

ASTRID RASSEGNA n. 62 (anno 3, n. 21) del 21 dicembre 2007

GIULIA TIBERI

L'EFFETTIVITÀ DEI DIRITTI FONDAMENTALI
NELL'UNIONE EUROPEA:
VERSO UNA "POLITICA" DEI DIRITTI FONDAMENTALI
DECISA A BRUXELLES?

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Verso una nuova dimensione dei diritti fondamentali nell'Unione europea: una "politica" europea di "promozione" dei diritti fondamentali? – 3. Gli strumenti funzionali all'affermazione di una tutela promozionale dei diritti nell'Unione europea: l'analisi di impatto della regolazione applicata ai diritti fondamentali. – 4. Considerazioni finali.

<<la sfida essenziale del nostro tempo, in tema di diritti fondamentali, è quella della loro *effettività*, e quindi, anzitutto, dell'efficacia degli strumenti di tutela. Non basta che i diritti siano proclamati nelle Costituzioni e nelle Carte: occorre che vi siano e siano operanti strumenti concreti per renderli effettivi. (...) L'esigenza forse più pressante è quella del funzionamento delle forme di tutela e di *attiva protezione* per i diritti di chi non ha voce, cioè non possiede gli strumenti culturali ed economici per attivarsi efficacemente a difesa e protezione dei propri diritti fondamentali, o perfino per conoscerli. Da questo punto di vista non basta la presenza di un sistema di rimedi giurisdizionali. Occorre che tutti gli apparati pubblici, e specie quelli amministrativi, siano strutturalmente, funzionalmente e soprattutto culturalmente adeguati all'esigenza di *salvaguardare e promuovere* i diritti fondamentali delle persone che vengono con essi in rapporto>>¹.

1. Introduzione.

Il 13 dicembre 2007 i Capi di Stato e di Governo degli Stati membri dell'Unione europea firmeranno a Lisbona il nuovo Trattato che chiude la lunga parentesi di due anni del "periodo di riflessione" deciso dal Consiglio europeo nel 2005, dopo il fallimento della Costituzione europea decretato dalla sua bocciatura

¹ Così V. ONIDA, *Spunti in tema di Stato costituzionale e di diritti fondamentali*, in L. Lanfranchi (a cura di), *Lo Stato costituzionale. I fondamenti e la tutela*, Istituto Enciclopedia Italiana, Roma, 2006, p. 59 ss., p. 61 (corsivi aggiunti).

nei referendum francese e olandese e dalla decisione della Gran Bretagna di bloccare il processo di ratifica, rinviandolo *sine die*.

Abbandonati i termini aulici e tutti i riferimenti e simboli direttamente legati alla Costituzione europea, il nuovo Trattato mantiene, tuttavia, per gran parte inalterata la “sostanza” del Trattato costituzionale del 2004², pur cercando di nascondere mediante il ricorso ad una tecnica redazionale per “addetti ai lavori”, tale da rendere pressoché inafferrabile il quadro d’insieme: un gioco quasi da “*spot the difference*”, parlando in termini enigmistici, a cui il lettore è chiamato scorrendo il nuovo Trattato.

L’astuzia redazionale servirà con ogni probabilità a rendere questa volta pressoché indolore il processo di ratifica nei singoli Stati membri del nuovo Trattato, destinato a entrare in vigore il 1° gennaio 2009, rendendo così altamente probabile che non restino più soltanto un mero esercizio teorico le significative innovazioni al quadro istituzionale europeo che il Trattato costituzionale aveva messo a punto.

E’ sembrato utile dunque, nell’imminenza di questa nuova importante tappa dell’integrazione europea, riflettere su una delle innovazioni più importanti che la lunga stagione riformatrice recherà con sé – la nuova “dimensione” della protezione dei diritti fondamentali nell’Unione europea – alla luce dei più recenti sviluppi normativi che introducono due riforme essenziali: l’attribuzione di una piena efficacia normativa alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea nel testo del Trattato in virtù del richiamo ad essa fatto nel nuovo art. 6, par. 1, TUE (che ha così permesso di lasciare fuori dal TUE riformato ciò che nel Trattato costituzionale costituiva l’intera Parte II) e la previsione dell’adesione dell’Unione alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali.

Il tema della tutela dei diritti fondamentali nell’Unione europea è stato ormai indagato da una vastissima letteratura, con approcci e metodi ricostruttivi anche assai differenziati tra loro³. Da più parti è stata posta in luce la sovrapposizione di diversi regimi di protezione dei diritti che caratterizza attualmente la situazione dei diritti fondamentali in Europa, ricorrendo alla teoria del “multilevel constitutionalism”⁴ volta a

² Illustra con molta chiarezza come il Trattato di Lisbona preservi pressoché inalterata la gran parte delle disposizioni inserite nella Costituzione europea firmata nel 2004 J. ZILLER, *Il nuovo Trattato europeo*, Il Mulino, Bologna, 2007, p. 27 ss.

³ Si vedano le differenti impostazioni di A. PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna, Il Mulino, 2002; C. PINELLI, *Il momento della scrittura. Contributo al dibattito sulla Costituzione europea*, Bologna, 2002, spec. pp. 19 ss., 45 ss., 59 ss., 183 ss.; Id., *La Carta europea dei diritti e il processo di “costituzionalizzazione” del diritto europeo*, in Aa.Vv., *Riflessi della Carta europea dei diritti sulla giustizia e la giurisprudenza costituzionale: Italia e Spagna a confronto*, Milano, 2003, 55 ss.; G. GUZZETTA, *Declinazioni del dualismo comunitario: dall’aut aut all’et et*, in Id. (a cura di), *Questioni costituzionali del governo europeo*, Padova, 2003, 5 ss.; S. MANGIAMELI, *La forma di governo europea*, ivi, 67 ss.; A. RUGGERI, *Quale costituzione per l’Europa?*, in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 8/2004, 455 ss.; F. MANCINI, *Introduzione a Id., Democrazia e costituzionalismo nell’Unione europea*, Bologna, 2004, 20 s., 33 ss.; F. PALERMO, *La forma di Stato dell’Unione europea. Per una teoria costituzionale dell’integrazione sopranazionale*, Padova, 2005.

⁴ Sulla nozione di “costituzionalismo multilivello” si vedano, in particolare, I. PERNICE, *Multilevel Constitutionalism in the European Union*, in *European Law Review*, 2002, p. 511 ss.; M. MORLOK, *Il diritto costituzionale nel sistema europeo a più livelli*, in S.P. PANUNZIO (a cura di), *I costituzionalisti e l’Europa. Riflessioni sui mutamenti costituzionali nel processo di*

valorizzare la molteplicità di fonti di riconoscimento dei diritti e di estensione dei relativi ambiti di tutela, come garantiti nel “diritto vivente” scaturente dalle diverse autorità giurisdizionali chiamate a inverarli (Corti costituzionali, Corte di Strasburgo e Corte di giustizia)⁵. Un approccio, questo, a cui in molti casi non si può più sottrarre chi, nell’attuale contesto storico-istituzionale proprio del continente europeo, avverta l’inadeguatezza di rintracciare una sola monolitica identità nazionale, ma intenda invece spaziare per cogliere la contestuale presenza di molteplici identità di cui è portatore ciascun cittadino europeo, scaturenti dai diversi ordinamenti cui contemporaneamente appartiene⁶.

Le riflessioni dei numerosi studiosi che si sono misurati col tema hanno fatto emergere con chiarezza i problemi tipici che possono originarsi a seguito dell’intreccio dei diversi ambiti e livelli di tutela⁷, risultanti dalla disomogeneità del riconoscimento normativo dello stesso diritto nei diversi livelli – vuoi perché diversa è la relativa regolazione, vuoi perché invece è del tutto assente in un determinato ambito la regolazione di quel diritto (come accade per la riservatezza e la protezione dei dati personali nella Costituzione italiana), mentre è presente negli altri ambiti – , problemi a cui si aggiungono le possibili divergenze di interpretazione e applicazione ad opera delle diverse Corti, che finiscono con l’assegnare portata e significati diversi nei vari livelli a quegli stessi diritti⁸.

Gli studi si sono incentrati, in particolare, sulla giurisprudenza della Corte di giustizia in tema di diritti fondamentali⁹, e più in generale sulle dinamiche delle istituzioni *giudiziarie* nel dialogo tra giudice comunitario, Corte europea dei diritti dell’uomo e corti nazionali¹⁰.

integrazione europea, Milano, 2002, p. 507 ss.; P. BILANCIA e E. DE MARCO, *La tutela multilivello dei diritti. Punti di crisi, problemi aperti, momenti di stabilizzazione*, Milano, 2004.

