

**Diritti fondamentali e *incorporation*:
i diversi percorsi di Stati Uniti e Unione Europea***

di **Federico Micheli** – *Dottore in Giurisprudenza, collabora con la cattedra di diritto del lavoro e diritto antidiscriminatorio dell'Università degli Studi di Brescia.*

ABSTRACT: This article analyzes the question of the application of the EU Charter of Fundamental Rights to Member States in the light of the US incorporation doctrine. For this purpose, it first recalls the US incorporation doctrine's development, through which selected provisions of the Bill of Rights are made applicable to the States. Secondly, it focuses on what has been called the European incorporation doctrine, by analyzing the case law through which the European Court of Justice held EU fundamental rights binding on Member States in certain situations. In a third phase, it makes comparisons between the American and European experiences: in both legal orders, fundamental rights established at federal or supranational level were progressively and selectively made applicable to the States. However, the two models of incorporation differ profoundly. In the United States, the question of whether a right is incorporated or not depends on the type of right taken into account, while in the European Union it depends on whether a Member State is acting within the scope of EU Law. Finally, the article investigates some of the reasons why the two legal orders followed different paths.

SOMMARIO: 1. Introduzione. 2. L'evoluzione dell'ambito di applicazione dei diritti fondamentali negli Stati Uniti. 2.1. Il Bill of Rights quale limite al potere federale. 2.2 Il Quattordicesimo Emendamento quale limite alle azioni degli Stati. La pronuncia della Corte Suprema negli Slaughter-House Cases. 2.3 L'estensione dell'ambito di applicazione dei diritti enunciati del Bill of Rights nei confronti delle azioni degli Stati. L'elaborazione dell'*incorporation doctrine* da parte della Corte Suprema. 3. La nascita di un sistema di protezione dei diritti fondamentali a livello comunitario. Il suo originario e limitato ambito di applicazione. 3.1 Il rispetto dei diritti fondamentali quali principi generali quando gli Stati membri danno attuazione al diritto comunitario. 3.2. Il rispetto dei diritti fondamentali quali principi generali quando gli Stati membri derogano dal diritto comunitario. 3.3 Il campo di applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. 4. Conclusioni. *Incorporation* statunitense e *incorporation* europea a confronto.

* Contributo sottoposto a referaggio in base alle Linee guida della Rivista.

1. *Introduzione.*

La pronuncia sul caso *Fransson*¹, con la quale la Corte di giustizia ha fornito alcuni primi chiarimenti sul campo di applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, ha riportato al centro del dibattito quella che in passato è stata definita *the federal question*². Molti studiosi non avevano infatti mancato di osservare che l'Unione, già all'epoca della proclamazione della Carta, disponeva di un'architettura costituzionale per molti aspetti paragonabile a quella di alcuni stati federali³. Proprio alla luce delle esperienze di tali ordinamenti, gli estensori della Carta temevano che la presenza di un Bill of Rights europeo avrebbe avuto un forte effetto "federalizzante" e, in particolare, che avrebbe costituito uno strumento volto ad estendere ulteriormente il controllo della Corte di giustizia nei confronti degli atti degli Stati membri. Per questo motivo, nella fase di redazione e di approvazione della Carta, sono state inserite una serie di disposizioni volte a limitarne il campo di applicazione. La pronuncia sul caso *Fransson*, e le successive che sono seguite sulla medesima questione, offrono l'occasione per verificare se le previsioni e i timori espressi quando la Carta è stata proclamata si siano effettivamente realizzati. Nel fare questo, può essere utile avvalersi del metodo comparativo, poiché le questioni affrontate dall'Unione Europea sono concettualmente simili a quelle affrontate da molti ordinamenti federali⁴. In particolare, le dinamiche prodotte dall'interazione di livelli normativi ed istituzionali differenti nell'Unione Europea si prestano ad essere analizzate guardando all'esperienza degli Stati Uniti d'America⁵. Anche il sistema federale statunitense, come quello multilivello europeo, si è infatti formato attraverso un processo di aggregazione di stati preesistenti, ciascuno dei quali dotato di un proprio sistema di protezione dei diritti fondamentali. Inoltre, in entrambi i sistemi i diritti fondamentali non erano inizialmente protetti a livello sovranazionale e solo attraverso una serie di cambiamenti di ordine costituzionale hanno acquistato visibilità ed importanza. Il risultato di questo processo è che al sistema di protezione dei diritti fondamentali presente a livello statale se ne è aggiunto uno a livello sovranazionale, generando quella che è stata definita una "endemica tensione

¹ Sentenza del 26 febbraio 2013, causa C-617/10, *Fransson*, in *Raccolta digitale*, 2013.

² P. EECKHOUT, *The EU Charter of fundamental rights and the federal question*, in *Common market law review*, Issue 5, 2002.

³ J. WEILER, *Federalism and constitutionalism: Europe's Sonderweg*, Jean Monnet Working Paper No. 10/00.

⁴ Per un'analisi dell'ordinamento dell'Unione Europea da una prospettiva federale si veda: K. LENAERTS, *EU Federalism in 3D*, in *Federalism in the European Union*, E. CLOOTS, G. DE BAERE, S. SOTTIAUX, Bloomsbury Publishing, 2012, 13 ss.

⁵ Per un'analisi delle caratteristiche che rendono gli Stati Uniti un oggetto di comparazione ideale (per quanto riguarda le dinamiche relative ai diritti fondamentali) si veda F. FABBRINI, *Fundamental Rights in Europe: Challenges and Transformations in Comparative Perspective*, Oxford University Press, 2014, 25 ss. Per un più risalente, ma ancora attuale, studio dell'Unione Europea e degli Stati Uniti in ottica comparativa si veda *Integration Through Law: Europe and the American Federal Experience*, a cura di M. CAPPELLETTI, M. SECCOMBE E J.H. WEILER, Walter de Gruyter, 1985.

tra uniformità e diversità”⁶. Va rilevato infatti che in tutti i sistemi federali - o *multilevel*, come qualcuno preferisce definirli - è necessario trovare un compromesso tra due forze che spingono in direzioni contrastanti: l’uniformità nella tutela dei diritti a livello sovranazionale e il riconoscimento delle specificità nazionali. Molto spesso, il terreno su cui si gioca lo scontro tra queste due forze è quello dell’ambito di applicazione dei diritti fondamentali. Non a caso, c’è una questione che è stata a lungo dibattuta nella storia costituzionale americana: quella relativa all’ambito di applicazione dei diritti fondamentali stabiliti nel Bill of Rights federale. Per più di un secolo è stato infatti sostenuto che il Bill of Rights non vincolava gli Stati ma solamente la Federazione e, di conseguenza, che le legislazioni dei vari Stati erano soggette solamente al rispetto delle garanzie stabilite nelle rispettive costituzioni statali. Tuttavia, questa situazione è mutata grazie all’approvazione del Quattordicesimo Emendamento e alla successiva elaborazione dell’*incorporation doctrine* da parte della Corte Suprema. Oggi il Bill of Rights è applicabile - quasi interamente - anche nei confronti delle azioni statali.

Un’analogia questione si è posta anche nell’Unione Europea sin da quando la Corte di giustizia ha affermato che i diritti fondamentali fanno parte dei principi generali di cui garantisce l’osservanza: in quali circostanze, oltre alle istituzioni comunitarie, anche gli Stati membri sono tenuti al loro rispetto? Anche l’approvazione della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea, alla quale è stata conferita forza giuridica vincolante con il Trattato di Lisbona, ha sollevato gli stessi interrogativi. Nonostante la Corte di giustizia abbia fornito alcuni chiarimenti - e sia ormai certo che la Carta si applichi, in alcune situazioni, anche nei confronti degli atti degli Stati membri - molte questioni relative alla delimitazione del suo campo di applicazione sono ancora oggetto di discussione⁷.

La prima parte di questo lavoro è dedicata ad un’analisi delle dinamiche che hanno portato ad una progressiva espansione dell’ambito di applicazione del Bill of Rights nel sistema federale statunitense. La seconda è invece dedicata all’analogo processo che ha coinvolto i diritti fondamentali nel contesto dell’Unione Europea. Successivamente, si cercherà di mostrare che, in entrambi gli ordinamenti, i diritti fondamentali elaborati a livello sovranazionale sono stati progressivamente “incorporati” negli ordinamenti statali e che tuttavia questo processo - rimasto sempre solo parziale - è avvenuto con modalità profondamente differenti. Infine, si cercheranno di individuare alcune delle ragioni che hanno causato queste diverse traiettorie.

⁶ E. STEIN, *Uniformity and Diversity in a Divided-Power system: The United States' Experience*, in *Thoughts from a Bridge. A Retrospective Writings on New Europe and American Federalism*, The University of Michigan Press, 2000, 311.

⁷ MICHAEL DOUGAN, *Judicial Review of Member State Action Under the General Principles and the Charter: defining the “Scope of Union law*, *Common Market Law Review*, 2015, 1201–1246. KLAUS STERN, *La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea. Riflessioni sulla forza vincolante e l’ambito di applicazione dei diritti fondamentali codificati nella Carta*, *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comunitario*, 2014, 1235 ss. DANIEL SARMIENTO, *Who's Afraid of the Charter? The Court of Justice, National Courts and the New Framework of Fundamental Rights Protection in Europe*, *Common Market Law Review*, 2013, 1267 -1304.

2. L'evoluzione dell'ambito di applicazione dei diritti fondamentali negli Stati Uniti.

2.1 Il Bill of Rights quale limite al potere federale.

Come è noto, la Costituzione degli Stati Uniti originariamente non includeva alcun catalogo di diritti fondamentali. Il Bill of Rights è stato infatti introdotto nel 1791 nella forma di dieci emendamenti e, come dimostra ampiamente il dibattito che ha condotto alla sua adozione, esso era inteso quale limite al solo potere federale⁸.

Durante la convenzione di Filadelfia e ancor più durante il processo di ratifica della Costituzione, gli antifederalisti si batterono per l'adozione di un catalogo di diritti che operasse quale limite all'espansione del potere federale, da essi visto quale minaccia all'autonomia degli Stati⁹. I federalisti, invece, in un primo momento si opposero all'inserimento di un catalogo di diritti nella Costituzione, poiché sostenevano che la miglior garanzia dei diritti dei cittadini risiedesse nel sistema istituzionale stesso creato dalla nuova costituzione, la quale prevedeva una netta separazione tra due distinti livelli di governo che si sarebbero controllati a vicenda¹⁰.

