

Il margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea e della Corte europea dei Diritti dell'uomo

di Ilaria Anrò*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La dottrina del margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. – 2.1. Definizione. – 2.2. Prime applicazioni del margine di apprezzamento: l'articolo 15 CEDU. – 2.3. Diritti fondamentali e concezioni morali. – 2.4. Margine di apprezzamento e dottrina del consenso. – 3. L'applicazione della dottrina del margine di apprezzamento nell'ambito del diritto comunitario. – 4. Il margine di apprezzamento nella tutela dei diritti fondamentali da parte della Corte di giustizia. – 4.1. L'utilizzo del margine di apprezzamento in relazione al conflitto tra libertà comunitarie e diritti fondamentali. – 4.2. Il test di proporzionalità. – 4.3. Il problema delle competenze. – 5. Conclusioni.

1. *Introduzione*

La «dottrina»¹ del margine di apprezzamento vede il suo principale sviluppo nell'ambito della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Essa è conosciuta e utilizzata anche negli ordinamenti nazionali, per esempio in Francia ed in Germania, a proposito del controllo giudiziale delle decisioni amministrative, nonché nell'ambito di giurisdizioni internazionali, come la Corte internazionale di giustizia, e nel sistema del WTO². È possibile riscontrare l'applicazione di tale dottrina anche da parte della Corte di giustizia dell'Unione europea, nell'ambito della tutela dei diritti fondamentali, con

* Dottoranda di ricerca in diritto dell'Unione europea - Università degli Studi di Milano.

¹ Alcuni autori criticano l'utilizzo del concetto di «dottrina» a proposito del margine di apprezzamento, in quanto non si tratterebbe di un insieme di principi con una coerenza teorica, ma di un approccio metodologico o di una tecnica giudiziale. Per un'analisi di tale problematica cfr. P. TANZARELLA, *Il margine di apprezzamento*, in M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione*, Bologna, 2007, pp. 149 ss. Nella presente relazione, tuttavia, per l'invalso uso di tale locuzione e per comodità espositiva si parlerà di «dottrina del margine di apprezzamento».

² J. COT, *Margin of appreciation*, in *Max Planck Encyclopaedia of Public International Law*, testo disponibile su www.mpepil.com, ultimo accesso 9 novembre 2009.

modalità assimilabili a quelle della Corte europea dei diritti dell'uomo. In passato è già stato evidenziato che tra le due Corti vi è una certa somiglianza nel ragionamento diretto a riconoscere agli Stati un certo margine di apprezzamento nell'attuazione dei diritti garantiti³: il presente lavoro è diretto ad approfondire questa tematica sulla base dei recenti orientamenti della Corte di giustizia dell'Unione europea. Nella prima parte verrà effettuata una breve ricostruzione degli elementi principali della dottrina del margine di apprezzamento nell'ambito della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo; successivamente saranno richiamate le diverse modalità di utilizzo del concetto di margine di apprezzamento da parte della Corte di giustizia per poi concentrarsi sul peculiare sviluppo di tale dottrina nell'ambito della tutela dei diritti fondamentali nel sistema comunitario ed effettuare un confronto con quanto operato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo.

2. *La dottrina del margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*

2.1. *Definizione*

Tra le varie definizioni che sono state fornite di «margine di apprezzamento» possiamo ricordare quella di Arai-Takahashi, per cui esso può essere descritto «as the measure of discretion allowed to the Member States in the manner in which they implement the Convention standards, taking into account their own particular national circumstances and conditions»⁴ o di Macdonald, secondo il quale «the doctrine of margin of appreciation illustrates the general approach of the European Court of Human Rights to the delicate task of balancing the sovereignty of Contracting Parties with their obligations under the Convention»⁵. La dottrina del margine di apprezzamento in-

³ D. SIMON, *Des influences réciproques entre CJCE et CEDH: «Je t'aime, moi non plus»?*, in *Pourvoi*, 2001/1, pp. 31 ss.; N. SHUIBHNE, *Margin of appreciation: national values, fundamental rights and EC free movement law*, in *European Law Review*, 2009, pp. 230 ss.; J. SWEENEY, *A «margin of appreciation» in the internal market: lessons from the European Court of Human Rights*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 2007, pp. 27 ss.

⁴ Y. ARAI-TAKAHASHI, *The defensibility of the margin of appreciation doctrine in the ECHR: value-pluralism in the European integration*, in *Revue Européenne de Droit Public*, 2001, pp. 1162 ss.

⁵ R.ST.J. MACDONALD, *The margin of appreciation in the jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in *Collected Courses of the Academy of European Law*, 1992, pp. 95 ss.

dica, infatti, lo spazio lasciato agli Stati nell'applicazione della Convenzione⁶ per bilanciare l'adempimento degli obblighi pattizi con la tutela di altre esigenze statali. La Corte di Strasburgo veglia sul rispetto da parte degli Stati dei diritti fondamentali sanciti dalla Convenzione, ma lascia un margine di deroga per consentire agli stessi il perseguimento di altri interessi statali, nonché uno spazio di scelta e valutazione di questi ultimi.

2.2. Prime applicazioni del margine di apprezzamento: l'articolo 15 CEDU

Il margine di apprezzamento è stato utilizzato inizialmente in questioni concernenti la sicurezza nazionale, a proposito dell'applicazione dell'articolo 15 CEDU, il quale consente agli Stati di derogare alle obbligazioni convenzionali in caso di guerra o estremo pericolo per la nazione. Nella pronuncia *Grecia c. Regno Unito*⁷ la Commissione⁸ dei diritti dell'uomo sanciva che deve essere lasciata allo Stato una certa discrezionalità nel valutare la ricorrenza degli estremi di urgenza che consentono di applicare l'articolo 15 e le misure richieste dalle esigenze della situazione. Anche in *Lawless c. Irlanda*⁹ la Corte riconosceva che nella determinazione circa la sussistenza di una situazione di emergenza, idonea a giustificare la sospensione della Convenzione, deve essere lasciato un certo margine di apprezzamento al governo. La Corte rimetteva dunque decisioni di tale importanza nelle mani degli Stati, considerandoli in una posizione migliore per effettuare le necessarie valutazioni.

2.3. Diritti fondamentali e concezioni morali

Successivamente il *landmark case Handyside* segna l'utilizzo di tale tecnica nell'ambito della tutela dei diritti fondamentali come strumento per tenere conto del pluralismo delle concezioni morali presente nel-

⁶ La Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950; di seguito: CEDU o Convenzione.

⁷ Corte europea dei diritti umani (Commissione), *Grecia c. Regno Unito* (caso Cipro), ricorso n. 176/56, decisione del 2 giugno 1956.

⁸ Come è noto, la Commissione era un organo quasi giurisdizionale istituito dalla CEDU che operava svolgendo un esame preliminare della questione sottoposta alla Corte circa la ricevibilità e fornendo il proprio parere. Il Protocollo n. 11 dell'11 maggio 1994 ha fuso la Commissione e la Corte europea dei diritti dell'uomo in un unico organo giurisdizionale.