⁵ Si veda, da ultimo, sull’applicazione diretta non solo della Carta di Nizza, ma più in generale di tutte le Carte sovranazionali, A. RUGGERI, *Carte internazionali dei diritti, costituzione europea, costituzione nazionale: prospettive di ricomposizione delle fonti in materia*, pubblicato su *Forum costituzionale*, 2007.

⁶ Sulle molteplicità delle identità di cui è portatore il cittadino europeo si vedano: P. RIDOLA, *La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea e le “tradizioni costituzionali comuni” degli Stati membri*, in S.P. PANUNZIO e E. SCISO (a cura di), *Le riforme costituzionali e la partecipazione dell’Italia all’Unione europea*, Milano, 2002, p. 89; M. CARTABIA, *The Multilevel Protection of Fundamental Rights in Europe: The European Pluralism and the Need for a Judicial Dialogue*, in C. CASONATO (ed.), *The Protection of Fundamental Rights in Europe: Lessons from Canada*, Trento, 2004, p. 99.

⁷ Li evidenziava S. P. PANUNZIO, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, in S. PANUNZIO (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, 2005, p. 8 ss.

⁸ R. CALVANO, *La Corte costituzionale e il nuovo orizzonte della tutela multilivello dei diritti fondamentali alla luce della riflessione di S. Panunzio*, intervento del 31 luglio 2006, pubblicato in www.associazionedeicostituzionalisti.it. Molto chiare sono le esemplificazioni di questi problemi, in relazione a tanti diritti, offerte nel recente volume a cura di M. CARTABIA, *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, Il Mulino, 2007.

⁹ La dottrina sul ruolo svolto dalla Corte di giustizia nella tutela dei diritti fondamentali è a dir poco sconfinata. Per una ricognizione generale del tema si veda B. DE WITTE, *The past and future role of the European Court of justice in the protection of human rights*, in P. Alston (a cura di), *The Eu and the human rights*, Oxford, Oxford University Press, 1998.

¹⁰ Utili approfondimenti anche in M. CLAES, *The National Courts’ Mandate in the European Constitution*, Hart Publishing, Oxford, 2006. M. AZIZ, *The impact of European rights on national legal cultures*, Hart publishing, Oxford, 2004.

Ciò era inevitabile non solo perché il giudice comunitario è stato da sempre il principale protagonista degli sviluppi costituzionali dell'Unione europea¹¹, ma anche perché la scrittura di un *Bill of Rights* dell'Unione europea, pur se privo di efficacia normativa, ha determinato un mutamento nel “tono” della giurisprudenza della Corte di giustizia, sia nella quantità che nella qualità delle pronunce rese dal giudice comunitario.

Sempre più spesso, grazie alla più frequente invocazione di articoli della Carta da parte dei ricorrenti e in special modo da parte degli Avvocati generali nelle loro Conclusioni¹², le argomentazioni della Corte di giustizia finiscono per tematizzare lesioni delle libertà questioni che inevitabilmente implicano lesioni della libertà economiche riconosciute nel Trattato in termini di diritti allontanandola dalla originaria prospettiva eminentemente economica¹³. Una svolta che è stata giustamente posta in evidenza e analizzata con la lente di ingrandimento criticamente per segnalare, a fianco ai benefici che essa determina in termini di espansione dei diritti riconosciuti ai cittadini dell'Unione, anche i rischi insidiosi che in essa si annidano: il rischio di una centralizzazione e conseguente strisciante omogeneizzazione degli standard di tutela, che a sua volta può portare fino a quello che, con una potente immagine, è stato definito il rischio di un “colonialismo giudiziario” da parte della Corte di giustizia¹⁴.

¹¹ Pur a fronte di alcune posizioni critiche (si veda per tutti, L. FAVOREAU, *Les Constitutions nationales face au droit européen*, in *Revue française de droit constitutionnel*, n. 28, 1996, 699, per il quale non è possibile qualificare la Corte di giustizia come una corte costituzionale data l'assenza di una procedura imparziale di nomina dei giudici e, soprattutto, la mancanza di una Costituzione europea), da tempo parte della dottrina ha evidenziato il ruolo che in concreto la Corte di giustizia si è conquistata, assimilabile a quello di una Corte costituzionale: O. DUE, *A Constitutional court for the European Communities*, F.G. JACOBS, *Is the Court of Justice of the European Communities a Constitutional court?*, in D. CURTIN-D. O'KEEFFE (Eds.), *Constitutional Adjudication in European Community and National Law*, Butterworth, Ireland, 1992, p. 2 ss. e p. 25 ss.; B. VESTERDORF, *A Constitutional court for the EU*, in *I-CON*, vol. 4, n. 4, 2006, p. 607. Ritiene che sia arrivato ormai il tempo di trasformare la Corte di giustizia in una vera e propria Corte costituzionale dell'Unione europea R. ALONSO GARCIA, *Un nuovo modello di giustizia costituzionale per il nuovo Trattato costituzionale europeo*, in *Quad. cost.*, 2005, p. 111 ss.

¹² Particolarmente ricche di riferimenti alla Carta dei diritti sono state le conclusioni degli Avvocati generali Sticks Hackl e Kokott. In generale, sulla evocazione della Carta dei diritti in sede giurisprudenziale si vedano A. CELOTTO - G. PISTORIO, *L'efficacia giuridica della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (rassegna giurisprudenziale 2001-2004)*, in *Giur.it.*, 2005; R. CALVANO, *La Corte d'Appello di Roma applica la Carta dei diritti Ue. Diritto pretorio o Jus comune europeo?*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it; Id. (a cura di), sentt. in cause T-54/99 del 30 gennaio 2002, e T-377/00, T-379/00, T-380/00, T-260/01, T-272/01 del 15 gennaio 2003, *ibidem*. Della stessa autrice si veda già, peraltro, la più ampia riflessione condotta ne *La Corte di Giustizia e la Costituzione europea*, Padova, 2004, spec. 232 ss. Si vedano anche le riflessioni di L. BOURGOURGUE-LARSEN, *L'evocation jurisprudentielle. Le juges face à la Charte. De la prudence à l'audace*, in L. BOURGOURGUE-LARSEN (sous la dir.), *La France face à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 3 ss.

¹³ Notava ciò M. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, Giuffrè, 1995, p. 44 ss.

¹⁴ Per riprendere, da ultimo, le riflessioni svolte da M. CARTABIA, *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione europea*, in Id. (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti*

Non si vuole pertanto qui tornare su questi aspetti già ampiamente dibattuti mediante accurate e profonde riflessioni, quanto semmai esplorare un terreno che è rimasto più in ombra nel panorama delle riflessioni riguardanti lo sviluppo della protezione dei diritti fondamentali: le iniziative intraprese dalle istituzioni “politiche” dell’Unione europea per la protezione dei diritti fondamentali, in particolare a partire dalla redazione della Carta dei diritti.

Piuttosto, la volontà di tornare sul tema è sembrata una prospettiva interessante e gravida di implicazioni per indagare più direttamente, e sotto angolature diverse, il tema della “effettività” dei diritti fondamentali nell’Unione europea, tema che come autorevolmente afferma Valerio Onida nella citazione di apertura, rappresenta la vera sfida del costituzionalismo contemporaneo.

L’effettività dei diritti richiede non soltanto la presenza di efficaci strumenti concreti di tutela affinché essi siano salvaguardati e protetti, prima tra tutti un’effettiva tutela giudiziaria, come da ultimo ancora ha affermato la Corte europea dei diritti dell’uomo; ma occorre altresì una attività di *promozione* dei diritti fondamentali delle persone che non può limitarsi all’intervento riparatore dei giudici, ma deve riguardare tutti gli organi pubblici e anzitutto mobilitare gli apparati amministrativi e lo stesso legislatore.

Il tema della tutela promozionale dei diritti - va preliminarmente chiarito - non è relegato soltanto al campo dell’attuazione dei diritti sociali, ma di tutti i diritti, anche i diritti di libertà. La distinzione tra diritti sociali e diritti di libertà, o tra libertà positive e libertà negative, non ha infatti una valenza assiologica, essendo legata alla storia con cui un diritto è emerso o al prevalere di una determinata dimensione del diritto¹⁵, e tutt’al più la differenza si risolve sotto il profilo quantitativo perché “non esistono diritti esclusivamente negativi e altri che invece dipendono geneticamente dall’intervento “regolativo-prestazionale” dei poteri pubblici”¹⁶. Una tutela promozionale - o di tipo “regolativo-prestazionale” - deve pertanto investire tanto i diritti di libertà, i quali pure presentano una simile componente, quanto i diritti sociali ed economici, in cui la dimensione prestazionale è soltanto quantitativamente più elevata¹⁷, e ciò perché tutti i diritti necessitano di tutele legislative, di apparati della pubblica amministrazione efficienti e culturalmente attrezzati al rispetto dei diritti, oltre che adeguate risorse economiche.