In alcuni stati come il Massachusetts, il New Hampshire, la Virginia e New York, lo scontro tra federalisti e antifederalisti fu particolarmente intenso, e la ratifica della Costituzione fu esplicitamente accompagnata dalla richiesta dell'inserimento di un Bill of Rights¹¹. L'esigenza di garantire alla Costituzione il sostegno necessario ad essere ratificata spinse alcuni leader federalisti, tra cui James Madison, a mutare la propria posizione e a sostenere l'idea di un Bill of Rights, che venne infine approvato dal primo Congresso degli Stati Uniti¹².

Nel 1833 la Corte Suprema si trovò, per la prima volta, a dover decidere dell'applicabilità del Bill of Rights nei confronti degli Stati. Il caso giunto alla sua attenzione riguardava il proprietario di un pontile nella città di Baltimora, che aveva chiesto un risarcimento al sindaco di quella città per aver deviato un corso d'acqua e aver reso di conseguenza inutilizzabile la sua proprietà¹³. Poiché la città di Baltimora aveva agito grazie ai poteri conferiti dallo stato del Maryland, la questione verteva sull'applicabilità del Quinto Emendamento - che protegge la proprietà privata - nei

⁸ E. WILMARTH, JR., *The Original Purpose of the Bill of Rights: James Madison and the Founders' Search for a Workable Balance Between Federal and State Power* in *American Criminal Law Review*, 1989, 1265. A. R. AMAR, *The Bill of Rights: Creation and Reconstruction*, Yale University Press, 1998.

⁹ H. STORING, *What the Anti-federalist were for: The Political Thought of the Opponents of the Constitution*, Murry Dry, 1981, 32-37.

¹⁰ J. YARBROUGH, *Federalism and rights in the American founding*, in *Federalism and Rights*, op. cit., 59.

¹¹ È stato messo in evidenza che parte del successo della richiesta di un Bill of Rights probabilmente deriva dalla diffidenza nei confronti del potere politico tipica del pensiero anglosassone dell'epoca. Cfr. B. BAILY, *The Ideological Origins of the American Revolution*, Harvard University Press, 1967, 34-35.

¹² Dalla corrispondenza tra Thomas Jefferson e James Madison emerge come inizialmente quest'ultimo non considerasse la mancanza di un Bill of Rights come un difetto della costituzione. In una lettera datata 17 ottobre 1788 Madison affermò che l'unica ragione che lo spingeva ad essere favorevole ad un Bill of Rights era che fosse "così ansiosamente desiderato dagli altri". B. SCHWARTZ, *The Bill of Rights: a documentary history*, Chelsea House Publishers, 1971, 610-611.

¹³ *Barron v. Mayor & City Council of Baltimore*, 32 U.S. (7 Pet.) 243 (1833).

confronti delle azioni degli Stati¹⁴. Il presidente della Corte Suprema, John Marshall, scrisse che la questione che i giudici dovevano affrontare era “di grande importanza, ma non molto difficile” e stabilì la non applicabilità del Bill of Rights nei confronti degli Stati, sia facendo leva su argomenti di carattere testuale, che richiamando le intenzioni dei padri fondatori¹⁵.

Dall’interpretazione data dalla Corte Suprema pochi anni dopo la sua entrata in vigore, emerge che ogni cittadino degli Stati Uniti sarebbe stato soggetto a due distinti ordini costituzionali, quello federale e quello statale. Ciascuno di questi avrebbe protetto i diritti fondamentali nella sfera di propria competenza: le costituzioni statali avrebbero protetto i cittadini dalle violazioni operate dagli Stati, mentre la nuova costituzione federale li avrebbe protetti dalle violazioni operate dalla Federazione.

I rapporti tra Stati e Federazione rimasero inalterati fino alla guerra civile, un evento che, usando le parole di Laurence Tribe, “risolse almeno due questioni: l’esistenza della schiavitù e la supremazia del governo federale”¹⁶.

2.2 Il Quattordicesimo Emendamento quale limite alle azioni degli Stati. La pronuncia della Corte Suprema negli Slaughter-House Cases.

Verso la fine della guerra civile diventò sempre più evidente che i rapporti tra Stati e Federazione non avrebbero più potuto rimanere quelli di un tempo; l’Unione, infatti, non poteva fare affidamento sugli Stati del Sud per proteggere gli schiavi che erano appena stati liberati. Nell’arco di poco tempo erano state approvate una serie di leggi, soprannominate “Black Codes”, che discriminavano sistematicamente gli afroamericani negando loro diritti fondamentali, tra cui quello di possedere proprietà e di agire in giudizio. In questo contesto, diventava sempre più difficile sostenere che la minaccia più grande per i diritti arrivasse dal potere federale e, conseguentemente, iniziò ad affermarsi un nuovo paradigma: la Costituzione e il governo federale avrebbero dovuto proteggere i diritti dei cittadini dalle violazioni operate dagli Stati.

Il Congresso che si insediò al termine della guerra civile, il cosiddetto Congresso della Ricostruzione, pose le basi per l’espansione del potere federale approvando tre nuovi emendamenti alla Costituzione¹⁷. Tra questi figura il Quattordicesimo, la cui prima sezione recita: “Tutte le persone nate o naturalizzate negli Stati Uniti e soggette alla loro giurisdizione sono cittadini degli Stati Uniti e dello Stato in cui risiedono. Nessuno Stato emanerà o darà vigore ad alcuna legge che restringa i privilegi o le immunità dei cittadini degli Stati Uniti; così pure nessuno Stato priverà

¹⁴ Il Quinto Emendamento recita: “Nessuno [...] potrà essere privato della vita, della libertà o dei beni, se non in seguito a regolare procedimento legale; e nessuna proprietà privata potrà essere destinata a un uso pubblico senza un giusto indennizzo.”

¹⁵ La dottrina ha più volte rilevato come, a quel tempo, l’interpretazione di gran lunga dominante fosse quella che considerava il Bill of Rights applicabile unicamente nei confronti della Federazione. J. ELY, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, 1981, 196.

¹⁶ L. H. TRIBE, *American Constitutional Law 3rd edition*, University Textbook Series, 2000, 1297.

¹⁷ Oltre al Quattordicesimo emendamento, si tratta del Tredicesimo emendamento, che abolisce la schiavitù, e del Quindicesimo emendamento, che protegge il diritto di voto da discriminazioni basate sulla razza.

alcuna persona della vita, della libertà, della proprietà, senza una procedura legale nella dovuta forma, né rifiuterà a chicchessia nei limiti della sua giurisdizione l'eguale protezione della legge"¹⁸.

La prima parte del Quattordicesimo Emendamento, attribuendo la cittadinanza federale direttamente ad ogni persona nata o naturalizzata negli Stati Uniti ne ha profondamente alterato la natura, stabilendone la supremazia e invertendo il rapporto che essa aveva con la cittadinanza statale prima della guerra civile¹⁹.

La seconda parte dell'emendamento pone invece dei vincoli in capo agli Stati, ai quali viene preclusa la possibilità di "restringere i privilegi o le immunità dei cittadini degli Stati Uniti", nonché di privarli "della vita, della libertà, della proprietà senza una regolare procedura legale" o di negare "l'eguale protezione della legge".

Sul significato di questa parte del Quattordicesimo Emendamento sono state espresse molte posizioni, talvolta anche radicalmente opposte. In particolare, la dottrina maggioritaria sostiene che con la *Privileges or Immunities Clause* - la disposizione che vieta agli Stati di "restringere i privilegi o le immunità dei cittadini degli Stati Uniti" - gli estensori del Quattordicesimo Emendamento avrebbero voluto rendere tutto il Bill of Rights applicabile nei confronti degli Stati²⁰. Altra dottrina, invece, sostiene che sarebbe mancata agli estensori del Quattordicesimo Emendamento questa intenzione²¹.

Come ha ricordato Chemerinsky, è probabile che non ci fosse una sola visione all'interno del Congresso, ma sembra comunque ragionevole sostenere che molti deputati ritenessero che il Quattordicesimo Emendamento avrebbe reso il Bill of Rights applicabile nei confronti degli Stati²².

A prescindere da quale fosse il reale proposito degli estensori del Quattordicesimo Emendamento, subito dopo la sua approvazione, la Corte Suprema ne diede la propria lettura. Nella decisione *Slaughter-House Cases*, la Corte riunì alcuni procedimenti riguardanti la regolamentazione della macellazione della carne nella città di New Orleans. Lo stato della Louisiana, per proteggere la salute dei cittadini, aveva approvato una legge che garantiva il monopolio dei macelli ad un unico consorzio privato. Alcuni macellai locali si opposero alla

¹⁸ Traduzione in M. D'Addio e G. Negri (a cura di), *Il Federalista*, Il Mulino, Bologna, 713.

¹⁹ L'effetto pratico di questa disposizione è quello di "ribaltare" la decisione della Corte Suprema nel caso *Dred Scott vs. Sanford*, in cui era stato stabilito che i neri, essendo considerati una razza inferiore, non potevano diventare cittadini degli Stati Uniti "secondo il significato della Costituzione". Per una ricostruzione del caso e delle sue conseguenze vedi D. E. FEHRENBACHER, *The Dred Scott Case: Its Significance in American Law and Politics*, Oxford University Press, 1978.

²⁰ Di questo avviso è ad esempio il giudice Hugo Black, che nella *concurring opinion* della decisione della Corte Suprema nel caso *Duncan v. Louisiana* ha affermato molto chiaramente: "Nessuno Stato emanerà o darà vigore ad alcuna legge che restringa i privilegi e le immunità dei cittadini degli Stati Uniti mi sembra una modalità assolutamente ragionevole per esprimere l'idea che da quel momento in avanti il Bill of Rights dovrà essere applicato nei confronti degli Stati" 391 U.S. 145 (1968). *Duncan v. Louisiana*, 391 U.S. 145 (1968). Si veda anche M. K. CURTIS, *No State Shall Abridge. The Fourteenth Amendment and the Bill of Rights*, Duke University Press, 1986. L. TRIBE, op. cit., 1301. e A. R. AMAR, op. cit., 182.

²¹ C. FAIRMAN, *Does the Fourteenth Amendment Incorporate the Bill of Rights?*, *Stanford Law Review*, 1949.

²² E. CHEMERINSKY, *Constitutional Law*, 3rd edition, Aspen Publisher, 2009, 527.

decisione, sostenendo che violasse i diritti fondamentali protetti dal Bill of Rights e ora tutelati anche nei confronti degli Stati proprio grazie alla *Privileges or Immunities Clause*²³.

La Corte Suprema, tuttavia, rifiutò questa interpretazione del Quattordicesimo Emendamento, dimostrando quanto ancora guardasse ai rapporti tra Stati e Federazione come a quelli tra due distinte sfere di sovranità che si escludono reciprocamente, ciascuna delle quali con un proprio sistema di diritti e un proprio ambito di applicazione. Agli occhi della Corte, infatti, i diritti tutelati dalla *Privileges or Immunities Clause* erano solo quelli che dovevano la loro esistenza al governo federale e alla Costituzione, mentre quelli invocati dai macellai di New Orleans sarebbero “appartenuti ai cittadini dello Stato in quanto tali” e quindi non invocabili come diritti federali.

