

Note e commenti

ILENIA MASSA PINTO, *Il contenuto minimo essenziale dei diritti costituzionali e la concezione espansiva della Costituzione*

p. 1095

DOMENICO SORACE, *L'insegnamento del diritto amministrativo*

p. 1119

Recensioni

SERGIO LARICCIA, *Diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 2000;
GIAMPAOLO ROSSI, *Introduzione al diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2000; DOMENICO SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Bologna, Il Mulino, 2000 (ALDO TRAVI)

p. 1137

GIUSEPPE VOLPE, *Il costituzionalismo nel Novecento*, Roma-Bari, Laterza, 2000 (PIETRO CIARLO)

p. 1151

M. LONG - P. WEIL - G. BRAIBANT - P. DEVOLVÉ - B. GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, XII édit., Paris, Dalloz, 1999 (BRUNO TONOLETTI)

p. 1159

GABRIELE PASQUINI - ALDO SANDULLI (a cura di), *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato* (Prefazione di Sabino Cassese), Milano, Giuffrè, 2001 (BRUNO TONOLETTI)

p. 1169

SØREN SCHØNBERG, *Legitimate Expectations In Administrative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2000 (DARIA DE PRETIS)

p. 1191

Abstracts

p. 1205

Notizie sugli Autori

p. 1213

Indice generale dell'annata 2001

ARMIÑ VON BOGDANDY

COMUNITÀ DI DIRITTI FONDAMENTALI
COME META DELL'INTEGRAZIONE?
I DIRITTI FONDAMENTALI
E LA NATURA DELL'UNIONE EUROPEA (*)

Sommario: 1. Introduzione. - 2. Una politica dei diritti dell'uomo dell'Unione europea? - 2.1. L'Unione europea come avanguardia di una politica progressiva dei diritti fondamentali? - 2.1.1. L'esigenza di una politica dei diritti fondamentali. - 2.1.2. 'Diritti fondamentali' come settore di intervento? - 2.1.3. Carenze nella tutela dei diritti fondamentali? - 2.1.4. Diverse concezioni dei diritti sociali fondamentali. - 2.1.5. Sulla inscindibilità tra libertà negative e libertà positive. - 2.2. Una politica progressiva dei diritti fondamentali ed il principio di sussidiarietà. - 2.3. Che fare? - 2.3.1. L'inevitabilità di una politica dei diritti fondamentali dell'Unione europea. - 2.3.2. Tre diversi livelli di applicazione dei diritti fondamentali. - 3. Intensificazione dei controlli giurisdizionali? - 3.1. L'insufficiente consistenza del controllo. - 3.1.1. Il livello di protezione attuale. - 3.1.2. Futuri terreni di conflitto. - 3.1.3. Problemi di un più alto livello di tutela. - 3.1.4. Diritti fondamentali e libertà fondamentali: due pesi e due misure? - 3.1.5. Sul consenso costituzionale in Europa. - 3.2. Definizione dell'ambito della tutela e presupposti dell'intervento. - 3.2.1. Le modalità di verifica della Corte di giustizia. - 3.2.2. Limiti nella dimostrazione pratica. - 3.2.3. Un'alternativa radicale. - 4. Un nuovo fondamento per l'ordinamento giuridico europeo? - 4.1. Costituzionalizzazione: che cos'è? - 4.2. Prospettive di una tale costituzionalizzazione. - 5. Considerazioni conclusive.

Le istituzioni politiche dell'Unione europea (salvo il Consiglio europeo) hanno proclamato, nell'occasione della riunione di Nizza del Consiglio europeo, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Questo avvenimento costituisce un'occasione per interrogarsi sulle funzioni dei diritti fondamentali nella politica del diritto europea, nella

(*) Il presente saggio riproduce, con lievi modifiche e aggiornamenti, quello pubblicato sulla rivista «Juristenzeitung», che si ringrazia per averne autorizzato la pubblicazione. La traduzione è di Andrea Orsi Battaglini.

giurisprudenza e nella costruzione scientifica del diritto dell'Unione e per sottoporre a verifica l'attuale situazione.

Al tempo stesso verranno poste in luce prospettive di interpretazione della Carta.

1. *Introduzione.* - La finalità dell'integrazione europea è quella di creare una comunità di diritti fondamentali? Non è certo fuorviante intendere l'integrazione europea come un processo di costante crescita del rilievo dei diritti fondamentali nell'ordinamento giuridico europeo, per cui ad essi verrebbe attribuito un peso sempre crescente in una sempre più stretta connessione tra i popoli europei. In effetti i diritti fondamentali, benché non menzionati nei trattati originari, hanno acquisito, a partire dai tardi anni Sessanta, un peso crescente⁽¹⁾ e di recente tale processo sembra aver subito una accelerazione.

Un segno particolarmente chiaro in proposito è la decisione del Consiglio europeo, nella sua riunione di Colonia, di far predisporre una Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in quanto «la tutela dei diritti fondamentali è un principio fondamentale dell'Unione europea e un irrinunciabile presupposto della sua legittimità. (...) Appare necessario (...) elaborare una Carta di questi diritti per dare un sicuro fondamento alla loro sovraordinazione e al loro significato per i cittadini dell'Unione»⁽²⁾. La commissione (denominata Convenzione) incaricata della preparazione di tale Carta, a seguito di successivi miglioramenti, adottati sulla base degli stimoli provenienti dall'opinione pubblica, coinvolta anche attraverso strumenti elettronici, presentò il 26 settembre del 2000, un «Progetto della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea» che trovò il consenso del Consiglio europeo nella riunione di Biarritz del 13-14 ottobre 2000; la Carta venne poi proclamata in occasione

(1) PERNICE, *Grundrechtsgehalte im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, 1979; CASSESE - CLAPHAM - WEILER (a cura di), *Human Rights and the European Community*, vol. III, 1991. I termini «diritti umani» e «diritti fondamentali» vengono usati in questo testo come sinonimi.

(2) <http://db.consilium.eu.int./DF/intro.asp?lang=de>.

del vertice di Nizza, dopo l'approvazione di tutte le istituzioni coinvolte tranne il Consiglio europeo stesso⁽³⁾:

La proclamazione di questa Carta⁽⁴⁾, indipendentemente dalla sua natura giuridica provvisoria e da quella definitiva, potrebbe far parte di un processo di sostanziale mutamento dell'Unione e del suo sistema giuridico. Questa possibile trasformazione, le sue potenzialità e i suoi pericoli (e non la Carta come tale) costituiscono l'oggetto di questo lavoro. Per stabilirne l'entità è utile uno sguardo retrospettivo. L'ordinamento giuridico europeo nacque come strumento di una organizzazione con uno scopo chiaro e limitato: fu creato cioè con il fine di conseguire l'integrazione dei popoli e degli Stati europei attraverso l'unificazione dei loro mercati nazionali. Il diritto europeo fu così lo strumento di una profonda ristrutturazione politica e sociale: il suo compito essenziale non è stato quello della tutela del singolo, ma la trasformazione delle società democratiche al fine di un comune futuro europeo. I diritti fondamentali furono presi in considerazione soltanto in modo graduale e comunque solo allo scopo di delimitare il potere delle istituzioni sopranazionali⁽⁵⁾. Fino ad ora essi non hanno determinato fini, compiti o attivi-

(3) <http://db.consilium.eu.int./dfdocs/EN/04422EN.pds>; per progetti precedenti, v. BIBER - DE GUCHT - LENAERTS - WEILER (a cura di), *Au nom des peuples européens. In the name of the peoples of Europe*, 1996, p. 365 ss.; per una storia dello sviluppo della Carta, v. ALBERS, *Die Kodifikation von Grundrechtsnormen im Recht der Europäischen Union*, in F.S. GRIMM, 2000, p. 130; per una ampia documentazione cfr. DEUTSCHER BUNDESTAG, *Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 2001.

(4) La discussione che si è sviluppata sulla Carta mostra chiaramente che essa, pur essendo convincente nelle sue linee fondamentali, richiede un'ulteriore ampia discussione pubblica prima di poter essere deliberata in una forma giuridicamente vincolante. Cfr. RUBIO LORENTE, *Mostrar los derechos sin destruir la Unión*, e ALONSO GARCIA, *Las cláusulas horizontales de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, ambedue in GARCIA DE ENTERRÍA - ALONSO GARCIA (a cura di), *La Encrucijada Constitucional de la Unión Europea*, 2002. Molto critico PESCATORE, *Guest Editorial: Nice-Aftermath*, *CML Rev.* 38 (2001), p. 265, 267.

(5) Una rassegna della relativa giurisprudenza si trova in SUDRE - QUELLEN - RAMBON - SALVEJO, *Droit communautaire des droits fondamentaux*, 1999.

tà dell'Unione e delle sue istituzioni. Secondo l'art. 2 TrUE e l'art. 2 TrCE il mercato comune sovrasta tutti gli altri scopi.

Viene peraltro avvertita in modo crescente, tanto sul piano politico-giuridico che su quello dogmatico, l'esigenza di attribuire ai diritti fondamentali quella collocazione centrale che fino ad ora è stata propria del mercato comune. Se quest'idea dovesse affermarsi, i diritti fondamentali verrebbero a determinare in senso contenutistico il sistema giuridico europeo, invece di stabilirne soltanto i confini (nel senso di norme limitative della competenza) come è avvenuto fino ad ora. In tal modo i diritti fondamentali assumerebbero un ruolo primario nelle attività dell'Unione.

La loro nuova definizione come nucleo centrale dell'ordinamento giuridico sovranazionale sembra presentare, a prima vista, solo dei vantaggi: diversamente da quanto avviene per il mercato comune e per le politiche tecnicistiche ad esso conseguenti, i diritti fondamentali potrebbero offrire all'Unione una forte, sicura e indiscutibile *raison d'être*.

Il presente contributo mostrerà peraltro come vi siano buoni motivi per considerare in senso critico una simile prospettiva e per usare molta cautela rispetto ad un mutamento strutturale dell'ordinamento giuridico europeo; e al tempo stesso, nell'espone le ragioni di ciò, fornirà un orizzonte interpretativo alla Carta dei diritti fondamentali.

Si possono distinguere tre strategie per una trasformazione dell'ordinamento giuridico europeo.

La prima riguarda la politica del diritto, in quanto esigenza di rivalutare i diritti fondamentali come nucleo della politica dell'Unione.

La seconda riguarda il rapporto tra questi e la giurisdizione, in quanto richiede alla Corte europea un controllo più approfondito e una più precisa analisi dei diritti fondamentali.

La terza richiede una ricostruzione dogmatica del sistema giuridico e si rivolge quindi anzitutto alla scienza giuridica. Tali approcci, tanto separatamente che nel loro insieme, attribuiscono ai diritti fondamentali una centralità nelle politiche e nel sistema giuridico maggiore di quanto

non abbiano avuto finora e la discussione in proposito consente di indagare su alcune questioni nodali relative alla Carta.

2. *Una politica dei diritti dell'uomo dell'Unione europea?* - Attualmente una politica dei diritti fondamentali (o dei diritti dell'uomo) dell'Unione europea esiste solo in una forma rudimentale⁽⁶⁾. Come esempi si possono portare anzitutto alcuni aspetti della politica estera⁽⁷⁾ o il problema della reazione nei confronti della partecipazione al governo della FPÖ in Austria⁽⁸⁾. Sebbene il progetto della Carta non preveda espresamente l'introduzione di una politica dei diritti fondamentali, esso potrebbe porre un accento significativo in tale direzione. La Carta, ad esempio, potrebbe servire come criterio di un meccanismo di sorveglianza dell'Unione secondo l'art. 7 TrUE, che ha per oggetto la garanzia generale dei diritti fondamentali negli Stati membri, ovvero essere assunta come criterio per la valutazione della idoneità di Stati terzi all'ingresso nell'Unione. Solo in base ad una simile lettura acquistano un significato effettivo alcune disposizioni come il divieto della pena di morte di cui

⁽⁶⁾ Questo articolo intende l'Unione come un'organizzazione che ricomprende le tre Comunità. La Carta dei diritti conferma questo concetto poiché essa parla esclusivamente di organi e istituzioni dell'Unione, ma evidentemente considera l'attività degli organi come regolata dai trattati comunitari; in dettaglio, v. VON BOGDANDY, *The legal case for unity*, CML Rev. 36 (1999), p. 887 ss.

⁽⁷⁾ Sulla politica estera v. RAT DER EUROPÄISCHEN UNION, *Jahresbericht zur Menschenrechtslage 1998-1999*, 2000, p. 17 ss.; nonché CLAPHAM, *Where is the EU's Human Rights Common Policy?*, in ALSTON (a cura di), *The EU and Human Rights*, 1999, p. 62; HOFMEISTER, *Menschenrechts- und Demokratieklauseln in den Außenbeziehungen der Europäischen Gemeinschaften*, 1998.

⁽⁸⁾ *Agence Europe* n. 7645, 1 febbraio 2000, p. 9; SCHORKOFF ritiene illegittima la maggior parte dei provvedimenti dei 'quattordici': *Verletzt Österreich die Homogenität der Europäischen Union?*, DVBl. 2000, p. 1036; WINKLER, *Europa quo vadis, Die Anatomie eines europäischen Willküraktes*, ZEUS 2000; diversamente HUMMER - OBWEKER, *Die Wahrung der 'Verfassungsgrundsätze' der EU*, EuZW 2000, p. 485; inoltre PERNTHALER HILPOLD, *Sanktionen als Instrument der Politikkontrolle*, integration 2000, p. 105; SCHNEDER, *Österreich in Acht und Bann*, integration 2000, p. 120.

all'art. 2, co. 2, della Carta⁽⁹⁾. La competenza per la creazione di simili meccanismi rientra nei compiti e nelle competenze di cui all'art. 7 TrUE⁽¹⁰⁾. Inoltre il contenuto della Carta non si esaurisce in garanzie negative ma comprende anche doveri di protezione e garanzie di effettività dei diritti sociali (v. ad esempio gli art. 1, 8, 24, 25, 26, da 27 a 38 della Carta). E neppure un ampio sviluppo di una politica dei diritti fondamentali è escluso in base all'art. 51, co. 2, della Carta laddove essa non fonda «competenze nuove o compiti nuovi per la Comunità e per l'Unione». Le attuali competenze dell'Unione inoltre offrono già sufficiente fondamento per corrispondenti attività dell'Unione a tutela dei diritti fondamentali⁽¹¹⁾.

2.1. *L'Unione europea come avanguardia di una politica progressiva dei diritti fondamentali?*

2.1.1. *L'esigenza di una politica dei diritti fondamentali.* - Lo sviluppo di una specifica politica dei diritti fondamentali è stato ripetutamente auspicato. In particolare la direzione generale V della commissione (Occupazione e affari sociali) e il Parlamento europeo si sono impegnati in passato per attribuire un maggiore significato alla politica dei diritti fondamentali⁽¹²⁾. In campo scientifico l'esigenza di una politica dei diritti fondamentali dell'Unione europea è stata sollevata con forza da Philip Alston e Joseph Weiler nella loro introduzione al volume «*The EU and*

⁽⁹⁾ Un'altra spiegazione sarebbe che la Carta 'tiene di riserva' delle disposizioni per il caso della edificazione di un super-Stato europeo. In ogni caso vi sono assai poche disposizioni del tutto estranee alle competenze dell'Unione.

⁽¹⁰⁾ Ad esempio, la perdurante situazione dei senza tetto a Francoforte sul Meno potrebbe condurre - sulla base dell'art. 34, co. 3, della Carta - a una più intensa sorveglianza del sistema tedesco di sicurezza sociale.

⁽¹¹⁾ V., ad esempio, art. 7 TrUE; art. 12, co. 2, art. 13, art. 18, art. 63, art. 136, art. 137, art. 141, co. 2, art. 177, co. 2, art. 179 TrCE; inoltre WEILER - FRIES, *A Human Rights Policy for the European Community and Union: The Question of Competences*, in ALSTON (nota 7) p. 147, 154: «*General principle of human rights competences*».