⁹ Corte europea dei diritti umani (Commissione), *Lawless c. Irlanda*, ricorso n. 332/57, decisione del 30 agosto 1958.

l'ambito dei diversi Stati membri del Consiglio d'Europa. Il caso traeva origine dalla condanna del signor Handyside, da parte delle Inner London Quarter Sessions, per la detenzione ai fini della pubblicazione di un libro contenente immagini giudicate oscene. Il signor Handyside aveva, dunque, fatto ricorso alla Corte di Strasburgo, lamentando una violazione del proprio diritto alla libertà di espressione di cui all'articolo 10 CEDU. Si trattava in quel caso di bilanciare la libertà di espressione con le esigenze della morale: fino a che punto è giusto consentire l'esplicazione della manifestazione delle proprie idee e fino a che punto occorre, invece, tutelare la morale? La Corte in particolare affermava che «It is not possible to find in the domestic law of the various Contracting States a uniform European conception of morals. The view taken by their respective law of the requirements of morals varies from time to time and from place to place, especially in our era which is characterized by a rapid and far reaching evolution of opinions on the subject. By reason of their direct and continuous contact with the vital forces of their countries, State authorities are in principle in a better position than the international judge to give an opinion on the exact content of these requirements [...]»¹⁰. La Corte riconosceva, dunque, in tale occasione che, in presenza di una pluralità di concezioni morali, è necessario lasciare agli Stati un margine di apprezzamento nell'applicazione dell'art. 10 CEDU.

Oltre alla libertà di espressione, frequenti applicazioni della dottrina del margine di apprezzamento si ritrovano a proposito di alcune disposizioni che rinviano a scelte discrezionali dello Stato circa le modalità di tutela del diritto in questione: si tratta delle norme relative al diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8), alla libertà di pensiero, coscienza e religione (art. 9), alla libertà di riunione e associazione (art. 11) e al diritto al matrimonio (art. 12), nonché dell'articolo 1 del Protocollo 1, relativo al diritto di proprietà. Sebbene non sia dato riscontrare una esplicita legittimazione della dottrina del margine di apprezzamento nel testo della CEDU, il rinvio alla legge nazionale per quanto riguarda le limitazioni o le modalità di esercizio di tali diritti rende quasi implicita la previsione dell'operatività del margine di apprezzamento nella formulazione di tali disposizioni, in quanto risulta evidente lo spazio per la scelta e la valutazione degli Stati contraenti. Un largo margine di apprezzamento è poi lasciato agli Stati ove vi siano nozioni caratterizzate da una certa indeterminatezza, quali «public emergency threatening the life of the nation» (art. 15), «persons of unsoundmind» (art. 5.1, e), «respect for

¹⁰ Corte europea dei diritti umani, *Handyside c. Regno Unito*, ricorso n. 5493/72, sentenza del 7 dicembre 1976.

family or private life» (art. 8) i cui contenuti possono variare da un sistema nazionale all'altro¹¹.

Un'ulteriore considerazione circa l'applicazione del margine di apprezzamento nell'ambito della tutela dei diritti fondamentali deve essere fatta a proposito della distinzione tra «diritti assoluti» e diritti «soggetti a limitazioni». I diritti assoluti sono formulati in modo da impedire agli Stati di restringerli, mentre gli altri possono essere limitati in quanto «gli Stati possono definirne e restringerne l'esercizio in base a considerazioni di ordine pubblico, di sicurezza nazionale, di protezione della salute o di morale pubblica, il cui contenuto e la cui portata sono suscettibili di variare da uno Stato all'altro e da una situazione all'altra, sempreché la restrizione sia giustificata e non abbia la conseguenza di limitare un diritto in modo incompatibile con la sua essenza o di sopprimerlo»¹². Secondo la tradizionale interpretazione sarebbero diritti assoluti il diritto a non essere sottoposto a tortura o il diritto alla vita, mentre sarebbero soggetti a limitazioni, anche in virtù del temperamento con altri diritti e interessi, diritti quali, tra gli altri, la libertà di espressione, di associazione, di movimento. Tale distinzione viene presa in considerazione ed enunciata anche dalla giurisprudenza comunitaria¹³. In dottrina vi è chi ritiene che i diritti assoluti siano sottratti alle operazioni di bilanciamento e dunque anche all'applicazione del margine di apprezzamento¹⁴. È possibile, tuttavia, riscontrare anche la tesi opposta, secondo la quale la protezione dei diritti assoluti non può prescindere da un'attività di bilanciamento da parte del giudice, che può essere esplicita oppure mascherata all'interno del ragionamento interpretativo¹⁵. Anche in quest'ultimo caso vi sarebbe quindi lo spazio per un eventuale margine di apprezzamento lasciato agli Stati.

2.4. Margine di apprezzamento e dottrina del consenso

Particolarmente interessante, ai fini della nostra analisi e del confronto con l'attitudine della Corte di Lussemburgo, è la combina-

¹¹ Cfr. P. TANZARELLA, *op. cit.*, pp. 156 ss.

¹² Cfr. F. POCAR, *Tutela dei diritti fondamentali e livelli di protezione nell'ordinamento internazionale* in P. BILANCIA e E. DE MARCO, *La tutela multilivello dei diritti*, Milano, 2004, pp. 8 ss.

¹³ Cfr. ad esempio Corte di giustizia delle Comunità europee, *Familiapress*, causa C-368/95, sentenza del 26 giugno 1997; *Promusicae*, causa C-275/06, sentenza del 29 gennaio 2008; *Varec*, causa C-450/06, sentenza del 14 febbraio 2008.

¹⁴ J. COT., *op. cit.*

¹⁵ A. TANCREDI, *L'emersione dei diritti fondamentali 'assoluti' nella giurisprudenza comunitaria*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2006, pp. 644 ss.

zione del margine di apprezzamento con la dottrina del consenso. Con questo termine si indica la ricerca effettuata dalla Corte di Strasburgo circa la sussistenza o meno di una concezione comune all'interno delle leggi e delle prassi degli Stati membri del Consiglio d'Europa¹⁶. Come indicato da Benvenisti¹⁷, l'applicazione della dottrina del consenso è inversamente proporzionale al margine di apprezzamento: quando la Corte è in grado di riscontrare un certo consenso europeo sul trattamento di una particolare questione, ovvero sulla tutela di un determinato diritto, lascia un minore margine di apprezzamento alle autorità nazionali. Ciò è particolarmente evidente, ad esempio, nella giurisprudenza relativa al riconoscimento dei diritti dei transessuali¹⁸: la Corte ha riconosciuto un grande margine di apprezzamento agli Stati, in ragione della mancanza di omogeneità tra i diversi ordinamenti nell'affrontare la questione¹⁹, anche se più recentemente ha preso atto di una certa evoluzione circa la convergenza dei sistemi nazionali a favore della tutela di tali soggetti²⁰. Per quanto riguarda le forme di tutela dei diritti degli omosessuali, la Corte continua, invece, a constatare la difformità delle legislazioni nazionali e dunque a concedere agli Stati un ampio margine di apprezzamento²¹.

3. *L'applicazione della dottrina del margine di apprezzamento nel diritto comunitario*

Tenendo presente quanto esposto in merito al Consiglio d'Europa, è interessante ora riflettere sull'utilizzo del margine di apprezzamento nel sistema comunitario. Occorre dunque procedere ad un'analisi delle pronunce della Corte di giustizia in cui è stato utilizzato tale strumento²², in quanto anche nel sistema comunitario esso non trova una

¹⁶ I. RASILLA DEL MORAL, *The increasingly marginal appreciation of the Margin-of-appreciation doctrine*, in *German law journal*, 2006, pp. 611 ss.

¹⁷ E. BENVENISTI, *Margin of appreciation, consensus, and universal standards*, in *Journal of International Law and Politics*, 1999, pp. 843 ss.

¹⁸ G. LETSAS, *Two concepts of the margin of appreciation*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2006, pp. 705 ss.

¹⁹ Corte europea dei diritti umani, *Cossey c. Regno Unito*, ricorso n. 10843/84, sentenza del 27 settembre 1990.

²⁰ Corte europea dei diritti umani, *Goodwin c. Regno Unito*, ricorso n. 28957/95, sentenza dell'11 luglio 2002.

²¹ Corte europea dei diritti umani, *Frette c. Francia*, ricorso n. 36515/97, sentenza del 26 febbraio 2002, par. 36.

