



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

Scuola di Dottorato in Scienze giuridiche

Dipartimento di Diritto pubblico, processuale civile, internazionale ed europeo

Curriculum di Diritto dell'Unione europea, XXIII ciclo

Tesi di dottorato di ricerca:

**Il bilanciamento dei diritti fondamentali presso la
Corte di giustizia dell'Unione europea**

Settore disciplinare: Jus 14

Ilaria Angela Anrò
Matr. n.: R 07497

Relatori:

Chiar. ma Prof.ssa Ilaria Viarengo
Chiar.mo Prof. Massimo Condinanzi

Coordinatore:

Chiar.mo Prof. Marco Pedrazzi

A.A. 2009/2010

Indice

Nota sulla citazione di sentenze e ordinanze:.....	6
Abbreviazioni.....	7
Introduzione	9
Capitolo I	12
I diritti fondamentali in Europa e i diversi livelli di tutela	12
1. Il concetto di diritto fondamentale in Europa e l'utilizzo delle nozioni di "diritti fondamentali" e "diritti umani".....	12
2. I diritti come espressione dell'equilibrio fondamentale tra potere pubblico e autonomia privata.....	19
3. Il c.d. "sistema multilivello" europeo: la peculiarità della tutela dei diritti fondamentali nel Vecchio Continente.....	21
4. Il livello di tutela dell'Unione europea: passato, presente e futuro.....	29
5. La Carta di Nizza.....	34
5.1 <i>La redazione e la questione del valore giuridico</i>	34
5.2 <i>Il rapporto tra la Carta e le fonti</i>	39
5.3 <i>L'incidenza della Carta di Nizza sul ruolo della Corte di giustizia</i>	41
5.4 <i>La natura giuridica della Carta di Nizza</i>	44
5.5 <i>L'applicazione della Carta di Nizza</i>	48
6. L'adesione.....	50
7. Il coordinamento dei tre sistemi mediante il principio di sussidiarietà e il concetto di tutela equivalente.....	53
7.1 <i>Il coordinamento tra il livello nazionale e il livello della CEDU</i>	54
6.2 <i>Il coordinamento tra livello dell'Unione europea e livello nazionale</i>	54
7.2 <i>Il coordinamento tra livello dell'Unione europea e livello CEDU</i>	55

8. I diritti fondamentali del sistema convenzionale e dell'Unione europea nell'ordinamento italiano alla luce del recente orientamento della Corte costituzionale.	60
Capitolo II	69
Considerazioni in tema di bilanciamento	69
1. Il bilanciamento come metodo per la risoluzione di conflitti tra diritti fondamentali	70
2. Il concetto di bilanciamento e la discrezionalità del giudice	73
3. Il bilanciamento presso la Corte di giustizia	80
3.1. Il rinvio pregiudiziale: un sistema di cooperazione tra giurisdizioni alla base della costruzione dell'ordinamento dell'Unione europea	81
3.2 Il procedimento di impugnazione	88
3.3 La ponderazione degli interessi nel procedimento cautelare	96
4. Conclusione	99
Capitolo III	101
I diritti fondamentali e il mercato interno	101
1. La tutela dei diritti fondamentali ed il mercato interno: l'esigenza di un bilanciamento	101
2. Da ERT a Schmidberger: il cambiamento della considerazione dei diritti fondamentali da limite ad obiettivo delle restrizioni alle libertà comunitarie	105
3. Il riconoscimento del pluralismo delle concezioni dei diritti fondamentali: i casi Omega e Dynamic Medien	113
4. Il bilanciamento tra diritti sociali fondamentali e libertà comunitarie	125
5. Il metodo utilizzato dalla Corte	139
6. L'evoluzione della giurisprudenza comunitaria in tema di diritti fondamentali e la valorizzazione dei livelli nazionali	147
7. Il coordinamento tra diritti fondamentali e libertà comunitarie	152
8. I diritti fondamentali e la libera circolazione delle decisioni	161
Capitolo IV	171
Il bilanciamento tra diritti fondamentali	171
1. Il bilanciamento tra due diritti fondamentali	171

2.	In particolare: la tutela della vita personale e dei dati.....	172
2.1	Il quadro normativo di riferimento: la progressiva emersione del carattere “fondamentale” della protezione dei dati.....	173
2.1.2	Il coordinamento dei livelli di tutela attraverso le pronunce della Corte di giustizia. 178	
2.2	Tutela della privacy- altri interessi dello Stato.....	179
2.2.1	Il caso <i>Österreichischer Rundfunk</i>	179
2.2.2	<i>Il caso Huber</i>	183
2.3	Tutela della privacy- libertà di espressione.....	186
2.3.1	<i>Il caso Lindqvist</i>	186
2.3.2	<i>Il caso Satakunnan Markkinaporssi e Satamedia</i>	188
2.4	Tutela della privacy- diritto di proprietà.....	190
2.4.1	Il caso <i>Promusicae</i>	190
2.5	Tutela della privacy- accesso ai documenti.....	193
2.5.1	<i>Il caso Bavarian Lager</i>	193
2.6	Tutela della riservatezza- equo processo.....	196
2.6.1	Il caso <i>Varec</i>	196
3.	Conclusioni.....	199
	Capitolo V	202
	I diritti fondamentali e l’antitrust	202
1.	Introduzione.....	202
2.	I diritti fondamentali delle persone giuridiche.....	203
3.	I diritti fondamentali delle società di fronte alla Commissione nei procedimenti antitrust.....	204
4.	Il caso del <i>legal privilege</i>	213
5.	Il diritto al silenzio.....	218
6.	Conclusione.....	223
	Conclusioni	224

*Essi cercano sempre d'evadere
Dal buio esterno e interiore
Sognando sistemi talmente perfetti che più nessuno avrebbe bisogno d'essere
buono.*

T.S.Elliot

Nota sulla citazione di sentenze e ordinanze:

Prendendo spunto dalla metodologia usata in Corte in giustizia*, le sentenze ed ordinanze provenienti dagli organi giurisdizionali dell'Unione europea saranno citate nel presente lavoro secondo i seguenti criteri.

- Pronunce antecedenti alla creazione del Tribunale:
es. Corte giust., 15 gennaio 1986, *Commissione/ Belgio*, causa 52/84, in Racc. p. 89.
- Pronunce successive alla creazione del Tribunale: il numero della causa dopo il 15 novembre 1989, data in cui le cause di competenza del Tribunale sono state ad esso rinviate, deve essere preceduto dalla lettera C, seguita dal trattino. Il numero delle cause del Tribunale deve essere preceduto dalla lettera T, seguita dal trattino:
es. Corte giust., 16 novembre 1989, *Commissione/ Consiglio*, causa C-131/87, in Racc. p. 3743.
es. Tribunale, 29 maggio 1991, *Bayer/Commissione*, causa T-12/90, in Racc. p. II-219.
- Pronunce a seguito di ricorsi diretti: vengono citati i nomi di entrambe le parti.
es. Corte giust., 12 giugno 1990, *Germania/Commissione*, causa C-8/88, in Racc. p. I- 2321.
- Pronunce a seguito di rinvii pregiudiziali: si cita solo il nome di una delle parti:
es. Corte giust., 17 dicembre 1987, *Zaoui*, causa 147/87, in Racc. p. 5511.
- Se vi sono due parti con la stessa qualifica (ricorrente o resistente) si citano i nomi di entrambe le parti. Se vi sono più parti con la stessa qualifica si cita la prima parte seguita dalla abbreviazione "e a." (e altri):
es. Corte giust., 27 marzo 1980, *Sucrimex e Westzucker/Commissione*, causa 133/79, in Racc. p. 1299.
es. Corte giust., 15 giugno 1988, *Bork International e a.*, causa 101/87, in Racc. p. 3057.

* Cfr. *Vademecum de la Cour relatif aux règles de citation, de typographie et de présentation*, Novembre 2004

Abbreviazioni

<i>CDE</i>	Cahiers des Droit Européen
<i>CE</i>	Comunità europea
<i>CEDU</i>	Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali
<i>CMLR</i>	Common Market Law Review
<i>Comun. int.</i>	Comunità internazionale
<i>Corr. Giur.</i>	Corriere giuridico
<i>Dir. com. scambi int.</i>	Diritto comunitario e degli scambi internazionali
<i>Dir. comm. int.</i>	Diritto del commercio internazionale
<i>Dir. pubbl. comp. eur.</i>	Diritto pubblico comparato ed europeo
<i>Dir. umani e dir. internazionale</i>	Diritti umani e diritto internazionale
<i>D.U.E.</i>	Il Diritto dell'Unione europea
<i>Foro it.</i>	Foro italiano
<i>EHRL Rev.</i>	European Human Rights Law Review
<i>EL Rev.</i>	European Law Review
<i>ELJ</i>	European Law Journal
<i>Europa e dir. priv.</i>	Europa e diritto privato
<i>Giorn. dir. amm.</i>	Giornale di diritto amministrativo
<i>Giur. Cost.</i>	Giurisprudenza costituzionale
<i>Giur. di merito</i>	Giurisprudenza di merito
<i>Giust. Civ.</i>	Giustizia civile
<i>Guida al dir.</i>	Guida al diritto
<i>GUUE</i>	Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea
<i>Harvard LR</i>	Harvard Law Review

<i>HR L Rev.</i>	Human Rights Law Review
<i>JDE</i>	Journal de droit européen
<i>Nuova giur. civ. comm.</i>	Nuova giurisprudenza civile e commerciale
<i>Quad. cost.</i>	Quaderni costituzionali
<i>RAE</i>	Revue des affaires européennes
<i>RDE</i>	Revue de droit de l'Union européenne
<i>RDP</i>	Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger
<i>Racc.</i>	Raccolta
<i>Riv. Dir. Int.</i>	Rivista di diritto internazionale
<i>Riv. dir. priv.</i>	Rivista di diritto privato
<i>Riv. dir. int. priv. proc.</i>	Rivista di diritto internazionale privato e processuale
<i>Riv. dir. proc.</i>	Rivista di diritto processuale
<i>Riv. it. dir. pubbl.</i>	Rivista italiana di diritto pubblico
<i>Riv. it. dir. pubbl. com.</i>	Rivista italiana di diritto pubblico comunitario
<i>RMC</i>	Revue du marché commun
<i>RTDE</i>	Revue trimestrielle de droit européen
<i>Studi int. eur.</i>	Studi sull'integrazione europea
<i>UE</i>	Unione europea

Introduzione

L'idea del bilanciamento associata alla giustizia ha radici lontane nel tempo: già gli antichi Greci raffiguravano la Giustizia come una dea bendata che tiene in mano la bilancia per trovare il giusto equilibrio tra le diverse posizioni. Si tratta di un'idea che ha avuto una rilevante fortuna presso le Corti costituzionali in Europa e negli Stati Uniti, le quali hanno indicato il bilanciamento come metodo per la risoluzione dei conflitti tra diritti.

Può accadere, infatti, che le corti supreme o le corti poste a tutela dei diritti umani debbano risolvere un conflitto tra diritti fondamentali che appaiono ugualmente meritevoli di tutela, in mancanza di un'esplicita gerarchia degli stessi. Se ogni conflitto di diritti implica la necessità di una decisione dirimente, quando le prerogative in causa sono di natura fondamentale, ovvero strettamente inerenti alla dignità dell'uomo, tale decisione appare ancora più difficile. Si pensi, ad esempio, alla libertà di espressione di fronte alla tutela della dignità della persona colpita da proclami offensivi. Il corretto equilibrio delle diverse posizioni viene, quindi, ricercato attraverso il bilanciamento operato dal giudice, che è strettamente funzionale alla risoluzione del caso concreto e non all'enunciazione di una regola di giudizio per la generalità dei casi. Il bilanciamento può, quindi, essere distinto dall'interpretazione, la quale mira ad esplicitare il significato di una norma, per trarne una regola generale.

Il bilanciamento può anche dover essere compiuto tra un diritto fondamentale ed un interesse pubblico, in quanto possono sorgere dei conflitti di tale sorta ed il giudice, in assenza di un preciso confine desumibile dalla norma, deve decidere fino a che punto tutelare il diritto fondamentale in relazione all'interesse pubblico con esso contrastante. È il caso, ad esempio, della tutela della vita privata di fronte alle esigenze di indagine delle pubbliche autorità, della libertà di espressione di fronte al mantenimento della pace sociale, della libertà di manifestazione della propria religione di fronte all'ordine pubblico.

Anche la Corte di giustizia dell'Unione europea può essere chiamata a ricoprire il ruolo di giudice del bilanciamento dei diritti fondamentali, come risulta dall'esame dell'evoluzione del suo ruolo e dalle ormai numerose pronunce in tema. La Corte si è, infatti, trovata di fronte ad ipotesi di conflitto relative ai diritti fondamentali, portati alla sua attenzione principalmente attraverso il rinvio pregiudiziale. Tale procedura, in virtù della sua natura di strumento di dialogo tra giudici, consente un confronto tra i diversi livelli di tutela dei diritti fondamentali del continente europeo e la ricerca di un'armonizzazione degli stessi nel bilanciamento operato dalla

Corte nel caso concreto. Risulta, quindi, di particolare interesse prendere in esame la metodologia di risoluzione di tali conflitti, tenendo conto del sistema di tutela dei diritti fondamentali presente in Europa.

La Corte si è trovata, inoltre, a bilanciare i diritti fondamentali anche con le libertà di circolazione, pilastri del mercato interno dell'Unione. Sono stati presentati all'esame della Corte, ad esempio, casi in cui la libertà di circolazione delle merci si trovava in conflitto con la libertà di espressione di alcuni manifestanti; la tutela della dignità umana contrastava con la libera prestazione di servizi; la tutela dei diritti fondamentali limitava la circolazione delle sentenze. Poiché il diritto dell'Unione europea tutela entrambe le prerogative, senza un'esplicita gerarchia di valori, la Corte ha compiuto delle operazioni di bilanciamento che tengono conto delle peculiarità del sistema e della necessità di non imporre agli Stati valori intollerabili.

Occorre chiedersi, allora, che significato abbia tale bilanciamento operato dalla Corte di giustizia nel contesto dell'Unione europea. In particolare, ci si deve chiedere se il bilanciamento costituisca una vera e propria tecnica interpretativa giudiziaria che consente al giudice la risoluzione dei conflitti tra diritti, in assenza di indicazioni precise da parte del diritto vigente o se esso sia, piuttosto, uno strumento per consentire l'ingresso di nozioni ed elementi extragiuridici che permettono di giungere ad una decisione moralmente e razionalmente accettabile per la società, o ancora se si tratta solamente di una metafora che, in realtà, maschera uno spazio di indisturbata discrezionalità per i giudici.

Nel presente lavoro si procederà, innanzitutto, ad una ricostruzione del sistema di protezione dei diritti fondamentali presente in Europa, esaminando i diversi livelli di tutela: quello nazionale, dell'Unione e del Consiglio d'Europa, alla luce delle recenti evoluzioni dovute, in particolare, all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona ed alla prospettata adesione dell'Unione europea alla CEDU, oltre che all'integrazione sempre più stretta tra i diversi ordinamenti. Successivamente, dovrà essere affrontato il tema del bilanciamento, ricostruendo le diverse tipologie dello stesso, in particolare individuando le procedure ed i momenti in cui tale operazione è effettuata da parte della Corte di giustizia. Si procederà, quindi, ad analizzare i casi di bilanciamento tra diritti fondamentali e libertà di circolazione del mercato interno, rilevando il metodo ed i criteri utilizzati dalla Corte nella risoluzione dei conflitti. In tale analisi verranno, inoltre, evidenziate le peculiarità di tale bilanciamento in ragione delle caratteristiche stesse dell'ordinamento dell'Unione europea e della necessità di armonizzazione ed integrazione con

i vari livelli di tutela. Si prenderanno successivamente in esame i casi di bilanciamento tra due diritti fondamentali, tentando anche in tal caso di ricostruire il metodo utilizzato dalla Corte ed esplicitando i passaggi delle sue decisioni. Infine, verrà fatto un breve cenno alla tutela dei diritti fondamentali nei procedimenti *antitrust* quale ambito in cui si rendono attuali le esigenze di contemperamento di interessi contrapposti.

Mediante tale analisi si tenterà quindi di indagare sulla natura e funzione del bilanciamento operato dalla Corte di giustizia nell'ambito della sua opera di garante e "costruttore" del diritto dell'Unione europea e di accertare se esso divenga una vera e propria tecnica giudiziaria o se si tratti semplicemente di una metafora.

Capitolo I

I diritti fondamentali in Europa e i diversi livelli di tutela

SOMMARIO: 1. Il concetto di diritto fondamentale in Europa e l'utilizzo delle nozioni di "diritti fondamentali" e "diritti umani". – 2. I diritti come espressione dell'equilibrio fondamentale tra potere pubblico e autonomia privata. – 3. Il c.d. "sistema multilivello" europeo: la peculiarità della tutela dei diritti fondamentali nel vecchio continente. – 4. Il livello di tutela dell'Unione europea: passato, presente e futuro. – 5. La Carta di Nizza. – 5.1 *La redazione e la questione del valore giuridico.* – 5.2 *Il rapporto tra la Carta e le fonti.* – 5.3 *L'incidenza della Carta di Nizza sul ruolo della Corte di giustizia.* – 5.4 *La natura giuridica della Carta di Nizza.* – 5.5 *L'applicazione della Carta di Nizza.* – 6. L'adesione. – 7. Il coordinamento dei tre sistemi mediante il principio di sussidiarietà e il concetto di tutela equivalente. – 7.1 *Il coordinamento tra livello dell'Unione europea e livello nazionale.* – 7.2 *Il coordinamento tra livello dell'Unione europea e livello CEDU.* – 8. I diritti fondamentali del sistema convenzionale e dell'Unione europea nell'ordinamento italiano alla luce del recente orientamento della Corte costituzionale.

1. Il concetto di diritto fondamentale in Europa e l'utilizzo delle nozioni di "diritti fondamentali" e "diritti umani"

“I diritti fondamentali sono l'espressione di un ordinamento libero già realizzatosi, e allo stesso tempo sono il presupposto affinché questo ordinamento si ricostituisca continuamente tramite l'esercizio individuale delle libertà da parte di tutti”¹. L'enunciazione che apre il presente lavoro ha il merito di avvicinarsi all'essenza della nozione di “diritto fondamentale”, cogliendone il sostanziale collegamento con l'ordinamento giuridico in cui tale diritto si concretizza e la funzione strumentale all'esercizio della libertà dell'uomo. Un'indagine relativa alla tutela dei diritti fondamentali in Europa non può che partire, secondo una metodologia che può apparire accademica e tradizionale, ma che contribuisce alla chiarificazione dei concetti usati, dalla definizione di “diritto fondamentale” nel continente europeo.

La difficoltà di reperire una chiara definizione risiede nella diversità delle analisi che di tale concetto sono state fornite in ambito filosofico, nonché nella prossimità ad una nozione primaria dello stesso che si ricollega all'essenza dell'uomo. I diritti fondamentali possono essere considerati come un “sottoinsieme” dei diritti soggettivi, i quali, secondo la tradizione giuspositivista, sono caratterizzati dall'essere corrispondenti ad un obbligo

¹ P. HÄBERLE, *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz*, 1983, trad. it. *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*, Roma, 1993.

altrui e dal potersi tradurre in una pretesa azionabile in giudizio. Tali caratteristiche però non sono immediatamente riconducibili ai diritti fondamentali, ma dipendono dalle modalità di tutela che a questi sono offerte in ogni singolo ordinamento.

L'attributo "fondamentale" qualifica il diritto soggettivo caratterizzando le posizioni giuridiche della persona che sono considerate come imprescindibili, strutturalmente ineliminabili e connesse alla preservazione della sua dignità.

I diritti fondamentali affondano le proprie radici nella filosofia greca, nel diritto romano, nella tradizione giudaico-cristiana. Il Cristianesimo in particolare ha esaltato il valore cardinale della persona² e della sua dignità che appartiene a tutti gli uomini senza distinzione ed ha introdotto la concezione di un potere pubblico limitato. Indubbio il contributo del Giusnaturalismo che in occidente ha sviluppato l'idea che l'uomo possiede dei diritti innati che permangono nonostante la sottomissione ad un sovrano. Secondo tale concezione, i diritti umani derivano dai diritti naturali, i quali "si appoggiano sulla natura umana concepita come un insieme circoscritto di esigenze elementari ed imprescindibili"³. L'Illuminismo ha proseguito tale percorso accentuando la considerazione della dignità e dell'uguaglianza di tutti gli uomini⁴.

La nozione di diritti fondamentali si ritrova accanto a quella di diritti umani: occorre, dunque, chiedersi se vi sia una distinzione o se le due espressioni possono essere usate indifferentemente. In filosofia del diritto si distingue il concetto di "diritti umani", il quale ha un carattere assoluto, intrinseco all'essere umano, indipendente da ogni contesto e ogni altra specificazione, e l'espressione "diritti fondamentali" che invece appare aperta e relativa ad un ordinamento giuridico, una società, un ordine morale. Dunque, se dei diritti umani si assume l'inviolabilità assoluta in qualsiasi Stato o in qualsiasi cultura, in qualsiasi ordinamento giuridico o comunità morale, anche dei diritti fondamentali si può pretendere l'inviolabilità, ma solo nell'ambito in cui essi sono fondamentali⁵.

In virtù di queste considerazioni, "diritti fondamentali" si presta ad essere una nozione "giuridica" o comunque del tutto adatta ad una teoria del diritto, mentre "diritti umani" appare più legata alla considerazione in generale della

² R. ERGEC, *Protection européenne et internationale des droits de l'homme*, Bruxelles, 2006, p. 19; cfr. anche C. ZANGHÌ, *La Protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, Torino, 2006, p. 5.

³ F. VIOLA, *Etica e metaetica dei diritti umani*, Torino 2000, p. 95.

⁴ N. JAYAWICKRAMA, *The judicial application of human rights law*, Cambridge, 2002.

⁵ G. PALOMBELLA, *L'autorità dei diritti: i diritti fondamentali tra istituzioni e norme*, Roma, 2002; J.H.H. WEILER, *La Costituzione dell'Europa*, Bologna, 1999.

dignità della persona.⁶ Nel discorso giuridico, tuttavia, le nozioni di diritti fondamentali e di diritti umani vengono spesso utilizzate indifferentemente, quali prerogative dei singoli di fronte agli abusi commessi a suo danno da coloro che pretendono di esercitare un pubblico potere⁷.

Le prime dichiarazioni e i primi documenti in materia parlano genericamente di diritti dell'uomo: la *Magna Carta Libertatum* del 1215, il *Privilegio Generale di Aragona* del 1283, l'*Editto di Nantes* del 1598, la *Petition of Rights* del 1628. Nell'età moderna vi sono poi il *Bill of Rights* del 1689, la *Dichiarazione dei diritti del buon popolo della Virginia* del 1776, la *Dichiarazione di indipendenza americana* del 4 luglio 1776, la *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino francese* del 1789⁸, i quali nascono in un contesto nazionale, ma aspirano ad un'attestazione universale.

Nel corso dell'Ottocento i diritti fondamentali vengono incardinati nelle costituzioni degli Stati europei, ancorandoli ad un preciso ordinamento secondo il livello di tutela stabilito in quest'ultimo.

Nel Novecento il discorso, soprattutto a livello internazionale, si concentra sui diritti dell'uomo, i quali conoscono una nuova fase di tutela come reazione agli orrori dei conflitti mondiali. Nel 1941 il Presidente Franklin Delano Roosevelt, in un discorso che riprendeva quanto già espresso dal Presidente Wilson, enuncia le quattro libertà fondamentali in una società democratica: la libertà di parola e di espressione, di religione, di sfuggire alla miseria e di fuggire dalla paura. In questo contesto la *Dichiarazione universale dei diritti umani dell'Onu*, proclamata il 10 dicembre 1948⁹, assurge a manifesto fondante per ogni ordinamento statale: come sottolinea Cassese “per la prima volta nella storia dell'umanità, Stati assai diversi politicamente e ideologicamente si misero d'accordo su una serie di obiettivi e principi e si impegnarono ad adoperarsi per conseguirli. L'idea di fondo della Dichiarazione è che ogni struttura statale, quale che sia la sua dimensione ideologica e politica, deve rispettare i valori essenziali della persona”¹⁰. Il secondo dopoguerra vede, infatti, la nascita e lo sviluppo delle correnti a sostegno dei diritti umani: la Comunità internazionale riconosce l'esistenza di prerogative intangibili dell'essere umano, a prescindere dalle leggi presenti nei singoli ordinamenti di provenienza. In questo periodo abbiamo, inoltre, la creazione del primo tribunale penale internazionale che

⁶ L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali: un dibattito teorico*, Roma, 2002

⁷ T. SCOVAZZI, *Introduzione*, in L. PINESCHI (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani*, Milano, 2006.

⁸ C. ZANGHÌ, *La Protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, Torino, 2006, p. 10.

⁹ L. PINESCHI, *La Dichiarazione universale dei diritti umani*, in L. PINESCHI, *op. cit.*, p. 67 ss.

¹⁰ A. CASSESE, *Il sogno dei diritti umani*, Milano, 2008.

aveva l'obiettivo di processare i responsabili di crimini commessi durante la Seconda guerra mondiale, non solo per i crimini di guerra, ma anche per l'aggressione e i crimini contro l'umanità. Venne, inoltre, proclamato a livello internazionale il principio secondo il quale il fatto di aver commesso un crimine internazionale in esecuzione di un ordine superiore non esime dalla responsabilità penale, ma ne rispondono sia il superiore che colui che l'ha eseguito.

Per quanto riguarda il nostro ordinamento, la Costituzione include tra i "principi fondamentali" il riconoscimento e la garanzia dei "diritti inviolabili dell'uomo" e qualifica come fondamentali anche altri diritti collocati in altre parti della Costituzione, come ad esempio il diritto alla salute all'art. 32. I diritti dell'uomo, dunque, sono assunti tra quei principi che per il nostro ordinamento sono considerati essenziali.

Nel diritto dell'Unione europea, che sarà l'ambito principale della presente indagine, le nozioni di diritti umani e di diritti fondamentali tendono ad essere interscambiabili¹¹. Il Trattato sull'Unione europea nella formulazione precedente alle modifiche del Trattato di Lisbona sanciva all'art. 6, primo comma che "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", mentre nel comma successivo si diceva che "L'Unione rispetta i diritti fondamentali": le due nozioni sembrano, quindi, usate indifferentemente. All'art. 177 del Trattato che istituisce la Comunità europea (corrispondente all'attuale art. 208 TFUE) si diceva che la politica della Comunità nel settore della cooperazione allo sviluppo "contribuisce al rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali".

