

*Diritti fondamentali e confini fondamentali:
lo spazio giuridico europeo e il conflitto
tra standard e valori nella protezione
dei diritti umani*

1. *Introduzione*

La tutela giuridica dei diritti umani da parte della Corte di giustizia delle Comunità europee è considerata uno dei risultati più importanti conseguiti da tale organo ed è il segno più evidente della natura costituzionale dell'ordinamento giuridico comunitario. È ritenuta altresì un'importante risorsa a favore dell'integrazione; ma in realtà, nell'ambito di questo processo dialettico, essa può essere tanto fonte di unità che di disgregazione.

Indubbiamente nella prospettiva tradizionale l'impegno a favore dei diritti umani è considerato un ideale di unificazione, uno dei valori centrali attorno a cui il popolo e i popoli europei possono congiungersi. Quando la Corte, come è noto, si presentò come la custode dei diritti umani nell'ambito del diritto comunitario, stava semplicemente dando espressione giudiziaria (e mordente) a tale valore centrale. Ma la tutela giurisdizionale operata dalla Corte di giustizia, sia rispetto ai provvedimenti dell'Unione che a quelli degli Stati membri, può diventare anche una fonte di tensione.

In primis, e questa è la considerazione che costituisce il punto centrale del presente scritto, oltre un certo nucleo che per l'Europa è rappresentato dalla Convenzione per la salvaguardia dei diritti umani e delle libertà fondamentali, la definizione dei diritti umani spesso differisce da società a società. Tali differenze, a mio parere, riflettono scelte sociali fondamentali e costituiscono una parte importante del diverso modo di essere delle società e degli ordinamenti. Esse fanno spesso parte di quell'identità sociale cui i cittadini sono particolarmente attaccati. La scelta e la gradazione dei diritti umani che viene realizzata nel conte-

sto comunitario è dunque importante e può divenire fonte di tensione anche in assenza di un aperto contrasto di norme; poiché le scelte in materia di diritti umani si traducono in scelte di valori, la posta in gioco è conseguentemente piuttosto alta. Nella prima parte di questo scritto analizzerò queste situazioni di conflitto e di tensione, e cercherò di spiegare come la Corte di giustizia abbia cercato di mediare le tensioni e di smussare i conflitti.

In secondo luogo, il controllo giurisdizionale degli atti comunitari, ma soprattutto di quelli degli Stati membri, può essere visto, ed è stato visto, come un'espansione inesorabile ed estremamente problematica delle competenze della Corte in settori della regolamentazione sociale che sono, o dovrebbero essere, prerogativa degli Stati membri. Esaminerò, nel dettaglio, tale espansione di competenze e le sue cause.

La mia attenzione non è focalizzata sui problemi derivanti dal fatto che si tratta di diritto di produzione giudiziale, questione che ho analizzato in altra sede. Quello che mi interessa è l'incontro dei diritti «europei» con i diritti nazionali. In questo saggio rimarrò strettamente ancorato ai limiti del modello liberale dei diritti, lasciando ad un'altra occasione l'argomentazione critica dei diritti umani.

Prima di prendere in considerazione la giurisprudenza, esaminerò un po' più a fondo il concetto di diritti umani come espressione di valori sociali e come potenziale fonte di contrasti all'interno della costruzione europea.

I moderni Stati liberali, che si ispirano principalmente alla tradizione democratica americana piuttosto che a quella britannica, riconoscono sempre più l'autorità di un diritto superiore - di solito una costituzione e, in tempi più recenti, i trattati internazionali - che vincola anche il potere legislativo statale. In un numero sempre maggiore di moderne democrazie, il diritto superiore viene ad essere sostenuto dai giudici e da un sistema di controllo giurisdizionale che gli conferisce mordente. La tutela giuridica dei diritti umani occupa un posto centrale in questo *ethos* costituzionale. Il costituzionalismo, nonostante i limiti che impone al principio maggioritario, viene considerato un

principio complementare a quello maggioritario piuttosto che una sua negazione. Una formula che ben riassume il complesso rapporto fra i due concetti è quella della nozione di difesa dalla tirannia della maggioranza, in apparenza un ossimoro. Ritengo che il fascino suscitato dai diritti abbia due motivazioni. La prima riguarda i diritti (e le libertà) fondamentali considerati come espressione di una visione dell'umanità che investe dei valori più profondi il singolo individuo, e che, pertanto, non possono essere messi in pericolo da nessuno. Probabilmente una delle più antiche e autorevoli fonti di questa visione si ritrova nel Pentateuco: *E Dio creò l'uomo a sua immagine, lo creò a immagine di Dio* (Gen. 1, 27). Con questo *imprimatur*, quale legislatore può rivendicare a sé il potere di violare l'essenziale umanità della specie? Naturalmente esistono in abbondanza equivalenti di stampo laico e secolare.

L'altra causa (nell'ottica avversa al dominio della maggioranza) del grande fascino esercitato dai diritti, è riconducibile a quella visione che li considera strumento di promozione del valore insito nella limitazione del potere come tale. La moderna democrazia nasce, in fin dei conti, anche come rifiuto dell'assolutismo, e l'assolutismo non è prerogativa esclusiva di re e imperatori. Sentimenti analoghi sottendono il grande interesse che suscitano i limiti fondamentali nei sistemi non unitari come gli Stati federali e l'Unione europea. Uso l'espressione «limiti fondamentali» come metafora del principio dei poteri attribuiti o delle competenze enumerate, che ha il compito di garantire che in certi settori le collettività (più che i singoli individui) siano libere di fare le loro scelte sociali senza interferenze dall'alto. Se si vuole, si può dire che mentre i diritti fondamentali si riferiscono all'autonomia e all'autodeterminazione degli individui, i limiti fondamentali si riferiscono invece all'autonomia e all'autodeterminazione delle comunità. Anche il fascino dei limiti fondamentali risiede in due cause parallele.

La prima è espressione di una visione dell'umanità che investe dei valori più profondi le comunità (potenzialmente esistenti in sistemi sociali più ampi) le quali, dun-

que, devono essere protette. Questa visione comunitaria dell'umanità deriva dal riconoscimento della natura sociale degli uomini, in contrapposizione alla visione atomistica dell'individuo espressa nel concetto dei diritti e delle libertà del singolo. Anch'essa trova una potente espressione biblica nel Pentateuco: *E il Signore Dio disse: non è bene che l'uomo sia solo* (Gen. 11, 18). I limiti fondamentali intorno a comunità di valori diventano la garanzia contro la solitudine esistenziale, la protezione della *Gemeinschaft* contro la *Gesellschaft*.

La seconda causa è un riflesso a livello di organizzazione sociale di quello stesso intrinseco valore di non aggregazione del potere. I limiti fondamentali rappresentano, e perciò assicurano, diverse sfere di potere.

A prima vista, potrebbe sembrare che questi due principi basilari non debbano necessariamente entrare in conflitto tra loro. Ci può essere, sembrerebbe, un modo trasparente e ordinato per collocare tanto i diritti che i limiti fondamentali nell'architettura costituzionale dell'Europa.

Ad esempio, un insieme di norme e di istituzioni, nazionali-costituzionali e/o transnazionali, potrebbe occuparsi dei diritti umani garantendo che nessuna autorità pubblica, a nessun livello di potere, possa violare l'autonomia e le libertà fondamentali dell'individuo. Un altro gruppo di norme, nazionali-costituzionali e/o transnazionali, potrebbe invece occuparsi dei limiti fondamentali assicurando che il potere transnazionale non leda le scelte di base delle varie comunità e degli Stati in particolar modo.

L'adozione della Convenzione europea sui diritti umani da parte degli Stati membri del Consiglio d'Europa è una manifestazione di questa soluzione ordinata: le alte parti contraenti della Convenzione mantengono le loro piene prerogative di Stati sovrani. I confini statali rappresentano i limiti fondamentali per eccellenza che garantiscono la piena autonomia delle società nazionali. L'unica eccezione autolimitativa è quella del nucleo dei diritti umani quali definiti dalla Convenzione, che non possono essere violati in nessuna di queste società. Pertanto l'uni-

versalismo dei diritti umani e il particolarismo dei limiti fondamentali possono giacere insieme come il lupo e l'agnello.

Ad ogni modo, noterete che, descrivendo questo idillio, ho usato l'espressione «nucleo dei diritti umani». Il meccanismo ordinato costituito dalla Convenzione europea può funzionare soltanto in relazione ad un nucleo che dia espressione a quei diritti, o a quei gradi di tutela, che vengono definiti universali, trascendenti qualsiasi legittima differenza culturale o politica fra le diverse società nazionali, quantomeno nell'ambito europeo. La Convenzione europea sui diritti umani si fonda appunto su questa premessa.

Ma la Convenzione non esaurisce lo spettro dei diritti umani. Per come è strutturata essa prevede uno «standard minimo» di tutela «al di sotto» del quale nessuno Stato può scendere; le alte parti contraenti sono comunque libere, e forse anche incoraggiate, ad offrire agli individui standard di tutela «più elevati». In effetti parte dell'unicità degli Stati, parte di ciò che li differenzia gli uni dagli altri può essere proprio il modo con cui ciascuno offre protezione oltre lo standard universale di base.

L'impegno a rispettare la Convenzione e ad accettarla come nucleo di base di diritti umani, a carattere universale e trascendente le differenze culturali, è senza dubbio un aspetto molto importante della cultura politica e dell'identità di uno Stato, che lo accomuna ad altri Stati e società. Quando ciò si accompagna all'assoggettamento ad un sistema transnazionale che assicura il rispetto di quell'accordo, l'impegno assume un significato ancora maggiore.

Ma le differenze nella tutela dei diritti umani realizzata dalle diverse società nell'ambito di quell'ampia fascia di opzioni che sta oltre il nucleo essenziale, costituiscono aspetti altrettanto importanti della loro cultura politica e identità. I diritti umani, pertanto, sono anche una fonte e un indice di differenziazione, e non solo di comunione fra le nazioni.

Per chiarire meglio questo punto, si consideri questo banale esempio: la libertà di espressione è un diritto fon-

damentale in relazione al quale si può individuare, oltre i confini nazionali, un nucleo essenziale universale di libertà di parola all'interno, ad esempio, della cornice della Convenzione europea dei diritti umani. Ma, al di là di questo nucleo essenziale relativo al riconoscimento della libertà di espressione, vi è, evidentemente, un ampio margine di differenziazione. In America una banda di neonazisti può marciare in maniera provocatoria in un quartiere abitato da superstiti dell'Olocausto. Ogni tentativo da parte delle autorità locali di vietare una parata del genere verrebbe bloccato perché in violazione del diritto fondamentale della libertà di espressione dei manifestanti. In molti paesi europei, e ovviamente in Germania, una cosa del genere sarebbe invece proibita senza che tale divieto sia considerato una violazione del principio base della libertà di espressione.

Vorrei fare tre commenti a tal proposito.