²² Per una maggiore precisione dei risultati la ricerca nella giurisprudenza della Corte di giustizia deve essere effettuata in francese, lingua di lavoro della stessa. Alla locuzione «marge d'appréciation» corrisponde infatti una pluralità di traduzioni ita-

esplicita formulazione all'interno dei Trattati, ma conosce il suo principale sviluppo in ambito giurisprudenziale.

La nozione ed il concetto di «margine di apprezzamento» sono utilizzati nella giurisprudenza della Corte di giustizia secondo diversi profili. Un'applicazione molto importante è, innanzitutto, quella relativa alla discrezionalità delle istituzioni: in particolare, si parla di margine di apprezzamento della Commissione nell'ambito della concorrenza. Esso viene impiegato quale standard di revisione nel controllo di legittimità operato dal Tribunale e dalla Corte di giustizia sulle decisioni della Commissione relative alle intese anticoncorrenziali e alle ipotesi di abuso di posizione dominante. La Commissione, infatti, nella propria attività di vigilanza in tale ambito svolge valutazioni economiche complesse che non possono essere rinnovate dall'autorità giurisdizionale, per il contenuto prettamente tecnico e la necessità di un'ingente quantità di dati fattuali. Di conseguenza, il giudice comunitario si limita alla verifica del rispetto delle norme procedurali, del carattere sufficiente della motivazione, dell'esattezza materiale dei fatti, dell'assenza di manifesto errore di valutazione e di sviamento di potere, lasciando alla Commissione un certo margine di apprezzamento²³. Questo è riservato alla Commissione anche nella valutazione della compatibilità di aiuti di Stato²⁴. Vi è, invece, un controllo giurisdizionale più esteso da parte del giudice comunitario e, dunque, un minore margine di apprezzamento della Commissione, a proposito della qualificazione di una misura come aiuto di Stato, a meno che questa non derivi da indagini e valutazioni tecniche e complesse²⁵ proprie della Commissione.

Si parla poi di margine di apprezzamento nell'applicazione del diritto comunitario da parte degli Stati. Tale spazio di discrezionalità è implicito nello strumento della direttiva, la quale mira alla realizzazione di un obiettivo comunitario lasciando agli Stati la facoltà di sce-

liane, tra cui «margine discrezionale», «potere di discrezionalità», «discrezionalità»: di conseguenza con una ricerca in italiano l'elenco dei casi rilevanti in materia potrebbe risultare lacunoso.

²³ Cfr. Corte di giustizia delle Comunità europee, *Remia c. Commissione*, causa 42/84, sentenza dell'11 luglio 1985, punto 34; *British American Tobacco e Reynolds Industries c. Commissione*, causa 142/84 e 156/84, sentenza del 17 novembre 1987, punto 62; *Aalborg Portland e a. c. Commissione*, cause riunite C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P e C-219/00 P, sentenza del 7 gennaio 2004, punto 279; conclusioni dell'Avvocato Generale Kokott in *Commissione c. Alrosa Company Ltd*, causa C-441/07 P, presentate il 17 settembre 2009, punto 68

²⁴ Cfr. Corte di giustizia delle Comunità europee, *Commissione c. Italia*, causa 73/79, sentenza del 21 maggio 1980, punto 11.

²⁵ Cfr. Corte di giustizia delle Comunità europee, *British Aggregates Association c. Commissione*, C-487/06 P, sentenza del 22 dicembre 2008.

gliere i mezzi e gli strumenti più adeguati. Dall'analisi della giurisprudenza emerge, poi, che la Corte di giustizia tende a lasciare agli Stati membri un ampio margine discrezionale di valutazione nell'ambito della verifica dei divieti di discriminazione per il conseguimento di determinati obiettivi nella politica agraria e sociale²⁶. Lo stesso potere di valutazione viene concesso agli Stati a proposito della verifica circa il rispetto delle libertà fondamentali²⁷ in settori non armonizzati²⁸: la Corte di giustizia consente, infatti, agli Stati di adottare misure di protezione di interessi quali la tutela della salute o la politica culturale in ambiti in cui non sia stato fissato uno standard comunitario di tutela, anche nei casi in cui possano costituire un ostacolo alle libertà di circolazione, nel rispetto del principio di proporzionalità.

4. *Il margine di apprezzamento nella tutela dei diritti fondamentali da parte della Corte di giustizia*

Ai fini del presente lavoro occorre, tuttavia, concentrarsi sugli ambiti in cui la Corte di giustizia utilizza il margine di apprezzamento come tecnica giudiziaria e standard di revisione delle misure nazionali al pari di quanto fatto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, raggiungendo gli stessi risultati nella gestione dei conflitti relativi ai diritti fondamentali, nonché della tensione tra universalità e pluralismo, propria di entrambi i sistemi sovranazionali.

La Corte di giustizia applica inizialmente il margine di apprezzamento in materia di sicurezza e ordine pubblico. Anche nel sistema comunitario, al pari di quanto sancito nelle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo, emerge la necessità di lasciare il dovuto spazio agli Stati per la salvaguardia della propria sicurezza e per la

²⁶ Cfr. Corte di giustizia delle Comunità europee, *Karlsson e a.*, causa C-292/97, sentenza del 13 aprile 2000, punti 35 e 49; *Steinicke*, causa C-77/02, sentenza dell'11 settembre 2003, punto 61; *Mangold*, causa C-144/04, sentenza del 22 novembre 2005, punto 63.

²⁷ La libertà di circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali, cfr. articolo 26 TFUE, già articolo 14 CE. Sullo status di tali libertà nell'ordinamento comunitario cfr. D. EHLERS (a cura di), *European Fundamental Rights and Freedoms*, Berlino, 2007, pp. 227 ss.; P. OLIVER e W. ROTH, *The Internal Market and the Four Freedoms*, in *Common Market Law Review*, 2004, pp. 407 ss.

²⁸ Cfr. Corte di giustizia delle Comunità europee, 13 luglio 2004, *Bacardi France*, causa C-429/02, p. 33; *United Pan-Europe Communications Belgio e a.*, causa C-250/06, sentenza del 13 dicembre 2007, p. 44; Conclusioni dell'Avvocato Generale Kokott, in causa *UTECA*, C-222/07, del 4 settembre 2008.

protezione di interessi strettamente connessi al cuore della sovranità. Nella sentenza *Van Duyn* la Corte affermava che «non si può [...] negare che la nozione di ordine pubblico varia da un paese all'altro e da un'epoca all'altra. È perciò necessario lasciare, in questa materia, alle competenti autorità nazionali un certo potere discrezionale entro i limiti posti dal Trattato»²⁹. Come specificato successivamente in *Bouchereau* «qualora possa giustificare talune limitazioni della libera circolazione delle persone cui si applica il diritto comunitario, il richiamo alla nozione di ordine pubblico, da parte degli organi nazionali, presuppone, in ogni caso, oltre alla perturbazione dell'ordine sociale insita in qualsiasi infrazione di legge, l'esistenza di una minaccia effettiva ed abbastanza grave per uno degli interessi fondamentali della collettività»³⁰. Risulta dunque evidente il confine tra la competenza della Corte di giustizia relativamente alla salvaguardia delle libertà fondamentali del Trattato e del diritto comunitario in genere e l'ambito della sovranità nazionale, in cui le competenti autorità selezionano quali sono gli interessi qualificabili come «fondamentali» per la propria società e determinano quando si possa considerare sussistente una minaccia grave ed effettiva nei confronti di questi ultimi. Vi è dunque la consapevolezza che l'integrazione non può portare alla determinazione di uno standard comunitario in questo settore e la Corte, rispettando le diverse concezioni degli Stati, nel proprio controllo giurisdizionale si limita a verificare il rispetto dei limiti imposti dal Trattato³¹. Si tratta, dunque, di un *self-restraint* da parte della Corte di giustizia che discende dal rispetto del principio di attribuzione, su cui è fondata l'Unione europea, in quanto la determinazione dei confini dell'ordine pubblico è di competenza nazionale, e che si verifica al pari di quanto effettuato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nella stessa materia.