L’indagine sul versante “regolativo-prestazionale” della protezione dei diritti, allorché tocca il livello dell’Unione europea, diventa però l’occasione per far emergere alcune domande di fondo.

fondamentali nelle Corti europee, Bologna, Il Mulino, 2007, p. 13 ss., e i contributi presenti in quel Volume.

¹⁵ M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in *Dem. Dir.*, 1995, p. 565. Riflettono sull’impossibilità di distinguere tra libertà positive e libertà negative R. BIN, *Diritti e fraintendimenti*, in *Ragion Pratica*, 2000, p. 19-21, nonché O. CHESSA, *Libertà fondamentali e teoria costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 326-327.

¹⁶ A. D’ALOIA, *Introduzione. I diritti come immagini in movimento: tra norma e cultura costituzionale*, in Id. (a cura di), *Diritti e Costituzione. Profili evolutivi e dimensione inedite*, Milano, Giuffrè, 2003, p. XV.

¹⁷ G. ROLLA, *Le prospettive dei diritti sociali della persona alla luce delle più recenti tendenze costituzionali*, in *Quad. cost.*, 1997, p. 434.

Anzitutto, dopo la scrittura della Carta dei diritti e soprattutto con il suo inserimento a pieno titolo nel diritto dell'Unione, e in considerazioni di altre importanti innovazioni apportate dal Trattato di Lisbona, la protezione dei diritti fondamentali ha subito una nuova concettualizzazione?

La domanda evoca un tema assai vasto e ricco di molteplici sfaccettature, in cui oltre al tema della protezione dei diritti fondamentali entrano in gioco anche ulteriori importanti risvolti che attengono al profilo della delimitazione delle competenze tra Unione e Stati membri, oltre che sotto il profilo istituzionale. Basti pensare a quest'ultimo riguardo alla recente istituzione dell'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali¹⁸ (oltre che dell'Istituto europeo per l'uguaglianza di genere¹⁹), che chiama in causa il complesso tema della proliferazione delle agenzie a livello europeo²⁰. Un tema da cui, oltre alle implicazioni per la tutela promozionale dei diritti che saranno qui prese in considerazione, scaturiscono importanti nodi teorici che investono tanto il tema dei nuovi strumenti di *governance* a livello europeo quanto la sottostante e ancor più generale questione del mutamento nel ricorso agli strumenti regolatori nell'Unione europea e al sempre più diffuso utilizzo di strumenti di *soft law* (comunicazioni, rapporti, scambio di informazioni sulle migliori prassi e sulle esperienze fatte dagli Stati membri) temi che per la loro rilevanza e complessità non è qui possibile affrontare, meritando essi una trattazione a sé stante²¹.

La vastità dei temi porta necessariamente a dover delimitare convenzionalmente l'indagine.

Da un lato, con essa si intende anzitutto chiarire se si possa ormai scorgere nelle iniziative delle istituzioni comunitarie i germi di una vera e propria "politica" dell'Unione europea di tutela "promozionale" dei diritti fondamentali.

Dall'altro, si cercheranno di mettere a fuoco quali implicazioni discendano dall'utilizzo di un nuovo strumento che le istituzioni *politiche*, e in particolare la

¹⁸ L'Agenzia dei diritti fondamentali è stata istituita con il Regolamento (CE) n. 168/2007 del Consiglio del 15 febbraio 2007.

¹⁹ L'Istituto europeo per l'uguaglianza di genere è stato istituito con il Regolamento (CE) n. 1922/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 dicembre 2006.

²⁰ La creazione di organismi comunitari decentrati non è un fenomeno nuovo: infatti le prime sono sorte negli anni Settanta. Negli anni Novanta, tuttavia, durante il processo di completamento del mercato interno, è nata tutta una seconda generazione di nuove agenzie, che ha dato vita all'attuale modello comunitario di agenzia europea. Con la loro creazione si è voluto dare una risposta al desiderio di decentrare geograficamente gli organismi comunitari e all'esigenza di far fronte a nuovi compiti di natura tecnica o scientifica. La maggior parte delle agenzie di seconda generazione ha iniziato la propria attività nel 1994 o nel 1995. Nel dicembre 2003, i Capi di Stato e di governo hanno deciso di istituire un nuovo gruppo di agenzie, che possono essere definite di "terza generazione", in cui è possibile rinvenire un nucleo di obiettivi generali comune alle attività da queste svolte nel loro complesso: le agenzie introducono un elemento di decentramento nelle attività comunitarie; i compiti di cui sono investite ricevono maggior risalto e vengono identificati con le agenzie stesse; alcune rispondono all'esigenza di sviluppare il know-how scientifico o tecnico in alcuni settori specifici, mentre altre svolgono un ruolo di mediazione tra vari gruppi di interesse, facilitando quindi il dialogo a livello europeo o internazionale (per esempio tra le parti sociali). Sul tema si veda E. CHITI, *Le agenzie europee. Unità e decentramento nelle amministrazioni comunitarie*, Padova, Cedam, 2002.

²¹ Sul tema si veda G. DE BURCA, *New Modes of Governance and the protection of Human Rights*, in P. ALSTON – O. DE SCHUTTER (eds.), *Monitoring Fundamental Rights in the EU: the contribution of the Fundamental Rights Agency*, Oxford, Hart, 2005, p. 25 ss. Più di recente D. GERADIN, R. Muñoz e N. PETIT (Eds.), *Regulation through Agencies in the EU: A New Paradigm of European Governance*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2005.

Commissione, sta incominciando a sperimentare nell'attuazione di questa politica: l'analisi di impatto della regolazione in relazione ai diritti fondamentali.

Particolarmente delicato è l'interrogativo di fondo che una simile prospettiva solleva.

Il ricorso a questi strumenti reca con sé indubbiamente dei benefici in termini di rafforzamento della tutela dei diritti fondamentali nell'azione e negli atti adottati dalle istituzioni europee. Così come il 'linguaggio dei diritti' favorisce l'integrazione ed avvicina i legislatori nazionali, creando la consapevolezza di valori condivisi²².

Ma la prospettiva (o già, almeno in parte, una realtà?) di una "politica promozionale" dei diritti fondamentali da parte dell'Unione europea, e degli strumenti di cui essa si avvale, non nasconde anche notevoli insidie? Non comporta il rischio di una omogeneizzazione nella tutela dei diritti stessi nei vari Stati membri, travolgendo la natura pluralistica del sistema costituzionale europeo, il principio della "tolleranza" costituzionale e il mutuo arricchimento del livello nazionale ed europeo implicito nella teoria del "multilevel constitutionalism"²³?

2. Verso una nuova dimensione dei diritti fondamentali nell'Unione europea: una "politica" europea di "promozione" dei diritti fondamentali?

Note sono le dinamiche che hanno sinora caratterizzato l'emersione nell'ordinamento comunitario della questione dei diritti, dapprima con le pronunce della Corte di giustizia e successivamente nelle evoluzioni politico-normative (Carta di Nizza, Trattato costituzionale e ora Trattato di Lisbona), grazie proprio alla quale l'integrazione europea ha acquisito una dignità costituzionale²⁴.

Una prima dinamica ha portato all'affermazione dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario, a fronte dell'originario silenzio dei Trattati istitutivi, come risposta della Corte di giustizia alle minacce avanzate da alcune Corti costituzionali nazionali, preoccupate che dall'applicazione del diritto comunitario potesse derivare un affievolimento dei diritti fondamentali riconosciuti nelle costituzioni nazionali²⁵. I diritti fondamentali emergevano dunque per opera

²² Come sottolineava già G. de Búrca, *The Language of Rights and European Integration*, in J. SHAW e G. MORE (a cura di), *New Legal Dynamics of European Union*, Oxford, Clarendon, 1995, p. 29 ss.

²³ Per questi aspetti si veda J.H.H. WEILER, *The Constitution of Europe*, Cambridge, 1999, p. 238 ss. Il tema è stato affrontato anche I. PERNICE, *Multilevel Constitutionalism in the European Union*, in *European Law Review*, 2002, p. 511 ss., e da M. POIARES MADURO, *Contrapunctual Law: Europe's Constitutional Pluralism in Action*, in N. WALKER (ed.), *Sovereignty in Transition*, Oxford 2003, p. 501 ss.