2.3 L'estensione dell'ambito di applicazione dei diritti enunciati del Bill of Rights nei confronti delle azioni degli Stati. L'elaborazione dell'incorporation doctrine da parte della Corte Suprema.

A causa della decisione della Corte Suprema nel caso *Slaughter-House*, la *Privileges or Immunities clause* non poteva più essere usata per rendere applicabile il Bill of Rights nei confronti degli atti statali. Tuttavia, la guerra civile e la vittoria dell'Unione avevano ormai contribuito a rafforzare il ruolo del governo federale e a formare una visione nazionale dei diritti fondamentali. A partire dai primi anni del Novecento, la Corte Suprema intraprese un nuovo approccio: sostenere che almeno alcuni dei diritti enunciati nel Bill of Rights fossero protetti nei confronti delle azioni degli Stati perché inclusi nel concetto di *due process of law*.

Il primo caso in cui la Corte discusse apertamente questa dottrina - che prese il nome di “dottrina dell'incorporazione” - è *Twining v. New Jersey*²⁴. Nel corso di un procedimento penale che si svolgeva in un tribunale statale, alla giuria era stata data indicazione che la colpevolezza dell'imputato poteva essere dedotta dal suo rifiuto a testimoniare. La difesa dell'imputato aveva eccepito che tale indicazione violava il suo diritto al silenzio, protetto dal Quinto Emendamento²⁵. Nonostante la Corte rigettasse la richiesta dell'imputato, in un passaggio della sentenza affermò che: “È possibile che alcune delle libertà protette nei confronti del governo nazionale dai primi otto emendamenti siano anche protette nei confronti delle azioni degli Stati, perché un loro diniego sarebbe un diniego di una regolare procedura legale. Se è così, lo è non perché quei diritti siano enumerati nei primi otto emendamenti, ma perché sono di una tale natura che essi vanno inclusi nell'idea di regolare procedura legale”²⁶

²³ *The Slaughter-House Cases*, 83 U.S. 36 (1873).

²⁴ *Twining v. New Jersey*, 211 U.S. 78 (1908). Va tuttavia rilevato che già nel caso *Chicago, Burlington & Quincy Railroad Co. v. City of Chicago* (1897) la Corte stabilì che la *due process clause* impediva agli stati di effettuare un'espropriazione senza indennizzo. Tuttavia, la Corte non aveva esplicitamente parlato di “incorporazione”, anche se l'effetto pratico era lo stesso.

²⁵ Si tratta del cosiddetto *privilege against self-incrimination* stabilito dal Quinto Emendamento, che recita: “Nessuno potrà essere obbligato, in qualsiasi causa penale, a deporre contro sé medesimo”.

²⁶ *Due process of law* è un'espressione di difficile traduzione, resa qui con “regolare procedura legale”. Essa indica generalmente garanzie di legalità e di un giusto processo. Tuttavia, proprio perché essa è una delle disposizioni cardine

Il risultato pratico di considerare alcuni diritti del Bill of Rights inclusi, “incorporati”, nel concetto di *due process of law* è evidentemente quello di renderli applicabili anche nei confronti degli Stati.

Pochi anni più tardi, nel 1925, la Corte stabilì che il diritto di espressione tutelato dal Primo Emendamento rientrasse nel concetto di regolare procedura legale²⁷. Nel 1932 stabilì che il diritto all’assistenza legale in un procedimento penale in cui l’accusato rischiava la pena di morte andasse incluso anch’esso nel concetto di regolare procedura legale, incorporando così parte del Sesto Emendamento²⁸. Verso la fine degli anni trenta non ci fu più alcun dubbio che nel concetto di *due process of law* fossero ricompresi anche diritti di natura sostanziale²⁹.

Nel frattempo, era sorto un ampio dibattito su quali diritti dovessero ritenersi “incorporati”. Da una parte c’era chi, come il giudice della Corte Suprema Hugo Black, era fautore della *total incorporation*; tutti i diritti enunciati nel Bill of Rights avrebbero dovuto essere ricompresi nel concetto di *due process of law*. Dall’altra c’era chi, come il giudice Cardozo o il giudice Frankfurter, era sostenitore di una *selective incorporation* e riteneva che solo alcuni dei diritti del Bill of Rights potessero essere ricompresi nel concetto di *due process of law*. In particolare, secondo Cardozo, solo quei “principi di giustizia talmente radicati nella tradizione e nella coscienza del nostro popolo da essere considerati fondamentali” senza i quali “non potrebbe dirsi che ci sia giustizia”³⁰.

Come già accennato, entrambi questi schieramenti affermavano di rispettare l’intenzione originaria degli estensori del Quattordicesimo Emendamento. Tuttavia, il dibattito sull’*incorporation* non riguardava solo la storia ma anche le concezioni del federalismo e del ruolo del potere giudiziario. I sostenitori della *selective incorporation* davano grande importanza ai principi dell’autogoverno e sentivano la necessità di mantenere gli Stati liberi dalle interferenze del potere federale. Al contrario, molti fautori della *total incorporation* ritenevano le violazioni dei diritti operate dagli Stati come troppo gravi per essere tollerate sulla base di motivazioni che facevano leva solo sulla necessità di preservare l’assetto istituzionale esistente.

Nel corso degli anni, ed in particolare durante la presidenza Warren, la Corte ha incorporato uno ad uno quasi tutti i diritti enunciati nel Bill of Rights. Si è trattato di un processo lento ma costante, durante il quale la Corte, per mettersi al riparo dalle accuse di discrezionalità, ha cercato di fare

su cui si è sviluppata la dottrina dell’*incorporation*, la Corte Suprema ha progressivamente esteso il suo significato. Si veda L. TRIBE, op. cit., 1332 ss.

²⁷ Si tratta del caso *Gitlow v. New York*, 268 U.S. 652 (1925)

²⁸ *Powell v. Alabama*, 287 U.S. 45 (1932). Il Sesto Emendamento recita: “In ogni procedimento penale, l’accusato avrà diritto di essere giudicato prontamente e pubblicamente da una giuria imparziale dello Stato e del distretto in cui il reato è stato commesso (i limiti del quale distretto saranno stati precedentemente determinati per legge); e avrà diritto di essere informato della natura e del motivo dell’accusa, di essere messo a confronto con i testimoni a lui contrari, di far comparire i testimoni a suo favore, e di farsi assistere da un avvocato per la sua difesa.” Traduzione in M. D’ADDIO E G. NEGRI (a cura di), *Il Federalista*, op. cit., 711.

²⁹ E. CHERMERINSKY, op. cit., 705.

³⁰ *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937).

riferimento il più possibile a standard esterni ed oggettivi che corroborassero le sue decisioni³¹. In particolare, essa ha spesso accompagnato la decisione che un diritto fosse fondamentale facendo riferimento alle opinioni dei padri fondatori, oppure citando numerose decisioni di corti di grado inferiore o, ancora, appellandosi alla tradizione inglese di *common law*.

Nonostante la teoria della *total incorporation* non sia mai stata sposata dalla maggioranza dei giudici della Corte Suprema, da un punto di vista pratico ha raggiunto il suo obiettivo: quasi tutti i diritti enunciati nel Bill of Rights sono oggi tutelati anche nei confronti degli Stati con lo stesso standard di protezione applicabile nei confronti della Federazione.

3. La nascita di un sistema di protezione dei diritti fondamentali a livello comunitario. Il suo originario e limitato ambito di applicazione.

Analogamente alla prima fase di vita della Costituzione americana, anche all'epoca dei trattati fondativi delle Comunità europee non era presente alcun meccanismo di tutela dei diritti fondamentali. Come noto, infatti, né il Trattato di Parigi né il Trattato di Roma conteneva alcun catalogo di diritti fondamentali.

Diverse ipotesi sono state avanzate in dottrina per spiegare questo “silenzio dei trattati”, anche se la più convincente pare essere quella che poggia su considerazioni di carattere costituzionale e parte dall'osservazione che, all'epoca dei trattati istitutivi, il principio del primato del diritto comunitario su quello nazionale non era ancora stato sancito³². Come sottolineato da Marta Cartabia, prima delle sentenze *Van Gend & Loos* e *Costa v. Enel* “si poteva ritenere che le norme costituzionali nazionali prevalessero sugli atti, anche normativi, delle istituzioni comunitarie” e che, quindi, la protezione dei diritti fondamentali dovesse essere effettuata integralmente dagli organi giurisdizionali nazionali, i quali avrebbero applicato i propri standard di protezione anche nei confronti degli atti comunitari³³.

Nell'arco di pochi anni, tuttavia, l'affermazione ad opera della Corte di giustizia dei principi dell'effetto diretto e del primato del diritto comunitario alterò l'assetto costituzionale previgente: grazie al primo, le norme comunitarie potevano penetrare direttamente negli ordinamenti nazionali e, grazie al secondo, potevano prevalere su quelle nazionali, anche di rango costituzionale.

Inevitabilmente questo cambiamento rese urgente l'elaborazione di un meccanismo di tutela dei diritti fondamentali nei confronti degli atti delle istituzioni comunitarie. Ciò avvenne in un primo

³¹ Per una delle prime e più autorevoli analisi sulle modalità adottate dalla Corte per effettuare l'*incorporation* si veda: S. H. KADISH, *Methodology and Criteria in Due Process Adjudication - A survey and Criticism*, 66 *Yale Law Journal* 319, 1957, 327-328.

³² Per una ricostruzione e un'analisi delle ipotesi avanzate in dottrina per spiegare l'assenza di un Bill of Rights nei trattati istitutivi delle Comunità Europee si veda, in particolare, J. WEILER, *Eurocracy and distrust. Some questions concerning the role of the European Court of justice in the protection of fundamental human rights within the legal order of the European Communities*, in *Washington Law Review*, 1986, 1110.