Un simile atteggiamento di *self-restraint* da parte della Corte di giustizia viene applicato anche a proposito della moralità pubblica nella sentenza *Henn*³². È interessante osservare che in quel caso lo stesso avvocato generale delineò un parallelismo tra la discrezionalità

²⁹ Corte di giustizia delle Comunità europee, *Van Duyn*, 41/74, sentenza del 4 dicembre 1974.

³⁰ Corte di giustizia delle Comunità europee, *Bouchereau*, causa 30/77, sentenza del 27 ottobre 1977, punto 34.

³¹ Corte di giustizia delle Comunità europee, *Jipa*, causa C-33/07, sentenza del 10 luglio 2008, p. 23.

³² Corte di giustizia delle Comunità europee, *Henn*, causa 34/79, sentenza del 14 dicembre 1979. In proposito cfr. anche *Schindler*, causa C-275/92, sentenza del 24 marzo 1994, punto 61 e *Liga Portuguesa*, in causa C-42/07, sentenza dell'8 settembre 2009, punto 57.

lasciata agli Stati nell'ambito dell'articolo 36 CE³³ rispetto alla tutela della pubblica moralità e il margine di apprezzamento di cui godevano le Alte parti contraenti nell'ambito dell'art. 10 CEDU³⁴. Nel caso *Henn* si trattava di un conflitto tra la libera circolazione delle merci e la tutela della moralità pubblica: vi erano, infatti, delle pubblicazioni giudicate oscene la cui importazione nel Regno Unito era stata vietata. Nel caso *Handyside*, presso la Corte di Strasburgo, la protezione della moralità pubblica veniva contrapposta alla libertà di espressione e di manifestazione del pensiero, mentre in questo caso ciò che si faceva valere era una libertà economica. Il Trattato prevede già una deroga alla libertà di circolazione delle merci per motivi di moralità pubblica, la quale venne ritenuta applicabile al caso di specie anche se le pubblicazioni in esame circolavano liberamente in altri Stati membri, proprio in considerazione del fatto che «spetta in linea di principio a ciascuno Stato membro determinare gli imperativi di moralità pubblica nell'ambito del proprio territorio in base alla scala di valori da esso scelta»³⁵. Dunque nell'applicazione di tale eccezione vi è il rispetto del pluralismo e della diversità delle concezioni morali degli Stati membri.

È possibile poi riscontrare l'applicazione del margine di apprezzamento da parte della Corte di giustizia relativamente alla tutela dei diritti fondamentali consacrati in alcune norme della Convenzione, secondo le medesime modalità della Corte europea dei diritti dell'uomo. Si tratta in particolare dell'art. 10 CEDU³⁶, relativo alla libertà di stampa e dell'art. 8 CEDU sulla tutela della vita privata³⁷.

³³ Nella sentenza si fa riferimento alla numerazione pre-Amsterdam. Secondo la numerazione del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, così come modificato da Lisbona è l'articolo 36 TFUE, già articolo 30 CE.

³⁴ Cfr. Conclusioni dell'Avvocato generale Warner alla sentenza *Henn*, cit., del 25 ottobre 1979.

³⁵ Cfr. Sentenza *Henn*, cit., punto 15.

³⁶ Cfr. ad esempio Corte di giustizia delle Comunità europee, *Karner*, causa C-71/02, sentenza del 25 marzo 2004, punto 51; *RTL Television*, causa C-245/01, sentenza del 23 ottobre 2003, punto 73; *Connolly*, causa C-274/99 P, sentenza del 6 marzo 2001. Per il confronto con la Corte europea dei diritti umani vedi *Markt intern Verlag GmbH e Klaus Beermann c. Germania*, ricorso n. 10572/83 § 33, sentenza del 20 novembre 1989 e *VGT Verein gegen Tierfabriken c. Svizzera*, ricorso n. 24699/94, sentenza del 28 giugno 2001, §§ 69-70.

³⁷ Cfr. ad esempio Corte di giustizia delle Comunità europee, *Carpenter*, causa C-60/00, sentenza dell'11 luglio 2002; conclusioni dell'avvocato generale Léger alla sentenza *Parlamento c. Consiglio e Commissione*, cause riunite C-317/04 e C-318/04, del 30 maggio 2006, punti 226-228; Tribunale di primo grado delle Comunità europee, *The Bavarian Lager Co. Ltd c. Commissione*, causa T-194/04, punti 116-119. Per il confronto con la Corte europea dei diritti dell'uomo cfr. *Peck c. Regno Unito*, ricorso n. 44647/98, sentenza del 28 gennaio 2003.

Un recente esempio di tale atteggiamento della Corte di giustizia si può vedere nella sentenza *Damgaard*³⁸. Tale pronuncia trae origine da un rinvio pregiudiziale effettuato da un tribunale danese in sede di appello. Il signor Damgaard, giornalista, era stato condannato per aver pubblicato sul suo sito internet delle informazioni relative alle proprietà benefiche di un medicinale il cui commercio era vietato in Danimarca, violando la relativa legge nazionale. Nel corso dell'appello emergeva la questione se la pubblicazione del sig. Damgaard fosse assimilabile ad una pubblicità ai sensi della direttiva 2001/83 recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano: sul punto venivano chiesti lumi alla Corte di Lussemburgo. Il giudice comunitario, dopo aver sancito che la direttiva in questione deve essere interpretata nel senso che la divulgazione da parte di un terzo di informazioni relative ad un medicinale può essere considerata come pubblicità, anche quando questi agisce di propria iniziativa e in autonomia rispetto al venditore o produttore, rinviando l'accertamento di tale circostanza al giudice nazionale, prendeva posizione sull'eventuale violazione della libertà di espressione di cui all'art. 10 CEDU lamentata dal sig. Damgaard. La Corte descriveva, dunque, le modalità di tutela di tale diritto nell'ambito della CEDU, ricordando che lo stesso articolo 10, al paragrafo 2, prevede la possibilità di limitazioni all'esercizio di tale diritto giustificate da obiettivi di interesse generale ove tali deroghe siano previste dalla legge, dettate da uno o più scopi legittimi e necessarie in una società democratica, cioè giustificate da un bisogno sociale imperativo e proporzionate al fine perseguito³⁹. La Corte di giustizia ha quindi ripreso lo stesso standard di controllo applicato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo sancendo che «è pacifico che il margine di valutazione discrezionale di cui dispongono le autorità competenti per stabilire dove si trovi il giusto equilibrio tra la libertà di espressione e gli obiettivi sopramenzionati è variabile per ciascuno degli scopi che giustificano la limitazione di tale diritto e secondo la natura delle attività considerate. Qualora l'esercizio della libertà non contribuisca ad un dibattito di interesse generale e, per giunta, ci si collochi in un contesto in cui gli Stati membri hanno un certo margine di valutazione discrezionale, il controllo si limita alla verifica del carattere ragionevole e proporzionale dell'ingerenza»⁴⁰. In particolare, la Corte ha concluso concludendo sottolineando come quanto affermato valga anche per l'uso

³⁸ Corte di giustizia delle Comunità europee, *Damgaard*, causa C-421/07, sentenza del 2 aprile 2009.

³⁹ Cfr. Sentenza *Damgaard*, cit., punto 26.

