi e la struttura della Comunità»¹³. Tuttavia si tratta di una forma di tutela di origine giurisprudenziale, che fa leva sul ruolo della Corte di giustizia quale interprete delle tradizioni costituzionali degli Stati membri e quale garante dei principi generali anche non scritti del diritto comunitario, che ha colmato un vuoto ritenuto inaccettabile.

Successivamente, a partire in particolare dalla sentenza Nold del 1974¹⁴, la Corte di giustizia ha poi arricchito le sue «fonti di ispirazione», affiancando alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri anche «i trattati internazionali cui questi hanno aderito» e in particolare la Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Nella giurisprudenza successiva, infatti, il riferimento al testo di tale Convenzione ha sicuramente svolto un ruolo sempre più rilevante, mettendo persino un po' in ombra le tradizioni costituzionali comuni, fino ad arrivare agli anni più recenti in cui si assiste ad un'influenza chiara sulla Corte di giustizia non solo del testo della Convenzione europea, ma anche della giurisprudenza della Corte di Strasburgo¹⁵, suo interprete e garante.

¹¹ Corte di giustizia, decisione 4 febbraio 1959, causa 1/1958, Stork; decisione 12 febbraio 1960, cause da n. 16 a 18/1959, Geitling.

¹² Corte di giustizia, decisione 12 novembre 1969, causa 29/1969, Stauder.

¹³ Cfr. in particolare il linguaggio usato dalla Corte di giustizia nella decisione 13 dicembre 1979, causa 44/1979, Liselotte Hauer.

¹⁴ Corte di giustizia, sentenza 14 maggio 1974, causa 4/1973, Nold.

¹⁵ Cfr. M.E. Gennusa in questo volume.

Questo rapido sguardo retrospettivo è rilevante per richiamare che la *ratio* dello sviluppo giurisprudenziale dei diritti fondamentali nell'Unione Europea è quello di coprire una zona d'ombra che si era venuta a creare in seguito all'affermazione della supremazia del diritto europeo: «*filling the gap*», era lo scopo e la giustificazione della giurisprudenza creativa della Corte di giustizia sui diritti fondamentali.

Proprio per la particolare sensibilità ai diritti fondamentali che si respirava negli anni cinquanta e sessanta risultava imbarazzante che una organizzazione sopranazionale che fra i suoi scopi fondativi annoverava lo sviluppo della pace, della giustizia e della prosperità fra i popoli europei mancasse così grossolanamente di strumenti di tutela dei diritti avverso gli atti delle *proprie* istituzioni. Questa mancanza, tra l'altro, poteva rendere vulnerabile l'intera costruzione comunitaria, a partire dai principi del primato e dell'effetto diretto, vere colonne portanti dell'intero sistema giuridico comunitario. Come permettere che gli atti comunitari prevalessero sulle leggi nazionali e persino sulle Costituzioni nazionali, se tali atti potevano nascondere un *vulnus* ai diritti fondamentali dei cittadini europei? Come acconsentire che la sovranità degli Stati fosse limitata a favore di un ordinamento strutturalmente incapace di garantire che gli atti delle proprie istituzioni fossero rispettosi dei valori costituzionali basilari e dei diritti della persona?

L'urgenza di colmare il vuoto che si era venuto a creare rende ragione anche del fatto che, nonostante la creazione in via giurisprudenziale della tutela dei diritti fondamentali nell'Unione Europea abbia costituito una delle massime espressioni di attivismo giurisdizionale, poche siano state le critiche e le resistenze manifestate nei confronti dell'ardimento della Corte di giustizia. A ben vedere, la Corte di giustizia con la giurisprudenza in materia di diritti fondamentali ha operato una vera e propria rivoluzione nel sistema comunitario europeo, ma si è trattato tutto sommato di una «rivoluzione tranquilla»¹⁶, perché non ha conosciuto momenti di vero e proprio scontro né con gli altri attori dell'integrazione europea, né con le Corti nazionali.

L'accettazione da parte delle istituzioni politiche comunitarie e degli Stati membri di uno sviluppo giurisprudenziale così imponente e creativo non era affatto scontato. Si consideri, tra l'altro, che il ricorso alle tradizioni costituzionali comuni e alla Conven-

zione europea dei diritti dell'uomo per dare vita ad una protezione comunitaria dei diritti fondamentali da parte della Corte di giustizia si è fondato su debolissime basi giuridiche. Inizialmente è stato grazie ad una giurisprudenza molto coraggiosa e creativa della Corte di giustizia che nell'ordinamento comunitario è penetrata una tutela dei diritti fondamentali, sullo sfondo del più assoluto vuoto dei testi normativi scritti.

Solo molto tempo dopo, con l'entrata in vigore del Trattato di Maastricht, l'articolo 6 (allora art. F) del TUE è intervenuto a dare un appiglio testuale ad una giurisprudenza ormai più che ventennale, in un'epoca in cui più nessun attore dell'ordinamento comunitario avrebbe comunque messo in discussione la legittimazione dell'operato della Corte di giustizia, affermando in modo peraltro molto generale ed essenziale che: «L'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario».

Questa norma è stata poi confermata dal Trattato di Amsterdam, il quale ha aggiunto un articolo 7 che prevede una procedura «politica» di accertamento di gravi violazioni dei diritti fondamentali da parte degli Stati membri, che può portare anche alla sospensione dei diritti degli Stati in questione. Quanto a quest'ultima norma, in seguito soprattutto alle difficoltà insorte in relazione al caso Haider¹⁷ sono state introdotte alcune modifiche con il Trattato di Nizza, al fine di consentire l'avvio di tale procedura politica non solo in caso di violazioni già effettuate da parte di uno Stato membro, ma anche in via preventiva, di fronte a «chiarissimi rischi» che tali gravi violazioni dei diritti fondamentali possano verificarsi.

Se fino ad ora la giurisprudenza della Corte di giustizia è stata accolta pacificamente, sia dalle istituzioni politiche sia da quelle giurisdizionali, pur in assenza di una base normativa testuale, è probabilmente in gran parte dovuto al fatto che fino ad anni recentissimi la Corte si è strettamente attenuta al compito di far valere i diritti fondamentali da essa individuati *solo nei confronti degli atti delle istituzioni comunitarie* (e, come si vedrà tra poco, di quelli degli Stati membri che siano di stretta attuazione dei pri-

¹⁶ Su questo punto cfr. più ampiamente Cartabia e Weiler, *L'Italia in Europa*, cit., pp. 62 ss.

¹⁷ Cfr. sinteticamente sul punto C. Martinelli, *Il caso Haider*, in *Quaderni costituzionali*, 2000, pp. 462 ss.

mi)¹⁸. È in relazione a tali atti che il sistema comunitario era lacunoso e perciò è in relazione a tali atti che l'attivismo della Corte di giustizia appariva giustificabile e legittimo.

2.3. I rapporti con le Costituzioni nazionali

La separazione. All'origine il sistema comunitario della tutela dei diritti fondamentali doveva coordinarsi con quello assicurato dalle Costituzioni nazionali secondo coordinate precise e razionali. I diritti fondamentali comunitari venivano garantiti dalla Corte di giustizia nei confronti degli atti delle istituzioni comunitarie utilizzando come parametri di giudizio principi tratti dalle Costituzioni nazionali degli Stati membri e dalla Convenzione europea, senza rinunciare però alla propria autonomia di valutazione. Sull'altro fronte, le Costituzioni nazionali, con i relativi custodi giurisdizionali, seguitavano a mantenere intatta la loro efficacia nei confronti di tutti gli atti delle autorità interne, salvi i casi in cui questi si configurassero come diretta attuazione di normative europee.

Alle origini, dunque i rapporti tra la tutela comunitaria e la tutela nazionale dei diritti fondamentali correvano lungo una precisa linea di demarcazione: due sistemi di valori di riferimento, due ordini di giudici, due precisi ambiti di applicazione.

Tuttavia, questa dicotomia non ha resistito incontaminata nel tempo.

In verità, già dalle origini si potevano identificare alcuni ambiti spuri, in cui i due sistemi finivano per sovrapporsi. Si tratta della problematica dei *controlimiti* e di quella della *incorporation*.

I controlimiti. Quanto alla tematica dei c.d. «controlimiti», essa origina da alcune prese di posizione delle Corti costituzionali italiana e tedesca, le quali, rassicurate solo parzialmente dagli sviluppi della giurisprudenza comunitaria in tema di tutela dei diritti fondamentali, hanno continuato ad affermare almeno teoricamente che i diritti inviolabili protetti dalle Costituzioni nazionali, presi nel loro nucleo essenziale, non possono subire violazioni, neppure da parte delle istituzioni comunitarie e che dunque, semmai dovesse verificarsi una tale eventualità, deve rimanere impregiudicata la possibilità delle Corti costituzionali nazionali di intervenire a difesa di tali diritti inviolabili. I principi fondamentali e supremi dell'ordinamento costi-

¹⁸ Analoga la valutazione di S. Panunzio, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, Jovene, 2005, p. 14.

tuzionale e il nucleo essenziale dei diritti fondamentali godono della caratteristica della inviolabilità e quindi non possono subire pregiudizio da parte di nessuna autorità pubblica, neppure da parte delle istituzioni comunitarie, cui pure lo Stato ha ceduto importanti quote di sovranità. Per questo in relazione a tali principi e tali diritti le Corti costituzionali debbono mantenere salda la loro giurisdizione, anche quando a pregiudicare i valori fondamentali dell'ordinamento costituzionale sono gli atti delle istituzioni europee.

La dottrina dei controlimiti costituisce una evidente interferenza della giustizia costituzionale nazionale nei confronti degli atti delle istituzioni comunitarie, perché essa mira ad affidare alle Corti costituzionali nazionali il compito di far valere i diritti fondamentali, come interpretati negli ordinamenti nazionali, anche nei confronti degli atti delle istituzioni comunitarie, laddove secondo l'originario schema di coordinamento a vigilare sul rispetto dei diritti fondamentali da parte delle istituzioni comunitarie avrebbe dovuto provvedere solo la Corte di giustizia.

Nel corso del tempo i toni, la valenza, gli effetti e l'ambito di applicazione della dottrina dei controlimiti sono variati¹⁹, senza che però sia andata persa la pretesa (teorica) delle Corti nazionali di porsi come guardiani ultimi dei diritti fondamentali in Europa.

Per anni questa dottrina ha caratterizzato la posizione delle Corti costituzionali italiana e tedesca nel sistema comunitario. Come in una fuga a due voci, le due Corti nazionali sono intervenute su questo terreno, a salvaguardia dei principi costituzionali irrinunciabili e dei diritti fondamentali protetti dalle Costituzioni nazionali, con decisioni ferme nel ribadire l'affermazione di principio, ma che mutavano continuamente di segno quanto all'applicabilità in concreto del principio astrattamente enunciato.

La Corte costituzionale tedesca è intervenuta su questo terreno, dapprima dichiarando la propria competenza a verificare la compatibilità di tutto il diritto comunitario con i diritti costituzionali nazionali (*Solange I*); poi per temperare le proprie posizioni, alla luce dell'evoluzione rassicurante dell'ordinamento europeo in relazione alla protezione dei diritti fondamentali (*Solange II*); successivamente per ravvivare il dibattito in occasione dei passaggi più impegnativi dell'integrazione comunitaria consacrati nel Trattato di Maastricht (*Maastricht Urteil*) ed infine di nuovo per rinunciare ad ogni contesa con la Corte di giustizia (*Bananenmarkt*)²⁰.

¹⁹ Cartabia e Weiler, *L'Italia in Europa*, cit., pp. 167 ss.

²⁰ Bvg, sentenza 29 maggio 1974, *Solange I*; Bvg, sentenza 22 ottobre 1986,

La Corte costituzionale italiana, da parte sua, ha evocato la tematica dei controlimiti dapprima come rimedio estremo per ipotesi di improbabili conflitti insanabili tra il diritto comunitario e i diritti garantiti dalla Costituzione italiana (sentenza n. 183/1973); successivamente, modulando diversamente il medesimo tema, la Corte italiana sembrava mettersi in condizione di effettuare un controllo ordinario sulla costituzionalità degli atti normativi comunitari (sentenza n. 232/1989); infine, pur senza dichiarare esplicitamente alcun mutamento giurisprudenziale, la Corte costituzionale italiana sembra aver privato di ogni mordente la propria giurisprudenza sui controlimiti, seguitando a richiamare la propria posizione come mera clausola di stile²¹.

~ Benché la dottrina dei controlimiti risulti da tempo «disinnescata» e di fatto non sia mai stata applicata²², tuttora essa costituisce uno dei punti di maggior attrito teorico nella costruzione dei rapporti tra Costituzione europea e Costituzioni nazionali. Dal punto di vista dell'ordinamento europeo risulta impossibile giustificare l'esistenza di una zona immune dalla supremazia del diritto europeo negli ordinamenti nazionali, anche se si tratta di una zona circoscritta e di livello apicale, quale è quella dei principi supremi e del nucleo essenziale dei diritti fondamentali, come emerge anche da recentissime decisioni degli organi giudiziari europei²³. D'altra parte, dal punto di vista degli ordinamenti costituzionali nazionali, l'esigenza di mantenere una rete di salvataggio a salvaguardia del nucleo intangibile dei principi e dei diritti costituzionali non perde di attualità e al contrario pare diffondersi vieppiù anche in ordinamenti tradizionalmente indifferenti ad essa. È significativa, in proposito la decisione del 10 giugno 2004 in cui anche il Conseil constitutionnel francese si allinea in certa misura alle giurisprudenze italiana e tedesca, riservandosi in alcuni casi la pos-

sibilità di sindacare la compatibilità del diritto comunitario con la Costituzione francese²⁴. Anche il Tribunale costituzionale spagnolo si è unito al coro delle altre Corti costituzionali, enunciando esplicitamente la riserva nazionale sui controlimiti, nella decisione del dicembre 2004 sul Trattato costituzionale europeo²⁵.

Si può comprendere la ragione dell'*appeal* del principio di cui si discute: in una fase della evoluzione dell'ordinamento costituzionale europeo in cui la tendenza alla omologazione dei valori costituzionali sul continente europeo subisce una forte accelerazione a causa della scrittura della Carta dei diritti fondamentali, la riserva sulla interpretazione e sulla salvaguardia dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale nazionale costituisce uno strumento – forse l'unico – per proteggere l'identità costituzionale nazionale. La dottrina dei controlimiti è certo una forma di «patriottismo costituzionale» nazionale, per usare un'espressione cara a Habermas, diretta a proteggere l'identità costituzionale nazionale, che probabilmente è stata ridestata dall'approvazione della Carta dei diritti e dal processo di costituzionalizzazione dell'Unione Europea che ne è seguito.

L'incorporation. D'altra parte, le possibilità di interferenze tra i diritti fondamentali nazionali e quelli comunitari sono ulteriormente incrementate da un *overlap* nel campo di applicazione dei due ordini di tutela. Come si è detto, astrattamente parlando, la tutela nazionale dovrebbe rivolgersi agli atti delle istituzioni nazionali, mentre la tutela accordata dalla Corte di giustizia dovrebbe applicarsi agli atti delle istituzioni comunitarie, cosicché sembrerebbero disegnarsi due ambiti di applicazione paralleli e separati, destinati a non incontrarsi mai: i diritti costituzionali nazionali dovrebbero spiegare efficacia nell'ordinamento interno e in particolare nei confronti degli atti delle autorità nazionali, mentre i diritti fondamentali elaborati dalla Corte di giustizia dovrebbero applicarsi solo agli atti delle istituzioni comunitarie. Questa separazione rispecchia la *ratio* delle origini della tutela dei diritti fondamentali nell'Unione Europea, che come si è visto era quella di colmare il vuoto di tutela generato dal principio del primato e risponde ad una immagine dualista dei rapporti tra ordinamenti, in cui il criterio di coordinamento corre lungo la linea del riparto delle competenze. Una impostazione, quella dei rapporti tra diritti fondamentali nazionali e

Solange II; Bvg, sentenza 12 ottobre 1993, Maastricht-Urteil; Bvg, sentenza 3 giugno 2000, Bananenmarkt. Sulla posizione del Bcg di fronte al processo di integrazione europea si veda L. Violini, *I precari equilibri di un sistema giudiziario multi-livello: i conflitti tra potere giudiziario nazionale e giudici europei in Germania*, in N. Zanon (a cura di), *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, Napoli, Esi, 2006, pp. 487 ss.