Anche nel diritto derivato le due espressioni appaiono sinonimiche. La direttiva 2000/78/CE¹², ad esempio, al primo considerando esplicita che "Conformemente all'art. 6 del trattato sull'Unione europea, l'Unione europea si fonda sui principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti umani e delle libertà fondamentali e dello Stato di diritto, principi che sono comuni a tutti gli Stati membri e rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario".

¹¹ Nel corso della presente trattazione, salvo ove specificato, si utilizzerà la nozione di diritti fondamentali, in quanto sarà sempre presente il riferimento ad un ordinamento.

¹² Direttiva 2000/78/CE del Consiglio, del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, pubblicata in GU L 303 del 2 dicembre 2000, pp. 16-22.

Nell'azione comune¹³ sul contributo dell'Unione europea alla lotta contro l'accumulazione e la diffusione destabilizzanti di armi portatili e di armi leggere si dice che "l'Unione tiene conto, in particolare, dell'impegno, da parte dei beneficiari, di conformarsi ai principi di cui all'articolo 3; del loro rispetto dei diritti umani".

La Carta di Nizza¹⁴ viene denominata Carta dei diritti fondamentali, individuando coerentemente con la distinzione sopra descritta quelle prerogative considerate "fondamentali" nell'ordinamento dell'Unione europea.

Anche nella giurisprudenza della Corte di giustizia le due espressioni sono usate indifferentemente, sebbene risulti di gran lunga più frequente l'espressione "diritti fondamentali". L'avvocato generale Christine Stix-Hackl nelle conclusioni del caso *Omega*¹⁵ usa entrambe le espressioni discorrendo se a tali diritti possa attribuirsi una superiorità gerarchica nei confronti del diritto primario "generale". Al punto 55 ricorda inoltre che la "Comunità, in quanto comunità di diritto, concepisce se stessa come una comunità fondata sul rispetto dei diritti fondamentali e dei diritti umani" anche se poi il ragionamento continua parlando esclusivamente di diritti fondamentali.

Sembra poter essere tracciata una distinzione tra gli ambiti collegati al diritto e alla cooperazione internazionale in cui appare più frequente la nozione di "diritti umani"¹⁶, proprio perché considerati in un contesto svincolato da un ordinamento, e quelli riconducibili direttamente all'ordinamento dell'Unione europea, in cui emerge la connotazione di "fondamentali" in riferimento all'ordinamento stesso.

I diritti fondamentali possono, poi, essere ulteriormente distinti in "diritti assoluti" e "soggetti a limitazioni"¹⁷. Tra i primi possono essere annoverati i

¹³ Azione comune 1999/34/PESC del Consiglio, del 17 dicembre 1998, sul contributo dell'Unione europea alla lotta contro l'accumulazione e la diffusione destabilizzanti di armi portatili e di armi leggere, in GU L 9 del 15 gennaio 1999, p. 1.

¹⁴ Pubblicata in *G.U.U.E.* C 364 p. 1, del 18 dicembre 2000. 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 *G.U.U.E.* C 303 p. 1 del 14 dicembre 2007. Il testo è reperibile in B. NASCIMBENE, *Unione europea, Trattati*, Torino, 2010.

¹⁵ Conclusioni dell'avvocato generale Christine Stix-Hackl, del 18 marzo 2004, in causa C- 36/02, *Omega*, in *Racc.* I-9609, p. 50.

¹⁶ Come dimostrato dall'utilizzo nelle azioni comuni, tra cui ad es. quella citata alla nota 13, nell'ambito del Titolo XX del Trattato CE "Cooperazione allo sviluppo" o per quanto riguarda la giurisprudenza, nell'ambito dei riferimenti agli atti internazionali di tutela, come ad es. in sentenza Corte giust., 14 febbraio 2008, *Dynamic Medien*, causa C- 244/06, in *Racc.* p. I-505.

¹⁷Cfr. F. POCAR, *Tutela dei diritti fondamentali e livelli di protezione nell'ordinamento internazionale*, in P. BILANCIA, E. DE MARCO, *La tutela multilivello dei diritti*, Milano 2004, p. 8.

diritti la cui enunciazione è fatta in modo che gli Stati non hanno alcuna possibilità di limitarne l'ambito, mentre alla seconda categoria sarebbero riconducibili quei diritti che sono in via generale 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 i diritti in modo incompatibile con la sua essenza o di sopprimerlo". 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 contemperamento con altri diritti e interessi, diritti quali, ad esempio, la libertà di espressione, di associazione, di movimento. Tale distinzione viene presa in considerazione ed enunciata anche dalla giurisprudenza comunitaria¹⁸.

Nell'ordinamento dell'Unione europea vi è, poi, anche un'altra nozione da tenere in considerazione: quella di libertà fondamentali. Si tratta delle quattro libertà alla base del mercato unico, ovvero la libertà di circolazione di persone, merci, servizi e capitali. Tali libertà, a differenza dei diritti fondamentali, erano già presenti nei Trattati originari, in quanto strettamente connesse agli obiettivi di integrazione economica caratterizzanti le origini del fenomeno dell'Unione europea. Si tratta di prerogative che non sono riconosciute come assolute, ma che caratterizzano la realizzazione della vita economica della Comunità. In dottrina¹⁹ si è discusso circa la possibile assimilazione delle stesse ai diritti fondamentali: la Corte stessa utilizza, infatti, delle locuzioni che hanno questa connotazione. Sembra, tuttavia, preferibile tenere distinte tali nozioni in quanto si tratta di prerogative peculiari dell'ordinamento dell'Unione europea che non potrebbero assumere la stessa rilevanza in altri contesti. Il significato attribuibile alle stesse si caratterizza, inoltre, ancora diversamente dalla nozione di "libertà fondamentali" del Consiglio d'Europa. Si tratta di concetti distanti anche dalle quattro libertà fondamentali proclamate nel 1941 da Franklin Delano Roosevelt: libertà di parola, libertà di credo, libertà dal bisogno e libertà dalla paura.

¹⁸ Cfr. ad esempio Corte giust., 26 giugno 1997, *Familiapress*, causa C-368/95, in Racc. p. I-3689; Corte giust., 14 febbraio 2008, *Varec*, causa C-450/06, in Racc. p. I-581; Corte giust., 29 gennaio 2008, *Promusicae*, causa C-275/06, in Racc. p. I-271.

¹⁹ P. OLIVER e W. ROTH, *The internal market and the four freedoms*, in *CM L R*, 2004, pp. 407-441.

Nell'ambito dell'Unione europea occorre, infine, tenere presente che i diritti fondamentali si collocano all'interno di un'altra categoria: quella dei "principi generali" di cui la Corte garantisce l'osservanza. I principi generali del diritto dell'Unione europea costituiscono "una fonte non scritta a cui consegnare un patrimonio comune agli Stati membri"²⁰. Secondo la concezione giusnaturalista, i principi generali di diritto assumono un connotato assiologico, di verità inconfutabile, e di per sé auto-evidente, tale da giustificare la dimensione universale quale che sia la fonte da cui vengono estrapolati²¹. Anche il positivismo giuridico contempla la sussistenza di principi generali di diritto, intesi come norme di chiusura che possono colmare le lacune che possono verificarsi nell'ordinamento²². Nell'ambito dell'Unione, i principi generali di diritto assumono una connotazione peculiare: si tratta di principi originali, distinti da quelli dell'ordinamento internazionale e dai principi degli ordinamenti nazionali, in quanto se la nozione o il contenuto può coincidere, essi assumono una connotazione specifica al momento della loro applicazione a fattispecie comunitarie²³. La menzione dei principi generali di diritto si trova solo all'articolo 340 TFUE (già articolo 288 CE), il quale prevede il ricorso ai principi generali comuni degli Stati membri per stabilire le regole della responsabilità extracontrattuale della Comunità. E' stata, però, l'opera di rilevazione della Corte di giustizia che ha rielaborato e filtrato i principi generali adattandoli alle specifiche esigenze del diritto dell'Unione. Tali principi si collocano al vertice della gerarchia delle fonti e fungono al tempo stesso da parametri interpretativi. Secondo Strozzi²⁴ si possono distinguere diverse categorie di principi generali nell'ordinamento dell'Unione europea, in ragione della loro origine e funzione, nonché di una diversa rilevanza sostanziale. Vi sarebbero i principi generali di diritto relativi ad ogni sistema giuridico, ovvero condivisi dagli ordinamenti statali e recepiti nell'ordinamento dell'Unione quali: il principio di legalità, il rispetto dei diritti della difesa, il diritto al contraddittorio, il rispetto della riservatezza, il diritto a non testimoniare contro se stessi, la certezza del diritto, la non retroattività della legge, il rispetto dei diritti quesiti, il legittimo affidamento, il *ne bis in idem*, *nulla poena sine lege*, il principio di buona fede, il divieto

²⁰ M. CONDINANZI, *Il "livello comunitario" di tutela dei diritti fondamentali dell'individuo*, in P. BILANCIA, E. DE MARCO (a cura di), *op. cit.*, p. 42.

²¹ Cfr. PIANO MORTARI, *I principi generali del diritto dai secoli XVII e XVIII alle prime codificazioni*, in *I principi generali di diritto*, Roma, 1991, p. 127 ss.

²² Cfr. G. DEL VECCHIO, *Sui principi generali di diritto*, in *Annuaire Francaises de Sociologie*, 1921, p. 33 ss, spec. p. 54.

²³ Cfr. G. STROZZI, *Diritto dell'Unione europea*, Torino, 2005, p. 238 ss.

²⁴ Cfr. G. STROZZI, *op.cit.*, p. 241.

di arricchimento senza causa, la forza maggiore, il principio di equità ecc. Vi sarebbero, poi, i principi generali propri del diritto dell'Unione europea, ovvero ricavati in modo autonomo dal sistema dei Trattati o desunti dalla natura, finalità e organizzazione dell'Unione europea, quali il principio di solidarietà, leale cooperazione, responsabilità, preferenza comunitaria, equilibrio istituzionale, mutuo riconoscimento, effetto utile, proporzionalità e sussidiarietà. Sono, inoltre, considerati vigenti i principi generali del diritto internazionale, in quanto l'Unione è tenuta a conformarsi alle norme consuetudinarie internazionali²⁵. Nell'ordinamento dell'Unione i diritti fondamentali sono considerati come facenti parte dei principi generali di diritto, di cui la Corte garantisce l'osservanza. Principi generali e diritti fondamentali sono, dunque, due nozioni distinte, della quali una ricomprende l'altra ed entrambe risalgono all'opera di interpretazione e creazione della Corte di giustizia. Tale aspetto sarà meglio analizzato nel corso della trattazione, anche se la dottrina²⁶ in passato ha già sufficientemente delineato la progressiva definizione giurisprudenziale dei diritti fondamentali e non è necessario ripercorrerne le tappe.

2. I diritti come espressione dell'equilibrio fondamentale tra potere pubblico e autonomia privata

Secondo l'impostazione analizzata precedentemente, i diritti fondamentali assumono connotazioni diverse in base all'ordinamento di appartenenza. Ogni Stato seleziona una serie di diritti considerati fondamentali nel proprio ordinamento e generalmente li consacra in un testo normativo di rango superiore, quale la costituzione. Come evidenziato da Weiler²⁷, i diritti fondamentali "sono quasi sempre il risultato di un compromesso tra beni sociali concorrenti. Nelle democrazie liberali il compromesso più comune è fra i vari interessi della collettività rappresentati dall'autorità governativa, da un lato, e l'interesse dei singoli all'autonomia e alla libertà individuale dall'altro". Sono, dunque, il risultato dell'equilibrio tra queste due tendenze e aspirazioni della società. La lotta al terrorismo e il diritto alla proprietà

²⁵ Cfr. Corte giust., 3 settembre 2008, *Kadi e Al Barakaat*, cause riunite C-402/05 P e C-412/05 P, in Racc. p. I-6351.

²⁶ La bibliografia sul tema è assai vasta: per una ricostruzione del ruolo della Corte e dell'evoluzione della tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento dell'Unione europea si veda, *inter alia*, C. CARLETTI, *I diritti fondamentali e l'Unione europea tra Carta di Nizza e Trattato Costituzione*, Milano, 2005; F. TRIONE, *La tutela dei diritti fondamentali in ambito comunitario*, Napoli, 2004; S. LECLERC, J. AKANJI - KOMBÈ, M. REDOR, *L'Union européenne et les droits fondamentaux*, Bruxelles, 1999; J. RIDEAU, *L'Union Européenne et les droits de l'homme*, L'Aia, 1997.

²⁷ J. H. H. WEILER, *Fundamental rights and fundamental boundaries*, L'Aja, 1995, p. 55 ss; anche in *La Costituzione dell'Europa*, Bologna, 2003, p. 180 ss.

privata, l'ordine pubblico e la libertà di circolazione, le esigenze investigative e il diritto alla riservatezza: sono solo alcuni esempi di tali tensioni. Il bilanciamento delle opposte esigenze assume la forma di una scelta caratterizzante l'ordinamento e si impone nei testi legislativi e nell'interpretazione dei giudici. Weiler afferma che ciò che è fondamentale è "la ponderazione di questi interessi concorrenti e la qualifica come un diritto o come una libertà fondamentale". La scelta del limite dell'autonomia individuale che coincide con l'inizio dell'esercizio del potere pubblico si pone, quindi, secondo equilibri che variano per ciascun ordinamento. Seguendo questa impostazione si arriva ad affermare che la persona vede variare l'estensione dei propri diritti a seconda dell'ordinamento in cui si trova. Ogni carta costituzionale o legge fondamentale dello Stato esprime queste scelte fondamentali. Tali norme sono, inoltre, interpretate diversamente dalle diverse corti costituzionali nazionali. Il divario riscontrabile dagli Stati in ordine al tasso di protezione dei diritti fondamentali può avere effetti negativi sulla mobilità delle persone, i cui diritti sono suscettibili di espansione o contrazione a seconda dell'ordinamento di appartenenza, nonché generare tensioni sociali dovute all'aspirazione ad un sempre maggiore soddisfacimento delle proprie esigenze.

Nel continente europeo c'è un certo grado di convergenza di valori e principi fondamentali che attenua le conseguenze di tali differenze. Vige, infatti, un principio di omogeneità, il quale esprime "quel certo grado di affinità sociale, politica o spirituale che lega la popolazione di un determinato territorio e costituisce la condizione per una consapevole formazione dell'unità politica ovvero il presupposto della formazione della volontà democratica"²⁸. Il fenomeno dell'aggregazione tra Stati, che in qualche modo può essere ravvisato nel processo di integrazione comunitaria, ha alla base una certa comunanza di storia, cultura e valori che si pone nei vari ordinamenti. In particolare, il principio di omogeneità si pone negli ordinamenti federali come principio giuridico e come condizione politico sociale che costituisce il presupposto fattuale della federazione. Secondo la ricostruzione di Miccù, negli Stati federali vi è la concordanza di fondo degli Stati membri tra loro e con lo Stato federale sui valori costituzionali fondamentali (omogeneità sostanziale) e sulle strutture costituzionali. L'Unione europea non può essere equiparata ad uno Stato federale, tuttavia è

²⁸ R. MICCÙ, *Il principio di omogeneità nel processo di costituzionalizzazione dell'Unione europea*, in V. ATRIPALDI, R. MICCÙ, *L'omogeneità costituzionale nell'Unione europea*, Padova 2003, p. 68 ss.

evidente come alla base si possa comunque riconoscere un principio di omogeneità, tanto che l'articolo 49 TUE presuppone come base per l'adesione il fatto che si tratti di Stati "europei", ponendo dunque un limite all'allargamento di natura storica, culturale e geografica. Vi è dunque una certa comunanza di valori condivisi dalle costituzioni europee²⁹.

Al di là dell'omogeneità delle norme costituzionali, vi è in Europa uno strumento internazionale che sancisce una base comune di valori nel continente, il cui scopo è appunto quello di garantire un livello minimo di tutela della persona a prescindere dall'ordinamento di appartenenza: la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali³⁰. Sottoscrivendo la CEDU gli Stati si sono impegnati a riconoscere uno standard di tutela minimo al di sotto del quale nessuno Stato può scendere e un nucleo di diritti umani a carattere universale, che deve essere garantito alla persona in qualunque ordinamento si trovi.

Oltre all'ordinamento nazionale e al sistema del Consiglio d'Europa, vi è l'ordinamento dell'Unione, nel quale i diritti fondamentali sono altrettanto garantiti. In questo caso il singolo si confronta, oltre che con gli Stati, con le istituzioni comunitarie, essendo inserito in un ordinamento i cui soggetti sono "Stati, individui e istituzioni". Il bilanciamento alla base della definizione dei diritti fondamentali si arricchisce, inoltre, delle connotazioni peculiari dell'ordinamento dell'Unione, il quale sorge dal progetto di un'integrazione istituzionalizzata tra Stati per il raggiungimento di determinati obiettivi, tra i quali inizialmente non si configura la tutela dei diritti dell'uomo.

La persona in Europa si trova ad essere, dunque, titolare contemporaneamente di diritti fondamentali derivanti dalla costituzione del proprio Stato di appartenenza, dalla CEDU e dall'ordinamento dell'Unione. Tali diritti possono coincidere quanto a denominazione, ma vi possono essere divergenze quanto alla loro portata a causa del diverso bilanciamento tra autonomia della persona e interesse pubblico operato in ciascun ordinamento.

3. Il c.d. "sistema multilivello" europeo: la peculiarità della tutela dei diritti fondamentali nel Vecchio Continente

Si assiste sul continente europeo ad una stratificazione di livelli di tutela dei diritti fondamentali che ha portato a coniare l'espressione di "sistema

²⁹ Cfr. L. VIOLINI, *Prime considerazioni sul concetto di "costituzione europea" alla luce dei contenuti delle vigenti carte costituzionali*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1998, p. 1233 ss.

³⁰ 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.

multilivello” per descriverlo. Vi sono, infatti, più cataloghi di diritti fondamentali cui fare riferimento e più organi giurisdizionali posti a tutela degli stessi, le cui decisioni hanno una diversa efficacia.

Il primo livello, ovvero quello più vicino alla persona, è il livello nazionale: in ogni Stato di diritto sono garantiti al singolo determinati diritti fondamentali, selezionati secondo i principi e i valori fondanti del sistema e con una portata che discende dal bilanciamento tra libertà dell’individuo e tutela degli interessi generali, caratterizzato a sua volta dalle scelte politiche dell’ordinamento e che assume connotazioni peculiari a seconda di diversi fattori economici, sociali e culturali propri del sistema stesso.

I diritti fondamentali a livello nazionale sono normalmente iscritti nel sistema costituzionale, intendendo come tale “il complesso di principi basilari posti a fondamento di un determinato ordinamento giuridico, a prescindere dall’esistenza o meno di una Costituzione scritta”³¹. Nei sistemi di *civil law* essi sono generalmente contenuti nella carta costituzionale³². Senza entrare in un’analisi comparata degli ordinamenti europei, dall’impostazione del ragionamento sopra delineata emerge che ciò che cambia da un ordinamento all’altro non è tanto la selezione e l’individuazione dei diritti fondamentali, ma la loro portata e la risoluzione dei conflitti tra diritti diversi. Ad esempio, in tutti gli ordinamenti europei è dato riscontrare l’esistenza del diritto di proprietà, della libertà di espressione o di religione. Ciò che varia da un ordinamento all’altro è, dunque, l’estensione della tutela offerta e la prevalenza accordata in caso di conflitto. Tali divergenze sono state portate anche di fronte alla Corte di giustizia: nel caso *Grogan*³³, ad esempio, emergeva la limitazione alla libertà di espressione dell’ordinamento irlandese a favore della tutela del diritto alla vita, concepito secondo le peculiarità dell’ordinamento stesso. In *Familiapress*³⁴ veniva rilevato, invece, come la libertà di espressione in Austria fosse vietata per ragioni di salvaguardia del pluralismo e di tutela della concorrenza. Per quanto riguarda la tutela giudiziale, tali diritti sono in genere azionabili di fronte al giudice ordinario e vi è il controllo circa la conformità delle leggi ordinarie ai diritti fondamentali operato dalla Corte costituzionale, supremo garante ed interprete dei principi fondamentali dell’ordinamento. In alcuni ordinamenti è anche possibile al singolo agire

³¹ Cfr. Q. CAMERLENGO, *op. cit.*, p. 8.

³² La costituzione scritta è, infatti, intesa come “patto sociale a garanzia dei valori nei quali la comunità si riconosce” cfr. P. CARETTI, U. DE SIERVO, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, 2002, p. 426.

³³ Corte giust., 4 ottobre 1991, *Grogan e a.*, causa C- 159/90, in Racc. P. 4685.

³⁴ Cfr. sentenza *Familiapress*, *cit.*

direttamente presso la Corte costituzionale per contestare la violazione della Costituzione: si tratta dell'istituto dell'*amparo* in Spagna e del *Verfassungsbeschwerde* in Germania. La tutela dei diritti fondamentali negli ordinamenti nazionali è, inoltre, assicurata dalla possibilità di procedere ad esecuzione forzata delle sentenze dei giudici ordinari che riconoscono in capo al soggetto tali diritti.

Il secondo livello è quello del Consiglio d'Europa. Alla base di tale sistema di tutela vi è la CEDU, catalogo dei diritti e delle libertà fondamentali il cui rispetto è garantito negli Stati europei dalla Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo. La CEDU è stata adottata nel 1950 dai 21 paesi allora parte del Consiglio d'Europa ed è attualmente ratificata da tutti i 47 membri attuali. E' uno strumento che si ispira alla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo dell'ONU e che risponde all'aspirazione alla definizione dei valori democratici fondanti in Europa e all'affermazione della dignità umana provocata dai conflitti mondiali e dai regimi totalitari del Novecento. La CEDU appare come un trattato internazionale diretto a garantire nel continente europeo i diritti fondamentali della persona: per questo motivo, tale trattato non è sottoposto alla regola di reciprocità dei rapporti internazionali e, dunque, uno Stato non è legittimato a sospendere l'applicazione della CEDU se questa è violata da un altro Stato³⁵. Si tratta, dunque, di una affermazione a livello internazionale del valore e della dignità della persona, nonché un'ulteriore presa in considerazione dell'individuo da parte del diritto internazionale. Tale trattato assume però un valore ancora più incisivo: esso è considerato come "*instrument constitutionnel de l'ordre public européen*"³⁶, in quanto racchiude un nucleo dei diritti umani nelle democrazie liberali, uno standard minimo di tutela al di sotto del quale nessuno Stato può scendere. Si tratta, dunque, di un elenco di diritti fondamentali vigente per ogni Stato parte alla Convenzione. I diritti in esso contenuti possono essere fatti valere esclusivamente nei confronti dello Stato e non dei soggetti privati. In caso di violazione da parte di un privato, infatti, il soggetto leso agisce contro lo Stato, il quale può essere ritenuto responsabile in via omissiva, per non aver saputo garantire al proprio cittadino il godimento dei suoi diritti³⁷.

A causa delle differenze costituzionali dei diversi paesi, la CEDU non è stata riconosciuta fin dall'inizio come direttamente applicabile in tutti gli

³⁵ R. ERGEC, *op. cit.*, p. 118.

³⁶ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Loizidou c. Turchia*, 23 marzo 1995, ricorso n. 15318/89.

³⁷ A proposito dell'applicazione della CEDU nei rapporti tra privati cfr. la dottrina del *Drittwirkung*, E. ENGLE, *Third Party Effect of Fundamental Rights (Drittwirkung)*, in *Europarecht* 5/2009, pp. 165- 173.

ordinamenti. Si deve, infatti, distinguere tra sistemi monisti e dualisti. Per quanto riguarda i primi, i quali riconoscono la primazia dell'ordinamento internazionale, la CEDU è parte integrante del diritto interno. Per i paesi dualisti occorre, invece, una specifica legge di incorporazione della CEDU nel diritto interno. Nel Regno Unito ed in altri Stati con simili tradizioni costituzionali dualiste, la CEDU non è stata incorporata nel diritto nazionale fino a poco tempo fa³⁸. Le corti nazionali potevano, dunque, citarla solo indirettamente. Occorre, inoltre, tenere presente che la CEDU, in questo caso, ha lo stesso valore della legge di incorporazione. Tutti gli Stati dell'Europa centrale, di tradizione monista, l'hanno invece incorporata direttamente nel proprio ordinamento (Belgio, Francia, Lussemburgo, Olanda, Svizzera), talvolta attribuendole direttamente rango costituzionale³⁹. In Italia lo status della CEDU nell'ordinamento giuridico nazionale è stato per lungo tempo controverso. Solo negli ultimi anni la Corte costituzionale ha preso una posizione in merito apportando importanti chiarificazioni in tema, con le sentenze n. 348 e 349 del 2007 (di cui si dirà più ampiamente in seguito). La CEDU ha anche assunto un ruolo peculiare per gli Stati dell'Europa centrale quale modello per le costituzioni adottate dopo il 1989.

L'organo giurisdizionale posto a garanzia dei diritti conferiti dalla CEDU è la Corte europea dei diritti dell'uomo. Si tratta di una Corte costituita da un giudice per ogni Stato aderente alla Convenzione⁴⁰ che vigila sul rispetto della Convenzione. Ad essa possono ricorrere gli Stati in caso di "inosservanza delle disposizioni della Convenzione e dei suoi protocolli" che possa essere imputata ad un'altra Alta Parte contraente" (art. 34 CEDU) oppure direttamente gli individui: "una persona fisica, un'organizzazione non governativa o un gruppo di privati che sostenga d'essere vittima di una violazione da parte di una delle Alte Parti contraenti dei diritti riconosciuti nella Convenzione o nei suoi protocolli"(art. 35). La Corte europea agisce, però, in via sussidiaria rispetto ai sistemi nazionali: gli Stati, infatti, sono i primi soggetti deputati alla tutela dei diritti consacrati dalla CEDU, mediante i propri strumenti nazionali. Tale principio di tutela sussidiaria si manifesta nell'art. 35, il quale prevede per i ricorrenti l'obbligo di previo esaurimento delle vie di ricorso interne a pena di irricevibilità. Per fare un esempio

³⁸ *Human Rights Act, 1998*. Per un'analisi e un commento cfr. R. CLAYTON, H. TOMLINSON, *The law of human rights*, New York, 2000.

³⁹ H. C. KRÜGER e J. POLAKIEWICZ, *Proposal for a coherent human rights protection system in Europe*, in *Human rights law journal*, Vol. 22, n. 1-4, 2001, pp. 1-13. Per una rassegna circa lo status della CEDU nei paesi europei cfr. O. POLLICINO, G. MARTINICO, *The National Judicial Treatment of the ECHR and EU Laws*, Groningen, 2010.