⁴⁰ Cfr. Sentenza *Damgaard*, cit., punto 27.

commerciale della libertà di espressione e soprattutto nel settore della pubblicità. La Corte di giustizia, quindi, intende tutelare il diritto alla libertà di espressione secondo le stesse modalità della Corte europea dei diritti dell'uomo, applicando il medesimo standard di revisione delle decisioni nazionali e riconoscendo lo stesso margine di apprezzamento agli Stati membri nel bilanciare la tutela di tale diritto con il perseguimento di altri interessi. Si tratta, dunque, di «un'importazione» del margine di apprezzamento da parte della Corte di giustizia che discende dalla volontà di applicare il medesimo livello di tutela presente nell'ambito del Consiglio d'Europa a proposito di un diritto fondamentale iscritto nella CEDU.

4.1. *L'utilizzo del margine di apprezzamento in relazione al conflitto tra libertà comunitarie e diritti fondamentali*

A partire dal 2003 è possibile individuare una serie di sentenze in cui emerge un conflitto⁴¹ tra diritti fondamentali e libertà comunitarie⁴²: è in tale ambito che la Corte di giustizia sviluppa la propria peculiare dottrina del margine di apprezzamento, quale spazio riconosciuto agli Stati membri nell'applicazione delle norme sulle libertà di circolazione al fine di consentire a questi il bilanciamento tra tali libertà e la tutela dei diritti fondamentali nazionali⁴³. I casi in cui l'applicazione della dottrina del margine di apprezzamento quale spazio

⁴¹ Una prima manifestazione di tale possibile conflitto si era avuta con la sentenza *Cinéthèque*, (cause riunite 60 e 61/84, dell'11 luglio 1985) in cui il ricorrente aveva richiesto alla Corte se una normativa che vietasse la circolazione di videocassette per consentire lo sfruttamento commerciale di un film nelle sale cinematografiche fosse contraria alla libertà di espressione garantita dalla CEDU. La Corte tuttavia non si era pronunciata sul punto perché non competente a valutare la compatibilità di una normativa nazionale con la CEDU. In generale, il rapporto tra diritti fondamentali e libertà di circolazione si ritrova secondo diversi profili, anche non conflittuali, nella giurisprudenza comunitaria. Cfr sul rapporto tra libertà comunitarie e diritti fondamentali C. KADDOUS, *Droits de l'homme et libertés de circulation: complémentarité ou contradiction?*, in AA.VV., *Mélanges en hommage à Georges Vandensanden*, Bruxelles, 2008, pp. 563 ss.; A. BAILLEUX, *Les alliances entre libre circulation et droits fondamentaux. Le 'flow' au cœur de la jurisprudence communautaire* in *Journal de droit européen*, giugno 2009, pp. 1 ss.

⁴² Cfr. nota 27.

⁴³ Sul ruolo della Corte di giustizia nella tutela dei diritti fondamentali cfr. per tutti A. TIZZANO, *The Role of the ECJ in the Protection of Fundamental Rights*, in A. ARNULL, P. EECKHOUT e T. TRIDIMAS (a cura di), *Continuity and Change: Essays in Honour of Sir Francis Jacobs*, Oxford, 2008, pp. 125 ss e *La Corte di giustizia delle Comunità europee e i diritti fondamentali*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2005 nonché M. CONDINANZI, *Il «livello comunitario» di tutela dei diritti fondamentali dell'individuo* in P. BILANCIA e E. DE MARCO (a cura di), *op. cit.*, pp. 35 ss.

discrezionale degli Stati al fine del bilanciamento tra diritti fondamentali e libertà comunitarie appare più evidente sono quelli oggetto delle pronunce *Schmidberger*⁴⁴, *Omega*⁴⁵ e, più recentemente, *Dynamic Medien*⁴⁶. In tutti questi casi veniva invocata dagli Stati la tutela di un diritto fondamentale nazionale quale motivo di giustificazione di una restrizione ad una libertà comunitaria. In *Schmidberger* si opponevano libertà di circolazione delle merci e libertà di riunione e di espressione, in *Omega* libertà di prestazione di servizi e dignità umana, in *Dynamic* libertà di circolazione delle merci e diritti dei minori. Si tratta di conflitti tra elementi nazionali e comunitari, quindi in relazione a valori protetti secondo diversi livelli di tutela.

Si analizzerà in particolare la recente pronuncia *Dynamic Medien*⁴⁷, con i debiti richiami agli altri precedenti, per mostrare il metodo utilizzato dalla Corte di giustizia. Il caso trae origine da una domanda pregiudiziale presentata dal Landgericht Koblenz nell'ambito di una controversia tra due società di diritto tedesco. La Avides Media vendeva per corrispondenza su internet in Germania dei supporti video provenienti dal Regno Unito, i quali erano stati oggetto di un controllo, ai fini della tutela del minore, da parte del British Board of Film Classification. A seguito di tale controllo, svolto in conformità alla normativa inglese, i supporti esportati venivano classificati come «vietati ai minori di anni quindici» e contrassegnati in tal modo. La Dynamic Medien, società concorrente dell'Avides Media, agiva in giudizio per inibire la vendita in Germania di tali supporti, contestando che gli stessi non fossero stati oggetto di controllo da parte delle competenti autorità tedesche, in violazione di quanto stabilito dalla *Jugendschutzgesetz*, la legge di tutela dei minori del 23 luglio 2002⁴⁸. Tale normativa vieta, infatti, la vendita a bambini o adolescenti, tramite commercio al dettaglio fuori dai locali commerciali o per corrispondenza, di supporti video che non siano stati contrassegnati dalle competenti autorità tedesche.

Il giudice tedesco si è, dunque, trovato a confrontare il divieto previsto dalla legge nazionale sulla tutela dei minori con il fonda-

⁴⁴ Corte di giustizia delle Comunità europee, *Schmidberger*, causa C-112/00, sentenza del 12 giugno 2003.

⁴⁵ Corte di giustizia delle Comunità europee, *Omega*, causa C-36/02, sentenza del 14 ottobre 2004.

⁴⁶ Corte di giustizia delle Comunità europee, *Dynamic Medien*, causa C-244/06, sentenza del 14 febbraio 2008.

⁴⁷ Cfr. O. POLLICINO, *Corti europee e allargamento dell'Europa: evoluzioni giurisprudenziali e riflessi ordinamentali*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 1/09, pp. 3 ss.

⁴⁸ BGBl 2002 I, p. 2730.

mentale principio della libera circolazione delle merci, di cui agli artt. 28 e 30 CE⁴⁹, nonché con gli obblighi derivanti dalla direttiva 2000/31⁵⁰. Per risolvere la questione, il giudice tedesco ha ritenuto opportuno investire di una questione pregiudiziale la Corte di Lussemburgo. La Corte di giustizia ha considerato, innanzitutto, che il divieto di vendita previsto dalla normativa tedesca costituisce una restrizione alla libera circolazione delle merci in quanto essa «rende più ardua e dispendiosa l'importazione di supporti video provenienti da Stati membri diversi dalla Repubblica federale di Germania, e può pertanto dissuadere taluni interessati dal commercializzare tali supporti video in quest'ultimo Stato membro». Successivamente ha valutato la sussistenza di una possibile giustificazione a tale restrizione. Dapprima la Corte ha considerato che la tutela dei minori costituisce un interesse tutelato sia a livello internazionale che comunitario, come testimonia il fatto che l'art. 24 della Carta di Nizza⁵¹ stabilisce che i minori hanno diritto alla tutela e alle cure necessarie per il loro benessere. La tutela del minore rappresenta dunque «un interesse legittimo che giustifica, in linea di principio, una limitazione ad una libertà fondamentale garantita dal Trattato CE, quale la libera circolazione delle merci»⁵². In concreto, la Corte riconosce che la normativa nazionale è diretta a tale obiettivo. Quindi il livello nazionale, internazionale e comunitario condividono lo stesso obiettivo. Riprendendo quanto sancito in *Omega*, la Corte afferma che affinché la misura restrittiva diretta alla tutela del minore sia giustificata, non occorre che essa cor-

⁴⁹ L'articolo 28 CE corrisponde all'attuale articolo 34 TFUE il quale dispone che «Sono vietate tra gli Stati membri le restrizioni quantitative all'importazione nonché qualsiasi misura di effetto equivalente». A sua volta, l'articolo 30 CE corrisponde all'attuale articolo 36 TFUE il quale prevede che «Le disposizioni degli articoli 34 e 35 lasciano impregiudicati i divieti o restrizioni all'importazione, all'esportazione e al transito giustificati da motivi di moralità pubblica, di ordine pubblico, di pubblica sicurezza, di tutela della salute e della vita delle persone e degli animali o di preservazione dei vegetali, di protezione del patrimonio artistico, storico o archeologico nazionale, o di tutela della proprietà industriale e commerciale. Tuttavia, tali divieti o restrizioni non devono costituire un mezzo di discriminazione arbitraria, né una restrizione dissimulata al commercio tra gli Stati membri.».