²¹ Sentenza n. 183/1973; sentenza n. 170/1984; sentenza n. 232/1989.

²² In materia cfr. F. Salmoni, *La Corte costituzionale e la Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *Diritto pubblico*, 2002, pp. 491 ss., in partic. pp. 512 ss.

²³ Tribunale di prima istanza, ord. 2 aprile 2004, causa T-231/2002, Gonnelli v. Commissione, che esplicitamente si oppone alla riserva della Corte costituzionale italiana rispetto agli atti comunitari che violano i diritti fondamentali protetti dalla Costituzione italiana.

²⁴ Conseil constitutionnel, 10 giugno 2004, n. 2004-496 Dc, Considérant 7.

²⁵ Tribunale costituzionale spagnolo, declaración del 13 dicembre 2004, n. 1/2004.

diritti fondamentali dell'Unione Europea, che non ha nulla a che vedere con i rapporti che legano la tutela dei diritti nazionali alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo: quest'ultima relazione si basa su una matrice sussidiaria²⁶, in cui gli ambiti di applicazione dei due sistemi si sovrappongono, ma il livello superiore è destinato a diventare operativo solo quando il livello nazionale mostri una carenza, una insufficienza²⁷.

Seguendo gli svolgimenti della giurisprudenza comunitaria appare chiaro, però, che il nitore della divisione degli ambiti di applicazione delle due sfere di tutela è assai difficile da preservare. Così come i rapporti tra ordinamenti nazionali e ordinamento europeo a fatica rientrano nell'impostazione dualistica che li vuole separati e coordinati sulla base di una divisione materiale delle sfere di azione, analogamente la separazione dei due sistemi di tutela dei diritti fondamentali non riesce a mantenersi netta e incontaminata.

Ben presto, infatti, la giurisprudenza della Corte di giustizia ha affermato che, benché la sua tutela si rivolga principalmente ed essenzialmente agli atti delle istituzioni comunitarie nell'esercizio delle loro funzioni, tuttavia essa in qualche misura interessa anche gli Stati membri, secondo la dottrina della *incorporation*²⁸, e particolarmente nei casi in cui le normative statali entrano nel campo di applicazione del diritto comunitario. L'unico limite certo per la Corte di giustizia è il divieto di proiettare la sua tutela su atti di autorità statali che riguardino materie del tutto estranee al diritto comunitario, come è stato affermato nel caso Cinéthèque del 1985²⁹ e ribadito ancora nel caso Vajnai del 2005³⁰.

²⁶ Sul principio di sussidiarietà nella tutela dei diritti fondamentali cfr. P.G. Carozza, *La sussidiarietà come principio strutturale dei diritti umani nel diritto internazionale*, in P.G. Grasso (a cura di), *Europa e Costituzione*, Napoli, Esi, pp. 129 ss.

²⁷ Cfr. D. Tega e P. Tanzarella in questo volume.

²⁸ Su questo punto cfr. J.H.H. Weiler, *The European Court at a crossroads: Community human rights and member states action*, in F. Capotorti (a cura di), *Du droit international au droit de l'intégration. Liber amicorum Pierre Pescatore*, Baden-Baden, Nomos, 1987, pp. 821 ss.; J. Temple Lang, *The sphere in which member states are obliged to comply with the general principles of law and community fundamental rights principles*, in *Legal Issues of European Integration*, 1991/2, pp. 23 ss. e K. Lenaerts, *Respect for fundamental rights as a constitutional principle of the European Union*, in *Columbia Journal of European Law*, 2000, pp. 1 ss.

²⁹ Corte di giustizia, decisione 11 luglio 1985, cause 60 e 61/1984, Cinéthèque.

³⁰ Corte di giustizia, ordinanza 6 ottobre 2005, causa C-328/2004, Attila Vajnai.

Secondo la dottrina dell'*incorporation*, elaborata e regolarmente applicata a partire dalla fine degli anni ottanta, la Corte europea ha iniziato a tenere una linea espansiva in ordine al campo di applicazione dei diritti fondamentali comunitari, ritenendosi investita del potere di valutare la compatibilità anche di atti nazionali, oltre a quelli comunitari, con i diritti fondamentali da essa elaborati e protetti. Si deve trattare di atti degli Stati membri che entrano nel campo di applicazione del diritto comunitario e ciò – finora – si è ritenuto che avvenga in *due principali ipotesi*: quando gli Stati membri agiscono per dare attuazione a normative comunitarie – la cosiddetta linea Wachauf³¹ – e quando gli Stati invocano una delle cause di giustificazione previste dai trattati comunitari per limitare una delle libertà economiche fondamentali garantite dai trattati, come ad esempio motivi di sanità pubblica o di ordine pubblico per limitare una libertà di circolazione – la cosiddetta linea Ert³².

Entrambi questi filoni della dottrina dell'*incorporation* generano inevitabili sovrapposizioni tra la tutela nazionale e la tutela comunitaria dei diritti fondamentali. Tuttavia, fino ad anni recenti si poteva a ragione commentare questo filone giurisprudenziale rilevando un atteggiamento prudente della Corte di giustizia, una sorta di *self-restraint*:

The prudent attitude of the Court of Justice is commendable. There is no justification for going beyond and undertaking the full-scale «incorporation» of Community fundamental rights into national legal orders, as happened in the United States. Indeed there is no glaring human rights deficit in the legal orders of the Member states, which the Ecj should set out to remedy³³.

Il medesimo giudizio difficilmente potrebbe essere sottoscritto oggi. Dopo la proclamazione della Carta dei diritti qualcosa è cambiato e l'atteggiamento «prudente» della Corte di giustizia si è fatto via via più ardito.

³¹ Dal nome di uno dei primi casi in cui questo orientamento giurisprudenziale è stato espresso, decisione del 13 luglio 1989 causa 5/1988, Wachauf, ma forse questo orientamento si può far risalire anche alla decisione del 25 novembre 1986, cause 201 e 202/1985, Klensch.

³² Decisione 18 giugno 1991, causa C-260/1989, Elliniki Radiophonia Tileorassi.

³³ B. De Witte, *The past and future role of the European Court of justice in the protection of human rights*, in Alston (a cura di), *The Eu and Human Rights*, cit., p. 873.

Benché la Carta dei diritti anche su questo profilo sia stata scritta con l'intenzione di codificare l'esistente, compresa la dottrina dell'*incorporation*, ciò che è accaduto negli anni successivi alla sua proclamazione è stata una importante tendenza espansiva dei diritti fondamentali europei, così come interpretati dalla Corte di giustizia. Così, nonostante l'articolo 51 della Carta dei diritti imponga limiti chiari al campo di applicazione dei diritti fondamentali comunitari – «Le disposizioni della presente carta si applicano alle istituzioni e agli organi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione» – confermando o addirittura restringendo i limiti dell'*incorporation* rispetto alla giurisprudenza pregressa³⁴, in realtà si è poi assistito ad una progressiva erosione dei confini e ad una sensibile irradiazione dei diritti fondamentali comunitari in molti ambiti degli ordinamenti nazionali.

Le tradizioni costituzionali comuni. Le incursioni della giurisprudenza comunitaria negli ordinamenti costituzionali nazionali dovrebbero essere controbilanciate dal ruolo che le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri svolgono nell'ordinamento comunitario. Dopo tutto, i diritti fondamentali comunitari hanno le loro radici negli ordinamenti costituzionali degli Stati membri, se è vero che la Corte di giustizia «è tenuta ad ispirarsi alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, e non potrebbe quindi ammettere provvedimenti incompatibili con i diritti fondamentali riconosciuti e garantiti dalle Costituzioni di tali Stati»³⁵.

Questa affermazione di principio compare sin dalle prime pronunce degli anni settanta e ricorre in tutta la giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di tutela dei diritti fondamentali, fino ad essere ripresa anche dal testo dei trattati, a partire dalla revisione effettuata con il Trattato di Maastricht: «L'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea [...] e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario» (art. 6 Tue)³⁶.

In riferimento ai diritti fondamentali, dunque, la Corte di giustizia svolge un ruolo certamente creativo, ma di stampo maieutico: essa non inventa i diritti fondamentali comunitari, ma li rinviene, oltre che nella Convenzione europea dei diritti e delle libertà fondamentali, anche negli ordinamenti statali. Essa è l'interprete dei valori comuni che già sono radicati nelle Costituzioni nazionali, cosicché anche le eventuali ricadute che la tutela comunitaria dei diritti fondamentali può produrre all'interno degli ordinamenti nazionali secondo la dottrina dell'*incorporation*, non dovrebbero comportare l'infiltrazione di valori ad essi del tutto estranei, né essere causa di tensioni eccessive con i valori protetti dalle Costituzioni nazionali.

Ancora una volta è utile ricordare l'origine storica della tutela comunitaria dei diritti fondamentali: come si è detto, sul finire degli anni sessanta non era più possibile procrastinare la decisione di assicurare una garanzia comunitaria ai diritti fondamentali, ma d'altra parte non si poteva neppure subordinare il diritto comunitario alle Costituzioni nazionali senza correre il rischio di indebolire sensibilmente la sopranazionalità normativa della Comunità, da poco rafforzatasi con l'affermazione dei principi del primato e dell'effetto diretto. Presa tra due fuochi, la Corte di giustizia ha trovato una via d'uscita nelle «tradizioni costituzionali comuni» degli Stati membri, che le consentivano di salvaguardare il ruolo del patrimonio costituzionale degli Stati membri, senza sacrificare l'autonomia del sistema comunitario e della Corte di giustizia stessa. Di qui, quella strana commistione linguistica di formule a tratti imperative e a tratti flessibili – la Corte di giustizia «è tenuta» «ad ispirarsi» alle tradizioni costituzionali comuni – che ha contraddistinto sin dagli inizi la giurisprudenza comunitaria in materia di diritti fondamentali. Tutta la giurisprudenza comunitaria degli anni settanta e ottanta ricerca un difficile e precario equilibrio tra la necessità di rivendicare l'autonomia dei diritti fondamentali comunitari e la non estraneità di tali diritti rispetto alle Costituzioni nazionali degli Stati membri.

In verità, non è mai stato molto chiaro quale ruolo abbiano giocato nella giurisprudenza comunitaria le Costituzioni nazionali e i rispettivi valori, così come interpretati dalle Corti costituzionali nazionali. Da un lato, nelle decisioni della Corte di giustizia raramente si ritrovano richiami espliciti alle Costituzioni nazionali e ancor più raramente si rinvengono i segni che la giurisprudenza delle Corti costituzionali nazionali sia stata presa in considerazione dalla Corte di giustizia nelle sue argomentazioni. D'altra parte, sul piano teorico la dottrina non è riuscita ad indicare in modo convincente quale ruolo dovrebbero giocare le Costituzioni naziona-

³⁴ In realtà la restrizione è davvero solo apparente, come ho cercato di dimostrare in M. Cartabia, *Art. 51*, in Bifulco, Cartabia e Celotto, *L'Europa dei diritti*, cit., 2001, p. 348.

³⁵ Corte di giustizia, decisione 14 maggio 1974, causa 4/1973, Nold.

³⁶ Ampiamente sui riferimenti alle tradizioni costituzionali comuni cfr. A. Pizzorusso, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna, Il Mulino, 2002.

li nell'arsenale argomentativo della Corte di giustizia³⁷: vi è chi ha provato a teorizzare che le Costituzioni nazionali sono vere e proprie fonti giuridiche per la Corte di giustizia, ma poi di fronte alle inevitabili divergenze che le diverse tradizioni nazionali presentano nel contemperare le esigenze dei diritti dei singoli e gli altri interessi pubblici, ci si è arenati sul problema dello standard di protezione. Di qui una varietà di posizioni che oscilla da coloro che affermano che la Corte di giustizia debba limitarsi a garantire un livello minimo di diritti fondamentali, elaborando un patrimonio costituzionale comune fondato sul minimo comune denominatore che accomuna tutte le Costituzioni nazionali, e arriva fino a coloro che – all'estremo opposto dello spettro – auspicano che la Corte di giustizia selezioni sempre il massimo standard di tutela rinvenibile negli ordinamenti statali. Ma anche in questo caso si finisce inevitabilmente nella trappola del massimo standard³⁸ e nel vizio di forzare in giudizi di tipo quantitativo scelte assiologiche e di valore che sfuggono del tutto a logiche gerarchiche o quantitative.

Vero è che nella giurisprudenza comunitaria le Costituzioni nazionali non assumono mai una rilevanza diretta. La Corte di giustizia certamente trae ispirazione dai laboratori costituzionali degli Stati membri, ma non rinuncia a rielaborare a sua volta i principi che da essi desume, adattandoli alla struttura e al contesto comunitario. Allora se è vero che scorrendo la giurisprudenza comunitaria si può constatare che i diritti e i valori protetti dalla Corte di giustizia non sono estranei alle tradizioni costituzionali nazionali, è altresì vero che il contesto comunitario rimodula il contenuto e la portata di molti diritti fondamentali. Cosicché, senza sottovalutare la concordanza di valori che si realizza tra ordinamenti costituzionali nazionali e ordinamento comunitario grazie, anche, all'opera della Corte di giustizia, non si può scordare che non c'è, né ci potrà essere fungibilità completa tra le garanzie dei diritti fondamentali accordate a livello nazionale e quella accordata dall'ordinamento comunitario, se non altro perché l'interprete di tali diritti e il contesto di riferimento variano³⁹.

Dunque, le tradizioni costituzionali comuni costituiscono solo in parte un elemento di «contrappunto»⁴⁰ nella costruzione del *Bill of Rights* comunitario, un elemento per giunta destinato – come si vedrà – a divenire via via più evanescente, grazie al ruolo predominante assunto dalla Convenzione europea dei diritti umani e successivamente dalla Carta dei diritti.

3. La codificazione dei diritti fondamentali e i suoi effetti

In che cosa consiste l'apporto della Carta approvata a Nizza alla tutela dei diritti già consolidatasi nella giurisprudenza della Corte di giustizia? La sua valenza è prettamente simbolica – anche l'Unione Europea ora ha il suo *Bill of Rights* – oppure essa determina un salto qualitativo e sostanziale nella garanzia costituzionale dei diritti in Europa? Come mai a partire dalla proclamazione della Carta dei diritti si colgono segni di un sostanziale cambiamento nella giurisprudenza della Corte di giustizia relativa alla tutela dei diritti fondamentali?

Queste domande non sono retoriche. Dopo tutto la Carta dei diritti era stata redatta con l'intento di codificare e consolidare i diritti già presenti nell'ordinamento comunitario. Conformemente alle conclusioni del Consiglio europeo di Colonia del 1999, il preambolo della Carta proclama di avere una valenza ricognitiva e codificatoria⁴¹ rispetto ai principi preesistenti:

La presente Carta *riafferma*, nel rispetto delle competenze e dei compiti dell'Unione e del principio di sussidiarietà, i diritti derivanti in particolare dalle tradizioni costituzionali e dagli obblighi internazionali comuni agli Stati membri, dalla Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, dalle carte sociali adottate dall'Unione e dal Consiglio d'Europa, nonché dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea e da quella della Corte europea dei diritti dell'uomo⁴².

pea, Milano, Giuffrè 1995, pp. 19 a 45 e che mi sentirei di sottoscrivere anche oggi.