²⁴ Lo sottolinea A. D'ALOIA, *Introduzione. I diritti come immagini in movimento: tra norma e cultura costituzionale*, in Id. (a cura di), *Diritti e Costituzione. Profili evolutivi e dimensione inedite*, Milano, Giuffrè, 2003, p. IX.

²⁵ Sulle origini di questa giurisprudenza si vedano P. Pescatore, *Fundamental Rights and Freedoms in the System of the European Communities*, in *A.J.I.L.*, 1970, p. 343; P. Pescatore, *International Law and Community Law – A Comparative Analysis*, in *C.M.L. Rev.*, 1970, p. 167; G. Cohen-Jonathan, *La Cour de justice des Communautés européennes et les droits de l'homme*, in *R.M.C.*, 1978, p. 74; Cl.-D. Ehlermann, *Primauté du droit communautaire mise en cause par la Cour*

dell'intervento pretorio della Corte di giustizia quali strumenti utili a preservare la *primauté* del diritto comunitario.

Una seconda dinamica, generata sempre dall'intervento della Corte di giustizia, si è fondata su un'interpretazione espansiva della cittadinanza europea riconosciuta a partire dal 1992 dal Trattato di Maastricht. Una giurisprudenza che, come i casi *Baumbast* e *Garcia Avello* esemplarmente dimostrano, giunge a concepire la cittadinanza come regola generale di non discriminazione, finendo così per rendere irrilevante il fatto che in gioco vi siano situazioni puramente interne a uno Stato membro o che, al contrario, implicino anche aspetti transfrontalieri²⁶.

Fin qui le dinamiche presentavano una caratteristica comune, ovvero quella di attribuire ai diritti fondamentali una funzione *strumentale*. Piuttosto che essere tutelati in quanto tali, i diritti fondamentali sono stati tematizzati in entrambi i casi in funzione delle diverse necessità legate al progresso della costruzione europea. Non solo.

Entrambi i casi denotano una vocazione originaria dei diritti fondamentali dell'Unione europea puramente *difensiva*.

A questo quadro la redazione della Carta dei diritti e ora l'attribuzione alla stessa dell'efficacia normativa arreca una completa riconcettualizzazione della natura e delle finalità legate alla protezione dei diritti fondamentali nell'Unione europea.

La chiave di volta è stata certamente anzitutto la redazione della Carta dei diritti, un fatto destinato a mutare la struttura stessa della Comunità sotto il profilo "ontologico", come è stato detto²⁷, in quanto volta a segnare il passaggio da una Comunità economica a una Comunità di diritti fondamentali, a sua volta concepita come tappa intermedia necessaria per approdare ad un'integrazione non più soltanto economica ma anche politica.

La prima e più evidente implicazione della scrittura della Carta ha riguardato il mutato "tono" della giurisprudenza della Corte di giustizia, che sempre più cerca di mostrarsi come una Corte dei diritti sfruttando gli effetti legittimanti ed ermeneutici che un *Bill of Rights* scritto le pone su un piatto di argento²⁸.

Ma l'altra importante implicazione è la nuova dimensione assunta dai diritti fondamentali nell'Unione europea: il riferimento ad essi non può valere più solo in funzione difensiva, come limite imposto dall'esterno, all'azione delle istituzioni europee o degli Stati membri

constitutionnelle fédérale allemande, *R.M.C.*, 1975, p. 10; J. Darras - O. Pirotte, La Cour constitutionnelle fédérale allemande a-t-elle mis en danger la primauté du droit communautaire?, in *R.T.D.E.*, 1976, p. 415; G. Bebr, A Critical Review of Recent Case Law of National Courts, in *C.M.L. Rev.*, 1974, p. 408.

²⁶ Per una chiara ed esaustiva ricostruzione di questa lettura espansiva della cittadinanza europea da parte della Corte di giustizia rinvio a S. NINATTI, *Il diritto alla vita familiare all'esame della Corte di giustizia*, in M. Cartabia (a cura di), *I diritti in azione*, cit., p. 239 ss.

²⁷ A. VON BOGDANDY, *The European Union as a Human Right Organization?* in *Common Market Law Review*, n. 6, 2000, p. 1308.

²⁸ Rinvio per tutti gli approfondimenti alle riflessioni di M. CARTABIA, *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione europea*, in Id. (a cura di), *I diritti in azione*, cit., in part. p. 54 ss.

nell'applicazione del diritto dell'Unione, ma conquistano il centro della costruzione dello spazio comune dell'Unione e che getta una nuova luce sui temi decisivi per la costruzione europea quali la cittadinanza dell'Unione, il significato del mutuo riconoscimento degli Stati all'interno di uno spazio comune di libertà, sicurezza e giustizia.

Ecco che allora la nuova tematizzazione dei diritti fondamentali finisce con generare l'idea che gli strumenti a disposizione dell'Unione possano ora essere da questa utilizzati per realizzare i diritti fondamentali, in maniera *affermativa*.

In altre parole, all'originario obbligo per l'Unione di non violare i diritti fondamentali viene ora ad aggiungersi una nuova dimensione: quella dell'obbligo di *promuovere l'applicazione* dei diritti fondamentali da parte delle istituzioni dell'Unione.

Due esempi serviranno a esemplificare questa nuova linea direttrice, foriera di importanti e ancora inediti approdi.

Anzitutto, è nella idea che l'Unione europea costituisca uno "Spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia" il più potente strumento di affermazione di una "politica" europea dei diritti fondamentali: una locuzione suadente e molto più accattivante rispetto al freddo linguaggio dell'integrazione economica e che evoca parole fondamentali del patrimonio costituzionale europeo degli Stati membri. Questa idea prende forma in verità ben prima della redazione della Carta dei diritti, dal momento che risale al Trattato di Amsterdam, stipulato nel 1997 ed entrato in vigore il 1° maggio 1999, anche se certamente la Carta dei diritti le ha conferito un nuovo volto, fino a farle conquistare un posto d'onore tra i valori sui cui l'Unione europea si fonda, scritti nel Trattato costituzionale e ora confermati nel Trattato di riforma di Lisbona.

A farlo diventare un fondamento *bonne a tout faire* per l'affermazione di un ruolo promozionale, a 360 gradi, dei diritti fondamentali in capo all'Unione europea non è stata soltanto la redazione della Carta dei diritti. Probabilmente senza i tragici avvenimenti dell'11 settembre 2001 e dell'11 marzo 2004 e l'incombere della minaccia terroristica le cose avrebbero potuto andare in modo diverso. Per molti anni infatti la strategia europea per la costruzione dello Spazio europeo è rimasta lettera morta messa: benché definita nelle sue linee fondamentali fin dal Consiglio europeo di Tampere del 1999 si è dovuto attendere il 2004 perché l'impasse politico in cui era caduto il Consiglio dei ministri dell'Unione europea fosse superato e si arrivasse alla adozione da parte del Consiglio europeo del "Programma dell'Aia" nel novembre 2004, un vero e proprio piano pluriennale volto anzitutto a definire una strategia comune in materia di sicurezza interna ed esterna.

Ora nel Programma dell'Aia compariva per la prima volta, seppure in maniera sfuggibile, una affermazione che merita di essere ripresa testualmente per la sua importanza.

<<L'integrazione della Carta nel Trattato costituzionale e l'adesione alla Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali significherà che l'Unione, comprese le sue istituzioni, sarà giuridicamente obbligata a garantire che in tutti i settori di sua competenza i diritti fondamentali siano non solo rispettati ma anche attivamente promossi>>.

La nozione di "promozione" dei diritti, e non di sola tutela contro le loro violazioni, é presa dalle proposte del Parlamento e della Commissione, ma non viene, purtroppo, sviluppata poiché il Consiglio europeo si limita ad aggiungere <<In tale contesto, il Consiglio europeo, nel ricordare il suo risoluto impegno a contrastare ogni forma di razzismo, di Commissione sulla proroga del mandato dell'Osservatorio europeo dei fenomeni di razzismo e xenofobia in previsione della creazione di un'Agenzia per i diritti dell'uomo>>.

Con il Trattato costituzionale, dapprima (e ora con il Trattato di Lisbona) il tema della sussistenza di una "politica" dell'Unione europea in materia di diritti fondamentali pare trovare più di un fondamento normativo esplicito all'interno del Trattato stesso. Anzitutto, nell'art. 2 del nuovo TUE "L'Unione offre ai suoi cittadini uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere interne, in cui sia assicurata la libera circolazione delle persone, congiuntamente a delle misure appropriate in materia di controllo delle frontiere esterne, di asilo, di immigrazione, così come di prevenzione della criminalità e di lotta contro questo fenomeno" (art. 2, par. 2, Tr.Rif.). Lo spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia assurge ora a vero e proprio obiettivo dell'Unione, su cui poter fondare politiche di promozione dei diritti fondamentali.