⁵⁰ Direttiva 2000/31/CE del Parlamento e del Consiglio dell'8 giugno 2000 relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno, pubblicata in *GUCE* L 178, p. 1.

⁵¹ Pubblicata in *GUUE* C 364 del 18 dicembre 2000 p.1. Il 12 dicembre 2007 la Carta è stata nuovamente proclamata dai presidenti della Commissione europea, del Parlamento e del Consiglio a Strasburgo, in previsione della firma del Trattato di Lisbona ed il testo, modificato ed aggiornato per renderlo coerente con il Trattato di Lisbona, è stato pubblicato in *GUUE* C 303 del 14 dicembre 2007 p. 1. Il testo è reperibile in B. NASCIMBENE, *Comunità e Unione europea*, Torino, 2008.

⁵² Cfr. Sentenza *Dynamic*, cit., punto 42.

risponda ad una concezione condivisa da tutti gli Stati membri rispetto al livello o alle modalità di tale tutela. La Corte constata, infatti, che «poiché tale concezione può variare da uno Stato membro all'altro in funzione, in particolare, di considerazioni di carattere morale o culturale, si deve riconoscere agli Stati membri un margine discrezionale certo»⁵³. Questa affermazione della Corte appare condivisibile in particolare ricordando quanto scritto da Weiler, il quale rilevava che un diritto fondamentale costituisce l'espressione di un «compromesso tra beni sociali concorrenti». In particolare, ogni diritto fondamentale esprime, nelle democrazie liberali, un compromesso tra i vari interessi della collettività, rappresentati dall'autorità governativa, e l'interesse dell'individuo alla propria autonomia e libertà⁵⁴. Il bilanciamento tra queste esigenze contrastanti esprime il compromesso sociale, il nucleo dei valori fondamentali di una società, il quale differisce da un sistema all'altro ed è dunque ragionevole lasciare tale spazio di valutazione direttamente agli Stati. La Corte rileva che quello della tutela dei minori è un settore in cui non è avvenuta un'armonizzazione a livello comunitario e lascia agli Stati lo spazio per scegliere il livello di tutela da accordare a tale interesse, senza imporre un proprio standard. In questo modo allo Stato viene lasciato lo spazio per bilanciare la tutela dei minori con altri interessi nazionali o con altri diritti fondamentali, quale ad esempio la libertà di espressione.

Si può osservare, dunque, che, al pari della Corte di Strasburgo, la Corte di Lussemburgo opera un certo *self-restraint*, in quanto non interviene sulla determinazione del livello di tutela del diritto in questione, non impone uno standard comunitario, ma lascia spazio alla scelta discrezionale dello Stato. Non richiedendo, inoltre, che la concezione del diritto fondamentale in questione sia la stessa in tutti gli Stati membri, ma valorizzando le peculiarità dell'ordinamento del caso di specie, la Corte di Lussemburgo rifiuta la «dottrina del consenso», non ricercando una concezione comune ai vari ordinamenti comunitari. È interessante notare poi che, mentre nel sistema della CEDU il margine di apprezzamento viene utilizzato per legittimare deroghe alla tutela dei diritti fondamentali, in quello comunitario esso amplia la tutela degli stessi. La Corte di giustizia, infatti, consente allo Stato di accordare la tutela più ampia ai diritti fondamentali così come con-

⁵³ Cfr. Sentenza *Dynamic*, cit., punto 44.

⁵⁴ Cfr. J.H.H. WEILER, *Fundamental Rights and Fundamental Boundaries: on Standards and Values in the Protection of Human Rights*, in N.A. NEUWAHL e A. ROSAS, *The European Union and human rights*, L'Aja, 1995, nonché J.H.H. WEILER, *La Costituzione dell'Europa*, Bologna, 1999.

cepiti dal proprio ordinamento, anche ove questo si realizzi a detrimento di una libertà comunitaria.

4.2. *Il test di proporzionalità*

Al pari di quanto effettuato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, la Corte di giustizia delle Comunità europee effettua un controllo circa la misura adottata dallo Stato nell'ambito del proprio margine di apprezzamento. Esso viene sviluppato in maniera peculiare nei casi di conflitto tra una libertà comunitaria e un diritto fondamentale. Secondo i parametri utilizzati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo⁵⁵ la restrizione ad un diritto della Convenzione deve essere conforme alla legge o prescritto da essa; in secondo luogo, l'obiettivo della restrizione deve essere riconducibile ad uno degli obiettivi specificati dalla norma rilevante nel caso di specie e, in terzo luogo, essa deve essere considerata necessaria in una società democratica. La misura deve essere, inoltre, proporzionata all'obiettivo perseguito. Ad esempio, nell'ambito della libertà di espressione, la Corte di Strasburgo verifica che le limitazioni operate nell'ambito del margine di apprezzamento degli Stati siano dirette ad uno degli scopi previsti dalla norma stessa al paragrafo 2, ovvero «alla sicurezza nazionale, all'integrità territoriale o alla pubblica sicurezza, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, alla protezione della reputazione o dei diritti altrui, per impedire la divulgazione di informazioni riservate o per garantire l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario»⁵⁶. Un analogo standard di revisione viene applicato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo a proposito dell'art. 8 CEDU, relativo alla tutela della vita privata e familiare: questa norma, strutturata similmente all'art. 10 CEDU, prevede che non possano esservi ingerenze da parte delle autorità, a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui⁵⁷.

⁵⁵ J. SWEENEY, *op. cit.*, p. 30.

⁵⁶ A proposito del controllo dei limiti del margine di apprezzamento relativo all'applicazione dell'art. 10 CEDU cfr. ad esempio: Corte europea dei diritti umani, *Sunday Times c. Regno Unito*, ricorso n. 6538/74, sentenza del 26 aprile 1979; *Lingens c. Austria*, ricorso n. 9815/82, sentenza dell'8 luglio 1986; *Muller e a. c. Svizzera*, ricorso n. 10737/84, sentenza del 24 maggio 1988; *Barfod c. Danimarca*, ricorso n. 11508/85, sentenza del 22 febbraio 1989.

⁵⁷ A proposito del controllo dei limiti del margine di apprezzamento relativo al-

Per quanto riguarda la Corte di giustizia dell'Unione europea, il controllo circa i limiti del margine di apprezzamento dello Stato, nell'ambito del bilanciamento tra diritti fondamentali e libertà comunitarie, si svolge all'interno della verifica della legittimità della restrizione a tali libertà.