⁴⁰ M. Poiars Maduro, *Contrapunctual law: Europe's constitutional pluralism in action*, in N. Walker (a cura di), *Sovereignty in transition*, Oxford, Hart, 2003, pp. 501 ss.

⁴¹ E. Paciotti, *La Carta: i contenuti, gli autori*, in A. Manzella, P. Melograni, E. Paciotti e S. Rodotà, *Riscrivere i diritti in Europa*, Bologna, Il Mulino, 2001, pp. 9 ss.

⁴² Corsivo aggiunto.

³⁷ Sul punto cfr. il bel contributo di L. Cozzolino, *Le tradizioni costituzionali comuni nella giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità Europee*, in P. Falzea, A. Spadaro e L. Ventura (a cura di), *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, Torino, Giappichelli, 2003, pp. 10 ss.

³⁸ L. Besselink, *Entrapped by the maximum standard on fundamental rights, pluralism and subsidiarity in the European Union*, in *Comm. Market Law Review*, 1998, pp. 671 ss.

³⁹ Questa la tesi che sostenevo in *Principi inviolabili e integrazione euro-*

La Carta dei diritti, dunque, non vanta le pretese rivoluzionarie o fondative di un nuovo ordine sociale tipiche dei primi *Bill of Rights* del costituzionalismo moderno. Neppure si può ritenere che sia stata scritta allo scopo di colmare quell'intollerabile vuoto di tutela dei diritti fondamentali a suo tempo denunciato dalle Corti costituzionali italiana e tedesca nel corso degli anni sessanta e settanta. Il problema del vuoto dei trattati in tema di garanzie dei diritti fondamentali, come si è visto, è antico e superato da tempo. Da decenni la Corte di giustizia aveva già colmato egregiamente quelle lacune ispirandosi alle tradizioni costituzionali degli Stati membri e attribuendo un peso sempre più significativo alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Come è stato efficacemente scritto, su questo terreno si è dispiegato un dialogo non sempre ortodosso, ma fecondo – o se si vuole un «duplice monologo» giurisprudenziale⁴³ – tra Corti nazionali e Corte europea, carico di importanti effetti pratici, che è riuscito nel corso degli anni ad assicurare una tutela effettiva dei diritti fondamentali dei cittadini europei.

Perché, dunque, una nuova Carta dei diritti in Europa? Quale valore aggiunto può portare la scrittura dei diritti fondamentali comunitari?

Apparentemente il valore della Carta dei diritti è solo quello di mettere un po' di ordine normativo nelle garanzie dei diritti fondamentali già presenti nel sistema comunitario e di renderle conoscibili e perciò maggiormente fruibili⁴⁴. A leggere il preambolo, la funzione principale della Carta sarebbe infatti quella di dare *visibilità ai diritti fondamentali già protetti dall'ordinamento*. La principale finalità della Carta sarebbe quella di: «rafforzare la tutela dei diritti fondamentali, alla luce dell'evoluzione della società, del progresso sociale e degli sviluppi scientifici e tecnologici, rendendo tali diritti *più visibili in una carta*»⁴⁵. Le *intenzioni erano probabilmente soltanto codificatorie*, si voleva operare un *restatement of law* dei diritti fondamentali già riconosciuti da una pluralità di fonti⁴⁶, ma si poteva facilmente prevedere che gli effetti della scrittura della Carta avrebbero superato ampiamente l'*original intent*.

⁴³ P. Paul Cassia, *L'article I-6 du traité établissant une Constitution pour l'Europe et la hiérarchie des normes*, in *JurisClasseur – Europe*, n. 12, déc., 2004, pp. 12 ss.

⁴⁴ J. Ziller, *La nuova Costituzione europea*, Bologna, Il Mulino, 2003, pp. 17 ss.

⁴⁵ Corsivo aggiunto.

⁴⁶ A. Barbera, *La Carta europea dei diritti e la Costituzione italiana*, in *La libertà e i diritti nella prospettiva europea*, Atti della giornata di studio in memoria di Paolo Barile, Firenze 25 giugno 2001, Padova, Cedam, 2002, pp. 117 ss.

3.1. Inclusione ed esclusione dei diritti protetti. Naturalmente si poteva immaginare che l'opera di codificazione dei diritti fondamentali sarebbe stata tutt'altro che irrilevante. La decisione sulle inclusioni e sulle esclusioni dei diritti da consacrare nella Carta avrebbe modificato la situazione preesistente. Inevitabilmente, lungi dal limitarsi ad una meccanica trascrizione dell'esistente, la Convenzione incaricata di redigere la Carta dei diritti ha apportato importanti novità contenutistiche alla tutela dei diritti fondamentali nell'Unione Europea.

Volendoci qui limitare ad alcune considerazioni fondamentali, si può osservare che nella Carta dei diritti compaiono importanti diritti che non trovano traccia né nella giurisprudenza comunitaria pregressa, né nelle Costituzioni nazionali degli Stati membri, né nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Inoltre, molti dei diritti già conosciuti assumono nuove connotazioni nel testo della Carta.

Anzitutto vi è il riconoscimento di «nuovi diritti» che non erano stati mai codificati, ma solo occasionalmente anticipati dalle avanguardie delle giurisprudenze costituzionali ed europee. Inedito è tutto il Titolo I sulla Dignità umana, e in particolare l'articolo 3 che si occupa dei diritti dell'individuo nell'ambito della ricerca medica e biologica sulla persona, stabilisce il divieto di pratiche eugenetiche, il divieto della clonazione umana, il divieto della compravendita di organi umani; l'articolo 6 sul diritto alla libertà e sicurezza che lascia intravedere problematiche mai affrontate in forma di diritti fondamentali ed esplose in seguito ai noti fatti del terrorismo internazionale; l'articolo 8 sulla protezione dei dati di carattere personale; gli articoli 24, 25 e 26 sui diritti del bambino, degli anziani e dei disabili generalmente non hanno corrispondenti nelle Costituzioni nazionali, né avevano avuto occasione di manifestarsi nella giurisprudenza della Corte di giustizia. In generale, la Carta dei diritti arricchisce il catalogo dei diritti fondamentali riconosciuti e ne amplia il novero, facendosi carico di esigenze nuove indotte dall'evoluzione della società, dal progresso sociale e dagli sviluppi scientifici e tecnologici, come si afferma nel preambolo.

Tra le assenze più eclatanti vi è senz'altro quella delle formazioni sociali o dei gruppi intermedi⁴⁷: famiglia, partiti politici, confes-

⁴⁷ Su questo punto cfr. le attente osservazioni di E. Rossi, *Tutela individuale e tutela collettiva dei diritti fondamentali europei*, in P. Costanzo (a cura di), *La Carta europea dei diritti*, Genova, Annali della Facoltà di giurisprudenza di Genova, 2002, pp. 167 ss.

sioni religiose, minoranze linguistiche, sindacati, e così via non sono annoverati tra i soggetti titolari dei diritti riconosciuti dalla Carta, ma tutt'al più sono da essa presi in considerazione solo in quanto proiezioni collettive di diritti individuali. Rispetto a una Costituzione come quella italiana, fortemente improntata al personalismo, in cui la persona è presa in considerazione nelle sue relazioni sociali – come individuo, ma anche come studente, come lavoratore, come coniuge, come figlio, come credente e così via – e di conseguenza al pluralismo sociale, spicca la chiave individualistica con cui sono stati affermati molti diritti fondamentali nella Carta europea. Così, ad esempio, i diritti della famiglia sono tradotti in termini di «diritto di sposarsi e di costituire una famiglia» (art. 19) e di «diritti del bambino» (art. 24), dove l'accento è sull'individuo, scomparendo ogni forma di tutela della famiglia⁴⁸; analogamente i diritti delle varie associazioni culturali, religiose, sindacali, politiche, ambientaliste, civiche sono marginalizzati in uno scarso articolo 12 che parla di diritto dell'individuo alla libertà di riunirsi e di associarsi. Le chiese, le confessioni e le associazioni religiose così come le organizzazioni non confessionali sono ignorate dalla Carta, e miglior sorte non è riservata ai sindacati o ai partiti politici.

Se si raffrontano i testi delle Costituzioni europee del secondo dopoguerra con il testo della Carta non si può non percepire un netto mutamento culturale, uno spostamento di accenti dalla persona all'individuo e alla sua libera autodeterminazione, con accenti neoliberali nella tutela dei diritti che finora contraddistinguevano l'esperienza americana⁴⁹ e non avevano ancora raggiunto le sponde europee. Se si esclude la parte che riguarda i diritti sociali, senza esagerare si può affermare che in molte sue formulazioni, e certamente nella sua concezione antropologica, la Carta dei diritti ha avvicinato l'Europa agli Stati Uniti, in qualche modo disperdendo una ricchezza e un'originalità del vecchio continente, costituita dalla poderosa cultura del personalismo.

⁴⁸ Sulle tensioni che si possono generare tra i diritti dei singoli e i diritti della famiglia e sulle diverse concezioni accolte in Europa, cfr. E. Lamarque in questo volume.

⁴⁹ M.A. Glendon, *Foundations of human rights: The unfinished business*, in *Id., Traditions in Turmoil*, cit., pp. 335 ss., così stigmatizza alcune degenerazioni americane in materia di diritti: «i diritti considerati senza responsabilità individuali o sociali, i diritti preferiti da uno tutelati come assoluti e gli altri ignorati, il portatore dei diritti immaginato come completamente autonomo e autosufficiente; la banalizzazione di libertà essenziali per far spazio a interessi particolari che vengono spacciati per nuovi diritti», *ibidem*, p. 342.

Dunque, sotto una parvenza codificatoria, la Carta non va esente da scelte di contenuto e di valore che incideranno sulla tutela dei diritti fondamentali in Europa. Tra queste spiccano certamente la tendenza ad espandere la categoria dei diritti fondamentali e la concezione individualistica, che traspare dietro le scelte linguistiche dei redattori della Carta. Inevitabilmente, dunque, tanto più assumerà importanza il testo della Carta, tanto più evidente sarà l'affranchamento della tutela dei diritti fondamentali comunitari dalla matrice delle Costituzioni nazionali che l'hanno inizialmente ispirata.

3.2. L'effetto della scrittura: la Corte di giustizia come Corte dei diritti. Ferme le considerazioni appena svolte sulle novità sostanziali apportate dalla Carta dei diritti alla tutela dei diritti fondamentali in Europa, credo che le maggiori novità derivino dal semplice fatto che oggi i diritti fondamentali dei cittadini dell'Unione sono contenuti in un testo scritto. Un autore italiano ha definito il processo apertosi con il Consiglio europeo di Colonia del 1999 come «Il momento della scrittura»⁵⁰. L'enfasi su questo aspetto non è esagerata.

In questa sede vorrei soffermarmi su alcune implicazioni della scrittura dei diritti fondamentali relative alla attività giurisdizionale, con particolare riferimento alla attività della Corte di giustizia europea.

Nel dibattito che ha accompagnato la scrittura della Carta dei diritti fondamentali si è detto che la sua elaborazione sarebbe stata uno sforzo inutile se non fosse stata accompagnata da adeguati rimedi giurisdizionali che ne assicurassero l'effettività⁵¹. Vi è anche chi si è spinto oltre, avvertendo il rischio che la scrittura della Carta⁵² – e a maggior ragione della Costituzione europea – avrebbe potuto paralizzare o quanto meno raffreddare la giurisprudenza della Corte di giustizia, vero laboratorio creativo dell'Unione Europea. La mancanza di un catalogo di diritti fondamentali è stata inizialmente una condizione favorevole per lo sviluppo della libertà e della vivacità della Corte di giustizia, la quale è stata, nel bene e nel male, un motore importantissimo nel processo di integrazione europea e un soggetto catalizzatore delle tradizioni costituzionali

⁵⁰ C. Pinelli, *Il momento della scrittura*, Bologna, Il Mulino, 2002.

⁵¹ J. Luther, *I diritti fondamentali riscritti pretendono nuovi rimedi?*, in Costanzo (a cura di), *La Carta europea dei diritti*, cit., pp. 96 ss.

⁵² Cfr. ad esempio J.H.H. Weiler, *La Costituzione dell'Europa*, Bologna, Il Mulino, 2003, pp. 511 ss. e 615 ss.

dei diversi paesi europei, che nella sua interpretazione sono stati elevati al rango di principi costituzionali dell'Unione. La mancanza di un testo scritto ha favorito l'«unità nella diversità» su cui si vuole edificare ogni aspetto dell'Unione, compresa la tutela dei diritti fondamentali. Il passaggio ad un regime a fonti scritte potrebbe comportare il rischio di imbrigliare la Corte, di limitarne le fonti di ispirazione, di costringerla nel figurino della *bouche de loi*, che mal descrive il ruolo finora da essa svolto nel processo di integrazione europea. Come insegna l'esperienza dei sistemi di *common law*, laddove il diritto scritto non assorbe del tutto l'universo giuridico⁵³ il ruolo del giudiziario è esaltato, quantitativamente e qualitativamente, mentre l'opzione del diritto scritto porta con sé il rischio di inaridire quel vitale laboratorio di principi e diritti costituzionali che è la giurisprudenza della Corte di Lussemburgo e che trae alimento da una ricca pluralità di fonti costituzionali, nazionali, internazionali ed europee. Il benefico dialogo giurisdizionale tra Corti nazionali e Corti europee sarebbe esposto al rischio di atrofizzarsi o di congelarsi di fronte al testo scritto dei diritti fondamentali europei.

Questa tesi sarebbe suffragata da una consolidata tradizione giuridica cui appartiene anche il nostro paese, che dalla Rivoluzione francese in poi ha sempre utilizzato la codificazione e la scrittura del diritto per neutralizzare il potere dei giudici, assoggettandoli appunto alla legge.

Alla luce della secolare dicotomia tra ordinamenti di *civil law* e ordinamenti di *common law*, ci si attendeva (o si temeva) che la scrittura di un *Bill of Rights* avesse l'effetto di riequilibrare il rapporto tra politica e giurisdizione nel costituzionalismo europeo. Parafrasando un noto libro di Tushnet, l'effetto atteso (o temuto, secondo le preferenze) avrebbe dovuto essere «taking the rights away from the hands of the courts»⁵⁴.

Queste previsioni, però, sembrerebbero in gran parte smentite. La cautela è d'obbligo perché fino ad oggi la Carta è stata scritta e proclamata, ma non è ancora stata dotata di effetti giuridici. Non di meno il momento della scrittura è stato celebrato e la Carta dei diritti, benché priva di valore giuridico, fa sentire in varie forme la sua presenza⁵⁵.

⁵³ Per tutti, P. Grossi, *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2003.

⁵⁴ M. Tushnet, *Taking the Constitution away from the hands of the Courts*, Princeton, N.J., Princeton University Press, 2000.

⁵⁵ A. Celotto e G. Pistorio, *L'efficacia giuridica della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, in *Giur. it.*, 2005, 2, pp. 427-440.

Nonostante le suggestioni della mitologia del diritto codificato, la Corte di giustizia non sembra affatto correre il rischio di essere mortificata. Al contrario, sembrerebbe che il momento costituzionale dell'Unione Europea⁵⁶, infranto dagli esiti dei referendum francese e danese, si stia risolvendo per l'ennesima volta in un nuovo momento costituzionale della Corte di giustizia.