⁴⁰ *Articolo 20, Numero di giudici*: La Corte si compone di un numero di giudici pari a quello delle Alte Parti contraenti.

italiano, nel caso in cui la parte ricorrente lamenti la durata eccessiva di un procedimento, questa deve previamente esaurire la via di ricorso introdotta dalla legge n. 89 del 24 marzo 2001 (“legge Pinto”) che sancisce il diritto, per ogni persona che abbia subito un danno patrimoniale o non per effetto di una violazione del termine ragionevole di durata del processo, di ottenere un’equa soddisfazione⁴¹.

Le sentenze sono definitive e non suscettibili di ricorso, secondo quanto disposto dall’art. 44 CEDU. È unicamente possibile chiedere il riesame di una sentenza alla Grande sezione secondo quanto disposto dall’art. 43. Le sentenze sono motivate e se tra i giudici vi sono opinioni dissenzienti è possibile allegare tali opinioni alla pronuncia del collegio. Le sentenze della Corte hanno efficacia di cosa giudicata tra le parti e hanno natura essenzialmente dichiarativa.

Le sentenze della Corte pongono allo Stato un obbligo di risultato, ovvero quello di rimuovere la violazione e di eliminarne le conseguenze in modo da ripristinare lo status quo ante. La Corte, infatti, non ha il potere di rimuovere una norma o una pratica ritenuta illegittima dall’ordinamento nazionale, ma pone allo Stato un obbligo di risultato di adeguarsi a quanto stabilito nella pronuncia. Talvolta, tuttavia, la Corte condanna direttamente lo Stato ad un *facere*⁴² o al risarcimento del ricorrente⁴³. Tendenzialmente, quindi, la scelta dei mezzi appropriati resta allo Stato, anche se vi è una recente tendenza della Corte ad indicare le misure che ritiene più appropriate⁴⁴.

L’obbligo di conformazione alle sentenze della Corte di Strasburgo è stato, infine, reso maggiormente vincolante dalle modifiche all’art. 46 CEDU apportate dal Protocollo 14⁴⁵. Nella versione precedente, dopo aver sancito l’impegno delle Alte Parti contraenti a conformarsi alle sentenze dei procedimenti di cui sono parte, ci si limitava a ricordare che la sentenza doveva essere trasmessa al Comitato dei ministri, il quale ne sorvegliava

⁴¹ Cfr. M. DE SALVIA, *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo: procedure e contenuti*, Napoli, 1997; S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001; L.E. PETTITI, E. DECAUX, P. H. IMBERT (a cura di), *La Convention européenne des droits de l’homme. Commentaire article par article*, Parigi, 1995; C. NIGRO, *Guida alla Corte europea dei diritti dell’uomo*, reperibile sul sito www.unilink.it/cedu, ultimo accesso 10 febbraio 2010.

⁴² Cfr. Corte europea dei diritti dell’uomo, *Assanidze c. Georgia*, 8 aprile 2004, ricorso n. 71503/01.

⁴³ Cfr. Corte europea dei diritti dell’uomo, *Lautsi c. Italia*, 3 novembre 2009, ricorso n. 30814/06.

⁴⁴ Cfr. Corte europea dei diritti dell’uomo, *Broniowski c. Polonia*, 22 giugno 2004, ricorso n. 31443/96.

⁴⁵ Protocollo 14 alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, firmato a Strasburgo il 13 maggio 2004 ed entrato in vigore dopo lunghe incertezze dovute alla mancata ratifica da parte della Russia il 1° giugno 2010, reperibile sul sito <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/html/194.htm>.

l'esecuzione. Sulla base di tale norma, la prassi del Comitato dei ministri prevedeva la richiesta di informazioni agli Stati circa l'esecuzione della sentenza con un limitato potere di intervento. Se il Comitato riteneva che le misure nazionali fossero sufficienti, infatti, ne dava atto mediante risoluzione pubblica. In caso contrario, il Comitato lo evidenziava con una risoluzione provvisoria e continuava l'osservazione dello Stato in questione. La misura più grave cui ricorrere era quella prevista all'art. 8 dello Statuto del Consiglio d'Europa, ovvero la sospensione del diritto di voto o addirittura l'espulsione. Come rilevato dal Rapporto esplicativo al Protocollo 14⁴⁶, tale misura è, tuttavia, estrema e controproducente, in quanto è proprio lo Stato che si trova in tale situazione ad avere più bisogno di essere sottoposto alla disciplina del Consiglio d'Europa. La nuova e più ampia formulazione dell'art. 46 CEDU, invece, prevede maggiori poteri in capo al Comitato. In primo luogo, viene prevista la possibilità di rivolgersi alla Corte affinché essa si pronunci sulla corretta interpretazione di una sentenza, ove il Comitato ritenga sussistenti delle difficoltà nel controllo dell'esecuzione derivanti da dubbi quanto all'interpretazione della stessa. Tale decisione deve essere presa con una maggioranza di due terzi dei rappresentanti aventi diritto a sedere nel Comitato. Negli ultimi due commi introdotti dal Protocollo 14 viene, inoltre, prevista una sorta di procedura di infrazione, in base alla quale, ove il Comitato ritenga che uno Stato rifiuti di conformarsi a una sentenza definitiva in una controversia di cui è parte, può, dopo averlo messo in mora, deferire alla Corte la questione. Se la Corte accerta una violazione del dovere di conformarsi alle sentenze rinvia al Comitato dei ministri, affinché questo statuisca sulle misure da adottare. Altrimenti se l'accertamento della Corte è negativo, il Comitato dei ministri dichiara concluso il suo esame. Si tratta, dunque, di un meccanismo mediante il quale il controllo dell'esecuzione della sentenza risulta dalla collaborazione tra Corte e Comitato con un effetto maggiormente stigmatizzante per lo Stato in questione e la possibilità di un intervento più incisivo rispetto alla semplice emanazione di una risoluzione pubblica.

Il livello di tutela dell'Unione europea è quello di formazione più recente: creato in via giurisprudenziale dalla Corte di giustizia e progressivamente recepito nel diritto positivo, si è imposto quale garanzia necessaria del primato e dell'effetto diretto del diritto dell'Unione europea⁴⁷. Il controllo da parte della Corte di giustizia del rispetto dei diritti fondamentali è esercitato

⁴⁶Rapport explicatif, Protocole 14, reperibile sul sito : <http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Reports/Html/194.htm>.

⁴⁷ Cfr. nota 26.

in un ambito limitato, ovvero in tre casi: 1) gli atti comunitari adottati dalle istituzioni comunitarie nell'esercizio delle loro funzioni, 2) gli atti nazionali per dare attuazione ad un atto comunitario, 3) le giustificazioni addotte da uno Stato membro rispetto ad una misura nazionale altrimenti incompatibile con il diritto dell'Unione⁴⁸. Si tratta di limiti di giurisdizione delineati dalla stessa Corte, in progressione con l'estensione delle competenze dell'Unione europea⁴⁹. La Corte, dunque, non verifica in generale il rispetto dei diritti fondamentali in Europa, ma soltanto ove si verta in situazioni di rilevanza comunitaria. In questi casi, però, il controllo viene esercitato sia sugli Stati che sulle istituzioni, verificando gli atti emananti e il comportamento degli stessi. Ove si tratti di una situazione puramente interna, con un collegamento insufficiente con il diritto dell'Unione, la Corte non si ritiene competente⁵⁰.

E' stata l'opera della Corte di giustizia che ha consentito l'ingresso dei diritti fondamentali nell'ordinamento dell'Unione europea quali principi generali del diritto e ne ha assicurato la tutela in assenza di esplicite scelte legislative in materia nonché di riferimenti normativi. Non poteva, dunque, che essere la Corte a redigere il catalogo dei diritti fondamentali comunitari: si tratta ovviamente di un catalogo non scritto, emergente dalle pronunce con cui la Corte ha selezionato, filtrato e definito i diritti fondamentali del proprio ordinamento⁵¹. La mancanza di un catalogo scritto, tuttavia, costituiva una differenza significativa rispetto agli altri due livelli descritti in precedenza: a tale lacuna si è rimediato con la redazione della Carta di Nizza⁵² nel 2000, il

⁴⁸ Cfr. G. TESAURO, *Omogeneità dei valori e livelli di tutela dei diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza*, in V. ATRIPALDI, R. MICCÙ, *L'omogeneità costituzionale nell'Unione europea*, Padova, 2003.

⁴⁹ Cfr. Corte giust., 12 novembre 1969, *Stauder*, causa C- 29/69, in Racc. p. I- 419; Corte giust., 13 luglio 1989, *Wachauf*, causa C- 5/88, in Racc. p. I- 2609; Corte giust., 18 giugno 1991, *Elliniki Radiophonia Tileorasi AE (ERT)*, , causa C- 260/89, in Racc. p. I-2925.

⁵⁰ Corte giust., 29 maggio 1997, *Kremzow*, causa C- 299/95: "Risulta inoltre dalla giurisprudenza della corte (causa C- 159/90, *Society for the protection of Unborn Children Ireland*, Racc. p. I- 4685) che dal momento che una normativa nazionale entra nel campo di applicazione del diritto comunitario, la Corte, adita in via pregiudiziale, deve fornire tutti gli elementi di interpretazione necessari per la valutazione, da parte del giudice nazionale della conformità di tale normativa ai diritti fondamentali di cui la Corte assicura il rispetto, quali essi risultano, in particolare dalla convenzione. Per contro, essa non ha competenza nei confronti di una normativa che non si colloca nell'ambito del diritto comunitario".

⁵¹ Per una elencazione esemplificativa di tali diritti cfr. J. RIDEAU, *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*, Parigi, 2006, p. 349 ss.

⁵² Pubblicata in *GUUE* C 364, p.1 del 18 dicembre 2000. Il 12 dicembre 2007 la Carta è stata nuovamente proclamata dai presidenti della Commissione europea, del Parlamento e del Consiglio in previsione della firma del Trattato di Lisbona ed il testo, modificato ed aggiornato per renderlo coerente con tale, è stato pubblicato in *GUUE* C 303, p.1 del 14 dicembre 2007. Il testo della Carta di Nizza e le relative spiegazioni sono pubblicate anche sul codice a cura di B. NASCIBENE, *Unione europea, Trattati*, cit.

cui valore giuridico vincolante è stato affermato solo recentemente con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona⁵³ (di cui si dirà meglio in seguito).

Le sentenze della Corte di giustizia si impongono in virtù del primato del diritto dell'Unione negli ordinamenti interni. Si tratta anche in questo caso di sentenze definitive, in quanto provenienti dalla suprema autorità giurisdizionale in materia. E' vero che l'incidenza della sentenza sulla situazione del singolo dipende anche dal tipo di procedimento in cui è stata resa. Se si tratta di un ricorso per annullamento ex art. 263 TFUE (già art. 230 CE), l'atto comunitario in questione viene annullato dalla Corte di giustizia per violazione dei diritti fondamentali, con l'obbligo per l'istituzione di adottare un nuovo atto⁵⁴. Se, invece, la sentenza viene resa nell'ambito di un rinvio pregiudiziale, al fine di verificare la conformità di una normativa nazionale con i diritti fondamentali comunitari⁵⁵, la ricaduta nell'ordinamento nazionale dipenderà dalle autorità legislative, amministrative o giudiziarie di quest'ultimo, sempre sotto la vigilanza della Commissione la quale, in mancanza di ottemperanza agli obblighi comunitari, può avviare un procedimento ex art. 258 TFUE (già art. 226 CE).

Ricapitolando: a livello nazionale, i diritti fondamentali sono contenuti nella Costituzione e la tutela è assicurata dalle Corti costituzionali, a livello europeo si ha la CEDU e la Corte europea dei diritti dell'uomo, mentre a livello dell'Unione europea sussiste un catalogo non scritto elaborato dalla giurisprudenza e solo recentemente codificato nella Carta di Nizza e la Corte di giustizia. Vi sono, dunque, più autorità giurisdizionali⁵⁶, su un territorio parzialmente coincidente, che condividono il medesimo compito di tutela dei diritti fondamentali.

⁵³ Pubblicato in *GUUE* C 306/01 del 17 dicembre 2007. La versione consolidata dei trattati esistenti e dei relativi protocolli così come modificati dal Trattato di Lisbona è stata pubblicata in *GUUE* C 306, p.1 del 9 maggio 2008. L'entrata in vigore del Trattato di Lisbona era prevista per il 1° gennaio 2009, in caso di deposito di tutti gli strumenti di ratifica, o, altrimenti, il primo giorno del mese successivo all'avvenuto deposito dello strumento di ratifica da parte dello Stato firmatario che procede per ultimo a tale formalità. A seguito del no referendario irlandese del 12 giugno 2008 il nuovo trattato di riforma rischiava di subire le stesse sorti della tramontata Costituzione europea. Le ratifiche degli Stati membri sono tuttavia proseguite e a seguito di un nuovo referendum in Irlanda il Trattato di Lisbona è entrato in vigore il 1° dicembre 2009.

⁵⁴ Cfr. ad esempio Corte giust., 3 settembre 2008, *Kadi e Al Barakaat International Foundation c. Consiglio e Commissione*, C- 402/05 P e C- 415/05, in Racc. p. I-6351.

⁵⁵ Cfr. G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, Padova 2010, sulle diverse funzioni del rinvio pregiudiziale, p. 303 ss.

⁵⁶ Cfr. A. SPADARO, *Una (sola) Corte per l'Europa*, in Aa Vv, *La Corte costituzionale e le Corti*, p. 555 ss.; C. PANZERA, *Il bello dell'essere diversi. Corte costituzionale e corti europee ad una svolta*, in www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/0057_panzera.pdf ultimo accesso 10 febbraio 2010; S. DOUGLAS- SCOTT, *A tale of two courts: Luxembourg, Strasbourg and the growing European human rights acquis*, in *CMLR*, 2006, pp. 629-665.

Non verrà preso in considerazione nel presente lavoro il livello di tutela internazionale dei diritti dell'uomo, il quale costituisce, tuttavia, un'importante fonte di garanzie per l'individuo al di là del sistema europeo⁵⁷.

4. Il livello di tutela dell'Unione europea: passato, presente e futuro

Come è noto, l'ordinamento dell'Unione originariamente non contemplava la questione dei diritti fondamentali e non vi erano nei Trattati istitutivi disposizioni che prevedessero a livello generale la tutela di questi ultimi. Il fenomeno dell'integrazione comunitaria, infatti, si caratterizzava per essere essenzialmente fondato su basi economiche. In tale contesto, la tutela dei diritti fondamentali nel continente europeo veniva garantita in via esclusiva dalle Costituzioni nazionali⁵⁸ e dalla Corte di Strasburgo. La Corte di giustizia si confrontò con la questione per la prima volta nel 1959⁵⁹, nelle prime fasi della sua attività. Nel caso di specie il ricorrente lamentava la violazione dei principi fondamentali della Costituzione tedesca da parte di un atto comunitario: la Corte si limitò ad affermare il proprio compito di garantire il rispetto del diritto dell'Unione europea e l'incompetenza a pronunciarsi sul rispetto di diritti nazionali, sostanzialmente ignorando il problema.

La questione della tutela dei diritti fondamentali emergeva principalmente per gli atti provenienti dalle istituzioni comunitarie: le Corti costituzionali nazionali, infatti, non erano legittimate a tale controllo in virtù del rispetto del principio del primato, mentre la Corte europea dei diritti dell'uomo non poteva intervenire in mancanza di adesione della Comunità alla CEDU. Vi era, quindi, un'evidente lacuna di tutela. La reazione delle Corti costituzionali, italiana e tedesca in particolare, era stata l'elaborazione della teoria dei *controlimiti*, in virtù della quale tali corti si riservavano il diritto di non applicare un atto comunitario, ove questo potesse comportare una violazione dei principi fondamentali dell'ordinamento, tra cui i diritti fondamentali. La constatazione della progressiva affermazione del primato del diritto dell'Unione europea e del suo effetto diretto e della possibile incidenza di un atto delle istituzioni sui diritti fondamentali del singolo

⁵⁷ Cfr. In dottrina per tutti: L. PINESCHI (a cura di), op. cit., nonché B. NASCIBENE, *L'individuo e la tutela internazionale dei diritti umani*, in S. M. CARBONE, R. LUZZATTO, A. SANTA MARIA (a cura di), *Istituzioni di diritto internazionale*, Torino, 2003, p. 353 ss.

⁵⁸ Cfr. G. RIVOSECCHI, *La Carta dei diritti tra codificazione sui generis e diritto previgente*, in V. ATRIPALDI, R. MICCÙ, *L'omogeneità costituzionale nell'Unione europea*, Padova, 2003, pp. 247-289.

⁵⁹ Corte giust., 4 febbraio 1959, *Stork*, causa 1/58, in Racc. p. 1, punto 4.

garantiti dal proprio ordinamento nazionale faceva sì che le Corti costituzionali sancissero la propria prerogativa di opporsi alla supremazia del diritto dell'Unione europea per tutelare i diritti fondamentali del proprio ordinamento. La risposta della Corte di giustizia non poteva che essere quella di coprire essa stessa la lacuna creata, garantendo la tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario. Successivamente, infatti, con la sentenza *Stauder*⁶⁰, la Corte si dichiarava garante dei diritti fondamentali quali principi generali del diritto dell'Unione europea. I diritti fondamentali oggetto di tutela, dunque, non derivano direttamente dalle Costituzioni degli Stati membri o dalla CEDU, ma sono parte dei principi generali del diritto dell'Unione europea e hanno delle peculiarità proprie di questo ordinamento. In una successiva pronuncia in materia⁶¹, la Corte esplicitava, infatti, che “Il richiamo a norme o nozioni di diritto nazionale nel valutare la legittimità di atti emanati dalle istituzioni della Comunità menomerebbe l'unità e l'efficacia del diritto comunitario. La validità degli atti può essere stabilita unicamente alla luce del diritto comunitario. Il diritto nato dal Trattato, che ha una fonte autonoma, per sua natura non può, infatti, trovare un limite in qualsivoglia norma di diritto nazionale senza perdere il proprio carattere comunitario e senza che sia posto in discussione il fondamento giuridico della stessa Comunità. Di conseguenza, il fatto che siano menomati vuoi i diritti fondamentali sanciti dalla costituzione di uno stato membro, vuoi i principi di una costituzione nazionale, non può sminuire la validità di un atto della Comunità, né la sua efficacia nel territorio dello stesso Stato”. Al tempo stesso, la Corte adempiva l'obbligo di garantire l'osservanza dei diritti fondamentali nel proprio ordinamento: “È tuttavia opportuno accertare se non sia stata violata alcuna garanzia analoga, inerente al diritto dell'Unione europea. La tutela dei diritti fondamentali costituisce parte integrante dei principi giuridici generali di cui la Corte di giustizia garantisce l'osservanza. La salvaguardia di questi diritti, pur essendo informata alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, va garantita entro l'ambito della struttura e delle finalità della Comunità”⁶². Con tale pronuncia la Corte indicava anche, quale fonte di ispirazione per l'individuazione dei diritti fondamentali suscettibili di tutela nell'ordinamento dell'Unione europea, le fonti costituzionali comuni. Successivamente, nella sua opera di filtraggio dei diritti fondamentali comunitari, la Corte comincerà a riferirsi anche ai trattati

⁶⁰ Corte giust., 12 novembre 1969, *Stauder*, causa C- 29/69, in Racc. p. I- 419, punto 3.

⁶¹ Corte giust., 17 dicembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, causa 11/70, in Racc. p. 1125.

⁶² Sent. *Internationale Handelsgesellschaft*, cit., punto 4.

internazionali di tutela dei diritti fondamentali, tra cui ruolo peculiare verrà riservato alla CEDU⁶³.

Il passo successivo fu quello di estendere tale controllo agli atti nazionali di applicazione del diritto dell'Unione europea⁶⁴ e ai casi in cui lo Stato invocava una giustificazione all'applicazione del diritto dell'Unione europea⁶⁵, per esempio in materia di libera circolazione delle merci o delle persone, in modo da coprire tutti gli ambiti di rilevanza comunitaria sottratti al controllo nazionale. Il percorso giurisprudenziale compiuto dalla Corte di giustizia è, infine, stato consacrato nella formulazione dell'articolo F, par. 2 del Trattato sull'Unione europea, divenuto art. 6, par. 2 con il Trattato di Amsterdam, il quale sanciva 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 Roma il 4 novembre 1950, e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario".

Nello svolgere il proprio compito la Corte di giustizia non aveva, come più volte sottolineato, un testo di riferimento, ma, nel momento stesso in cui provvedeva alla loro tutela, delineava i diritti fondamentali comunitari, ricostruendoli a partire dalle tradizioni costituzionali comuni e dalla CEDU, ma tratteggiandoli con contorni spesso diversi da questi. Come sottolineato da Sciarabba⁶⁶ la Corte di giustizia inizialmente enuncia il proprio ruolo di garante dei diritti fondamentali "come se si riferisse a un insieme i cui elementi fossero noti a priori, senza che ci fosse bisogno di individuarli e definirli: con un approccio, volendo, vagamente «giusnaturalistico», che avrebbe aperto la strada alla più assoluta libertà ricostruttiva". Successivamente la Corte ha specificato che tali diritti sono tutelati nell'ordinamento dell'Unione europea non in quanto tali, ma in quanto principi generali di diritto dell'Unione europea, nell'ambito della struttura e delle finalità della Comunità.

Nel selezionare i diritti tutelabili in quanto principi generali del diritto dell'Unione europea e porre i limiti di una tale tutela la Corte esercita indubbiamente un ampio margine di discrezionalità.

Ad esempio, nel ricostruire i contorni dei diritti tutelati nell'ordinamento dell'Unione europea, la Corte ha tratto ispirazione dalla CEDU giungendo talvolta ad interpretazioni diverse da quelle della Corte di Strasburgo. Nella

⁶³ Corte giust., 14 maggio 1974, *Nold*, causa 4/73, in Racc. p. 1.

⁶⁴ Corte giust., 13 giugno 1989, *Wachauf*, causa 5/88, in Racc. p. 2609.

⁶⁵ Corte giust., 18 giugno 1981, *Elliniki Radiophonia Tileorasi AE (ERT)*, causa C-260/89, in Racc. p. I-2925.

⁶⁶ V. SCIARABBA, *Tra fonti e corti*, Padova, 2008, p. 92 ss.

sentenza *Orkem*⁶⁷, infatti, la Corte di Lussemburgo interpretava l'articolo 6 della CEDU, relativo alle garanzie di equo processo come non direttamente comprendente il diritto alla non autoincriminazione. Dopo aver indagato circa l'esistenza di un tale principio quale diritto fondamentale derivante dalle tradizioni costituzionali comuni e dagli strumenti di diritto internazionale, la Corte constatava la mancanza di un'esplicita menzione del diritto a non autoincriminarsi nell'articolo 6 della CEDU, nonché l'assenza di un'interpretazione della Corte di Strasburgo che vi potesse supplire. Successivamente, la Corte di Strasburgo si pronunciava esplicitamente sulla questione, affermando, invece, che il diritto al silenzio è racchiuso nelle garanzie dell'articolo 6⁶⁸. Anche per quanto riguarda la tutela dell'inviolabilità del domicilio commerciale vi è stata un'iniziale divergenza di interpretazione da parte delle due corti. Nella sentenza *Hoechst*⁶⁹ la Corte di giustizia affermava che non esiste un principio generale di diritto dell'Unione europea che sancisca il diritto all'inviolabilità del domicilio delle imprese, né esiste una giurisprudenza della Corte di Strasburgo che desuma tale principio dall'articolo 8 della CEDU. In una pronuncia successiva⁷⁰, però, la Corte di Lussemburgo prende atto delle intervenute pronunce sul tema da parte della Corte di Strasburgo e sancisce che: “nel determinare la portata di tale principio [n.d.a.: la tutela nei confronti di interventi dei pubblici poteri nella sfera di attività privata di una persona, sia fisica che giuridica, che siano arbitrari o sproporzionati] si deve tenere conto della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo posteriore alla sentenza *Hoechst/Commissione*, giurisprudenza da cui emerge, da un lato, che la tutela del domicilio, di cui all'articolo 8 della CEDU, può essere in talune circostanze estesa ai locali citati (sentenza *Colas Est e a. /Francia*) e, dall'altro, che il diritto d'ingerenza autorizzato dall'articolo 8, n.2, della CEDU “potrebbe più facilmente estendersi a locali o attività aziendali o commerciali piuttosto che ad altri casi” (sentenza *Niemietz/Germania* par. 31)”. La Corte di giustizia, dunque, modifica la propria concezione del diritto alla tutela del domicilio sulla base delle pronunce della Corte di Strasburgo che ne hanno esteso l'applicazione ai locali commerciali, considerandoli ricompresi nell'articolo 8 della CEDU, e che hanno sancito anche in questo caso il diritto di ingerenza autorizzato. Occorre, infine, ricordare che la Corte

⁶⁷ Sent. *Orkem*, cit.

⁶⁸ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Funke c. Francia*, del 25 febbraio 1993, ricorso n. 10828/84; *Saunders c. Regno Unito*, del 17 dicembre 1996, ricorso n. 19187/91.

⁶⁹ Corte giust., 21 settembre 1989, *Hoechst c. Commissione*, cause riunite C-46/87 e C-277/88, in Racc. p. I-2859, punti 17-18.

⁷⁰ Corte giust., 22 ottobre 2002, *Roquette Frères SA*, causa C-94/00, in Racc. p. I-9011.

di Strasburgo utilizza la Convenzione come esclusivo parametro per il vaglio della legittimità di atti e comportamenti degli Stati. La Corte di giustizia, invece, nell'utilizzare la CEDU la raffronta spesso ad altre norme tratte da altre fonti ed effettua bilanciamenti tra diversi diritti e disposizioni al pari di una corte costituzionale⁷¹.

Si deve, infine, sottolineare che la Corte di giustizia è stata chiamata a pronunciarsi su violazioni dei diritti fondamentali sempre più frequentemente: questo è frutto delle scelte dei ricorrenti, i quali indicano sempre più frequentemente la violazione dei diritti fondamentali tra i motivi di doglianza relativi ad atti comunitari, nonché dei giudici nazionali, i quali richiedono l'intervento della Corte nell'opera di bilanciamento tra diritti diversi⁷². La Corte di giustizia assume sempre di più, dunque, il ruolo di corte dei diritti fondamentali. Non si può trascurare, d'altronde, il significato che il riconoscimento e la tutela dei diritti fondamentali potrebbero rivestire nell'attuale fase di integrazione comunitaria: il superamento dei limiti di un'organizzazione a finalità essenzialmente economiche ed il passo finale per la creazione di una vera e propria comunità di diritto. Come ha evidenziato la dottrina⁷³, la tutela dei diritti umani potrebbe costituire la nuova *raison d'être* della Comunità europea, in assenza dei grandi progetti comuni che ne hanno caratterizzato la nascita e lo sviluppo.