³³ M. CARTABIA, *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione Europea*, in M. CARTABIA (a cura di) *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, Il Mulino, 2007, 16.

momento ad opera della Corte di giustizia, la quale, in assenza di disposizioni scritte, iniziò a tutelare i diritti fondamentali ricavandoli dalle tradizioni costituzionali comuni e dai trattati internazionali. Le tappe di questo percorso sono ben note: nel 1969, con la famosa sentenza *Stauder*, la Corte per la prima volta affermò che “i diritti fondamentali della persona fanno parte dei principi generali del diritto comunitario di cui la Corte garantisce l’osservanza”³⁴; l’anno successivo, con la pronuncia *Internationale Handelsgesellschaft*, individuò nelle tradizioni costituzionali comuni degli Stati Membri la fonte da cui trarre ispirazione per proteggere i diritti fondamentali, pur senza rinunciare ad una propria e autonoma valutazione alla luce “della struttura e della finalità del diritto comunitario”³⁵. Nella sentenza *Nold* del maggio del 1974, la Corte aggiunse alle tradizioni costituzionali comuni un’altra fonte di ispirazione, affermando che “i trattati internazionali relativi alla tutela dei diritti dell’uomo cui gli stati hanno cooperato o aderito [...] possono del pari fornire elementi di cui occorre tenere conto nell’ambito del diritto comunitario”³⁶. Infine, con la sentenza *Rutili*, la Corte di giustizia fece esplicito riferimento alla Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo quale trattato internazionale da cui trarre ispirazione³⁷.

Nonostante l’assenza di solide basi testuali su cui fondare la propria giurisprudenza, l’opera della Corte di giustizia ha ricevuto, per diverse ragioni, più plausi che critiche. Da un lato, il meccanismo di tutela dei diritti fondamentali elaborato dalla corte riguardava solamente gli atti delle istituzioni comunitarie; non c’era, in quel momento, nessun tipo di *incorporation* e di conseguenza nessuna “invasione” dell’autonomia degli Stati membri. Dall’altro lato, come già evidenziato, era diventato problematico che norme gerarchicamente sovraordinate rispetto a quelle delle costituzioni nazionali potessero violare i diritti fondamentali senza che fosse previsto alcun rimedio giurisdizionale. Questa situazione inevitabilmente creava un problema di legittimità alla Comunità europea e metteva a repentaglio l’architettura costituzionale che la Corte di giustizia - con le sentenze *Van Gend & Loos* e *Costa* - aveva costruito in quegli anni.

Verso la metà degli anni Settanta, la Corte di giustizia aveva quindi creato un sistema di tutela dei diritti fondamentali il cui ambito di applicazione avrebbe dovuto essere ben determinato. Nei confronti degli atti delle istituzioni comunitarie, la Corte avrebbe dovuto tutelare i diritti fondamentali traendo ispirazione dalle tradizioni costituzionali comuni e dai trattati internazionali, in particolare dalla Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo, elaborando tuttavia una propria autonoma valutazione che tenesse conto della struttura e della finalità della Comunità. Gli Stati Membri, invece, avrebbero dovuto continuare a tutelare i diritti fondamentali nei confronti di tutti gli atti nazionali, usando come parametro, naturalmente, le proprie Costituzioni.

³⁴ Sentenza del 12 novembre 1969, causa C-29/69, *Stauder*, in *Raccolta*, 1969, 419.

³⁵ Sentenza del 17 dicembre 1970, causa C- 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, in *Raccolta*, 1970, 1125.

³⁶ Sentenza del 14 maggio 1974, causa C-4/73, *Nold*, in *Raccolta*, 1974, 491.

³⁷ Sentenza del 28 ottobre 1975, causa C- 36/75, *Rutili*, in *Raccolta*, 1975, 1219.

Ben presto, tuttavia, la Corte di giustizia ha iniziato ad elaborare quella che qualcuno ritiene una vera e propria dottrina dell'*incorporation*³⁸ secondo la quale i diritti fondamentali e gli standard di protezione stabiliti a livello comunitario sono applicabili, in alcune situazioni, anche nei confronti degli atti degli Stati membri.

3.1 *Il rispetto dei diritti fondamentali quali principi generali quando gli Stati membri danno attuazione al diritto comunitario.*

L'inizio di questa tendenza espansiva dell'ambito di applicazione dei diritti fondamentali stabiliti a livello comunitario si è avuta con la sentenza *Wachauf*³⁹. In tale occasione la Corte di giustizia si è pronunciata su un rinvio pregiudiziale operato da un tribunale tedesco, di fronte al quale era stata contestata la legittimità di una normativa nazionale che dava attuazione ad un regolamento comunitario. Detto regolamento prevedeva, per i produttori di latte, la possibilità di richiedere un'indennità a condizione di cessare la produzione entro un determinato periodo. La legge tedesca, tuttavia, stabiliva un'ulteriore condizione rispetto al regolamento comunitario, prevedendo che l'affittuario di un'azienda agricola, per poter ottenere detta indennità, avrebbe dovuto produrre il consenso scritto del locatore. Dato che nel caso specifico l'affittuario, il sig. Wachauf, non aveva ricevuto il consenso del proprio locatore, non gli era stata concessa l'indennità, il che aveva violato, a suo avviso, il proprio diritto di proprietà.

La Corte, decidendo sul caso, affermò che: “una disciplina comunitaria che avesse per effetto di spogliare l'affittuario, alla scadenza di un contratto d'affitto, del frutto del proprio lavoro o degli investimenti effettuati nell'azienda affittata, senza indennizzo, sarebbe in contrasto con le esigenze inerenti alla tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento giuridico comunitario” e che “dette esigenze vincolano parimenti gli Stati membri quando essi danno attuazione alle discipline comunitarie”⁴⁰.

Così facendo, la Corte di giustizia estese per la prima volta l'ambito di applicazione dei diritti fondamentali comunitari ad atti emanati dalle autorità nazionali, sostituendo il proprio controllo a quello delle giurisdizioni nazionali. Tuttavia, è bene notare da subito che solo gli atti posti in essere in attuazione di discipline comunitarie sono coinvolti da questo primo filone della dottrina europea dell'*incorporation*, che infatti non ha sollevato particolari obiezioni da parte degli Stati membri. Una parte considerevole delle misure decise in ambito comunitario viene attuata attraverso l'azione degli Stati membri e, conseguentemente, il controllo della Corte è necessario per garantire l'uniformità e la corretta applicazione del diritto comunitario stesso.

³⁸ CARTABIA, op. cit., 25.

³⁹ Sentenza del 13 luglio 1989, causa C-5/88, *Wachauf*, in *Raccolta*, 1989, 2609.

⁴⁰ Va comunque rilevato che nel caso specifico la Corte stabilì che il regolamento comunitario in questione lasciasse un sufficiente margine di apprezzamento affinché fosse attuato compatibilmente con i diritti fondamentali comunitari. Sentenza *Wachauf*, punto 19 e segg.

Diverse considerazioni andranno invece svolte per il secondo filone della dottrina dell'*incorporation*, elaborato dalla Corte di giustizia nell'arco di qualche anno.

3.2 Il rispetto dei diritti fondamentali quali principi generali quando gli Stati membri derogano dal diritto comunitario.

Nel 1991 la Corte di giustizia ha stabilito che gli Stati membri sono tenuti a rispettare i diritti fondamentali comunitari anche quando derogano dalle libertà economiche sancite nei trattati. L'occasione in cui è stata inaugurata questa nuova ipotesi di *incorporation* deriva da una controversia riguardante il monopolio radiotelevisivo garantito in Grecia all'emittente pubblica ERT. Tale monopolio era infatti stato contestato da una neonata emittente locale, con la motivazione che violasse la libertà di prestazione dei servizi garantita dai trattati, oltre all'articolo 10 della CEDU sulla libertà di espressione.

Nonostante la normativa nazionale in questione non fosse stata emanata in attuazione di alcun obbligo comunitario, la Corte di giustizia affermò la propria competenza a valutarne la compatibilità con i diritti fondamentali (stabiliti a livello comunitario). In un passaggio della sentenza dichiarò che: "Quando uno Stato membro invoca il combinato disposto degli artt. 56 e 66 per giustificare una normativa idonea a frapporre ostacolo all'esercizio della libera prestazione dei servizi, questa giustificazione, prevista dal diritto comunitario, deve essere interpretata alla luce dei principi generali del diritto e, in particolare, dei diritti fondamentali"⁴¹.

Secondo la Corte, quindi, quando uno stato invoca delle deroghe alle libertà fondamentali, la situazione viene attratta nell'ambito di applicazione del diritto comunitario. Poiché la deroga è stabilita dai trattati, anche le misure nazionali attuate nell'ambito di tali deroghe devono soggiacere al controllo della Corte di giustizia, incluso il rispetto dei diritti fondamentali. La pronuncia della Corte, oltre a costituire un *revirement* giurisprudenziale, ha aperto molti altri interrogativi e dato luogo ad un dibattito particolarmente acceso.

Le reazioni da parte degli Stati membri sono state infatti principalmente negative e trovano spiegazione nel timore che l'estensione delle competenze della Corte di giustizia in materia di diritti fondamentali comporti un'erosione della loro sovranità, proprio in aree particolarmente delicate come quelle nelle quali sono consentite deroghe alle libertà di circolazione. Anche la dottrina non ha mancato di esprimersi sul tema⁴². Da una parte c'è chi sostiene che la Corte abbia esteso eccessivamente la propria giurisdizione: in fondo, sembra essere il ragionamento, quando gli Stati

⁴¹ Sentenza del 18 giugno 1991, causa C-260/1989, *ERT*, in *Raccolta*, 1991, I-2925, punto 43.

⁴² D. CHALMERS, *Looking back at ERT and its contribution to an EU fundamental rights agenda*, in M. MADURO E L. AZOULAI (a cura di), *The Past and Future of EU Law The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Oxford, Hart Publishing, 2010. J. WEILER, *Fundamental rights and fundamental boundaries: on the conflict of standards and values in the protection of human rights in the european legal space*, in *The Constitution of Europe. Do the new clothes have an emperor? and other essays on European integration*, Cambridge, CUP, 1999, 102 ss. Per una critica della "dottrina ERT" si segnalano P. M. HUBER, *The Unitary effect of the Community's fundamental rights: the ERT-doctrine needs to be reviewed*, in *European Public Law*, issue 3,2008, 323 ss. e F. G. JACOBS, *Human Rights in the European Union: the Role of the Court of Justice in European Law Review*, 2001, 331 ss.

membri invocano una delle cause di giustificazione previste dai trattati (per limitare le libertà economiche fondamentali) non stanno dando attuazione a normative comunitarie, ma stanno emanando normative nazionali che rispondono ad esigenze di politica nazionale. Perché mai, in questo contesto, dovrebbero applicarsi i diritti fondamentali stabiliti a livello comunitario e non quelli stabiliti a livello nazionale?⁴³

Altra parte della dottrina ritiene invece corretta la decisione della Corte nel caso ERT, sostenendo che “se la Corte deve prendere i diritti fondamentali seriamente essi devono coprire ogni ambito del diritto comunitario”⁴⁴.

Nonostante le resistenze sollevate, negli anni successivi la Corte ha consolidato questo filone della dottrina dell’*incorporation*, ampliando quindi l’ambito di applicazione dei diritti fondamentali stabiliti a livello comunitario⁴⁵. In base alla giurisprudenza della Corte, essi ormai trovano applicazione non solo nei confronti degli atti emanati dalle istituzioni comunitarie ma anche nei confronti degli atti degli Stati membri quando questi a) danno attuazione a normative comunitarie b) derogano dalle libertà fondamentali.