3.3. I diritti presi sul serio: segni di un cambiamento. Prima di procedere a discutere le ragioni che possono aver causato un tale effetto paradossale, per cui la disponibilità di un catalogo scritto di diritti fondamentali contribuisce ad esaltare il ruolo della Corte di giustizia come Corte costituzionale dell'Unione Europea⁵⁷, anziché mortificare la sua capacità interpretativa e creativa, è bene ora volgere l'attenzione ad alcuni casi successivi alla proclamazione solenne della Carta dei diritti fondamentali in cui la Corte sembra aver liberato le proprie energie costituzionali.

Gli effetti della Carta sulla giurisprudenza della Corte di giustizia sono dunque di potenziamento e non di ridimensionamento del suo ruolo costituzionale. Non si tratta di effetti formali: come è noto la Corte di giustizia europea, a differenza di molti giudici nazionali – comprese alcune Corti costituzionali – e a differenza altresì del Tribunale di prima istanza, richiama con parsimonia la Carta dei diritti fondamentali all'interno delle sue decisioni⁵⁸. L'influenza della Carta sulla giurisprudenza della Corte di giustizia supera di gran lunga i richiami formali e si dispiega, piuttosto, su un piano sostanziale e implicito. Una catena ormai nutrita di decisioni relative ai diritti fondamentali avvalora questa ipotesi.

Tanja Kreil, ovvero dei conflitti con le Costituzioni nazionali. Il capostipite di questa nuova dinastia di casi costituzionali è probabilmente da ravvisarsi nella decisione Tanja Kreil del 2000⁵⁹. Ben-

⁵⁶ I. Pernice, *The draft Constitution of the European Union: A constitutional treaty at a constitutional moment*, in I. Pernice e M.P. Maduro (a cura di), *A Constitution for the European Union: First comments on the 2003-draft of the European Convention*, Baden-Baden, Nomos, 2004.

⁵⁷ Sulla necessità di potenziare la giustizia costituzionale nell'Unione Europea, trasformando la Corte di giustizia in una vera e propria Corte costituzionale, cfr. R. Alonso Garcia, *Un nuovo modello di giustizia costituzionale per il nuovo Trattato costituzionale europeo*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1/2005, pp. 111 ss.

⁵⁸ Il primo caso in cui la Corte di giustizia menziona esplicitamente la Carta dei diritti è la decisione 27 giugno 2006, C-540/2003, Parlamento contro Consiglio.

⁵⁹ Corte di giustizia, decisione 11 gennaio 2000, C-285/1998, Tanja Kreil.

ché nel momento in cui la Corte di giustizia rese la sua decisione la Carta dei diritti non fosse ancora stata proclamata, non è da sottovalutare il fatto che in quei mesi si stava celebrando il primo esperimento costituzionale dell'Unione Europea, affidato alla Convenzione presieduta da Roman Herzog, che con successo addivenne alla scrittura della Carta dei diritti fondamentali. È in quel clima di euforia costituzionale che la Corte di giustizia pronunciò una sentenza che, per la prima volta nella storia dell'integrazione europea, obbligò uno Stato membro a modificare la propria Costituzione nazionale per adeguarsi ad un principio costituzionale dell'Unione.

Nel caso Kreil la Corte di giustizia è stata chiamata a prendere posizione su un conflitto normativo tra alcune disposizioni del diritto tedesco e uno dei principi fondamentali dell'Unione Europea, quello del divieto di discriminazione sulla base del sesso, come testualmente sancito nella direttiva del Consiglio 9 febbraio 1976, 1976/207/Cee. Infatti, in base all'ordinamento tedesco all'epoca le donne non potevano essere ammesse a svolgere un servizio nelle forze armate che comportasse l'impiego delle armi; il loro ruolo nelle forze armate poteva essere unicamente su base volontaria e poteva riguardare unicamente i servizi di sanità e le formazioni di musica militare. La ricorrente aspirava ad essere impiegata nei servizi di manutenzione elettronica di sistemi d'arma, e sulla base del diritto nazionale vigente le fu negato di coronare le sue aspirazioni. Il caso è di grande interesse, perché le limitazioni all'arruolamento delle donne derivavano da una interpretazione consolidata dell'articolo 12 del *Grundgesetz*, secondo cui il servizio militare obbligatorio poteva essere imposto solo agli uomini, mentre le donne potevano essere chiamate – nel corso di uno stato di difesa e nel caso in cui non vi fosse possibilità di impiegare volontari – per bisogni inerenti a servizi di natura civile negli ospedali e nelle strutture sanitarie, fermo restando il divieto generale di svolgere un'attività che comportasse l'uso delle armi.

Dunque, il caso Tanja Kreil ha posto alla Corte di giustizia un conflitto costituzionale tra una norma della Costituzione tedesca, l'articolo 12 del Gg, e un principio fondamentale del diritto comunitario, qual è il divieto di discriminazione sulla base del sesso.

Nel caso Kreil, la Corte di giustizia, in verità, evita accuratamente di sottolineare il tono costituzionale della vicenda. Per quanto riguarda il diritto tedesco, l'analisi dei giudici di Lussemburgo si appunta prevalentemente sulle norme di attuazione dell'articolo 12 del Gg, mentre per quanto riguarda il diritto comunitario, la sentenza si incentra quasi esclusivamente sulla direttiva del 1976,

senza menzionare né le disposizioni del trattato che impongono il divieto di discriminazione sulla base del sesso (art. 141 Trattato Ce), né le proprie precedenti decisioni in cui si era insistentemente evidenziato il carattere fondamentale del principio di eguaglianza, anche come principio non scritto dell'ordinamento comunitario⁶⁰. Come è stato giustamente evidenziato, il grado costituzionale della normativa nazionale non sembra ricevere alcuna attenzione da parte del giudice comunitario, rilevando semplicemente, ai fini del giudizio, il contrasto di contenuto tra il diritto tedesco e quello europeo⁶¹. E sulla base dell'analisi dei contenuti, la Corte di giustizia non incontra ostacoli a dichiarare che le normative tedesche non rispettano i canoni del principio di eguaglianza, o meglio – per attenerci al tenore testuale del dispositivo della sentenza – che la direttiva comunitaria del 1976 «osta all'applicazione di norme nazionali, come quelle del diritto tedesco, che escludono in generale le donne dagli impieghi militari comportanti l'uso di armi e che ne autorizzano l'accesso soltanto ai servizi di sanità e alle formazioni di musica militare».

Ad onor del vero, qualche ostacolo si frapponeva nel percorso argomentativo della Corte di giustizia e riguardava i limiti di competenza del diritto comunitario. Infatti non vi è dubbio che l'organizzazione militare sia saldamente rimasta nelle competenze degli Stati membri, e il governo tedesco – sostenuto anche dai governi italiano e britannico – non ha mancato di sollevare l'obiezione relativa ai limiti di competenza. La Corte, però, forte della precedente decisione Sirdar del 1999⁶² riguardante le Royal Marines, affer-

⁶⁰ Può valere la pena, forse, richiamare che proprio in materia di divieto di discriminazioni tra uomini e donne, la Corte di giustizia era da poco intervenuta nel caso relativo alla decisione 28 ottobre 1999, n. C-187/1998, Commissione v. Grecia, condannando la Grecia per inadempimento, a causa di una legge nazionale che prevedeva che alcuni diritti a prestazioni previdenziali maturassero a condizioni diverse per i lavoratori uomini e per le lavoratrici. La Corte di giustizia ravvisava una violazione della parità di trattamento tra uomini e donne, sancita dai trattati e tutelata dalla Corte di giustizia *anche come principio non scritto di diritto comunitario*. Naturalmente la Costituzione greca prevede il principio di eguaglianza, ma la legge in discussione non era stata ritenuta lesiva di tale principio dalle autorità giurisdizionali greche, data la flessibilità che tale principio reca con sé e che non impedisce il linea di massima che esistano disparità di trattamento, purché riguardino situazioni ritenute ragionevolmente diverse. È un caso dunque che origina da una divergenza interpretativa di principi riconosciuti in entrambi gli ordinamenti.

⁶¹ S. Ninatti, *Azioni positive e discriminazioni per sesso nel diritto comunitario*, in *Quaderni costituzionali*, 2000, p. 468.

⁶² Corte di giustizia, decisione 26 ottobre 1999, C-273/1997, Sirdar.

ma che se è vero che spetta agli Stati membri, che devono stabilire le misure adeguate per garantire la loro sicurezza interna ed esterna, adottare le decisioni relative all'organizzazione delle loro forze armate, tuttavia «non ne deriva [...] che siffatte decisioni debbano esulare del tutto dall'ambito di applicazione del diritto comunitario»⁶³. Dunque, la Corte di giustizia ritiene applicabile la direttiva sul divieto di discriminazione anche ad un caso relativo alle forze armate. L'assunto implicito è che l'impiego nelle forze armate sia soggetto in linea di principio alle regole generali del pubblico impiego, assunto in vero non del tutto pacifico e incontrovertibile.

Benché la Corte di giustizia eviti accuratamente di scomodare il linguaggio dei diritti fondamentali e non evidenzi in alcun modo il conflitto costituzionale con l'ordinamento tedesco implicato nel caso, la decisione Kreil mostra una Corte di giustizia meno circospetta rispetto al passato, una Corte che non si sottrae ad una scelta destinata ad esigere una revisione costituzionale da parte della Germania. Infatti, a seguito della decisione resa dal giudice comunitario nel caso Kreil, la Germania ha poi modificato il testo dell'articolo 12 del *Grundgesetz*.

Si può apprezzare la novità dell'atteggiamento della Corte se solo si paragonano gli effetti di questa decisione a quelli prodotti da altri famosi casi di conflitto costituzionale relativi a diritti fondamentali, risolti dalla Corte di giustizia negli anni precedenti.

Già in passato la Corte di giustizia si è trovata a dirimere conflitti, in materia di diritti fondamentali, tra la tutela offerta dall'ordinamento comunitario e quella garantita dagli ordinamenti nazionali, come è emblematicamente accaduto nei famosi casi Groener del 1989 e Grogan del 1991. Nel primo caso⁶⁴ si sono trovati in conflitto il valore della protezione della lingua gaelica, lingua madre irlandese secondo la Costituzione nazionale, e la libertà di circolazione dei lavoratori, che è uno dei valori fondanti della Comunità europea, sin dalle sue origini. Nel caso portato all'esame della Corte di giustizia un'insegnante belga lamentava l'illegittimità di una norma irlandese che imponeva agli insegnanti delle scuole pubbliche irlandesi di superare una prova di lingua gaelica, in quanto tale norma, nella prospettiva della ricorrente, costituiva un ostacolo ingiustificato alla libertà di circolazione dei lavoratori, in violazione del diritto comunitario. La Corte di giustizia si è trovata di fronte ad un conflitto assai delicato, perché da un lato la

Comunità non può rinnegare uno dei propri fondamenti – il libero mercato e la libera circolazione dei suoi fattori costitutivi –, ma d'altra parte non può nemmeno sacrificare la tutela delle identità culturali di ciascun paese: un caso emblematico di tensione tra unità e salvaguardia delle identità, tipica del sistema europeo. Nel caso specifico la Corte trova modo di esprimere una decisione salomonica, bilanciata e non conflittuale, affermando che in linea di massima i diritti protetti dalla Comunità prevalgono su quelli delle Costituzioni nazionali; e tuttavia, poiché nel caso di specie la normativa irlandese non poneva un ostacolo insormontabile alla libertà di circolazione dei lavoratori – perché si chiedeva agli insegnanti di dimostrare solo una rudimentale conoscenza della lingua gaelica, stabilendo così una misura protettiva dell'identità culturale proporzionata e ragionevole rispetto allo scopo – allora la Corte di giustizia in questo caso ha ritenuto insussistente ogni contrasto tra diritto nazionale e diritto comunitario, facendo salva la normativa irlandese.

Ancor più delicato il famoso caso Grogan del 1991⁶⁵, che concerneva un'ipotesi di contrasto tra il diritto alla vita del nascituro, oggetto di tutela particolarmente rigorosa da parte della Costituzione irlandese, e la libertà di prestazione dei servizi garantita dal diritto comunitario. Può apparire curioso che due diritti così lontani siano venuti ad interferire l'uno con l'altro, fino a determinare un contrasto da risolversi sul piano giurisdizionale. Eppure un caso concreto ha reso possibile ciò che in teoria non appariva tale: di fronte al rigido divieto di interruzione volontaria della gravidanza sancito dalla legislazione irlandese in ossequio al diritto costituzionale alla vita del nascituro, alcuni studenti hanno voluto contrastare le scelte del legislatore nazionale svolgendo un'attività di propaganda della possibilità di ottenere l'interruzione della gravidanza nelle cliniche mediche del vicino Regno Unito. Condannati gli studenti in primo grado, la vicenda è passata alla Corte suprema irlandese, la quale a sua volta ha investito la Corte di giustizia comunitaria, con un rinvio pregiudiziale. Anche in questo caso la Corte di giustizia è riuscita ad evitare di prendere posizione direttamente sul conflitto tra diritto costituzionale nazionale e diritto comunitario: secondo la posizione della Corte in linea di massima occorre assicurare la prevalenza del diritto comunitario; tuttavia, poiché nel caso di specie l'attività di propaganda non era effettua-

⁶³ Cons. n. 15.

⁶⁴ Decisione 28 novembre 1989, C-379/1987, Groener.

⁶⁵ Decisione 4 ottobre 1991, C-159/1990, Grogan.

ta dai diretti titolari del diritto comunitario alla libera prestazione dei servizi, la normativa nazionale poteva continuare a ricevere applicazione.

In breve, nei due casi ora richiamati, la Corte di giustizia era riuscita a contenere i conflitti tra diritti protetti dalle Costituzioni nazionali e diritti protetti dall'ordinamento comunitario, senza farli esplodere, con delicate operazioni di bilanciamento dei principi coinvolti. Non così nel caso Kreil, in cui, benché non appaia chiaramente dalla decisione della Corte di Lussemburgo, il conflitto è deflagrato e si è risolto con l'adeguamento della Costituzione nazionale al diritto europeo. Certamente nel caso Kreil i contenuti del conflitto agevolavano sicuramente la Corte di giustizia nell'imporre i principi comunitari agli Stati membri. Il principio di eguaglianza sulla base del sesso è uniformemente accettato in tutti gli Stati membri, specie nella sua forma minimale, di divieto di discriminazione. Inoltre, l'apertura delle forze armate alle donne esprime una tendenza generale di tutti i paesi membri, non particolarmente controversa. Dunque nel valutare il coraggio giudiziale della Corte occorre tenere adeguatamente conto dei contenuti del conflitto, che si muoveva su un terreno non particolarmente spinoso, diversamente dai casi sulla tutela della lingua gaelica e, ancor più, sull'interruzione volontaria della gravidanza.

Schmidberger e Omega, ovvero dei diritti fondamentali «versus» le libertà fondamentali. I critici della Corte di giustizia hanno spesso insinuato sospetti sulla genuinità della tutela comunitaria dei diritti fondamentali. È stato sottolineato ripetutamente l'uso strumentale che la Corte di giustizia ha fatto dei diritti fondamentali, volto non tanto alla protezione di valori di per sé meritevoli di tutela, quanto piuttosto al rafforzamento dell'integrazione europea⁶⁶. Questa lettura darebbe ragione di una peculiarità che ha caratterizzato la giurisprudenza comunitaria che eleva al rango di diritti fondamentali le libertà di circolazione delle persone, dei servizi, delle merci e dei capitali, sulla base delle quali è stato costruito il mercato comune europeo. La tutela comunitaria dei diritti fonda-

⁶⁶ J. Coppel e A. O'Neill, *The European Court of justice: Taking rights seriously?*, in *Comm. Mark. Law. Rev.*, 1992, pp. 669 ss., ma ancora recentemente L.S. Rossi, *Costituzionalizzazione dell'Ue e dei diritti fondamentali*, in Id. (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione dell'Unione Europea*, Milano, Giuffrè, 2002, pp. 249 ss.; A.L. Young, *The Charter, Constitution and human rights*, in *European Public Law*, 2005, pp. 219.

mentali risulterebbe fortemente condizionata dagli obiettivi generali dell'integrazione europea e dunque in primo luogo dalle esigenze connesse alla realizzazione del mercato.