⁽¹²⁾ V. l'elenco di documenti in ALSTON (nota 7), p. 939-940.

the Human Rights»⁽¹³⁾. Essi sostengono, in questo contributo, che l'Unione europea dovrebbe fornire internazionalmente un modello di politica dei diritti fondamentali coerente, energico e orientato al futuro⁽¹⁴⁾.

Le implicazioni di un simile orientamento verranno esaminate sulla base delle loro argomentazioni.

L'approccio di Alston e Weiler comporta anzitutto un rimprovero alla scienza giuridica, quello cioè di aver lavorato negli ultimi venticinque anni in un'ottica troppo ristretta⁽¹⁵⁾. Il focus della elaborazione scientifica è stato quello di seguire la giurisprudenza della Corte europea relativa ai diritti fondamentali, in particolare attraverso studi comparatistici e analisi critiche delle sue decisioni alla luce del patrimonio delle esperienze costituzionalistiche nazionali⁽¹⁶⁾. Questi lavori sono essenzialmente orientati verso i testi normativi e la giurisprudenza. Alla tutela giudiziaria dei diritti fondamentali Alston e Weiler dedicano appena 2½ delle loro 63 pagine, in quanto essi considerano questo focus come insufficiente. Le implicazioni disciplinari di quello proposto non sono da sottovalutare: la scienza giuridica si trasforma qui da scienza ermeneutica, orientata al testo normativo, in una disciplina collocata nell'ambito della scienza politica e della scienza dell'amministrazione con accentuati caratteri socio-tecnologici.

⁽¹³⁾ ALSTON - WEILER, *An Ever Closer Union' in Need of a Human Rights Policy*, in ALSTON (nota 7), p. 3. Il loro punto di vista ha influenzato in modo decisivo il Comitato dei Saggi che ha redatto la *Human Rights Agenda For the European Union for the Year 2000. Leading by Example*, stampata in ALSTON (nota 7), Annex (p. 917).

⁽¹⁴⁾ ALSTON - WEILER, (nota 7), p. 7.

⁽¹⁵⁾ ALSTON - WEILER, (nota 7), p. 13.

⁽¹⁶⁾ AKANDJI - KOMBÉ, *Jurisprudence communautaire récente en matière de droits fondamentaux*, *Cahier de droit européen* 1998, p. 353; RENGELING, *Grundrechtsschutz in der Europäischen Gemeinschaft*, 1993; v. anche gli ampi rinvii alla letteratura in ALSTON (nota 7), p. 929-939; BEUTLER, in VON DER GROEBEN - THIESING - EHLERMANN (a cura di), *Kommentar zum EU-/EG-Vertrag*, V ediz., 1997, Art. F, n. 86-97; KÖHLING, *Die Kommunikationsfreiheit als europäisches Gemeinschaftsgrundrecht*, 1999, p. 544-584.

Riguardo alla presunta insufficienza di una tutela giurisdizionale, Alston e Weiler esortano la scienza e la comunità giuridica ad ampliare l'angolo visuale e ad occuparsi in modo più intenso delle altre possibilità di realizzazione dei diritti fondamentali, la cui politica riguarderebbe tutti gli organi politici e amministrativi e non solo quelli giudiziari.

Al centro delle loro considerazioni stanno dunque istituzioni come il Consiglio e la Commissione europea, rispetto a cui propongono rilevanti mutamenti organizzatori e procedurali, come ad esempio un apposito commissario che venga posto a capo di una direzione generale per i diritti fondamentali⁽¹⁷⁾, o una agenzia che vigili sulla loro osservanza da parte delle istituzioni dell'Unione europea, degli Stati membri e dei privati⁽¹⁸⁾.

2.1.2. *'Diritti fondamentali' come settore di intervento?* - Queste proposte organizzative non sono fine a sé stesse, ma sono strumentali rispetto alla loro esigenza centrale, che è quella di una politica dei diritti fondamentali «cut from a single cloth», di carattere generale, coerente, equilibrato e orientato al futuro⁽¹⁹⁾. Questo presuppone che sia identificabile un settore della politica *Diritti fondamentali*, come accade per la tutela dei consumatori o la tutela dell'ambiente: e ciò è quanto meno dubbio.

I diritti fondamentali influiscono nei campi più diversi della politica e sembra quindi difficile concepirli come un settore specifico che ricomprenda unitariamente cose tanto diverse come i problemi della proprietà, la libertà di circolazione, la libertà di informazione, l'uguaglianza, l'antirazzismo o il miglioramento delle condizioni di vita e di la-

⁽¹⁷⁾ ALSTON - WEILER, (nota 7), p. 40-42, 45-52.

⁽¹⁸⁾ ALSTON - WEILER, (nota 7), p. 55-59. Il Parlamento europeo si occupa già di questioni relative a diritti fondamentali indipendentemente dal fatto che si verifichi una lesione da parte dell'Unione, di uno Stato membro o di un privato. Esso rivendica dunque una generale competenza nel campo dei diritti fondamentali; v. EP-Dok. A5-60/2000; A5-50/2000.

⁽¹⁹⁾ ALSTON - WEILER, (nota 7), p. 8-9.

vorio delle donne⁽²⁰⁾. Le disposizioni della Carta proclamata contengono qualche indicazione praticamente per ciascun settore della vita sociale. E cosa deve intendersi per «considerazione ampia e coerente»? Preminenza dei diritti fondamentali? Questo lascia irrisolta la più discussa e difficile questione relativa ai diritti fondamentali, e cioè i conflitti tra essi. Gli autori vi fanno un riferimento quando parlano dell'esigenza di una «forward looking human rights policy». Ciò richiede però una corrispondente teoria dello sviluppo storico che non viene in alcun modo delineata. Sembra piuttosto che l'era dei più massicci interventi pubblici nei processi sociali diretti a promuovere la libertà individuale sia stato il XX° secolo⁽²¹⁾. Certamente una coerente politica dei diritti fondamentali potrebbe consistere nella garanzia delle esigenze elementari dell'umanità quali sono stabilite nel capitolo primo della Carta sotto il titolo «dignità dell'uomo». Ma questa problematica riguarda fino ad ora solo la politica estera dell'Unione⁽²²⁾. Per tutti gli altri aspetti della tutela dei diritti fondamentali non si delinea invece alcun criterio generale e coerente per una specifica politica dei diritti stessi. Sussiste una fondamentale differenza tra clausole trasversali, come quella relativa alla parità tra uomo e donna di cui all'art. 3, co. 2, TrCE, e i diritti fondamentali in generale.

Osservazioni analoghe possono essere svolte riguardo alla possibilità di dotare una politica dei diritti fondamentali di una propria struttura amministrativa.

In nessuno degli Stati membri esistono un ministro o una amministrazione generale per i diritti fondamentali. La loro garanzia consegue principalmente attraverso l'effettività dello stato di diritto; e questa vie-

⁽²⁰⁾ VESTING, *Von der liberalen Grundrechtstheorie zum Grundrechtspluralismus*, in GRABENWARTER et al. (a cura di), *Allgemeinheit der Grundrechte und Vielfalt der Gesellschaft*, 1994, p. 9, 12 ss.

⁽²¹⁾ HOBBSBORN, *Das Gesicht des 21. Jahrhunderts*, 2000, p. 44, 46.

⁽²²⁾ Alston e Weiler lasciano intendere che l'Unione pretende dagli Stati terzi un livello di applicazione dei diritti fondamentali che la stessa Unione e gli stessi Stati membri non realizzano, (nota 7), p. 7, 28 ss. Se ciò corrispondesse alla realtà sarebbe giustificata una severa critica; ma ciò necessita di una più ampia dimostrazione.

ne assicurata anzitutto dai controlli interni delle norme superiori effettuati dagli esperti di diritto (e i diritti fondamentali costituiscono un aspetto centrale della formazione giuridica), come avviene ad esempio nel Servizio giuridico della Commissione, e, in ultima istanza, attraverso i giudici. Solo per la tutela di alcuni specifici diritti singoli Stati membri hanno creato istanze amministrative particolari, come ad esempio per la tutela dei diritti delle donne o per la tutela contro la discriminazione razziale⁽²³⁾.

Un'amministrazione generale dei diritti fondamentali si troverebbe prevedibilmente in continuo conflitto con numerose altre amministrazioni, che non sarebbero disposte a veder disconoscere la propria competenza relativa ai diritti fondamentali nei loro ambiti di intervento politico.

2.1.3. *Carenze nella tutela dei diritti fondamentali?* - L'esigenza di nuovi specifici organi politici e amministrativi per la tutela dei diritti fondamentali è strettamente collegata con la loro concezione contenutistica sostenuta da Alston e Weiler. È evidente che entrambi non vedono alcuna insufficienza nella difesa dei diritti fondamentali classici nei confronti di interventi di organi dell'Unione. Essi non condividono la critica che i corrispondenti controlli ad opera della Corte europea siano insufficienti⁽²⁴⁾. Il loro approccio si rivolge in una direzione del tutto diversa ed è strettamente collegato con l'esigenza di un mutamento da una integrazione negativa ad una positiva nel campo dei diritti fondamentali. Il substrato concettuale è quello del programma del mercato unico: si intende come integrazione negativa l'integrazione del mercato comune attraverso l'effetto di deregolamentazione delle quattro libertà fondamentali, che vengono realizzate attraverso i giudici, mentre con integrazione positiva si indica l'intervento regolativo delle istituzioni politiche

⁽²³⁾ V. LAKIN, *The Impact of the Equal Treatment Directive in the United Kingdom: Blessing or Burden?*, in DASHWOOD - O'LEARY (a cura di), *The Principle of Equal Treatment in the E.C. Law*, 1997, p. 153, 156.

⁽²⁴⁾ V. *sub par. 3.*

dell'Unione⁽²⁵⁾. Secondo Alston e Weiler la riflessione sui diritti fondamentali ha fino ad ora preso in considerazione solo l'aspetto dell'integrazione negativa, cioè la tutela contro interventi che riguardino diritti fondamentali. La loro proposta consiste nell'aggiungere all'aspetto dell'integrazione negativa quello dell'integrazione positiva, realizzando cioè un politica europea dei diritti fondamentali di carattere generale.

La necessità di una tale nuova politica sarebbe tutta da dimostrare. Una nuova politica è necessaria quando la situazione presente non si mostra più soddisfacente.

Secondo le dichiarazioni ufficiali e la Carta stessa non ci sono carenze essenziali nella tutela dei diritti fondamentali nell'Unione.

È evidente dal suo tenore letterale che la Carta non è rivolta principalmente al miglioramento di una situazione insufficiente. Al contrario secondo la quarta proposizione del preambolo, essa intende anzitutto soltanto rendere «più visibili» i diritti fondamentali e «in tal modo rafforzare la tutela». Alston e Weiler invece disegnano un quadro preoccupante dell'attuale situazione dei diritti fondamentali nell'Unione. Ciononostante, gli esempi da loro portati a dimostrazione della necessità di una risoluta politica dei diritti fondamentali presentano una connessione assai debole con atti di organi dell'Unione o degli Stati membri adottati nell'attuazione del diritto dell'Unione. Gli autori portano come argomenti la rinascita del razzismo e della xenofobia, l'insufficiente osservanza delle norme in materia di uguaglianza e dei divieti di discriminazione, l'insufficiente garanzia dei diritti economici sociali e culturali dei gruppi svantaggiati e delle minoranze nonché l'insoddisfacente situazione giuridica dei rifugiati e di coloro che chiedono asilo⁽²⁶⁾. Essi rivendicano inoltre, in una prospettiva dei diritti umani ispirata alla prassi degli Stati Uniti d'America, una legislazione contro le molestie sessuali sul luogo di lavoro e il dovere del datore di lavoro di provvedere ad una equilibra-

⁽²⁵⁾ SCHARFF, *Regieren in Europa. Effektiv und demokratisch?*, 1999, p. 47 ss.; MARO, *We, the Court*, 1998, p. 109 ss.

⁽²⁶⁾ ALSTON - WEILER, (nota 7), p. 14 ss.

composizione del proprio staff⁽²⁷⁾. Quindi Alston e Weiler non chiedono solo una riforma delle istituzioni dell'Unione, ma anche una riforma sostanziale. Se un simile modo di vedere dovesse affermarsi, la prospettiva dei diritti fondamentali muterebbe sostanzialmente i criteri della discussione nella maggior parte dei settori della politica sociale e del diritto.

Nella prospettiva della realizzazione di un determinato diritto fondamentale, protetto quantomeno parzialmente contro le decisioni della maggioranza⁽²⁸⁾, interi campi di intervento politico andrebbero ridiscussi.

2.1.4. *Diverse concezioni dei diritti sociali fondamentali.* - Come già sostenuto, la Carta non condivide le valutazioni allarmistiche di Alston e Weiler. Tuttavia essa contiene elementi che potrebbero sostenere analoghe rivendicazioni di una più attiva politica dei diritti fondamentali. Essa prevede ad esempio in modo espresso alcuni doveri di tutela dei diritti fondamentali (art. 1; art. 8, co. 1, art. 24, art. 26) e contiene - particolarmente nel capo IV - una serie di prescrizioni che prima, secondo la Carta sociale europea, rappresentavano soltanto dei compiti⁽²⁹⁾.

Certo, l'ambito di tutela di queste disposizioni è descritto con accuratezza⁽³⁰⁾. Tuttavia esse consentono interpretazioni diverse del loro contenuto.

Esse potrebbero essere intese come costituzionalizzazione di pretese alla soddisfazione di bisogni elementari finora garantiti soltanto dalla legge ordinaria, mentre all'Unione verrebbe attribuito il compito di rea-

⁽²⁷⁾ ALSTON - WEILER, (nota 7), p. 16, 60.

⁽²⁸⁾ KOSKENIEMI, *The Effects of Rights on Political Culture*, in ALSTON (nota 7), p. 99 ss.

⁽²⁹⁾ SUDRE, *Droit international et européen des droits de l'homme*, III ediz., 1997, p. 178.

⁽³⁰⁾ Non diritto al lavoro, ma accesso a un servizio di collocamento (art. 29 della Carta) e tutela contro il licenziamento ingiustificato (art. 30 della Carta), non diritto all'abitazione, ma diritto all'assistenza abitativa (art. 34, co. 3, della Carta).

lizzarne la garanzia e lo sviluppo⁽³¹⁾. Secondo questa lettura i diritti fondamentali previsti dalla Carta implicherebbero una politica sostanziale dell'Unione europea per la loro realizzazione.

Le disposizioni della Carta, però, consentono anche una lettura più restrittiva: esse cioè garantirebbero soltanto una protezione contro atti dell'Unione limitativi dei livelli di tutela assicurati dalle leggi degli Stati membri (v. in particolare artt. 29, 30, 34 e 35 della Carta). Ma anche secondo questa lettura restrittiva verrebbe attribuito alla Carta un peso rilevante: non è affatto escluso che il diritto del lavoro e i sistemi di sicurezza sociale nazionali vengano riformati dall'Unione, non essendo numerosi i sistemi politici nazionali in grado di realizzare simili riforme di struttura⁽³²⁾.

Ma allora la Carta, se questa lettura dovesse affermarsi, diventerebbe la corda di salvataggio per la garanzia dello *status quo*, o quantomeno porterebbe a complessi conflitti nel campo dei diritti fondamentali.

L'art. 30 della Carta potrebbe dunque essere senz'altro interpretato nel senso che esso garantisce un livello di protezione paragonabile a quello del diritto del lavoro tedesco ora vigente, costituzionalizzando in tal modo il regime giuridico attualmente disciplinato dalla legge ordinaria.