Primo. Non possiamo percepire il conflitto di valori insito in questo esempio dicendo semplicemente che in America la libertà di espressione è un po' più tutelata che, ad esempio, in Germania. Spesso queste differenze vogliono dire molto di più. È attraverso queste differenze, e altre similari, che le società individuano alcuni dei valori essenziali che ne definiscono la percezione di sé, la loro specifica identità radicata nella storia e nella cultura politica e sociale. L'America dice qualcosa di molto importante di sé (buono e/o cattivo) quando insiste sul diritto dell'individuo ad esprimersi in un modo così estremista e addirittura ingiurioso. La Germania dice qualcosa di molto importante di sé (buono e/o cattivo) quando vorrebbe negare all'individuo tale diritto. Questo diverso atteggiamento potrebbe anche voler comunicare qualcosa di molto profondo circa la differente enfasi data all'individualismo e allo spirito comunitario nei rispettivi ordinamenti.

Secondo. C'è un altro motivo per cui sarebbe riduttivo qualificare queste scelte sociali come una «pura e semplice» differenza nel livello di tutela dei diritti umani. I diritti umani sono quasi sempre il risultato di un compromesso fra beni sociali concorrenti. Nelle democrazie liberali,

il compromesso più comune è fra i vari interessi della collettività rappresentati dall'autorità governativa, da un lato, e l'interesse dei singoli all'autonomia e alla libertà individuale, dall'altro. La società può ritenere molto importante tutelare l'individuo contro il governo; in effetti questo è il modo con cui normalmente ci si rapporta alla questione dei diritti umani. Ma la società può ritenere che sia molto importante conferire poteri al governo contro l'individuo. La prima cosa a cui si pensa in tal senso è, forse, la lotta contro il crimine. Oppure, nell'ambito, ad esempio, dei diritti di proprietà privata e della riforma agraria, le differenze fra il liberalismo capitalista e la gamma dei valori del mondo socialista definiscono un contesto in cui la necessità di guardare ai diritti umani come a un fedele riflesso del sistema di governo o dei diritti pubblici è evidente. Il grado di potere del governo in merito ai diritti di proprietà privata, nonché la desiderabilità del suo intramettersi in questa materia (per esempio con i piani di nazionalizzazione) sono stati per lungo tempo lo spartiacque fra i governi di sinistra e di destra nelle democrazie liberali europee.

Quando una società effettua la ponderazione di questi interessi concorrenti e la qualifica come un diritto o una libertà fondamentale (di proprietà, di parola, ecc.), è questa ponderazione ad essere fondamentale: il diritto fondamentale dell'individuo di essere tutelato rispetto al potere esecutivo, in contrapposizione al diritto fondamentale della collettività, che tramite il governo agisce in conformità all'interesse generale. Si noti che la scelta sociale insita in questa ponderazione sarebbe violata sia da una lesione dei diritti dell'individuo che da una limitazione dei diritti del governo. Questa ponderazione è, dunque, l'espressione dei valori essenziali, delle scelte sociali fondamentali. Questo è il punto su cui la distinzione fra diritti e limiti crolla completamente, dal momento che i diritti fondamentali - al di là del nucleo essenziale - diventano un'espressione del tipo di scelta sociale specifica di cui i limiti fondamentali sono una manifestazione. I limiti fondamentali sono concepiti per consentire alle comunità e

alle società di istituire e agire secondo quelle diverse ponderazioni che loro ritengono fondamentali. Ecco dunque che imporre ad una società un diritto fondamentale, estraneo al nucleo concordato, significa interferire con i suoi limiti fondamentali.

Terzo. Vale la pena ancora una volta descrivere la posizione che la Convenzione europea sui diritti umani assume in relazione a questa situazione di tensione. Immaginiamo di trasferire in Europa l'esempio della parata neonazista e ipotizziamo poi che uno Stato aderente alla Convenzione adotti la soluzione americana. In questo modo ci sarebbe uno Stato che vieta la parata e uno che invece la consente. L'organo giudiziario della Convenzione non qualificherebbe il divieto della parata come una violazione della libertà di espressione protetta dalla Convenzione. Ma in questi casi, non interferirebbe neanche con le scelte dello Stato che tutela il diritto dei manifestanti. La Convenzione europea sui diritti umani sarebbe interessata a definire il nucleo essenziale della libertà di espressione, vale a dire un livello minimo di tutela. Una volta stabilito (nel bene o nel male) che la manifestazione di odio dei neonazisti non rientra in questo nucleo, gli Stati sono liberi di tutelarla o di vietarla e dunque di qualificarsi a seconda della scelta operata. Questo fa parte del noto margine di apprezzamento consentito dalla Convenzione. Gli Stati, come ho accennato, potrebbero perfino costituzionalizzare una scelta del genere e renderla una parte «fondamentale» di come percepiscono se stessi. La differenza fra gli Stati diverrebbe pertanto fondamentale. Ma rispetto a una manifestazione della libertà di espressione che rientri pienamente nel nucleo tutelato dalla Convenzione, gli Stati non possono scegliere. Essi sono vincolati dall'idea comune che la tutela di quella particolare espressione sanziona un diritto assoluto che tutti dovrebbero rispettare. In questo caso è l'elemento comune di protezione ad essere fondamentale.

Si può descrivere l'azione della Convenzione europea in questo contesto affermando che essa individua il margine entro cui gli Stati possono optare per un diverso tipo

di equilibrio tra governo e individui; essa individua l'area in cui si possono tracciare dei limiti fondamentali. Ad ogni modo, certi equilibri troppo sbilanciati a favore dei governi non sono ammessi. È sulla base di tale scenario che, a questo punto, mi accingo ad analizzare la tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento giuridico dell'Unione.

2. I diritti umani nell'ordinamento giuridico dell'Unione

La tutela giuridica dei diritti fondamentali dell'uomo e le misure comunitarie: il dilemma degli standard «alti» e «bassi»

Né il Trattato di Parigi né il Trattato di Roma facevano alcun riferimento alla tutela dei diritti fondamentali. E tuttavia, dopo che la Corte di giustizia aveva avviato la sua giurisprudenza costituzionale in cause come *van Gend & Loos* e *Costa v. ENEL*, divenne giuridicamente e politicamente indispensabile trovare un modo per assicurare a livello comunitario la protezione dei diritti umani. Come si potevano sostenere l'efficacia diretta e il primato del diritto comunitario – attribuendo così un enorme potere costituzionale agli organi politici della Comunità – senza assicurare nel contempo delle solide garanzie legali e giudiziarie circa l'esercizio di tale potere? Dopotutto l'efficacia diretta e il primato avrebbero eliminato la possibilità di un controllo legislativo o giudiziario nazionale sul diritto comunitario. L'esigenza di cui sopra era ancora più urgente date le note carenze di democraticità del sistema di governo europeo, per certi aspetti più accentuate negli anni '60 che negli anni '80 e '90. Come ci si poteva aspettare che le corti costituzionali o altre giurisdizioni superiori degli Stati membri, specialmente di quelli che hanno un ordinamento costituzionale che prevede il controllo giurisdizionale, come la Germania e l'Italia, accettassero il principio dell'efficacia diretta e del primato del diritto comunitario senza la garanzia che i diritti umani sarebbero stati tutelati nell'ordinamento comunitario e che, questio-

ne fondamentale, i singoli non avrebbero perso alcuni dei meccanismi di garanzia accordati dalle costituzioni nazionali?

La protezione dei diritti umani divenne un imperativo di carattere tanto giuridico quanto politico.

La risposta a questo imperativo, la storia di *Stauder* e *Nold*, è stata raccontata così tante volte che eviterò di ripeterla. Risulta parimenti noiosa l'analisi della base giuridica e della formale legittimità costituzionale del cosiddetto attivismo giudiziario della Corte di giustizia delle Comunità europee, con cui essa ha messo a punto, o scoperto, un *Bill of Rights* non scritto, in base al quale verificare la legittimità degli atti comunitari.

Quello che secondo me è interessante in questa sede è la prospettiva dei diritti considerati come valori. La questione può essere illustrata con nitidezza pensando alla giurisprudenza della Corte di giustizia come ad un dialogo, o un monologo, con le controparti nazionali.

Prendiamo la causa *Hauer* come esempio concreto e punto di partenza. Si ipotizzi (attenendoci alla *Hauer*) un atto comunitario, diciamo un regolamento, che limiti l'utilizzo dei terreni agricoli, vietando alla sua proprietaria, una cittadina tedesca, di sfruttarlo come vigneto e ledendo pertanto il suo diritto di «proprietà privata». Gli Stati prevedono differenti gradi di tutela della proprietà privata rispetto all'autorità pubblica. Si immagini inoltre, ai fini del nostro ragionamento, che la norma e la prassi costituzionale della Germania tutelino la proprietà privata in misura maggiore per esempio, dell'Italia, e che ambedue i paesi accordino una tutela maggiore di quella prevista nel nucleo essenziale della Convenzione europea sui diritti umani. Ed infine, si ipotizzi che la Germania garantisca una tutela della proprietà privata superiore a quella di tutti gli altri Stati membri della Comunità.

L'efficacia diretta e il primato del diritto comunitario comportano che gli ordinamenti giuridici statali devono conformarsi ai provvedimenti comunitari che limitano l'utilizzo dei terreni agricoli, ledendo potenzialmente il diritto fondamentale di proprietà privata. Spetterà perciò

alla Corte di giustizia controllare la validità del regolamento comunitario.

Il potenziale conflitto di valori affiora, tipicamente, nella risposta al quesito: quale standard di tutela dovrebbe adottare la Corte di giustizia?

Considerati gli imperativi giuridici e politici di cui ho parlato sopra, sembrerebbe esserci una risposta facile ed immediata: la Corte dovrebbe adottare lo standard più alto, quello tedesco.

Sono molti i motivi a sostegno dell'approccio «massimalista». In primo luogo, si può sostenere con piglio idealista, che la Comunità dovrebbe sempre cercare di adottare lo standard di diritti umani più elevato che ci sia; e se, nel campo dei diritti di proprietà, esso si identifica con quello tedesco, che sia quello. Dopotutto, è stato spesso sostenuto che nel campo normativo il processo politico decisionale europeo crei il pericolo di una gara verso il basso, di scelte a favore del minimo comune denominatore. Perché, allora, non si dovrebbe sostenere un processo inverso nel settore dei diritti umani? L'idealismo in questo caso si combinerebbe con necessità pragmatiche: come ci si potrebbe aspettare che la Corte costituzionale tedesca accetti qualcosa di meno? Dal punto di vista tedesco, non sarebbe sufficiente che la Corte di giustizia si impegnasse a vagliare la legislazione comunitaria per eventuali violazioni dei diritti umani; il metro di valutazione dovrebbe essere lo standard più alto: lo standard tedesco appunto. Soltanto la combinazione dell'elemento procedurale con quello sostanziale, dell'aspetto istituzionale con quello costituzionale potrà fornire le garanzie necessarie per poter accettare il principio del primato e tutto il resto.

Un ulteriore pregio dell'approccio massimalista sarebbe anche quello, si sostiene, di soddisfare l'ordinamento giuridico tedesco senza scontentare gli altri. Infatti, se la Corte adottasse in questo campo lo standard tedesco «superiore», quale sarebbe la reazione dell'ordinamento italiano e degli altri Stati membri? Essi, si argomenta, non avrebbero e non dovrebbero avere niente da obiettare dal momento che il provvedimento che viene giudicato in

base allo standard tedesco sarebbe comunitario. La loro legislazione non verrebbe ad essere intaccata, e la Corte, in altri campi, avrebbe rispetto per i loro standard, scegliendo sempre quello più elevato.