Per certi aspetti è del tutto naturale che il punto di vista della Corte di giustizia sui diritti fondamentali sia profondamente condizionato dal *contesto* comunitario in cui essa è chiamata ad operare, che le impone di accostarsi ai diritti sempre da un punto di vista «economico»: nei casi Grogan e Groener sopra ricordati, questioni sensibili, come i limiti all'ammissibilità dell'aborto e le esigenze di tutela della vita e della salute, sono giunte davanti alla Corte di giustizia come un problema di limiti alla libertà di prestazione dei servizi, mentre la tutela dell'identità linguistica di un popolo si presentava come limitazione alla piena realizzazione della libera circolazione dei lavoratori.

Per altri aspetti può però non risultare del tutto convincente che la Corte di giustizia tenda regolarmente a privilegiare le libertà del mercato rispetto ai diritti fondamentali.

Fino ad epoca recentissima, la Corte di giustizia ha mostrato sempre un atteggiamento di riguardo per le libertà economiche del mercato comune, rispetto ai diritti fondamentali, ogni volta che si sia reso necessario operare un bilanciamento fra i due ordini di valori. Certamente la Corte di giustizia non ha mai trattato né le libertà fondamentali, né i diritti fondamentali come prerogative o valori assoluti e di conseguenza ha sempre prestato attenzione ad operare un bilanciamento tra le ragioni delle libertà economiche e quelle dei diritti fondamentali, tuttavia, in queste complesse operazioni di bilanciamento spesso le libertà economiche hanno avuto la meglio.

È così che ci si spiega perché il caso Schmidberger del 2003⁶⁷

⁶⁷ Corte di giustizia, decisione 12 giugno 2003, C-112/2000, Schmidberger. In dottrina cfr. ad esempio il bel saggio di M. Avbelj, *European Court of justice and the question of value choices*, Jean Monnet Working Paper 06/04 e numerosissime note a sentenza, apparse su riviste di ogni lingua tra cui: A. Tancredi, *L'emersione dei diritti fondamentali assoluti nella giurisprudenza comunitaria*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2006, pp. 644 ss.; A. Alemanno, *L'articolo 28 del Trattato tra esigenze di funzionamento del mercato interno e tutela dei diritti fondamentali: alla ricerca di un possibile equilibrio*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2003, p. 1886; M. Orlandi, *La libera circolazione delle merci e deroghe giustificate da esigenze di tutela dei diritti fondamentali*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2003, p. 903; A. Biondi, *Free trade a mountain road and the right to protest: European economic freedom and fundamental individual rights*, in *European Human Rights Law Review*, 2004, p. 51; M. Pechstein, *Conflit de libertés: la liberté d'expression et de réunion face à la liberté de circulation des marchandises*, in *Recueil Le Dalloz*, 2004, p. 1962.

abbia ricevuto una grande eco nella dottrina. In tale decisione, la Corte di giustizia, chiamata a dirimere un conflitto tra una libertà fondamentale del mercato – nella specie la libertà di circolazione delle merci – e alcuni diritti fondamentali – nella specie la libertà di riunione e di espressione – ha accordato sorprendentemente prevalenza ai secondi, in un'operazione di bilanciamento in cui le esigenze dell'economia per una volta non hanno fatto premio sulle quelle dei diritti civili.

Il caso ha avuto origine da una manifestazione organizzata da un'associazione ambientalista, che ha bloccato l'autostrada del Brennero per circa 30 ore, impedendo così il passaggio delle merci attraverso una delle arterie di trasporto più importanti per la comunicazione tra il nord e il sud dell'Europa. La Schmidberger, una ditta di trasporti con sede in Germania, ha contestato all'Austria una serie di violazioni del diritto comunitario in materia di libertà di circolazione delle merci, per il fatto che le autorità austriache, alle quali pure erano stati notificati luoghi e orari della manifestazione, non avevano vietato l'occupazione dell'autostrada. Dunque nel caso si contrapponevano la libertà di circolazione delle merci, difesa dalla Schmidberger, e la libertà di espressione e di riunione, difese dall'Austria.

Nella sua decisione, la Corte di giustizia anzitutto afferma che il blocco dell'autostrada per circa trenta ore è tale da limitare il commercio intracomunitario e dunque il fatto che le autorità austriache non abbiano vietato tale blocco costituisce una misura di effetto equivalente alle restrizioni quantitative, incompatibili in linea di principio con gli obblighi del diritto comunitario⁶⁸.

Tuttavia la Corte di giustizia procede osservando che talvolta le misure di effetto equivalente possono essere giustificate, non solo per motivi esplicitamente indicati dal trattato, ma anche per esigenze legate al rispetto dei diritti fondamentali⁶⁹. Naturalmente non si tratta di decidere in astratto e una volta per tutte se la libertà di circolazione delle merci prevalga o soccomba di fronte ai diritti di riunione e di espressione. Si tratta di valutare caso per caso se, tenuto conto delle circostanze concrete e delle modalità con cui si sono svolti i fatti, sia stato osservato un giusto equilibrio tra gli interessi contrapposti. Nel caso specifico la Corte ha ritenuto che il bilanciamento sia stato equo, alla luce dell'ampia campagna informativa con cui erano stati preavvertiti gli interessati,

del fatto che percorsi alternativi erano stati predisposti e segnalati, mentre per converso il puro e semplice diniego della manifestazione avrebbe potuto generare reazioni incontrollate. A ragione, secondo la Corte, le autorità austriache hanno permesso la manifestazione, pur con il sacrificio della circolazione delle merci.

Ancor più eclatante, per certi aspetti la decisione Omega del 2004⁷⁰.

Anche in questo caso, come nel precedente Schmidberger, la Corte di giustizia ha dovuto affrontare un conflitto tra una libertà fondamentale economica protetta dal trattato, nella specie la libertà di prestazione dei servizi e in misura minore la libertà di circolazione delle merci, e le esigenze di tutela dei diritti fondamentali, che nel caso specifico riguardavano la dignità umana.

La società Omega gestiva a Bonn una attività commerciale, un laserdromo, dove si svolgevano giochi con apparecchi laser, consistenti nella simulazione di omicidi. Per la gestione di tali attività ludiche, l'Omega utilizzava apparecchiature provenienti dal Regno Unito, tramite un contratto di franchising. Le autorità tedesche sono intervenute per vietare i giochi laser che implicavano una simulazione di omicidio, per ragioni di ordine pubblico, dato che gli atti di omicidio simulato e la gratuità della violenza violavano valori etici fondamentali riconosciuti dalla collettività, in particolare la dignità umana. Il divieto delle autorità tedesche incideva così non solo sulle attività commerciali dell'Omega, ma anche sulla libertà di circolazione dei servizi e delle merci, dato che tali giochi utilizzavano apparecchiature provenienti dalla società britannica Pulsar.

Impugnato il provvedimento inibitorio presso le autorità giurisdizionali competenti, la vicenda è poi giunta davanti alla Corte di giustizia tramite rinvio pregiudiziale. La Corte di giustizia si è trovata allora a dover decidere «se sia compatibile con le disposizioni [...] relative alla libera prestazione dei servizi e alla libera circolazione delle merci il fatto che una determinata attività commerciale [...] debba essere vietata ai sensi della normativa nazionale perché viola valori fondamentali costituzionalmente sanciti»⁷¹.

Appurato che il divieto imposto dalle autorità tedesche alla società Omega costituisce sicuramente una restrizione alla libera prestazione dei servizi, la Corte ricorda che il Trattato Ce consente tali restrizioni se sono giustificate da motivi di ordine pubblico, come nel caso di specie, ovvero per altre ragioni legate ad esigenze di pubblica sicurezza e sanità pubblica che qui non rilevano.

⁶⁸ Cons. 64.

⁶⁹ Cons. 74.

⁷⁰ Decisione 14 ottobre 2004, C-36/2002, Omega.

⁷¹ Cons. 17.

La valutazione della Corte di giustizia avrebbe potuto rimanere su questo terreno, tutto determinato dalle disposizioni del trattato relative alle libertà economiche del mercato e alle loro possibili limitazioni. Invece la Corte introduce, direi volutamente, argomentazioni relative alla tutela dei diritti fondamentali. I passaggi del ragionamento della Corte di giustizia, il cui concatenamento logico invero non è sempre immediato, si snodano come segue: la nozione di ordine pubblico può variare da un paese all'altro e da un'epoca all'altra, cosicché le autorità nazionali debbono avere un certo potere discrezionale in materia⁷²; nel caso di specie la violazione dell'ordine pubblico è dovuta al fatto che lo sfruttamento commerciale della simulazione di omicidi colpisce la dignità umana, ossia un valore fondamentale della Costituzione tedesca⁷³; segue un richiamo alla consolidata giurisprudenza comunitaria sulla tutela dei diritti fondamentali in cui si sottolinea specificamente che il rispetto della dignità umana fa parte dei principi generali dell'ordinamento giuridico comunitario⁷⁴; la Corte ricorda poi che le esigenze di tutela dei diritti fondamentali possono ben giustificare limitazioni alle libertà economiche, come era avvenuto nel caso Schmidberger⁷⁵; segue una argomentazione tesa ad illustrare come una misura restrittiva di una libertà economica non debba necessariamente corrispondere ad una concezione comune a tutti gli Stati membri, cosicché il divieto di omicidi simulati corrisponde al livello di tutela garantito dalla Costituzione nazionale in Germania e quindi non incide in modo ingiustificato sulla libertà dei servizi⁷⁶, sottintendendo però che altri paesi membri possono comunque adottare soluzioni diverse, non essendo tutti obbligati a vietare tali tipi di attività commerciali in nome della dignità umana.

In questa sentenza si colgono due rami argomentativi. Il primo si incentra sulla libertà di prestazione dei servizi e sui limiti giustificati in nome dell'ordine pubblico. Il secondo, ragiona sempre sui possibili limiti alle libertà economiche, giustificati però questa volta da esigenze di tutela dei diritti fondamentali, tra cui la dignità umana. La Corte sviluppa parallelamente queste due argomentazioni, giustapponendole, senza scegliere quale tra ordine pubblico e dignità umana debba essere la ragione che giustifica nel caso di specie la restrizione alla libertà dei servizi.

Il caso avrebbe potuto essere interamente risolto argomentando unicamente in base ad esigenze di ordine pubblico. Ma la Corte ha voluto utilizzare il lessico dei diritti fondamentali, ha voluto cogliere l'occasione per affermare che la dignità umana non è solo uno dei valori fondamentali della Costituzione tedesca, ma è parte dei valori tutelati dall'ordinamento comunitario. La Corte di giustizia ha voluto sottolineare il *commitment* dell'Unione Europea per il rispetto della dignità umana, tanto è vero che ha esplicitamente fatto rinvio alle ampie considerazioni svolte dall'avvocato generale Stix-Hackl nelle sue conclusioni, relative al riconoscimento della dignità umana negli strumenti internazionali di tutela dei diritti umani, nelle Costituzioni europee e nella giurisprudenza delle Corti costituzionali europee, oltre che in vari strumenti del diritto comunitario, tra cui la Carta dei diritti fondamentali che si apre proprio con l'affermazione della tutela della dignità umana come valore inviolabile. E gli sforzi della Corte di giustizia non sono passati inosservati⁷⁷.

Dunque nel caso Omega come nel caso Schmidberger le esigenze dei diritti fondamentali prevalgono su quelle delle libertà economiche e giustificano importanti restrizioni di queste ultime. Benché il compito della Corte di giustizia fosse facilitato dalle decisioni assunte dalle autorità nazionali, in entrambi i casi più sensibili alle esigenze dei diritti fondamentali che a quelle delle libertà economiche, certamente il bilanciamento ineguale operato a favore dei diritti fondamentali registra un importante cambiamento di atteggiamento da parte della Corte di giustizia, fino ad anni recenti accusata di non essere disposta a sacrificare le necessità dell'integrazione economica neppure di fronte a palesi violazioni dei diritti fondamentali. Tuttavia nel caso Omega c'è forse qualcosa in più rispetto al caso Schmidberger, perché il discorso sui diritti e sulla dignità è stato volutamente enfatizzato. Nel caso Omega il contrasto con i diritti fondamentali risultava mediato dalla nozione di ordine pubblico: la libera prestazione dei servizi era stata limitata per esigenze di ordine pubblico, a loro volta ricollegabili al rispetto della dignità umana. Il coinvolgimento con la tematica della di-

⁷² Cons. 31.

⁷³ Cons. 32.

⁷⁴ Conss. 33 e 34.

⁷⁵ Cons. 35.

⁷⁶ Conss. 36 e 40.

⁷⁷ La decisione Omega è stata ampiamente annotata soprattutto in ambiente tedesco, ma non solo. Cfr. tra i molti commentatori A. Alemanno, *A la recherche d'un juste équilibre entre libertés fondamentales et droits fondamentaux dans le cadre du marché intérieur*, in *Revue du droit de l'Union européenne*, 2004, p. 709; A. Von Walter, *La protection de la dignité humaine face au droit communautaire*, in *L'Actualité Juridique - Droit Administratif*, 2005, pp. 153 ss.; Tancredi, *L'emersione dei diritti fondamentali assoluti nella giurisprudenza comunitaria*, cit., pp. 661 ss.

gnità umana non era indispensabile, o comunque non esigevo necessariamente l'ampio spazio che la Corte le ha voluto dedicare.

In questo si nota la scelta giudiziaria di una Corte che vuole assumersi fino in fondo il compito di una Corte dei diritti e che raccoglie tutti gli spunti che le permettono di entrare nel terreno dei diritti fondamentali. Dietro questa nuova attitudine si intravedono gli effetti discreti, ma significativi, della Carta dei diritti.

I casi sul terrorismo: «do what I do»... Le istituzioni comunitarie sono state spesso accusate di usare diversi pesi e misure in tema di diritti fondamentali, mostrando di essere assai esigenti nei confronti degli Stati membri (e ancor più nei confronti degli Stati terzi o degli Stati candidati all'adesione) e assai indulgenti nei confronti degli atti delle istituzioni comunitarie. Con la consueta efficacia il prof. Weiler anni fa usava sottolineare questo atteggiamento delle istituzioni europee con l'espressione: «Do not do what I do, do what I tell you to do». In effetti la giurisprudenza comunitaria, assai ricca di affermazioni di principio in tema di tutela dei diritti fondamentali, raramente ha riconosciuto una violazione dei diritti da parte di atti delle istituzioni comunitarie, mentre più spesso ha riscontrato tali violazioni da parte degli Stati membri.