La Corte, inoltre, già nel caso ERT, ha affermato più genericamente che le norme attuate dagli Stati membri devono rispettare i diritti fondamentali stabiliti a livello comunitario tutte le volte in cui rientrano “nel campo di applicazione del diritto comunitario”. Il significato e la portata di questa espressione, tuttavia, come vedremo, non sono mai stati chiariti completamente.

Ad ogni modo, la giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di diritti fondamentali ha trovato un riconoscimento normativo per la prima volta nel Trattato di Maastricht, quando l’allora articolo F stabilì che: “L’Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, firmata a

⁴³ L’Avvocato generale Sir. Francis Jacobs ha sostenuto proprio una posizione simile, invitando la Corte a fare un passo indietro rispetto alla propria giurisprudenza ed elaborando un diverso test per le situazioni in cui gli Stati membri derogano dalle libertà fondamentali. Secondo Jacobs, la Corte di giustizia dovrebbe valutare la legittimità della deroga alle libertà economiche rispetto a due parametri: il divieto di discriminazione su base nazionale e il principio di proporzionalità. Una volta che la misura nazionale limitativa delle libertà economiche rispettasse queste condizioni, essa uscirebbe dall’ambito del diritto comunitario e diventerebbe una questione solo nazionale. In questo modo, la Corte di giustizia continuerebbe a mantenere il controllo sulla possibilità degli Stati di invocare delle deroghe, ma lascerebbe alle Corti nazionali il compito di valutare il rispetto dei diritti fondamentali di quegli atti emanati nell’ambito della deroga. Si veda: F. G. JACOBS, *Human Rights in the European Union: the Role of the Court of Justice in European Law Review*, 2001, 331 ss.

⁴⁴ D. CHALMERS, *Looking Back at ERT and its Contribution to an EU Fundamental Rights Agenda*, in M. MADURO E L. AZOULAI (a cura di), op. cit., 145 ss.

⁴⁵ Sentenza del 26 giugno 1997, causa C-368/95, *Familiapress*, in *Raccolta*, 1997, I-3689. Sentenza del 29 aprile 2004, cause riunite C-482/1, C-493/1, *Orfanopoulos*, in *Raccolta*, 2004, I-5257. Sentenza del 23 novembre 2010, causa C-145/09, *Tsakouridis*, in *Raccolta*, 2010, I-11979. Sentenza del 30 aprile 2014, causa C-390/12, *Pfleger*, pubblicata nella *Raccolta digitale*, 2014.

Roma il 4 Novembre 1950, e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario”⁴⁶.

L’articolo F, rinominato articolo 6, è stato trasposto nel successivo Trattato di Amsterdam ed è stato fatto precedere da un’altra disposizione di portata più generale: “L’Unione si fonda sui principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, e dello stato di diritto, principi che sono comuni agli Stati membri”.

Le disposizioni di questi articoli dimostrano il sostegno ricevuto dalla giurisprudenza della Corte, anche se non si possono non rilevare alcune lacune presenti proprio negli articoli inseriti nei trattati negli anni Novanta. Infatti, il citato articolo 6 obbligava solamente le istituzioni comunitarie al rispetto dei diritti fondamentali, omettendo qualsiasi riferimento al ruolo degli Stati, nonostante fosse già stata elaborata la dottrina dell’*incorporation*.

Un’altra lacuna è consistita nel mancato riconoscimento del ruolo della Corte di giustizia⁴⁷. Nonostante il suo indirizzo operativo fosse stato recepito quasi alla lettera, nessuna disposizione del trattato di Maastricht estendeva esplicitamente le competenze della Corte di giustizia alla verifica del rispetto dei diritti fondamentali. Questa lacuna è stata parzialmente colmata nel trattato di Amsterdam, dove nell’articolo relativo alle competenze della Corte si è fatto esplicito riferimento “all’art.6, paragrafo 2 per quanto riguarda l’attività delle istituzioni” legittimando così l’opera di controllo della conformità degli atti delle istituzioni. Anche in questo caso, tuttavia, veniva omesso ogni riferimento al controllo delle misure adottate dagli Stati membri.

Come prevedibile, tuttavia, la Corte di giustizia non ha cambiato la propria giurisprudenza ed ha smentito la lettura di chi vedeva in queste omissioni un voluto ridimensionamento delle sue competenze. Analoghi problemi di interpretazione circa il raggio di azione dei diritti comunitari si presenteranno anche dopo l’approvazione della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea.

3.3 Il campo di applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea.

Alla luce delle esperienze di alcuni sistemi federali, tra cui gli Stati Uniti, molti commentatori temevano che la presenza di un Bill of Rights europeo avrebbe avuto un forte effetto “federalizzante”, e in particolare che avrebbe costituito uno strumento volto a proseguire ulteriormente il percorso di *incorporation* dei diritti fondamentali stabiliti a livello dell’Unione Europea.

⁴⁶ Va comunque rilevato che già nel 1977 il Parlamento Europeo, il Consiglio e la Commissione, dopo aver richiamato la giurisprudenza della Corte di giustizia, avevano adottato la seguente Dichiarazione Comune: “1. Il Parlamento europeo, il Consiglio e la Commissione sottolineano l’importanza essenziale che essi attribuiscono al rispetto dei diritti fondamentali, quali risultano in particolare dalle costituzioni degli Stati membri nonché dalla Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali. 2. Nell’esercizio dei loro poteri e perseguendo gli obiettivi delle Comunità europee, essi rispettano e continueranno a rispettare tali diritti.”. In *Gazzetta ufficiale* n. C 103 del 27/04/1977 pag. 1 – 2.

⁴⁷ V. SCARABBA, *Tra fonti e corti. Diritti e principi fondamentali in Europa: profili costituzionali e comparati degli sviluppi sovranazionali*, Padova, Cedam, 2007, 96.

Per questo motivo, nella fase di redazione e di approvazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea sono state inserite una serie di disposizioni volte a limitarne il campo di applicazione. Il trattato di Lisbona, dopo aver conferito alla Carta lo stesso valore giuridico dei trattati, ha precisato che le sue disposizioni “non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati”⁴⁸. Lo stesso concetto è ribadito anche nell'art.51, par. 1 della Carta, che ne definisce anche il campo di applicazione come segue: “Le disposizioni della presente Carta si applicano alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà, come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione. Pertanto, i suddetti soggetti rispettano i diritti, osservano i principi e ne promuovono l'applicazione secondo le rispettive competenze e nel rispetto dei limiti delle competenze conferite all'Unione nei trattati.”

L'articolo 51, paragrafo 1 chiarisce che la Carta è rivolta in primo luogo all'Unione Europea e ai suoi organi e, in secondo luogo, anche agli Stati membri, ma solo quando questi danno attuazione del diritto dell'Unione. Il testo dell'articolo 51 codifica quindi la giurisprudenza della Corte di giustizia iniziata con la decisione *Wachauf*, senza tuttavia esprimersi su un altro filone giurisprudenziale, quello che fa riferimento alla decisione *ERT*. L'articolo 51 non menziona infatti l'applicabilità della Carta a tutte quelle situazioni in cui gli Stati membri derogano dal diritto dell'Unione. A prima vista sembrerebbe quindi che l'ambito di applicazione della Carta sia più ristretto rispetto a quello riconosciuto ai diritti fondamentali tutelati in quanto principi generali dell'ordinamento.

Come si evince dall'analisi di De Búrca, i lavori preparatori di questa disposizione non sono di particolare aiuto, nonostante da essi emerga inequivocabilmente la volontà degli Stati membri di non rendere applicabile la Carta nei confronti di ogni misura nazionale⁴⁹. Inoltre, le spiegazioni della Carta - che ai sensi dell'art. 6 TEU e dell'art. 52 della Carta stessa devono essere tenute in debito conto nell'interpretazione - contribuiscono a rendere la situazione ancora più incerta. Infatti, esse tornano ad affermare che la Carta si applica agli Stati membri quando agiscono “nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione” facendo così uso di una nozione che include certamente le situazioni del tipo *ERT*. A fronte di quest'apertura, tuttavia, le spiegazioni richiamano esplicitamente anche la sentenza *Annibaldi*⁵⁰, una di quelle in cui la Corte di giustizia ha mostrato un approccio restrittivo, sostenendo che non rientrano nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione le misure nazionali che perseguono obiettivi diversi da quelli della normativa comunitaria, anche quando possono incidere indirettamente su quest'ultima.

Questa situazione di particolare incertezza circa l'ambito di applicazione della Carta - generata dalla mancata coincidenza tra il testo dell'art. 51, par. 1, e le sue spiegazioni, nonché dalla mancanza di un unico indirizzo nei lavori preparatori - è probabilmente dovuta dalla complessità e dall'importanza costituzionale della questione. Come sottolineato da Maduro, il dibattito

⁴⁸ Articolo 6 del Trattato sull'Unione Europea.

⁴⁹ G. DE BÚRCA, *The Drafting of the EU Charter of Fundamental Rights*, in *European Law Review*, 2001, 214-228.

⁵⁰ Sentenza del 18 dicembre 1997, causa C-309/96, *Annibaldi*, in *Raccolta*, 1997, I-7493.

sull'ambito di applicazione dimostra la tensione tra due diverse concezioni del ruolo della Carta⁵¹. La prima di queste vede la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea come vero e proprio Bill of Rights di un'unica comunità politica, e cioè come documento di rango costituzionale, atto a legittimare nuove richieste di tutela nei confronti degli Stati. La seconda, invece, considera la Carta solo come uno strumento volto a garantire la conformità dei pur sempre numerosi atti delle istituzioni sovranazionali: essa sarebbe, quindi, un limite al potere sovranazionale, e non uno strumento per espanderlo. Naturalmente, questi due diversi approcci, che indicano una diversa visione sul significato e sul ruolo dei diritti fondamentali nell'Unione Europea, hanno profonde conseguenze anche sul ruolo delle Corti costituzionali e delle costituzioni nazionali.

Alla luce di queste considerazioni, appare comprensibile l'attesa che si era generata in seguito all'entrata in vigore della Carta per un chiarimento del suo ambito di applicazione da parte della Corte di giustizia. Dopo alcuni anni in cui aveva accuratamente evitato di prendere posizione - nonostante le numerose occasioni che le si erano presentate - la Corte ha finalmente affrontato esplicitamente la questione del significato dell'art. 51, par. 1 con la pronuncia sul caso *Fransson*⁵².