Il test di proporzionalità viene normalmente effettuato dalla Corte per tutte le misure restrittive delle libertà comunitarie giustificate in base ad una norma del Trattato⁵⁸ o in virtù delle esigenze imperative⁵⁹. In sostanza, la Corte di giustizia adotta una variante del tradizionale metodo di controllo della legittimità di una giustificazione ad una restrizione delle libertà comunitarie modellata sulla specificità della materia dei diritti fondamentali. Le ipotesi di giustificazione di una restrizione in virtù della tutela dei diritti fondamentali non sono direttamente riconducibili a quelle descritte dal Trattato o ad una delle esigenze imperative proprio per la specificità della materia. Da un lato, l'invocazione dei diritti fondamentali appare trasversale in quanto riconducibile ora alle categorie di giustificazione previste dal Trattato, quali ad esempio l'ordine pubblico, ora alle esigenze imperative; dall'altro, essa può costituire un'autonoma causa di giustificazione⁶⁰.

In genere, la Corte verifica che la misura restrittiva sia riconduci-

l'applicazione dell'articolo 8 CEDU cfr. ad esempio Corte europea dei diritti umani, *Johnston e a. c. Irlanda*, ricorso n. 9697/82, sentenza del 18 dicembre 1986, *Eriksson c. Svezia*, ricorso n. 11373/85, sentenza del 22 giugno 1989; *Dudgeon c. Regno Unito*, ricorso n. 7525/76, sentenza del 22 ottobre 1981.

⁵⁸ Il Trattato stesso prevede la possibilità di restrizioni, giustificate in virtù della considerazione di interessi propri dello Stato la cui tutela, secondo l'ottica del legislatore comunitario, può essere prevalente rispetto alla salvaguardia delle libertà di circolazione. Per quanto riguarda la libera circolazione delle merci, ad esempio vi è l'art. 30 CE, il quale prevede la possibilità di restrizioni per ragioni attinenti alla moralità pubblica, l'ordine pubblico, la pubblica sicurezza, la tutela della salute, della vita delle persone, degli animali, la preservazione dei vegetali, la protezione del patrimonio artistico, storico, archeologico nazionale, la tutela della proprietà industriale e commerciale. La Corte ha sottolineato che trattandosi di deroghe alla regola fondamentale dell'eliminazione di ogni ostacolo alla libera circolazione delle merci tra Stati membri è necessario effettuarne un'interpretazione restrittiva.

⁵⁹ Cfr. Corte di giustizia delle Comunità europee, *Rewe-Zentral AG* (Cassis de Dijon), causa 120/78, sentenza del 20 febbraio 1979; *Canal Satélite Digital*, causa C-390/99, sentenza del 22 gennaio 2002; *Commissione c. Lussemburgo*, causa C-286/07, sentenza del 23 aprile 2009.

⁶⁰ Cfr. A. ALEMANNI, *À la recherche d'un juste équilibre entre liberté fondamentales et droits fondamentaux dans le cadre du marché intérieur*, in *Revue du Droit de l'Union Européenne* 2004, pp. 709 ss nonché M. AVBELJ, *European Court of Justice and the question of value choices: fundamental human rights as an exception to the freedom of movement of goods*, Jean Monnet working paper 4/06, reperibile sul sito <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/04/040601.html>, ultimo accesso 9 novembre 2009.

bile ad una delle giustificazioni previste dal Trattato o ad un'esigenza imperativa e che sia rispettosa del principio di proporzionalità. Secondo la giurisprudenza della Corte non vi possono essere delle restrizioni giustificate per la necessità di perseguire esigenze fondamentali riconosciute dal diritto comunitario in settori in cui vi è stata un'armonizzazione delle misure necessarie per realizzare tale obiettivo⁶¹. Ove, invece, non vi sia stato tale intervento del legislatore europeo, gli Stati membri sono liberi di scegliere il livello e le modalità di tutela da accordare alle diverse esigenze imperative eventualmente contrastanti con le libertà comunitarie, nel rispetto dei limiti imposti dal diritto comunitario. Talvolta, in caso di armonizzazione parziale è il legislatore comunitario a dettare i limiti per le deroghe alle libertà comunitarie⁶². Poiché nel settore dei diritti fondamentali non vi è e non vi può essere, per ragioni di competenza, un'armonizzazione della materia, spetta agli Stati «valutare il livello di tutela che essi intendono garantire all'interesse in questione»⁶³. La Corte riserva, però, per sé il compito di valutare che tale potere discrezionale sia esercitato nel rispetto degli obblighi derivanti dal diritto comunitario, nonché del principio di proporzionalità, e procede alla verifica dell'adeguatezza della misura rispetto all'obiettivo perseguito e dell'impossibilità di raggiungere un tale obiettivo con misure meno restrittive.

La Corte talvolta procede direttamente, talvolta rimette la questione al giudice nazionale. In *Schmidberger* la Corte ha esaminato accuratamente le modalità di svolgimento della manifestazione in oggetto nel giudizio nazionale concludendo che le autorità austriache avevano effettuato un corretto bilanciamento del danno arrecato alla libertà di circolazione e della tutela dei diritti fondamentali di libertà di riunione e di espressione, viste le misure adottate per limitare il pregiudizio il più possibile. In *Omega* la Corte ha confermato il bilanciamento effettuato dalle autorità tedesche constatando, inoltre, che il divieto nazionale riguardava solo una parte limitata dell'attività della società. In *Dynamic Medien* la Corte ha analizzato il divieto imposto dalla legge nazionale circa la vendita di supporti video non sottoposti a controllo e ha constatato che non si tratta di una misura

⁶¹ Corte di giustizia delle Comunità europee, *Kemikalieinspektionen c. Toolex Alpha*, C-473/98, sentenza dell'11 luglio 2000, p. 25; *Tadeschi c. Denkavit*, causa 5/77, sentenza del 5 ottobre 1977

⁶² Cfr. *Free movement of goods: guide to the application of Treaty provisions governing free movement of goods*, Commission staff working paper, 12 maggio 2009, p. 37, consultabile sul sito http://ec.europa.eu/enterprise/policies/single-market-goods/files/goods/docs/art2830/new_guide_en.pdf, ultimo accesso 9 novembre 2009.

⁶³ Cfr. Sentenza *Dynamic*, cit., punto 44.

generale ma che riguarda soltanto la commercializzazione con i minori. Tale misura non risultava dunque essere sproporzionata rispetto all'obiettivo perseguito di tutela dei minori. La Corte ha indicato, tuttavia, i criteri che devono essere seguiti dal legislatore nazionale per strutturare la procedura di controllo di tali supporti video: essa deve, infatti, essere facilmente accessibile, deve potersi concludere entro termini ragionevoli e, in caso di esito negativo, il relativo divieto deve poter formare oggetto di ricorso giurisdizionale. La Corte, in proposito, affermava che dagli elementi del fascicolo la procedura nazionale sembra essere conforme a tali criteri, ma rinvia al giudice nazionale la verifica in concreto.

Il test effettuato dalla Corte di giustizia dell'Unione europea, dunque, differisce da quello della Corte di Strasburgo, in quanto assume le caratteristiche peculiari del sistema. In generale, tuttavia, si può dire che in entrambi i casi si tratta di una declinazione del principio di proporzionalità, nel rispetto del principio di sussidiarietà tra ordinamento nazionale e sovranazionale.

4.3. *Il problema delle competenze*

L'analisi dell'applicazione del margine di apprezzamento a proposito della tutela dei diritti fondamentali nel sistema comunitario apre lo spazio per un'ultima riflessione in materia di riparto di competenze relativamente alla tutela dei diritti fondamentali.

Nell'ambito della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, la dottrina del margine di apprezzamento è stata sviluppata per tenere conto della sovranità nazionale degli Stati e della relativa competenza nel determinare il livello di tutela accordato ai diritti considerati fondamentali all'interno dell'ordinamento. La CEDU costituisce, infatti, un minimo comune denominatore circa la tutela dei diritti umani nell'ambito degli Stati dell'area europea, uno «strumento di ordine pubblico», ma non è diretta a sostituire le scelte delle carte costituzionali. La Corte di Strasburgo, in coerenza con tali premesse, ha dunque operato un certo *self-restraint* per non imporre agli Stati standard che potevano risultare inaccettabili per il proprio ordinamento, optando per una certa deferenza per le decisioni nazionali nell'ambito del bilanciamento tra diritti fondamentali e altri interessi dello Stato.