Per progredire nella tutela dei diritti umani è stata anche istituita l'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali⁷⁴ che sostituisce l'Osservatorio Europeo dei fenomeni di razzismo e xenofobia con il compito di raccogliere dati e informazioni sull'evoluzione della situazione dei diritti fondamentali, individuando le cause e le migliori pratiche per porvi rimedio. Nella consapevolezza di portare avanti un compito condiviso con il Consiglio d'Europa, il 18 giugno 2008⁷⁵ è stato siglato un accordo che costituisce un quadro di cooperazione tra l'Agenzia ed il Consiglio d'Europa, onde evitare duplicazioni e garantire la complementarità ed il valore aggiunto. L'accordo prevede l'istituzione di contatti regolari agli opportuni livelli tra l'Agenzia ed

⁷¹ SCJARABBA, *op. cit.*, p. 93.

⁷² Corte giust., 14 febbraio 2008, *Varec*, causa C-450/06, in Racc. p. I-581; Corte giust., 29 gennaio 2008, *Promusicae*, causa C-275/06, in Racc. p. I-271.

⁷³ A. VON BOGDANDY, *The European Union as a Human right organisation*, in *CMLR*, 2000, pp. 1308 ss.

⁷⁴ Regolamento (CE) n. 168/2007 del Consiglio che istituisce l'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali, pubblicata in G.U. L 53 del 22 febbraio 2007, p. 1.

⁷⁵ Accordo tra la Comunità europea e il Consiglio d'Europa sulla cooperazione tra l'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali e il Consiglio d'Europa, in G.U. L 186 del 15 luglio 2008, p. 7.

il Consiglio d'Europa, la costante reciproca informazione, la massima diffusione dei risultati delle rispettive attività.

La ricerca del fondamento della tutela dei diritti umani per lo sviluppo dell'Unione europea è testimoniata soprattutto dall'inserimento nel Trattato di Lisbona non solo del richiamo ad un catalogo di diritti fondamentali comunitario, la Carta di Nizza, ma anche della base giuridica per l'adesione dell'Unione europea alla CEDU. La volontà di prendere una decisione politica per confermare il percorso giurisprudenziale della Corte di giustizia e rilanciare il ruolo dell'Unione nella tutela dei diritti umani si manifestava, dunque, concretamente. La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento dell'Unione europea è stata accompagnata dall'espansione della giurisdizione, in assenza di un discorso politico autorevole. Un fondamento legislativo dell'azione giudiziaria che testimoni le scelte politiche comunitarie in questo ambito non può che essere accolto favorevolmente.

5. La Carta di Nizza

Il recente stadio di evoluzione del livello di tutela nell'Unione europea consiste nella elaborazione di un catalogo comunitario di diritti fondamentali e nella creazione della base giuridica per aderire alla CEDU. Da tempo la dottrina indicava come soluzione per una completa tutela dei diritti fondamentali la redazione di un catalogo di diritti proprio ad essa e l'adesione alla CEDU⁷⁶: solo con il Trattato di Lisbona tale prospettiva ha acquisito concretezza. Occorrerà, dunque, analizzare separatamente tali questioni. Per quanto riguarda la Carta di Nizza, verrà brevemente ricostruito il processo di elaborazione della stessa e la questione del suo status giuridico rimasto incerto fino all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. In seguito occorrerà esaminare le problematiche connesse all'utilizzo della Carta, ovvero il rapporto con le fonti da cui sono tratti i diritti in essa contenuti, l'impatto sul ruolo creativo della Corte di giustizia, nonché sul rapporto tra la Corte di Lussemburgo e la Corte di Strasburgo, la natura giuridica della Carta.

5.1 La redazione e la questione del valore giuridico

Nel 1999 l'iter redazionale di un catalogo di diritti fondamentali comunitario prendeva finalmente l'avvio con il Consiglio europeo di Colonia, in cui fu lanciato l'invito a raccogliere i diritti fondamentali dell'Unione in

⁷⁶ J. RIDEAU, *L'Union Européenne et les droits de l'homme*, L'Aja, 1997.

una Carta, in modo da renderli manifesti⁷⁷, senza tuttavia alcuna indicazione sul suo valore giuridico. Il Consiglio di Tampere portava avanti tale progetto, indicando la composizione e le modalità di lavoro dell'organo adibito a tale compito: la Convenzione⁷⁸, organo composto dai 15 rappresentanti degli Stati allora membri dell'Unione, da 30 rappresentanti dei Parlamenti nazionali, da 16 rappresentanti del Parlamento europeo e da un rappresentante della Commissione. Parteciparono, inoltre, due rappresentanti della Corte di giustizia, due del Consiglio d'Europa, due del Comitato delle regioni, due del Comitato economico e sociale, nonché il Mediatore europeo. Al termine dei lavori della Convenzione, la Carta era, infine, approvata il 14 ottobre 2000 dai Capi di Stato e di Governo degli Stati membri nel Consiglio di Biarritz e proclamata dalle istituzioni nel Consiglio di Nizza del 7 dicembre dello stesso anno. Sotto l'autorità del presidium della Convenzione che ha redatto la Carta di Nizza e di quello della Convenzione per la Costituzione europea sono state elaborate anche le Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali⁷⁹. Si tratta di un testo che, come esplicitato nello stesso preambolo, non ha di per sé status di legge, ma che costituisce un "prezioso strumento d'interpretazione" per la corretta comprensione della Carta. Per ciascuna disposizione vengono, infatti, fornite delle chiarificazioni sui contenuti, nonché sono indicate le fonti da cui deriva il diritto in questione e i limiti e la portata nell'ordinamento dell'Unione.

La Carta si compone di sei titoli in cui sono classificati i diritti fondamentali tutelati nell'ordinamento dell'Unione: dignità, libertà, uguaglianza, solidarietà, cittadinanza, giustizia. Essa racchiude diritti civili e politici classici, ovvero già contenuti nella CEDU e nelle costituzioni nazionali, nonché diritti "nuovi", quali la protezione dei dati personali (articolo 8), i diritti legati alla bioetica, ovvero il divieto di pratiche eugenetiche e di clonazione (articolo 3), il diritto alla tutela dell'ambiente (articolo 37). A differenza della CEDU, la Carta di Nizza comprende i diritti economici e sociali, la cui tutela, tuttavia, non può prescindere dalle condizioni fissate dalle legislazioni nazionali.

Sebbene la Carta sia stata elaborata fin dall'inizio "come se" essa dovesse assumere un valore vincolante in vista del suo inserimento nei Trattati⁸⁰, le sue sorti sono state a lungo incerte e hanno sollevato un ampio dibattito in

⁷⁷ Sulle motivazioni ufficiali e non della Carta di Nizza cfr. SCJARABBA, *op. cit.*, p. 105 ss.

⁷⁸ Informazioni reperibili sul sito del Parlamento europeo: <http://www.europarl.europa.eu/charter/composition>, ultimo accesso 10 febbraio 2010.

⁷⁹ Pubblicate in *GUUE* C 303, del 14 dicembre 2007, p. 2.

⁸⁰ Cfr. Discorso del Presidente della Convenzione, Roman Herzog, del 17 dicembre 1999, Documento-Charte 4105/00, All. 1.

materia. Il confronto verteva principalmente sul valore giuridico della Carta, sull'utilità di un *Bill of Rights* comunitario, sull'incidenza di un tale strumento sulle relazioni istituzionali dell'Unione. Il lavoro sulla Carta di Nizza è proseguito nell'ambito della Convenzione per l'elaborazione del Trattato istitutivo di una Costituzione per l'Europa. La prospettiva di un inserimento nel Trattato istitutivo di una Costituzione per l'Europa portava a ritenere che l'acquisizione di forza giuridica vincolante di tale strumento fosse solo questione di tempo. A seguito dell'arresto di tale processo di riforma, conseguente al duplice referendum negativo di Francia e Paesi Bassi, anche il futuro della Carta di Nizza sembrava compromesso. Il rischio che tale documento non si emancipasse dal ruolo di dichiarazione politica e che fosse progressivamente ignorato dalla giurisprudenza comunitaria per la carenza di valore giuridico effettivo appariva sempre più reale.

La compilazione di un catalogo comunitario dei diritti fondamentali veniva vista come un progresso sulla strada dell'integrazione: il passaggio da un avanzamento di carattere funzionale e strumentale alla vita economica, alla costruzione di un vero e proprio ordinamento costituzionale, al pari di quanto avviene in ogni Stato di diritto. L'Unione europea recuperava terreno rispetto agli Stati⁸¹, che per via delle proprie costituzioni, offrivano una maggiore visibilità nei propri ordinamenti alla tutela dei diritti fondamentali. Con la redazione di un proprio catalogo, l'Unione europea, inoltre, si accingeva a diventare modello non solo dal punto di vista economico, ma anche nel campo della tutela dei diritti fondamentali, compito acquisito progressivamente in via giurisprudenziale, redigendo un elenco dai contenuti il più esaustivi possibili⁸². Alla base dell'ordinamento dell'Unione europea, dunque, si sostituivano le libertà economiche con i diritti fondamentali. In dottrina vi era quindi chi non esitava a vedere nella Carta di Nizza un "atto genuinamente costituzionale"⁸³, anticipazione o, addirittura, primo atto della Costituzione⁸⁴, un "testo unico" dei diritti fondamentali, "*Bill of Rights* battistrada della futura Costituzione"⁸⁵, una sorta di "compromesso

⁸¹ Cfr. C. BLUMANN, *Les compétences de l'Union européenne en matière de droits de l'homme*, in *RAE*, 2006, n. 1.

⁸² Cfr. C. STORINI, *Garanzie dei diritti fondamentali e Costituzione Europea*, in G. FERRARI, *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza*, Milano, 2001.

⁸³ M. CHITI, *La Carta europea dei diritti fondamentali: una carta di carattere funzionale?* in *Riv. trim. dir. pubbl.* 2002, n. 1, p. 1-26.

⁸⁴ H. DUMONT e S. VAN DROOGHENBROECK, *La contribution de la Charte à la constitutionalisation du droit de l'Union européenne*, in J. CARLIER, O. DE SCHUTTER (a cura di) *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Bruxelles, 2002.

⁸⁵ A. PACE, *A che serve la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea? Appunti preliminari*, in *Giur. Cost.*, 2001, pp. 193-207.

precostituente”⁸⁶. Non si trattava, dunque, di un atto meramente politico, ma di un vero e proprio strumento normativo che per la collocazione definitiva nell’ordinamento dell’Unione europea avrebbe dovuto attendere l’entrata in vigore della Costituzione, ma che già nelle more di questo processo aveva acquisito un certo vigore. Non veniva ignorato, infatti, che la Carta era stata proclamata solennemente dalle tre principali istituzioni comunitarie ed era frutto di un procedimento di formazione che aveva coinvolto quindici capi di Stato e di Governo e che fin dall’inizio la Convenzione aveva lavorato nell’ottica di produrre un testo giuridico vincolante. Nell’attesa di una soluzione adottata nell’ambito del processo costituente, le istituzioni cominciarono a riferirsi sempre più frequentemente alla Carta⁸⁷, mentre la dottrina tentava di legittimarne lo status in virtù dei caratteri propri della Carta, del suo significato all’interno dell’ordinamento dell’Unione europea. Ciò che secondo alcuni deponeva principalmente a favore dell’effettività giuridica della Carta era il carattere ricognitivo di diritti già esistenti e tutelati nell’ordinamento dell’Unione, piuttosto che innovativo. L’obiettivo dei redattori della Carta, infatti, non era introdurre nuovi diritti o rafforzare la tutela comunitaria dei diritti dell’uomo, ma dare maggiore visibilità a diritti già riconosciuti, tramite una loro catalogazione unitaria⁸⁸. Anche in assenza di un inserimento formale nel sistema delle fonti normative, dunque, la Carta poteva rappresentare un *monitum-receptum* dei valori comuni dell’Unione europea⁸⁹. Nella misura in cui la Carta aveva un contenuto meramente ricognitivo, poteva essere direttamente applicata dalle giurisdizioni competenti, nazionali e comunitarie. Il Tribunal Constitucional spagnolo vi si era riferito ancora prima della proclamazione ufficiale, in una pronuncia del 30 novembre 2000 e anche la Corte Costituzionale italiana ha utilizzato la Carta in tema di libertà di domicilio argomentando ad adiuvandum⁹⁰. Era, tuttavia, principalmente alla Corte di giustizia che si guardava per ottenere delucidazioni sul valore della Carta di Nizza: una costante applicazione

⁸⁶ A. SPADARO, *Sulla “giuridicità” della Carta Europea dei diritti: c’è ma (per molti) non si vede*, in AA.VV., *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza. Il costituzionalismo dei diritti*, Milano, 2001, pp. 257.

⁸⁷ Cfr. M. CARTABIA, S. NINATTI, *L’efficacia giuridica della Carta dei diritti: un problema del futuro o una realtà del presente?* in *Quad. Cost.* agosto 2001; M. FERRARI, E. MARCHISIO, *La giurisprudenza sul valore normativo della Carta dei diritti*, in *Quad. Cost.* 2002, pp. 672 – 676.

⁸⁸ Cfr. M. CHITI, cit., A. MANZELLA, *Dopo Nizza: la Carta dei diritti proclamata*, in L. S. ROSSI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione dell’Unione europea*, Milano, 2002, pp. 239- 247.

⁸⁹ M. PANEBIANCO, *La Carta europea dei diritti nel soft law costituzionale*, in *Dir. com. scambi int.*, 2001, n. 4, pp. 663- 675.

⁹⁰ STC 292/2000, del 30 novembre 2000 e Corte Cost., sent. n. 135/2002, citate da S. GAMBINO, *Diritti fondamentali europei e Trattato Costituzionale*, in M. SCUDIERO, *Il Trattato Costituzionale nel processo di integrazione europea*, Napoli, 2005

giudiziale di tale strumento come parametro di legittimità avrebbe, infatti, eliminato ogni dubbio circa l'effettivo valore della Carta. Emblematica è la dichiarazione dell'avvocato generale Tizzano nelle conclusioni della causa *Broadcasting, Entertainment, Cinematographic and Theatre Union*⁹¹: “Credo che in un giudizio che verte sulla natura e sulla portata di un diritto fondamentale non si possano ignorare le pertinenti enunciazioni della Carta, né soprattutto se ne possa ignorare l'evidente vocazione a fungere, quando le sue disposizioni lo consentono, da sostanziale parametro di riferimento per tutti gli attori- Stati membri, istituzioni, persone fisiche e giuridiche- della scena comunitaria. In questo senso, quindi, ritengo che la Carta ci fornisca la più qualificata e definitiva conferma della natura di diritto fondamentale che riveste il diritto a ferie annuali retribuite”. Un utilizzo effettivo della Carta in sede giudiziale ne avrebbe, dunque, confermato la giuridicità in quanto strumento ricognitivo, a prescindere dalle sorti del testo della Costituzione e da ogni considerazione di teoria delle fonti. Sebbene non siano mancati i riferimenti alla Carta di Nizza nella giurisprudenza comunitaria, soprattutto per opera degli Avvocati generali, non si è tuttavia giunti ad una sua affermazione pretoria tale da sostituire un inserimento istituzionale nel sistema delle fonti. Le difficoltà del testo costituzionale si sono riflesse sull'utilizzo della Carta da parte di giudici e ricorrenti, i quali hanno diminuito i riferimenti alla Carta nel timore di fondare le proprie decisioni e pretese su un testo che sarebbe stato probabilmente abbandonato⁹².

La soluzione al problema della carenza di valore giuridico della Carta è stata affidata al Trattato di Lisbona, il quale, oltre a chiudere il “periodo di riflessione” dovuto all'incertezza sul processo di riforma all'interno dell'Unione europea, consentiva di conservare gran parte dei risultati sostanziali della Costituzione e provvedeva a collocare la Carta dei diritti fondamentali nell'ordinamento dell'Unione a livello primario. L'articolo 6 del Trattato di Lisbona prevede, infatti, che “la Carta ha lo stesso valore giuridico dei trattati”. Tale formulazione sembra porre fine nettamente ai dubbi circa il valore giuridico vincolante della Carta.

⁹¹ Corte giust., 26 giugno 2001, *Broadcasting, Entertainment, Cinematographic and Theatre Union* (BECTU), causa C- 173/99, in Racc. I-4881.

⁹² Espressione usata a proposito del progetto costituzionale nel mandato allegato alle conclusioni del Consiglio europeo del 21-22 giugno 2007 sul “Processo di riforma dei trattati” che ha rappresentato la base della Conferenza Intergovernativa invitata ad elaborare un trattato di riforma sui trattati esistenti. Cfr. B. NASCIMBENE, A. LANG, *Il Trattato di Lisbona: l'Unione europea a una svolta ?*, in *Corr. Giur.* 2008, n.1.

5.2 Il rapporto tra la Carta e le fonti

I diritti iscritti nella Carta di Nizza, come è stato accennato, sono tratti da diverse fonti, quali le costituzioni nazionali, i trattati internazionali a tutela dei diritti umani, i trattati comunitari. Il legislatore dell'Unione europea ha, dunque, operato allo stesso modo della Corte di giustizia, emulando l'opera di filtraggio dei diritti fondamentali tutelati dall'ordinamento dell'Unione condotta dalla stessa in assenza di un catalogo scritto. In questo senso la dottrina⁹³ ha evidenziato il carattere ricognitivo della Carta di Nizza, in quanto, più che introdurre diritti nuovi nell'ordinamento, essa si limita a ordinare sistematicamente gli stessi in un unico catalogo, al fine di renderli più visibili e maggiormente conoscibili. Occorre, tuttavia, concentrarsi in particolare sul rapporto tra la Carta e la CEDU. Quest'ultima, infatti, costituisce la principale fonte dei diritti della Carta di Nizza, essendo richiamata dalle Spiegazioni per 22 disposizioni. Come esplicitato dalle Spiegazioni relative all'articolo 52, vi sono degli articoli della Carta che hanno significato e portata identici alle norme corrispondenti della CEDU: si tratta delle disposizioni relative al diritto alla vita, al divieto della tortura, alla proibizione della schiavitù e del lavoro forzato, al rispetto della vita privata e della vita familiare, al diritto alla libertà di pensiero, di coscienza, di religione, alla libertà di espressione e di informazione, al diritto di proprietà, alla protezione in caso di allontanamento, espulsione e di estradizione, alla presunzione di innocenza e diritti della difesa, al principio di legalità e di proporzionalità dei reati e delle pene. Vi sono poi disposizioni della Carta che hanno "significato identico agli articoli corrispondenti della CEDU, ma la cui portata è più ampia": esse sono relative al diritto di sposarsi e di costituire una famiglia, alla libertà di riunione e di associazione, al diritto all'istruzione, al diritto ad un ricorso effettivo e a un giudice imparziale, al *ne bis in idem*.

Secondo quanto disposto dalla lettera dell'articolo 52, laddove la Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla CEDU, "il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione". Tale norma sta, dunque, a sottolineare che in caso di coincidenza il livello di tutela nell'ordinamento dell'Unione dovrà essere corrispondente a quello del Consiglio d'Europa: questo eviterà, dunque, la presenza di un doppio standard di riferimento e consentirà una maggiore omogeneità tra i sistemi. Nelle Spiegazioni viene specificato che, in virtù di

⁹³ Cfr. ad esempio, A. PACE, *op. cit.*, P. MAGNETTE, *Prendre la Charte au sérieux: la force politique d'un texte juridique non contraignant*, in J. CARLIER, O. DE SCHUTTER, *op. cit.*

tale corrispondenza, il legislatore dell'Unione, nel fissare eventuali limitazioni ai diritti fondamentali, è tenuto a rispettare gli standard della CEDU in materia. L'interprete dovrà, dunque, preliminarmente verificare qual è il diritto rilevante nel caso di specie, in secondo luogo accertare che il medesimo diritto è tutelato con eguale significato e portata nel sistema della CEDU e di conseguenza adottare il relativo standard. Questo implicherà inevitabilmente la necessità di riferirsi alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Il testo della Convenzione, infatti, vive nelle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo che ne evita l'obsolescenza attraverso un'interpretazione evolutiva che ne adegua il contenuto alle esigenze dell'attualità. Per determinare gli esatti confini di un diritto è, dunque, necessario accertare qual è il contenuto che ne ha dato la Corte competente. Come verrà esaminato meglio in seguito, una tale situazione potrebbe comportare una certa dipendenza della Corte di Lussemburgo da quella di Strasburgo.

Diversa è la situazione per quanto riguarda i diritti che hanno lo stesso significato degli articoli della CEDU, ma la cui portata è più ampia. L'estensione di tali diritti dipende da diversi fattori. Il diritto di sposarsi e di costituire una famiglia, ad esempio, può essere interpretato in misura più ampia rispetto alla CEDU, in quanto la protezione offerta dal corrispondente articolo della Carta può essere estesa ad altre forme di matrimonio eventualmente istituite dalla legislazione nazionale. Tale portata "variabile" del diritto a sposarsi, frutto della combinazione dei livelli nazionale e dell'Unione di tutela, è stata confermata anche dalla giurisprudenza della Corte di giustizia⁹⁴. Talvolta la maggiore estensione di un diritto della Carta di Nizza, contemplato anche dalla CEDU, è, per così dire, "fisiologica", in quanto discende dal maggiore ambito di applicazione nell'Unione europea: è il caso, ad esempio, del diritto alla libertà di riunione e di associazione il cui campo di applicazione è esteso al livello dell'Unione europea. Questo può voler significare che tale libertà può essere esercitata da ogni persona in qualsiasi Stato dell'Unione, anche se diverso da quello di cui possiede la cittadinanza. Notevole è poi la maggiore estensione del diritto all'equo processo, non più limitata alle controversie relative ai diritti civili e alla materia penale. È evidente che in tal caso la Corte di giustizia potrà sviluppare lo standard di tutela dell'Unione riferendosi alle sentenze della Corte di Strasburgo unicamente come fonte di ispirazione.

⁹⁴ Corte giust., 1 aprile 2008, *Maruko*, causa C-267/06, in Racc. p. I-1757.

La lettera dell'art. 52 sancisce la possibilità che l'Unione conceda una protezione più estesa ai diritti fondamentali. Tale norma sembra quindi voler indicare che, anche in presenza di diritti di significato e portata identici a quelli della CEDU, quest'ultima può essere intesa come uno standard minimo cui non è possibile derogare.

Per quanto riguarda i diritti fondamentali derivanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, l'art. 52 pone una regola meno rigida all'interprete, in quanto sancisce che essi devono essere interpretati in armonia con tali tradizioni. La Corte di giustizia non deve, infatti, individuare il "minimo comune denominatore" degli ordinamenti nazionali, ma semplicemente ricercare uno standard adeguato al livello dell'Unione che non urti con quelli degli Stati. Anche in questo caso, dunque, vi è uno scarto tra il contenuto del diritto fondamentale tutelato a livello europeo e la fonte da cui esso è tratto: a differenza dei diritti corrispondenti alla CEDU, l'interprete è, inoltre, meno vincolato a mantenere la corrispondenza tra gli stessi.

In conclusione, si può affermare che la Carta di Nizza recepisce il catalogo non scritto elaborato nel corso degli anni dalla giurisprudenza della Corte di giustizia confermando lo standard di tutela dell'Unione europea emerso in questo modo. Attraverso le Spiegazioni ed il riferimento alle fonti si rivela la ricerca di un'armonia tra i diversi standard presenti in Europa che non si traduce necessariamente in una coincidenza ed omogeneità. Permane, dunque, il sistema multilivello di tutela caratteristico del continente europeo.

5.3 L'incidenza della Carta di Nizza sul ruolo della Corte di giustizia

L'attribuzione di valore giuridico vincolante alla Carta di Nizza e la definizione del suo valore primario potrebbe incidere sul ruolo della Corte di giustizia: come è noto, dagli anni '70 ad oggi, la tutela dei diritti fondamentali è stata principalmente affidata all'attività della Corte, alla sua opera di ricognizione e inserimento nei principi generali del diritto dell'Unione dei diritti fondamentali. La preoccupazione è adesso che questo ruolo "creativo" e dinamico della Corte, la cui efficacia nella tutela dei diritti fondamentali è indiscussa, possa essere bruscamente eliminato dalla cristallizzazione dei diritti nel nuovo strumento dell'Unione. Non sarà, infatti, più necessaria tale opera di filtraggio da parte della Corte, essendo già stabilito dal diritto primario quali sono i diritti fondamentali dell'Unione. Tale preoccupazione non sembra, però, del tutto giustificata, in quanto se la

Corte non dovrà più ricostruire il carattere fondamentale o meno di un diritto, essa dovrà pur sempre procedere all'identificazione del diritto rilevante nel caso di specie, verificare la corrispondenza con la Carta di Nizza e procedere all'interpretazione corretta in armonia con le fonti da cui esso deriva.

La dottrina⁹⁵ ha, inoltre, sollevato il problema della possibile dipendenza e subordinazione rispetto alla Corte di Strasburgo. Come è noto⁹⁶, la coesistenza delle due corti europee, entrambe competenti, in ambiti diversi, per la tutela dei diritti umani, ha fatto sì che nascesse tra le stesse un confronto costante ed un dialogo in cui talvolta sono emersi dei contrasti, anche se più spesso si è trattato di un processo di *cross-fertilisation* tra le stesse. La Corte di giustizia, in particolare, nell'utilizzare il testo della CEDU, strumento non facente parte dell'ordinamento⁹⁷ dell'Unione europea, ma fonte di ispirazione della ricognizione ed interpretazione dei diritti fondamentali, ha sempre più spesso fatto riferimento anche alle sentenze

⁹⁵ T. LOCK, *The ECJ and the ECtHR: the future relationship between the two European Courts*, in *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2009, pp. 375-398.