È tenendo presente questo contesto che si può apprezzare l'importanza del caso Modjahedines⁷⁸ pronunciato dalla Corte di giustizia alla fine del 2006. La decisione si inserisce in un filone di casi sul terrorismo, che ormai conta numerose decisioni giurisdizionali. Infatti, in seguito ai tragici eventi che hanno colpito gli Stati Uniti e alcuni paesi europei dal 2001 in poi e alle misure che a livello internazionale sono state adottate per combattere il terrorismo, un nutrito filone di casi è stato portato all'esame del Tribunale di primo grado in relazione ad alcuni regolamenti del Consiglio Ue che, in attuazione di risoluzioni Onu, prevedono importanti restrizioni patrimoniali per persone ed associazioni che si reputano collegate a reti terroristiche. In tutti questi casi sul terrorismo sono state prospettate dai ricorrenti numerose violazioni dei diritti fondamentali, tra cui il diritto di proprietà, il diritto di difesa e il diritto ad un rimedio giurisdizionale effettivo. Le lamentele originano dal fatto che gli elenchi dei terroristi (o presunti terroristi) sono compilati senza consentire ai soggetti colpiti di esporre le proprie ragioni e dunque senza consentire loro di confutare le prove raccolte a loro carico, in violazione anzitutto del diritto di

⁷⁸ Sentenza del Tribunale 12 dicembre 2006, causa T-228/2002, Organisation des Modjahedines du peuple d'Iran.

difesa, che nel diritto comunitario è ampiamente tutelato non solo nell'ambito delle procedure giurisdizionali, ma anche all'interno dei procedimenti amministrativi⁷⁹. Inoltre, i ricorrenti lamentavano una violazione del diritto di proprietà, perché le sanzioni inflitte a tutti i soggetti compresi negli elenchi comportano il congelamento dei capitali e del patrimonio individuale, nonché la violazione del diritto ad un giudice e ad un giudizio, per le difficoltà che si frappongono all'impugnazione degli elenchi davanti ad una autorità giurisdizionale.

Il Tribunale di primo grado ha affrontato queste problematiche nei casi Yusuf e Kadi⁸⁰, Ayadi e Hassan⁸¹ e nel caso Modjahedines⁸² offrendo risposte diverse.

Le prime sentenze dei giudici comunitari hanno destato qualche perplessità, perché finivano per sacrificare del tutto le esigenze dei diritti fondamentali⁸³.

Nelle decisioni Yusuf e Kadi, il Tribunale di primo grado, dopo aver svolto un complesso ragionamento sui rapporti tra fonti comunitarie, fonti internazionali, diritti fondamentali e *jus cogens* ha respinto tutte le censure, ritenendo che il sindacato sugli atti comunitari impugnati avrebbe finito per riflettersi sulle risoluzioni Onu, le quali in quanto fonti di diritto internazionale prevalgono su tutto il diritto comunitario – compreso quello riguardante la tutela dei diritti fondamentali. Esse incontrano solo il limite dello *jus cogens*, che nella specie il tribunale non reputa violato.

Nei casi Ayadi e Hassan, il tribunale ha ripetuto il nucleo argomentativo delle precedenti decisioni, basato sulla constatazione che i regolamenti comunitari impugnati non esprimono un potere discrezionale delle istituzioni comunitarie, cosicché un giudizio del tribunale su tali atti comunitari diverrebbe inevitabilmente un giudizio sulle

⁷⁹ Mi sia consentito rinviare al mio *La tutela dei diritti nel procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1991, dove esamino ampiamente la giurisprudenza della Corte di giustizia sul punto, raffrontandola all'ordinamento italiano che proprio in quegli anni introduceva i diritti di partecipazione ai procedimenti amministrativi con la legge n. 241/1990.

⁸⁰ Sentenza del Tribunale 21 settembre 2005, causa T-306/2001, Yusuf; sentenza del Tribunale 21 settembre 2005, causa T-315/2001, Kadi.

⁸¹ Sentenza del Tribunale 12 giugno 2006, causa T-253/2002, Ayadi; sentenza del Tribunale 12 giugno 2006, causa T-49/2004, Hassan.

⁸² Sentenza del Tribunale 12 dicembre 2006, causa T-228/2002, Organisation des Modjahedines du peuple d'Iran.

⁸³ L. Cappuccio, *Sanzioni ad Al-Qaeda nei regolamenti comunitari: si può agire soltanto nei confronti del proprio Stato di appartenenza?*, in *Quaderni costituzionali*, 2006, pp. 821 ss.

risoluzioni Onu, che non è consentito utilizzando i consueti canoni di tutela dei diritti fondamentali garantiti a livello comunitario. Tuttavia in questo secondo gruppo di casi risulta molto più accentuato il ruolo degli Stati membri, sollecitati dal tribunale ad assicurare sia la possibilità di utilizzare le vie diplomatiche per agire presso gli organi delle Nazioni Unite per la cancellazione dalle liste di terroristi, sia a garantire adeguati rimedi giurisdizionali in caso di rifiuto dello Stato di inoltrare la richiesta di cancellazione al Comitato Onu.

Il caso *Modjahedines*, invece, si distingue da entrambi questi due gruppi di precedenti, perché il tribunale accerta una violazione dei diritti fondamentali e annulla la decisione del Consiglio Ue che annovera l'*Organisation des Modjahedines du peuple d'Iran* negli elenchi dei terroristi per violazione del diritto di difesa, dell'obbligo di motivazione e del diritto ad un ricorso giurisdizionale.

La diversa risposta del tribunale in quest'ultimo caso si giustifica per il fatto che, a differenza dei precedenti, l'inclusione dei ricorrenti negli elenchi dei terroristi non era stato effettuato direttamente dagli organi delle Nazioni Unite. Come si è visto, tutte le decisioni pregresse riguardavano situazioni in cui le istituzioni comunitarie si erano limitate a trasporre nell'ordinamento giuridico comunitario alcune risoluzioni del Consiglio di sicurezza e alcune decisioni del Comitato delle sanzioni che imponevano il congelamento dei fondi degli interessati, nominativamente individuati. Dunque le istituzioni comunitarie non avevano esercitato alcun potere discrezionale nella compilazione degli elenchi, né nella comminazione delle sanzioni, e quindi in quei casi non era possibile far valere la tutela dei diritti fondamentali comunitari, perché ciò avrebbe costretto il tribunale a «colpire» gli atti del Consiglio di sicurezza dell'Onu e del Comitato delle sanzioni, che non sono soggetti a tali diritti – ma solo al nucleo essenziale dei diritti fondamentali che può ritenersi parte dello *jus cogens* – né rientrano nella giurisdizione degli organi di giustizia comunitari.

Il caso *Modjahedines*, invece, riguarda un soggetto che non risulta incluso negli elenchi predisposti dagli organi dell'Onu. L'*Organisation des Modjahedines* è stata colpita con sanzioni economiche in virtù di una scelta discrezionale delle istituzioni europee, che in applicazione di una risoluzione Onu⁸⁴, erano tenute

ad individuare le persone fisiche e giuridiche che commettano o tentino di commettere atti di terrorismo, o agevolino e fiancheggiino tali persone ed organizzazioni, e a comminare loro le sanzioni del congelamento dei fondi e degli strumenti finanziari. Dal momento che il Consiglio Ue nel dare attuazione alla risoluzione Onu 1373(2001) era dotato di ampi poteri discrezionali, il Tribunale di prima istanza ritiene pienamente applicabili il diritto di difesa e l'obbligo di motivazione, benché bilanciati con le esigenze della sicurezza della Comunità e dei suoi Stati membri⁸⁵ e il diritto ad un rimedio giurisdizionale effettivo invocati dalla ricorrente. Il che conduce il tribunale a pronunciarsi per l'annullamento della decisione del Consiglio, per violazione dei diritti sopra menzionati, nella parte in cui si applica alla ricorrente.

La scelta dei giudici comunitari è stata certamente molto coraggiosa. Non solo il tribunale ha utilizzato la sanzione dell'annullamento dell'atto impugnato, cosa che non accade così frequentemente, nemmeno nella giurisprudenza delle Corti costituzionali nazionali, che sembrano preferire i rimedi di natura interpretativa o le correzioni parziali all'annullamento degli atti che recano violazioni ai diritti dei singoli; non solo i giudici comunitari hanno mostrato per una volta di saper essere più severi ed esigenti nei confronti delle proprie istituzioni, rispetto a quanto richiesto agli organi internazionali e agli organi degli Stati membri; ma, dato di non minor rilievo, i giudici comunitari hanno sperimentato la loro capacità di essere rigorosi nella tutela dei diritti su uno dei terreni più spinosi, dato che la gravità della situazione internazionale tende ad attutire la sensibilità verso i diritti dei sospetti terroristi e genera una maggiore propensione verso le esigenze della sicurezza⁸⁶ piuttosto che verso quelle della giustizia e della libertà.

K.B. e Richards, ovvero delle nuove frontiere dell'«incorporation». I casi *K.B.*⁸⁷ e *Richards*⁸⁸ sono le decisioni più recenti pronunciate dalla Corte di giustizia in relazione ai diritti dei transessuali⁸⁹. Entrambi i casi hanno origine dall'ordinamento britannico,

⁸⁵ Cons. 137 e 151.

⁸⁶ Cfr. ora P. Bonetti, *Terrorismo, emergenza e Costituzioni democratiche*, Bologna, Il Mulino, 2006.

⁸⁷ Decisione 7 gennaio 2004, C-117/2001, *K.B.*

⁸⁸ Decisione 26 aprile 2006, C-423/2004, *Richards*.

⁸⁹ Su questi aspetti e sull'importante influenza della Corte di Strasburgo cfr. più ampiamente i contributi di E. Crivelli e di S. Ninatti in questo volume.

⁸⁴ Risoluzione del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite 28 settembre 2001, 1373/2001. Decisione del Consiglio 2 maggio 2002, n. 2002/334/Ce e decisione del Consiglio 17 giugno 2002, n. 2002/460/Ce entrambe contenenti il nome dell'organizzazione ricorrente.

dove vigeva – all'epoca dei fatti – una singolare situazione normativa che da un lato permetteva il cambiamento di sesso e lo sosteneva anche attraverso il servizio sanitario nazionale; d'altro lato però non consentiva che il mutamento di sesso venisse registrato all'anagrafe, impedendo così al transessuale di godere dello *status* riservato alle persone del sesso cui viene ad appartenere dopo l'intervento.

Così nel primo caso la signora K.B. non ha mai potuto contrarre matrimonio con il suo convivente R., una persona nata di sesso femminile e registrata allo stato civile come tale, diventata uomo in seguito ad intervento medico. Come conseguenza dell'impossibilità di contrarre matrimonio, il signor R. non avrebbe neppure potuto godere del diritto alla pensione di reversibilità della moglie, che il sistema previdenziale inglese legittimamente riserva alle coppie sposate, escludendo i conviventi di fatto. Di qui la causa davanti alla Corte di giustizia, per violazione del principio di non discriminazione sulla base del sesso, tutelato dalle fonti comunitarie scritte, ma protetto anche dalla Corte di giustizia come principio generale non scritto, come diritto fondamentale della persona umana.

Nel secondo caso, invece, la signora Richards, nata uomo e in seguito sottoposta ad un trattamento sanitario e ad intervento chirurgico per diventare donna, avanzava il diritto di poter accedere alla pensione di vecchiaia al compimento del 60° anno di età, soglia riservata dall'ordinamento inglese alle donne. Anche in questo caso, poiché la legislazione britannica non consente la modifica dello stato civile, la signora Richards si è vista rifiutare la domanda, poiché dai documenti anagrafici risulta tuttora essere uomo, cosicché il diritto alla pensione di vecchiaia sarebbe maturato al compimento dei 65 anni di età.

In entrambi i casi la legislazione inglese viene ritenuta incompatibile con il principio di non discriminazione sulla base del sesso e il Regno Unito, più volte stigmatizzato e dalla Corte di Lussemburgo e dalla Corte di Strasburgo per il divieto di correggere i dati anagrafici registrati alla nascita in caso di mutamento di sesso, ha finito per adeguare la propria legislazione alle richieste provenienti dall'ordinamento europeo.

Un aspetto interessante di questa giurisprudenza è che i diritti fondamentali comunitari incidono, in questi casi, sul regime dello stato civile britannico, materia sicuramente estranea e lontana dalle competenze della Comunità. La Corte di giustizia, muovendo da casi di portata limitata e rientranti di certo nelle materie di sua competenza – quali sono i problemi del divieto di discriminazione di genere nel godimento delle pensioni di reversibilità e della

determinazione dell'età pensionabile – finisce però per occuparsi di una tematica che di certo gli Stati non hanno inteso devolvere alle istituzioni comunitarie, quale può essere lo *status* giuridico dei transessuali o le regole che governano l'anagrafe civile.

Per attingere a tali problematiche la Corte di giustizia in vero dilata i confini dell'*incorporation*. Si era detto⁹⁰ che l'ambito di applicazione dei diritti fondamentali comunitari ricomprende, oltre che gli atti delle istituzioni comunitarie, anche gli atti delle autorità degli Stati membri che rientrano nel campo del diritto europeo, e che questo accade in due principali ipotesi: quando gli atti statali costituiscono un'applicazione del diritto comunitario e quando gli Stati agiscono in deroga ad una delle libertà fondamentali del mercato.

Ora, evidentemente i casi K.B. e Richards non rientrano in nessuna delle due ipotesi. La legislazione inglese censurata non costituisce né una normativa di attuazione o di esecuzione di norme comunitarie, e neppure di un atto in deroga alle libertà fondamentali economiche. Come afferma esplicitamente la Corte di giustizia, la legislazione inglese sull'anagrafe non mette in pericolo direttamente un diritto tutelato dall'ordinamento comunitario, ma incide su *una delle condizioni* per il suo godimento. La disparità di trattamento non riguarda, dunque, il riconoscimento della pensione di reversibilità o dell'età pensionabile, ma «una condizione preliminare indispensabile», ossia, la trascrizione del mutamento di sesso e dunque la capacità di contrarre matrimonio.

È presto per dire se sia stata inaugurata una nuova diramazione della dottrina dell'*incorporation*, che affianca gli atti statali che danno attuazione al diritto comunitario e quelli che derogano ad una libertà economica anche quelli che costituiscono *condizioni preliminari* per il godimento di un diritto fondamentale comunitario. Se così fosse, l'impatto della giurisprudenza comunitaria sui diritti fondamentali negli ordinamenti interni si amplierebbe a dismisura. Se la Corte decidesse di consolidare la nozione di condizione preliminare per definire il campo di applicazione dei diritti fondamentali comunitari si potrebbe arrivare potenzialmente al totale assorbimento della tutela dei diritti fondamentali a livello comunitario, facendo cadere i limiti di competenza così accuratamente sanciti nella Carta dei diritti. Allora dal vuoto dei trattati si sarebbe compiuta interamente la parabola verso la *Grundrechtsgemeinschaft*, prospettata in apertura.

⁹⁰ Cfr. *supra*, pp. 25 ss.

4. La Carta e la Corte: effetti legittimanti ed effetti ermeneutici

La carrellata giurisprudenziale potrebbe proseguire, illustrando ad esempio il nutrito filone di sentenze riguardanti la cittadinanza europea e i ricongiungimenti familiari⁹¹, ovvero passando in rassegna le decisioni riguardanti il diritto di voto per le elezioni del Parlamento europeo⁹², o ancora illustrando le sinergie che nel tempo si sono venute creando con la tutela dei diritti fondamentali garantita dalla Corte di Strasburgo⁹³, o ancora esaminando le decisioni riguardanti i limiti dell'accesso alla tutela giurisdizionale posti dall'articolo 230, par. 4, recentemente affrontati nella prospettiva del diritto fondamentale a un giudice e a un giudizio⁹⁴.

Indubbiamente qualcosa è cambiato nell'atteggiamento della Corte di giustizia verso i diritti fondamentali. Chi osservi da vicino la giurisprudenza comunitaria oggi risponderebbe affermativamente alla domanda posta tanti anni fa provocatoriamente: «the European Court of Justice: taking rights seriously?». Indiscutibilmente oggi si leggono molte decisioni dei giudici comunitari in cui i diritti fondamentali sono presi molto sul serio. Certamente la *visibilità* dei diritti, ora raccolti nella Carta, invita di più gli avvocati e i giudici nazionali a prospettare davanti alla Corte di giustizia questioni che coinvolgono i diritti fondamentali e da parte sua la Corte non le lascia cadere. Le occasioni di pronunciarsi in termini di diritti fondamentali vengono colte e ricercate. Le argomentazioni in materia di diritti fondamentali si dilatano e occasionalmente si arriva persino a pronunciare l'annullamento di misure normative irrispettose dei diritti individuali. I diritti, che in passato spesso apparivano invocati come mero orpello retorico, incominciano ad incidere sui rapporti giuridici portati all'esame della Corte di giustizia. In questo sviluppo non si può non cogliere l'effetto benefico della Carta dei diritti fondamentali.