Ma si pensi anche all'art. III-7 del Trattato costituzionale, in cui si prevede che una legge o legge quadro possa disciplinare il divieto di discriminazioni in ragione della nazionalità nel campo di applicazione del diritto comunitario, ciò che autorizza il legislatore dell'Unione ad attuare l'art. 21 della Carta. Analogamente si pensi alla possibilità prevista per il legislatore comunitario di rendere più semplice l'esercizio del diritto alla libera circolazione e al libero soggiorno da parte dei cittadini dell'Unione (art. III-9) o, clausola ancora più potente sotto il profilo espansivo dell'intervento dell'Unione, l'art. III-8 che prevede la possibilità di definire le misure necessarie a combattere qualsiasi discriminazione fondata sul sesso, la razza o l'origine etnica.

Come è stato acutamente notato²⁹, - e questo costituisce il secondo indice della sussistenza attuale (e non soltanto potenziale) di una politica dell'unione in materia di diritti fondamentali, le direttive antidiscriminatorie già approvate dall'Unione³⁰ queste normative non solo hanno modificato il quadro comunitario, riempiendo l'originario vuoto che nell'Unione si riscontrava con riferimento al principio di uguaglianza e si spingono a vietare qualsiasi forma di discriminazione diretta o indiretta, approntando altresì specifiche procedure onde rendere effettiva la tutela da esse approntate. Ma esse hanno un carattere necessariamente trasversale, che incrocia le singole basi giuridiche di azione dell'Unione, e segnano l'avvento anche nel livello sovranazionale di politiche di *mainstreaming*

²⁹ B. DE WITTE, *I diritti europei delle minoranze*, in M. Cartabia (a cura di), *I diritti in azione*, cit., p. 408 ss.

³⁰ Cfr. le due direttive quadro sull'equo trattamento accompagnate da un programma d'azione comunitario. Una prima direttiva (la n. 2000/78/Ce) stabilisce un quadro generale per la promozione della parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro attraverso il divieto di ogni discriminazione fondata sulla razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali. L'altra direttiva (la n. 2000/43/Ce), fissa il principio di equo trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza o l'origine etnica attraverso il divieto di discriminazione in materia di lavoro, condizioni sociali e nella fornitura di beni e servizi

dei diritti fondamentali, volte all'inclusione sistematica dei diritti fondamentali in tutte le politiche, in vista della promozione dei diritti stessi.

Al momento, in assenza di efficacia normativa delle nuove disposizioni inserite nel TUE, la questione fondamentale appare piuttosto quella della possibilità e dell'opportunità per l'Unione e la Comunità di riorientare le politiche che esse sono già chiamate a realizzare in modo da assumere la protezione dei diritti fondamentali come una priorità e non solo come un semplice limite da non infrangere. A questo proposito é il caso di ricordare che in un parere adottato prima del Trattato di Amsterdam in materia di diritti fondamentali³¹ la Corte di giustizia aveva dichiarato che «nessuna disposizione del TCE prevede in via generale il potere di emanare norme in materia di diritti dell'uomo». Una tale affermazione potrebbe essere interpretata nel senso che una tale competenza esista quando, caso per caso, la protezione di un diritto fondamentale sia un obiettivo esplicito della legislazione o, quanto meno, uno dei suoi obiettivi compatibili con l'obiettivo principale.

Il primo caso é quello della legislazione la cui base giuridica riguardi diritti fondamentali come il diritto d'asilo, l'accesso agli atti delle istituzioni, la protezione dei dati o le garanzie nei processi penali. Ci si può chiedere in questi casi quali siano i margini di intervento possibile dell'Unione; illuminante é, a questo proposito il dibattito in corso in Consiglio sulla proposta in materia di garanzie procedurali nei processi penali. Il Servizio giuridico del Consiglio ha recentemente dichiarato che ritiene perfettamente possibile per l'Unione di prevedere propri standard di protezione quando questo serva a favorire il reciproco riconoscimento dei provvedimenti giudiziari nazionali e con esso il rafforzamento della fiducia reciproca fra gli Stati membri. Se sviluppata, tale tesi, presente in termini ancora più espliciti nel Trattato costituzionale³², permetterà di adottare, già da ora, standard europei nelle future decisioni quadro o in occasione della revisione di quelle già adottate³³. Il vero problema sarà quello di evitare, nella formulazione di tali standard dei compromessi al ribasso (come spesso

³¹ Corte di giustizia delle Comunità europee, Parere 2/94 del 28 marzo 1996, in Rep., 1996, p. I-1759.

³² Va notato che, ai sensi dell'art. III-270 del Trattato costituzionale – ora confluito nell'art. 69e del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea –, «La cooperazione giudiziaria in materia penale nell'Unione è fondata sul principio del riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie e include il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri». Secondo il paragrafo 2 del detto articolo III-270, «Laddove necessario per facilitare il riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie e la cooperazione di polizia e giudiziaria nelle materie penali aventi dimensione transnazionale, la legge quadro europea può stabilire norme minime. Queste tengono conto delle differenze tra le tradizioni e gli ordinamenti giuridici degli Stati membri. Esse riguardano :

a) l'ammissibilità reciproca delle prove tra gli Stati membri ;
b) i diritti della persona nella procedura penale ;
c) i diritti delle vittime della criminalità ;
d) altri elementi specifici della procedura penale, individuati dal Consiglio in via preliminare mediante una decisione europea ; per adottare tale decisione il Consiglio delibera all'unanimità previa approvazione del Parlamento europeo.

L'adozione di norme minime di cui al presente paragrafo non impedisce agli Stati membri di mantenere o introdurre un livello più elevato di tutela delle persone».

³³ Decisione-quadro del Consiglio del 13 giugno 2002 relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna fra gli Stati membri ; Decisione-quadro del Consiglio del 22 luglio 2002 relativa all'esecuzione nell'Unione europea dei provvedimenti di sequestro di beni o di elementi di prova.

avviene quando le decisioni sono prese all'unanimità) rischiando di impoverire invece di arricchire l'esperienza degli Stati membri.

Il secondo caso é quello della legislazione tradizionale dell'Unione la cui messa in opera potrebbe creare problemi in materia di rispetto dei diritti fondamentali. Si pensi, fra i tanti, alle misure in materia di libera prestazione dei servizi audiovisivi, o alle norme in materia di tutela della proprietà intellettuale, la cui adozione potrebbe incidere sull'esercizio della libertà di espressione tanto a livello europeo che nazionale; ma gli esempi potrebbero moltiplicarsi, incrociando semplicemente le basi giuridiche dei trattati con i singoli articoli della Carta.

Nel caso, dunque, dello Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia, la tutela “promozionale” offerta dalle istituzioni politiche dell’Unione chiama in causa il problema del rispetto del riparto di competenze tra Unione e Stati membri, quest’ultime risultando “aggirate” indirettamente attraverso la definizione di standard comuni per l'Unione in materia di diritti fondamentali, ritenuti necessari non solo quando l'Unione agisca come legislatore ma anche quando sia chiamata a verificare il rispetto da parte degli Stati membri dei principi previsti dall'art. 6, par. 1, TUE (e dal futuro art. I-2 del Trattato costituzionale) o quando si debbano attivare nei confronti dei nuovi paesi membri le clausole di salvaguardia in materia di Spazio europeo previste dall'articolo 39 del Trattato di adesione.

Non sempre però il problema riguarda la delimitazione delle competenze. Accade, infatti, che “politiche” promozionali per la tutela dei diritti fondamentali siano condotte a livello dell’Unione europea lasciando impregiudicato il riparto di competenze come definito dai Trattati.

Un ottimo esempio al riguardo è rappresentato dall’evoluzione del tema dell’Europa sociale come sviluppato a partire dal Trattato di Amsterdam³⁴, settore in cui l’Unione ha conquistato degli spazi di intervento per approssimazioni successive, seguendo le variabili geometrie della politica, oltre che del bilanciamento fra poteri delle istituzioni e competenze degli Stati.

Come è noto, la questione della ripartizione delle competenze fra Stati Membri e Unione Europea in materia di politiche sociali e di garanzia del rispetto dei diritti sociali fondamentali è rimasta a lungo irrisolta. La soluzione escogitata è stata quella di prevedere una mera azione di sostegno in capo all’Unione europea, mantenendo la competenza in materia in capo agli Stati membri.