La sentenza in questione trae origine da una domanda di rinvio pregiudiziale presentata alla Corte di giustizia da un tribunale di primo grado svedese, di fronte al quale il sig. Åkerberg Fransson era accusato di frode fiscale aggravata. In particolare, venivano contestate al sig. Fransson delle irregolarità nelle dichiarazioni dei redditi tali da pregiudicare la riscossione dell'imposta sui redditi e dell'imposta sul valore aggiunto (IVA). Per le stesse condotte gli era già stata comminata una sanzione pecuniaria, nella forma di una sovrattassa, da parte dell'amministrazione fiscale svedese. Per questo motivo, il tribunale penale svedese si è interrogato circa l'applicabilità dell'art. 50 della Carta, che stabilisce il principio del *ne bis in idem*, ad una vicenda come quella in oggetto che avrebbe portato ad un cumulo della sanzione amministrativa con quella penale.

Dalla formulazione delle questioni appariva chiaro che la Corte, in sede preliminare, avrebbe dovuto affrontare il tema della propria competenza a sindacare la compatibilità di una normativa nazionale come quella svedese con le disposizioni della Carta dei diritti fondamentali. Inevitabilmente, la questione ha attirato molta attenzione, sia da parte degli studiosi che da parte degli attori istituzionali su cui sarebbero ricaduti gli effetti della decisione. A dimostrazione di ciò basti citare il numero degli Stati intervenuti con osservazioni - undici, a cui va aggiunta anche la Commissione - la quasi totalità dei quali invitava la Corte di giustizia a dichiarare la propria incompetenza, sulla base della considerazione che la legge svedese in oggetto non costituisse una misura di attuazione del diritto dell'Unione.

⁵¹ M. MADURO, *The Double Constitutional Life of the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, in HARVEY e KENNER (a cura di), *Economic and Social Rights Under the EU Charter of Fundamental Rights: A legal perspective*, Oxford - Portland, 2003, 290.

⁵² Sentenza del 26 febbraio 2013, causa C-617/10, *Fransson*, in *Raccolta digitale*, 2013.

La Corte di giustizia - contravvenendo anche l'opinione dell'avvocato generale Villalon⁵³ - ha invece risolto in senso positivo la questione della propria competenza. Dopo aver affermato che la Carta dei diritti fondamentali recepisce interamente la propria giurisprudenza ante-Lisbona - smentendo così chi vedeva l'ambito di applicazione della Carta come più ristretto rispetto quello dei principi generali - ha ribadito che "i diritti fondamentali garantiti dalla Carta devono essere rispettati quando una normativa nazionale rientra nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione" e, conseguentemente, che "non possono esistere casi rientranti nel diritto dell'Unione senza che tali diritti fondamentali trovino applicazione"⁵⁴.

Queste affermazioni della Corte costituiscono il primo esplicito chiarimento sull'ambito di applicazione della Carta dall'entrata in vigore del trattato di Lisbona. Tuttavia, riveste ancora più importanza il modo con cui la Corte ha delimitato l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione nel caso concreto. Secondo la Corte, le norme nazionali che prevedono reati per frode aggravata in materia fiscale devono ritenersi rientranti nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione perché attuative degli obblighi degli Stati membri di riscuotere interamente l'IVA e di tutelare gli interessi finanziari dell'Unione. Questa conclusione non è stata impedita dal fatto che le norme in esame, in origine, non erano certamente state emanate quale diretta attuazione di obblighi comunitari, poiché risalenti ad un periodo in cui la Svezia non era ancora parte dell'Unione Europea.

Dalla sentenza Åkerberg Fransson risulta, quindi, che l'art. 51, par. 1. della Carta dei diritti fondamentali deve leggersi come una codificazione della precedente giurisprudenza della Corte sul punto. L'espressione "ambito di applicazione del diritto dell'Unione" deve intendersi comprendere tutte quelle misure nazionali che presentano un collegamento - anche solo funzionale - con una disposizione del diritto dell'Unione rilevante nella fattispecie. Non è necessario, quindi, che la misura nazionale sia stata emanata in attuazione di un obbligo derivante dal diritto dell'Unione. Ciò significa che qualsiasi norma nazionale - anche quelle emanate nell'ambito di competenze statali esclusive - possono essere soggette allo scrutinio della Corte di giustizia quando presentino un tale collegamento.

⁵³ Ad avviso dell'avvocato generale, infatti, la Corte avrebbe dovuto escludere la propria competenza. Per giungere a tale conclusione l'avvocato generale Villalon ha operato una distinzione tra i casi in cui il diritto dell'Unione costituisce la *causa* dell'intervento del legislatore nazionale e i casi in cui invece costituisce una mera *occasio*. In altri termini, per rientrare nel campo di applicazione del diritto dell'Unione, non basterebbe che il diritto nazionale sia oggettivamente "posto al servizio degli obiettivi fissati dal diritto dell'Unione" ma, piuttosto, l'attività normativa statale dovrebbe essere "direttamente motivata" da quest'ultimo. Nel caso in esame, ad avviso dell'avvocato generale, emergeva chiaramente che "il problema [...] relativo alla concezione della portata del principio del *ne bis in idem* nel diritto svedese è un problema generale per l'architettura del suo regime sanzionatorio che è, in quanto tale, assolutamente indipendente dalla riscossione dell'IVA". Conclusioni dell'Avvocato generale Pedro Cruz Villalon del 12 giugno 2012, causa C-617/10, *Fransson*, punti 22 - 65.

⁵⁴ A detta della Corte, questa interpretazione dell'articolo 51, par.1, sarebbe suffragata dalle Spiegazioni e rispetterebbe le considerazioni sottese agli art. 6, par. 1, TUE e 51, par 2, secondo le quali la Carta non può estendere le competenze dell'Unione. Sentenza *Fransson*, punto 21.

Nonostante la Corte di giustizia, nel caso *Fransson*, abbia dedicato particolare attenzione all'individuazione del collegamento tra le disposizioni nazionali e il diritto dell'Unione, è opportuno sottolineare il rischio insito nella metodologia adottata: anche la presenza di un collegamento particolarmente tenue, o solo ipotetico, tra normativa nazionale e diritto dell'Unione potrebbe essere considerato sufficiente a far ricadere una situazione nell'ambito di competenza della Corte di Giustizia. Come è stato evidenziato in dottrina, in particolare da Fontanelli, il test elaborato dalla Corte di giustizia in *Fransson* è "vagamente tautologico" e non permette di stabilire con una precisione quando il collegamento tra legislazione nazionale e diritto dell'Unione sia sufficientemente consistente da far ricadere una situazione nell'ambito di applicazione della Carta⁵⁵.

In realtà, anche se l'interpretazione dell'art. 50 par.1 della Carta che emerge dalla sentenza *Fransson* è una delle più ampie tra quelle che la Corte poteva adottare, va sottolineato che, con tale decisione, l'ambito di applicazione dei diritti fondamentali non va oltre quanto già stabilito da alcune pronunce ante-Lisbona in materia di protezione dei diritti fondamentali quali principi generali dell'ordinamento⁵⁶. Nonostante ciò, la sentenza *Fransson* ha prodotto numerose reazioni sia da parte di studiosi che, soprattutto, da parte della Corte costituzionale tedesca⁵⁷. A soli due mesi di distanza dalla sentenza *Fransson*, infatti, il *Bundesverfassungsgericht* ha emesso un'importante decisione relativa alla compatibilità del cd. *Antiterrordateigesetz*, una legge istitutiva di un database antiterrorismo, con la Costituzione tedesca. In questa decisione, la Corte costituzionale tedesca ha affermato l'irrelevanza delle disposizioni della Carta dei diritti fondamentali nel caso in esame, sulla base della considerazione che la legge istitutiva del database antiterrorismo non rientrasse in una situazione di applicazione del diritto dell'Unione. Ad avviso della Corte tedesca, nonostante l'Unione Europea avesse emanato della legislazione nel campo della protezione dei dati personali, il collegamento tra la legge antiterrorismo tedesca - emanata per finalità di sicurezza nazionale - e il diritto dell'Unione era troppo tenue. Per giungere a questa conclusione, il *Bundesverfassungsgericht* ha richiamato il paragrafo 22 della sentenza Annibaldi, in cui la Corte di giustizia aveva escluso l'applicabilità dei principi generali dell'ordinamento nei confronti di una normativa statale quando questa, pur potendo "incidere indirettamente sul funzionamento di [una normativa comunitaria]", "sia diretta a scopi diversi da quelli perseguiti [dalla normativa comunitaria]"⁵⁸. Dopo aver svolto queste considerazioni, la Corte costituzionale

⁵⁵ F. FONTANELLI, *National Measures and the Application of the EU Charter of Fundamental Rights - Does curia.eu Know iura.eu?* in *Human rights law review*, 2014, 251 - 255 N. LAZZERINI, *Il contributo della sentenza Akerberg Fransson alla determinazione dell'ambito di applicazione e degli effetti della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2013, 894.

⁵⁶ Sul punto cfr. N. LAZZERINI, op.cit., 895 e M. CHALMERS, op. cit., 149. dove si afferma che una tale estensione dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario - almeno in potenza - si poteva già osservare nella sentenza ERT.

⁵⁷ F. FONTANELLI, *Anti-terror Database, the German Constitutional Court Reaction to Akerberg Fransson - From the Spring/Summer 2013 Solange Collection: Reverse Consistent Interpretation*, in *Diritti Comparati.it*, 2013.

⁵⁸ Sentenza del 18 dicembre 1997, causa C-309/96, *Annibaldi*, in *Raccolta*, 1997, I-7493, punto 22.

tedesca ha rifiutato di operare un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, richiamando la cd. dottrina dell'atto chiaro⁵⁹.

La pronuncia del *Bundesverfassungsgericht* costituisce un momento di quel confronto che il giudice costituzionale tedesco ha intrapreso con la Corte di giustizia ormai da lungo tempo, e che si svolge proprio sul tema dei diritti fondamentali. In questo caso, sembra che la Corte tedesca abbia voluto affermare che non accetterà un'espansione della giurisdizione della Corte di giustizia - operata attraverso l'applicazione della Carta dei diritti fondamentali - anche in ambiti solo remotamente connessi con il diritto dell'Unione.

Ad avviso di molti, la decisione evidenzia anche la preoccupazione per la marginalizzazione delle Corti costituzionali e in una certa misura anche delle Costituzioni nazionali nell'ambito della tutela dei diritti fondamentali. Inevitabilmente, infatti, in tutte le situazioni in cui la Carta dei diritti fondamentali è applicabile nei confronti di normative statali, il ruolo delle Corti costituzionali è sminuito, poiché queste cedono ai singoli giudici la possibilità di esercitare il controllo sul tale normativa in base al rispetto dei diritti fondamentali⁶⁰.