E tuttavia, l'approccio massimalista non funziona, non può funzionare e, per buoni motivi, è stato rifiutato dalla Corte. L'approccio massimalista non sarebbe soddisfacente né dal punto di vista del singolo Stato membro, né da quello della Comunità o dell'Unione. In alcuni casi non è neanche realizzabile.

Per spiegare perché, ragioniamo prima per ipotesi. Si immagini che uno Stato membro come l'Irlanda, la cui industria pesante è poco sviluppata, approvi un emendamento costituzionale che introduce il diritto fondamentale a respirare aria pulita e che questo venga interpretato dalla Corte costituzionale nazionale nel senso di richiedere un grado molto elevato di purezza dell'aria. Imporre un simile standard alle industrie pesanti di carbone o acciaio significherebbe farle fallire; ma questo problema non riguarderebbe più di tanto i politici e i governanti irlandesi dal momento che l'Irlanda non ha industrie pesanti. Si ipotizzi ora che la Comunità, ad un certo momento, adotti una politica industriale che, insieme alla sua politica ambientale, consenta determinati livelli di emissioni industriali che eccedono lo standard irlandese più rigido. Se tale politica europea venisse attaccata davanti alla Corte di giustizia, quest'ultima dovrebbe forse essere costretta, ai sensi dell'approccio massimalista, ad adottare lo standard irlandese per tutta la Comunità e dunque condannare la politica?

Lascerò ora da parte il caso ipotetico e descriverò il dilemma standard elevato-standard inferiore, alto/basso, in termini più astratti.

Se l'architettura costituzionale della Comunità, che comprende i principi dell'efficacia diretta e del primato, non deve pregiudicare la tutela dei diritti individuali garantiti dai vari Stati membri e se la Corte deve assicurarsi e mantenere la lealtà delle sue controparti statali verso la struttura costituzionale dell'UE, allora sembrerebbe che la

Corte debba adottare l'approccio massimalista, e dunque in ogni caso scegliere il massimo livello di tutela dei diritti umani esistente negli Stati membri.

Non c'è da meravigliarsi se la Corte nella causa *Hauer* abbia statuito quanto segue:

I diritti umani costituiscono parte integrante dei principi generali del diritto, di cui essa garantisce l'osservanza; nel garantire la tutela di tali diritti, essa è tenuta ad ispirarsi alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e non potrebbe, quindi, ammettere provvedimenti incompatibili con i diritti fondamentali riconosciuti e garantiti dalle costituzioni di tali Stati; i trattati internazionali in materia di tutela dei diritti umani, cui gli Stati membri hanno cooperato o aderito, possono del pari fornire elementi di cui occorre tenere conto nell'ambito del diritto comunitario (par. 15, corsivo aggiunto).

Ma se la Corte adottasse in ogni caso il massimo standard di tutela ciò significherebbe, come nella nostra ipotesi «irlandese», assoggettarsi ai precetti costituzionali dei singoli Stati anche quando tali standard di tutela fossero del tutto inappropriati per la Comunità nel suo complesso.

E allora non ci si stupisca se nella medesima causa la Corte abbia affermato:

Le eventuali questioni relative alla violazione dei diritti fondamentali mediante atti emanati dalla Comunità possono essere valutate unicamente alla stregua del diritto comunitario. Il richiamo a criteri di valutazione speciali, propri della legislazione o del sistema costituzionale di uno Stato membro, incrinerebbe inevitabilmente l'unità del mercato comune e comprometterebbe la coesione della Comunità, giacché menomerebbe l'unità e l'efficacia del diritto comunitario (par. 14, corsivo aggiunto).

Il problema è ancora più complesso in quanto chiama in causa la reale utilità di usare in questo contesto la terminologia «alto» e «basso», massimo/minimo.

Si prenda in considerazione il caso di un diritto umano che mira a tutelare i diritti nelle relazioni inter-individuali. Il caso dell'aborto, come è emerso recentemente nella causa *Grogan*, è quello che meglio riassume la que-

stione. *Grogan* fornisce un esempio classico del motivo per cui l'approccio massimalista viene rifiutato e non può essere accolto in questo genere di cause, sia per motivi politici che logici. In Irlanda il grado di tutela del non nato era (ed è) molto «elevato». Cosa succederebbe se in un altro Stato membro fosse costituzionalmente garantito il diritto «contrastante» della donna di disporre autonomamente del proprio corpo e quello di abortire in determinate circostanze? Quale dei due diritti dovrebbe riconoscere la Corte come diritto tutelato dal diritto comunitario? In una tale situazione, ha qualche senso adottare l'approccio massimalista? Nella causa sull'aborto, come può la Corte riconoscere il diritto del non nato, quasi assoluto per la costituzione irlandese, e allo stesso tempo affermare il diritto della donna all'autodeterminazione, che in un altro Stato membro legittima l'aborto in determinate circostanze?

Si potrebbe sostenere, tuttavia, che il caso dell'aborto sia un caso speciale, dato che contrappone un individuo ad un altro. Si può argomentare che nella maggior parte delle situazioni la filosofia di fondo dei diritti contrappone l'individuo alle autorità pubbliche. In questi casi, che sono la maggioranza, è ancora sensato parlare di standard di tutela «elevati» o «bassi» e, di conseguenza, l'approccio massimalista sarebbe ancora realizzabile e desiderabile. Per comprendere la fallacia di questo ragionamento si devono richiamare alla mente le osservazioni fatte inizialmente a proposito dei diritti umani visti come espressione di una ponderazione basilare fra i diritti dell'individuo e i diritti delle autorità pubbliche. Affermare, come abbiamo fatto nella nostra ipotesi basata sulla causa *Hauer*, che la Germania offre il più alto grado di tutela della proprietà privata fra gli Stati membri significa anche affermare che la Germania, in questo ambito, pone il più alto numero di restrizioni alle autorità pubbliche circa la possibilità di agire nell'interesse generale. I diritti del corpo sociale hanno pertanto il grado di tutela «più basso». Anche se le cose stessero così, ci si potrebbe ancora chiedere per quale motivo all'ordinamento giuridico italiano dovrebbe in-

teressare che la Corte di giustizia adotti lo standard tedesco superiore in materia di proprietà privata. Dopotutto, come abbiamo già ricordato, quella scelta non interferisce con la gestione delle politiche socio-economiche da parte delle autorità italiane.

Questo interrogativo indica che non si è capito che ciò che è essenziale dei diritti fondamentali è la ponderazione tra gli interessi pubblici e quelli del singolo.

Se si comprende questo, la risposta al quesito è che potrebbe e dovrebbe certamente interessare all'ordinamento giuridico italiano che la Corte adotti lo standard tedesco solo perché è «il più alto». L'errore risiede nella tacita supposizione che gli standard «più elevati» siano sempre quelli più desiderabili. Ma si sa come stanno le cose in realtà. Si sa che adottare lo standard «più alto» tedesco (o quello di un altro Stato membro, a seconda del caso) significa adottare per l'intera Comunità la *Weltanschauung* dei rapporti fra gli individui e la società nel suo complesso adottata da uno specifico Stato membro. Significa adottare per l'intera Comunità i valori di un singolo Stato membro.

Un risultato del genere presenta almeno due aspetti problematici.

La Comunità è costituita da molti Stati membri e molti popoli; i suoi valori fondamentali dovrebbero essere espressione di questa varietà. L'approccio massimalista privilegierebbe sempre il nucleo essenziale dei valori dello Stato membro che accorda il «massimo» grado di tutela all'individuo e il «minimo» all'interesse pubblico e generale.

Inoltre, l'approccio «massimalista», quando viene applicato oltre confine, potrebbe portare a risultati interessanti. In tutti gli Stati membri si cerca di raggiungere un equilibrio fra i diversi diritti umani: alcuni che privilegiano gli individui altri l'interesse pubblico. Se la Corte decidesse di adottare un approccio massimalista ciò significherebbe creare un equilibrio a sfavore dell'interesse generale e della pubblica utilità in tutti i settori della Comunità. Un approccio massimalista per i diritti umani significherebbe un approccio minimalista per il governo della Co-

unità. Agli occhi di alcuni, ciò sarebbe una scelta ottimale di valori socio-economici. Può darsi di sì, può darsi di no, ma certo ciò non dovrebbe essere il frutto involontario della tutela (non attuabile) dei diritti umani.

Come si può allora risolvere il dilemma, ammesso che sia possibile? Come si può conciliare l'esigenza di garantire che la struttura costituzionale dell'Unione non si realizzi a spese dei diritti individuali fino ad ora tutelati dalle costituzioni nazionali, scelta che implicherebbe l'adozione di standard di garanzia più elevati, con la consapevolezza che una scelta del genere è già debole strutturalmente e in alcuni casi non è attuabile?

Come ha cercato la Corte di uscire da questo circolo vizioso?

Ancora una volta la causa *Hauer* ci può fornire la soluzione. Spostiamoci dal caso ipotetico alla sentenza e vediamo come la Corte abbia cercato di risolvere il dilemma.

Per prima cosa la Corte ripete in questo contesto specifico la sua filosofia e metodologia di base:

nell'ordinamento giuridico comunitario, il diritto di proprietà è tutelato conformemente ai principi comuni alle Costituzioni degli Stati membri, che sono espressi anche nel Protocollo addizionale alla Convenzione europea di salvaguardia dei diritti umani (par. 17).

Mentre prima la Corte aveva affermato che *la Comunità non poteva ammettere provvedimenti incompatibili con i diritti fondamentali riconosciuti e garantiti dalle costituzioni di tali Stati*, ora c'è una sottile modifica: la Corte sostiene che il diritto di proprietà verrà tutelato conformemente ai principi comuni alle costituzioni degli Stati membri.

Io interpreto ciò come se la Corte stesse evitando di parlare di standard.

È interessante notare che la Corte si occupi in primo luogo della tutela garantita dalla Convenzione europea. Dopo aver citato l'art. 1 del primo Protocollo addizionale,

Ogni persona ha diritto al rispetto del godimento pacifico

dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà salvo che per causa di utilità pubblica e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale. Le disposizioni precedenti non portano pregiudizio al diritto degli Stati di mettere in vigore le leggi da essi giudicate necessarie per regolare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale e per assicurare il pagamento delle imposte e di altre contribuzioni o ammende,

la Corte osserva semplicemente che il regolamento del Consiglio rientra nel diritto degli Stati di «attuare quelle leggi da essi giudicate necessarie per regolare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale». Agli occhi della Corte, le norme della Convenzione non permettono di fornire una soluzione sufficientemente precisa alla questione sollevata dal giudice tedesco (par. 19).

È chiaro che, ai fini della decisione, la Corte si ritiene soggetta ai requisiti imposti dal Protocollo nonostante la Comunità in quanto tale non ne sia parte contraente. In secondo luogo, a mio avviso è evidente che la Corte consideri la Convenzione e il Protocollo solo come punti di partenza, come primo ma non più arduo test che il regolamento comunitario deve superare. È estremamente importante notare che nonostante la Corte ritenga la Comunità vincolata al rispetto della Convenzione, essa non pensa che la Convenzione stabilisca «lo» standard di tutela per la Comunità. Al pari degli Stati, la Comunità non può violare la Convenzione ma può andare oltre.