Secondo un terzo modo di lettura le disposizioni della Carta - come l'attuale Carta sociale - porrebbero soltanto dei compiti e non dei diritti soggettivi, per cui la configurazione di pretese realizzabili potrebbe conseguire soltanto ad opera del diritto secondario. Ma anche in questo senso le disposizioni della Carta potrebbero avere una funzione di costituzionalizzazione: si ricordi la giurisprudenza della Corte europea che interpreta come diritti fondamentali le disposizioni della direttiva sulla pa-

⁽³¹⁾ V., in particolare, le disposizioni del Capo IV, artt. da 27 a 38: ad esempio, sicurezza sociale, protezione della salute e tutela contro il licenziamento ingiustificato.

⁽³²⁾ SCHARFF (nota 25), p. 165, 174. Si deve considerare in proposito che un'importante funzione del processo di integrazione europea è sempre stata quella di portare avanti riforme rispetto alle quali il livello nazionale non era idoneo.

rità di trattamento 76/207 CEE⁽³³⁾. E dunque, secondo questa lettura, la Carta potrebbe assumere una funzione di costituzionalizzazione di situazioni giuridiche soggettive garantite dal diritto secondario⁽³⁴⁾.

Secondo un quarto modo di lettura le disposizioni della Carta stabilirebbero soltanto dei compiti. Ma tale concezione comporterebbe l'inconveniente di ritenere esistenti diritti fondamentali privi della loro tradizionale funzione essenziale, perché essi non sarebbero direttamente azionabili di fronte al giudice. E tale interpretazione potrebbe, a lungo termine, portare a delle conseguenze negative sulla concezione dei diritti fondamentali in generale, perché l'essenza di un diritto sta nella garanzia della sua diretta tutela giudiziaria⁽³⁵⁾.

2.1.5. *Sulla inscindibilità tra libertà negative e libertà positive.* - Nel confronto tra queste diverse letture assume una notevole importanza stabilire quale significato sia da attribuire alla seconda proposizione del Preambolo, che pone l'accento sulla inscindibilità tra dignità, libertà, uguaglianza e solidarietà⁽³⁶⁾.

In una interpretazione progressista, come quella proposta da Alston e Weiler, questi valori assumono identico peso, il che porta ad una corrispondente interpretazione unificante delle singole libertà negative e positive. Alston e Weiler fondano questa opinione attraverso un rinvio alla

⁽³³⁾ Corte giustizia CE, causa 75 e 117/82, *Razzouk und Beydoun*, Racc. 1984, p. 1509, n. 16; dettagliatamente: SCHILLING, *Bestand und allgemeine Lehren der bürgerschützenden allgemeinen Rechtsgrundsätze des Gemeinschaftsrechts*, EuGRZ 2000, p. 3, 17.

⁽³⁴⁾ Dettagliatamente, KNÖLL, *Die Diskussion um die Grundrechtscharta der EU aus dem Blickwinkel der deutschen Länder*, NJW 2000, p. 1845, 1848.

⁽³⁵⁾ Corte giustizia CE, causa 26/62, *van Gend & Loos*, Racc. 1963, p. 1, 26, 27.

⁽³⁶⁾ Al di là di ciò che si è detto nel testo la proposizione ha un ulteriore significato: se il principio di solidarietà viene posto allo stesso livello di quelli della dignità dell'uomo, della libertà e dell'uguaglianza, ciò conferisce alla Carta uno specifico carattere europeo che risulta in contrasto col concetto americano di diritti fondamentali. Gli Stati Uniti non hanno ancora aderito al patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali del 19 dicembre 1966.

Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, alla Convenzione europea sui diritti dell'uomo e al consenso sul modello sociale europeo⁽³⁷⁾. Agli eventuali scettici gli autori rinfacciano di fomentare un infruttuoso dibattito su una disputa inesistente nella realtà⁽³⁸⁾. La veemenza dell'accusa lascia presumere una debolezza nell'argomentazione.

L'idea che i diritti oppositivi - indicati da Alston e Weiler come diritti fondamentali negativi - debbano essere accompagnati da norme correttive e da meccanismi distributivi, è fuori discussione⁽³⁹⁾. Importanti passi verso l'integrazione europea si sono realizzati proprio con l'introduzione di simili norme di sostegno dirette a circoscrivere le nuove sfere di libertà dei privati sorte nell'ambito del mercato comune. La miglior prova di ciò sta nella comparazione delle successive versioni degli artt. 2 e 3 TrCE⁽⁴⁰⁾. Peraltro tali meccanismi non hanno necessariamente bisogno di un ancoraggio nei diritti fondamentali o di una specifica politica in tal senso. Non sussiste, né sul piano logico, né su quello dogmatico o storico, alcuna inscindibilità tra i diritti oppositivi tradizionali (diritti fondamentali negativi) e i 'nuovi' diritti che dovrebbero costituire il nucleo della politica dei diritti fondamentali propagandata da Alston e Weiler. Al contrario, nelle costituzioni nazionali, nell'attuale prassi dell'Unione e nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, vengono chiaramente distinti da una parte i diritti negativi, che proteggono il singolo dagli interventi dell'autorità, nonché i diritti politici, che tutelano contro la manipolazione del processo politico e, dall'altra, la maggior parte di quei diritti che devono formare il nucleo di una poli-

⁽³⁷⁾ ALSTON - WEILER, (nota 7), p. 31.

⁽³⁸⁾ ALSTON - WEILER, (nota 7), p. 43.

⁽³⁹⁾ HOWSE, *Eyes Wide Shut in Seattle: The Legitimacy of the World Trade Organisation*, in HEISKANEN - COICAUD (a cura di), *The Legitimacy of International Institutions*, United Nations Univ. Press, 2001; per le opposte opinioni v., da un lato, ABENDROTH e, dall'altro, FORSTHOFF, entrambi in *Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates*, VVDStRL 12 (1954), p. 8 ss., 85 ss., 91.

⁽⁴⁰⁾ Dettagliatamente, VON BOGDANDY, in GRABITZ - HILF (a cura di), *EU-Kommentar*, 2000, art. 2 TrCE, n. 1, p. 19 ss.

tica dei diritti fondamentali⁽⁴¹⁾. E questo assunto viene più confermato che non contraddetto da entrambi i patti delle Nazioni Unite e dagli altri strumenti internazionali concernenti i diritti fondamentali⁽⁴²⁾.

La scienza giuridica ha elaborato, nel suo corso, significative differenze tra i diritti oppositivi e quelli che necessitano di un'attività delle autorità⁽⁴³⁾. Il nesso politico tra diritti di libertà propri del liberalismo, diritti politici e diritti a prestazioni sociali non è idoneo a dare forma ad un'area autonoma e coerente dei diritti fondamentali⁽⁴⁴⁾. Alston e Weiler sottovalutano anche la funzione costitutiva della legislazione. La loro prospettiva dei diritti umani incontra numerosi limiti non appena essa oltrepassa la funzione difensiva contro determinati interventi del potere pubblico.

Nel complesso sono prospettabili molteplici possibilità per la realizzazione dei diritti fondamentali: attraverso il diritto pubblico, il diritto civile o il diritto penale, attraverso strumenti procedimentali o sostanziali,

⁽⁴¹⁾ HESSE, *Bedeutung der Grundrechte*, in BENDA - MAIHOFFER - VOGEL (a cura di), *Handbuch des Verfassungsrechts*, II ediz., 1994, p. 127, 142 ss.; dettagliatamente GELLERMANN, *Grundrechte im einfachgesetzlichen Gewand*, 2000; con riguardo alle altre Costituzioni v. le disposizioni di cui al Titolo I e all'art. 53 della Costituzione spagnola; riguardo all'Unione europea, v. ZULEEG, *La protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire*, in LIPOULOS-STRANGAS (a cura di), *La protection des droits sociaux dans les Etats membres de l'Union Européenne*, 2000, p. 27; sulla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, FROWEIN, in FROWEIN - PEUKERT, *EMRK-Kommentar*, II ediz., 1996, art. 1, n. 9-13.

⁽⁴²⁾ BROWNIE, *Principles of Public International Law*, V ediz., 1998, p. 576 s.; SUDRE (nota 29), n. 105, p. 121 ss., 133 ss.

⁽⁴³⁾ SCHEMIDT-ABMANN, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, 1998, p. 57 ss.; SCHEMIDT, *Grundrechte. Theorie und Dogmatik seit 1946 in Westdeutschland*, in SIMON (a cura di), *Rechtswissenschaft in der Bonner Republik*, 1994, p. 188, 200 ss.; in una prospettiva di teoria giuridica, VISMANN, *Das Recht erklären. Zur gegenwärtigen Verfassung der Menschenrechte*, KJ 1996, p. 321 ss.

⁽⁴⁴⁾ Per evitare fraintendimenti: oggetto del saggio non è la discussione sulla generale opportunità di corrispondenti politiche, ma solo il problema se esse debbano essere intese e concepite come politiche dei diritti fondamentali.

ziali, attraverso una politica regolativa o attraverso mezzi finanziari. Dal punto di vista continentale non si ottiene nulla dalla mutata considerazione di settori del diritto come il diritto dei consumatori, il diritto dell'ambiente, il diritto previdenziale e del lavoro come parti di una politica unitaria dei diritti fondamentali. Una simile pretesa potrebbe anzi essere di ostacolo alla realizzazione di questi, perché c'è da aspettarsi il sorgere di complesse controversie giudiziarie.

Per tutti questi motivi, gli argomenti a favore dello sviluppo di una coerente e comprensiva politica dei diritti fondamentali non sono convincenti. L'approvazione della Carta non dovrebbe essere intesa come punto di partenza per una «comprehensive and forward looking human rights policy».

2.2. *Una politica progressiva dei diritti fondamentali ed il principio di sussidiarietà.* - Quasi cinquant'anni sono serviti perché l'integrazione europea arrivasse alla soglia di una propria Carta dei diritti fondamentali. Questo «ritardo» si spiega, tra gli altri motivi, dalla preoccupazione degli Stati membri che una Carta dei diritti fondamentali potesse condurre a una più forte centralizzazione⁽⁴⁵⁾. Poiché una politica dei diritti fondamentali come quella proposta da Alston e Weiler va molto al di là dei diritti fondamentali tradizionali, i suoi sostenitori devono affrontare questa preoccupazione. Alston e Weiler partono dall'idea che tale politica, da loro propagandata come nucleo della politica dell'Unione, non necessiti di alcun mutamento costituzionale e che essa possa essere realizzata senza grandi cambiamenti dei rapporti giuridici tra l'Unione e gli Stati membri⁽⁴⁶⁾. Se questo fosse vero, sarebbe facile, rispetto alla assai più moderata Carta dei diritti, far cadere le corrispondenti preoccupazioni di

⁽⁴⁵⁾ Riguardo ai corrispondenti sviluppi in Germania e negli Stati Uniti, v. HESSE, *Der unitarische Bundesstaat*, in *Ausgewählte Schriften*, 1984, p. 116, 130; JACOBS - KARST, *The Federal Legal Order: The U.S.A. and Europe Compared*, in CAPPELLETTI - SECCOMBE - WEILER (a cura di), *Integration Through Law*, vol. I, 1986, p. 169, 205 ss.; in proposito anche di DI FABIO, *JZ* 2000, p. 737.

⁽⁴⁶⁾ ALSTON - WEILER, (nota 7), p. 21.

alcuni Stati membri e di facilitarle la strada verso l'acquisizione di un carattere giuridicamente vincolante.

Il punto di vista di Alston e Weiler presenta alcuni punti deboli. Gli autori sottolineano che la politica dei diritti fondamentali dell'Unione da loro proposta dovrebbe essere circoscritta alle competenze dell'Unione medesima. Dalle loro singole proposte politiche risulta però che, dalla realizzazione di questa proposta, verrebbe ad essere attribuito all'Unione un ruolo guida in Europa per l'elaborazione e l'attuazione di una politica progressiva dei diritti fondamentali.

Se l'Unione diventerà un organo decisivo di una politica dei diritti fondamentali coerente e orientata al futuro, c'è da aspettarsi che una simile politica europea verrà a mettere in ombra i diritti fondamentali protetti dalle costituzioni nazionali. È prevedibile che gli Stati membri dovrebbero giustificare ogni diversa disciplina dei diritti stessi.

Una volta stabilizzatosi a livello europeo un discorso sostanziale sui diritti fondamentali, sarà assai difficile svolgere, in contrasto con questo, discorsi diversamente orientati sul piano nazionale. In tal modo sarebbe messa in gioco la stessa indipendenza degli ordinamenti giuridici nazionali. Almeno nella prospettiva tedesca va posto in chiaro che i diritti fondamentali pervadono pressoché tutti i campi del diritto⁽⁴⁷⁾. L'attuale realtà giuridica, per cui gli Stati membri si comportano in modo autonomo nel campo dei diritti fondamentali è - almeno dal punto di vista tedesco - indispensabile per una reale autonomia degli ordinamenti nazionali. Si deve quindi tener fermo che l'introduzione di una politica dei diritti fondamentali forte e comprensiva verrebbe ad alterare in modo consistente l'equilibrio costituzionale all'interno dell'Unione, si porrebbe in contrasto con il principio di sussidiarietà e potrebbe attentare alla garanzia dell'autonomia costituzionale come parte dell'identità nazionale (v. art. 4, co. 3, TrUE)⁽⁴⁸⁾.

⁽⁴⁷⁾ Vedi oltre par. 4.

⁽⁴⁸⁾ HILF, *Europäische Union und nationale Identität der Mitgliedstaaten*, in *GS Gratz*, 1995, p. 157, 167.

Sembra inoltre poco verosimile che gli organi dell'Unione possedano una sufficiente legittimità per una politica progressiva dei diritti fondamentali, che sarebbe collegata con notevoli controversie sui principi fondamentali. È dubbio che gli organi dell'Unione siano sufficientemente coinvolti in discorsi pubblici e siano dotati di una sufficiente forza di convinzione politica e morale per elaborare ed attuare, ad esempio, una politica che preveda la tutela degli omosessuali in Irlanda o delle minoranze corse.

Beninteso; questa obiezione non pone in discussione il fatto che singole politiche dell'Unione possano servire per l'attuazione di diritti fondamentali e che possano di conseguenza essere concepite in questo modo.

Così, ad esempio, la politica europea del diritto d'asilo e dei rifugiati che, secondo l'art. 18 della Carta, è da intendere almeno in parte come politica dei diritti fondamentali, sembra contenere elementi assai più favorevoli per gli interessati rispetto ai diritti che si configurano nel processo politico nazionale⁽⁴⁹⁾.

Poiché i diritti fondamentali sono spesso un interesse di élites, una organizzazione che si trova, con le opinioni dei cittadini, in un confronto meno diretto di quanto non accada negli Stati membri, ha talvolta un maggiore spazio di questi per la promozione degli interessi delle minoranze⁽⁵⁰⁾. In generale però questa posizione distaccata dell'Unione è un

⁽⁴⁹⁾ V. la proposta per un regolamento del Consiglio sul diritto al ricongiungimento familiare, COM (1999), 638 def.; la proposta per un regolamento del Consiglio per la costituzione di un fondo europeo per i rifugiati, COM (1999), 686 def.; la proposta per un regolamento del Consiglio sulle norme per la garanzia di un minimo di tutela provvisoria in caso di flussi di profughi e disposizioni per un'equilibrata ripartizione tra gli Stati membri degli oneri connessi all'accoglienza di queste persone e alle sue conseguenze, COM (2000), 303 def.

⁽⁵⁰⁾ Molto importanti a questo riguardo saranno le reazioni nazionali alle due direttive sulla discriminazione, direttiva 2000/43/CE del Consiglio, G.u.c.e. L-180/22; direttiva 2000/78/CE del Consiglio, G.u.c.e. L-303/16; NICKEL, *Handlungsaufträge zur Bekämpfung von ethnischen Diskriminierungen in der neuen Gleichbehandlungsrichtlinie 2000/43/EG*; NJW 2001, p. 2668; BAUER, *Europäische Antidiskriminierungsrichtlinien*

limite assai grave per una politica comprensiva dei diritti fondamentali. In conclusione permangono rilevanti dubbi se sia vantaggioso per l'Unione, per gli Stati membri e per gli stessi diritti fondamentali, il fatto che l'Unione stessa venga ad assumere un ruolo importante nel campo di una politica progressiva dei diritti fondamentali.