Come non applaudire una Corte che dimostra di saper sacrificare occasionalmente le esigenze degli operatori economici di fronte alla dignità umana, come è avvenuto nel caso Omega, o di fronte alle esigenze della libertà di espressione, come è avvenuto nel caso Schmidberger? Come non restare ammirati dal coraggio di una Corte che cancella l'organizzazione dei Modjahedines dalla lista dei terroristi in nome del loro diritto di difesa?

I temuti effetti di congelamento e di paralisi dell'attivismo giurisdizionale in materia di diritti fondamentali non si sono verificati e al contrario il risultato è stato l'irrobustimento della Corte di giustizia come Corte dei diritti. Oggi, a distanza di alcuni anni dall'approvazione della Carta di Nizza si può dire senz'altro che i diritti fondamentali sono ancor più saldamente nelle mani della Corte di giustizia e che l'autorevolezza di quest'ultima si sta progressivamente consolidando.

La Carta dei diritti sembra aver rafforzato la posizione della Corte di giustizia sotto un duplice profilo: da un lato essa ha prodotto un *effetto legittimante*, dall'altro un *effetto ermeneutico*.

La scrittura della Carta ha colmato il vuoto dei testi dei trattati che aveva reso tanto incerti i passi della giurisprudenza comunitaria ai suoi inizi. Gli elementi testuali in base ai quali si faceva rientrare la tutela di diritti fondamentali nelle competenze della Corte di giustizia erano debolissimi e anche l'introduzione dell'articolo 6 nel Trattato sull'Unione Europea non aveva sanato del tutto la fragilità iniziale. L'approvazione della Carta offre ora un solido fondamento alla costruzione giurisdizionale della tutela dei diritti. La Corte di giustizia, a differenza di molte altre Corti costituzionali, risultava indebolita nel suo compito di garante dei diritti finché non ha avuto alle spalle un testo capace di riflettere, nel bene e nel male, l'identità costituzionale condivisa dell'Unione Europea⁹⁵. Certo vi è qualcosa di paradossale nel fatto che l'effetto legittimante della Carta si sia prodotto in mancanza (o in attesa) dei suoi effetti giuridici. Tuttavia, il fatto che immediatamente dopo la sua proclamazione la Carta dei diritti sia stata invocata e applicata da molti giudici nazionali, comprese le Corti costituzionali, e compaia regolarmente nelle decisioni del Tribunale di primo grado oltre che nelle conclusioni degli avvocati generali, ha creato intorno a tale documento un'aura di giuridicità che spiega il potenziale di le-

⁹⁵ M. Rosenfeld, *Comparing constitutional review by the European Court of justice and the U.S. Supreme Court*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2006, vol. 4, 4, p. 618.

⁹¹ Ampiamente trattati in questo volume nel contributo di S. Ninatti.

⁹² Corte di giustizia, decisione 12 settembre 2006, n. C-300/2004, *Eman e Scriver* e decisione 12 settembre 2006, n. C-145/2004, *Spagna v. Regno Unito*.

⁹³ Ampiamente trattati in questo volume nel contributo di M. Gennusa.

⁹⁴ I limiti dell'accesso dei privati alla giustizia comunitaria dovuti alla formulazione dell'articolo 230, par. 4 Trattato Ce sono stati oggetto di numerosi interventi del Tribunale di primo grado e della Corte di giustizia. Può essere interessante notare che recentemente la Corte di giustizia è intervenuta nuovamente sul problema affrontandolo in termini di violazione dei diritti fondamentali, escludendo che le restrizioni poste dalla suddetta disposizione del trattato contrastino con i diritti alla difesa giurisdizionale, come protetti dalla Cedu e dalla Corte di Strasburgo: decisione 18 gennaio 2007, n. C-229/2005 P, *Osman Ocalan*.

gittimazione che si è prodotto anche nei confronti della Corte di giustizia.

Ancora più evidenti sono gli effetti ermeneutici della Carta dei diritti.

Come ogni testo normativo scritto, anche la Carta dovrebbe servire a limitare gli spazi interpretativi dei giudici. Questa, almeno, è la concezione diffusa dalla plurisecolare tradizione dei paesi di *civil law*, alla quale si ispirano a torto o a ragione gli ordinamenti dell'Europa continentale dalla Rivoluzione francese in poi. Eppure, è sotto gli occhi di tutti che la scrittura della Carta non sembra aver coartato le scelte della Corte di giustizia, ma al contrario, sembra produrre effetti liberatori.

Anzitutto vi è da considerare che l'obiettivo di ridimensionare il ruolo del potere giudiziario attraverso la scrittura della legge non è stato conseguito neppure negli ordinamenti nazionali che si ispirano a tale tradizione. La storia ha ampiamente dimostrato che l'attività giurisdizionale non può mai essere ridotta a meccanica applicazione della legge nelle forme del sillogismo giudiziale, tanto che molti ritengono che «il giudice soggetto solo alla legge» sia un principio costituzionale in crisi, da ripensare anche a livello nazionale.

Inoltre, vi è da considerare che nel caso della Carta dei diritti fondamentali la scrittura del testo va ad operare in un sistema multilivello, di cui essa costituirà solo una delle molteplici componenti all'interno di un complesso sistema di fonti di produzione normativa. La Carta dei diritti fondamentali sarà priva di quella pretesa di esclusività tipica invece delle codificazioni ottocentesche negli ambiti degli Stati nazionali dell'epoca. Essa andrà ad affiancarsi a 27 Costituzioni nazionali, alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, ad un ampio spettro di principi costituzionali non scritti, elaborati da tutte le Corti supreme che si occupano di diritti fondamentali e specialmente dalla Corte di Lussemburgo e di Strasburgo. Come ben sanno gli osservatori dei sistemi di *common law*⁹⁶, questo fatto garantirà un'ampia discrezionalità dei giudici, ed anzi la potenzierà. Infatti, una delle principali ragioni che spiegano l'ampiezza della discrezionalità esercitata dai giudici nei sistemi di *common law* è la possibilità che ad essi è offerta di attingere ad una pluralità di fonti per l'esercizio del *judicial review*. Prima

ancora che la mancanza o la limitatezza di un diritto scritto, è la molteplicità di fonti concorrenti a caratterizzare il mondo della *common law* rispetto a quello della *civil law*, con le note ricadute sul piano dei poteri dei giudici.

Infine vi è da considerare che il testo della Carta è, per così dire, a maglie larghe. Le disposizioni che la compongono sono fraseggiate in modo molto ampio, e dunque non pongono argini stretti ai suoi interpreti. Per trovare un compromesso soddisfacente per tutti gli Stati membri rappresentati nella Convenzione, oltre che per le istituzioni comunitarie, la Carta usa una tecnica redazionale molto ampia, che si limita a codificare principi e valori fondamentali generalmente condivisi, rinviando gli aspetti più controversi agli ordinamenti giuridici nazionali: «La dignità umana è inviolabile. Essa deve essere rispettata e tutelata», «Ogni individuo ha diritto alla vita», «Ogni individuo ha diritto alla propria integrità fisica e psichica», «Ogni individuo ha diritto alla libertà e alla sicurezza», «Ogni individuo ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare». Di fronte ad un testo così fraseggiato, le opzioni interpretative restano tutte aperte e disponibili e nel passaggio tra il valore proclamato e la sua concretizzazione applicativa la discrezionalità dell'interprete gioca un ruolo di grande rilievo.

Per questo, lungi dall'atrofizzare la creatività giurisdizionale, la scrittura della Carta dei diritti fondamentali finirà probabilmente per potenziare ulteriormente il ruolo dei giudici comunitari, da sempre vero snodo vitale per lo sviluppo dell'integrazione comunitaria.

5. Il rischio del «colonialismo giurisdizionale»

In tutto questo fervore vi sono però anche delle potenziali vittime e qui il ragionamento ci porta a lambire problematiche profonde e complesse, che eccedono di gran lunga gli obiettivi del presente scritto. Ci limiteremo, perciò a sollevare qualche interrogativo e ad offrire qualche spunto di riflessione.

Come in ogni fase di attivismo giurisdizionale anzitutto vi è il rischio che il *gouvernement des juges* finisca per assorbire anche compiti spettanti alle sedi politiche. È vero che la protezione dei diritti fondamentali è un compito precipuamente giurisdizionale, ma è vero anche che a volte in ordine ai diritti fondamentali si pone un problema di *decisione*, prima ancora che di tutela. I problemi che nascono ad esempio dalla tensione tra la tutela della famiglia e il riconoscimento del matrimonio tra persone dello

⁹⁶ Cfr., recentemente, lo splendido affresco di M. Rosenfeld, *Constitutional adjudication in Europe and in the United States: Paradoxes and contrasts*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2004, pp. 633 e 646.

stesso sesso, ovvero tra la tutela del concepito e la legalizzazione dell'aborto, tra la protezione della vita e della libertà di fronte al diritto alle cure mediche, al divieto di accanimento terapeutico e dell'eutanasia, tra il rispetto di ogni forma di vita umana e la libertà della ricerca scientifica, tra l'accesso alla fecondazione medicalmente assistita e il divieto di pratiche eugenetiche – per limitarci a menzionare alcuni tra i problemi che ricorrono negli anni recenti in tutti gli ordinamenti giuridici – rivolgono alle istituzioni nuove domande di tutela, che esigono anzitutto che si decida se *nuovi diritti fondamentali* siano da annoverare nel nostro patrimonio giuridico e culturale. Affidare la soluzione di questi dilemmi ai giudici può facilmente alimentare la tendenza a trattare come diritto fondamentale ogni interesse individuale, ogni domanda di tutela che la società rivolge al diritto, ogni esigenza di protezione che si affacci nella vita sociale, allungando così a dismisura i contenuti delle carte dei diritti. Rivolgendo direttamente ai giudici la richiesta di risolvere le problematiche sopra evocate, senza l'intermediazione di alcuna decisione legislativa, il rischio è che tutte le esigenze vengano qualificate come diritti fondamentali e che alla fine l'esito sia la banalizzazione dei diritti fondamentali. Casi come *Perruche e Vo*⁹⁷ bene rappresentano questa tendenza: di fronte ad un errore medico, che ha condotto alla nascita di una bambina gravemente malformata, la domanda rivolta al giudice non è quella di un risarcimento del danno, ma una pretesa basata su un presunto «diritto a nascere sani» o addirittura su un «diritto a non nascere», una pretesa che introduce, a parere di chi scrive, un errore di prospettiva. In assenza di una risposta legislativa adeguata, la domanda di riparazione del danno e di giusto conforto sul piano economico viene portata davanti al giudice con una qualificazione giuridica che mette in campo un nuovo, discutibile, diritto fondamentale.

Oggi le questioni eticamente e scientificamente controverse e i problemi legati dalla convivenza fra diverse culture⁹⁸ pongono nuovi interrogativi che forse non è bene affidare direttamente ed esclusivamente alle istanze giurisdizionali. Esiste e vogliamo davvero riconoscere un diritto fondamentale all'aborto, un diritto fondamentale all'eutanasia, un diritto fondamentale a nascere sani, un diritto fondamentale ad avere un figlio? Questa domande – che

sono oggi le domande scottanti sui diritti fondamentali⁹⁹ – esigono anzitutto una decisione, che probabilmente deve essere assunta in prima battuta dalle istituzioni politiche, perché in tali decisioni si riflette tanto una esigenza universale, quanto la cultura e la *Weltanschauung* di ciascun popolo in una data epoca storica. Il ruolo delle Corti dovrebbe semmai entrare in seconda battuta, per assicurare che le decisioni politiche assunte non violino altri diritti già presenti e consolidati nell'ordinamento.

Inoltre, quando l'attivismo giudiziale è esercitato da una Corte che si colloca in un sistema multilivello, come è la Corte di giustizia, il rischio è che tra le vittime compaiano anche le Corti costituzionali nazionali e le stesse Costituzioni nazionali.

Chi coglieva nell'approvazione della Carta dei diritti la tentazione di istituire una *Grundrechtsgemeinschaft* non mancava di segnalare che la scrittura della Carta avrebbe facilmente provocato un effetto centralizzatore, attraendo gradualmente a livello europeo la tutela dei diritti fondamentali, contemporaneamente svuotando quella garantita dalle Costituzioni nazionali ed erodendo i limiti di competenza in cui l'azione delle istituzioni comunitarie in materia di diritti fondamentali dovrebbe svolgersi¹⁰⁰.

Queste previsioni si stanno puntualmente verificando.

Casi come *K.B. e Richards* costituiscono indiscutibili esempi di invasione della tutela comunitaria dei diritti in ambiti spettanti alle Costituzioni nazionali. In fondo, perché deve essere la Corte di giustizia di Lussemburgo ad imporre all'ordinamento inglese il riconoscimento dei diritti dei transessuali? Non bastano le cure delle Corti britanniche e della Corte di Strasburgo?¹⁰¹ Casi come *K.B. e Richards* espandono la tutela comunitaria dei diritti sui presupposti e sulle condizioni preliminari per l'applicazione delle normative comunitarie e tracciano nuovi e più ampi confini dell'azione dei giudici comunitari in materia di diritti. Se la Corte di giustizia consoliderà questo orientamento sul campo di applicazione dei diritti fondamentali, i limiti di competenza all'applicazione della

⁹⁹ Cfr. le belle pagine di A. Barbera, «Nuovi diritti»: attenzione ai confini, in L. Califano (a cura di), *Corte costituzionale e diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2004, pp. 19 ss.

¹⁰⁰ Von Bogdandy, *The European Union as a human right organization?*, cit., pp. 1316-1318. L'effetto standardizzante è bene sottolineato anche da A.C. Pereira-Menaut, *A Plea for a compound res publica europea: Proposal for increasing constitutionalism without increasing statism*, in *Tulane European and Civil Law Forum*, 2003, pp. 97-98.

¹⁰¹ È da notare che la Corte di Strasburgo non aveva mancato di intervenire sul punto, come emerge dall'analisi svolta da E. Crivelli in questo volume.

⁹⁷ Cfr. ampiamente su questi aspetti il contributo di L. Violini e A. Osti in questo volume.

⁹⁸ Cfr. sul punto C. Di Martino in questo volume.

Carta accuratamente tracciati dall'articolo 51 perderanno valore. Come era stato acutamente osservato, mano a mano che crescerà l'importanza attribuita alla Carta dei diritti dell'Unione Europea, più difficile sarà spiegare al grande pubblico, e persino ai giuristi e ai giudici che la Carta è stata pensata per avere un campo di applicazione limitato, rivolgendosi essenzialmente alle istituzioni comunitarie e agli Stati nel momento in cui danno applicazione al diritto comunitario¹⁰².

Inoltre, come dimostra il caso Kreil, questa espansione può anche comportare il sacrificio di principi stabiliti dalle Costituzioni nazionali. L'espansione del campo di applicazione dei diritti fondamentali comunitari non mette in gioco solo un problema di giurisdizione – il ruolo della Corte di giustizia che occupa spazi di spettanza statale – ma anche un problema sostanziale, di contenuto di valore, perché potrebbe accadere che la «versione» comunitaria di alcuni diritti non corrisponda del tutto a quella di uno o più Stati membri.