Nel passaggio successivo la Corte definisce il proprio equilibrio e ponderazione. I punti di partenza sembrano rispecchiare la retorica iniziale:

Per la soluzione di detta questione occorre pertanto tenere conto altresì delle indicazioni fornite dalle norme e delle prassi costituzionali dei nove [quanti erano allora] Stati membri (par. 20).

In pratica la Corte fornisce solo tre esempi testuali (tratti dalle Costituzioni tedesca, italiana e irlandese), ma poi prosegue affermando:

In tutti gli Stati membri, vari testi legislativi hanno dato concreta espressione a questa funzione sociale del diritto di proprietà [vale a dire] che tali norme e prassi consentono al legislatore di disciplinare l'uso della proprietà privata nell'interesse generale. In tutti gli Stati membri, vigono norme in materia di economia agricola e forestale, di regime delle acque, di protezione dell'ambiente nazionale, di programmazione territoriale e di urbanistica che limitano, talvolta notevolmente, l'uso della proprietà fondiaria. In particolare, in tutti i paesi della Comunità in cui si coltiva la vite vigono norme imperative, anche se non tutte della stessa severità, in materia di impianto delle viti [ecc.] [che non sono] considerate incompatibili, in linea di principio, colla tutela del diritto di proprietà.

A mio parere questo è il passaggio più critico della sentenza. Se tutto ciò che la Corte stava facendo era *garantire che la Comunità non ammettesse provvedimenti incompatibili con i diritti fondamentali riconosciuti e garantiti dalle costituzioni di tali Stati*, a questo punto sarebbe potuta arrivare ad una rapida conclusione della sentenza; l'analisi di cui sopra dimostra oltre ogni dubbio che il regolamento comunitario in questione non è incompatibile con i diritti fondamentali riconosciuti dalle costituzioni degli Stati membri.

Ma si sarebbe dovuto pagare un prezzo molto alto se la Corte avesse terminato la sentenza a questo punto. Se la Corte avesse scoperto che un provvedimento analogo era stato ritenuto incostituzionale in uno degli Stati membri avrebbe forse annullato l'atto comunitario. Si sarebbe cascati nuovamente nella trappola dello standard massimale.

La Corte, invece, inverte la rotta e segue un altro ragionamento e cioè che nell'ordinamento giuridico comunitario il diritto di proprietà è tutelato conformemente ai *principi* comuni alle costituzioni degli Stati membri. La Corte non usa le prassi costituzionali degli Stati membri per verificare la costituzionalità del provvedimento comunitario ma solo come fonte per selezionare i «principi» insiti nel diritto di proprietà privata.

La Corte, e ciò non ci sorprende, individua come requisito dell'intromissione nella proprietà privata che essa

sia realmente giustificata da obiettivi di interesse generale della Comunità

e, allo stesso tempo (sebbene la Corte usi la disgiunzione «o»), che il provvedimento non debba

costituire un intervento inaccettabile e sproporzionato nelle prerogative del proprietario, tale da ledere addirittura la sostanza del diritto di proprietà.

Questi due *test* di politica sostanziale e procedurale, il principio della *bona fide* e della proporzionalità, sono noti in tutti i sistemi di controllo amministrativo e legislativo. Vale la pena osservare che, sostanzialmente, la Corte non ha affatto sviluppato dei criteri più precisi di quelli elencati dalla Convenzione europea sui diritti umani, che essa aveva in precedenza accantonato in modo alquanto drastico poiché non la mettevano in grado di dare una risposta.

Poiché non ci interessa la disciplina sostanziale del diritto di proprietà nell'UE, non è necessario esaminare nel dettaglio la valutazione effettuata dalla Corte circa gli obiettivi della politica agricola alla base del regolamento controverso né il suo giudizio circa la ragionevolezza del provvedimento stesso; ci riserviamo però di fare alcuni commenti generali sul metodo complessivo.

Per prima cosa è chiaro che la Corte, nel valutare quale sia «l'interesse generale» a cui il provvedimento deve recare beneficio, si riferisce all'interesse generale della *Comunità* e non a un interesse cumulativo o collettivo degli Stati membri. Nel riferirsi all'interesse generale, la Corte guarda al preambolo del regolamento e agli obiettivi generali della politica agricola comunitaria quali enunciati dal trattato.

Anche il criterio della proporzionalità viene valutato secondo i canoni della politica comunitaria. La Corte si riferisce alla natura temporanea del regolamento e alla situazione congiunturale della Comunità nell'insieme, che

lamenta un surplus nel settore viticolo. Alla luce dell'analisi di questi fattori, la Corte conclude:

Il provvedimento controverso non stabilisce alcuna illecita limitazione dell'esercizio del diritto di proprietà. Infatti lo sfruttamento dei nuovi vigneti, in una situazione caratterizzata da una sovrapproduzione durevole, avrebbe, sotto il profilo economico, l'unico effetto di aumentare le eccedenze; inoltre, l'estensione delle aree coltivate comporterebbe, in questa fase, il rischio di rendere più difficile l'attuazione della politica strutturale a livello comunitario, qualora questa fosse fondata su criteri più severi di quelli contemplati dalle attuali normative nazionali per quanto concerne la scelta dei terreni idonei alla viticoltura. La restrizione [...] è giustificata dagli obiettivi di interesse generale perseguiti dalla Comunità e non lede la sostanza del diritto di proprietà riconosciuto e tutelato dall'ordinamento giuridico comunitario.

Che cosa ci dice tutto ciò sul modo in cui la Corte affronta la questione degli standard «elevati» o «bassi»? Quanto segue è la mia interpretazione di questa causa e della giurisprudenza generale.

È palese che la Corte rifiuta l'approccio massimalista. Ripetiamo:

Le eventuali questioni relative alla violazione dei diritti fondamentali mediante atti emanati dalla Comunità possono essere valutate unicamente alla stregua del diritto comunitario. *Il richiamo a criteri di valutazione speciali, propri della legislazione o del sistema costituzionale di uno Stato membro, incrinerebbe inevitabilmente l'unità del mercato comune e comprometterebbe la coesione della Comunità, giacché menomerebbe l'unità e l'efficacia del diritto comunitario.*

Ma la posizione della Corte è ancora più audace. A mio avviso, essa rifiuta qualsiasi tentativo di approccio al problema fondato su una qualsiasi media matematica. Nel dialogo con le controparti nazionali la sua argomentazione è basata su considerazioni di competenza giurisdizionale: soltanto la Corte di giustizia delle Comunità europee si trova nella posizione di stabilire la conformità di un atto comunitario con i diritti umani.

Spiegherò questa posizione in due passaggi. Per prima cosa si supponga che la Corte decida di adottare lo standard tedesco (o quello di un qualsiasi altro Stato membro). Essa dovrebbe comunque applicare tale standard ai fatti della causa e alla matrice sostanziale, sociale, geografica e di altro tipo della Comunità, che è differente da quella di ogni altro Stato membro. Supponiamo che il governo tedesco decida di adottare un provvedimento identico che limita la coltivazione della vite nel suo territorio. Si immagini poi che l'impianto di vigneti sia economicamente fattibile *sul mercato tedesco*. Si può ipotizzare che la Corte costituzionale tedesca ritenga che lo Stato non sia in grado di provare un interesse generale sufficientemente forte da prevalere sul diritto individuale del proprietario di usare la sua proprietà privata senza restrizioni. Ma è possibile che, nel contesto geografico e socio-economico della Comunità, l'impianto di vigneti in Germania abbia conseguenze negative per un viticoltore in Sicilia. Per prima cosa, la rivendicazione della Corte è che soltanto essa è in grado, data la sua posizione, di valutare compiutamente la presenza di un interesse generale e del criterio di proporzionalità per la Comunità nel suo complesso.

La seconda rivendicazione implicita nella causa *Hauer* è ancora più ardita. Il disposto testuale delle Costituzioni tedesca, italiana e irlandese che essa cita è blando quanto quello del Protocollo addizionale della Convenzione europea. Sono le Corti costituzionali di ciascun paese che trasformano tale blando linguaggio in una scelta sociale, nell'equilibrio basilare fra l'individuo e il pubblico. I giudici esprimono nelle loro sentenze l'*ethos* costituzionale del testo costituzionale e della società nel suo complesso. Il motivo per cui dovremmo affidare ai nostri giudici questa scelta fondamentale è un'altra faccenda, ma è fuori discussione che effettivamente affidiamo loro tale compito. La cura con cui si selezionano i giudici costituzionali è la prova del riconoscimento della funzione che conferiamo loro.

3. La società multiculturale e l'individuo dalla molteplice identità

È a questo punto che si raggiunge l'aspetto più cruciale di questa causa, giacché vi possiamo leggere il contributo specifico che tale giurisprudenza apporta al discorso del multiculturalismo e del pluralismo nelle nostre società.

La più profonda (implicita) affermazione della giurisprudenza della Corte di giustizia riguarda il problema dei valori e dei conflitti tra i valori. Essa ha sostenuto che, in situazioni analoghe alla *Hauer*, l'ordinamento giuridico comunitario non può fare meglio o peggio dei suoi corrispettivi statali. Spetta inevitabilmente a un giudice effettuare la ponderazione fondamentale per l'ordinamento comunitario. Ma è chiaro che, quando la Corte di giustizia delle Comunità europee concretizza la blanda formula dell'interesse generale e della proporzionalità, essa dovrebbe cercare di esprimere un *ethos* costituzionale che deriva dai suoi testi di controllo, non la costituzione di uno ma di tutti gli Stati membri. Proprio come nella dimensione geopolitica la Comunità costituisce una *comunità politica* distinta dai suoi Stati membri e il cui interesse generale deve comprendere la Baviera e la Sicilia, nello stesso modo il suo *ethos* costituzionale dovrebbe riflettere sia le costituzioni dei vari Stati membri sia i trattati istitutivi dell'Unione. Si tratta di un nuovo ordinamento il cui *ethos* costituzionale deve esprimere, o quantomeno tener conto di, una pluralità di tradizioni.

L'implicita asserzione della Corte è che, nel campo del diritto comunitario, la scelta del diritto comunitario dovrà essere effettuata in modo da rispecchiare, almeno parzialmente, la specificità della Comunità. La Corte richiede ai suoi corrispettivi statali di accettare che essa faccia e debba fare nell'ordinamento giuridico comunitario ciò che essi fanno e devono fare nei rispettivi ordinamenti nazionali. Non si tratta di un problema di standard alti o bassi. È la richiesta di riconoscere la Comunità e l'Unione come un'entità politica con una

propria identità distinta e con le proprie sensibilità costituzionali, che deve definire i suoi equilibri fondamentali, il suo nucleo essenziale di valori, anche se questi non possono prescindere del tutto dal contesto cui la Comunità comunque appartiene. La Comunità è i suoi Stati membri e i loro cittadini. La Comunità è anche un'identità autonoma. Se non si riesce a cogliere questo aspetto pluralistico, si pensi ai duemila anni di intensa riflessione teologica che il cristianesimo ha fatto sulla Santa Trinità.