Dopo *Fransson* - e la decisione della Corte costituzionale tedesca sull'*Antiterrordateigesetz* - sono seguite altre pronunce da parte della Corte di giustizia sull'ambito di applicazione della Carta, dalle quali è possibile ricavare utili indicazioni sulla metodologia adottata. In *Siragusa*, la Corte ha negato che la mera comunanza di materie tra diritto nazionale e diritto dell'Unione sia sufficiente a rendere la Carta applicabile, occorrendo invece "un collegamento di una certa consistenza, che vada al di là dell'affinità tra le materie prese in considerazione o dell'influenza indirettamente esercitata da una materia sull'altra"⁶¹. Con la pronuncia sul caso *Torralbo*, la Corte di giustizia si è dichiarata incompetente ad esaminare la compatibilità dell'obbligo vigente in Spagna di pagare i diritti di cancelleria e di iscrizione a ruolo con l'art. 47 della Carta, che garantisce il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva. Secondo la Corte, la legge sui tributi giudiziari non costituisce attuazione del diritto dell'Unione, e "ove una situazione giuridica non rientri nella sfera d'applicazione del

⁵⁹ Secondo la cd. dottrina dell'atto chiaro il giudice nazionale non deve operare un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia quando il contenuto di una norma di diritto dell'Unione è talmente chiaro da non lasciare spazio ad alcun ragionevole dubbio. Vedi Sentenza del 6 ottobre 1982, causa C - 283/81, *CILFIT e Lanificio di Gavardo Spa*, in *Raccolta*, 1982, 3415.

⁶⁰ Va anche considerato che, da alcune pronunce della Corte di giustizia (in particolare Melloni), emerge che, in caso di conflitto, le tutele previste nelle Costituzioni nazionali devono lasciare spazio a quelle previste nella Carta dei diritti fondamentali. La questione non riguarda l'ambito di applicazione dei diritti fondamentali ma lo standard di protezione. Si veda Sentenza del 26 febbraio 2013, causa C-399/11, *Melloni*, in *Raccolta digitale*, 2013. Taluni commentatori si erano chiesti se l'art. 53 della Carta consentisse agli Stati membri di tutelare un diritto adottando uno standard di protezione più alto rispetto a quello previsto nella Carta dei diritti fondamentali stessa. Si veda, in particolare, J. B. LIISBERG, *Does the EU Charter of Fundamental Rights Threaten the Supremacy of Community Law? Article 53 of the Charter: a fountain of law or just an inkblot?*, in Jean Monnet working paper, 2002.

⁶¹ Sentenza del 6 marzo 2014, causa C - 206/13, *Siragusa*, pubblicata nella *Raccolta digitale*, 2013.

diritto dell'Unione, la Corte non è competente al riguardo e le norme della Carta eventualmente richiamate non possono giustificare, di per sé, tale competenza"⁶².

Nel caso *Pfleger* la Corte di giustizia ha invece dichiarato la propria competenza a valutare una normativa austriaca che derogava dalle libertà di circolazione per "ragioni imperative di interesse generale", in tal modo confermando che la Carta dei diritti fondamentali si applica anche alle situazioni del tipo ERT⁶³. Infine, nel caso *Turnhout* la Corte ha dichiarato che gli effetti della legge belga che impone l'obbligo di chiusura settimanale degli esercizi commerciali sono "troppo aleatori e troppo indiretti" per potersi considerare degli ostacoli alla libera circolazione di merci e servizi, di conseguenza declinando la propria competenza sul caso⁶⁴.

Le sentenze citate evidenziano come l'ambito di applicazione dei diritti fondamentali stabiliti a livello sovranazionale sia ancora in fase di definizione. Dopo le prime incertezze dovute alla formulazione dell'art. 51, par.1 della Carta dei diritti fondamentali, la Corte di giustizia ha chiarito, almeno parzialmente, alcuni aspetti. In primo luogo, l'espressione "esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione" deve intendersi come "nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione", costituendo quindi una integrale codificazione della giurisprudenza della Corte sulla tutela dei diritti fondamentali quali principi generali dell'ordinamento. Ciò significa, come dimostra la pronuncia in *Pfleger*, che i diritti stabiliti nella Carta trovano applicazione anche quando gli Stati membri derogano dalle norme del diritto dell'Unione, in particolare dalle libertà fondamentali. In secondo luogo, la Corte ha affermato con costanza che i diritti stabiliti nella Carta non sono *free-standing*, intendendo con ciò che non possono essere invocati autonomamente nei confronti delle norme nazionali, essendo sempre necessario ricondurre dette situazioni nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione. La soluzione opposta, infatti, consentirebbe di invocarli nei confronti di qualsiasi legislazione nazionale, realizzando così una vera e propria *total incorporation*.

A fianco di questi chiarimenti, la Corte, tuttavia, non ha ancora fornito un vero e proprio test per stabilire con certezza quali siano i confini dell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, nonostante alcuni commentatori ne rintraccino alcuni abbozzati tentativi nelle sentenze *post-*

⁶² Sentenza del 27 marzo 2014, causa C-265/13, *Torralbo Marcos*, pubblicata nella *Raccolta digitale*, 2013. La causa in questione era tesa a vedere riconosciuto lo stato di insolvenza di un datore di lavoro, nell'intento così di attivare le tutele della Direttiva 2008/9. Tale direttiva, tuttavia, si applica solo dopo il riconoscimento dello stato di insolvenza e anche questa considerazione ha fatto ritenere alla Corte che nel caso in esame il nesso con il diritto dell'unione fosse troppo tenue. Vedi L. LISA, "Valore della giustizia" nella tutela dei diritti sociali e competenze dell'Unione europea. La mancata interpretazione dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali nel caso *Torralbo Marcos*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2014 fasc. 3, 1171 - 1180.

⁶³ Sentenza del 30 aprile 2014, causa C-390/12, *Pfleger*, pubblicata nella *Raccolta digitale*, 2014.

⁶⁴ Sentenza dell'8 maggio 2014, causa C-483/12, *Pelckmans Turnhout*, pubblicata nella *Raccolta digitale*, 2014. La Corte aveva già riconosciuto come non rientranti nell'ambito di applicazione dell'art. 34 TFUE le norme sulle modalità della vendita dei prodotti, quando queste si applicassero indistintamente a prodotti nazionali e prodotti provenienti da altri Stati membri. Vedi: sentenza del 24 novembre 1993, cause riunite C - 267/91 e C - 268/91, *Keck*, in *Raccolta*, 1993, I-06097; sentenza del 20 giugno 1996, cause riunite da C - 418/93 a C - 421/93, *Semeraro*, in *Raccolta*, 1996, I-02975.

*Fransson*⁶⁵. Sembra che la Corte, nell’attesa di elaborare compiutamente una dottrina su questo tema, sia guidata da un atteggiamento pragmatico volto a bilanciare le esigenze di protezione dei diritti stabiliti nella Carta con il rispetto della divisione delle competenze richiesto dagli Stati membri.

4. Conclusioni. Incorporation statunitense e incorporation europea a confronto.

L’analisi fin qui svolta rivela che, in parallelo con quanto presente negli Stati Uniti, esiste una dottrina dell’*incorporation* anche nell’Unione Europea: i diritti fondamentali stabiliti a livello sovranazionale - in certe situazioni – limitano anche le azioni degli Stati. Il processo attraverso il quale si è giunti a questa situazione presenta delle somiglianze: sia negli Stati Uniti che nell’Unione Europea inizialmente non era presente alcun catalogo di diritti fondamentali. Solo in una fase successiva, tali cataloghi di diritti sono stati elaborati con l’intento di limitare *solamente* il potere sovranazionale. Infine, in entrambi questi ordinamenti ad un certo punto i diritti presenti a livello sovranazionale hanno iniziato ad essere applicati anche nei confronti delle normative statali. Le modalità attraverso cui l’*incorporation* si è realizzata, invece, si differenziano profondamente. Nonostante l’Unione Europea, come gli Stati Uniti, abbia operato un tipo di “incorporazione selettiva”, le due differiscono notevolmente. Come giustamente sottolineato da Robert Schulze, mentre l’*incorporation* statunitense dipende dal *tipo di diritto*, quella europea dipende dal *tipo di azione* messa in campo dallo Stato membro⁶⁶. Negli Stati Uniti, infatti, quando un diritto viene dichiarato incorporato nella *due process clause* gli Stati sono vincolati al suo rispetto in qualsiasi ambito della loro attività legislativa, non rilevando più la divisione di competenze tra Stati e Federazione. In altre parole, possono essere invocati anche in quelle che il diritto dell’Unione chiamerebbe “situazioni puramente interne”. Al contrario, nell’Unione Europea tutti i diritti stabiliti nella Carta dei diritti fondamentali possono essere invocati solo quando gli Stati membri danno attuazione al diritto dell’Unione o quando derogano da esso. Una volta rientrati nel campo di applicazione del diritto dell’Unione non rileva più quale diritto viene invocato: l’unica cosa che conta è che la lamentata violazione del diritto avvenga in una situazione che presenta un collegamento con il diritto dell’Unione.

Le ragioni di questa diversità tra Stati Uniti ed Unione Europea sono rintracciabili nelle diverse esigenze che hanno dato vita alle rispettive dottrine dell’*incorporation*. Negli Stati Uniti, infatti, l’*incorporation* si è sviluppata di pari passo con il rafforzamento del potere federale e la crescita del sentimento di identità nazionale. La sua genesi è stata favorita dall’approvazione del Quattordicesimo Emendamento e la sua teorizzazione è stata una risposta alla richiesta di standard uniformi nella protezione dei diritti fondamentali. Come si è visto, tale richiesta derivava

⁶⁵ MICHAEL DOUGAN, *Judicial Review of Member State Action Under the General Principles and the Charter: defining the “Scope of Union law*, in *Common Market Law Review*, 2015, 1201–1246.

⁶⁶ R. SCHUTZE, *European Fundamental Rights and the Member States: from “selective” to “total” incorporation?*, in *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, volume 14, 2011-2012, 349.

principalmente dalla necessità di contrastare le massicce violazioni dei diritti fondamentali attuate dagli Stati del sud nei confronti degli ex schiavi liberati.