Il fatto che casi come K.B., Richards e Kreil siano generalmente stati supportati nel merito dal favore dell'opinione pubblica e dei commentatori non deve oscurare la trasformazione che si sta operando nei rapporti tra sistema comunitario di tutela dei diritti e sistemi costituzionali nazionali. Avallando tali sviluppi bisogna essere consapevoli che essi si prestano poi ad essere utilizzati in casi più controversi, in cui le divergenze di valore tra le Costituzioni nazionali e l'ordinamento comunitario possono essere più brucianti¹⁰³.

Le questioni eticamente controverse nelle problematiche dei diritti fondamentali, pur riguardando vicende comuni ad ogni persona umana, hanno ricevuto e ricevono risposte diverse nei vari ordinamenti. Le questioni che riguardano la convivenza fra culture diverse – ed *in primis* quelle legate alla laicità e alla libertà di religione – riguardano ogni uomo e sorgono in ogni gruppo sociale, eppure hanno trovato risposte diverse nel corso della storia e anche oggi sono affrontate secondo tradizioni peculiari in ciascuno degli ordinamenti europei¹⁰⁴.

L'approvazione della Carta dei diritti ha avuto l'effetto di alimentare una corrente di pensiero, autorevolmente accreditata soprattutto in Germania, ma con importanti riflessi in tutto il continente, che auspica lo sviluppo di valori comuni europei – uno «*jus comune europeo*»¹⁰⁵ o un «*patrimonio costituzionale europeo*»¹⁰⁶ – destinato non solo a costituire una base di cultura giuridica genericamente condivisa in tutta l'Unione Europea, ma ad informare la vita pubblica dell'intera società europea, grazie all'opera dei giudici e degli altri interpreti dei valori comuni. Una visione irenica¹⁰⁷, in cui tutto il continente si unifica intorno a valori onnicondivisi. Una visione aristocratica¹⁰⁸, in cui l'unificazione passa essenzialmente attraverso le penne dei giudici.

Recentemente, questa visione è stata addirittura proiettata a livello globale, auspicando una vera e propria «comunione» dei giudici costituzionali¹⁰⁹ che dovrebbero imparare a guardare fuori dal proprio giardino di casa, per imparare dalle esperienze altrui, come si farebbe con «un amico ricco di esperienza a cui si chiede consiglio»¹¹⁰, specie quando si deve prendere posizione sui diritti fondamentali controversi. Questa corrente di pensiero, in verità alimenta il dibattito americano da molto tempo, ben prima di approdare nel vecchio continente, ed ha emblematicamente contrapposto due tra i più autorevoli *Justices* della Corte suprema americana, Antonin Scalia e Stephen Breyer, il primo fautore di un'interpretazione originalista della Costituzione americana e del relativo *Bill of Rights* – «do not impose foreign law on Americans»¹¹¹ –,

¹⁰⁵ Se all'origine di questa irenica visione dell'integrazione europea basata su valori comuni si deve senz'altro annoverare I. Pernice, *Multilevel constitutionalism in the European Union*, in *European Law Review*, 2002, pp. 511 ss., tuttavia occorre sottolineare che anche la dottrina costituzionalistica italiana non manca di autorevoli esponenti di questa linea di pensiero, tra i quali si deve ricordare almeno G. Silvestri, *Verso uno ius commune europeo dei diritti fondamentali*, in *Quaderni costituzionali*, 2006, pp. 7 ss.

¹⁰⁶ A. Pizzorusso, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna, Il Mulino, 2002.

¹⁰⁷ Luciani, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, cit.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 23. Sul rischio che il timore di una tirannia della maggioranza conduca a una visione oligarchica, cfr. le splendide pagine di M.A. Glendon, in *A matter of interpretation*, Princeton, N.J., Princeton University Press, 1997, pp. 95 ss.

¹⁰⁹ G. Zagrebelsky, *Le Corti costituzionali, le Costituzioni democratiche, l'interdipendenza e l'invisibilità dei giudici costituzionali*, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it*, p. 1.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 5.

¹¹¹ Così A. Scalia, in *www.taemag.com*.

¹⁰² F.G. Jacobs, *European convention of human rights, the Eu Charter on fundamental rights and the European Court of justice*, in *www.ecln.net*.

¹⁰³ Di qui la giusta critica di M. Luciani, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it*, p. 25, alle teorie del *multilevel constitutionalism* nella parte in cui occultano la dimensione del conflitto.

¹⁰⁴ J.H.H. Weiler, *Un'Europa cristiana*, Milano, Rizzoli, 2003.

e il secondo decisamente aperto alle influenze esterne, al punto da arrivare a menzionare in una *separate opinion* una decisione della Corte suprema dello Zimbabwe¹¹².

In fondo, questi auspici alla europeizzazione o alla globalizzazione dei diritti fondamentali sono mossi da uno spunto senz'altro condivisibile che si radica nella dimensione universale dei diritti fondamentali, i quali riguardano esigenze comuni ad ogni uomo, che si riassumono nella dignità umana¹¹³. Perciò dopo che il ceto dei giuristi ha archiviato il giusnaturalismo in un capitolo della storia del pensiero giuridico, il bisogno di liberare la tutela dei diritti fondamentali dall'angusta dimensione del positivismo¹¹⁴, di cui si è nutrita la cultura giuridica europea degli ultimi secoli, ha intrapreso la strada dell'europeizzazione e dell'internazionalizzazione dei diritti fondamentali.

Nei diritti fondamentali c'è un'aspirazione all'universalità, che giustifica il bisogno di superare i limiti dei testi scritti, troppo presto obsoleti di fronte alle nuove domande e alle richieste provenienti dalla società, e anche di superare i confini del singolo ordinamento giuridico; ma in essi c'è anche una *dimensione storica*, in cui si riflette la tradizione e la coscienza più profonda di ciascun popolo, di cui le Carte costituzionali costituiscono una delle espressioni precipue. Radicata nel valore della dignità umana, l'idea dei diritti fondamentali contiene necessariamente una *dimensione universale*. Radicata nelle specificità religiose, morali, linguistiche e politiche di ogni popolo, l'applicazione concreta di tali diritti avviene all'insegna della particolarità e del pluralismo¹¹⁵. Per molto tempo la paura del giusnaturalismo ha spinto a mantenere la tutela dei diritti fondamentali saldamente legata ai testi scritti. Tutto il dibattito dottrinale e la giurisprudenza costituzionale degli anni ottanta e novanta sull'articolo 2 della Costituzione italiana come clausola riassuntiva¹¹⁶ e sull'immodificabilità

della prima parte della Costituzione oggi sembra una forma di protezionismo, troppo timorosa degli effetti che si potrebbero produrre dall'immissione di nuovi diritti nell'ordinamento costituzionale. Oggi il clima culturale è cambiato e delle concessioni che non sono state fatte al diritto naturale ha beneficiato il diritto europeo: i nuovi diritti fondamentali a cui la giurisprudenza costituzionale ha resistito per lungo tempo, oggi con estrema facilità vengono importati in nome delle scelte effettuate dai giudici europei. Il testo della prima parte della Costituzione, circondato da un'aura di sacralità, è stato giustamente protetto da ogni tentativo di revisione costituzionale, ma ciò non impedisce che i suoi contenuti siano significativamente influenzati e rimodulati dalle tendenze dominanti in Europa.

Questa improvvisa virata, però, corre il rischio di sacrificare le specificità culturali e la ricchezza delle tradizioni giuridiche che caratterizza la natura pluralistica dell'Unione Europea, che ne costituisce il tratto ontologico più originale e la sorgente della sua ricchezza culturale.

Per parte loro la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la Corte di Strasburgo sono in una posizione assai più favorevole a preservare le identità culturali dei numerosi ordinamenti che fanno parte del sistema della Convenzione: il valore di minimo comune denominatore che svolge la Convenzione rispetto alle Costituzioni nazionali, la natura sussidiaria dei rimedi giurisdizionali davanti alla Corte di Strasburgo rispetto a quelli interni e soprattutto la dottrina del margine di apprezzamento¹¹⁷, consentono al sistema Cedu di meglio destreggiarsi alla ricerca del difficile equilibrio tra universalità e pluralismo dei diritti fondamentali. La Corte di Strasburgo si rivolge individualmente al singolo Stato ed eventualmente lo condanna in caso di violazione dei diritti fondamentali, non enuncia invece un principio direttamente applicabile anche negli altri ordinamenti del sistema Cedu, e questo elemento dovrebbe essere sempre tenuto adeguatamente presente quando ci si riferisce alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, specie da parte dei giudici nazionali¹¹⁸.

Più delicata è la posizione della Corte di giustizia, le cui affermazioni in materia di diritti fondamentali tendono ad assu-

2, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, Zanichelli, 1975.

¹¹² Cfr. in questo volume i contributi di D. Tega e P. Tanzarella.

¹¹³ Sul punto, più ampiamente il mio *La Cedu e l'ordinamento italiano: rapporti tra fonti, rapporti tra giurisdizioni*, in www.dsg.unife.it.

¹¹² Il dibattito è ben rappresentato in *Transcription of discussion between U.S. Supreme Court justices Antonin Scalia and Stephen Breyer*, Washington College of Law, 13 January 2005, in www.american.edu/media.

¹¹³ Su questo punto cfr. il contributo di M. Zanichelli in questo volume.

¹¹⁴ Questa impostazione è chiarissima in Silvestri, *Verso uno ius commune europeo dei diritti fondamentali*, cit., pp. 16 ss.

¹¹⁵ P.G. Carozza, *Uses and misuses of comparative law in international human rights*, in *Notre Dame Law Review*, 1998, p. 1235; M.A. Glendon, *Catholic Thought and Dilemmas of Human Rights*, in Id., *Traditions in Turmoil*, cit., pp. 355 ss.

¹¹⁶ M.C. Ponthoreau, *La reconnaissance des droits non écrits par les cours constitutionnelles italienne et française*, Paris, Puf, 1994. In tale dibattito per molto tempo l'unica voce dissenziente è stata quella di A. Barbera, *Commento all'art.*

mere un valore assoluto e a fissare lo standard che deve essere necessariamente rispettato in tutta l'Unione¹¹⁹. Una volta che un diritto fondamentale entra nella sfera della giurisdizione della Corte di giustizia esso diviene un diritto fondamentale europeo, con grave difficoltà per gli Stati nazionali e per le Corti nazionali a svincolarsi dagli standard fissati dalla Corte di giustizia. Le decisioni della Corte di giustizia hanno valore in tutti gli Stati membri anche se il caso è originato da un particolare ordinamento giuridico: i casi K.B. e Richards, per restare sugli esempi qui trattati, riguardano l'ordinamento inglese in prima battuta, ma vincolano qualunque altro Stato membro che abbia una normativa paragonabile a quella inglese, cioè che vieti la trascrizione all'anagrafe del mutamento di sesso. Per far valere la giurisprudenza K.B. e Richards fuori dal Regno Unito non occorrerebbe una nuova pronuncia della Corte di giustizia, ma potrebbero essere gli stessi giudici nazionali, a livello diffuso, a far valere i principi comunitari, eventualmente disapplicando le leggi interne incompatibili.

Di qui il rischio di un «colonialismo giurisdizionale» in materia di diritti fondamentali. Come la storia ci ha mostrato, il colonialismo si sviluppa all'insegna della civilizzazione, ma in più di un'occasione in nome della civilizzazione sono stati sacrificati i patrimoni culturali e storici già esistenti.

Ci sono modelli giuridici forti¹²⁰ che dominano il diritto dell'Unione Europea e tendono a occupare le istituzioni comunitarie e per tale via a emarginare i modelli più deboli. In mancanza di antidoti intrinseci paragonabili al margine di apprezzamento e al principio di sussidiarietà vigenti nella Cedu, occorre una rigorosa delimitazione della giurisdizione della Corte di Lussemburgo che possa contrastare il rischio che in nome della tutela dei diritti fondamentali si produca una omologazione culturale in tutta l'Unione Europea. Occorre che la Corte di Lussemburgo mantenga la sua missione di garante dei diritti fondamentali strettamente all'interno dei confini dettati dal campo di applicazione dei diritti fondamentali comunitari, sia per quanto riguarda gli atti sottoponibili al

sindacato della Corte sia in relazione agli ambiti di competenza. Le espansioni del campo di applicazione dei diritti fondamentali comunitari che sono sottintese in casi come K.B. ad esempio, potrebbero condurre molto, forse troppo lontano.

Sotto un altro profilo, se si vuol evitare di sacrificare la pluralità delle tradizioni costituzionali esistenti, occorre che la categoria dei diritti fondamentali non sia dilatata eccessivamente. Più ci si allontana dal nucleo essenziale dei diritti fondamentali, più aumentano le divergenze storiche e culturali tra i vari ordinamenti giuridici, che oggi – è bene ricordarlo a costo di essere banali – sono ben 27 nell'Unione Europea. Ogni volta che si fa nascere un nuovo diritto fondamentale si corre il rischio di urtare la sensibilità costituzionale di qualche componente dell'Unione Europea, mentre a ben vedere molte esigenze di tutela possono essere soddisfatte in altro modo, senza scomodare l'impegnativa categoria dei diritti fondamentali. La proliferazione dei diritti fondamentali, specie se avviene attraverso la giurisprudenza della Corte di Lussemburgo, può intaccare l'equilibrio costituzionale portante dell'intera Unione. Lo *jus commune europeo* o, se si vuole, le «tradizioni costituzionali comuni» sono una realtà senz'altro riconoscibile intorno ad un nucleo ristretto e consolidato di valori, mentre sono una categoria tanto più incerta e vacillante, quanto più ci si allontana da quel nucleo essenziale di valori davvero comuni. Occorre allora molta prudenza nell'immettere nuovi diritti fondamentali a livello europeo, perché ogni nuovo elemento introdotto a quel livello potrebbe scardinare gli equilibri esistenti. Dopo tutto il compito precipuo delle Corti è *tutelare* i diritti fondamentali più che *riconoscerne* di nuovi, o addirittura *crearne*.

D'altra parte, il destino delle tradizioni culturali nazionali in Europa è affidato in prima istanza alle istituzioni nazionali, e tra esse un ruolo di spicco spetta alle Corti costituzionali, che dovrebbero esprimere la voce viva della loro società e del loro ordinamento. Una Corte di giustizia audace nel decidere sui diritti fondamentali ha bisogno di interlocutori forti, che la costringano ad attenersi entro i suoi confini di azione e che le permettano di svolgere la sua missione mantenendo vive tutte le tradizioni costituzionali presenti negli Stati dell'Unione. La Corte di giustizia basa la sua opera sulle voci e sulle tradizioni che sanno farsi sentire, e se qualcuna manca o si esprime troppo debolmente è destinata a divenire recessiva e così si impoverisce il patrimonio culturale di tutta l'Europa. Solo se le Corti costituzionali e le altre istituzioni nazionali sapranno interpretare ed esprimere fieramente lo specifico apporto delle proprie tradizioni costituzionali, esse faciliteran-

¹¹⁹ Ha colto pienamente questa differenza Panunzio, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, cit., p. 58, dove, dopo aver raffrontato la tutela dei diritti accordata dalla Corte di Strasburgo a quella della Corte di Lussemburgo, afferma: «il ruolo della Corte di Strasburgo è più esteso, mentre quello della Corte di Lussemburgo è più penetrante».

¹²⁰ Così G. Alpa, *Tradition and Europeanization in Italian Law*, London, 2005, pp. 111 ss.

no la Corte di giustizia nell'individuare le «tradizioni costituzionali comuni», permettendole così di svolgere la sua missione di garante dei diritti in piena fedeltà al motto che descrive l'identità dell'Unione Europea: «Unita nella diversità».