2.3. Che fare?

2.3.1. *L'inevitabilità di una politica dei diritti fondamentali dell'Unione europea.* - I dubbi verso una politica europea progressiva e comprensiva dei diritti fondamentali non devono però condurre all'assunto che all'Unione non spetterebbero in alcun modo compiti che riguardino la situazione generale della loro tutela negli Stati membri. Già oggi, allo stato attuale dei trattati, è prevista una tale politica nei confronti degli Stati membri, politica che la Carta verrà ad influenzare indipendentemente dal suo status giuridico. Le disposizioni più importanti si trovano nel titolo I TrUE, nella esigenza di una certa omogeneità strutturale. L'art. 6, co. 1, TrUE stabilisce, in collegamento con l'art. 7, co. 1, criteri generali in materia di democrazia e di diritti fondamentali, che vincolano ogni istanza pubblica e quindi anche gli Stati membri⁽⁵¹⁾. Inoltre l'art. 7 TrUE autorizza l'Unione a procedere contro uno Stato membro che leda in modo grave e continuato i principi dell'art. 6, co. 1. Il trattato assegna cioè all'Unione il compito di proteggere le costituzioni liberal-democratiche e quindi di garantire la legittimità costituzionale della complessiva struttura dell'Unione e degli Stati membri. Essa deve proteggere le costituzioni nazionali nella misura in cui i loro meccanismi di tutela falliscono, assumendo così il ruolo di un ordinamento collettivo che garantisca il contenuto essenziale delle costituzioni degli Stati membri. Questa innovazione rappresenta un salto qualitativo perché in precedenza non esi-

und ihr Einfluss auf das deutsche Arbeitsrecht, NJW 2001, p. 2672. Interessante è in questo contesto la reazione inglese allo *Human Rights Act*, EAGLESHAM, *The full weight of the law*, FT Weekend 2 settembre 2000.

⁽⁵¹⁾ SCHORKOPF, *Homogenität in der Europäischen Union*, 2000, p. 69 ss.; VERHOEVEN, *How Democratic Need European Union Members Be?*, ELR 23 (1998), p. 217.

stevano disposizioni che ricomprendessero Unione e Stati membri come sistema globale⁽⁵²⁾ e costituisce un passo significativo sulla via della costituzionalizzazione dell'Unione⁽⁵³⁾. Il trattato di Amsterdam fornisce all'Unione la competenza relativa allo sviluppo di una politica della democrazia e dei diritti fondamentali nei confronti degli Stati membri e quindi anche una corrispondente competenza di controllo⁽⁵⁴⁾. Il caso Austria dimostra che l'Unione è intenzionata a prendere sul serio queste disposizioni. Come già accennato sopra, la Carta, che, come si desume dal suo tenore letterale, è espressione di valori comuni, fornirà i criteri di questo controllo.

2.3.2. *Tre diversi livelli di applicazione dei diritti fondamentali.* - Alla luce di questa situazione costituzionale, si propone qui di sviluppare tre diversi livelli di applicazione dei diritti fondamentali e cioè in contrapposizione alla politica unitaria europea dei diritti fondamentali propugnata da Alston e Weiler.

Un primo livello dovrebbe trovare applicazione riguardo alla politica estera dell'Unione europea nei confronti degli Stati terzi (ad esempio, art. 177, co. 2, TrCE). Per sottrarsi all'accusa di praticare una politica imperialistica e di ledere il divieto di intervento posto dal diritto internazionale, la politica dell'Unione deve limitarsi in questo campo a ostacolare lesioni gravi dei diritti umani. Se ad esempio l'Unione cercasse di imporre nei confronti degli Stati terzi, e in particolare dei paesi in via di sviluppo, gli standard sociali previsti nella Carta, ciò potrebbe facilmente essere visto come una forma di protezionismo aggressivo che si por-

⁽⁵²⁾ Per le menò recenti discussioni relativamente al caso in cui uno Stato membro dovesse introdurre un sistema dittatoriale, ZULEEG, *Die Kompetenzen der Europäischen Gemeinschaften gegenüber den Mitgliedstaaten*, JöR 20 (1971), p. 3, 52 ss.; HILF, in VON DER GROEBEN - THIESING - EHLERMANN, *Kommentar zum EU-/EG-Vertrag*, VII ediz., 1997, vol. 5, art. 240 EGV, n. 13.

⁽⁵³⁾ Più dettagliatamente, VON BOGDANDY, *Supranationaler Föderalismus als Wirklichkeit und Idee einer neuen Herrschaftsform*, 1999, p. 14 ss.

⁽⁵⁴⁾ SCHORKOPF (nota 51), p. 209 ss.

rebbe in contrasto col diritto della WTO⁽⁵⁵⁾. Con riferimento ai meccanismi con cui l'Unione vigila sulla situazione generale dei diritti fondamentali negli Stati membri, deve valere un secondo livello, secondo il quale, nei confronti della specifica funzione dei diritti fondamentali negli ordinamenti giuridici e nelle culture politiche nazionali, si deve lasciare un ampio spazio per dei loro autonomi regimi regolativi. Le obiezioni prima svolte contrastano una più intensa determinazione. Quest'ultima sarebbe anche contraria alla differenziazione costituzionale introdotta dagli artt. 6, co. 2 e 3, 7, co. 1, e 46, lett. d, TrUE. Il caso Austria mostra con evidenza la necessità di definire un livello adeguato in proposito. Un terzo livello, più esigente e più dettagliatamente sviluppato, deve invece trovare applicazione per la tutela giuridica contro atti dell'Unione e contro quelli con cui gli Stati membri traspongono al loro interno il diritto dell'Unione.

Questi tre diversi livelli si comprendono meglio con un esempio. Il diritto di proprietà, nella sua utilizzazione nei confronti di uno Stato terzo (primo livello) dovrebbe richiedere soltanto la tutela contro espropriazioni arbitrarie; nei confronti degli Stati membri (secondo livello) il diritto alla proprietà privata dovrebbe essere garantito; ma l'Unione non potrebbe, sulla base di questa garanzia della proprietà, porre in discussione il ritiro dalla produzione di energia nucleare autonomamente deciso da uno Stato membro. Se invece gli organi dell'Unione dovessero praticare una simile politica di ritiro dall'energia atomica, vi sarebbe bisogno di un terzo livello che fornisse una sufficiente tutela delle imprese e degli investimenti. Un ulteriore esempio si può fare nel campo della libertà di opinione e di informazione: nei confronti degli Stati terzi l'Unione non può definire regole per la pubblicità commerciale o fornire libero accesso a internet. Con riferimento allo stato dei diritti fondamentali negli

⁽⁵⁵⁾ TREBLICOCK - HOWSE, *The Regulation of International Trade*, II ediz., 1999, p. 441 ss. Se i diritti fondamentali venissero intesi come parte della politica estera, vi sarebbe il pericolo di una loro degradazione a semplice elemento di un piano strategico, cosa che minerebbe alle sue basi il concetto complessivo di diritti fondamentali, VISMANN (nota 43), p. 335.

Stati membri (secondo livello) un integrale divieto sarebbe inammissibile, ma poco più. Nei confronti di atti dell'Unione occorrerebbe invece fornire al terzo livello una specifica considerazione degli interessi pubblici e privati concorrenti. Se queste considerazioni sono fondate, dovrebbe essere compito primario della scienza giuridica quello di sviluppare e differenziare i diritti fondamentali europei rispetto a questi tre livelli su ciascuno di questi tre piani. Dei tre descritti è sviluppato solo quello relativo agli atti dell'Unione. E della sua adeguatezza passiamo ora a trattare.

3. *Intensificazione dei controlli giurisdizionali?* - L'evoluzione dei diritti fondamentali, attraverso la Corte di giustizia, come principi generali del diritto comunitario a tutela contro atti degli organi dell'Unione, una delle maggiori conquiste nel processo di costituzionalizzazione dei trattati⁽⁵⁶⁾. Tuttavia questa tutela giurisdizionale appare insufficiente molti studiosi. La critica riguarda essenzialmente tre aspetti: il primo riguarda l'art. 230, co. 4, TrCE il cui ambito di applicazione viene considerato troppo ridotto per garantire una adeguata tutela in tutti i casi⁽⁵⁷⁾. In questo contributo ci occuperemo soltanto del secondo e del terzo aspetto, e cioè dell'insufficienza del controllo e della carenza di differenziazione concettuale.

3.1. *L'insufficiente consistenza del controllo.* - Una critica comunemente sollevata riguarda l'insufficiente consistenza del controllo della Corte di giustizia rispetto alla tutela dei diritti fondamentali. Secondo questa opinione il processo di integrazione europea ha portato ad una diminuzione di tutela nei confronti degli interventi autoritativi⁽⁵⁸⁾. La c

⁽⁵⁶⁾ Per una recente e assai dettagliata ricostruzione, v. HENGSTLSCHLAGER, *Grundrechtsschutz kraft EU-Rechts*, JBl. 122 (2000), p. 409 ss., 494 ss.; SCHILLING (nota 33).

⁽⁵⁷⁾ VON DANWITZ, *Die Garantie effektiven Rechtsschutzes im Recht der Europäischen Gemeinschaft*, NJW 1993, p. 1114; DE WITTE, *The Past and the Future Role of the European Court*, in ALSTON, (nota 7), p. 877, con ben ponderate proposte (889 ss.).

⁽⁵⁸⁾ SCHUPPERT - BUMKE, *Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung*, DÖV 2000, 68 s.; COPPEL - O'NEILL, *The European Court of Justice: Taking Rights Seriously?*, CM Rev. 1992, p. 669.

tica si riferisce soprattutto all'uso che la Corte fa del principio di proporzionalità⁽⁵⁹⁾. Anzitutto viene osservato che la Corte, nel verificare l'indispensabilità di un atto dell'Unione, non consideri sufficienti alternative possibili che possano gravare in misura minore sugli interessati. Si critica inoltre il fatto che la ponderazione che la Corte effettua tra interessi pubblici e privati sarebbe troppo superficiale perché non sarebbero considerati gli interessi di coloro che sono in concreto coinvolti⁽⁶⁰⁾. Inoltre la Corte, secondo un'ulteriore obiezione, adotterebbe due diverse misure: atti degli Stati membri verrebbero sottoposti a un severo controllo rispetto alle libertà fondamentali (art. 28 TrCE etc.), mentre il controllo sugli atti dell'Unione rispetto ai diritti fondamentali risulterebbe assai meno rigido⁽⁶¹⁾. Se ciò fosse vero, si tratterebbe di una grave accusa alla Corte: l'integrazione rafforzerebbe le libertà di coloro (principalmente grandi imprese) che operano sul mercato europeo (dato che le libertà fondamentali sono fatte valere contro gli Stati membri) e ridurrebbe i diritti di tutti gli altri.

Appare quindi conseguenziale l'esigenza che la Corte intensifichi i suoi controlli sugli interventi di organi dell'UE quando siano coinvolti diritti fondamentali per garantire meglio la tutela della libertà individuale⁽⁶²⁾. Da questo punto di vista si richiede quindi una maggiore centralità

⁽⁵⁹⁾ CASPAR, *Nationale Grundrechtsgarantien und sekundäres Gemeinschaftsrecht*, DÖV 2000, p. 349, 358 s.; DAUSES, *Eine Lanze für «Solange III»*, EuZW 1997, p. 705; EVERLING, *Die Kontrolle des Gemeinschaftsgesetzgebers durch die Europäischen Gerichte*, in *Freundsgabe für Jürgen Gündisch*, 1999, p. 89, 96; NETTESHEIM, *Grundrechtliche Prüfungsdichte durch den EuGH*, EuZW 1995, p. 105, 106; PAULY, *Strukturfragen des unionsrechtlichen Grundrechtsschutzes*, EuR 1998, p. 242 ss.; SELMER, *Die Gewährleistung des unabhängigen Grundrechtsstandard durch den EuGH*, 1998.

⁽⁶⁰⁾ NETTESHEIM (nota 59), p. 106; KOROTT, *Der Grundrechtsschutz im europäischen Gemeinschaftsrecht*, AöR 121 (1996), p. 601, 608.

⁽⁶¹⁾ Vedi oltre nel testo [dopo la nota (93)].

⁽⁶²⁾ È diventato intanto un argomento ricorrente negli atti degli avvocati tedeschi di fronte alla Corte di giustizia il riferimento, per rafforzare la loro posizione, alla presunta miglior tutela dei diritti fondamentali in Germania e alla decisione *Maa-*

dei diritti fondamentali nell'ordinamento giuridico dell'UE, anche se un modo pressoché opposto a quanto sostenuto da Alston e Weiler: rapporto di tensione tra politica regolativa e diritti di libertà individuerebbe un spostamento a favore di questi ultimi. La proclamazione o la adozione della Carta potrebbe dar peso a questa esigenza.

3.1.1. *Il livello di protezione attuale.* - Se si considera il numero di casi concernenti i diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte di giustizia, la loro importanza appare in effetti piuttosto ristretta. Sebbene sussistere infatti una disparità tra l'ampiezza delle attività dell'Unione e l'esiguo numero dei casi concernenti i diritti fondamentali trattati dalla Corte e ancor più di quelli che si risolvono a favore degli interessati⁽⁶³⁾. Inoltre la Corte reagisce con sensibilità assai maggiore nei casi di discriminazione che non nei casi di violazione dei diritti di libertà. Ma questa accusa non è giustificata. Anzitutto vi sono pochi motivi a sostenere che la tutela dei diritti fondamentali conseguibile attraverso la Corte di giustizia sia più ristretta di quella assicurata dalle Corti costituzionali nazionali⁽⁶⁴⁾.

stricht della Corte costituzionale federale (BVerfGE 89, 155). Tipico, anche se in contesto un po' diverso, MÖSCHEL, *Guest editorial: Change of policy in European competition law?*, CMLRev. 37 (2000), p. 495, 499.

⁽⁶³⁾ B. DE WITTE pone in rilievo come solo pochi casi relativi ai diritti fondamentali giungono annualmente di fronte alla Corte di giustizia, rispetto al numero di casi trattati di fronte ai giudici costituzionali nazionali (nota 57), p. 869.

⁽⁶⁴⁾ Il motivo potrebbe consistere nella centralità del ruolo che ha l'uguaglianza nella giurisprudenza della Corte di giustizia; il fondamento di istituti di centrale portata come quelli dell'applicabilità diretta, della preminenza e di molti altri è quello di limitare la discrezionalità degli Stati membri nell'attuazione e nell'adattamento del diritto comunitario; KUTSCHER, *Thesen zu den Methoden der Auslegung des Gemeinschaftsrechts aus der Sicht eines Richters*, in CORTE DI GIUSTIZIA CE, *Begegnung von Jura und Hochschule am 27 und 28 September 1976*, 1976, I-8, p. 35; NETTESHEIM, *Der Grundsatz der einheitlichen Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts*, in *GS Grabitz*, 1995, p. 447.

⁽⁶⁵⁾ Utili i rapporti nazionali in SCHWARZE (a cura di), *Das Entstehen einer europäischen Verfassungsordnung*, 2000; SLAUGHTER - STONE SWEET - WEILER (a cura di), *The European Courts & National Courts*, 1997.

In primo luogo la prassi mostra solo pochi casi in cui emerge il problema di una scarsa tutela dei diritti fondamentali a livello europeo. Tale problematica e la sua soluzione è ampiamente chiarita nel caso più intensamente discusso, che è quello relativo alla applicazione alle imprese tedesche del regolamento n. 404/93 sul mercato delle banane⁽⁶⁶⁾.