Ciò ci fornisce lo spunto per un'interessante riflessione finale a proposito del più vasto problema del multiculturalismo.

Il fascino del multiculturalismo come idea e movimento sta nel suo invito ad una comprensione e accettazione, sempre più ampie e pluraliste, delle potenzialità umane presenti all'interno della società. Il multiculturalismo interpreta la diaspora della Torre di Babele come una benedizione piuttosto che come una punizione. Nel programma politico del multiculturalismo, tuttavia, è spesso insita una pericolosa contraddizione. L'invocazione di una società pluralista e multiculturale in cui la diversità dei vari gruppi viene riconosciuta e osannata, è troppo spesso associata, per ovvie ragioni politiche, a un conformismo soffocante all'interno di ciascun gruppo che compone la società multiculturale: un conformismo che privilegia un aspetto dell'identità individuale (razza, etnia, sesso, ecc.) – quell'aspetto che forma il gruppo che vuole essere riconosciuto come multiculturale – e sulla cui base ogni individuo dovrebbe costruire la propria identità.

Nella prassi politica, con ossessiva regolarità, la trasposizione della visione pluridimensionale della società viene effettuata a spese di una forzata visione monodimensionale dell'individuo all'interno di quella società: società multiculturale composta di individui monoculturali.

Ritornando alla mia interpretazione della questione dei diritti umani in Europa, direi che essa può essere considerata un modo interessante di affrontare il problema, tenendo sempre presente che i diritti umani non sono al-

tro che un aspetto di una più ampia argomentazione giuridica e che il diritto non è che una parte di un ampio discorso sull'uomo. Non sto dicendo che il dibattito giuridico sui diritti umani in quanto tale sfoci realmente in risultati concreti davvero apprezzabili, ma che esso è rappresentativo di un modo di pensare che dà un'indicazione di come trattare la questione.

Per prima cosa si deve interpretare la soluzione (che viene apportata) al problema dei diritti umani come il riconoscimento della diversità culturale che esiste nella comunità politica e che deve essere rispettata nelle scelte effettuate a livello europeo. Ma attenzione, il punto critico di questa argomentazione è che si tratta di un processo bi-direzionale:

a) *La produzione giuridica* è certamente consapevole del terreno multiculturale di cui si alimenta. Questo terreno produce frutti sotto forma di norme sui diritti umani europei (e di valori di una nuova società multiculturale che esse rispecchiano) che, nell'ambito di applicazione del diritto comunitario, possono attualmente essere «colti» dai singoli individui degli Stati membri.

b) *L'uso giuridico* delle norme da parte dei singoli individui costituisce un modo con cui essi affronteranno e sperimenteranno scelte forgiate da un contesto culturale più ampio di quello a cui erano avvezzi. Dunque potranno essere educati alla pratica e al senso della tolleranza e dell'intolleranza ogni volta che si troveranno a confronto con una norma diversa da quelle che normalmente conoscono. Ricordiamoci che le differenze possono giocare sia a loro vantaggio che a loro sfavore. Alcuni reagiranno positivamente, con tolleranza; altri negativamente, con intolleranza. Alcuni potranno celebrare il «Mondo Nuovo» altri potranno invece agognare il ritorno a rassicuranti consuetudini. Nessuno potrà rimanere inconsapevole di fronte al nuovo contesto.

Quindi, in questo senso, si ha la visione di una società dalla sensibilità multiculturale che non solo è espressione di individui aventi lo stesso tipo di sensibilità ma che in più li modella.

Ma si può andare ancor più in profondità nel ragionamento. Un altro fattore cruciale nel sistema dei diritti umani europei è che esso *non sostituisce* quelli nazionali (degli Stati membri) o internazionali (Convenzione europea dei diritti umani); coesiste accanto ad essi, nell'ambito di applicazione del diritto comunitario, il quale si sovrappone solo parzialmente all'ambito nazionale e a quello internazionale della Convenzione europea.

In questa lettura della situazione europea è implicito il riconoscimento della molteplice identità dell'individuo. Anche se si tratta di un argomento trito, vale la pena riprenderlo. L'individuo appartiene contemporaneamente a più identità (francese, europea, ecc.); ciò significa che l'Io non è un cittadino francese che vive in Europa, ma è un Io francese ed europeo, allo stesso modo in cui una persona è contemporaneamente di sesso maschile, buddista e fan dei Sex Pistols. In questa lettura è implicito un Io che ha un'identità multiforme definita da caratteri diversi come sesso, religione, storia personale e simili, ognuno dei quali porta con sé non solo determinate sensibilità culturali, ma anche le proprie rivendicazioni di appartenenza e i corrispondenti valori di riferimento, spesso in conflitto tra loro. Il fatto che si possano verificare contrasti tra i diversi gruppi di valori non è banale, è una riflessione imprescindibile su quelle complessità e su quei conflitti che sussistono all'interno di ogni individuo. Di tanto in tanto vanno fatte delle scelte tra i valori conflittuali e il senso di appartenenza e, sovente, uno dei caratteri summenzionati finirà per dominare l'identità personale. Quale che sia la scelta, è certamente molto meglio che essa sia comunque il frutto del conflitto interno e di una scelta deliberativa, conscia o inconscia, finale. E qualunque sia l'elemento che riesce a dominare, nazionalità, religione o sesso, è molto meglio che esso sia stemperato dal conflitto di rivendicazioni e valori concorrenti. In questo modo il multiculturalismo si interiorizza e diventa parte integrante dell'Io.

La tutela dei diritti fondamentali: il controllo degli atti degli Stati membri

Questa parte è rivolta agli specialisti. Gli altri possono anche saltare direttamente alla postfazione che tratta della nuova e tanto celebrata Carta dei diritti fondamentali.

Il mio punto di partenza è costituito dai noti sviluppi giurisprudenziali della Corte che è passata da una prassi incentrata sui provvedimenti comunitari ad una prassi disposta anche a controllare alcuni dei provvedimenti degli Stati membri.

Anche in questo caso i fatti sono ben noti. Le cause fondamentali sono *Rutili*, *Cinéthèque*, *Klensch*, *Wachauf*, *Grogan* (posizione dell'Avvocato Generale) ed *ERT*. Non penso sia necessario soffermarsi sui dettagli di questi casi o anche solo sui punti principali delle sentenze. In poche parole, la Corte, che considera suo dovere assicurare la tutela dei diritti fondamentali nell'ambito del diritto comunitario, ha ritenuto che tale ambito includa i provvedimenti degli Stati membri adottati per dare attuazione alla normativa comunitaria e quelli di deroga al divieto di ostacolare la libera circolazione dei quattro fattori produttivi.

Nella prima parte del presente saggio, si è visto come persino il controllo dei provvedimenti comunitari possa creare una situazione di tensione rispetto ai valori fondamentali dei diversi Stati membri. Ma qui «l'attacco» si presenta più diretto poiché entrano in gioco provvedimenti «nazionali» normalmente ritenuti soggetti al solo scrutinio e controllo dei giudici degli Stati membri.

Per tornare alla questione degli standard, si ricordi come in rapporto agli atti comunitari si era notata la possibile preoccupazione delle Corti degli Stati membri circa gli standard comunitari non sufficientemente elevati e dunque tali da permettere l'esistenza di un provvedimento comunitario che altrimenti, se non intervenisse il principio della supremazia, sarebbe annullato dai giudici nazionali. In rapporto ai provvedimenti degli Stati membri, la principale preoccupazione risulta invertita: e cioè che nell'es-

minare gli atti nazionali, la Corte di giustizia annulli dei provvedimenti che sono invece accettabili per l'ordinamento nazionale e addirittura permessi dalla Convenzione europea sui diritti umani.

La prima e più urgente questione che va affrontata in questo contesto è la giustificazione stessa del controllo giurisdizionale dei provvedimenti nazionali da parte della Corte di giustizia. Se, come ho argomentato all'inizio di questo saggio, i diritti umani costituzionalmente tutelati esprimono scelte sociali di base relative al rapporto tra interessi (e visioni) individuali e della Comunità, un'indebita «interferenza» da parte della Corte di giustizia costituirebbe una sfida diretta ai limiti fondamentali dello Stato membro; e difatti si sono già registrate diverse reazioni di questo tenore.

Qual è allora la giustificazione per questo attivismo giudiziale della Corte?

La Corte ha esteso il suo controllo del rispetto dei diritti umani ai provvedimenti degli Stati membri in due tipi di situazione: *a*) la situazione di rappresentanza, cioè quando lo Stato membro sta agendo per conto della Comunità e attuando una politica comunitaria (*Klensch*, *Wachauf*); e *b*) quando lo Stato si avvale di una deroga alle libertà fondamentali del mercato (*ERT*). Come si può valutare tutto ciò da un punto di vista strettamente «giuridico»?

La «ratio» nel controllo della situazione di rappresentanza

Si è soliti cadere nella trappola di pensare alla Comunità come ad un'entità totalmente distinta dagli Stati membri. Ma chiaramente, come alcune note nozioni teologiche, la Comunità è, in un certo senso, i suoi Stati membri e, allo stesso tempo, in un altro senso, ne è completamente separata. Come testimoniano duemila anni di teologia cristiana, ciò risulta a volte di difficile comprensione. Ma, almeno in un settore della vita comunitaria, è invece facile da cogliere; nel sistema di governo della CE, in una misura ben più ampia di qualsiasi Stato federale,

gli Stati membri si trovano spesso ad agire come se fossero, ed in effetti sono, il braccio esecutivo della Comunità. Quando, ad esempio, un funzionario delle dogane britanniche riscuote il dazio doganale da importatori di beni extra-CE, egli appartiene certamente alle dogane britanniche ma in quel momento riveste un ruolo comunitario. Se la giurisdizione della Corte in materia di diritti umani va a coprire (e questo è appunto il caso) non solo la fonte normativa comunitaria formale ma anche la sua attuazione, allora non è forse evidente, come sostiene l'Avvocato Generale Jacobs in *Wachauf*, anche basandosi su un'interpretazione restrittiva della giurisdizione della Corte in tema di diritti umani, che essa debba controllare i provvedimenti nazionali per tutelare i diritti umani? In questo caso la stessa tipologia che distingue gli atti degli Stati membri da quelli comunitari non riesce a cogliere la realtà del sistema di governo della Comunità e dell'ordinamento comunitario. Non sottoporre questi atti ad un controllo sarebbe giuridicamente incoerente con la prassi giurisprudenziale in materia di diritti umani e, da un punto di vista sostanziale, arbitrario: perché ci dovrebbe essere il controllo nel caso in cui la Commissione è responsabile dell'esecuzione degli atti mentre dovrebbe mancare se tale responsabilità è degli Stati membri?

La «ratio» nel controllo della situazione di tipo «ERT»

Gli sviluppi della causa *ERT*, anticipati dall'Avvocato Generale nel caso *Grogan*, sono più delicati.