Le politiche occupazionali scaturite dall’attuazione del nuovo titolo VIII inserito nel Trattato di Amsterdam hanno portato alla luce il metodo aperto di coordinamento, quale tecnica regolativa alternativa all’armonizzazione, uno strumento salutato come una grande novità, sia dai giuristi che dai politologi, per le implicazioni teoriche che esso reca nella dinamica dell’integrazione europea.

L’azione di sostegno dell’Unione si fonda su due strumenti innovativi: la *soft law* e il metodo di coordinamento aperto.

³⁴ Sul tema J. SHAW (a cura di), *Social law and policy in an evolving European Union*, Oxford, Hart Publishing, 2000; B. HEPPLÉ (a cura di), *Social and Labour Rights in a Global Context*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002; S. GIUBBONI, *Diritti sociali e mercato*, Bologna, Il Mulino, 2003; J. KENNER, *EU Employment Law*, Oxford, Hart Publishing, 2003; T. HERVEY - J. KENNER (a cura di), *Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights*, Oxford, Hart Publishing, 2003. Di recente sul tema si veda S.SCIARRA, *Fundamental social rights after Lisbon agenda*, in *Social rights in Europe*, a cura di De Burca e De Witte, Oxford, Oxford University Press, 2005.

La *ratio* che ispira il Titolo VIII del TCE è che le iniziative prese in attuazione degli artt. 125 e seguenti sono per definizione incompatibili con l'armonizzazione, come si dice espressamente nell'art. 129. Il Consiglio ha un ruolo di incoraggiamento e di sostegno delle politiche occupazionali nazionali che, sempre secondo l'art. 129, può arrivare fino all'adozione di "misure di incentivazione dirette a promuovere la cooperazione", secondo una terminologia ambigua che lascia nel vago la natura di tali incentivi.

Nel campo delle politiche sociali, l'art. 137, par. 2, TCE, come modificato dal Trattato di Nizza, nell'esemplificare alle lettere *a)* e *b)* il ruolo di 'incoraggiamento' del Consiglio, espressamente esclude l'armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati Membri nella lotta all'esclusione sociale e nella modernizzazione dei regimi di protezione sociale. Dove non regna l'armonizzazione, la *soft law* propone tecniche di coordinamento quali il miglioramento della conoscenza, lo scambio di informazioni sulle migliori prassi e sulle esperienze fatte dagli Stati membri. Una formula che non si propone come una competizione al ribasso degli standard di protezione sociale, ma un coordinamento delle esperienze migliori, nel quadro degli obiettivi posti dall'art. 136.

All'azione di sostegno l'Unione deve pervenire ricorrendo al metodo del coordinamento aperto, vera innovazione introdotta dal Consiglio europeo di Lisbona del marzo 2000. Un metodo che, nel rispetto della suddivisione dei poteri prevista nei trattati, fornisce un nuovo quadro di cooperazione tra gli Stati membri, al fine di "far convergere" le politiche nazionali per realizzare determinati obiettivi condivisi da tutti mediante l'individuazione e definizione comune di obiettivi da raggiungere; l'impiego di strumenti di misura definiti in comune (statistiche, indicatori) che permettano agli Stati membri di valutare la propria situazione e di seguire l'evoluzione verso gli obiettivi fissati; o ancora attraverso strumenti di cooperazione comparativi che stimolino l'innovazione, la qualità e la pertinenza dei programmi (diffusione di « buone pratiche », progetti pilota).

Nel campo delle politiche di protezione sociale, si è così riconosciuto in capo ad un comitato, composto da rappresentanti degli Stati e della Commissione, un ruolo guida nel "promuovere la cooperazione in materia di protezione sociale tra gli Stati membri e con la Commissione" (così il nuovo art. 144, inserito nel TCE a Nizza).

Gli esiti cui ha condotto questa innovazione sono ben visibili. Pur in assenza di una competenza regolatoria dell'Unione in materia, la Commissione europea è riuscita indirettamente, tramite il metodo di coordinamento aperto, a incidere sulle politiche nazionali in materia sociale, riuscendo a creare un consenso tra i governi degli Stati membri in ordine a temi assai delicati quali i servizi sanitari nazionali³⁵, la modernizzazione delle regole che sovrintendono alla libera circolazione dei lavoratori³⁶, incoraggiando altresì una tutela promozionale in chiave espansiva, come nel caso dell'estensione del Regolamento

³⁵ Commissione europea, Comunicazione "Strengthening the social dimension of the Lisbon strategy: Streamlining open coordination in the field of social protection", COM (2003) 261 final, 27 maggio 2003.

³⁶ Cfr. Direttiva 2004/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004 relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri (in G.U.C.E., 30 aprile 2004, L 158).

1408/71 relativo all'applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori subordinati e ai loro familiari che si spostano all' interno della Comunità anche ai cittadini degli Stati terzi³⁷.

Non dissimile è il processo di convergenza che sta avvenendo nel campo dell'istruzione.

In questo ambito, secondo quanto previsto dal Trattato, ciascuno Stato membro assume la piena responsabilità dell'organizzazione dei propri sistemi d'istruzione e del contenuto dei programmi, in virtù del "principio di sussidiarietà". Secondo gli articoli 149 e 150 del trattato la Comunità ha però il compito di contribuire allo sviluppo di un'istruzione di qualità incentivando la cooperazione fra gli Stati membri e, se necessario, sostenendo e integrando la loro azione, in particolare per sviluppare la dimensione europea dell'istruzione, favorire la mobilità e promuovere la cooperazione europea fra gli istituti scolastici e universitari.

Nello spirito di questi articoli, l'Unione europea non intende quindi attuare una "politica comune" dell'istruzione. Essa dispone tuttavia di mezzi specifici per favorire la cooperazione in questo campo con azioni a livello europeo. Da un lato, attraverso programmi d'azione comunitari, come il programma "Socrates" per l'istruzione o il programma "Leonardo da Vinci" per la formazione professionale. Dall'altro, attraverso atti giuridici comunitari destinati a promuovere la cooperazione politica fra gli Stati membri (si pensi alle raccomandazioni e comunicazioni sull'istruzione e la formazione permanente, la valutazione della qualità dell'istruzione scolastica e universitaria o la cooperazione con i paesi terzi), documenti di lavoro, progetti pilota.

Ma nell'ambito del rafforzamento della cooperazione politica nel campo dell'istruzione e della formazione è stato preparato un "programma di lavoro dettagliato" sugli obiettivi futuri dei sistemi d'istruzione e di formazione³⁸, da attuare mediante il metodo di coordinamento aperto tra gli Stati membri al fine di creare uno "spazio europeo dell'istruzione". Ciò che ha portato i ministri della pubblica istruzione ad adottare il 30 novembre 2002 la "Dichiarazione di Copenhagen" destinata a promuovere la cooperazione europea in materia di istruzione e formazione professionale. La Dichiarazione assegna il compito di attuare azioni concrete in merito a trasparenza, riconoscimento e qualità dell'istruzione e formazione professionale. Sulla medesima scia si pone il processo di convergenza verso uno spazio europeo dell'insegnamento superiore (cd. "processo di Bologna").

L'attuazione dell'azione di sostegno dell'Unione nel campo delle politiche sociali e dell'istruzione hanno confermato tutte le potenzialità insite in una tecnica regolativa non costrittiva, apparentemente attenta all'esercizio della sovranità nazionale in materie che toccano da vicino diritti costituzionali tutelati nelle costituzioni nazionali, diritti che si collegano oltretutto a risorse economiche definite nei bilanci degli Stati e dunque a priorità da indicare nelle scelte di politica economica di ciascun Paese dell'Unione.

³⁷ Regolamento (CE) n. 859/2003 del 14 Maggio 2003 che estende il Regolamento (CEE) n. 1408/71 e il Regolamento (CEE) n. 574/72 a cittadini di Stati terzi non rientranti nella normativa in questione in ragione della loro nazionalità.

³⁸ Relazione del Consiglio (Istruzione) al Consiglio europeo "Gli obiettivi futuri e concreti dei sistemi di istruzione e di formazione"

3. Gli strumenti funzionali all'affermazione di una tutela promozionale dei diritti nell'Unione europea.

L'effettività dei diritti fondamentali, come ricordato nelle considerazioni introduttive, passa anzitutto dalla sussistenza e operatività di strumenti concreti per la loro salvaguardia.

Sul versante giurisdizionale, l'effettività dei diritti è stata garantita in maniera sempre più espansiva dalla Corte di giustizia come "effetto utile" delle libertà economiche garantite dal Trattato, dapprima, e poi come portato dell'introduzione della cittadinanza europea e della scrittura della Carta dei diritti – in cui oltretutto è riconosciuto il diritto ad una effettiva tutela giudiziaria (art. 47 della Carta).