⁹⁶ Sul rapporto tra le Corti, senza pretesa di esaustività, cfr. I. CANOR, *Primus inter pares. Who is the ultimate guardian of fundamental rights in Europe?*, in *EL Rev.*, 2000, pp.3-21; D. SIMON, *Des influences réciproques entre CJCE et CEDH: «Je t'aime, moi non plus» ?*, in *Pourvoi*, 2001/1; H. KRÜGER, J. POLAKIEWICZ, *Proposal for a coherent human rights protection system in Europe*, in *Human Rights Law Journal*, 2001, pp.1-13; J. CALLEWART, F. TULKENS, *La Cour de justice, la Cour européenne des droits de l'homme et la protection des droits fondamentaux*, in M. DONY, E. BRIBOSIA, *L'avenir du système juridictionnel de l'Union européenne*, Bruxelles, 2002, pp.177-203; P. FALZEA, A. SPADARO, L. VENTURA, *La Corte Costituzionale e le corti d'Europa*, Torino, 2003; F. JACOBS, *Judicial dialogue and the cross-fertilisation of legal systems: the European Court of Justice*, in *Texas International Law Journal*, 2003, pp. 547-556; F. LICHÈRE, L. POTVIN- SOLIS, A. RAYNOUARD (a cura di), *Le dialogue entre les juges européens et nationaux: incantation ou réalité?*, Bruxelles, 2004; S. PANUNZIO (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, 2005; G. FERRARI (a cura di), *Corti nazionali e corti europee*, Napoli, 2006; S. DOUGLAS-SCOTT, *A tale of two courts : Luxembourg, Strasbourg and the growing european human rights acquis*, in *CMLR*, 2006, pp. 629-665; M. BRONCKERS, *The relationship of the EC courts with other international tribunals: non committal, respectful or submissive?*, in *CMLR*, 2007, pp. 601-627; M. CARTABIA, *"Taking dialogue seriously". The renewed need for a judicial dialogue at the time of Constitutional Activism in the European Union*, Jean Monnet Working Paper 12/07, reperibile sul sito: [www. JeanMonnetProgram.org](http://www.JeanMonnetProgram.org); A. ROSAS, *The European Court of Justice in Context: forms and patterns of judicial dialogue*, in *European Journal of Legal Studies*, Dicembre 2007; L. GARLICKI, *Cooperation of courts: the role of supranatural jurisdiction in Europe*, in *International journal of constitutional law*, 2008, pp. 509-530; O. POLLICINO, *Corti europee e allargamento dell'Europa: evoluzioni giurisprudenziali e riflessi ordinamentali*, in *D.U.E.*, 1/09, pp. 3- 45.

⁹⁷ Cfr. Conclusioni dell'Avvocato generale Verica Trstenjak in *Koldo Gorostiaga Atxalandabaso c. Parlamento*, causa C-308/07 P, 11 settembre 2008, punto 54, non ancora pubblicate in Racc.: "è d'uopo osservare che la Comunità non ha ancora aderito alla CEDU, cosa che esclude per motivi di diritto un'applicazione diretta delle disposizioni di questa convenzione internazionale all'interno dell'ordinamento giuridico comunitario. Al contempo, secondo una costante giurisprudenza, i diritti fondamentali fanno parte integrante dei principi generali di diritto, dei quali la Corte garantisce l'osservanza. A tal fine, la Corte si ispira alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri e alle indicazioni fornite dai trattati internazionali relativi alla tutela dei diritti dell'uomo a cui gli Stati membri hanno cooperato o aderito. La CEDU riveste, a questo proposito, un particolare significato".

della Corte di Strasburgo. Se, inizialmente, il riferimento era unicamente al testo della CEDU, a partire dalla fine degli anni '90, la Corte inizia ad esplorare l'ampiezza di un diritto fondamentale anche sulla base dell'interpretazione che dello stesso offre la Corte di Strasburgo. Anche gli avvocati generali citano sempre più spesso la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, effettuandone un'analisi approfondita, indirizzando la Corte nel suo percorso di ricostruzione dei diritti fondamentali comunitari. In passato l'avvocato generale Darmon aveva considerato che i giudici della Corte di giustizia non devono ritenersi vincolati ad un'interpretazione necessariamente coincidente con quella dei giudici di Strasburgo⁹⁸. Successivamente, l'avvocato generale Misho sottolineava però "la più alta importanza"⁹⁹ della giurisprudenza della Corte europea per la Corte di giustizia. Il giudice dell'Unione europea, dunque, pur riconoscendo l'importante valore delle pronunce della Corte di Strasburgo e cercando un'armonia con le stesse, non ha mai affermato un esplicito vincolo di conformarsi alle stesse. Con le disposizioni di cui all'articolo 52. 3 della Carta di Nizza, in virtù del quale, laddove la Carta contenga diritti corrispondenti a quelli della CEDU, questi hanno medesimo significato e portata di tale strumento, sembrerebbe essere stato introdotto un vincolo all'autonomia interpretativa della Corte di giustizia. La lettera della norma non fa riferimento alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, mentre le Spiegazioni esplicitano che il significato e la portata dei diritti sono determinati anche dalle pronunce di tale organo. In questo senso, la Corte di giustizia sembrerebbe essere tenuta a seguire le pronunce della Corte di Strasburgo. Se si accoglie questa interpretazione, un eventuale inadempimento della Corte di giustizia a quest'obbligo, potrebbe anche essere sanzionato dalla stessa Corte di Strasburgo, in seguito all'adesione dell'Unione alla CEDU (di cui si dirà meglio successivamente). Tale tesi sembra però, almeno allo stadio attuale, da rifiutare. Essa, infatti, introdurrebbe il principio dello *stare decisis* estraneo all'ordinamento dell'Unione anche rispetto alle pronunce della stessa Corte di giustizia. Inoltre, verrebbe meno l'autonomia stessa del diritto dell'Unione e la salvaguardia delle peculiarità di tale ordinamento. Nel Preambolo della Carta, inoltre, vi è un riferimento alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo quale fonte di ispirazione. È preferibile, dunque, ritenere

⁹⁸ Cfr. Conclusioni dell'avvocato generale Darmon del 18 maggio 1989 in *Orkem c. Commissione*, causa C-374/87, in Racc. p. I- punto 140.

⁹⁹ Cfr. Conclusioni dell'avvocato generale Misho del 20 settembre 2001, *Roquette Frères SA c. Directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes*, in causa C-94/00, in Racc. p. I-9011.

che il rapporto tra le due Corti europee continuerà ad essere improntato al dialogo, piuttosto che alla subordinazione gerarchica, probabilmente con un'attenzione maggiore per la coerenza delle rispettive pronunce.

Occorre, infine, sottolineare che le norme della Carta di Nizza sono spesso formulate in modo ampio e generico e dunque lasciano uno spazio di discrezionalità e manovra all'interpretazione della Corte di giustizia. Secondo un autore si potrebbe parlare in proposito non tanto di una lacuna della Carta quanto "di una sua implicita scelta di allocazione del potere decisionale in tema di bilanciamenti fra diritti: una sorta di «elastica» delega del «costituente» al potere politico-legislativo e al potere giudiziario, in quella logica di parziale trasformazione della costituzione da «atto» a «processo» che peraltro, nell'ordinamento dell'Unione, non solo è sempre esistita ma, si potrebbe forse dire, ha costituito per certi versi la regola"¹⁰⁰.

5.4 La natura giuridica della Carta di Nizza

Risolta la questione dello status giuridico della Carta di Nizza, permangono ancora degli interrogativi circa la natura di tale strumento, nonché le modalità con cui potrà essere modificata. Essa, infatti, è stata elaborata da un organo istituito ad hoc, la Convenzione, composta da rappresentanti degli Stati e delle istituzioni. È stata approvata dai capi di Stato e di governo in sede di Consiglio europeo ed è stata proclamata dalle istituzioni, ma non è stata sottoposta ad un vero e proprio processo di ratifica. Non è inserita né allegata ai Trattati, ma semplicemente richiamata dall'articolo 6 del Trattato UE modificato da Lisbona. Essa, dunque, fornita di valore giuridico vincolante, è qualcosa di più di una dichiarazione o una carta e, viste le modalità di redazione potrebbe essere pacificamente considerata un trattato. Essa sarebbe stata implicitamente ratificata attraverso la ratifica del Trattato di Lisbona cui ha proceduto ciascun paese membro. In quanto trattato relativo ai diritti fondamentali, la Carta sarebbe sottratta alla regola della reciprocità al pari della CEDU e dovrebbe quindi essere applicata sempre a prescindere dalla violazione di uno dei paesi membri. La natura di Trattato sarebbe confermata anche dalle riserve apposte da Regno Unito e Polonia. Il Protocollo n° 30 allegato al Trattato di Lisbona dispone, infatti, che la Carta non estende la facoltà della Corte di giustizia o di qualsiasi altro organo giurisdizionale della Polonia o del Regno Unito a ritenere che le leggi, i regolamenti o le disposizioni, le pratiche, le azioni amministrative di detti Stati non siano conformi ai diritti, alle libertà e ai

¹⁰⁰ SCJARABBA, *op. cit.*, p. 126.

principi fondamentali che essa riafferma. In particolare viene specificato che “nulla nel titolo IV della Carta crea diritti azionabili dinanzi a un organo giurisdizionale applicabili alla Polonia o al Regno Unito”. I due Stati in questione effettuano, dunque, una dichiarazione che sembra eliminare ogni portata effettiva della Carta: ad una prima lettura il significato di tale dichiarazione è che se i diritti contemplati dalla Carta non sono già riconosciuti nel diritto interno, non potranno essere invocati nei confronti dello Stato in questione. L’esigenza di limitazione della portata della Carta sembra nascere dalla preoccupazione del Regno Unito di concedere uno spazio eccessivo a dei diritti sociali che, potenzialmente, potrebbero limitare la libertà imprenditoriale inglese. Per la Polonia si tratterebbe, invece, della preoccupazione opposta, ovvero il pericolo di abbassare il livello di tutela sociale¹⁰¹. Entrambe le posizioni appaiono infondate: i diritti sociali previsti dalla Carta non sono, infatti, direttamente azionabili¹⁰², ma vi è sempre una limitazione rispetto a quanto previsto dal diritto interno, proprio per le difficoltà di carattere giuridico ed economico che può comportare l’applicazione di tali diritti per lo Stato. Non è ancora chiaro quale potrà essere la effettiva capacità di tale dichiarazione di incidere sulla tutela dei diritti fondamentali da parte Regno Unito e della Polonia nell’attuazione del diritto dell’Unione. Si potrebbe anche ritenere, infatti, che tale dichiarazione non sia suscettibile di incidere in modo sostanziale sulla tutela dei diritti fondamentali comunitari di fronte a detti Stati, in quanto se non potrà essere invocata direttamente la Carta, sarà però consentito il riferimento ai principi generali del diritto dell’Unione aventi il medesimo contenuto.

Poiché però la Carta di Nizza, a differenza della CEDU, non costituisce un ordinamento con degli organi adibiti alla sua salvaguardia, quali il Consiglio dei Ministri e la Corte europea dei diritti dell’uomo, ma si incardina nel sistema dell’Unione, pare preferibile considerarla, più che un trattato a sè, come una parte della Costituzione comunitaria iscritta nei Trattati e nei principi. Come è noto, la Corte di giustizia aveva già affermato che il trattato è la “carta costituzionale” dell’Unione europea molto prima che emergesse il progetto di Trattato istitutivo di una costituzione per l’Europa¹⁰³. Pur non essendo inserita materialmente nel testo dei Trattati o a questi allegata, per il

¹⁰¹ Cfr. J. ZILLER, *Il Nuovo Trattato Europeo*, Bologna 2007

¹⁰² Cfr. Relazione del Parlamento Europeo, Commissione per gli affari costituzionali, del 29 gennaio 2008

¹⁰³ Cfr. Corte giust., 23 aprile 1986, *Les Verts c. Parlamento*, causa C-294/83, in Racc. p. 1339; Corte giust. ordinanza, 13 luglio 1990, *Zwartveld*, causa 2/88, in Racc. p. I-3365; Corte giust., 14 dicembre 1991, parere 1/91 sul progetto di accordo sullo Spazio economico europeo, in Racc. p. I-6079; Corte giust., 23 marzo 1993, *Weber*, causa C-314/91, in Racc. p. I-1093.

suo contenuto di natura costituzionale, la Carta non può che essere considerata facente parte della legge fondamentale comunitaria. Una tale considerazione è avvalorata dall'analisi dei lavori preparatori del progetto di Costituzione europea in cui è stata affrontata la questione dell'inserimento della Carta di Nizza. Nell'ambito dei lavori della Convenzione per l'elaborazione del testo del Trattato che istituisce una costituzione per l'Europa, infatti, erano state prospettate diverse possibilità per l'incorporazione della Carta dei diritti fondamentali¹⁰⁴. Il Gruppo di lavoro II, designato per affrontare tale questione, aveva inoltre discusso le conseguenze di un'eventuale adesione della Comunità alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, nonché il problema specifico della possibilità dei singoli individui di adire la Corte di giustizia. I membri del Gruppo avevano espresso l'unanime convinzione che la Carta dovesse essere incorporata secondo modalità idonee a conferirle carattere giuridicamente vincolante e status costituzionale.

Le opzioni di base suggerite dal Gruppo erano:

“a. l'inserimento del testo degli articoli della Carta all'inizio del trattato costituzionale, in un titolo o in un capo del trattato,

b. inserimento di un adeguato riferimento alla Carta in un articolo del trattato costituzionale; tale riferimento potrebbe essere integrato allegando o accludendo la Carta al trattato, come parte specifica di quest'ultimo contenente solo la Carta o come testo giuridico separato (ad es. sotto forma di protocollo).

c. Secondo un membro del Gruppo, un “riferimento indiretto” alla Carta potrebbe essere usato per renderla giuridicamente vincolante senza attribuirle uno status costituzionale.”¹⁰⁵

La maggior parte dei membri del Gruppo si è dichiarata favorevole alla prima opzione, nell'interesse di una maggiore leggibilità del trattato costituzionale. Tra i sostenitori della seconda opzione, alcuni sottolineavano la necessità di allegare la Carta al Trattato, come parte specifica del medesimo o come protocollo. Queste due opzioni, a differenza della terza, venivano considerate idonee a “rendere la Carta un testo giuridicamente vincolante dotato di status costituzionale”. La soluzione infine adottata è stata quella del diretto inserimento della Carta nel testo del Trattato costituzionale. La Carta apriva la seconda parte del Trattato, collocandosi al centro della Costituzione europea: nessun dubbio, quindi, sul suo valore

¹⁰⁴ Cfr. Lavori del Gruppo II, Integrazione della Carta / adesione alla CEDU, Bruxelles, 22 ottobre 2002, CONV 354/02.

¹⁰⁵ Lavori del Gruppo II cit., par. 2.

giuridicamente vincolante e sul suo status costituzionale¹⁰⁶. La soluzione adottata del Trattato di Lisbona è invece paragonabile alla terza tra quelle prospettate dal Gruppo di Lavoro: l'articolo 6 del Trattato di Lisbona prevede, infatti, che "la Carta ha lo stesso valore giuridico dei Trattati". Il testo della Carta non viene direttamente inserito nel Trattato, ma richiamato nei primi articoli dello stesso, dove sarebbe giusto collocare un elenco di diritti fondamentali, secondo il modello delle costituzioni nazionali. Il richiamo operato dal Trattato chiarisce, inoltre, quale sia il valore giuridico della Carta: pur non facendone parte, la Carta ha lo stesso valore giuridico del Trattato. Questa modalità attenua la visibilità del Bill of rights comunitario, scopo principale della sua redazione, ma ne lascia intatta la sostanza giuridica. La Relazione del Parlamento di commento al Trattato di Lisbona¹⁰⁷ ricorda che la Costituzione europea aveva integrato al suo interno la Carta dei diritti fondamentali, con un preciso significato: quello di porre la persona al centro della Costituzione stessa. Proprio per questo, il Parlamento aveva fortemente auspicato tale integrazione. Nell'ambito dei lavori sul Trattato di Lisbona, l'opposizione di alcuni Stati membri, probabilmente dovuta al forte significato costituzionale dell'inserimento di un catalogo di diritti, ha impedito una tale incorporazione. Non si è, però, voluto rinunciare al riconoscimento formale della forza giuridica vincolante della Carta di Nizza: secondo il Parlamento, questo esplicito riconoscimento segna la possibilità per la Carta di fungere quale parametro per giudicare la validità degli atti dell'Unione europea.

In ogni caso attraverso questo richiamo all'interno del Trattato, la Carta si imporrà alle istituzioni e agli Stati membri nel momento in cui agiscono in quanto esecutori del diritto dell'Unione. La Carta è, dunque, parametro di legittimità, sia al momento della produzione legislativa, che al momento del controllo giurisdizionale dell'atto e dunque deve essere considerata come parte integrante della carta costituzionale europea.

La soluzione operata dal Trattato di Lisbona non apporta nessuna chiarificazione circa la procedura da adottare in caso di modifica della Carta di Nizza. Si può ipotizzare che verrà seguita la procedura necessaria per la revisione dei Trattati comunitari di cui all'articolo 48 TUE.

¹⁰⁶ Cfr. A. LEVADE, *Préambule*, in L. BURGORGUE-LA, A. LEVADE, F. PICOD, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, Bruxelles, 2002, vol. 2, p. 1- 32.

¹⁰⁷ Relazione del Parlamento Europeo, cit.

5.5 *L'applicazione della Carta di Nizza*

Occorre, infine, ricordare che la Carta di Nizza avrà un ambito di applicazione circoscritto secondo i limiti tradizionali della competenza comunitaria nella materia dei diritti fondamentali. Secondo quanto disposto dall'articolo 51 essa si applica alle istituzioni, agli organi e organismi dell'Unione e agli Stati esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione. Viene confermato, dunque, quanto sancito dalla giurisprudenza della Corte di giustizia¹⁰⁸, ovvero che l'obbligo per gli Stati di rispettare i diritti fondamentali comunitari vale soltanto quando essi agiscono nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, nonché nell'introduzione di deroghe alle libertà di circolazione nei limiti consentiti dal Trattato. È stato evidenziato che l'articolo 51 utilizza una formula più ampia rispetto a quanto statuito dalla giurisprudenza, in quanto sancisce che la Carta si applica agli Stati "nell'attuazione del diritto dell'Unione". Tale espressione sarebbe da considerare come sinonimo della nozione di "ambito di applicazione" del diritto dell'Unione, secondo quanto emergerebbe dalle sentenze citate dalle Spiegazioni: queste ultime, infatti, riportano anche dei casi¹⁰⁹ in cui la Corte ha negato l'obbligo di tutelare i diritti fondamentali perché l'attività nazionale non era compresa in ambito comunitario, in quanto si trattava di situazioni che non presentavano alcun elemento di collegamento con l'ordinamento dell'Unione. Di conseguenza, si potrebbe concludere che rientra nel raggio di azione della Carta ogni attività nazionale che presenti elementi di collegamento con il diritto dell'Unione, non necessariamente in termini di applicazione o esecuzione¹¹⁰.

La stessa disposizione conferma l'attuale sistema multilivello europeo, in quanto sancisce che "la presente Carta non estende l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione al di là delle competenze dell'Unione, né introduce competenze nuove o compiti nuovi per l'Unione, né modifica le competenze ed i compiti definiti nei trattati". I diritti fondamentali dell'Unione europea e la relativa opera di tutela della Corte di giustizia verranno, dunque, in rilievo unicamente nelle situazioni di rilevanza comunitaria, senza intaccare l'ambito di applicazione della CEDU e delle costituzioni nazionali e la competenza della Corte di Strasburgo e delle corti costituzionali. È, inoltre, stabilita una clausola di salvaguardia del livello di tutela attualmente offerto dal diritto dell'Unione, degli Stati e dal diritto internazionale, in quanto

¹⁰⁸ Cfr. Sent. *Wachauf*, *ERT*, *cit.*

¹⁰⁹ Cfr. Corte giust., 18 novembre 1997, *Annibaldi*, causa C-309/96, in Racc. p. I-7493.

¹¹⁰ Cfr. SCIARABBA, *op. cit.*, p. 152; R. ALONSO GARCIA, *Le clausole orizzontali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, pp. I-29.

all'articolo 53 viene sancito che nessuna disposizione della Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti derivanti da tali fonti.

Un'ultima questione da affrontare riguarda l'efficacia e la diretta applicabilità della Carta di Nizza. Tale strumento giuridico è diretto a tutelare non solo i cittadini comunitari, ma tutti i soggetti presenti sul territorio dell'Unione europea. Essa contiene diritti e principi ed occorre quindi distinguere i suoi effetti a seconda del tipo di norma considerata. I caratteri dell'effetto diretto sono più difficilmente riscontrabili nei principi generali di diritto. Al contrario, le norme che sanciscono i diritti fondamentali in essa contenute possono, in genere, essere considerate di efficacia diretta e dunque esse sono idonee a creare in capo ai singoli diritti direttamente invocabili dinanzi al giudice nazionale. Una precisazione deve essere fatta per i diritti economici e sociali, per i quali occorre tenere presente le modalità di attuazione di ciascun diritto nazionale. Occorre, tuttavia, ricordare che le disposizioni della Carta di Nizza potranno essere utilmente invocate dai ricorrenti nei giudizi nazionali unicamente in situazioni di rilevanza comunitaria, in quanto altrimenti si ricadrà al di fuori dell'ambito di applicazione della Carta stessa. Nulla vieta, tuttavia, di utilizzare il riferimento alla Carta di Nizza anche quale argomentazione ad adiuvandum nel dimostrare la rilevanza o la natura fondamentale di un determinato diritto anche in situazioni puramente interne.

Non è mancato chi ha sostenuto¹¹¹ che l'applicazione della Carta unicamente in situazioni di rilevanza comunitaria potrebbe comportare la sussistenza di "discriminazioni alla rovescia" in quanto i ricorrenti nelle situazioni puramente interne potrebbero avere un trattamento meno favorevole determinato dall'applicazione delle norme interne relative ai diritti fondamentali. La soluzione proposta da questi autori è quella di un'estensione della disciplina più favorevole contenuta nella Carta anche a tali situazioni. Tale situazione avrebbe tuttavia l'effetto di scardinare l'equilibrio del sistema multilivello, nonché di ampliare l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione europea contrariamente alla lettera dell'articolo 51.

La Carta contiene anche dei principi: secondo quanto disposto dalle Spiegazioni dell'articolo 51 ai principi può essere data attuazione tramite atti legislativi o esecutivi. Essi assumono dunque rilevanza per il giudice unicamente quando tali atti sono sottoposti al suo vaglio. Si tratta dunque di parametri di legittimità e non di posizioni giuridiche direttamente azionabili

¹¹¹ SCIARABBA, *op. cit.*, p. 155

dai singoli. Viene specificato, inoltre, che tali principi non danno adito a pretese dirette per azioni positive da parte delle istituzioni dell'Unione o degli Stati membri. Non è sempre facile distinguere tra principi e diritti: le Spiegazioni, ad esempio, citano quale norma che contiene un principio l'articolo 25, rubricato "diritti degli anziani".

Per quanto riguarda l'applicazione della Carta di Nizza da parte delle giurisdizioni nazionali, osservando la giurisprudenza italiana, si può sottolineare che talvolta la Carta viene utilizzata come parametro di legittimità accanto a fonti italiane di rilevanza per la tutela dei diritti fondamentali¹¹², talvolta si parla di diretta applicabilità della stessa in virtù di forza propria per fondare le pretese dei ricorrenti¹¹³. Essa, infine, viene spesso indicata come parametro per valutare l'esistenza di un valore giuridico europeo. Recentemente, la Commissione europea ha pubblicato una comunicazione per rafforzare l'impegno all'osservanza e all'applicazione della Carta di Nizza¹¹⁴.

6. L'adesione

L'ulteriore modifica al livello di tutela dell'Unione europea è sancita dall'articolo 6 del Trattato sull'Unione europea così come modificato da Lisbona, il quale prevede al paragrafo 2 che "L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali". Nel testo del Trattato che istituisce una costituzione per l'Europa la norma corrispondente aveva una formulazione meno decisa, in quanto si sanciva che l'Unione "persegue" un tale risultato. Con la nuova formulazione dell'articolo 6 viene, dunque, inserita la idonea base giuridica per consentire tale elemento di chiusura del sistema di tutela dei diritti fondamentali presente in Europa. Fino ad ora, infatti, tale passo non era stato possibile per l'assenza di un'esplicita indicazione dei Trattati che consentisse l'inserimento dell'Unione europea in un ordinamento giuridico come quello del Consiglio d'Europa e dunque della necessaria competenza dell'Unione, come era stato sancito dalla stessa Corte di giustizia¹¹⁵. Si rivelava, infatti, necessaria una forte decisione politica in questo senso, condivisa dagli Stati e dall'Unione che pare essersi realizzata con l'attuale trattato di riforma.

¹¹² Cfr. Cass. civ. 2352/2010; Cass. civ. 16382/2010; Cass. Civ. 24679/2009; Cass. Civ. 24679/2009; Cass. Civ. 29191/2008; Corte cost. 138/2010.

¹¹³ Tar Palermo, n. 6685/2010.

¹¹⁴ Cfr. *Stratégie pour la mise en oeuvre effective de la Charte des droits fondamentaux par l'Union européenne*, Comunicazione della Commissione del 19 ottobre 2010, COM(2010) 573

¹¹⁵ Cfr. Corte giust., parere 2/94, 28 marzo 1996, in Racc. p. 1759.

L'adesione dell'Unione alla CEDU¹¹⁶ avrà inevitabilmente profonde conseguenze sull'assetto dei rapporti tra le due Corti.

La prima importante conseguenza è indubbiamente la fine dell'incompetenza *ratione personae* della Corte di Strasburgo per le violazioni dei diritti fondamentali della CEDU compiute dalle istituzioni comunitarie: una volta che l'Unione europea sarà parte alla Convenzione, non vi sarà più necessità di addebitarle agli Stati. La stessa Corte di giustizia potrebbe, dunque, essere sottoposta al controllo della Corte di Strasburgo, ad esempio per una propria decisione, suscettibile di violare i diritti fondamentali di un singoli, instaurando inevitabilmente un rapporto gerarchico. Verrà conseguentemente meno anche quella presunzione di equivalenza che attualmente è riservata al sistema dell'Unione europea, in quanto, in caso contrario, la Corte effettuerebbe una distinzione a favore dell'Unione, discriminando gli Stati.

Sarà necessario continuare, tuttavia, a distinguere quelle violazioni che, pur essendo state compiute da uno Stato che agiva in attuazione del diritto dell'Unione europea, sono addebitabili allo stesso, in ragione del potere discrezionale che eventualmente conservava.

Ulteriori domande sorgono di nuovo circa l'effetto vincolante delle sentenze della Corte di Strasburgo per la Corte di Lussemburgo. In un parere¹¹⁷ emesso dalla Corte circa un progetto di accordo tra la Comunità ed i paesi dell'associazione europea di libero scambio, relativo alla creazione dello Spazio Economico Europeo, la Corte aveva sancito l'incompatibilità di tale accordo con il diritto dell'Unione europea, in quanto esso avrebbe istituito una corte che in alcune ipotesi avrebbe potuto pronunciarsi sull'interpretazione del riparto di competenze tra Comunità e Stati membri in relazione alle materie disciplinate dall'accordo. Un tale compito deve essere considerato esclusivo della giurisdizione comunitaria, in quanto materia di fondamentale importanza per l'ordinamento. In tale parere la Corte sanciva però che “qualora in generale un accordo internazionale preveda un sistema

¹¹⁶ Sull'adesione vedi *inter alia*: O. DE SCHUTTER, Y. LEUJEUNE, *L'adhésion de la Communauté à la Convention européenne des droits de l'homme à propos de l'avis 2/94 de la Cour de Justice des Communautés*, in *CDE*, 1996, pp. 556-606; A. BULTRINI, *La questione dell'adesione della Comunità europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo di fronte alla Corte di giustizia*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1997, pp. 97-114; O. DE SCHUTTER, *L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme comme élément du débat sur l'avenir de l'Union*, in M. DONY, E. BRIBOSIA, *L'avenir du système juridictionnel de l'Union européenne*, Bruxelles, 2002; V. SKOURIS, *La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne dans la perspective de l'adoption d'une constitution européenne*, in L. ROSSI, *Vers une nouvelle architecture de l'Union européenne*, Bruxelles, 2004, pp. 231-264; V. ZAGREBELSKY, *La prevista adesione dell'Unione Europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, www.europeanrights.it.