Il trattato proibisce agli Stati membri di adottare misure che ostacolino le disposizioni in materia di libera circolazione in esso contenute. Questo divieto vale per qualsiasi provvedimento nazionale, indipendentemente dalla sua natura e fonte. Il semplice fatto che l'interferenza possa essere di stampo costituzionale è del tutto irrilevante. Analogamente, il fatto che le norme costituzionali possano essere manifestazione di un costume o valore sociale nazionale particolarmente sentito è anch'esso del tutto irrile-

vante. Se, ad esempio, uno Stato membro dovesse adottare, supponiamo pure con ampio sostegno popolare, un emendamento costituzionale per cui «per salvaguardare l'identità nazionale e i diritti fondamentali dei nostri cittadini» si dovesse proibire ad un'impresa di assumere stranieri, inclusi i cittadini degli altri Stati membri, piuttosto che connazionali, o di acquistare beni stranieri piuttosto che prodotti nazionali similari, ebbene tale disposizione costituirebbe una violazione del diritto comunitario.

Il diritto comunitario stesso identifica due situazioni che possono escludere un simile provvedimento dal campo applicativo del divieto stabilito dal trattato. In primo luogo, il provvedimento nazionale stesso deve essere ritenuto un'interferenza illecita nella libertà del mercato. Il trattato è molto vago su questo punto e la Corte ha sviluppato una giurisprudenza alquanto ricca a tal proposito. Non necessariamente ogni provvedimento che a prima vista sembra interferire con la libertà del mercato costituisce un'effettiva violazione del divieto. In secondo luogo, anche un provvedimento che appare essere una violazione del divieto può essere legittimato se ricade all'interno delle eccezioni previste dal trattato. L'art. 36 (ora 30), ad esempio, fa riferimento a misure «giustificate» da esigenze di moralità pubblica, salute, ecc.

Il punto cruciale è che definire cosa costituisce una violazione delle libertà essenziali del mercato è, sostanzialmente e dal punto di vista giurisdizionale, una questione di diritto comunitario che spetta alla Corte di giustizia decidere, così come il connesso regime derogatorio. Da un punto di vista sostanziale la Corte interpreterà il testo del trattato, spesso generico: ad esempio, cosa significa o dovrebbe significare «giustificato»? E «ordine pubblico»? Da un punto di vista giurisdizionale, la Corte (in concomitanza con i giudici nazionali) controllerà che gli Stati membri stiano effettivamente rispettando gli obblighi discendenti dal trattato.

Uno dei modi per spiegare l'estensione, da parte della Corte di giustizia, del controllo del rispetto dei diritti umani ai provvedimenti nazionali nella situazione di tipo

ERT è abbastanza semplice: se un provvedimento nazionale viene ritenuto lesivo delle libertà del mercato, se non fosse per la deroga, sarebbe illegittimo. La portata della deroga e le condizioni del suo utilizzo sono tutti «frutto» del diritto comunitario, di produzione pattizia o giudiziaria, e quindi tali da legittimare l'intervento della Corte di giustizia. Si potrebbe però argomentare *a contrario*, e con una certa validità, che si deve guardare alle eccezioni come a definizioni dei limiti del raggio di azione del diritto comunitario. Ma ciò non mi convince. Anche da una prospettiva formalista, la stessa struttura, ad esempio, degli artt. 30 e 36 (ora 28 e 30) indica l'accettazione da parte degli Stati membri che la legittimità di un provvedimento, che *prima facie* è una violazione del divieto di restrizioni quantitative o misure similari, è una questione di diritto comunitario. Da una prospettiva politica non potrebbe essere altrimenti. Si immagini cosa sarebbe il mercato comune se ogni Stato membro potesse decidere, riferendosi alle proprie leggi e valori, senza richiami al diritto comunitario, che cosa sia incluso nel divieto o nella sua deroga. La conseguenza concomitante di ciò è che, una volta stabilito che un provvedimento nazionale violi i divieti a salvaguardia della libertà del mercato quali fissati, ad esempio, dall'art. 30 (28), anche se giustificato da una clausola derogatoria del trattato, la competenza legislativa della Comunità si trova ad essere attivata e la normativa nazionale diventa oggetto di armonizzazione.

Chiariamo questo punto riferendoci al caso più evidente e clamoroso: la dottrina della *rule of reason* quale sviluppata principalmente nella causa *Cassis de Dijon*, di cui il caso *Cinéthèque* è un esempio. La Corte ha qui ritagliato nuove situazioni, non esplicitamente menzionate dal regime delle eccezioni previsto dal trattato, che permetterebbero agli Stati membri di adottare provvedimenti altrimenti in violazione dell'art. 30 (28). Non rammento alcuna protesta da parte degli Stati membri circa l'interpretazione alquanto ardita della Corte degli artt. 30-36 (28-30). È ovvio comunque che agli Stati membri non è stata conferita piena discrezionalità; la Corte dovrà essere convinta

che i provvedimenti nazionali che cercano di beneficiare della dottrina della *rule of reason* siano, dal punto di vista del diritto comunitario, conformi all'interesse generale e di importanza sufficiente a prevalere sulla libera circolazione dei beni, e che siano proporzionati all'obiettivo che perseguono, adottati in buona fede e che non costituiscano una restrizione dissimulata al commercio. Dunque, la capacità degli Stati membri di muoversi tra le eccezioni alle disposizioni sulla libera circolazione è soggetta ad una serie di limiti, alcuni esplicitamente previsti nel trattato, altri conseguenza dell'interpretazione giudiziale del trattato.

Nell'interpretare questi limiti posti dal diritto comunitario alla capacità degli Stati membri di derogare al trattato e nel gestirli nell'esercizio delle sue funzioni giudiziali, la Corte dovrebbe forse insistere su tutti questi limiti e allo stesso tempo assumere un atteggiamento indifferente nei confronti della violazione dei diritti umani? È così rivoluzionario sostenere che quando gli Stati membri si avvalgono delle deroghe create dal diritto comunitario debbano rispettare anche i diritti fondamentali dell'uomo, quali derivati dalle diverse tradizioni costituzionali, anche quando l'interpretazione comunitaria di questo o quel diritto differisce dall'interpretazione data in questo o quello Stato membro? Dopotutto, *se non fosse per* la dottrina della *rule of reason* quale elaborata in *Cassis*, la Francia non sarebbe in grado di giustificare la sua politica relativa alle videocassette mirata a proteggere la cultura cinematografica francese. Rispettare in questo scenario la nozione comunitaria dei diritti umani ci pare totalmente coerente con la giurisprudenza precedente e le scelte politiche di fondo già realizzate.

Si potrebbe sostenere che, nel controllare le deroghe, la Corte non debba entrare nel merito politico del provvedimento nazionale, se non per valutare se esso sia proporzionato o meno, e se sia o meno una restrizione dissimulata al commercio. Il controllo del rispetto dei diritti umani, in quest'ottica, è appunto un'interferenza di merito. Ancora una volta, non sono convinto. In primo luogo, si deve capire che il principio di proporzionalità significa

l'imposizione sullo Stato membro, da parte della Corte, di una scelta di un valore comunitario. Ogni volta che la Corte afferma, per esempio, che un'etichetta che informa il consumatore può soddisfare le esigenze alla base della scelta politica in maniera analoga ad un divieto esplicito, è ovvio che alcuni consumatori, nonostante l'etichetta, saranno comunque confusi. Vi sono studi approfonditi che provano l'efficacia ridotta delle etichette. Ecco dunque che nel più banale dei test sulla proporzionalità fa capolino una decisione della Corte circa il livello di rischio per i consumatori che la società è disposta ad accettare.

In secondo luogo, anche se il controllo del rispetto dei diritti umani può essere in alcuni casi più intrusivo del criterio della proporzionalità, non è detto che debba necessariamente interferire con le scelte di merito della politica perseguita e può in effetti lasciare un notevole spazio di manovra allo Stato di determinare il proprio corso. Purché non violino i diritti umani, la Corte non andrà a sindacare il contenuto delle scelte politiche degli Stati. Certo, questo potrà a volte ostacolare i loro progetti ma, d'altronde, questa è esattamente la situazione nell'ambito della Convenzione europea sui diritti umani. Il fatto che in alcuni casi tutto ciò potrà dare incisività alla Convenzione europea in quei paesi che dopo decenni ancora non l'hanno incorporata nel loro ordinamento nazionale non può che essere salutato con favore da tutti coloro che affermano di prendere sul serio i diritti umani.

Il doppio controllo dei provvedimenti nazionali: riflessioni istituzionali e questione degli standard

Anche se vi è una giustificazione politica e dottrinale all'estensione del controllo sul rispetto dei diritti umani a questo tipo di provvedimenti nazionali, ciò non significa violare apertamente le prerogative dei giudici nazionali? Tale quesito lascia intravedere una visione per cui il rapporto tra la Corte di giustizia e le sue controparti nazionali nell'ambito dei diritti umani è un gioco a somma zero (i

poteri dati ad uno sono per forza di cose tolti all'altro), o peggio ancora, è di carattere conflittuale: suggerisce l'idea di una prova di forza tra una Corte *transnazionale* e un giudice *nazionale*. In effetti ciò può anche avverarsi in alcuni casi, ma il rapporto è in genere ben più complesso di così e in alcuni casi può, e secondo me deve, essere considerato come un rapporto tra un *giudice* transnazionale e un *giudice* nazionale; dunque un rapporto di collaborazione in cui il senso della propria identità si focalizzi non tanto sull'essere l'uno un organo nazionale e l'altro uno transnazionale ma piuttosto sulla comune appartenenza al potere giudiziario, così da evitare conflitti sterili e invece rafforzare la rispettiva capacità di fare rispettare la legge. Non si tratta dunque di un gioco a somma zero ma a somma positiva, in cui entrambe le parti risultano beneficiate.

La dimensione istituzionale è particolarmente interessante in rapporto all'applicazione domestica della Convenzione europea sui diritti umani specie in quegli Stati, come il Regno Unito, in cui non vi è stato per molto tempo un adattamento dell'ordinamento nazionale alla Convenzione. Si consideri dunque come esempio proprio il Regno Unito.

Estendendo il suo controllo ai provvedimenti nazionali, la Corte potrebbe andare a sindacare questioni che precedentemente erano riservate ai giudici nazionali. Ma questi domini riservati possono essere più illusori che reali. Cosa era riservato ai giudici del Regno Unito prima? Forse il «potere» di dire a dei disgraziati che, ad esempio, visto che successivi governi britannici avevano, per diverse ragioni, rifiutato di adattare l'ordinamento nazionale alla Convenzione europea sui diritti umani, non potevano dare loro soddisfazione (eccezione fatta, in situazioni simili alla *Wachauf*, come supporto interpretativo) anche di fronte a palesi violazioni della Convenzione di cui pure il loro paese era parte contraente? Certo si potrebbe sostenere che i meccanismi costituzionali britannici e la negazione ai giudici nazionali di attuare la Convenzione rappresentano questioni che spetta al Regno Unito gestire e decidere. Ma questa non potrebbe certo essere qualificata

come una posizione che prenda sul serio il rispetto dei diritti umani. E inoltre, l'allargamento del potere di controllo da parte della Corte di giustizia non ha significato forse un aumento dei poteri dei giudici nazionali e un rafforzamento della tutela dei diritti umani nel Regno Unito, per cui, almeno in quei settori che ricadono nell'ambito del diritto comunitario quale definito dalla Corte, i giudici britannici hanno acquisito il diritto e il potere, fino a quel momento loro negato, di agire per la tutela dei diritti dei singoli?