Il Tribunale amministrativo di Francoforte, nella decisione di rinvio alla Corte costituzionale federale, ha formulato il problema essenziale: la Corte federale avrebbe dovuto dichiarare inapplicabili in Germania le disposizioni del regolamento sul commercio estero per il solo motivo della mancanza di una clausola che consenta agli importatori interessati di adeguarsi entro un termine ragionevole al mutamento di condizioni⁽⁶⁷⁾. La critica relativa a un'insufficiente consistenza del controllo si limiterebbe dunque al rilievo che la Corte di giustizia non avrebbe dichiarato invalido il regolamento per la mancanza di detta clausola. Ma solo un mese dopo la decisione del Tribunale di Francoforte del 24 ottobre 1996, la Corte di giustizia - viste forse le fondate critiche alla sua prima decisione sul regolamento relativo al mercato delle banane - nella decisione del 26 novembre 1996⁽⁶⁸⁾ attribuì all'art. 30 del regolamento contestato proprio questo significato risolvendo così il problema relativo ai diritti fondamentali.

Questa soluzione, come pure l'orientamento di fondo della giurisprudenza della Corte di giustizia su questioni di diritti fondamentali, viene confermata dalla decisione della Corte costituzionale federale del 7 giugno 2000⁽⁶⁹⁾. Essa respinge come inammissibile l'istanza della Corte

*

⁽⁶⁶⁾ Riguardo alla relativa letteratura v. nota (59), e EVERLING, *Will Europe slip on bananas?*, *CMLRev.* 33 (1996), p. 401, 417.

⁽⁶⁷⁾ VG Frankfurt, decisione del 24 ottobre 1996, *EuZW* 1997, p. 182.

⁽⁶⁸⁾ Corte giustizia CE, causa C-68/95, *T-Port GmbH & Co. KG/Bundesanstalt für Landwirtschaft und Ernährung*, *Racc.* 1996, p. I-6065, n. 43.

⁽⁶⁹⁾ <http://www.bundesverfassungsgericht.de>; importante in proposito è anche la sentenza della Corte costituzionale federale del 17 febbraio 2000, *NJW* 2000, 2015 (*Alcan*).

di Francoforte perché non si riscontrerebbe una insufficiente tutela dei diritti fondamentali da parte della Corte di giustizia, e lascia capire che essa avrebbe deciso la controversia nello stesso modo di questa. La sentenza della Corte federale contiene inoltre importanti affermazioni di principio. Anzitutto essa corregge una frequente interpretazione della sua decisione sul trattato di *Maastricht*⁽⁷⁰⁾, secondo cui la Corte costituzionale, mutando il proprio orientamento «di favore per l'integrazione» di cui alla decisione *Solange II* del 22 ottobre 1986⁽⁷¹⁾; applicherebbe alla conformità di atti dell'Unione ai diritti fondamentali criteri più severi. La decisione del 7 giugno 2000 pone chiaramente in evidenza che la Corte federale sottopone a verifica atti giuridici europei o atti di implementazione di autorità nazionali solo quando «la tutela dei diritti fondamentali prevista come necessaria non è garantita in via generale», circostanza di cui al momento non vi sarebbe alcun indizio. La parola determinante è «generale». Essa richiede una estesa verifica di come gli organi dell'Unione proteggono il diritto fondamentale in questione. Ogni ricorrente deve dunque prospettare che la prassi della tutela del diritto fondamentale nei confronti dell'interesse fatto valere è insufficiente. Non basta fare rinvio a una differenziazione sussistente in singoli casi tra la tutela sussistente sul piano nazionale e su quello dell'Unione⁽⁷²⁾.

3.1.2. *Futuri terreni di conflitto.* - Questa corrispondenza tuttavia non è realmente assicurata. Possono infatti verificarsi rilevanti divergenze in nuovi campi della politica e la Corte di giustizia dovrà decidere caso per caso quale livello di controllo essa dovrà realizzare nelle sue decisioni rispetto ad essi.

Fino ad ora la Corte ha dovuto tutelare diritti fondamentali essenzialmente contro interventi di organi dell'Unione in campo economico,

⁽⁷⁰⁾ BVerfGE 89, 155.

⁽⁷¹⁾ BVerfGE 73, 339.

⁽⁷²⁾ LIMBACH, *Die Kooperation der Gerichte in der zukünftigen europäischen Grundrechtsarchitektur. Ein Beitrag zur Neubestimmung des Verhältnisses von BVerfG, EuGH und EGMR*, *EuGRZ* 2000, p. 217, 219 s.

campo in cui anche il livello di tutela del giudice nazionale è basso e la discrezionalità degli organi amministrativi e politici consistente⁽⁷³⁾. Per il futuro vengono a delinearsi problemi più gravi. Rispetto a differenze di rilievo tra le tradizioni giuridiche nazionali, ciò vale anzitutto per gli atti giuridici che prevedibilmente verranno emanati in attuazione del titolo VI TrUE (collaborazione di polizia e giudiziaria in campo penale)⁽⁷⁴⁾.

Recenti divergenze tra la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e i giudici nazionali, mostrano il possibile potenziale di conflitto⁽⁷⁵⁾. Anche l'armonizzazione che va profilandosi della imposizione fiscale diretta, fattore rilevante nella costruzione dell'Unione economica, date le strette connessioni tra imposizione fiscale, matrimonio, famiglia e un numero pressoché infinito di possibili discriminazioni, costituisce un ulteriore terreno di divergenze relativamente ai livelli di protezione dei diritti fondamentali⁽⁷⁶⁾. Inoltre una legislazione dell'Unione sulla base dell'art. 13 TrCE può portare a più complesse questioni di ponderazione tra una politica dei diritti fondamentali e la tutela di libertà individuali, come ad esempio la libertà contrattuale⁽⁷⁷⁾. C'è da atten-

⁽⁷³⁾ In dettaglio, v. DUE - GULMANN, *Community Fundamental Rights as Part of National Law*, in *Scritti in onore di G.S. Mancini*, 1998, p. 405, 412.

⁽⁷⁴⁾ V., ad esempio, Corte di giustizia CE, 28 marzo 2000, causa C-7/98, *Krombach*, *EuGRZ* 2000, p. 160.

⁽⁷⁵⁾ V., da un lato, Corte di giustizia CE, 2 maggio 1997, *Deutschland/United Kingdom*, *NVwZ* 1998, p. 161 ss., e, dall'altro, BVerwG, 27 aprile 1998, *NVwZ* 1998, p. 973 ss.

⁽⁷⁶⁾ La giurisprudenza della Corte costituzionale federale in questo campo è estremamente complessa e rappresenta un esempio evidente di come una bene intenzionata giurisprudenza sui diritti fondamentali possa portare un sistema politico in una situazione assai difficile; in dettaglio LEHNER, *Einkommensteuerrecht und Sozialbeihilferecht*, 1993, p. 133 ss. Sembra pressoché impossibile applicare una simile giurisprudenza agli atti giuridici europei per l'armonizzazione dell'imposizione diretta.

⁽⁷⁷⁾ Interessanti saranno le discussioni riguardante le due direttive contro la discriminazione del 2000 (nota 50).

dersi, a medio termine, che atti giuridici dell'Unione, in un modo o nell'altro, vengano a porsi al di sotto del livello di protezione considerato indispensabile da una o più costituzioni nazionali. La Corte di giustizia non potrà fare a meno di verificare il proprio livello di controllo e la Carta assume in proposito un rilevante significato.

3.1.3. *Problemi di un più alto livello di tutela.* - Alcuni critici propongono che la Corte di giustizia dovrebbe applicare il più alto livello di protezione dei diritti fondamentali e realizzare con le sue decisioni il più elevato livello di controllo.

Ciò fa parte della generale esigenza di attribuire ai diritti fondamentali una collocazione più centrale nell'ordinamento⁽⁷⁸⁾. Ciò potrebbe trovare giustificazione con riferimento all'art. 52, co. 3, e in particolare all'art. 53 della Carta.

Tuttavia questa proposta avrebbe dei punti deboli, perché una simile lettura delle citate disposizioni non sembra convincente. In primo luogo l'affermazione del più alto livello di protezione è difficilmente realizzabile quando un provvedimento normativo favorisce un diritto fondamentale a detrimento di un altro⁽⁷⁹⁾. Considerando l'ampiezza dell'ambito di applicazione della Carta, che prevede una garanzia a livello dei diritti fondamentali della tutela dell'ambiente, dei consumatori e della sicurezza sociale, questo problema verrà a porsi rispetto a numerosi ambiti di intervento politico. Ma anche nei casi in cui interventi autoritativi non sono diretti alla tutela di un diritto fondamentale, l'applicazione del più alto livello di protezione e della massima intensità di controllo appaiono imprese problematiche. La loro determinazione, più che un problema metodologico, è questione attinente alla separazione dei poteri⁽⁸⁰⁾. Poiché non esiste quasi nessun diritto fondamentale che viet-

⁽⁷⁸⁾ BESSELINK, *Entrapped by the Maximum Standard: on Fundamental Rights, Pluralism and Subsidiarity in the European Union*, *CMLRev.* 35 (1998), p. 629, 670 ss.

⁽⁷⁹⁾ WELER, *The Constitution of Europe*, 1999, p. 108.

⁽⁸⁰⁾ DE WITTE (nota 57), p. 881.

qualsiasi forma di intervento autoritativo⁽⁸¹⁾, necessariamente si arriva ad una ponderazione tra interessi pubblici e privati concorrenti.

La Corte di giustizia definisce questa ponderazione mediante l'applicazione dei diversi elementi del principio di proporzionalità⁽⁸²⁾. La decisione sui mezzi necessari per la realizzazione di un obiettivo politico e ancor più la ponderazione tra interessi pubblici e privati consistono però in giudizi di valore che, da parte loro, non sono determinati da norme giuridiche⁽⁸³⁾. Certo, i giudici hanno assunto da tempo un ruolo più importante rispetto all'essere semplicemente «la bouche de la loi», e si può certamente pensare che simili decisioni possano essere assunte dai giudici stessi. La funzione principale dei diritti fondamentali sarebbe allora quella di conferire ai giudici - e in particolare a quelli che hanno funzioni costituzionali⁽⁸⁴⁾ - il potere di determinare precise linee guida, procedurali e di contenuto, dirette al processo politico in numerosi settori. Alcuni giudici costituzionali nazionali hanno acquisito in tal modo notevoli vantaggi.

La Corte costituzionale italiana, ad esempio, ha avuto un ruolo determinante rispetto alla eliminazione dei residui fascisti dall'ordinamento giuridico italiano⁽⁸⁵⁾, e la Corte costituzionale federale, con la sua

⁽⁸¹⁾ V. oltre par. 3.2.

⁽⁸²⁾ Sullo sviluppo di questo principio in una prospettiva europea, A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, 1998, p. 39 ss.; la Corte di giustizia avrebbe potuto anche seguire l'esempio britannico e applicare l'«unreasonable-test», CRAIG, *Administrative Law*, III ediz., 1994, p. 407 ss.

⁽⁸³⁾ Questo è una posizione comune nella teoria giuridica, KOCH - RÜHMANN, *Juristische Begründungslehre*, 1982, p. 242, 245, 248 ss.; SCHLINK, *Abwägen im Verfassungsrecht*, 1976, p. 127 ss.

⁽⁸⁴⁾ Sulla Corte di giustizia CE come giudice costituzionale, KUTSCHER, *Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften*, *EuGRZ* 1978, p. 503, 504; RODRÍGUEZ IGLESIAS, *Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften als Verfassungsgericht*, *EuR* 1992, p. 225.

⁽⁸⁵⁾ V. i contributi in OCCHIOCIUPO (a cura di), *La Corte Costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale. Bilancio di vent'anni di attività*, Padova, 1978.

giurisprudenza in larga misura orientata nel senso dei diritti fondamentali, ha favorito in modo decisivo la democratizzazione della pubblica amministrazione tedesca nonché importanti riforme sociali⁽⁸⁶⁾; alcuni ritengono perfino che la Corte sia partecipe della «funzione di governo»⁽⁸⁷⁾.

Ciò nonostante, questo stesso giudice deve affrontare crescenti dubbi rispetto al fatto che la conseguente giuridificazione del processo politico rappresenti uno sviluppo positivo⁽⁸⁸⁾. I commentari dei diritti fondamentali mostrano già, nel loro insieme, in quale misura vasti settori di intervento politico risultino conformati dalla giurisprudenza della Corte costituzionale federale⁽⁸⁹⁾.

Malgrado che la Corte di giustizia europea sia generalmente considerata un giudice costituzionale, essa è sempre stata riluttante nell'assumere un ruolo di indirizzo rispetto al processo di formazione del diritto europeo. È chiara nella sua giurisprudenza una costante di rilievo: la maggior parte delle sentenze che hanno condotto alla costituzionalizzazione dei trattati non avevano lo scopo di introdurre principi direttivi di carattere contenutistico, ma erano dirette a favorire l'integrazione assicurando l'efficacia dei risultati del processo politico europeo e in particolare del diritto primario e secondario⁽⁹⁰⁾. Perfino l'introduzione dei diritti fondamentali, cioè dei più importanti fattori della costituzionalizzazione

⁽⁸⁶⁾ Questo diventa particolarmente chiaro dal punto di vista della scienza politica; V. VON BEYME, *Der Gesetzgeber: Der Bundestag als Entscheidungszentrum*, 1997, p. 300 ss.; LANDFRIED, *Bundesverfassungsgericht und Gesetzgeber*, 1984.

⁽⁸⁷⁾ STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, vol. II, 1980, p. 344.

⁽⁸⁸⁾ BÖCKENFÖRDE, *Grundrechte als Grundsatznormen*, in Id., *Staat, Verfassung, Demokratie*, 1991, p. 159, 189 ss.; per un'ampia rassegna v. i contributi in GUGGENBERGER - WÜRTEMBERGER (a cura di), *Hüter der Verfassung oder Lenker der Politik?*, 1998.

⁽⁸⁹⁾ V., ad esempio, il commento all'art. 12 di SCHOLZ - PAPIER, in MAUNZ - DÜRIG - HERZOG, *Grundgesetzkommentar*, 1999, che supera le 200 pagg., o quello all'art. 14, che addirittura è lungo 300 pagg.

⁽⁹⁰⁾ GERKRATH, *L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe*, 1997, p. 214 ss.; DEHOUSSE, *The European Court of Justice*, 1998, p. 36 ss.

ne, scaturì dalla necessità di un rafforzamento del diritto europeo⁽⁹¹⁾; e il loro ruolo nella determinazione dell'indirizzo politico è piuttosto ridotto.

Il «*gouvernement des juges*», come lo ha descritto Robert Lecourt, mostra dunque pochi punti di contatto col ruolo assunto nel processo politico nazionale da più potenti giudici costituzionali.

3.1.4. *Diritti fondamentali e libertà fondamentali: due pesi e due misure?* - Questa opinione risulta contraddetta con tutta evidenza alla luce della articolata e ricca giurisprudenza della Corte di giustizia relativa alle libertà fondamentali del TrCE, nella quale alcuni studiosi individuano perfino dei diritti fondamentali⁽⁹²⁾. La Corte di giustizia ha sviluppato una rilevante e rigida giurisprudenza su temi così sensibili come quello dell'ammissibilità di prescrizioni nazionali in materia di generi alimentari o di tutela dell'ambiente. Appare dunque consequenziale il determinare delle regole di applicazione dei diritti fondamentali altrettanto rigorosi che vincolino gli organi dell'Unione. Va aggiunto in proposito, peraltro, che in tal modo si andrebbe incontro a una severa critica nei confronti della Corte di giustizia: all'accusa cioè che essa sia indulgente nei confronti degli organi dell'Unione e rigorosa verso gli Stati membri, che adotti cioè una diversa regola nell'applicazione del principio di proporzionalità. Ciò significa che se la Corte, nella verifica della proporzionalità, applicasse agli atti dell'Unione quella stessa elevata intensità di controllo adottata per gli atti degli Stati membri, molti atti dell'Unione dovrebbero essere dichiarati nulli⁽⁹³⁾. Così la giurisprudenza sulle quattro libertà sembra affermare la possibilità, anzi addirittura la necessità, di

⁽⁹¹⁾ MANCINI, *A Constitution for Europe*, *CMLRev.* 26 (1989), p. 595, 611.