¹¹⁷ Cfr. Corte giust., parere 1/91, 14 dicembre 1991, in *Racc.* p. 6079.

giurisdizionale proprio che comprende una Corte competente a dirimere le controversie tra le parti contraenti di tale accordo e, di conseguenza, ad interpretare le norme di quest'ultimo, le decisioni di tale Corte vincolano le istituzioni della Comunità, compresa la Corte di giustizia. Tali decisioni si impongono anche ove la Corte di giustizia sia chiamata a pronunciarsi, in via pregiudiziale o nell'ambito di un ricorso diretto, sull'interpretazione dell'accordo internazionale, nei limiti in cui quest'ultimo forma parte integrante dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea. Un accordo internazionale che prevede un siffatto sistema giurisdizionale è, in linea di principio, compatibile con il diritto comunitario.”. Dato che la Convenzione è un sistema con la sua propria corte, tale regola espressa dalla Corte di giustizia sembra ad essa applicabile. Tale assunto sarebbe, tuttavia, da scartare, in quanto di norma, una decisione relativa ad un accordo internazionale è applicabile solo alle parti di quello specifico procedimento. Inoltre, lo stesso articolo 46 della CEDU sancisce che le sentenze sono vincolanti solo per le parti, rifiutando il principio dello *stare decisis*. La Corte di giustizia potrebbe, però, anche in virtù di quanto esposto ai paragrafi precedenti, essere vincolata secondo questo principio dalle sentenze emesse dalla CEDU nei procedimenti in cui è parte essa stessa.

Si è posta anche la questione se la CEDU, una volta ratificata anche dall'Unione europea, possa essere considerata come un accordo misto che vincola sia l'Unione che gli Stati. In tal caso, secondo quanto stabilito nella sentenza *Haegeman*¹¹⁸, la CEDU diventerebbe parte integrante del diritto dell'Unione europea e la Corte avrebbe giurisdizione esclusiva per la sua interpretazione. Questo potrebbe essere escluso per quanto riguarda l'applicazione della CEDU nelle sole situazioni di rilevanza interna, mentre ove si tratti di un caso di rilevanza comunitaria è possibile ammettere la giurisdizione esclusiva della Corte di giustizia.

In conclusione occorre ricordare che l'inserimento della base giuridica per l'adesione alla CEDU operato dal Trattato di Lisbona non è stato accompagnato dalla descrizione delle modalità mediante il quale essa sarà realizzata. L'adesione alla CEDU si distingue dalla normale sottoscrizione e ratifica di un trattato (articoli 11 e 15 della Convenzione di Vienna), in quanto la procedura di sottoscrizione e ratifica è specificatamente prevista dall'articolo 59 della CEDU per i soli Stati membri del Consiglio d'Europa. Si rivelerà, dunque, necessario un accordo, che potrà assumere la forma di trattato o protocollo di emendamento della Convenzione. L'Unione dovrà

¹¹⁸ Corte giust., 30 aprile 1974, causa 181/73, *Haegeman*, in Racc. p. 449.

inoltre aderire a diversi trattati connessi (Accordo europeo relativo alle persone partecipanti alle procedure della Corte europea dei diritti dell'uomo; Sesto Protocollo annesso all'Accordo generale sui privilegi e Immunità del Consiglio d'Europa). L'adesione richiederà, infine, alcune modifiche testuali, nonché specifiche previsioni amministrative e finanziarie e l'elaborazione di una soluzione per la presenza del giudice ad hoc comunitario. La base giuridica per l'adesione nel contesto del Consiglio d'Europa è stata inserita nel Protocollo 14 all'articolo 17, il quale modificando l'articolo 59 della CEDU prevede che l'Unione può aderire alla Convenzione. Tale protocollo è stato aperto alla firma il 13 maggio 2004 ma per lungo tempo le sue sorti sono rimaste incerte: la Russia, infatti, per contrasti politici ha rifiutato di firmare il protocollo. La situazione si è sbloccata il 15 gennaio 2010, data di firma del Protocollo da parte di tale Stato. Esso è, dunque, entrato in vigore il primo giorno del terzo mese successivo alla data di ratifica, ovvero il 1° giugno 2010. La prospettiva dell'adesione, a lungo rimasta nell'immaginario dei giuristi europei, sembra ora concretamente realizzabile. Il Presidente dell'assemblea parlamentare, Herta Däubler-Gmelin, nelle conclusioni dell'assemblea del 16 dicembre 2009 ha indicato che per accelerare i tempi potrà essere concluso un memorandum di accordo tra l'Unione europea e le parti della Convenzione, invece di un accordo istituzionale che necessiterebbe lunghi anni di negoziazione¹¹⁹.

7. Il coordinamento dei tre sistemi mediante il principio di sussidiarietà e il concetto di tutela equivalente

La presenza di tre livelli di tutela sul continente europeo ha più volte suscitato la questione del coordinamento degli stessi e dei relativi organi giurisdizionali. Perché il sistema funzioni colmando correttamente ogni lacuna di tutela, senza creare duplicazioni o sovrapposizioni, vi devono essere dei precisi criteri e meccanismi di riferimento. Il coordinamento dei tre livelli appare incentrato e maggiormente visibile nella precisazione del diverso ambito di competenza delle rispettive corti, ma un corretto esame dello stesso implica una riflessione anche sul rapporto tra ordinamenti.

Occorre procedere esaminando i rapporti tra un livello e l'altro e successivamente metterli in relazione.

¹¹⁹ *L'avenir de la Cour de Strasbourg et la mise en oeuvre des normes de la CEDH: réflexions sur le processus d'Interlaken*, Conclusions de la Présidente concernant l'audition du 16 décembre 2009 à Paris, reperibili sul sito <http://internationallawobserver.files.wordpress.com/2010/01/fjdoc06-20101.doc>.

7.1 Il coordinamento tra il livello nazionale e il livello della CEDU

Come precedentemente descritto, il livello nazionale di tutela è volto ad assicurare i diritti fondamentali dei soggetti di tale ordinamento iscritti nelle costituzioni. Lo Stato sceglie il livello di tutela da accordare ad una determinata prerogativa dell'individuo in considerazione del bilanciamento con altri diritti o interessi e gli organi giurisdizionali, in particolare le corti costituzionali, ne assicurano il rispetto. Può accadere, tuttavia, che un determinato diritto fondamentale iscritto nella CEDU risulti leso: o perché si tratta di un diritto non iscritto nel catalogo costituzionale nazionale (ipotesi alquanto improbabile), oppure perché il livello nazionale risulta inferiore a quello della CEDU. In tal caso, la persona può adire la Corte di Strasburgo dopo aver cercato soddisfazione della propria pretesa presso le corti nazionali. L'articolo 35 CEDU pone, infatti, quale condizione di ricevibilità dei ricorsi il previo esaurimento delle vie di ricorso interne: i diritti fondamentali devono, infatti, essere garantiti al livello più vicino alla persona e la possibilità di ricorrere alla CEDU deve restare un'*extrema ratio* necessaria al fine di evitare l'abbassamento del livello di tutela al di sotto dello standard minimo iscritto nella CEDU. È evidente come il rapporto tra corti nazionali e Corte di Strasburgo sia improntato sul principio di sussidiarietà, in quanto tale corte sovranazionale interviene esclusivamente nel caso in cui il ricorrente non abbia ricevuto un'adeguata tutela a livello interno. In tal modo viene assicurato il rispetto dell'identità nazionale degli Stati e le loro scelte a livello interno ponendo, tuttavia, una garanzia ultima a tutela dell'individuo.

6.2 Il coordinamento tra livello dell'Unione europea e livello nazionale

Come sopra anticipato, i diritti fondamentali dell'Unione europea ed il relativo controllo da parte della Corte di giustizia vengono in rilievo unicamente per quanto riguarda l'attività delle istituzioni, l'attuazione del diritto comunitario da parte degli Stati, le giustificazioni per una deroga al trattato altrimenti incompatibile con il diritto dell'Unione europea. La Corte di giustizia esercita, dunque, il proprio controllo sul rispetto dei diritti fondamentali unicamente in tale ambito di competenza, non potendo il ricorrente rivolgersi alla Corte per la violazione di una propria prerogativa derivante dal diritto nazionale o in una situazione puramente interna. Il punto di intersezione tra i due livelli risiede, dunque, nel controllo operato dalla Corte di giustizia circa il rispetto dei diritti fondamentali da parte degli Stati. Essi nell'ambito dell'attuazione del diritto dell'Unione europea sono tenuti a

rispettare sia i diritti fondamentali derivanti dalla propria carta costituzionale, sia i diritti riconosciuti come fondamentali nell'ordinamento dell'Unione europea. In particolare, anche nell'opporre una giustificazione ad una deroga al Trattato gli Stati non possono venir meno al loro dovere di garanzia dei diritti fondamentali. Come verrà meglio analizzato nel capitolo 3, una situazione particolare che manifesta il coordinamento tra tali livelli si realizza quando lo Stato deroga al diritto dell'Unione europea proprio per la finalità di tutelare i diritti fondamentali del proprio ordinamento: la Corte di giustizia ha sancito la legittimità di tale atteggiamento, mostrando deferenza verso lo spazio di scelta discrezionale dello Stato circa il bilanciamento dei valori in gioco, nonché verso il livello di tutela nazionale.

Il coordinamento tra livello dell'Unione europea e nazionale viene ricercato soprattutto attraverso un'armonica integrazione dei relativi ordinamenti: la Corte di giustizia prima ed il legislatore dell'Unione europea poi, ricostruendo i diritti fondamentali comunitari a partire dalle tradizioni costituzionali comuni e dai trattati internazionali recepisce dei valori comuni ai propri Stati membri che possano essere facilmente accettati dagli stessi e percepiti come legittimi. Il coordinamento avviene poi attraverso l'esperienza del dialogo giurisdizionale mediante il rinvio pregiudiziale, di cui si dirà meglio in seguito¹²⁰.

Il dialogo tra corti e l'attenzione ai valori nazionali dimostrata dalla Corte di giustizia ha consentito di evitare l'invocazione dei controlimiti da parte delle corti nazionali, in quanto non solo è costantemente cresciuta la tutela dei diritti fondamentali dell'Unione europea, ma anche l'impegno a non collidere con il livello di protezione proprio degli Stati. Attraverso il rinvio pregiudiziale e il bilanciamento effettuato dalla Corte, inoltre, il conflitto tra diritto dell'Unione europea e diritto nazionale viene risolto all'interno del sistema, senza rotture tra ordinamenti.

7.2 Il coordinamento tra livello dell'Unione europea e livello CEDU

Il coordinamento tra tali livelli di tutela e soprattutto tra le rispettive corti è risultato particolarmente problematico. Il rapporto tra le due Corti sovranazionali ha suscitato l'interesse della dottrina che ha analizzato il

¹²⁰ Cfr. Capitolo 2.

dialogo, i contrasti, il processo di *cross fertilisation* intercorrente tra le stesse e cui si rinvia¹²¹.

Un problema di coordinamento tra i due livelli è emerso in relazione alla responsabilità degli Stati per violazione dei diritti fondamentali contenuti nella CEDU. Come è noto, tutti gli Stati membri dell'Unione europea sono contemporaneamente parti del Consiglio d'Europa: essi sono tenuti, dunque, al rispetto degli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione, nonché della Convenzione. Il problema della conciliabilità di tale duplice obbligo in relazione alla tutela dei diritti fondamentali si è posto presso la Corte di Strasburgo: quest'ultima si è trovata, infatti, a giudicare di violazioni della CEDU da parte degli Stati che agivano in attuazione del diritto dell'Unione, non avendo essa alcuna giurisdizione e quindi alcun potere di controllo sugli atti comunitari. Non essendo l'Unione europea parte della Convenzione, infatti, la Corte di Strasburgo si è sempre dichiarata incompetente *ratione personae* a esaminare le violazioni dei diritti fondamentali attribuite alla stessa¹²². Al contrario, la Corte di Strasburgo ha sempre ribadito che il

¹²¹ Sul rapporto tra le Corti, senza pretesa di esaustività, cfr. I. CANOR, *Primus inter pares. Who is the ultimate guardian of fundamental rights in Europe?*, in *EL Rev.*, 2000, pp.3-21; D. SIMON, *Des influences réciproques entre CJCE et CEDH: «Je t'aime, moi non plus» ?*, in *Pourvoi*, 2001/1; H. KRÜGER, J. POLAKIEWICZ, *Proposal for a coherent human rights protection system in Europe*, in *Human Rights Law Journal*, 2001, pp.1-13; J. CALLEWART, F. TULKENS, *La Cour de justice, la Cour européenne des droits de l'homme et la protection des droits fondamentaux*, in M. DONY, E. BRIBOSIA, *L'avenir du système juridictionnel de l'Union européenne*, Bruxelles, 2002, pp.177-203; P. FALZEA, A. SPADARO, L. VENTURA, *La Corte Costituzionale e le corti d'Europa*, Torino, 2003; F. JACOBS, *Judicial dialogue and the cross-fertilisation of legal systems: the European Court of Justice*, in *Texas International Law Journal*, 2003, pp 547-556; F. LICHÈRE, L. POTVIN- SOLIS, A. RAYNOUARD (a cura di), *Le dialogue entre les juges européens et nationaux: incantation ou réalité?*, Bruxelles, 2004; S. PANUNZIO (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, 2005; G. FERRARI (a cura di), *Corti nazionali e corti europee*, Napoli, 2006; S. DOUGLAS-SCOTT, *A tale of two courts : Luxembourg, Strasbourg and the growing european human rights acquis*, in *CMLR*, 2006, pp. 629-665; M. BRONCKERS, *The relationship of the EC courts with other international tribunals: non committal, respectful or submissive?*, in *CMLR*, 2007, pp. 601-627; M. CARTABIA, *"Taking dialogue seriously". The renewed need for a judicial dialogue at the time of Constitutional Activism in the European Union*, Jean Monnet Working Paper 12/07, reperibile sul sito: [www. JeanMonnetProgram.org](http://www.JeanMonnetProgram.org); A. ROSAS, *The European Court of Justice in Context: forms and patterns of judicial dialogue*, in *European Journal of Legal Studies*, Dicembre 2007; L. GARLICKI, *Cooperation of courts: the role of supranatural jurisdiction in Europe*, in *International journal of constitutional law*, 2008, pp. 509-530; O. POLLICINO, *Corti europee e allargamento dell'Europa: evoluzioni giurisprudenziali e riflessi ordinamentali*, in *D.U.E.*, 1/09, pp. 3- 45; M. CONDINANZI, *Il "livello comunitario" di tutela dei diritti fondamentali dell'individuo*, in P. BILANCIA, E. DE MARCO, *La tutela multilivello dei diritti*, Milano, 2004.

¹²² Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Confédération française démocratique du travail c. Comunità europea*, 10 luglio 1978, D.R. 13, p. 231. Un sindacato francese lamentava di non essere stato ammesso al comitato ex articolo 18 Trattato CECA. La Commissione CEDU affermava però che il ricorso era irricevibile in quanto censurava un atto posto in essere dalla Comunità e quindi non

trasferimento di sovranità da parte degli Stati ad altre organizzazioni internazionali non può sottrarre le materie coperte dalla CEDU dalle garanzie che vi sono previste¹²³. In materia di responsabilità degli Stati per violazione della CEDU per un'azione in adempimento di obblighi comunitari si possono, in particolare, ricordare alcune pronunce che testimoniano la ricerca del giusto equilibrio tra lo svolgimento dei compiti di controllo proprio della CEDU e il dialogo e il rispetto reciproco tra Corte di Strasburgo e Corte di Lussemburgo.

Una prima significativa pronuncia in tema si è avuta nel caso *Melchers*¹²⁴, in cui la Commissione sanciva che il trasferimento di poteri alla Comunità europea non fosse incompatibile con la CEDU, ove in tale sistema si potesse riscontrare un sistema di protezione equivalente dei diritti fondamentali. La Commissione proseguiva indicando che la tutela dei diritti umani poteva in quel caso considerarsi equivalente sia da un punto di vista sostanziale che procedurale e, dunque, dichiarava il ricorso irricevibile *ratione materiae*.

Successivamente vi è stato il caso *Matthews*¹²⁵, in cui la Corte di Strasburgo è stata chiamata a pronunciarsi sulla sussistenza di una violazione del diritto di voto di cui all'articolo 3 del Protocollo 1 CEDU da parte del Regno Unito nei confronti dei cittadini residenti in Gibilterra, per non aver organizzato in tale territorio le elezioni del Parlamento europeo nel 1994. Il governo britannico si era difeso adducendo la conformità della propria azione a quanto previsto dall'Allegato II al Trattato del 1976, ovvero un atto avente il rango di diritto dell'Unione europea primario. La Corte, tuttavia, considerò che lo Stato è tenuto a garantire il rispetto dei diritti derivanti dalla Convenzione: posto che la legislazione comunitaria incideva sulla posizione

sottoponibile al suo controllo in mancanza dell'adesione. La Commissione si dichiarava dunque incompetente *ratione personae*. Cfr. anche *Daniela Dalfino c. Belgio e Comunità europee*, ricorso n.° 11055/84, decisione dell'8 maggio 1985, non pubblicata; *Christiane Dufay c. le Comunità europee e, in via sussidiaria, contro gli Stati membri della Comunità, considerati collettivamente ed individualmente*, ricorso n.° 13539/88, decisione del 19 gennaio 1989. La ricorrente chiedeva il risarcimento del danno per la sospensione del contratto di lavoro con il Parlamento europeo e lamentava che il procedimento che aveva precedentemente portato avanti la Corte di giustizia dell'Unione europea, si fosse svolto in violazione dell'articolo 6 CEDU. Per quanto riguardava il ricorso nei confronti delle Comunità, la Commissione lo rigettava per incompetenza *ratione personae*. Nei cfr Stati membri, lo rigettava per mancato previo esaurimento delle vie di ricorso interno perché il procedimento davanti alla Corte di giustizia era stato dichiarato tardivo. La Commissione lascia dunque aperto il problema.

¹²³ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Etienne Tête c. Francia*, ricorso n.° 11123/84, decisione di irricevibilità del 9 dicembre 1987.

¹²⁴ Corte europea dei diritti umani, *M&Co c. Federal Republic of Germany*, ricorso n.° 13258/87, decisione 9 febbraio 1990.

¹²⁵ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Matthews c. Regno Unito*, ricorso n.° 24833/94, sentenza del 18 febbraio 1999.

dei cittadini di Gibilterra allo stesso modo di quella nazionale, non vi era motivo per escludere un tale obbligo di garanzia per lo Stato. Il fatto che lo Stato non abbia avuto un potere di incidere sull'atto di diritto dell'Unione primario lesivo del diritto di voto, non elimina la sua responsabilità, la quale discende dall'adesione stessa ai Trattati. Il tema veniva ripreso pochi anni dopo con la celebre pronuncia nel caso *Bosphorus*¹²⁶. La società ricorrente lamentava la violazione del proprio diritto di proprietà da parte dell'Irlanda: tale Stato aveva, infatti, sequestrato due aeromobili di bandiera serba detenuti dalla stessa società in virtù di un contratto di leasing. L'Irlanda aveva agito in esecuzione di un regolamento comunitario, emanato in applicazione di alcune sanzioni dell'ONU nei confronti di Serbia e Montenegro. La Corte di Strasburgo in questa circostanza effettuava un'importante distinzione in relazione al potere discrezionale dello Stato nell'applicare la norma comunitaria lesiva dei diritti fondamentali. Se lo Stato non dispone di alcun potere discrezionale nell'applicazione di tale norma si deve presumere che rispetti le esigenze di tutela della CEDU, purché il diritto dell'Unione europea offra all'individuo una protezione equivalente rispetto a quella assicurata dal sistema della Convenzione¹²⁷. La Corte specifica che deve intendersi tale un livello che sia "comparabile" in termini di tutela sostanziale e procedurale, riservandosi il compito di effettuare tale verifica ed eventualmente di modificare il proprio giudizio in seguito a modifiche rilevanti del sistema nel tempo. Tale presunzione non opera, invece, ove lo Stato conservi una certa discrezionalità nell'applicazione delle misure comunitarie. Nel caso di specie, la Corte di Strasburgo effettuava un'interessante ricostruzione del livello di tutela dell'Unione¹²⁸ e della sua evoluzione storica, giungendo ad affermare che esso può essere considerato equivalente a quello garantito dalla Convenzione. Di conseguenza, una misura statale di applicazione di un atto comunitario, disposta in assenza di discrezionalità, non è suscettibile di violare i diritti fondamentali.

La Corte di Strasburgo è tornata recentemente a pronunciarsi sul tema con la decisione *Cooperatieve*¹²⁹ dettando importanti sviluppi circa la

¹²⁶ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Bosphorus c. Irlanda*, ricorso n.° 45036/98, sentenza del 30 giugno 2005.

¹²⁷ *Bosphorus cit.*, par. 155.

¹²⁸ *Bosphorus cit.*, par. 154-165.

¹²⁹ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Cooperatieve Producentenorganisatie Van de Nederlandse Kokkelvisseij V.A. c. Paesi Bassi*, ricorso n.° 13645/05, decisione del 20 gennaio 2009. Cfr. il contributo di D. RUSSO, *Le violazioni della Convenzione europea dei diritti dell'uomo compiute in adempimento di obblighi dell'Unione europea*, in ODDENINO A., RUOZZI E., VITERBO A., COSTAMAGNA F., MOLA L., POLI L. (a cura di), *La funzione giurisdizionale nell'ordinamento internazionale e nell'ordinamento comunitario*, Napoli, 2010.

responsabilità degli Stati in relazione al diritto dell'Unione europea. Presso la Corte di Strasburgo la società Cooperatieve lamentava la violazione del proprio diritto all'equo processo di cui all'articolo 6 CEDU per non aver potuto replicare alle osservazioni dell'avvocato generale nell'ambito del rinvio pregiudiziale effettuato dal giudice nazionale. Tale rinvio era stato operato all'interno di un giudizio che vedeva opposta tale società alle autorità amministrative olandesi a proposito del diniego di alcune licenze di pesca. La Corte di Strasburgo premetteva di non essere competente ad accertare una violazione della CEDU da parte dell'Unione europea, non essendo questa parte della Convenzione; essa, tuttavia, dichiarava di non poter esimersi dall'esaminare se una tale violazione non fosse comunque addebitabile all'Olanda. La Corte rilevava, in proposito, le differenze con il caso *Bosphorus*: mentre in quest'ultimo la questione risiedeva nell'esaminare la legittimità di un atto adottato dallo Stato in attuazione di una misura comunitaria, nel caso di specie si trattava di accertare le garanzie assicurate dall'Unione europea e dalla Corte di giustizia in particolare, nello svolgere la propria funzione giurisdizionale. La tesi della società ricorrente era che la protezione offerta dalla Corte di giustizia sfuggiva alla presunzione di equivalenza rispetto al sistema della Convenzione, in quanto "manifestly deficient" nel caso di specie. La Corte di Strasburgo procedeva quindi alla verifica del rispetto delle garanzie dell'equo processo offerte dalla Corte di giustizia, in particolare per quanto riguarda l'annosa questione dell'assenza della possibilità di rispondere alle osservazioni dell'avvocato generale. La Corte, dopo aver richiamato la propria precedente giurisprudenza sul punto, sanciva che tale regola del processo dell'Unione europea non può essere considerata sempre in violazione del diritto di difesa, in ragione della natura peculiare del procedimento di rinvio pregiudiziale. Una tale procedura offre, infatti, altre garanzie, quali la possibilità di riaprire la fase orale dopo le conclusioni, ove necessario, nonché la possibilità di effettuare un nuovo quesito nel caso in cui il giudice nazionale non ritenga la pronuncia resa dalla Corte di giustizia sufficiente a decidere. Nel caso di specie, l'associazione non aveva fornito informazioni tali da far apparire utile o necessaria la riapertura della fase orale, né aveva dimostrato compiutamente la propria pretesa nel giudizio nazionale. La Corte di Strasburgo concludeva, quindi, per la manifesta infondatezza del ricorso, dato che la ricorrente non aveva dimostrato che il livello di protezione offerto dalla Corte di giustizia presentasse lacune tali da superare la presunzione di equivalenza. È interessante rilevare come questo caso abbia portato ad una verifica dell'operato della Corte di giustizia da parte della Corte di Strasburgo,

attraverso il controllo dell'equivalenza dei sistemi, ampliando l'ambito di azione di quest'ultima. Occorre, inoltre, soffermarsi sul principio sotteso a tale pronuncia ovvero la possibilità di addebitare ad uno Stato la violazione dei diritti fondamentali operata da un'istituzione comunitaria: nel caso di specie si sarebbe, infatti, ritenuta responsabile l'Olanda, Stato di provenienza del giudice a quo, per una eventuale violazione da parte della Corte di giustizia nell'ambito del rinvio pregiudiziale. A differenza dei casi *Matthews* e *Bosphorus*, dunque, lo Stato non viene più ritenuto responsabile di una propria violazione dei diritti fondamentali in attuazione di un atto comunitario, ma addirittura di una violazione commessa da un'istituzione nell'ambito di una procedura comunitaria. È possibile leggere tale decisione come un'anticipazione del pieno controllo che la Corte di Strasburgo sarà suscettibile di operare sulle istituzioni comunitarie dopo l'adesione dell'Unione europea alla CEDU, prevista dal Trattato di Lisbona. Tale controllo non dovrà essere interpretato come l'instaurazione di una gerarchia tra le Corti, le quali continueranno ad operare in relazione al proprio ambito di competenza. Indubbiamente la Corte comunitaria sarà incentivata ad una verifica più profonda circa il rispetto dei diritti fondamentali della CEDU.

Il rapporto tra i livelli e le rispettive corti appare, dunque, improntato sulla base del principio di specialità, in quanto la Corte di Strasburgo mantiene la sua competenza generale sul controllo circa il rispetto dei diritti contenuti nella CEDU, mentre la Corte di giustizia vigila sul rispetto dei diritti fondamentali in ambito dell'Unione europea. Il settore di intersezione di tali livelli relativo alla doppia responsabilità degli Stati è destinato a venire meno con l'adesione e con l'estensione del controllo della Corte di Strasburgo alle istituzioni comunitarie.