L'elaborazione dell'*incorporation* nel contesto europeo, invece, ha avuto lo scopo di far coincidere l'estensione del controllo giurisdizionale della Corte di giustizia in materia di diritti fondamentali con l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione stesso. Ciò è avvenuto per due ragioni: salvaguardare l'uniforme applicazione del diritto dell'Unione e far sì che nessuna violazione dei diritti fondamentali possa essere ricondotta all'Unione. Una volta stabilito, come ha fatto la Corte di giustizia, che le situazioni del tipo Wachauf e del tipo ERT ricadono nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, l'estensione del controllo giurisdizionale della Corte in tali situazioni è infatti seguito quasi automaticamente. Ciò è dimostrato dal fatto che non si riscontrano particolari critiche al principio secondo cui l'ambito di applicazione della Carta dei diritti fondamentali deve coincidere con l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione. Piuttosto, sono le modalità con le quali la Corte stabilisce quale sia l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione a generare un acceso dibattito, come testimoniato dalle critiche che sono seguite alla decisione ERT⁶⁷.

A fronte di questa pur considerevole espansione della giurisdizione della Corte di giustizia nei confronti di alcuni atti degli Stati Membri, tuttavia, nel contesto europeo non si sono mai verificate le condizioni per giungere ad una *total incorporation*. Infatti, la presenza di solidi sistemi di protezione dei diritti fondamentali a livello nazionale non ha mai reso necessario - e nemmeno auspicabile - uno scrutinio da parte della Corte di giustizia nei confronti degli atti degli Stati Membri che non rientrano nel campo di applicazione del diritto dell'Unione. Diversamente da quanto avvenuto negli Stati Uniti, inoltre, non si è mai verificato un momento di carattere politico-costituzionale tale da sancire la netta supremazia dell'Unione sugli Stati membri, come dimostra anche il diverso *status* della cittadinanza federale statunitense rispetto a quella europea.

Va tuttavia osservato che il tipo di *incorporation* presente nell'Unione Europea produce una conseguenza particolare, che deriva dall'esistenza stessa di un confine tra fattispecie rientranti nell'ambito di applicazione della Carta e di altre che ne restano estranee. Accade, infatti, che si generi il cosiddetto fenomeno delle *reverse discrimination* quando degli individui che si trovano collocati in situazioni strutturalmente analoghe sono soggetti a diversi trattamenti normativi - e a diversi sistemi di tutela dei diritti fondamentali - in virtù del fatto che solo uno di essi, per motivi spesso contingenti, è in grado di mostrare che la propria situazione presenta un collegamento con il diritto dell'Unione⁶⁸. Si tratta di un fenomeno del tutto peculiare dell'ordinamento comunitario che

⁶⁷ Si veda, per una recente critica alla decisione ERT: J. SNELL, *Fundamental Rights Review of National Measures: Nothing New under the Charter? in European Public Law*, Issue 2, 2015, 285-308.

⁶⁸ Un settore nel quale si sono verificati molti esempi di *reverse discrimination* e che può ben rappresentare il fenomeno descritto è quello dei ricongiungimenti familiari. Le normative comunitarie garantiscono ai cittadini europei che si siano stabiliti in uno Stato diverso dal proprio il diritto al ricongiungimento anche con familiari che sono cittadini di paesi terzi. Al contrario, i cittadini europei che non rientrano nell'ambito di tale normativa - e si trovano quindi in una

non si verifica negli ordinamenti federali come quello degli Stati Uniti dove, come si è visto, la divisione di competenze tra Federazione e Stati non incide sull'ambito di applicazione dei diritti fondamentali.

Negli anni più recenti le *reverse discrimination* hanno dato luogo ad un ampio dibattito, che è stato favorito anche dall'introduzione della cittadinanza europea. Alcuni studiosi sostengono infatti che le discriminazioni a rovescio non siano più tollerabili dal diritto dell'Unione e, in particolare, che devono ritenersi contrarie al principio di uguaglianza presente a livello comunitario⁶⁹. In estrema sintesi, i sostenitori di questa posizione ritengono che la dottrina della "situazione puramente interna" ignori il cambio qualitativo subito dal processo di integrazione europea, e che il continuare a far dipendere l'applicazione delle disposizioni dei trattati dalla presenza di un elemento *cross border* contrasti con l'idea stessa sottesa alla cittadinanza europea, che è strettamente legata all'uguaglianza nel godimento dei diritti. La Corte di giustizia, tuttavia, non ha mai adottato questa soluzione e ha sempre negato che il principio di uguaglianza, sia in quanto principio generale che nella sua più specifica espressione del principio di non discriminazione sulla base della nazionalità, possa essere usato per proibire le discriminazioni a rovescio⁷⁰.

Le considerazioni sin qui svolte porterebbero a concludere che il rispetto della divisione di competenze tra Stati membri ed Unione renda impossibile per la Corte di giustizia tutelare soggetti che si trovano in situazioni puramente interne. Se questo è vero nella quasi totalità dei casi, alcune pronunce in tema di cittadinanza europea mostrano invece come il diritto dell'Unione sia in grado, in circostanze eccezionali, di raggiungere anche tali situazioni. Prima nel caso Rottman e poi nel caso Zambrano, la Corte ha affermato che, nell'ipotesi in cui un provvedimento di uno Stato membro metta a repentaglio "il godimento reale ed effettivo dei diritti attribuiti dallo status di cittadini dell'Unione", una situazione rientra "per sua natura e per le conseguenze che produce nella sfera del diritto dell'Unione"⁷¹. Commentando queste sentenze parte della dottrina ha sostenuto che l'Unione si trovi ormai di fronte al "bivio di un mutamento costituzionale"⁷² poiché, se portata alle sue estreme conseguenze, la decisione della Corte nel caso Zambrano potrebbe ridefinire le

situazione puramente interna - sono soggetti solamente alle normative nazionali, che molto spesso impongono condizioni più restrittive.

⁶⁹ A. TRYFONIDOU, *Reverse discrimination in Purely Internal Situations: An Incongruity in a Citizens' Europe*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 2008. D. KOCHENOV, *Citizenship without respect: the EU's Troubled Equality Ideal*, Jean Monnet working paper 08/10.

⁷⁰ E ciò, nonostante il principio di uguaglianza, più di altri principi fondamentali, nei sistemi multilevel abbia spesso svolto la funzione di forzare i limiti della ripartizione di competenze ed estendere la giurisdizione delle corti chiamate a darvi applicazione, come rilevato da M. BARBERA, *Il ruolo del principio d'eguaglianza nei sistemi multilevel: riflettendo su alcune recenti sentenze della Corte di Giustizia*, atti del convegno "The Protection of Constitutional Rights in Modern Democracies: A Comparative Perspective" tenutosi all'Università G. D'Annunzio di Pescara l' 11-12 dicembre 2007.

⁷¹ Sentenza del 02 marzo 2010, causa C-135/08, *Rottmann*, in *Raccolta*, 2010, I-01449 e sentenza dell'8 marzo 2011, causa C-34/09, *Ruiz Zambrano*, in *Raccolta*, 2011, I-01177.

⁷² L'espressione è quella usata dall'avvocato generale Sharpston nelle conclusioni presentate il 30 settembre 2010 proprio nella causa *Zambrano*.

modalità e l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, in particolar modo nel campo della tutela dei diritti fondamentali. Per quanto la portata di tali pronunce sia stata parzialmente ridimensionata da successive decisioni della Corte⁷³, esse hanno riportato al centro del dibattito la questione di quale sia il ruolo della Corte di giustizia nel sistema multilivello europeo e di quali siano le modalità attraverso le quali deve procedere il processo di integrazione.

Se ancora una volta si volge lo sguardo oltreoceano, l'esperienza statunitense mostra che il ruolo del potere giudiziario nel processo di integrazione e di costruzione dell'identità nazionale è stato quanto meno complementare a quello di altri attori politici e istituzionali. L'elaborazione dell'*incorporation doctrine* da parte della Corte Suprema è potuta avvenire grazie al fatto che il Quattordicesimo Emendamento aveva fornito uno strumento attraverso il quale tutelare i diritti stabiliti a livello federale nei confronti degli Stati. Tale processo, inoltre, è stato favorito dall'esistenza della cittadinanza federale, la cui superiorità su quella statale era stata stabilita direttamente nella Costituzione. Anche nel campo della lotta alle discriminazioni, dal quale hanno preso avvio numerosi cambiamenti di ordine costituzionale, il ruolo della Corte Suprema si intreccia con quello del Congresso e del movimento per i diritti civili. Infine, alcuni momenti di consolidamento del potere federale e di costruzione dell'identità nazionale - come la Ricostruzione e il *New Deal* - sono stati di natura politica e hanno stravolto la precedente giurisprudenza della Corte Suprema.

L'Unione Europea, invece, non ha ancora vissuto un momento di costruzione dell'identità collettiva che la aiuti ad essere vista non come un ordinamento dalle competenze limitate ma come una *open-ended polity*, e questa circostanza è rispecchiata dal fatto che i diritti fondamentali stabiliti a livello sovranazionale vengono protetti solamente nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione. Difficilmente, quindi, potrà avvenire un mutamento costituzionale che porti i diritti della Carta ad essere autonomamente invocabili in qualsiasi situazione senza che prima si svolga un momento "costituente" di carattere politico che fornisca tale indicazione. La Corte di giustizia, infatti, si trova di fronte alla difficoltà di superare le clausole orizzontali che limitano esplicitamente l'applicazione della Carta dei diritti fondamentali alle situazioni in cui gli Stati membri danno attuazione al diritto dell'Unione. Nell'attuale contesto di crisi del processo di integrazione, segnato tra l'altro dall'esito del referendum britannico, la sempre maggior autonomia che la cittadinanza europea sta conquistando può essere un importante fattore per tutelare se non altro quelle situazioni, di carattere eccezionale, in cui una misura di uno Stato membro mette a repentaglio la possibilità stessa dell'esercizio dei diritti connessi alla cittadinanza⁷⁴. Sembra oltremodo improbabile, tuttavia,

⁷³ Sentenza del 15 novembre 2011, causa C-256/1, *Dereci e a.*, in *Raccolta*, 2011. Sentenza dell'8 novembre 2012, causa C-40/11, *Iida*, in *Raccolta digitale*, 2012. Sentenza dell'8 maggio 2013, causa C-87/12, *Ymeraga e Ymeraga-Tafarshiku*, in *Raccolta digitale*, 2013. Sentenza del 10 ottobre 2013, causa C-86/12, *Alokpa e Moudoulou*, in *Raccolta digitale*, 2013.

⁷⁴ Per alcune prime riflessioni sulla cittadinanza europea alla luce dell'esito del referendum britannico si veda F. STRUMIA, *Brexitng European Citizenship through the Voice of Others*, in *German Law Journal*, 17 (Brexit Supplement), 109-115. Per una più estesa analisi del processo di costituzionalizzazione della cittadinanza europea si

che la Corte possa spingersi oltre sino ad estendere la propria competenza in materia di diritti fondamentali su tutte le situazioni puramente interne.

veda H. VAN EIJKEN, *EU Citizenship & the Constitutionalisation of the European Union*, Groningen, Europa Law Publishing, 2015.