⁽⁹²⁾ DUE - GULMANN, (nota 73), p. 407; OPPERMAN, *Europarecht*, II ediz., 1999, n. 490.

⁽⁹³⁾ CASPAR, (nota 59), p. 359; VON DANWITZ, *Systemgedanken eines Rechts der Verwaltungskooperation*, in SCHMIDT-ALMANN - HOFMANN-RIEM (a cura di), *Strukturen des Europäischen Verwaltungsrechts*, 1999, p. 171, 174; KINGREEN - STÖRMER, *Die subjektiv-öffentlichen Rechte des primären Gemeinschaftsrechts*, *EuR* 1998, p. 263, 277 s.

sottoporre gli atti dell'Unione a una più rigida verifica rispetto ai diritti fondamentali. Questa esigenza trova un sostegno in termini dogmatici anche nella giurisprudenza della Corte di giustizia secondo cui gli atti sovranazionali e quelli nazionali devono essere controllati dal giudice sulla base di criteri sostanzialmente uguali⁽⁹⁴⁾.

Ad una più attenta considerazione risulta però che, in questo ambito, la Corte di giustizia non si comporta come un giudice costituzionale che guidi il processo politico.

Tra la sua giurisprudenza sulle libertà fondamentali e quella sui diritti fondamentali sussiste una decisiva differenza. Le libertà fondamentali, con l'eccezione della libertà di circolazione dei lavoratori e dell'accesso al rapporto di lavoro⁽⁹⁵⁾, non comprendono diritti fondamentali e la giurisprudenza della Corte di giustizia non rappresenta in questi campi una giurisprudenza relativa ai diritti fondamentali⁽⁹⁶⁾; e la differenza non è affatto di natura terminologica, ma sostanziale. È della massima importanza in proposito la spesso trascurata riserva della Corte⁽⁹⁷⁾, secondo cui le libertà fondamentali sono direttamente applicabili solo quando non sussiste alcuna regolamentazione di diritto secondario⁽⁹⁸⁾.

⁽⁹⁴⁾ Corte giustizia CE, causa C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du Pêcheur*, *Racc.* 1996, p. I-1029; dettagliatamente Avv. gen. TESAURO, *ibidem*, 1100 ss.

⁽⁹⁵⁾ Corte giustizia CE, causa C-415/93, *Bosman*, *Racc.* 1995, p. I-4921, n. 129 causa C-416/96, *El-Yasini*, *Racc.* 1999, p. I-1209, n. 45.

⁽⁹⁶⁾ Ciò viene confermato dalla Carta. Nella terza proposizione si distingue chiaramente tra valori comuni e diritti fondamentali da un lato e libertà fondamentali dall'altro. E quindi nel catalogo della Carta non è compresa la libertà della circolazione delle merci.

⁽⁹⁷⁾ V. SCHILLING (nota 33), p. 10.

⁽⁹⁸⁾ Corte di giustizia CE, causa 120/78, *Cassis de Dijon*, *Racc.* 1979, p. 649, 662 n. 8; causa C-51/94, *Sauce Hollandaise*, *Racc.* 1995, p. I-3599, 3627, n. 29; causa C-470/93, *Mars*, *Racc.* 1995, p. I-1923, 1940, n. 12; questa formula non si trova in tutti i casi; v., ad esempio, causa C-412/93, *Leclerc*, *Racc.* 1995, p. I-209, 216, n. 18 ss. Il motivo sta nel fatto che questo modo di procedere della Corte di giustizia può essere considerato come consolidato: v. i manuali di diritto europeo, ad esempio, STREBENZ, *EuR*

Ciò significa, in sostanza, che gli Stati membri, attraverso il Consiglio, possono disciplinare la fattispecie controversa in modo diverso da come è stato deciso dalla Corte sulla base delle libertà fondamentali. Nessuna decisione della Corte, che stabilisca l'illegittimità di una determinata disposizione nazionale a causa del suo contrasto con le libertà fondamentali, è dunque «sculpita nella pietra», perché essa può in ogni tempo essere modificata da un regolamento o da una direttiva successiva. Per questo motivo - e questa è la fondamentale differenza con le decisioni in materia di diritti fondamentali tanto della Corte di giustizia che della Corte europea dei diritti dell'uomo, come pure dei giudici nazionali - una decisione fondata sulle libertà fondamentali non sottrae una fattispecie dall'influenza del normale processo politico⁽⁹⁹⁾. La ponderazione degli interessi coinvolti resta affidata a quest'ultimo. Una decisione in proposito può essere quindi cambiata o corretta dal diritto secondario.

Questo orientamento della giurisprudenza può essere interpretato nel modo che segue. La Corte di giustizia riconosce chiaramente i numerosi svantaggi di un governo dei processi politici, economici e sociali attraverso la creazione giurisprudenziale sul piano costituzionale, piano sul quale - rispetto alla rigidità del processo di modifica dei trattati previsto dall'art. 48 TrUE - solo con grande sforzo è possibile intervenire politicamente⁽¹⁰⁰⁾. Questo spiega anche perché la Corte di giustizia applica le libertà fondamentali (come garanzie istituzionali) nei confronti della produzione giuridica degli organi dell'Unione con molta maggiore

parecht, IV ediz., 1999, n. 742. Questo spiega anche il metodo sorprendente che consiste nell'interpretare il diritto primario (libertà fondamentali) alla luce del diritto secondario; v. Corte di giustizia CE, causa C-9/93, *Ideal Standard*, *Racc.* 1994, p. I-2789, 2853 s., n. 56 s.

⁽⁹⁹⁾ Ciò vale anche per gli altri due importanti settori del diritto primario, il diritto della concorrenza e la parità di trattamento dei sessi sul posto di lavoro: essi non limitano la discrezionalità nella produzione giuridica dell'Unione.

⁽¹⁰⁰⁾ Poiché la Corte di giustizia è parte di una organizzazione (UE) che manca di un organo competente per la revisione costituzionale, essa manca - a differenza di tutti gli altri giudici costituzionali - di una controparte sul piano costituzionale.

cautela di quanto non faccia nei confronti degli atti degli Stati membri. Solo evidenti lesioni dei principi fondamentali relativi al mercato comune, e in particolare le aperte discriminazioni, sono vietate⁽¹⁰¹⁾. Questa differenza non è, come spesso si ritiene, il frutto di un orientamento deviante della Corte di giustizia, ma una convincente strategia costituzionalistica e politica.

3.1.5. *Sul consenso costituzionale in Europa.* - La Corte di giustizia, a ragione, lascia agli organi politici dell'Unione uno spazio considerevole. Tuttavia la Carta potrebbe costituire un'occasione per la Corte per modificare la propria giurisprudenza nel senso di un controllo più rigido, anche se gli Stati membri e gli altri organi dell'Unione - come si ricava dalla quarta proposizione - sembrano soddisfatti dell'attuale livello di protezione giuridica. C'è comunque da aspettarsi che dalla proclamazione della Carta deriveranno esigenze in questo senso.

Un giudice che volesse acquisire un proprio autonomo e intenso ruolo rispetto al processo politico avrebbe bisogno di un sufficiente fondamento. L'autorevole testo, come tale, non è sufficiente in tal senso perché non determina l'intensità del controllo: né l'art. 52 né l'art. 53 della Carta lo stabiliscono. Un possibile fondamento per un più forte controllo potrebbe risultare da una concezione della Corte di giustizia, prima che come istituzione pubblica, come istituzione sociale, che utiliz-

⁽¹⁰¹⁾ Corte di giustizia CE, causa 80 e 81/77, *Ramel*, *Racc.* 1978, p. 927, n. 37; causa C-47/90, *Établissement Delhaize frères*, *Racc.* 1992, p. I-3669, n. 44; causa C-350/97, *Monsees*, *Racc.* 1999, p. I-2921, n. 24; MADURO (nota 25), p. 76 ss., 78: «What the Court does when it considers art. 30 is not to impose a certain constitutional conception of public intervention in the market, but to compensate for the lack of Community harmonisation»; MATTHIES - BORRIES, in GRABITZ - HILF (a cura di), *Kommentar zur Europäischen Union*, 2000, Art. 30 EG, n. 43; OLIVER, *Free Movement of Goods*, 1996, §§ 4.08 ss.; un più rigido controllo viene esercitato rispetto alla libertà di circolazione dei lavoratori, perché è insita in essa una dimensione di diritto fondamentale, Corte di giustizia CE, causa 41/84, *Pinna*, *Racc.* 1986, p. 17, n. 21; O'LEARY, *Free Movement of Persons and Services*, in CRAIG - DE BURCA (a cura di), *The Evolution of EU Law*, 1999, p. 377, 378 s.

za i diritti fondamentali per portare avanti convinzioni ed esigenze sociali nei confronti degli apparati di potere⁽¹⁰²⁾. Vi sono però buoni motivi per non considerare in alcun modo proponibile questa tesi per la Corte di giustizia, sebbene essa fornisca un'allettante immagine della Corte (Lussemburgo) come rappresentante della società europea contro Bruxelles.

Secondo un altro modello i giudici sono considerati come istituzioni che, in particolare attraverso la loro giurisprudenza in materia di diritti fondamentali, elaborano il consenso sociale rispetto a valori comuni⁽¹⁰³⁾. Questo è il modello che di fatto, diversamente dal primo, viene applicato all'integrazione europea.

Alcuni studiosi vedono una sempre maggiore omogeneità dei principi costituzionali e un crescente consenso sui valori in Europa⁽¹⁰⁴⁾. Questa opinione può trovare sostegno sulla prima proposizione della Carta in cui viene espressa l'aspirazione ad un «futuro di pace fondato su valori comuni» e in cui la funzione dell'Unione europea, e quindi della Corte di giustizia, secondo la terza considerazione, deve contribuire «allo sviluppo di questi valori comuni». La Carta come tale potrebbe essere vista come il risultato dello sviluppo di una base normativa di una società europea.

⁽¹⁰²⁾ Questo pare il caso degli Stati Uniti, LEPSIUS, *Verwaltungsrecht unter dem common law*, 1997, p. 31 s., 212 s.

⁽¹⁰³⁾ È oggetto di un'ampia, complessa e controversa discussione se i giudici costituzionali nazionali abbiano la funzione di promuovere il consenso sociale e di consolidare i valori sociali in norme giuridiche che indirizzino il potere degli organi politici. Per contributi recenti a questo dibattito, v. SCHUPPERT - BUMKE (a cura di), *Bundesverfassungsgericht und gesellschaftlicher Grundkonsens*, 2000.

⁽¹⁰⁴⁾ Cf. MEYER - ENGEL (nota 3), p. 7 ss.; PERNICE, *Einige Grundrechte-Charta für die Europäische Union*, DVBl. 2000, p. 847; STEINBERGER, *Aspekte der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Verhältnis zwischen Europäischem Gemeinschaftsrecht und deutschem Recht*, in FS Doebring, 1989, p. 951, 968; HÄBERLE, *Europäische Rechtskultur*, 1994, p. 37 ss.; Id., *Europa als werdende Verfassungsgemeinschaft*, DVBl. 2000, p. 840. Su questa base alcuni vedono perfino il sorgere di una Nazione europea, BAHLMANN, *Abschied vom Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften*, EuR 1988, p. 347.

Dall'altra parte però una serie di autori contestano che il processo di sviluppo dell'Europa abbia preso una simile direzione⁽¹⁰⁵⁾. Naturalmente anche gli scettici non mettono in discussione l'ampio consenso sugli obiettivi generali dell'Unione (pace, garanzia della libertà e del benessere)⁽¹⁰⁶⁾; e lo stesso vale per i principali diritti umani. Questi autori, che attribuiscono, sul piano dei valori come sul piano empirico un più consistente spazio alla differenza ed alla eterogeneità in Europa, considerano un consenso sociale sui valori come base di una azione giudiziaria a livello europeo di portata assai più ristretta di quella comunemente accettata per gli Stati membri storicamente integrati. L'Unione quindi può appoggiarsi al consenso sociale sui valori solo in misura limitata, in quanto alla relativa giurisprudenza della Corte di giustizia sono posti confini più stretti di quelli esistenti per i giudici nazionali⁽¹⁰⁷⁾.

L'Unione europea dipende dunque dal processo politico, per la risoluzione dei conflitti d'interesse, in misura assai più ampia di quanto non accada per molti dei sistemi nazionali dotati di giudici costituzionali.

Si dubita anche se la Corte di giustizia goda di un consenso sociale paragonabile a quello - per esempio - della Corte costituzionale federal. Alcuni studiosi esprimono anzi sfiducia nei suoi confronti⁽¹⁰⁸⁾; ma an-

⁽¹⁰⁵⁾ BASEDOW, *Zielkonflikte und Zielhierarchien im Vertrag über die Europäische Gemeinschaft*, in FS Everling, vol. I, 1995, p. 49, 57; LEGRAND, *European Legal Systems: not converging*, *Inter. Comp. Law Quarterly* 45 (1996), p. 52; SHAW, *European Union: Legal Studies in Crisis? Towards a New Dynamics*, OJLS 16 (1996), p. 231, 240 ss.

⁽¹⁰⁶⁾ Dettagliatamente MÜLLER-GRAFF, *Einheit und Kohärenz der Vertragsziele in EG und EU*, *EuR Beiheft* 1998, 67 ss.; Id., *Europäische Verfassung und Grundrechtscharta*, *Integration* 2000, p. 34.

⁽¹⁰⁷⁾ VON BOGDANDY, *Zweiterlei Verfassungsrecht*, *Der Staat* 39 (2000), p. 163; EVERLI, *Bindung und Rahmen: Recht und Integration*, in WEIDENFELD (a cura di), *Die Identität Europas*, 1985, p. 152, 157, 162, 163; Id., *Richterliche Rechtsfortbildung in der Europäischen Gemeinschaft*, JZ 2000, p. 16, 17; WELER (nota 79), p. 108 ss.; concretamente GÜNTHER, *Berufsfreiheit und Eigentum in der Europäischen Union*, 1998, p. 50 ss., 233 ss., 249 ss.

⁽¹⁰⁸⁾ WELER (nota 79), p. 207 ss.; SCHOLZ, *Zum Verhältnis von europäischem Gemeinschaftsrecht und nationalem Verwaltungsverfahren*, DÖV 1998, p. 261, 264 ss.;

coloro che non condividono questa valutazione ammettono che il suo ruolo nelle questioni fondamentali non dovrebbe corrispondere a quello dei giudici costituzionali politicamente più attivi. Inoltre un più intenso controllo della produzione giuridica europea e una più ampia tutela dei diritti fondamentali metterebbero in serio pericolo un'importante funzione dell'unificazione europea: la possibilità di adottare riforme politiche che in ambito nazionale siano bloccate⁽¹⁰⁹⁾.

Questo orientamento giunge dunque alla conclusione che i diritti fondamentali - rispetto alla collocazione costituzionale e sociale della Corte di giustizia - non devono servire a procurare alla Corte un ruolo centrale nel processo politico. Un sostanziale cambiamento in tema di controllo della produzione giuridica europea non è dunque auspicabile.

Beninteso: questa prospettiva non significa in alcun modo voler restringere il controllo giuridico attribuito alla Corte; il suo consenso sociale verrà in larga parte a dipendere dalla misura in cui le riuscirà di tutelare, nei confronti della produzione giuridica europea, quei diritti fondamentali nel nascente diritto dell'ordine pubblico e del diritto penale europeo.

Sulla Corte - stretta tra l'esiguità del suo fondamento e le elevate aspettative che in essa si ripongono - ricade il difficile compito di sviluppare una convincente strategia per una adeguata tutela dei diritti fondamentali nei confronti della sfera politica sulla base del titolo IV TrCE e del titolo IV TrUE.