8.I diritti fondamentali del sistema convenzionale e dell'Unione europea nell'ordinamento italiano alla luce del recente orientamento della Corte costituzionale

Per completare il discorso circa il rapporto tra i livelli di tutela del sistema europeo occorre soffermarsi sulla posizione dell'ordinamento italiano rispetto a quello dell'Unione europea e al sistema CEDU. L'ordinamento italiano, infatti, si pone in una prospettiva diversa rispetto a tali ordinamenti, riservando un trattamento differenziato al diritto da questi proveniente.

Come è noto, attraverso un dialogo tra la Corte costituzionale e la Corte di giustizia si è affermato anche nell'ordinamento italiano il principio del primato del diritto dell'Unione europea su quello nazionale e l'obbligo per il

giudice di disapplicare la normativa italiana contrastante con quest'ultimo¹³⁰. Pur essendo la legge di esecuzione dei Trattati una legge ordinaria, l'adesione dell'Italia alla Comunità europea gode della copertura costituzionale di cui all'articolo 11 Cost., cui a partire dal 2001 è stato affiancato l'articolo 117 Cost. Tale copertura costituzionale si estende anche al diritto derivato. Secondo la ricostruzione effettuata dalla Corte costituzionale nel corso di diverse pronunce succedutesi negli anni, i sistemi nazionale e dell'Unione europea sono distinti e autonomi, ancorché coordinati, secondo la ripartizione di competenze stabilita e garantita dal trattato. La disciplina emanata mediante regolamento comunitario¹³¹ è destinata ad operare con immediatezza, nella sfera territoriale italiana come in tutti gli altri Stati membri. In caso di contrasto con la legge italiana, dunque, il giudice ha l'obbligo di disapplicare quest'ultima, al fine di garantire l'uniforme applicazione del diritto dell'Unione europea. Fuori dall'ambito materiale in cui vige la disciplina comunitaria, la regola nazionale serba, tuttavia, intatto il suo valore e spiega la sua efficacia.

Se la questione dei rapporti tra diritto nazionale e diritto dell'Unione europea è stata in tal modo definita già negli anni ottanta, il rapporto tra diritto nazionale e CEDU è risultato maggiormente controverso e presenta degli sviluppi recenti che hanno portato una maggiore chiarificazione, non senza suscitare al tempo stesso numerosi interrogativi. Occorre ricostruire brevemente l'evoluzione dello status della CEDU nell'ordinamento italiano per comprendere anche la tutela garantita ai diritti iscritti in tale strumento.

L'adattamento dell'ordinamento italiano alla CEDU è avvenuto mediante la legge ordinaria n. 848 del 4 agosto 1955¹³². In virtù del procedimento speciale di adattamento¹³³ essa ha assunto il rango di legge ordinaria, sollevando il problema del rapporto con le leggi successive nel tempo. La giurisprudenza ha, tuttavia, cercato di ovviare al problema sostenendo la particolare resistenza all'abrogazione delle norme di attuazione della CEDU,

¹³⁰ Cfr. Corte cost., 7 marzo 1964, *Costa/E.N.E.L.*; Corte cost., 27 dicembre 1973, *Frontini*; Corte cost., 30 ottobre 1975, *Società industrie chimiche Italia centrale*; Corte cost., 20 giugno 1984, n. 170 *Granital*; Corte giust., 15 luglio 1964, *Costa/E.N.E.L.*, causa 6/64, in Racc. p. 1129; Corte giust., 9 marzo 1978, *Simmenthal*, causa 106/77, in Racc. p. 629. In dottrina vedi per tutti M. CONDINANZI, C. AMALFITANO, *Diritto dell'Unione europea, fonti e adattamento*, in corso di pubblicazione.

¹³¹ In generale tale meccanismo vale per tutte le disposizioni di diritto comunitario dotate di effetto diretto. Ove la disciplina comunitaria non presenti tale caratteristica il giudice italiano è tenuto ad effettuare un'interpretazione del diritto nazionale il più possibile conforme al diritto comunitario. Nel caso in cui tale rimedio non appaia idoneo a garantire la conformità del diritto italiano a quello comunitario occorrerà procedere alla rimozione della norma interna contrastante attraverso il giudizio di legittimità costituzionale per violazione dell'articolo 11 Cost.

¹³² G.U. n. 221 del 24 settembre 1955.

¹³³ Cfr. P. IVALDI, *L'adattamento al diritto internazionale*, in AA.VV., *Istituzioni di diritto internazionale*, Torino, 2006, pp. 125-158.

in virtù del loro contenuto di carattere costituzionale. Tale particolare forza della CEDU sarebbe dovuta alla natura di principi generali dell'ordinamento che deve essere riconosciuta alle norme convenzionali¹³⁴. Secondo un altro orientamento sviluppato dalla Corte costituzionale, la resistenza all'abrogazione delle norme convenzionali deriverebbe dalla loro provenienza riconducibile ad una competenza atipica e, come tali, esse non potrebbero essere né modificate né abrogate¹³⁵. Tale speciale forza delle norme convenzionali (o meglio delle norme di attuazione della CEDU) non ha, tuttavia, portato per lungo tempo alla collocazione delle stesse ad un rango costituzionale. La Corte costituzionale ha sempre negato¹³⁶ il valore sovraordinato della Convenzione, tranne che in una pronuncia isolata¹³⁷, confermando il rango di legge ordinaria assunto dalle stesse in virtù della legge di esecuzione. Tale situazione ha ingenerato una certa confusione circa il trattamento da riservare alle norme convenzionali in caso di contrasto con il diritto nazionale. In considerazione di una certa assimilazione dello status della CEDU al diritto dell'Unione europea si è fatta strada tra i giudici l'idea della possibilità di disapplicare, in caso di contrasto, il diritto nazionale a favore delle norme convenzionali. Tale tesi è stata condivisa anche dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, in ragione della natura immediatamente precettiva e sovraordinata delle norme della Convenzione¹³⁸. Un diverso e più recente orientamento¹³⁹, tuttavia, ha sancito la necessità di sollevare un giudizio di costituzionalità. Secondo tale orientamento, infatti, l'articolo 117 Cost., introdotto con la riforma del Titolo V del 2001, attesta la subordinazione della legge statale alle fonti internazionali, attribuendo il rango di norme interposte alle disposizioni della CEDU, suscettibili di fungere da parametro integrativo della Costituzione nel vaglio della legittimità della normativa italiana.

Recentemente una chiarificazione in tema è giunta dalla Corte costituzionale, ponendo fine ai contrasti giurisprudenziali sul punto e aprendo al tempo stesso un grande dibattito in dottrina. La prima sentenza cui occorre riferirsi è la 348 del 2007¹⁴⁰ in cui la Corte costituzionale si è

¹³⁴ Cfr. Cass. Pen., 10 luglio 1993, in *Riv. Dir. Int.*, 1993, 535.

¹³⁵ Corte cost., sentenza n. 10/1993.

¹³⁶ Corte cost., sentenze n. 388 del 1999, n. 315 del 1990, n. 188 del 1980; ordinanza n. 464 del 2005.

¹³⁷ Corte cost., 10/1993.

¹³⁸ Cass. civ., S.U., 23 dicembre 2005, n. 28507, in *Foro it.*, 2006, p. 1423.

¹³⁹ Cass. civ., 20 maggio 2006, n. 11887, in *Corri. Giur.*, 2006, p. 942.

¹⁴⁰ La controversia aveva ad oggetto una questione incidentale di legittimità relativa all'articolo 5 bis, commi 1 e 2 del decreto legge n. 333/92, convertito in legge n. 359/92, norma italiana che, ai fini della determinazione dell'indennità di espropriazione dei suoli edificabili, prevede il criterio di

pronunciata sul valore delle norme CEDU: essa, infatti, chiarisce che esse hanno uno status diverso da quello delle norme dell'Unione. Queste ultime devono avere piena efficacia obbligatoria e diretta applicazione in tutti gli Stati membri, senza necessità di leggi di ricezione o adattamento, sì da entrare ovunque contemporaneamente in vigore e conseguire applicazione eguale ed uniforme nei confronti di tutti i destinatari. Il fondamento costituzionale è l'articolo 11 Cost. Tale indirizzo non può invece riguardare le norme CEDU, non essendo individuabile alcuna limitazione della sovranità nazionale (sent. n. 188 del 1980). La distinzione tra norme comunitarie e CEDU viene quindi ribadita, in quanto queste ultime sono norme internazionali pattizie, che vincolano lo Stato, ma non producono effetti diretti nell'ordinamento interno, tali da affermare la competenza dei giudici nazionali a darvi applicazione nelle controversie ad essi sottoposte. Secondo la Corte, l'articolo 117 Cost. ha recepito tale orientamento, in quanto separa i vincoli derivanti dall'ordinamento dell'Unione europea da quelli riconducibili agli obblighi internazionali. Ciò che depone in particolar modo a favore di tale tesi è che la CEDU, a differenza dei trattati comunitari, non crea un ordinamento giuridico sopranazionale e non produce norme direttamente applicabili negli Stati. Le norme CEDU, in quanto di origine pattizia, sarebbero, inoltre, escluse dall'ambito di operatività dell'articolo 10 Cost., non potendo essere assimilate a principi generali di diritto internazionale. Secondo la Corte il rango attribuibile alle norme CEDU è quello di norme interposte, che si collocano ad un livello inferiore rispetto alla Costituzione, ma fungono da parametro integrativo della stessa. In virtù della sua struttura, infatti, l'articolo 117 Cost. sviluppa la sua operatività solo se posto in collegamento con altre norme di rango sub costituzionale, destinate a dare contenuti ad un parametro che si limita ad enunciare in via generale una qualità che le leggi in esso richiamate devono possedere. Il parametro del 117 Cost. viene integrato e reso operativo dalle norme CEDU la cui funzione è concretizzare nella fattispecie quali sono gli obblighi internazionali dello Stato. In questa pronuncia la Corte ha anche sancito che con l'adesione l'Italia ha assunto, tra gli altri, l'obbligo di adeguare la propria legislazione alle norme del trattato, nel significato attribuito dalla corte specificamente istituita dalla CEDU, ovvero Strasburgo, attribuendo speciale valore alla relativa giurisprudenza. La collocazione delle norme

calcolo fondato sulla media tra il valore dei beni e il reddito dominicale rivalutato disponendone altresì l'applicazione ai giudizi in corso alla data dell'entrata in vigore della legge n. 359 del 1992. La Corte di cassazione, giudice del rinvio, indicava quale riferimento i parametri degli articoli 111 e 117 della Costituzione in relazione all'articolo 6 CEDU e all'articolo 1 del Primo Protocollo addizionale alla CEDU.

convenzionali al di sotto della Costituzione implica anche che esse possono essere sottoposte al vaglio di legittimità. Se una norma interposta risulta in contrasto con una norma costituzionale, la Corte costituzionale ha il dovere di dichiarare l'inidoneità della stessa ad integrare il parametro, provvedendo ad espungerla dall'ordinamento italiano. La verifica della compatibilità costituzionale deve riguardare la norma come prodotto dell'interpretazione, non la disposizione in sé e per sé considerata. Secondo la Corte si deve peraltro escludere che le pronunce della Corte di Strasburgo siano incondizionatamente vincolanti ai fini del controllo di costituzionalità delle leggi nazionali. Tale controllo deve sempre ispirarsi al ragionevole bilanciamento tra il vincolo derivante dagli obblighi internazionali come imposto dal 117 Cost. e la tutela degli interessi costituzionalmente protetti contenuta in altri articoli della Costituzione. La Corte costituzionale deve, quindi, verificare se effettivamente vi sia contrasto non risolvibile in via interpretativa tra la norma censurata e le norme CEDU e se tali norme invocate come integrazione del parametro siano compatibili con l'ordinamento costituzionale italiano.

Tale orientamento è stato confermato dalla successiva pronuncia n. 349 del 2007¹⁴¹ in cui la Corte ha proseguito l'esame della peculiarità della CEDU rispetto al diritto dell'Unione europea e ai principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti che ne giustificano un trattamento differenziato rispetto a tali fonti. La Corte specifica che l'articolo 10 primo comma non può essere utilizzato per consentire l'efficacia diretta delle norme convenzionali nell'ordinamento italiano, in quanto tale norma è riservata unicamente all'adattamento automatico dei principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti. L'articolo 10, secondo comma e l'articolo 7 prendono in considerazione norme pattizie, ma si riferiscono a specifici accordi, concernenti la condizione giuridica dello straniero e i rapporti tra Stato e Chiesa e non possono essere utilizzati per la CEDU. Neppure può essere adatto l'articolo 11 Cost.: in particolare la Corte costituzionale richiama una propria precedente giurisprudenza in cui si sottolinea l'assenza di limitazioni della sovranità a favore del sistema convenzionale. Essa, inoltre, sottolinea la specificità della materia dei diritti umani, in relazione alla quale non sembra nemmeno ipotizzabile una cessione di sovranità. Tale norma non potrebbe essere usata neppure

¹⁴¹ In tale sentenza cui la Corte si è pronunciata su una questione di legittimità riguardante il comma 7-bis della medesima norma oggetto della sentenza 348/2007, ovvero l' art. 5-bis del decreto legge n. 333/92, convertito in legge n. 359/92, introdotto dalla legge n. 662/1996, analoga a quella della sentenza 348/2007, relativo al risarcimento del danno in caso di occupazione acquisitiva di suoli per causa di pubblica utilità.

indirettamente in virtù della presunta “comunitarizzazione” della CEDU in virtù del richiamo operato dalla Corte di giustizia. Il Consiglio d’Europa è, infatti, una realtà diversa dall’Unione europea e, sebbene vi sia una certa convergenza tra i diritti fondamentali tutelati dalla CEDU e quelli garantiti in quanto principi generali del diritto dell’Unione europea, questi ultimi rilevano unicamente nell’ambito di competenza comunitaria, cosa che non si verifica nel caso di specie. Il rapporto tra il sistema convenzionale e gli Stati, inoltre, prescinde da qualsiasi intervento comunitario, non essendo l’Unione parte alla Convenzione. La Corte ribadisce, dunque, quanto espresso nella precedente pronuncia n. 348 circa il valore di norme interposte delle disposizioni della CEDU e circa l’impossibilità per il giudice nazionale di disapplicare direttamente le norme, dovendo questi necessariamente sollevare la questione di legittimità costituzionale in virtù dell’articolo 117 Cost.

In seguito a tali pronunce la Corte costituzionale è tornata ad occuparsi del rapporto tra leggi ordinarie e CEDU nella sentenza n. 39 del 2008, in cui ha confermato quanto sancito precedentemente ed è andata oltre nell’attestare l’incidenza delle norme convenzionali sull’ordinamento italiano. La sentenza aveva, infatti, in oggetto la legittimità degli articoli 50 e 142 del regio decreto 15 marzo 1942, n. 267 nel testo anteriore alle modifiche operate dal decreto legislativo 9 gennaio 2006, n. 5, nella misura in cui stabilivano che le incapacità personali derivanti al fallito dalla dichiarazione del fallimento perdurano oltre la chiusura della procedura concorsuale. In conformità a quanto sancito dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, la Corte costituzionale ha ritenuto tale norma costituzionalmente illegittima per contrasto con l’articolo 117 Cost. integrato dall’articolo 8 CEDU relativo alla tutela della vita privata. Con un tale atteggiamento la Corte ha, dunque, esteso la necessità di effettuare un giudizio di costituzionalità anche per le disposizioni italiane precedenti alla ratifica della CEDU, senza lasciare al giudice la possibilità di valutare l’abrogazione della norma italiana in virtù della successione delle leggi nel tempo e l’applicazione diretta della CEDU, nella misura in cui la norma convenzionale sia self-executing¹⁴².

Recentemente la Corte costituzionale è tornata a pronunciarsi sul tema del rapporto tra ordinamento italiano e convenzionale nelle pronunce 311 e 317

¹⁴² Cfr. R. MASTROIANNI, *La sentenza della Corte cost. n. 39 del 2008 in tema di rapporti tra leggi ordinarie e CEDU: anche le leggi cronologicamente precedenti vanno rimosse dalla Corte costituzionale?* reperibile su www.forumcostituzionale.it; V. SCIARABBA, *Il problema dei rapporti tra (leggi di esecuzione di) vincoli internazionali e leggi precedenti nel quadro della recente giurisprudenza costituzionale*, reperibile sul sito www.forumcostituzionale.it.

del 2009¹⁴³. Confermando quanto sancito nelle precedenti pronunce, la Corte costituzionale ha affermato che il giudice comune non può procedere all'applicazione della norma della CEDU in luogo di quella interna contrastante, né applicare una norma interna che egli abbia ritenuto contrastante con la CEDU e di conseguenza con la Costituzione. La Corte ha, quindi, stabilito che il giudice comune deve sollevare il giudizio di costituzionalità con riferimento all'articolo 117 Cost. e all'art. 10 Cost., ove si tratti di una norma del diritto internazionale generalmente riconosciuta. Il riferimento all'articolo 10 Cost. risulta del tutto innovativo rispetto al passato, come risulta dalle pronunce sopra ricordate¹⁴⁴: come sottolineato in dottrina¹⁴⁵ le norme della CEDU assumono uno status sub costituzionale o paracostituzionale a seconda del loro contenuto. La circostanza che alcune norme della CEDU entrino nell'ordinamento italiano in virtù dell'articolo 10 e non tramite la legge di esecuzione differenzerebbe, inoltre, il tempo della relativa entrata in vigore e la resistenza all'abrogazione delle stesse.

Occorrerà, tuttavia, attendere nuove pronunce per comprendere se si tratti di un caso isolato o se la Corte abbia definitivamente scelto un'altra norma di copertura costituzionale della CEDU. Dopo aver richiamato la necessità di attenersi all'interpretazione della CEDU fornita dalla Corte di Strasburgo, la Corte costituzionale faceva però un importante riferimento alla dottrina del margine di apprezzamento sviluppata dalla Corte stessa. In virtù di tale dottrina la stessa Corte europea dei diritti dell'uomo attribuisce agli Stati membri la possibilità di distanziarsi da quanto previsto dagli orientamenti di Strasburgo, per esempio per la salvaguardia di motivi di interesse generale. Tale facoltà vale anche per i giudici, dunque anche per la Corte costituzionale, nel valutare la conformità della legge italiana alle norme della Convenzione. Come è stato correttamente rilevato, tale sottolineatura del margine di apprezzamento sembra una risposta alla "aggressività" delle pronunce della Corte di Strasburgo nell'imporre degli standard talvolta difficilmente accettabili dagli Stati.

Nella successiva pronuncia la Corte costituzionale proseguiva il discorso sancendo che con riferimento ai diritti fondamentali il rispetto degli obblighi internazionali non può mai essere causa di una diminuzione di tutela rispetto

¹⁴³ Cfr. per tutti O. POLLICINO, *Margine di apprezzamento, art 10, c.1, Cost. e bilanciamento "bidirezionale": evoluzione o svolta nei rapporti tra diritto interno e diritto convenzionale nelle due decisioni nn. 311 e 317 del 2009 della Corte costituzionale?* reperibile su www.forumcostituzionale.it.

¹⁴⁴ L'inidoneità dell'articolo 10 Cost. a fungere da copertura costituzionale delle norme della CEDU era stata recentemente ribadita anche nella sentenza n. 129/2008. Per il passato si vedano le sentenze n. 32 del 1960 e n. 32 del 1999.

¹⁴⁵ Cfr. POLLICINO, *op. cit.*

a quelle già predisposte dall'ordinamento interno, ma deve, invece, essere strumento efficace di ampliamento della tutela stessa. Grava sul giudice comune l'obbligo di dare alle norme interne un'interpretazione conforme ai precetti convenzionali e grava sulla corte costituzionale il compito di non consentire che continui ad avere efficacia nell'ordinamento italiano una norma di cui sia stato accertato il deficit di tutela rispetto ad un diritto fondamentale. L'accertamento dell'eventuale deficit di garanzia deve essere svolto in comparazione con il livello superiore già esistente e giuridicamente disponibile in base alla continua e dinamica integrazione del parametro costituito dal vincolo al rispetto degli obblighi internazionali di cui al primo comma dell'art. 117 Cost. La corte costituzionale non può consentire che si determini per via del rinvio di cui all'art. 117 una tutela inferiore a quella esistente in base al diritto interno e deve tuttavia garantire il livello di tutela superiore. Il confronto tra tutela convenzionale e tutela costituzionale dei diritti deve essere effettuato mirando alla massima espansione delle garanzie, anche attraverso lo sviluppo delle potenzialità insite nelle norme costituzionali che hanno ad oggetto i medesimi diritti. Nel concetto di massima espansione delle tutele deve essere compreso il necessario bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti. Questo bilanciamento deve essere svolto dal legislatore, ma anche dalla corte costituzionale nell'ambito del proprio margine di apprezzamento. In tale ultima pronuncia, dunque, la Corte, nel confermare quanto espresso nei casi precedenti, sottolineava l'importanza del dialogo con la Corte di Strasburgo per conformarsi in modo costruttivo alla giurisprudenza di quest'ultima e garantire la tutela più ampia ai diritti fondamentali.

Da quanto sopra ricostruito è evidente che lo status della CEDU diverge profondamente da quello del diritto dell'Unione europea: in caso di conflitto tra CEDU e diritto nazionale il giudice sarà tenuto a sollevare un giudizio di costituzionalità, richiedendo la valutazione e il bilanciamento da parte della Corte costituzionale. Se il contrasto si pone, invece, con il diritto dell'Unione europea, sarà il giudice nazionale a valutare la necessità di disapplicare il proprio diritto in favore di quello dell'Unione europea. Si potrebbe pensare, dunque, che l'impatto di tale divergenza sulla tutela dei diritti fondamentali si rifletta sull'immediatezza con cui viene garantita la tutela dei diritti fondamentali: ove il ricorrente possa vantare un diritto fondamentale dell'Unione europea il giudice dovrebbe assicurare direttamente la tutela dello stesso anche in situazione di contrasto con il diritto nazionale. Tale circostanza dipenderà tuttavia dalle caratteristiche delle norme dell'Unione europea relative ai diritti fondamentali. Come è noto, infatti, l'istituto della

disapplicazione non rileva nei casi di contrasto tra leggi interne e norme comunitarie non dotate di efficacia diretta¹⁴⁶. È discusso in dottrina se i principi generali del diritto, i quali comprendono quelli relativi ai diritti fondamentali dell'uomo, siano o meno provvisti di efficacia diretta¹⁴⁷. Sembra preferibile ritenere che i principi generali relativi alla tutela dei diritti fondamentali non siano caratterizzati da efficacia diretta per la loro formulazione ampia e generale: la Corte si è, tuttavia, pronunciata a favore della diretta applicabilità del principio di non discriminazione in base all'età¹⁴⁸. Lo stesso potrebbe dirsi per le norme della Carta di Nizza, di analogia portata. Di conseguenza sarebbe sempre necessario il rinvio alla Corte costituzionale, equiparando la situazione dei diritti fondamentali comunitari a quelli derivanti dalla CEDU. La Corte costituzionale è, indubbiamente, l'autorità più indicata per svolgere tali valutazioni ed effettuare i necessari bilanciamenti alla luce dell'ordinamento italiano. Alla Corte costituzionale si dovrà ricorrere, inoltre, anche in caso di "discriminazioni a rovescio": in genere si intende per tale la situazione in cui l'attribuzione di posizioni giuridiche di vantaggio nelle fattispecie di rilevanza comunitaria comporti una posizione di disparità nei confronti di soggetti che versano in situazioni puramente interne e cui si applica la normativa nazionale, più restrittiva rispetto al diritto dell'Unione europea¹⁴⁹. Ove il livello di tutela accordato ad un diritto fondamentale dell'Unione europea sia più alto, potrebbe verificarsi una tale situazione.

Nel caso in cui il livello nazionale di tutela sia, invece, superiore rispetto a quello dell'Unione europea potrebbe forse trovare applicazione la clausola di non regresso di cui all'articolo 53 della Carta di Nizza, in virtù della quale deve essere salvaguardato il livello di protezione offerto dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali nel rispettivo ambito di applicazione o l'articolo 54 secondo cui nessuna disposizione deve essere interpretata nel senso di comportare il diritto di esercitare un'attività o compiere un atto che miri alla distruzione dei diritti o

¹⁴⁶ Cfr. *Granital*, cit.

¹⁴⁷ Per la tesi circa l'efficacia diretta di tali norme cfr. R. MASTROIANNI, *L'ordinamento giuridico nazionale nei rapporti con le regole comunitarie e dell'Unione europea. La posizione della Corte costituzionale italiana*, in *Dir. com. scambi int.*, 3/2009, p. 437 ss e A BARBERA, *I (non ancora chiari) "vincoli internazionali e comunitari nel primo comma dell'art. 117 Costituzione"*, in AA.VV., *Diritto comunitario e diritto interno*, Milano, 2008. Per la tesi contraria G. STROZZI, *Limiti e controlimiti nell'applicazione del diritto comunitario*, in *Studi sull'integrazione europea*, 1/2009, p. 23 ss.

¹⁴⁸ Corte giust., 22 novembre 2005, *Mangold*, causa C-144/04, in Racc. p. 9981 e Corte giust., 19 gennaio 2010, *Kücükdeveci*, causa C-555/07, non ancora pubblicata in Racc.

¹⁴⁹ Cfr. MASTROIANNI, *op. cit.*, p. 454.

delle libertà riconosciuti nella Carta o di imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie.

Ove sorga un conflitto tra un diritto fondamentale nazionale e il corrispondente della CEDU, ovvero tra tali livelli di protezione, il giudice nazionale sarà tenuto a sollevare il giudizio di costituzionalità incidentale. In definitiva, ove si tratti di diritti fondamentali non si può prescindere dall'intervento della Corte costituzionale.

Occorrerà valutare, tuttavia, il futuro sviluppo della giurisprudenza per verificare se tale orientamento risulti pienamente condiviso dalle giurisdizioni di merito, nonché confermato dalla stessa Corte costituzionale. Il Consiglio di Stato ha, infatti, recentemente emesso una sentenza di segno contrario¹⁵⁰, in cui ha espressamente sancito la diretta applicabilità degli 6 e 13 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il Consiglio di Stato tra parentesi, quasi per indicare la banalità della affermazione ha indicato che sono "divenuti direttamente applicabili nel sistema nazionale, a seguito della modifica dell'art. 6 del Trattato, disposta dal Trattato di Lisbona, entrato in vigore il 1° dicembre 2009". La diretta applicabilità sarebbe, dunque, una immediata conseguenza dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, il quale avrebbe operato la c.d. comunitarizzazione della CEDU. Tale conclusione non tiene conto né della giurisprudenza italiana precedentemente citata e commentata, né degli stessi orientamenti della Corte di giustizia, in cui si è sempre esclusa l'appartenenza della CEDU all'ordinamento dell'Unione europea. La stessa conclusione circa la diretta applicabilità della CEDU è stata sancita dal Tar Lazio nella sentenza 11924/2010. Tali pronunce non possono però che essere interpretate come una svista del giudice, di particolare gravità data l'autorevolezza della giurisdizione.