La sussistenza di una tutela giurisdizionale effettiva è del resto un principio di cui la Corte di giustizia si è resa paladina anche nei confronti dei sistemi giudiziari degli Stati membri, al fine di presidiare il principio del primato del diritto dell'Unione.

Al riguardo basta ricordare la recente pronuncia del giudice comunitario nel caso *Unibet*³⁹ in cui la Corte di giustizia è tornata a richiamare la Carta di Nizza per riaffermare che il principio di tutela giurisdizionale effettiva, benché non richieda l'esistenza di un ricorso autonomo diretto a contestare, in via principale, la conformità di norme nazionali con il diritto comunitario, impone però che il sistema nazionale preveda altri mezzi di impugnazione che, in via incidentale, garantiscano in modo effettivo e non meno favorevole di quelli che disciplinano ricorsi di natura interna, il rispetto dei diritti conferiti ai singoli dal diritto comunitario. Aggiunge la Corte che il principio di tutela giurisdizionale effettiva deve essere interpretato nel senso che il giudice nazionale deve potere accordare provvedimenti provvisori sino a quanto non si sia pronunciato sulla conformità di disposizioni nazionali con il diritto comunitario. Si tratta di una pronuncia che si iscrive nel solco di tante, anche recenti decisioni, che tendono ad enfatizzare il ruolo del giudice ordinario, qui chiamato ad una tutela interinale sino alla pronuncia di merito sulla coerenza tra ordinamento interno e diritto di matrice sovranazionale utilizzando ogni strada possibile offerta dal proprio ordinamento, pur di salvaguardare una prerogativa che trova protezione da parte dell'Unione.

Ciò che semmai può far sollevare ancora alcune riserve, nella declinazione giurisdizionale del tema dell'effettività dei diritti a livello sovranazionale, è la perdurante ristrettezza delle vie di accesso alla Corte di giustizia per i ricorsi in annullamento dei ricorrenti privati che contestino la legittimità di provvedimenti di portata generale o invochino la lesione di diritti fondamentali ad opera degli atti normativi dell'Unione⁴⁰. Come è stato notato, la Corte di giustizia ha affermato

³⁹ Corte di giustizia (Grande Sezione), sentenza 13 marzo 2007, causa C-432/05, *Unibet c. Justitiekanslern*, in cui al punto n. 37 della motivazione la Corte premette che " si deve ricordare che, in base ad una giurisprudenza costante , il principio di tutela giurisdizionale effettiva costituisce un principio generale di diritto comunitario che deriva dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri , che è stato sancito dagli artt. 6 e 13 della Cedu ed è stato ribadito dall'art. 47 della Carta europea dei diritti fondamentali proclamata a Nizza".

⁴⁰ Per una sintesi delle diverse questioni attinenti alla ricevibilità dei ricorsi presentati dai singoli individui si vedano le Conclusioni dell'Avvocato generale Jacobs del 21 marzo 2002 nel caso *Union des Pequeños Agricultores* (causa C-50/00).

dei criteri assai più restrittivi della maggior parte degli standard nazionali e degli stessi criteri di ricevibilità dei ricorsi definiti dalla Corte europea dei diritti dell'uomo⁴¹, ma su questo punto né il Trattato costituzionale del 2004 né l'odierno Trattato di Lisbona hanno allargato le maglie dell'accesso in sede giurisdizionale.

La garanzia del diritto alla tutela giudiziaria, attraverso l'apprestamento di facoltà di ricorso per prevenire o reprimere le violazioni, pur essendo essenziale non può tuttavia essere sufficiente. E ciò perché essa interviene per lo più *a posteriori* e senza un impulso d'ufficio, mentre situazioni di violazione o di rischio di violazione si manifestano spesso nell'ambito di procedimenti amministrativi o di rapporti fra privati. Senza contare che spesso la violazione dei diritti può avvenire ai danni di soggetti deboli che non sono in grado di ricorrere efficacemente e tempestivamente agli strumenti giudiziari, per varie ragioni (costi eccessivi della giustizia, ignoranza circa il godimento dei diritti stessi).

Per questi motivi diventa cruciale la presenza di una cultura e una pratica dei diritti al di là degli strumenti giurisdizionali, sì che tutti gli apparati pubblici siano organizzati e funzionino in modo conforme alle esigenze di protezione dei diritti.

Il tema della presenza di istanze pubbliche che intervengano attivamente e tempestivamente a tutela dei diritti, specie dei soggetti più deboli e più sforniti delle condizioni e delle risorse per difendersi da sé, non è nuovo nell'Unione europea.

Come è noto, già il Trattato di Maastricht aveva iniziato ad affrontare il tema, istituendo il Mediatore europeo (art. 195 TCE) quale strumento di azione per la tutela dei diritti nei confronti di istituzioni e organi comunitari. Faceva così ingresso nell'arena sovranazionale la figura di origine nord-europea del Difensore civico, che oltre a rispondere alle denunce presentate, può condurre indagini su possibili casi di cattiva amministrazione nell'azione delle istituzioni e degli organi comunitari⁴².

Ma qui ci troviamo di fronte ancora – per riprendere una felice immagine – ad un istituto di “mitezza” del diritto, riconducibile al genere della *soft law*, da cui non può discendere alcuna efficacia giuridica vincolante e che si impone grazie solo alla forza di persuasione che è in grado di esercitare sui responsabili delle violazioni dei diritti⁴³.

Ben diversa è la prospettiva che anche sul versante della tutela promozionale dei diritti offerta dalle istituzioni politiche dell'Unione ha generato la redazione della Carta dei diritti. Che questi nuovi – e originali – strumenti finalizzati alla tutela “promozionale” dei diritti da

⁴¹ In merito E. BRIBOSIA, *La protection des droits fondamentaux*, in G. AMATO, H. BRIBOSIA, B. DE WITTE (Eds.), *Genèse et destinée de la Constitution européenne : commentaire du Traité établissant une Constitution pour l'Europe à la lumière des travaux préparatoires et perspectives d'avenir = Genesis and Destiny of the European Constitution : Commentary on the Treaty Establishing a Constitution for Europe in the Light of the travaux préparatoires and Future Prospects*, Bruylant, Bruxelles, 2007, p. 1032.

⁴² Sul punto G. PIZZANELLI, *Il cittadino europeo e la difesa civica*, in A. Massera (a cura di), *Le tutele procedurali. Profili di Diritto comparato*, Jovene, Napoli, 2007, p. 325 ss., in part. 332-333.

⁴³ Così S. PRISCO, *Ruolo e prospettive del difensore civico nell'esperienza italiana*, in A. D'Aloia (a cura di), cit., p. 242, che richiama il tema del “diritto mite” coniato anni or sono in un libro destinato a diventare famoso da G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*,

parte dell'Unione europea meritino uno sguardo ravvicinato appare giustificato sotto un duplice ordine di motivi.

Anzitutto, gli strumenti di cui si può avvalere fin d'ora ora il livello sovranazionale si inseriscono per la prima volta nelle misure di *hard law*, ossia negli strumenti regolatori e normativi che l'Unione può adottare.

Secondariamente, si tratta di una prospettiva destinata a mostrare implicazioni ancor più serie nel prossimo futuro, allorché le norme della Carta dei diritti, grazie al richiamo della medesima nell'articolo 6 del Trattato sull'Unione europea (nella versione modificata del Trattato di Lisbona), assumeranno piena valenza giuridica.

Come già è accaduto per la Corte di giustizia, anche le istituzioni politiche dell'Unione si sono immediatamente ritenute vincolate al rispetto della Carta dei diritti. Ciò del resto era insito logicamente nella proclamazione solenne del valore della Carta che esse hanno voluto testimoniare.

Ma significativo è notare come a distanza di soli tre mesi dalla proclamazione della Carta, la Commissione abbia voluto tenere conto dei diritti in essa previsti all'interno delle sue proposte normative.

Tra i vari strumenti di cui l'Unione si è dotata nell'ambito della sua politica in materia di diritti fondamentali (metodo del coordinamento aperto, Agenzia dell'Unione dei diritti fondamentali), ci è sembrato interessante indagare il ricorso all'utilizzo dello strumento dell'analisi dei impatti della regolazione quale metodologia "per un controllo sistematico e rigoroso" del rispetto della carta dei diritti nelle proposte legislative dell'Unione. Il tema ci sembra gravido di implicazioni dal momento che pone nelle mani del solo organo depositario dell'iniziativa normativa all'interno del livello sovranazionale uno strumento altamente tecnocratico e capace di portare ad una elevata omogeneizzazione dei diritti rispetto alle tradizioni dei vari Stati membri, oltre che potenziale veicolo per far emergere culture specifiche e "geopardizzanti" rispetto a tradizioni diverse.