Cosa succede allora alla questione degli standard di riferimento? Quali sono le possibilità di conflitti tra valori fondamentali? Le mie riflessioni in questo campo costituiscono solo una delle possibili interpretazioni che si possono proporre a partire da una scarsa giurisprudenza. In effetti dovrebbero essere considerate piuttosto una sorta di prognosi di futuri sviluppi.

Prendiamo in esame per prima la situazione della causa *Wachauf*, vale a dire il controllo di un provvedimento nazionale di attuazione di una scelta della Comunità o adottato per conto della stessa. Questo tipo di controllo si effettua solo quando la norma o la politica comunitaria lascia un margine di discrezionalità agli Stati membri, così che le autorità nazionali si trovano a poter e dover scegliere tra diverse opzioni di esecuzione.

i) *Gli standard dei diritti umani nella situazione tipo «Wachauf»*

Scenario A: Il provvedimento viola la Convenzione europea. Risultato: esso dovrebbe essere annullato o da un giudice nazionale o dalla Corte Europea dei Diritti umani. Non si verifica nessun conflitto di valori giacché sia per lo Stato membro che per la Comunità la Convenzione europea rappresenta quel nucleo essenziale di diritti che non possono essere assolutamente violati.

Scenario B: Il provvedimento è compatibile con la

Convenzione ma viola lo standard più rigido di uno Stato membro, pur non ledendo quello comunitario. Risultato: esso dovrebbe essere annullato dal giudice nazionale. Poiché la Comunità lascia agli Stati membri discrezionalità di esecuzione e attuazione, purché la disciplina comunitaria sia eseguita o attuata in un modo o nell'altro, il diritto comunitario non richiede che gli standard dello Stato membro siano violati. Anche in questo caso non si verifica nessun conflitto di valori.

Scenario C: Il provvedimento nazionale è compatibile con la Convenzione europea, con gli standard nazionali ma non con lo standard comunitario. Risultato: esso dovrebbe essere annullato. Si verifica un conflitto di valori dato che alle autorità pubbliche degli Stati membri è proibito esercitare un determinato potere in un modo che i criteri di riferimento dell'ordinamento costituzionale nazionale qualificerebbero come perfettamente legittimo. Il contrasto non è comunque acuto poiché in questo caso le autorità pubbliche stanno agendo, *ipso jure* ed *ipso facto*, per conto e in nome della Comunità.

ii) *Gli standard dei diritti umani nella situazione tipo «ERT»*

Scenario A: Il provvedimento viola la Convenzione europea. Risultato: esso dovrebbe essere annullato o da un giudice nazionale o dalla Corte Europea. Non vi è nessun conflitto sostanziale di valori giacché entrambi gli ordinamenti accettano la Convenzione europea come nucleo essenziale di diritti che non possono essere assolutamente violati. Si potrebbe ovviamente registrare una differenza nell'interpretazione dello standard minimo della Convenzione ma un qualsiasi errore in tale contesto verrebbe inevitabilmente fatto a favore dei diritti umani e non contro di essi.

Scenario B: Il provvedimento è compatibile con la Con-

venzione ma viola uno standard più rigido di uno Stato membro, pur non ledendo quello comunitario. A mio avviso esso dovrebbe essere annullato. Non vi è alcun interesse della Comunità a non rispettare uno standard di tutela dei diritti umani applicato da un giudice nazionale contro uno Stato membro che sta derogando al trattato.

Scenario C: Il provvedimento nazionale è compatibile con la Convenzione europea, con gli standard nazionali ma non con lo standard comunitario. Oramai sono divenute alla conclusione che nella situazione tipo *ERT* la Comunità non dovrebbe imporre il proprio standard al provvedimento nazionale ma invece permettere un ampio margine di discrezionalità, insistendo solo che non venga violato il nocciolo duro dei diritti espresso nella Convenzione. Ciò sembra essere coerente con la posizione dell'Avvocato Generale van Gerven nel caso *Grogan*. Nella situazione *Wachauf* lo Stato membro è solamente il rappresentante della Comunità e il provvedimento nazionale altro non è che una misura comunitaria. In questo caso invece si ha un provvedimento nazionale adottato in attuazione di una specifica scelta politica dello Stato membro. L'interesse della Corte e della Comunità dovrebbe essere quello di evitare una violazione dei diritti umani essenziali ma consentire, oltre questo, la massima libertà. Ciò avrebbe l'effetto di mettere sullo stesso piano lo Scenario C con lo Scenario A con conseguenze pratiche limitate a quei paesi, come una volta il Regno Unito, in cui i giudici nazionali non avevano l'autorità, ai sensi del diritto nazionale, di applicare la Convenzione europea. Avrebbero invece conseguito tale autorità, come si è suggerito sopra, attraverso il diritto comunitario. Vorrebbe dire altresì che se la Comunità armonizzasse i variegati provvedimenti nazionali di deroga, ad esempio, all'art. 30 (28), lo standard del controllo del rispetto dei diritti umani potrebbe essere superiore a quello applicato dalla Corte ai precedenti provvedimenti nazionali.

E infine nella situazione di tipo *ERT* e, più in genera-

le, anche laddove lo standard di controllo imposto dalla Corte non sia diverso da quello utilizzato normalmente negli Stati membri, non posso che confessare la mia preferenza, chiaramente contestabile, a favore di un controllo giudiziale del rispetto dei diritti umani da parte di giudici che non fanno parte del sistema o dello Stato i cui provvedimenti sono appunto sottoposti a riesame. Ecco perché sono favorevole all'adesione della Comunità alla Convenzione europea sui diritti umani che sottoporrebbe anche la giurisprudenza della Corte di giustizia ad un secondo controllo esterno. Come notato nell'introduzione, la protezione internazionale dei diritti umani spesso viene a confrontarsi con una dolorosa tensione tra elemento universale ed elemento particolare. Fino a questo punto ho sottolineato l'importanza del particolare perché espressione di una scelta fondamentale di una società o Stato. Ma è quasi troppo scontato rammentare come regolarmente gli Stati difendano le presunte violazioni di diritti da essi commesse come conseguenza del rispetto di tradizioni culturali locali particolarmente sentite. Alcune volte questa spiegazione risulta valida. Spesso però, come nel caso, ad esempio, degli Stati sudisti degli USA che negli anni '50 e '60 difendevano la loro politica di discriminazione contro le persone di colore, o dei paesi che attualmente giustificano la spaventosa pratica della mutilazione femminile o della punizione corporale per adulti (taglio della mano) e dei bambini (frustate, colpi di canna e simili), tale tipo di difesa è artificiosa, un insulto alla nozione trascendente dei diritti umani. È mia impressione che i giudici locali, vicini alla cultura del luogo, siano troppo sensibili a questo tipo di ragionamento. In particolare, diveniamo fortemente sospettosi quando tale argomentazione viene presentata in contesti, come quello europeo, in cui vi è una notevole affinità culturale tra le genti e un concetto comune di Stato e di autorità pubblica. Decidere su questi conflitti tra il particolare e l'universale non è mai facile e potrebbe non esserci la risposta «corretta». In generale, secondo la mia prospettiva dei diritti umani, preferisco, in questo ambito, il possibile difetto del foro inter-

Il controllo del rispetto dei diritti umani nell'ordinamento giuridico dell'Unione: combinazioni principali

Tipo di provvedimento	Conformità con la Convenzione europea sui diritti umani	Conformità con gli standard sui diritti umani della CE	Conformità con gli standard sui diritti umani nazionali	Esito costituzionalmente corretto
Atto della Comunità	Violazione	Violazione (per forza di cose)	Violazione (per forza di cose)	Dovrebbe essere annullato dalla Corte di giustizia
Atto della Comunità	Nessuna violazione	Violazione	Nessuna violazione	Dovrebbe essere annullato dalla Corte di giustizia
Atto della Comunità	Nessuna violazione	Nessuna violazione	Violazione	Dovrebbe essere convalidato e non annullato dalla Corte di giustizia o da un giudice nazionale
Atto dello Stato membro: situazione di rappresentanza in cui lo Stato membro ha discrezione	Violazione	Violazione (per forza di cose)	Violazione (per forza di cose)	Dovrebbe essere annullato dalla Corte di giustizia o da un giudice nazionale
Atto dello Stato membro: situazione di rappresentanza in cui lo Stato membro ha discrezione	Nessuna violazione	Violazione	Nessuna violazione	Dovrebbe essere annullato dalla Corte di giustizia o da un giudice nazionale
Atto dello Stato membro: situazione di rappresentanza in cui lo Stato membro ha discrezione	Nessuna violazione	Nessuna violazione	Violazione	Dovrebbe essere annullato da un giudice nazionale ed attuato in altro modo
Atto dello Stato membro: situazione tipo ERT	Violazione	Violazione (per forza di cose)	Violazione (per forza di cose)	Dovrebbe essere annullato dalla Corte di giustizia o da un giudice nazionale
Atto dello Stato membro: situazione tipo ERT	Nessuna violazione	Violazione (cioè lo standard comunitario quando applicato al provvedimento comunitario va oltre il nucleo della Convenzione europea)	Nessuna violazione	Non dovrebbe essere annullato. La Corte di giustizia non dovrebbe fare eseguire il proprio standard oltre il nucleo della Convenzione europea

(segue)

Tipo di provvedimento	Conformità con la Convenzione europea sui diritti umani	Conformità con gli standard sui diritti umani della CE	Conformità con gli standard sui diritti umani nazionali	Esito costituzionalmente corretto
Atto dello Stato membro: situazione tipo ERT	Nessuna violazione	Nessuna violazione	Violazione	Dovrebbe essere annullato da un giudice nazionale ed attuato in altro modo

nazionale rispetto a quello nazionale, dato che esso è comunque temperato dal principio del margine di apprezzamento; si noti poi che il foro internazionale rappresenta spesso un'istanza di seconda valutazione, dato che il giudice nazionale ha già avuto modo di dire la sua.

Presentiamo sotto forma di tabella le combinazioni principali relative al controllo del rispetto dei diritti umani e al rapporto tra i diversi possibili standard di controllo.

4. Postfazione. La Carta europea dei diritti fondamentali

Il processo di seduzione è iniziato a Colonia nel 1999 ad opera della presidenza tedesca. Dopo un breve corteggiamento, il fidanzamento è avvenuto a Tampere sotto gli auspici della presidenza finlandese. A Nizza, un anno dopo, sono state fatte le pubblicazioni e scambiate le promesse, anche se il matrimonio stranamente non è stato ancora consumato. La Carta europea dei diritti fondamentali esiste anche se il suo *status* giuridico rimane nel limbo; non fa parte del trattato e non possiede alcun valore giuridico formale. Certo avrà un'influenza considerevole su tutta la futura giurisprudenza della Corte e un giorno potrebbe anche divenire parte del trattato. Ma può veramente dirsi che sia stato uno sviluppo del tutto positivo nella saga della tutela dei diritti fondamentali nell'Unione?