In ambito comunitario il rapporto tra controllo della Corte di giustizia in merito alla tutela dei diritti fondamentali e competenza degli Stati appare ancora più controverso. A differenza della Corte di Strasburgo, la Corte di Lussemburgo è competente a giudicare delle violazioni dei diritti fondamentali solo in un ambito limitato, ovvero relativamente agli atti comunitari adottati dalle istituzioni comunita-

rie nell'esercizio delle loro funzioni; gli atti o i comportamenti nazionali di attuazione del diritto comunitario⁶⁴; le giustificazioni adottate da uno Stato membro per una misura nazionale altrimenti incompatibile con il diritto comunitario⁶⁵. Nei casi sopra ricordati il margine di apprezzamento è stato riconosciuto agli Stati in ipotesi rientranti in quest'ultima categoria: si trattava, infatti, di misure nazionali che erano dirette a creare un limite ad una delle libertà di circolazione comunitarie, in ragione della tutela di un diritto fondamentale nazionale. La Corte di giustizia ha riconosciuto lo spazio discrezionale di ogni Stato nel determinare il livello di tutela da accordare ad un singolo diritto fondamentale, in assenza di uno standard comunitario. L'imposizione di un tale standard non sarebbe coerente con il sistema comunitario, in quanto l'Unione europea non ha una competenza generale in materia di diritti fondamentali e dunque la ricostruzione del livello comunitario di tutela dei diritti fondamentali viene operata, di volta in volta, in sede giudiziaria da parte della Corte di giustizia. Nemmeno la redazione della Carta di Nizza ha la funzione di «armonizzare» la materia dei diritti fondamentali, di esclusiva competenza nazionale, ma semplicemente di identificare quali sono i diritti fondamentali riconosciuti nell'ordinamento comunitario e di cui la Corte di giustizia garantisce l'osservanza nell'ambito di competenza che le è riservato. La concessione di un margine di apprezzamento agli Stati, dunque, discende dall'applicazione del metodo della Corte di controllo delle misure restrittive delle libertà comunitarie anche ove gli Stati invochino una giustificazione dettata da esigenze di tutela dei diritti fondamentali ed appare una scelta «obbligatoria» in ragione della carenza di competenza in questa materia. Il *self-restraint* della Corte appare, dunque, necessario e coerente con il sistema comunitario. Ciò nulla toglie, tuttavia, all'importanza del controllo della Corte di giustizia, affinché tale potere degli Stati venga esercitato nel rispetto dei limiti del diritto comunitario, nonché del principio di proporzionalità, e al dialogo che in tal modo viene sviluppato con le giurisdizioni nazionali in tema di diritti fondamentali.

Una tale applicazione del margine di apprezzamento, inoltre, risulta coerente con le novità apportate dal Trattato di Lisbona. Il Trattato sull'Unione europea nella sua versione modificata prevede all'art. 4 che «l'Unione rispetta l'uguaglianza degli Stati membri davanti ai

⁶⁴ Corte di giustizia delle Comunità europee, *Wachauf c. Repubblica federale di Germania*, in causa C- 5/88, del 13 luglio 1989.

⁶⁵ Corte di giustizia delle Comunità europee, *Elliniki Radiophonia Tileorasi AE c. Dimotiki Etairia Pliroforissis e Sotirios*, causa C-260/89, sentenza del 18 giugno 1991.

Trattati e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale [...]». All'art. 3 TUE viene inoltre sancito che «[L'Unione] rispetta la ricchezza della sua diversità culturale e linguistica e vigila sulla salvaguardia e sullo sviluppo del patrimonio culturale europeo». La promozione dei valori nazionali anche attraverso un atteggiamento di deferenza della Corte di giustizia rispetto al livello e alle modalità di tutela dei diritti fondamentali può validamente rientrare in una politica di valorizzazione della diversità culturale e di salvaguardia dell'identità nazionale.

5. Conclusioni

L'applicazione del margine di apprezzamento da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo ha suscitato in dottrina diverse reazioni. È stato sottolineato che se le differenze nazionali rendono necessario il margine di apprezzamento, questo accresce tuttavia la difficoltà della costruzione di standard europei; la Corte, inoltre, ricorrendo a tale tecnica, abdicerebbe alla propria funzione di controllo giudiziale della condotta degli Stati membri, rinviando ad essi proprio ove le materie sono più sensibili e le problematiche più delicate⁶⁶. È stata, infine, rilevata la mancanza di legittimazione della Corte all'utilizzo di tale tecnica, data l'assenza nel testo della Convenzione di un riferimento esplicito al margine di apprezzamento.

Altra dottrina ha, invece, sottolineato i meriti di tale tecnica giudiziale adottata dalla Corte di Strasburgo, sottolineando, in particolare, come al fine di bilanciare i diritti individuali e gli altri interessi nazionali, sia inevitabile, in un sistema multiculturale e pluralista come quello del Consiglio d'Europa, la concessione di uno spazio di discrezionalità per gli Stati. La dottrina del margine di apprezzamento ha consentito, inoltre, di evitare possibili conflitti tra la Corte e gli Stati, preoccupati di una prevaricazione della propria sovranità in aree fondamentali come quella della sicurezza e di mantenere il consenso necessario al funzionamento del Consiglio d'Europa⁶⁷.

Vi è, tuttavia, una certa unanimità nella ricerca di una base logica e politica più forte per l'utilizzo di tale dottrina, nonché l'aspirazione ad un maggiore sviluppo delle argomentazioni della Corte di Stra-

⁶⁶ Cfr. *inter alia*, M.R. HUTCHINSON, *The margin of appreciation doctrine in the European Court of Human Rights*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1999, pp. 638 ss. e BENVENISTI, *op. cit.*, pp. 853 ss.

⁶⁷ Cfr. Y. ARAI TAKAHASHI, *op. cit.*

sburgo, in modo da rendere più trasparente il ragionamento ed esplicitare i presupposti della sua applicazione.

In assenza di analoghe valutazioni dottrinali per quanto riguarda l'applicazione del margine di apprezzamento da parte della Corte di giustizia, si può, tuttavia, sottolineare che l'utilizzo di tale tecnica dimostra che vi sono ambiti in cui la Corte riconosce lo spazio di scelta degli Stati, in particolare l'ordine pubblico e la tutela dei diritti fondamentali, evitando di imporre degli standard comunitari e consentendo l'emersione del pluralismo delle realtà nazionali. Questo atteggiamento, se da un lato può apparire come un eccessivo *self-restraint* dell'ordinamento comunitario rispetto a quelli nazionali, comporta, invece, una tutela della diversità nazionale su cui interviene tuttavia il coordinamento e il controllo della Corte. È interessante l'utilizzo di tale tecnica, soprattutto per quanto riguarda la tutela dei diritti fondamentali nazionali, in quanto, la Corte riconosce la piena esplicazione del livello di tutela nazionale, evitando inoltre la contrapposizione di *controlimiti* da parte degli ordinamenti nazionali. Questa tecnica giudiziaria, dunque, importata dal o quanto meno «ispirata» al sistema di Strasburgo, si è rivelata favorevole alla tutela dei diritti fondamentali nel sistema comunitario, nonché un buon metodo per mediare tra universalità e particolarismo in entrambi i sistemi. Essa è inoltre coerente con il sistema comunitario e il principio di attribuzione, nonché con quanto previsto nel Trattato di Lisbona a proposito della tutela dell'identità nazionale.