3.2. *Definizione dell'ambito della tutela e presupposti dell'intervento.* - Un'ulteriore critica che viene rivolta alla giurisprudenza della Corte di giustizia riguarda il metodo. Per confrontarsi con tale critica appare utile ricordare più puntualmente la sua metodologia. Vi sono varie possibilità di verificare la conformità di un atto giuridico ai diritti fondamentali. Fondamentalmente si può distinguere tra una verifica ad uno e a due li-

anche JUNCKER, *Der EuGH im Arbeitsrecht. Die schwarze Serie geht weiter*, NJW 1994, p. 2527.

⁽¹⁰⁹⁾ V. sopra, nota (32).

velli: la prima sembra dominare in Francia⁽¹¹⁰⁾; la Corte di giustizia invece pratica prevalentemente la seconda, nei termini in cui essa viene anche delineata nella scienza giuridica di lingua tedesca⁽¹¹¹⁾. In una prima fase si determina l'ambito di tutela del diritto fondamentale; quindi si verifica se la posizione del singolo ricade in tale ambito e infine se l'atto giuridico contestato pregiudica la posizione protetta. In una seconda fase si controlla se un intervento è in linea di principio ammissibile (e ciò quanto accade di regola) e se il provvedimento lesivo soddisfa i propri specifici presupposti. In proposito il ruolo più significativo è attribuito al principio di proporzionalità⁽¹¹²⁾.

3.2.1. *Le modalità di verifica della Corte di giustizia.* - La Corte di giustizia riconosce pressoché tutti i diritti fondamentali come protetti dall'ordinamento giuridico dell'Unione. Tuttavia non sussiste di regola una precisa definizione dell'ambito di tutela di ciascun diritto, e ciò porta con sé due problemi critici: in primo luogo vengono a perdersi i profili di ogni singolo diritto quando il suo ambito di protezione non è definito⁽¹¹³⁾; in secondo luogo vengono a perdersi i caratteri particolari specifici della protezione di ciascun diritto, e in particolare della propria⁽¹¹⁴⁾. Riguardo alla 'visibilità' dei diritti fondamentali (quarta consid-

⁽¹¹⁰⁾ ARNOLD, *Ausgestaltung und Begrenzung von Grundrechten im französischen Verfassungsrecht*, JöR n.s. 38 (1989), p. 197, 209. Sul significato dell'ordinamento francese anche in questo campo, SCHILLING (nota 33), p. 24 s.

⁽¹¹¹⁾ HIRSCH, *Gemeinschaftsgrundrechte als Gestaltungsaufgabe*, in KREUZER et al. (cura di), *Europäischer Grundrechtsschutz*, 1998, p. 9, 17; in dettaglio HOLOUBEK, *Bausteine eines grundrechtsdogmatischen Argumentationsschemas*, in GRABENWARTER (nota 2) p. 61 ss.; PIEROTH - SCHLINK, *Grundrechte*, XIV ediz., 1998, p. 56 ss.

⁽¹¹²⁾ Occasionalmente la proporzionalità costituisce un elemento autonomo di verifica, il che peraltro non ha influenza sulla logica di una decisione; v. Corte di giustizia CE, causa C-280/93, *Deutschland/Rat*, Racc. 1994, p. I-4973, n. 88.

⁽¹¹³⁾ PAULY (nota 59), p. 253 ss.; STORR, *Zur Bonität des Grundrechtsschutzes in EU*, *Der Staat* 1998, p. 547, 554 ss.

⁽¹¹⁴⁾ SCHILLING (nota 33), p. 12.

razione del preambolo) sarebbe certamente utile se l'ambito di tutela dei vari diritti e i loro rapporti venissero più precisamente determinati. Una precisazione in proposito può essere anche attesa da parte della futura giurisprudenza della Corte di giustizia successiva alla proclamazione della Carta. La situazione attuale si fonda infatti in larga misura sulla circostanza che la Corte - analogamente al *Conseil Constitutionnel* francese⁽¹¹⁵⁾ - ha elaborato i diritti fondamentali come principi generali del diritto⁽¹¹⁶⁾. Il rapporto di tali principi tra loro è più difficile da stabilire di quello sussistente tra singole prescrizioni di un testo vincolante⁽¹¹⁷⁾. L'adozione della Carta dovrebbe quindi portare a una più precisa trattazione dei diritti fondamentali e ciò avrà in ogni caso come conseguenza un'importante effetto collaterale: tali concretizzazioni potrebbero portare a ripercussioni sul processo politico da non sottovalutare, indipendentemente dalla questione dell'intensità del controllo⁽¹¹⁸⁾.

Ad un secondo livello, per la verifica dei presupposti di legittimità di un intervento, si deve distinguere tra regolamentazione specifica e regolamentazione generale dei limiti. La Convenzione europea dei diritti dell'uomo contiene limiti specifici rispetto ai diritti fondamentali. A parte la regola generale dell'art. 18, sono in essa stabiliti specifici presupposti per l'intervento riguardo a ciascun diritto fondamentale, sempre che esso non sia tutelato in via assoluta. La Costituzione tedesca adotta la stessa tecnica. Rispetto a molti diritti fondamentali, in quanto non protetti in via assoluta, sussistono presupposti più o meno specifici di intervento (riserva di legge qualificata) che completano le disposizioni generali di cui all'art. 19, co. 1 e 2, Cost. La Corte di giustizia applica invece per lo più come limite generale il principio di proporzionalità e ciò

⁽¹¹⁵⁾ Su questo parallelismo, v. DE WITTE (nota 57), p. 864.

⁽¹¹⁶⁾ Sul significato del diritto pubblico francese nella giurisprudenza sui diritti fondamentali della Corte di giustizia, SCHILLING (nota 33), p. 24 ss.

⁽¹¹⁷⁾ BESELINK (nota 78), p. 633.

⁽¹¹⁸⁾ SHAPIRO, *The European Court of Justice*, in CRAIG - DE BURCA (nota 101), p. 321, 340; HIRSCH, *EG: kein Staat, aber eine Verfassung*, NJW 2000, p. 46, 47.

viene considerato troppo indeterminato e non adeguato rispetto alle molteplici pretese relative ai singoli diritti fondamentali⁽¹¹⁹⁾. Tale critica investe analogamente la Carta poiché anch'essa, nell'art. 52, co. 1, prevede tale limite generale per tutti i diritti fondamentali⁽¹²⁰⁾.

3.2.2. *Limiti nella dimostrazione pratica.* - Ad una più attenta analisi del rapporto con speciali ipotesi normative di intervento però, questa critica si dimostra ampiamente infondata. Nella prassi costituzionale tedesca e nella dottrina giuridica la figura della regolamentazione qualificata dei limiti è data come pressoché impraticabile⁽¹²¹⁾. Criteri decisivi per la verifica della legittimità di un intervento sui diritti fondamentali sono diventati invece l'esistenza di presupposti generali per un sufficiente fondamento giuridico e l'osservanza del principio di proporzionalità⁽¹²²⁾. E la situazione appare analoga in una comparazione internazionale⁽¹²³⁾. È significativo che la nuova Costituzione federale svizzera del 1999 preveda un limite generale ai diritti fondamentali analogo a quello della Carta. Gli articoli da 7 a 34 contengono un catalogo dei diritti fondamentali; l'art. 36 determina i presupposti di un intervento e cioè la presenza di un fondamento legale, il perseguimento di uno scopo legittimo, la proporzionalità tra il provvedimento e la garanzia del contenuto essenziale di ciascun diritto fondamentale⁽¹²⁴⁾. È dunque convincente anche la soluzione praticata dalla Corte di giustizia e prevista dalla Carta. Non deve però essere trascurata una grave carenza, in quanto la Carta non conside-

⁽¹¹⁹⁾ BESELINK (nota 78), p. 636; CASPAR, *Nationale Grundrechtsgarantien und sekundäres Gemeinschaftsrecht*, DöV 2000, p. 349, 357; PAULY (nota 59), p. 254, 255; v. anche i riferimenti alla nota (60).

⁽¹²⁰⁾ TETTINGER, *Mehr als eine fleißige Sammlung zum Schutz von Eurokraten?*, FAZ del 26 agosto 2000, 6: «Metodo del tagliaerba».

⁽¹²¹⁾ SCHMIDT (nota 43), p. 198.

⁽¹²²⁾ HESSE (nota 41), p. 154 ss.; PIEROTH - SCHLINK (nota 111), p. 60 ss.

⁽¹²³⁾ SUDRE (nota 29), p. 148 ss.

⁽¹²⁴⁾ Dettagliatamente MÜLLER, *Grundrechte in der Schweiz*, III ediz., 1999.

ra in modo soddisfacente il fatto che, per una effettiva realizzazione di diritti fondamentali può essere necessaria l'emanazione di norme di diritto secondario⁽¹²⁵⁾. Inoltre l'art. 52 della Carta è formulato in modo infelice perché in base ad esso sembrano essere consentite perfino la tortura e la pena di morte. Anche se questa interpretazione è esclusa dall'art. 52, co. 3, della Carta, riguardo alla sua funzione di 'chiarimento' il testo, su questioni di tale importanza, dovrebbe essere formulato chiaramente.

3.2.3. *Un'alternativa radicale.* - Esiste un'alternativa radicale alla concezione fino ad ora invalsa delle garanzie dei diritti fondamentali.

Tale concezione estende l'ambito della loro protezione quasi ad ogni legittimo interesse o ad ogni attività legale, costruendolo in modo assai esteso e riconoscendo come protetto pressoché ogni interesse o comportamento privato giuridicamente riconosciuto.

Questo conduce in ultima analisi al riconoscimento come diritto fondamentale di una generale libertà di comportamento, su cui però si può intervenire - in linea generale - sulla base di qualsiasi ragionevole e proporzionato obiettivo politico. In opposizione a ciò, l'opinione alternativa limita i diritti fondamentali a interessi dei singoli dotati di particolare rilievo. Una simile concezione porta a una considerevole delimitazione dell'ambito di applicazione dei singoli diritti fondamentali, ma anche ad una tutela assai più intensa contro gli interventi su tali interessi specificamente tutelati⁽¹²⁶⁾.

A mio avviso questa concezione dei diritti fondamentali è preferibile a quella corrente. Essa fornisce agli interessi minacciati una migliore tutela e porta ad una più chiara distinzione in termini di potere tra giurisprudenza e processo politico. Ciò nonostante questo approccio non è raccomandabile per l'Unione europea. Anzi, verosimilmente, non è proprio praticabile. La Corte di giustizia ha sviluppato la propria giuri-

⁽¹²⁵⁾ TOMUSCHAT (nota 4); dettagliatamente GELLERMANN (nota 41).

⁽¹²⁶⁾ In questo senso BÖCKENFÖRDE, *Das Grundrecht der Gewissensfreiheit*, *VVDStRL* 28 (1970), p. 33, 36; GÜNTHER, *The Legacies of Injustice and Fear*, in ALSTON, (nota 7), p. 117.

sprudenza relativa ai diritti fondamentali sulla base delle tradizioni comuni degli Stati membri e l'ha accordata ai relativi strumenti internazionali. Poiché la Corte europea dei diritti dell'uomo e molti degli ordinamenti giuridici nazionali hanno costruito in modo ampio l'ambito di tutela dei diritti fondamentali, la Corte di giustizia è costretta, non fosse altro in base all'art. 6, co. 2, TrUE, a seguire la concezione dominante.

Si osserva in proposito che i diritti fondamentali rappresentano la parte di gran lunga meno 'autonoma' dell'ordinamento giuridico sovranazionale. In nessun altro campo la Corte di giustizia si basa in misura analoga sugli ordinamenti giuridici nazionali e sul diritto internazionale. Questo modo di procedere non era obbligato: i diritti fondamentali avrebbero potuto essere anche sviluppati sulla base del Trattato CE e ciò avrebbe condotto ad una giurisprudenza largamente autonoma in proposito⁽¹²⁷⁾.

Forse la Corte di giustizia ha imboccato questa strada poiché essa - come pure i giudici costituzionali nazionali - ha considerato i diritti fondamentali come espressione di valori sociali e negli anni Settanta una società europea non era ancora sufficientemente sviluppata per costituire una fonte convincente di valori specificamente europei. Questa tesi confermata dall'art. 6, co. 2, TrUE.

C'è poi un'ulteriore circostanza da considerare: i diritti a cui la Corte di giustizia, con la sua ben nota giurisprudenza che va da *van Gend & Loos* fino a *Francovich* e oltre, ha fornito i 'denti', non sono mai stati diritti fondamentali secondo le comuni tradizioni costituzionali, ma diritti individuali che nascono dai trattati e dal diritto secondario. Anche in questa prospettiva i diritti fondamentali hanno, nell'ordinamento giuridico europeo, un modesto significato. C'è da chiedersi, conclusivamente se ciò debba cambiare.

4. *Un nuovo fondamento per l'ordinamento giuridico europeo?* - Secondo un terzo punto di vista i diritti fondamentali come centro dell'ordinamento giuridico sovranazionale dovrebbero illuminare e orienta-

⁽¹²⁷⁾ PERINICÉ (nota 1), p. 66 ss.

l'intero ordinamento giuridico europeo⁽¹²⁸⁾. In tal modo il processo di costituzionalizzazione del diritto europeo verrebbe elevato ad un livello superiore. Questa tesi richiede di riflettere sull'essenza della costituzionalizzazione dell'Europa.

4.1. *Costituzionalizzazione: che cos'è?* - Il processo di costituzionalizzazione dei trattati fondativi prese avvio con la giurisprudenza sul rapporto tra l'ordinamento giuridico sovranazionale e quelli nazionali, in particolare attraverso lo sviluppo degli istituti della applicabilità diretta e della preminenza⁽¹²⁹⁾. Nell'ordinamento giuridico tedesco costituzionalizzazione significa invece qualcosa di affatto diverso: significa cioè che i principi costituzionali, e in particolare i diritti fondamentali, influenzano l'intero ordinamento giuridico⁽¹³⁰⁾.

Il termine dunque non indica semplicemente una priorità di norme, cioè la possibilità di dichiarare nullo un atto giuridico quando esso violi la Costituzione e in particolare dei diritti fondamentali. Esso ha un significato ben più esteso di quello insito nell'istituto della preminenza: quello di compenetrazione della legge ordinaria con i principi costituzionali⁽¹³¹⁾.

Questa forma di compenetrazione è addirittura prevista espressamente in alcune costituzioni: l'art. 35, co. 1, della nuova Costituzione svizzera richiede che «i diritti fondamentali (...) acquistino vigenza nell'intero ordinamento giuridico»⁽¹³²⁾.

⁽¹²⁸⁾ DENNINGER, *Menschenrechte und Staatsaufgaben - ein europäisches Thema*, JZ 1996, p. 585, 587; PERNICE (nota 103), p. 854, 856 ss.; cfr. anche BAER, ZRP 2000, p. 361.

⁽¹²⁹⁾ STEIN, *Lawyers Judges and the Making of a Transnational Constitution*, AJIL 1981, p. 1.

⁽¹³⁰⁾ SCHUPPERT - BUMKE, *Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung*, 2000.

⁽¹³¹⁾ SCHUPPERT - BUMKE, (nota 130), p. 25; HESSE, (nota 41), n. 12; fondamentale in proposito HÄBERLE, *Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz*, 1962.

⁽¹³²⁾ Disposizioni analoghe si trovano nell'art. 3 della Costituzione italiana e nell'art. 53 co. 1 e 3 di quella spagnola.