Si tratta di uno strumento, per la verità, di cui si possono tentare alcune parziali valutazioni, essendo di recente introduzione e pertanto ancora in una fase sperimentale e per molti versi ancora tutta da costruire.

Il 13 marzo 2001 la Commissione decideva che ogni proposta di atto legislativo e ogni atto normativo che il collegio dei commissari avesse adottato sarebbe stato sottoposto a controllo preliminare, nel corso dell'elaborazione e secondo le procedure abituali, per accertarne la compatibilità con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Inoltre, la Commissione ha deciso che le proposte legislative e gli atti normativi aventi un nesso specifico con i diritti fondamentali formino oggetto di una dichiarazione formale di compatibilità, mediante un considerando che attesti il rispetto della Carta. Il legislatore include ormai sistematicamente il considerando.

Da allora, nelle consultazioni interservizi è invalsa la prassi di far riferimento ai diritti fondamentali enunciati nella Carta. Qualche volta, la Commissione ha dimostrato la compatibilità delle sue proposte legislative con la Carta nella relazione che le correda (in particolare per quelle relative allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia). In molti altri casi, tuttavia, il considerando è

l'unico elemento che attesti la verifica del rispetto dei diritti fondamentali.. Nel frattempo, la Commissione si è dotata di nuovi strumenti nell'ambito della programmazione politica orizzontale, e in particolare della valutazione di impatto ("impact assessment", secondo l'espressione inglese). Tutte le iniziative importanti, e specialmente le iniziative legislative, devono comprendere una valutazione dei loro probabili effetti. La Commissione ha deciso di procedere, a partire dal 2005, alla valutazione dell'impatto di tutte le proposte legislative e di tutte le proposte politiche di maggior rilievo incluse nel suo programma annuale legislativo e di lavoro. In particolare, tre sono gli obiettivi di questa metodologia. Nella fase di elaborazione di ogni proposta legislativa, consentire ai servizi della Commissione la verifica sistematica e rigorosa del rispetto di tutti i diritti fondamentali per i quali la proposta presenta implicazioni.

Consentire ai membri della Commissione, e in particolare al gruppo di commissari per i "Diritti fondamentali, lotta contro la discriminazione e pari opportunità", di monitorare i risultati di tale verifica e promuovere "la cultura dei diritti fondamentali". Conferire, infine, maggiore visibilità, dinanzi alle altre istituzioni e al pubblico, ai risultati del controllo esercitato dalla Commissione, per quanto riguarda i diritti fondamentali.

Nelle linee guide stilate nel giugno 2006⁴⁴ relativamente alla valutazione di impatto una particolare importanza è accordata all'impatto potenziale delle diverse politiche sui diritti, le libertà e i principi inscritti nella Carta dei diritti.

L'obiettivo centrale della metodologia consiste nel consentire ai servizi della Commissione di verificare sistematicamente e rigorosamente, nella fase di elaborazione di ogni proposta legislativa, il rispetto di tutti i diritti fondamentali per i quali la proposta può presentare implicazioni.

Si procede alla verifica sin dalla fase di elaborazione del progetto da parte del servizio responsabile e, in particolare, in sede di consultazione interservizi, nel cui ambito il Servizio giuridico esamina il rispetto dei diritti fondamentali come parte integrante del controllo della legalità dell'atto. Tale prassi risponde all'impostazione adottata dalla Commissione nella decisione del 13 marzo 2001, secondo la quale va controllata la conformità con la Carta nel corso dell'elaborazione, secondo le procedure abituali, delle sue proposte legislative.

Nelle intenzioni della Commissione, dunque, la valutazione di impatto diventerà quindi uno strumento essenziale per *preparare* il controllo giuridico definitivo del rispetto della Carta, in quanto fornirà le basi informative, senza peraltro sostituirsi a tale controllo.

Ma come prendere in considerazione i diritti fondamentali in uno strumento così tecnico e tecnocratico quale la valutazione di impatto?

Tale controllo, che dovrebbe rispondere alle caratteristiche di "sistematicità" e "rigore" (i predetti termini necessitano di un commento esplicativo) si svolge in due tappe: la valutazione di impatto (impact assessment), che dovrà comprendere un riassunto dei vari effetti della proposta sui diritti individuali, e la relazione illustrativa, che per *determinate* proposte legislative dovrebbe prevedere una sezione volta a motivare giuridicamente il rispetto dei diritti fondamentali.

4. Considerazioni finali.

⁴⁴ SEC (2005) 791 del 15 giugno 2006

L'affermazione di una politica dell'Unione in materia di diritti fondamentali, pur avendo un connotato positivo per il profilo dell'effettività della tutela dei diritti, reca con sé non poche ombre: non solo a saltare in molti casi è il riparto di competenze tra Unione e Stati membri in settori tradizionalmente e gelosamente ritenuti a lungo di dominio esclusivo degli Stati. Ma soprattutto qual è l'obiettivo perseguito dall'Unione in questa sua politica attiva e promozionale dei diritti fondamentali? È un fine genuinamente rivolto alla protezione dei cittadini specialmente più deboli, o ancora una volta il fine è di natura economica?

I segni al riguardo non sembrano permettere una chiara decifrazione del nuovo *trend*.

Gli stessi metodi sviluppati all'interno di questa politica sui diritti fondamentali ben poco hanno a che fare con l'innalzamento dei diritti di partecipazione politica dei cittadini europei: metodi intergovernativi (si pensi al metodo del coordinamento aperto) o comunque altamente tecnocratici (è il caso della valutazione di impatto sui diritti fondamentali condotta sulle proposte normative della Commissione dagli stessi servizi burocratici interni) non depongono a favore di politiche in grado di mobilitare la pubblica opinione, diffondendo così la cultura dei diritti.

Ma gli stessi strumenti non sempre denotano chiarezza di visioni da parte delle istituzioni dell'Unione sulla direzioni da intraprendere e soprattutto sul riparto di ruoli che spettano ai vari attori istituzionali.

Così, qual è ad esempio il ruolo che spetta alla Commissione nel vigilare sulla salvaguardia dei principi enunciati nella Carta? In particolare, occorrerebbe verificare che la procedura dedicata prevista dalla Commissione, adeguata e funzionale allo scopo, non consista tuttavia in una procedura unilaterale di carattere meramente interno. Come constatato dalla Camera dei Lords inglese, <<However admirable internal regimes may be, experience [...] would suggest that independent expertise from outside the administration may be needed to inform and, where necessary, act as a check on the actors during the legislative process>>⁴⁵.

Per bilanciare i rischi insiti nel ricorso alla valutazione di impatto, occorrerebbe con ogni probabilità rafforzare il ruolo del Parlamento europeo nonché della Agenzia per i diritti fondamentali. Per il Parlamento europeo ciò comporterebbe nel concreto un adeguamento dell'articolo 34 del proprio ordinamento, stabilendo, come già praticato in relazione agli effetti sul bilancio e sulla commissione giuridica in relazione ai fondamenti giuridici, che alla commissione per le libertà civili venga affidato il compito di esaminare le possibili ripercussioni di nuove misure o norme sui diritti civili e sui diritti fondamentali. A tale scopo si potrebbe ricorrere al sostegno della nuova Agenzia per i diritti fondamentali, ma il suo recente insediamento non permette ancora di diradare i dubbi sul ruolo effettivo che le sarà assegnato.

⁴⁵ Camera dei Lords, Commissione sull'Unione europea, 16° verbale della sessione 2005-06, "Human Rights Proofing EU Legislation" (Legislazione comunitaria al vaglio dei diritti umani), 29 novembre 2005, par. 149 ((traduzione italiana: "Per quanto ammirevoli possano essere i regolamenti interni, l'esperienza [...] suggerisce che potrebbero essere necessari esperti indipendenti esterni all'amministrazione allo scopo di informare le parti coinvolte e, ove necessario, di svolgere una funzione di controllo nei confronti delle medesime nel corso del processo legislativo").

Un'altra possibilità da esaminare è il coinvolgimento dei parlamenti nazionali nella procedura di verifica della compatibilità con la Carta, al fine di preservare quel principio di tolleranza costituzionale che ha sin qui dato buoni frutti. Ciò permetterebbe altresì di ovviare al problema segnalato dalla Camera alta britannica: "Greater involvement by the European Parliament and by National parliaments would go a long way to address the perceived democratic deficit in the mechanisms promoted by the Communication".