Di primo acchito ci si potrebbe chiedere perché ci sia tutta questa agitazione. Dopotutto, i cittadini europei

sembrano «soffrire» di un surplus di protezione giudiziale dei loro diritti fondamentali piuttosto che di una carenza, giacché essi sono tutelati dalle costituzioni e dai giudici nazionali, dal meccanismo di emergenza predisposto dalla Convenzione europea sui diritti umani e dalla Corte di giustizia che, come visto, almeno dal 1969, ha cercato di assicurare che i provvedimenti comunitari lesivi dei diritti fondamentali, quali facenti parte della tradizione costituzionale comune degli Stati membri, fossero considerati inaccettabili e annullati di conseguenza.

Perché allora si è voluto creare una nuova Carta dei diritti?

Il fattore più importante agli occhi dei promotori della Carta è stato quello relativo all'immagine e all'identità. Da Maastricht in poi, la legittimità politica della costruzione europea è stata seriamente messa in discussione; l'avvento dell'unione monetaria con una Banca Centrale Europea largamente indipendente ha stimolato ancora di più l'immagine di un'Europa più preoccupata dei mercati che della gente comune. Può anche essere vero che la Corte di giustizia assicura tutela giuridica contro gli abusi dei diritti umani, ma chi ne è a conoscenza?

Una Carta, sostenevano i suoi promotori, avrebbe reso visibile ed evidente ciò che fino ad allora era noto solo a noiosi giuristi. In aggiunta, la Carta avrebbe controbilanciato l'euro nel suo valore altamente simbolico che sarebbe divenuto parte dell'iconografia dell'integrazione europea, contribuendo sia all'identità che all'identificazione con l'Europa.

Queste sono riflessioni di un certo peso ma fanno allo stesso tempo parte di una rischiosa strategia che potrebbe essere controproducente. Lo *status* finale della Carta, questione controversa, è stato lasciato, come ci si aspettava, in uno stato di limbo. Alcuni importanti Stati membri erano contrari a inserirla nei trattati o a conferirle qualsivoglia effetto giuridico vincolante. Questo risultato ha avuto l'effetto di produrre l'opposto di ciò che ci si era prefissati: delusione contenuta per alcuni, espressione dell'impotenza europea e del rifiuto di prendere sul serio i

diritti umani per altri, e una generale indifferenza da parte della maggioranza. Da una situazione di ignoranza generale si è passati dunque ad una situazione di percezione in qualche modo negativa.

L'esigenza di chiarezza e trasparenza è il secondo tipo di motivazione addotta a giustificazione della Carta. Si sostiene che il sistema attuale per cui ci si rivolge alle tradizioni costituzionali comuni e alla Convenzione europea sui diritti umani quali fonti dei diritti tutelati nell'Unione sia poco soddisfacente e dovrebbe essere sostituito da un documento formale che elenchi tali diritti. Ma si conseguirebbe effettivamente questa chiarezza?

Si consideri come gran parte della Carta sia stata redatta in un linguaggio giuridico tipico delle nostre prassi costituzionali; la dignità umana è inviolabile, ecc. Si possono dire grandi cose di questa tradizione, ma certo non si può affermare che sia chiara e trasparente.

In secondo luogo, se la Carta dovesse mai divenire il *Bill of Rights* dell'Unione, si perderebbe nel settore dei diritti umani uno degli elementi veramente originali dell'attuale architettura costituzionale, vale a dire la capacità di utilizzare l'ordinamento giuridico di ciascuno degli Stati membri come laboratorio organico e vivente della tutela dei diritti umani che può essere, caso per caso, adattato e adottato per le esigenze dell'Unione da parte della Corte di giustizia in dialogo con le sue controparti nazionali. La Carta, di per sé, può non bloccare tale processo, ma con essa si corre il pericolo di favorire una giurisprudenza più conservatrice e di raffreddare, per così dire, il dialogo costituzionale.

Si è anche detto che la nuova Carta avrebbe dato l'opportunità di introdurre quelle innovazioni tanto necessarie alle nostre norme costituzionali modellate, come sono, da costituzioni e trattati internazionali ormai invecchiati. Questioni come la biotecnologia, l'ingegneria genetica, la riservatezza nell'era di Internet, l'identità sessuale e, più importante di tutti, i diritti politici di cui gode l'individuo, avrebbero potuto essere affrontate in modo innovativo, ponendo dunque la Carta all'avanguardia del costitu-

zionalismo europeo. Ma ciò non è stato. In gran parte la Carta si è fossilizzata sulla vecchia e fidata formulazione del recente passato e attorno a cui già esiste un consenso consolidato, evitando così qualsiasi riforma; il che non è certo un risultato sorprendente visto che si aveva a che fare con un organo composto dai rappresentanti dei governi e dei parlamenti di quindici Stati diversi, che operava secondo il criterio del *consensus*. Ma questo risultato non ha meramente consacrato lo *status quo*. Esso infatti potrebbe avere anche un effetto «regressivo»: ogni volta che una nozione innovativa verrà presentata di fronte alla Corte, si potrà argomentare che una proposta in tal senso era stata presa in considerazione nell'elaborazione della Carta ed è stata respinta. Sarà molto più difficile per la Corte consolidare e codificare un diritto comunitario quando questo è stato preso in considerazione e respinto da un'assemblea politica costituente.

Ed infine, se la finalità della Carta era veramente di migliorare la tutela dei diritti fondamentali nell'Unione, allora l'aspetto più inquietante è che essa funga da sotterfugio, da *escamotage* per non realizzare quello che è realmente necessario.

Il vero problema della Comunità è l'assenza di una specifica *politica per i diritti umani*, con tutto ciò che questo comporta: un Commissario, una Direzione Generale, un bilancio ed un piano d'azione generale per rendere effettivi quei diritti già riconosciuti dai trattati e tutelati giudizialmente dai vari livelli degli organi di giustizia europei. Gran parte degli episodi che concernono i diritti umani e le loro violazioni avvengono ben lontani dalle anguste sale dei tribunali. La maggioranza (assoluta) di coloro i cui diritti sono violati non hanno né la conoscenza né i mezzi per chiedere ed ottenere una tutela e una soddisfazione giudiziale. L'Unione non ha bisogno di più diritti sul proprio elenco o di più elenchi di diritti. Ciò di cui ha maggiore necessità è un insieme di programmi e uffici per rendere i diritti qualcosa di reale, e non solo un divieto che i giudici possono far rispettare.

Il modo migliore per comprendere questa affermazio-

ne è fare un paragone con la politica della concorrenza. Si ipotizzi una Comunità con gli artt. 85 e 86 (attualmente 81 e 82) che proibiscono le pratiche restrittive e gli abusi di posizione dominante, ma sprovvista di un Commissario *ad hoc* e della Direzione Generale 4 che controlla, indaga, disciplina e persegue. Questa è esattamente la situazione dei diritti umani. Nella maggior parte dei casi se viene adita la Corte affinché si pronunci su queste violazioni, la reazione di questo organo è egualmente adeguata; ma senza la DG4 sussisterebbe realmente la possibilità di contrastare in modo effettivo le violazioni della disciplina antitrust? E vi è questa possibilità nel campo dei diritti umani, senza un meccanismo istituzionale e burocratico simile?

Uno dei motivi per cui non vi è una politica di questo tipo è che la Corte, nella sua saggezza, ha dichiarato nel Parere 2/94 che la tutela dei diritti umani non è uno degli obiettivi delle politiche della Comunità e dunque non può essere oggetto di una specifica politica positiva.

Molto più importante di una qualsiasi Carta, ai fini dell'effettiva protezione dei diritti umani, sarebbe una semplice modifica dei trattati tale da includere la tutela attiva dei diritti umani, nell'ambito di applicazione del diritto comunitario, come una delle politiche della Comunità, assieme alle altre politiche e agli obiettivi elencati nell'art. 3, e tale da assumere l'impegno a prendere tutti i provvedimenti necessari a dare rapidamente efficacia a questa politica.

J.H.H. WELLER

La Costituzione dell'Europa

a cura di
Francesca Martines



I lettori che desiderano informarsi
sui libri e sull'insieme delle attività della
Società editrice il Mulino
possono consultare il sito Internet:

www.mulino.it

IL MULINO

stituzionali essenziali: la portata costituzionale dell'allargamento; la forma - Trattato costituzionale o Costituzione -; la solidarietà sociale e la specificità materiale della costituzione europea; la questione della vigilanza sulle competenze piuttosto che della loro allocazione; e gli emendamenti costituzionali che renderebbero possibile una politica dei diritti umani.

La prima e più rilevante questione, l'allargamento, è, di fatto, già stata risolta con un processo deliberativo inversamente proporzionale alla gravità del problema. Le altre questioni saranno probabilmente decise o non decise in maniera pragmatica o *per default*. Tutto ciò non dovrebbe provocare espressioni di dispiacere. È una questione di *hybris* giuridica immaginare che le Costituzioni realmente costituiscono. Tutte queste problematiche non sono altro che anse e argini nel fiume che può in qualche modo incanalarsi, ritardare ma non può influire sugli eventi umani. Il futuro dell'Europa non sarà deciso nel senso vero e profondo dalla Convenzione o dalla Conferenza intergovernativa. Poiché in momenti come questi, la nozione di Convenzione «là fuori», della quale siamo spettatori, analitica e/o prescrittiva, è fallace. I cittadini e gli intellettuali sono anch'essi parte della Convenzione e hanno un ruolo nel «costituire» l'Europa. Non sono, mi affretto a precisarlo, parte della società civile che è consultata (e ad ogni modo i membri dell'accademia sono famosi per essere «incivili»). Sono, siamo, parte della Convenzione in quanto contribuiamo a definire grazie ai nostri pensieri e passioni e risposte proprio la cultura politica che forma, attraverso i valori di cui è portatrice, la nostra identità e il modo in cui sarà costituita la nostra *polity* e la sua società dalle molteplici sfaccettature.

- I. *The Transformation of Europe*, in «Yale Law Journal» 100 (1991), 2, 403.
- II. *Fundamental Rights and Fundamental Boundaries: On Standards and Values in the Protection of Human Rights*, in N. Neuwahl e A. Rosas (a cura di), *The European Union and Human Rights*, Boston-London, 1995.
- III. *The External Legal Relations of Non-Unitary Actors: Mixity and the Federal principle*, in H.G. Schermers e D. O'Keeffe (a cura di), *Mixed Agreements*, Boston, 1983.
- IV. *The Constitution of the Common Market Place: The Free Movement of Goods*, in P.P. Craig e G. De Búrca (a cura di), *The Evolution of EU Law*, New York, 1999.
- V. *The Autonomy of the Community Legal Order: Through the Looking Glass*, in «Harvard International Law Journal» 37 (1996), 411 (con U. Haltern). La discussione è riportata per intero in *Who in the Law is the Ultimate Judicial Umpire of European Communities Competencies? The Schilling, Wailer, Haltern Debates*, Jean Monnet Working Paper, n. 10/96, reperibile su www.jeanmonnetprogram.org.
- VI. *The First Annual Journal of Common Market Studies Lecture: The Reformation of European Constitutionalism*, in «Journal of Common Market Studies» 35 (1997), 97.
- VII. *Europe after Maastricht: Do the New Clothes Have an Emperor?*, Jean Monnet Working Paper, n. 12/95, reperibile su www.jeanmonnetprogram.org.
- VIII. *Federalism and Constitutionalism: Europe's Sonderweg*, Jean Monnet Working Paper, n. 10/2000, reperibile su www.jeanmonnetprogram.org.