A questo punto diventano chiari due diversi modi di considerare la funzione dei diritti fondamentali. Mentre secondo un primo punto di vista la funzione dei diritti fondamentali si limita a garantire tutela nei confronti di interventi autoritativi, senza che da ciò derivino impulsi ulteriori per il progresso della società, secondo un altro punto di vista la loro funzione è quella di un esteso orientamento normativo e quella di costituire il fondamento di tutti i rapporti sociali di una società⁽¹³³⁾. Dietro a questo sta la consapevolezza che lo scopo essenziale dei diritti fondamentali, quello di garantire la libertà e la dignità dell'uomo, non può essere raggiunto solo su una base individuale, ma presuppone la libertà della società intera⁽¹³⁴⁾. E in tal modo si rende esplicito lo stretto rapporto tra diritti fondamentali e costituzione democratica di una comunità politica. Su questa base la scienza giuridica tedesca ha dato una nuova conformazione a molti settori del diritto, con una notevole influenza sulla prassi⁽¹³⁵⁾, e in ciò si identifica a ragione una delle più significative elaborazioni giuridiche della Repubblica Federale Tedesca⁽¹³⁶⁾. Gli elementi che costituiscono la struttura dell'ordinamento giuridico tedesco sono oggi, più che le grandi codificazioni (che furono una conquista del XIX° secolo), i diritti fondamentali. E questi hanno profondamente influenzato anche la parte della Costituzione che riguarda l'organizzazione dello Stato⁽¹³⁷⁾.

⁽¹³³⁾ BÖCKENFÖRDE, *Geschichtliche Entwicklung und Bedeutungswandel der Verfassung*, in *Id., Staat, Verfassung, Demokratie*, 1991, p. 29, 42 ss.; HÄBERLE, *Artenreichtum und Vielschichtigkeit von Verfassungstexten*, in *Festschrift U. Häfelin*, 1989, p. 225 ss.

⁽¹³⁴⁾ DENNINGER, *Anmerkungen zur Diskussion um Europäische Grundrechte*, KJ 2000 p. 145; FRANKENBERG, *Die Verfassung der Republik*, 1997, p. 98 ss.

⁽¹³⁵⁾ Il ruolo dei diritti fondamentali risulta chiaro negli studi giuridici in Germania: ci si aspetta quasi sempre da uno studente nella trattazione di quasi tutti i casi di diritto pubblico il riferimento ai diritti fondamentali. Se tralascia questo può essere abbastanza sicuro di non aver considerato un aspetto importante della soluzione.

⁽¹³⁶⁾ SCHMIDT-ARMANN (nota 43), p. 56.

⁽¹³⁷⁾ VON BOGDANDY, *Gubernative Rechtsetzung*, 2000, p. 183 ss.

Secondo questo modello l'ordinamento giuridico sovranazionale potrebbe essere ristrutturato a misura dei diritti fondamentali e dunque, in questo senso, costituzionalizzato. La differenza tra questa concezione e quella proposta da Alston e Weiler consiste nel fatto che quest'ultima è diretta soprattutto alla realizzazione di diritti sociali progressivi e non si cura della prospettiva dogmatica⁽¹³⁸⁾.

4.2. *Prospettive di una tale costituzionalizzazione.* - Una ristrutturazione dell'ordinamento giuridico dell'Unione a misura dei diritti fondamentali non compromette in misura apprezzabile il rapporto di diritto costituzionale tra l'ordinamento sovranazionale e quello nazionale, poiché riguarda esclusivamente l'ordinamento dell'Unione. Essa porta ad uno sviluppo interno del sistema giuridico ed è meno visibile. Tuttavia la prospettiva non è da sottovalutare. L'affermazione - per esempio di Prodi - per cui la tutela dei diritti fondamentali dell'individuo sarebbe già oggi il cuore dell'ordinamento giuridico sovranazionale non è convincente⁽¹³⁹⁾, perché i diritti fondamentali nell'ordinamento europeo al momento funzionano solo come limiti⁽¹⁴⁰⁾. Ciò risulta anche dal fatto che essi non sono compresi nei cataloghi dei fini di cui all'art. 2 TrUE e agli artt. 2, 3 TrCE; ed anche l'art. 6, co. 2, TrUE che li menziona, li concepisce come *limiti* e non come *fini*⁽¹⁴¹⁾. Tuttavia è anche possibile una lettura dell'art. 6, co. 1, TrUE che attribuisce ai diritti fondamentali una collocazione di maggiore centralità.

La Carta contiene degli elementi che sembrano accennare a un simile ruolo dei diritti fondamentali nell'ordinamento sovranazionale. In

⁽¹³⁸⁾ ALSTON - WEILER (nota 13), p. 11.

⁽¹³⁹⁾ JACOBS, *The interaction of European law and national constitutional law*, *EuR Beibef* 2000 (1), p. 41, 43.

⁽¹⁴⁰⁾ BESSELINK (nota 78), p. 669; SCHILLING (nota 33), p. 33.

⁽¹⁴¹⁾ Dettagliatamente HILF, in GRABITZ - HILF (nota 40), Art. F, co. 2, n. 20 ss.; SIMON, in CONSTANTINESCO - KOVAR - SIMON (a cura di), *Traité sur l'Union Européenne*, 1995, art. F, n. 8 ss.; WÖLKER, *Grundrechtsschutz durch den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften und nationale Gerichte nach Amsterdam*, *EuR Beibef* 1999, p. 99.

base alla seconda proposizione del preambolo l'Unione colloca «la persona al centro della sua azione». Questa espressione potrebbe essere intesa come ripetizione di un ovvio principio, nel senso che l'Unione non rappresenta un fine in sé, ma che la sua attività deve essere al servizio degli uomini sottoposti al suo diritto. Si potrebbe però vedere in essa anche l'invito ad una ricostruzione dell'ordinamento di più ampia portata. Vi sono poi altri elementi che consentono di vedere nella Carta una sorta di progetto complessivo per una prospera convivenza europea. Secondo la prima proposizione i diritti fondamentali della Carta trovano la propria base nei «valori comuni» dei popoli europei, il che presuppone non solo che questi sono condivisi in tale ambito, ma anche un loro solido radicamento nella società europea. Tale concetto viene rafforzato nella sesta proposizione, che pone l'accento sulla reciprocità dei diritti e dei doveri individuali nei confronti degli altri. Il che significa che tutti i rapporti all'interno della società devono essere definiti in una certa misura in relazione a tali valori comuni, e che i diritti non hanno soltanto una funzione difensiva contro i provvedimenti autoritativi. Inoltre i diritti fondamentali, in quanto devono essere resi «più visibili» al cittadino⁽¹⁴²⁾ - un punto fondamentale della Carta secondo la quarta considerazione -, devono essere attuali nell'ordinamento complessivo. Sarebbe un grave fraintendimento ridurre tale garanzia di visibilità dei diritti fondamentali al modo in cui vengono descritti in un documento. E' inoltre l'art. 51, co. 1, della Carta obbliga l'Unione e gli Stati membri non solo alla loro osservanza, ma anche alla promozione della loro applicazione. D'altra parte, però, si trovano nella Carta anche indicazioni contrapposte, a favore di una interpretazione più restrittiva. La quarta proposizione pone infatti in evidenza che la tutela dei diritti fondamentali attualmente garantita viene ritenuta sufficiente. Conseguentemente non po-

⁽¹⁴²⁾ Ciò rappresenta una delle funzioni principali della Carta, v. DAUBLER-GMELF, *Eine europäische Charta der Grundrechte*, *EuZW* 2000, p. 537, 538; e inoltre la comunicazione della Commissione del 13 settembre 2000, COM 2000, 559 def.; riguardo a ulteriori funzioni v. ZULEEG, *Zum Verhältnis nationaler und europäischer Grundrechte*, *E GRZ* 2000.

trebbe essere ricavata dalla Carta alcuna indicazione nel senso di una sostanziale trasformazione dell'ordinamento, tanto più che l'art. 51, co. 2, sottolinea come nella Carta non possano trovare fondamento nuovi compiti.

Alla scienza giuridica spetta il compito di indagare sul senso di una simile trasformazione dell'ordinamento giuridico europeo e ciò rappresenta un campo di ricerca di imponente estensione e denso di significative conseguenze. Gli studi presenti su tale mutamento che ponga al centro l'individuo e i suoi diritti fondamentali - per lo più fondati sul concetto di cittadinanza dell'Unione⁽¹⁴³⁾ - dimostrano che tale ristrutturazione sarebbe un'impresa enorme, che comporterebbe innumerevoli questioni critiche. Essa non riguarderebbe soltanto il diritto secondario, ma anche il diritto dell'organizzazione dell'Unione⁽¹⁴⁴⁾. E inoltre sarebbero necessari massicci cambiamenti nel diritto dell'Unione se si volesse trasformare quest'ultimo da ordinamento finalizzato all'integrazione economica e sociale in un ordinamento che ponga al centro i diritti fondamentali o il cittadino.

Deve essere questa trasformazione il principale compito della scienza giuridica europea all'inizio del XXI° secolo? E il diritto europeo deve cambiare la propria funzione di strumento politico per la promozione del mutamento sociale e diventare un ordinamento giuridico rivolto alla tutela del singolo? Si può scusare chi ha elaborato il testo se lascia tali domande senza risposta. E, dato che un simile mutamento - come già indica l'esempio tedesco - è realizzabile soltanto in presenza di specifiche circostanze storiche, politiche e sociali, si può nutrire scetticismo sul fatto che la maggioranza dei giuristi europei vogliano sottoporsi a questa fatica. Tuttavia si dovrebbe indagare su tale possibilità, specialmente in

⁽¹⁴³⁾ È fondamentale GRABITZ, *Europäisches Bürgerrecht zwischen Marktbürgerschaft und Staatsbürgerschaft*, 1970; KADELBACH, *Staatsbürgerschaft - Unionsbürgerschaft - Weltbürgerschaft*, in DREXL - KREUZER - SCHEUING (a cura di), *Europäische Demokratie*, 1999, p. 89 ss.; REICH, *Bürgerrechte in der Europäischen Union*, 1999; SHAW, *The Interpretation of the European Union Citizenship*, MLR 1998, p. 293.

⁽¹⁴⁴⁾ DENNINGER (nota 128), p. 145.

settori giuridici critici come quelli della cooperazione tra polizie, della libertà di circolazione o della tutela giuridica. Il diritto di asilo e il diritto dei rifugiati - come già accennato - rappresentano ulteriori terreni in cui concepire i relativi atti giuridici in una prospettiva di mercato comune non è affatto convincente, emergendo invece il profilo dei diritti fondamentali. Evidentemente, tra le discussioni che portarono alla stipulazione del trattato di Amsterdam e l'elaborazione della Carta, si è verificato un importante cambiamento rispetto a questo problema: mentre nel primo la politica dell'asilo e dei rifugiati viene ancora trattata nella prospettiva del mercato comune ed è collocata tra il capo relativo al movimento dei capitali e dei pagamenti (artt. da 56 a 60 TrCE) e il titolo sulla politica dei trasporti (artt. da 70 a 80 TrCE), l'art. 18 della Carta tratta la materia in modo assai più convincente.

5. *Considerazioni conclusive.* - Il mercato comune non presenta più una convincente visione per una ulteriore integrazione. I diritti fondamentali europei invece certamente comportano una simile visione, una visione cioè dell'Unione come comunità di diritti fondamentali. Tutta via questo articolo è cauto riguardo allo spostamento dei diritti fondamentali al centro dell'ordinamento giuridico sovranazionale.

Né l'affermata esigenza di un «ripensamento di principio»⁽¹⁴⁵⁾ sulla situazione giuridica attuale, né la proposta di una decisa politica dei diritti dell'uomo «comprensivamente orientata al futuro» come obiettivo politico, sono convincenti. Vi sono buoni motivi per contrastare un'estensione dei diritti fondamentali e del relativo discorso a sempre più vasti ambiti giuridici, politici e sociali, e ciò in particolare quando esso nasce dall'ordinamento giuridico dell'Unione.

Un orientamento dell'Unione verso una politica progressiva dei diritti dell'uomo potrebbe facilmente mettere a rischio l'equilibrio tra l'Unione stessa e gli Stati membri, non sussistendo al momento alcun

⁽¹⁴⁵⁾ ALSTON - WEBER (nota 7), p. 14; così anche EUROPÄISCHE KOMMISSION, *Experte groupe «Grundrechte», Bericht «Die Grundrechte in der Europäischen Union verbürgen»*, 1999, p. 7.

necessità di una più ampia tutela dei diritti fondamentali. Tuttavia, riguardo al suo forte effetto di centralizzazione, una risoluta politica dei diritti fondamentali sarà sostenuta da coloro che sono favorevoli a procedere più coraggiosamente al rafforzamento della federazione europea⁽¹⁴⁶⁾. L'Europa potrebbe portare a compimento il processo di federalizzazione sotto l'insegna dei diritti fondamentali. Questo modo di vedere - quantomeno in una prospettiva giuridica - è certamente più allettante quanto un analogo sviluppo sulla base di una comune politica di difesa o di una moneta comune.

Il processo di federalizzazione dovrebbe essere accelerato? Questo saggio lo mette in dubbio e porta argomenti a favore di uno sviluppo ulteriore dell'Unione secondo la logica sua propria, finora vincente. La conseguenza più importante di una simile prospettiva è l'esigenza di sviluppare un triplice ordine di livelli nei diritti fondamentali: il primo che trova applicazione nei confronti degli Stati terzi nel quadro della politica estera dell'Unione, il secondo che conformemente all'art. 7 TrUE ha la funzione di sovrintendere alla tutela dei diritti fondamentali che deve essere assicurata dagli Stati membri, e il terzo, il più forte, che si applica ai comportamenti dell'Unione e degli Stati membri nell'attuazione del diritto dell'Unione. L'elaborazione sistematica di questi tre livelli rappresentano una considerevole sfida per la scienza giuridica europea e la Carta sarà di grande utilità a questo proposito.

Anche la seconda esigenza, per cui la Corte di giustizia dovrebbe rendere più intenso il suo controllo sugli atti giuridici europei, non è da seguire. Un simile passo verrebbe ad alterare l'equilibrio dei poteri tra organi giurisdizionali e istituzioni politiche dell'Unione. Mancano i presupposti necessari perché possa giungere a buon fine un simile spostamento verso la Corte. È tuttavia auspicabile una più precisa trattazione dei diritti fondamentali che veda una più marcata considerazione della loro funzione essenziale, e con la Carta questo obiettivo potrà essere più facilmente raggiunto. Riguardo alla terza esigenza, quella di fare dei diritti

⁽¹⁴⁶⁾ MAJOCCHI, *La difficile costruzione dell'unità europea*, 1996, p. 35 ss.; per una visione meno unitaria del federalismo, cfr. VON BOGDANDY (nota 53), p. 50 ss.

fondamentali il punto di fuga del sistema giuridico europeo, restano dei dubbi sulla realizzabilità in termini generali di una simile trasformazione. Va comunque tenuto fermo che in alcuni settori critici, come ad esempio il diritto dell'immigrazione, la collaborazione tra polizie, o la tutela giuridica, questo principio conferisce nuova qualità all'analisi scientifica: e la Carta può dare l'impulso iniziale.

I diritti fondamentali, malgrado il loro indubbio significato, non dovrebbero essere intesi come *raison d'être* dell'Unione. Allo stesso tempo le considerazioni critiche prima esposte non dovrebbero essere trascurate. I diritti fondamentali in molti ordinamenti sono strumenti importanti del continuo adattamento al mutare delle esigenze, dei timori e delle convinzioni sociali. La scienza giuridica e soprattutto la stessa dogmatica dei diritti fondamentali giocano un ruolo importante nella loro articolazione e nel sostegno dei processi di cambiamento che ad essi corrispondono. Se questo saggio discute apertamente i contributi critici, ciò ha lo scopo di promuovere la discussione sui diritti fondamentali in genere e sulla Carta in particolare. I limiti del proprio contributo sono ben noti al costituente anche perché la posizione qui rappresentata entra in conflitto con l'art. 2 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789: «Lo scopo di ogni associazione politica è la garanzia dei diritti naturali e inalienabili dell'uomo».