Capitolo II

Considerazioni in tema di bilanciamento

Sommario: 1. Il bilanciamento come metodo per la risoluzione di conflitti tra diritti fondamentali. – 2. Il concetto di bilanciamento e la discrezionalità del giudice. – 3. Il bilanciamento presso la Corte di giustizia. – 3.1 *Il rinvio pregiudiziale: un sistema di cooperazione tra*

¹⁵⁰ Consiglio di Stato, 2 marzo 2010, sentenza n. 1220/2010. Per un commento cfr. G. COLAVITTI e C. PAGOTTO, in *Guida al Dir.*, nonché A. SCHILLACI, *Il Consiglio di Stato e la CEDU*, reperibile su www.diritticomparati.it, ultima consultazione 1° giugno 2010.

giurisdizioni alla base della costruzione dell'ordinamento dell'Unione europea e del judicial making della Corte di giustizia. – 3.2 L'appello. – 3.3. La ponderazione degli interessi nel procedimento cautelare. – 4. Conclusione.

1. Il bilanciamento come metodo per la risoluzione di conflitti tra diritti fondamentali

“Lawyers in general, and judges in particular, coin or adopt metaphors and then forget that they are only metaphors”¹⁵¹. Un concetto particolarmente in voga che potrebbe incorrere in tale situazione è quello di “bilanciamento”, frequentemente utilizzato da giudici e dottrina. L’idea del bilanciamento associata alla giustizia ha radici lontane nel tempo: già gli antichi Greci dipingevano la Giustizia come una dea bendata che tiene in mano la bilancia per trovare il giusto equilibrio tra le diverse posizioni. Essa ha avuto una notevole fortuna presso le corti costituzionali in Europa e negli Stati Uniti, le quali hanno indicato il bilanciamento come metodo per la risoluzione dei conflitti tra diritti¹⁵².

Il concetto di bilanciamento esprime l’idea della ponderazione dei diversi elementi in causa effettuata dal giudice sulla base del diritto vigente, quando non vi è una regola di immediata applicazione idonea a risolvere il caso di specie. Il bilanciamento riguarda, dunque, l’interpretazione del diritto, ma implica l’idea di considerazioni extragiuridiche, essenzialmente con profili di moralità e con valutazione dei diversi interessi in gioco. In realtà il primo bilanciamento viene effettuato dal legislatore: nell’elaborazione delle norme viene, infatti, operata la scelta dei beni giuridici da proteggere, nonché il livello di tutela ad essi accordato in relazione ad altri beni confliggenti. La situazione e l’approccio di giudice e legislatore sono, tuttavia, profondamente diversi: il legislatore è in una posizione migliore per valutare quale sia l’ottimale temperamento di interessi, trovandosi perfettamente equidistante dai diritti confliggenti. Il giudice si trova, invece, a dover decidere, nel più breve tempo possibile, circa un conflitto calato in una situazione concreta e sulla base del diritto vigente. Egli, inoltre, si confronta con la situazione secondo la prospettiva elaborata dal ricorrente, inevitabilmente dunque con alcuni condizionamenti¹⁵³.

¹⁵¹ D. SAPHIRO, *In defense of judicial candor*, in *Harvard L R*, 1987, p. 731-750.

¹⁵² S. TSAKYRKIS, *Proportionality: an assault on human rights?*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2009, p. 468-493.

¹⁵³ E. BREMS, *Conflicts between fundamental rights*, Antwerp, Oxford, Portland, 2008.

L'idea del bilanciamento è strettamente collegata a quella di conflitto tra diritti: ove non vi sia una norma che stabilisca chiaramente la prevalenza dell'uno o dell'altro o le condizioni non ne consentano l'applicazione, questa particolare interpretazione delle norme o tecnica giudiziaria viene in rilievo quale strumento per la risoluzione del caso. Possono sussistere diversi tipi di conflitti tra diritti: in particolare, per quanto qui rileva, verranno presi in considerazione quelli tra i diritti fondamentali. Tali conflitti appaiono spesso di difficile risoluzione: nei casi in cui un diritto fondamentale sia in contrasto con un altro diritto soggettivo, infatti, il primo funge tendenzialmente da "asso vincente" poiché il conflitto viene generalmente risolto a favore di questo; quando, invece, il conflitto è tra due diritti fondamentali, tale asso viene meno e la situazione si complica¹⁵⁴. I casi di conflitto sono, inoltre, sempre più frequenti, per l'espansione della categoria dei diritti fondamentali protetti dal diritto costituzionale, internazionale e dell'Unione europea, nonché per la tendenza all'applicazione orizzontale degli stessi¹⁵⁵. E' possibile distinguere diversi casi di conflitto¹⁵⁶. Una prima categoria è il c.d. conflitto *intra-rights*, ovvero quando si hanno due invocazioni del medesimo diritto contrastanti, per esempio il diritto alla vita nel caso di due gemelli siamesi. Si tratta di invocazioni che si escludono a vicenda e che impongono una soluzione che comporta il sacrificio integrale di una delle due posizioni. Un secondo tipo di conflitto può essere il c.d. *inter-rights*, quando si tratta di due diritti fondamentali diversi, ma contrastanti: è il caso, ad esempio, della libertà di espressione contrastante con il diritto alla privacy appartenenti a due soggetti diversi. Il conflitto può essere totale o parziale. Ad esempio, ove vi sia il diritto alla libertà di espressione invocato da due gruppi diversi, uno di estrema destra e uno di estrema sinistra nello stesso contesto, sussiste un conflitto totale *intra-rights*, il quale può essere risolto organizzando la rispettiva manifestazione in tempi diversi. Vi può anche essere un conflitto *inter-rights* totale, in cui la soluzione risieda nel completo sacrificio di uno dei due diritti in questione. Talvolta quando il conflitto è solo parziale, tuttavia, esso può essere risolto con una regolamentazione caso per caso, senza il completo annientamento di una delle due posizioni. I diritti fondamentali possono poi trovarsi in conflitto con altre prerogative, quali altri interessi pubblici o le libertà economiche: quest'ultimo caso è apparso con grande evidenza nell'ordinamento dell'Unione europea, come verrà

¹⁵⁴ E. BREMS, *Conflicts between fundamental rights*, Antwerp, Oxford, Portland, 2008.

¹⁵⁵ Cfr. la dottrina del *Drittwirkung* E. ENGLE, *Third Party Effect of Fundamental Rights (Drittwirkung)*, in *Europarecht* 5/2009, pp. 165- 173.

¹⁵⁶ L. ZUCCA, *Conflicts of fundamental rights as constitutional dilemmas*, in E. BREMS, *op. cit.*

meglio spiegato in seguito¹⁵⁷, richiedendo un particolare tipo di bilanciamento da parte della Corte di giustizia.

È stato detto che il conflitto tra due diritti fondamentali può assumere il carattere di un vero e proprio dilemma¹⁵⁸. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, ovvero la sede presso cui i conflitti tra diritti fondamentali si presentano con più frequenza, presenta dei casi emblematici in questo senso. Uno di questi è sicuramente il caso *Evans c. Regno Unito*¹⁵⁹. La vicenda ha, infatti, dei profili assolutamente drammatici: la signora Evans e il suo partner, il signor J, avevano cominciato un trattamento di procreazione assistita in una clinica londinese. Nel corso degli esami clinici preliminari era emerso che la sig. Evans aveva un tumore all'utero, a causa del quale sarebbe stata necessaria l'asportazione delle ovaie. Era possibile, tuttavia, prelevare gli ovuli e conservarli per procedere successivamente alla fecondazione assistita. Il partner acconsentiva al trattamento e alla fecondazione degli ovuli con il proprio materiale genetico. Venivano, quindi, formati gli embrioni che avrebbero dovuto essere successivamente impiantati nell'utero della donna. A questo punto la relazione dei due si interrompeva bruscamente, aprendo la strada al conflitto tra i diritti dei due partner, entrambi riconducibili all'art. 8 CEDU: il sig. J, infatti, ritirava il proprio consenso al trattamento e chiedeva la distruzione degli embrioni. Da un lato vi era il diritto della signora Evans a diventare madre e, dunque, ad impedire la distruzione degli embrioni, posto che per lei sarebbe stata l'ultima opportunità di avere biologicamente dei figli, vista l'asportazione delle ovaie; dall'altro vi era, però, il diritto del sig. J a ritirare il proprio consenso e a non essere padre di un figlio nato da una relazione conclusa. La signora Evans faceva valere che, data la sua situazione particolare, il suo diritto avrebbe dovuto prevalere su quello dell'ex partner e che il diritto inglese, consentendo a quest'ultimo di ritirare il proprio consenso, anche in una tale situazione, violava le sue prerogative fondamentali. La Corte di Strasburgo, in un caso così delicato ed in assenza di una convergenza nelle legislazioni degli Stati del Consiglio d'Europa, lasciava in materia un ampio margine di apprezzamento¹⁶⁰ alle autorità nazionali. Queste avevano stabilito che, pur

¹⁵⁷ Cfr. capitolo III, I diritti fondamentali e il mercato interno.

¹⁵⁸ L. ZUCCA, *op. cit.*

¹⁵⁹ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Evans c. Regno Unito*, ricorso n. 6339/05, sentenza del 10 aprile 2007.

¹⁶⁰ Sulla dottrina del margine di apprezzamento si consenta un rinvio a I. ANRÒ, *Il margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea e della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in ODDENINO A., RUOZZI E., VITERBO A., COSTAMAGNA F., MOLA L., Poli L. (a cura di), *La funzione giurisdizionale nell'ordinamento internazionale e nell'ordinamento comunitario*, Napoli, 2010

nella drammaticità del caso, non vi era motivo per superare il diritto vigente, il quale consentiva al partner di ritirare il consenso fino al momento dell'impianto degli embrioni nell'utero della donna. Il legislatore aveva, infatti, operato un bilanciamento dei vari diritti e interessi in gioco, optando per una scelta a favore della libertà del partner. Secondo la Corte di Strasburgo l'applicazione da parte del giudice di tale regola non eccedeva il margine di apprezzamento nazionale, nonostante la tragica violazione del corrispondente diritto dell'altro partner. Quest'ultimo diritto non poteva, infatti, assumere un peso superiore a quello del partner, nemmeno in ragione della drammatica situazione della donna, poiché il bilanciamento operato dal legislatore e confermato dal giudice nazionale si componeva di un delicato equilibrio di interessi e diritti contrastanti, diretto alla salvaguardia della libertà dei soggetti coinvolti, il quale non poteva essere distrutto da una considerazione extragiuridica ed emotiva, quale era invece la volontà della ricorrente.

Si deve, dunque, considerare il bilanciamento come una vera e propria tecnica interpretativa giudiziaria che consente al giudice la risoluzione dei conflitti tra diritti, in assenza di indicazioni precise da parte del diritto vigente? Oppure è uno strumento per consentire l'ingresso di nozioni ed elementi extragiuridici che permettono di giungere ad una decisione moralmente e razionalmente accettabile per la società? O si tratta solamente di una metafora che in realtà maschera uno spazio di indisturbata discrezionalità per i giudici?

2. Il concetto di bilanciamento e la discrezionalità del giudice

Il bilanciamento è un concetto molto discusso ed utilizzato, soprattutto presso le corti costituzionali¹⁶¹. I diritti fondamentali sono, infatti, norme fondate costituzionalmente e le variazioni nel catalogo e nelle modalità di tutela di questi, descritte nelle costituzioni, mostrano il pluralismo dei diversi ordinamenti nelle scelte dei valori.

Uno dei più grandi teorici del bilanciamento è indubbiamente Alexy¹⁶², il quale giunge all'estremo di una concezione quasi matematica e allo sforzo dell'elaborazione di vere e proprie formule per consentire la risoluzione dei conflitti tra diritti. Nella visione di Alexy il bilanciamento è un vero e proprio

¹⁶¹ R. ALEXY, *Balancing, constitutional review and representation*, in *I Con*, volume 3, n.° 4, 2005, pp. 572-581

¹⁶² R. ALEXY, *A theory of constitutional rights*, New York, 1986

strumento nelle mani del giudice, un metodo razionale e preciso di impostazione, formulazione e risoluzione dei conflitti. Occorre analizzare meglio questa concezione per comprenderne i meriti ed i limiti.

Secondo Alexy, il bilanciamento è uno degli aspetti necessari per l'applicazione del principio di proporzionalità. Questo consisterebbe in tre sotto principi, ovvero quelli di adeguatezza, necessità, proporzionalità in senso stretto. I principi di adeguatezza e necessità concernono l'ottimizzazione relativa a ciò che è materialmente possibile, mentre il principio di proporzionalità in senso stretto riguarda ciò che è giuridicamente possibile. Fondamentale in Alexy è poi la distinzione tra regole e principi: i principi sono norme che possono essere adempiute in maniera maggiore o minore, a seconda del peso che l'interprete attribuisce loro rispetto ad un principio concorrente. Le regole sono, invece, norme che possono essere adempiute o non adempiute. I conflitti tra regole possono, dunque, essere risolti introducendo una clausola di eccezione ad una delle due regole in gioco, oppure dichiarandone invalida una delle due. Normalmente negli ordinamenti a questo proposito vengono in rilievo il criterio cronologico, quello gerarchico e quello di specialità, in base ai quali viene stabilita la prevalenza dell'una o dell'altra regola. I principi, tra cui i diritti costituzionali e quindi i diritti fondamentali, sono mandati di ottimizzazione, non regole in senso stretto, perciò sfuggono ad una semplice regola di applicazione o non applicazione. Alexy non individua però una regola per distinguere i principi dalle regole, ma riconduce tale distinzione al criterio di risoluzione dei conflitti tra i due tipi di norme: è evidente che questo può portare talvolta ad esiti controintuitivi¹⁶³.

Il bilanciamento, dunque, altro non sarebbe se non l'ottimizzazione di principi tra loro in conflitto, nella ricerca del migliore temperamento di interessi. Secondo Alexy, la legge del bilanciamento è la seguente: "the greater the degree of non-satisfaction of, or detriment to, one principle, the greater the importance of satisfying the other". Il sacrificio di uno dei diritti confliggenti deve essere giustificato dall'importanza della soddisfazione dell'altro. Ove non vi sia tale compensazione, la compressione di un diritto fondamentale non potrebbe essere giustificata. Lo stesso Alexy è consapevole delle critiche alla propria teoria del bilanciamento: essa non sarebbe razionale e porterebbe a mascherare una grande discrezionalità del giudice. Per evitare un eccessivo spazio di discrezionalità e astrattezza, Alexy struttura il bilanciamento in tre tappe: 1) stabilire il grado di

¹⁶³ G. MANIACI, *Note sulla teoria del bilanciamento di Robert Alexy*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 2002, pp. 47- 73.

insoddisfazione o di lesione di un primo principio; 2) determinare l'importanza di soddisfare l'altro principio; 3) decidere se l'importanza di soddisfare quest'ultimo principio può giustificare la non soddisfazione del primo. Per effettuare questo test occorre ragionare su elementi concreti: in proposito Alexy parla di "weight formula", sostenendo che sia possibile attribuire un peso specifico ad ogni elemento, ovvero ad un determinato principio o diritto. In questa formula gli elementi sono rappresentati dall'intensità dell'interferenza con un determinato principio, in rapporto all'interferenza con il principio con esso confliggente. Il peso di un principio è dunque un peso relativo. Anche questo è uno dei punti deboli della teoria di Alexy, proprio per la difficoltà di misurare tali concetti.¹⁶⁴

Da quanto sopra brevemente richiamato emerge che la teoria del bilanciamento di Alexy ha indubbiamente il merito di aver tentato un approccio razionale alla tematica, risolvendosi in una teoria procedurale con precise indicazioni di metodo. Essa, tuttavia, non risolve le problematiche e le incoerenze inevitabilmente derivanti da un approccio troppo rigido a dei conflitti che talvolta implicano considerazioni di natura politica, morale o comunque extra-giuridica.

Tale approccio è agli antipodi di una concezione quale quella di Dworking¹⁶⁵, il quale nella critica ad Hart quale esponente emblematico del positivismo, evidenziava che talvolta la teoria del diritto ignora il fatto fondamentale che i problemi giuridici sono essenzialmente problemi morali e non fatti tecnici o di strategia. Anche Dworking condivide la distinzione tra regole e principi: secondo il suo approccio, oltre ad una diversa formulazione in termini di comando, questi ultimi hanno in aggiunta la dimensione del peso o dell'importanza. Le regole, dunque, imporrebbero un certo risultato, il cui mancato raggiungimento indica che la regola è stata disattesa o mutata. I principi, al contrario, avrebbero un diverso meccanismo, in quanto essi indirizzano ad una decisione, ma non in modo conclusivo e sopravvivono anche quando non prevalgono. Secondo Dworking i positivisti trascurano il funzionamento dei principi, riducendo il diritto ad un insieme di regole. Un principio è uno standard che deve essere osservato non perché provochi o mantenga una situazione (economica, politica o sociale) desiderata, ma in quanto risponde ad un'esigenza di giustizia, o di correttezza, o di qualche altra dimensione della morale. Esso è distinguibile anche dalla nozione di "politica", la quale è invece uno standard che indica un obiettivo da raggiungere, in genere un miglioramento in qualche aspetto economico,

¹⁶⁴ Cfr. L. ZUCCA, *op. cit.*

¹⁶⁵ R. DWORKING, *Taking rights seriously*, Cambridge, 1977.

politico o sociale, della vita della comunità. Come esempio di tale distinzione, Dworking indica che lo standard per cui gli incidenti automobilistici sono da evitarsi è una politica, mentre lo standard per cui nessuno deve trarre profitto dal suo illecito è un principio. Dworking è fortemente critico nei confronti dell'approccio positivista in virtù del quale il diritto di una comunità è un insieme di regole che la comunità stessa direttamente o indirettamente usa allo scopo di determinare quali comportamenti saranno puniti o imposti dal pubblico potere. Tali regole sarebbero identificate non in base al loro contenuto, ma in base al modo in cui sono state elaborate. Secondo la visione positivista l'insieme di queste regole esaurisce il diritto, perciò se un caso non vi rientra, esso non sarà deciso in base al diritto, ma attraverso la discrezionalità di un funzionario o di un giudice. Dworking critica tale approccio e propone una revisione del concetto di discrezionalità. Secondo tale autore, il concetto di discrezionalità funziona solamente in un certo tipo di contesto, ovvero quando qualcuno è, in generale, incaricato di prendere delle decisioni soggette a degli standard posti da un'autorità. La discrezionalità è, dunque, un concetto di relazione: Dworking la descrive come "il buco di una ciambella", che non esiste se non come area delimitata da una linea circostante. È possibile distinguere alcune sfumature nell'utilizzo del termine "discrezionalità". Esso, infatti, si può utilizzare in primo luogo in senso debole, ovvero quando gli standard di riferimento non possono essere applicati meccanicamente, ma richiedono l'uso di discernimento, oppure per dire che un funzionario ha l'autorità di prendere una decisione definitiva, che non può essere riveduta o cambiata da nessun altro funzionario. È possibile, tuttavia, anche un uso in senso forte del termine, ovvero quando, per prendere una decisione, il funzionario non è vincolato da alcuno standard dettatogli da un'autorità. Questo non significa che egli abbia un totale arbitrio e che egli sia libero di decidere senza ricorrere a standard di buon senso e di giustizia, ma solo che la sua decisione non è controllata da uno standard fornito di particolare autorità. Dworking ricollega l'esame del concetto di discrezionalità alla scelta di un possibile approccio ai principi. Vi sarebbero, infatti, due alternative: la prima consiste nel trattare i principi allo stesso modo in cui trattiamo le regole giuridiche e dire che alcuni principi hanno forza di diritto e devono essere tenuti in conto da giudici e giuristi nel decidere circa gli obblighi giuridici. La seconda nega, invece, che i principi possano essere accomunati alle regole per quanto riguarda la forza vincolante. Secondo il primo approccio, dunque, i principi sarebbero vincolanti per i giudici, così che essi sbagliano se non applicano i principi quando è il caso. In base al secondo approccio, i principi sarebbero

solo la spiegazione di ciò che i giudici in linea di principio fanno, allorchè sono costretti a spingersi oltre gli standard che li vincolano. La teoria positivista circa la discrezionalità secondo Dworking non potrebbe che intendere tale termine nella sua accezione forte: ciò sarebbe dimostrato anche dal fatto che nel sistema di common law, talvolta, i giudici abbandonano i precedenti e ricostruiscono regole nuove. Tuttavia, egli sostiene che i principi devono essere considerati come diritto a tutti gli effetti e quindi come vincolanti per i giudici, portando dunque ad abbandonare questa tesi radicale della discrezionalità. Egli conclude affermando che non vi è una prova riconosciuta comunemente per stabilire che cosa è diritto e cosa no e che giuristi e giudici, nel decidere le cause si appellano non soltanto a norme di diritto positivo, ma ad altri tipi di standard, tra i quali i principi. Egli ritiene, dunque, che l'approccio positivista secondo il quale quando una causa non può essere risolta da una norma giuridica chiara formulata da qualche istituzione in precedenza, il giudice ha discrezionalità di decidere il caso, in un modo o nell'altro, deve essere rigettata. Secondo questo approccio viene, infatti, operata una finzione, perché il giudice fingendo di adottare una teoria di giudizio che rintraccia un diritto preesistente di una delle parti di vincere, in realtà decreta nuovi diritti giuridici e li applica retroattivamente. Secondo Dworking occorre sostenere che, anche quando nessuna norma stabilita può risolvere il caso, una parte può comunque avere il diritto di vincere. È sempre dovere del giudice, dunque, anche nei casi difficili, nei conflitti di diritti che assumono profili drammatici, scoprire quali siano effettivamente i diritti delle parti e non inventare nuovi diritti applicandoli retroattivamente. Non è questa la sede per approfondire ulteriormente il pensiero di Dworking che ha sicuramente aperto nuove strade di ragionamento nella teoria del diritto in relazione alla tematica dei diritti fondamentali, ma il confronto con l'approccio di Alexy ai conflitti tra diritti e sul tema della discrezionalità, è emblematico di come l'argomento del bilanciamento possa essere affrontato secondo prospettive anche diametralmente opposte.

In Italia si sono occupati di bilanciamento soprattutto i teorici del diritto¹⁶⁶ e i costituzionalisti¹⁶⁷. L'assunto di base è che quando due diritti soggettivi entrano in conflitto occorre bilanciarli. Anche Bin condivide l'impostazione di Alexy secondo il quale i diritti trovano fondamento testuale in disposizioni della Costituzione, ma hanno le caratteristiche operative dei principi, in quanto nella loro fraseologia esprimono un favor per determinati interessi o riconoscono un certo valore. Essi rappresentano, inoltre, strutture

¹⁶⁶ G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980.

¹⁶⁷ R. BIN, *Diritti e argomenti*, Milano, 1982.

argomentative preformate, cui è affidato il compito di riconoscere il bene, l'interesse, il valore oggetto di tutela e al tempo stesso di esprimerli in una formula linguistica inseribile nel ragionamento giuridico, non come regola, ma come argomento. Bin sottolineava che nella formulazione e nella struttura dei diritti sembra manifestarsi una connessione tra principio e argomento interpretativo necessario per l'attribuzione di un significato allo stesso, al punto che si possa dubitare se sia configurabile un contenuto normativo del diritto la cui definizione possa compiersi in astratto, prescindendo dal bilanciamento con altri interessi che si trovino a concorrere. Secondo lo stesso autore, la Corte costituzionale tende a svalutare il significato regolativo delle disposizioni costituzionali sui diritti per accentuare, invece, il valore argomentativo, in modo da restringere l'ambito delle regole desumibili dalla Costituzione e dilatare, invece, l'ambito in cui trovano applicazione le procedure di bilanciamento. In particolare, per quanto riguarda le tecniche di bilanciamento, egli rilevava che esse siano in larga parte ricalcate sulla falsa riga del giudizio di ragionevolezza, ovvero su un sistema di strutture argomentative che la Corte ha elaborato in prevalente riferimento al principio di uguaglianza. In tale processo la chiarezza e la coerenza delle strategie argomentative impiegate dalla Corte divengono vere e proprie condizioni di legittimità dell'operato del giudice costituzionale. Il bilanciamento tra diritti operato dalla Corte deve, quindi, avere caratteristiche tali da rispondere a qualità di razionalità e coerenza proprie del ragionamento giuridico: secondo Bin, infatti, le garanzie dei diritti trovano più saldo supporto in un ragionamento di bilanciamento ben condotto, piuttosto che in tentativi di avvalorarne il riconoscimento, l'inviolabilità o l'assolutezza tramite l'esegesi del testo costituzionale. Egli sottolinea, infine, come tale processo sia influenzato dal fatto che l'interpretazione della Corte costituzionale spesso si avvalga di nozioni elaborate dalla dottrina o determinate dalla legislazione ordinaria, in quanto questo incide sull'operazione di bilanciamento, trovandosi la Corte ad utilizzare elementi in cui le dimensioni ed il peso degli interessi messi a confronto sono già fissati.

Molto interessante è poi la distinzione tra interpretazione e bilanciamento spiegata da Bin. L'interpretazione, infatti, mira ad assegnare un significato al discorso del legislatore, alla norma, con un valore oggettivo e universale. Il bilanciamento ha invece uno scopo del tutto diverso, ovvero di risolvere in modo soddisfacente un concreto conflitto di interessi: tale soluzione non pretende di porsi come unico significato normativo ricavabile dal testo legislativo, in quanto "nulla ha a che fare con il mondo dei significati e dei

relativi fondamenti ermeneutici, bensì appartiene al mondo delle decisioni e delle relative giustificazioni retoriche”¹⁶⁸. A differenza dell’interpretazione, infatti, “il bilanciamento non produce risultati erga omnes, perché il punto di equilibrio varia, e deve variare, caso per caso”: tale affermazione deve essere, però, mitigata, in quanto ad avere un valore generale e permanente è innanzitutto la regola che la Corte elabora ed applica nella singola decisione, stabilendo le condizioni fattuali e normative della prevalenza, nel caso concreto, di un interesse sull’altro. Di conseguenza, esso non può valersi di quelle pretese di univocità che vantano le tecniche dell’interpretazione giuridica. Tali tecniche hanno, tuttavia, un’importanza fondamentale, in quanto, applicando queste ultime, il giudice vede limitati i propri spazi di arbitrarietà e discrezionalità, poiché è tenuto a rispettarle. Devono essere allora trovati altri limiti per le operazioni di bilanciamento, in modo da ancorarle a parametri certi ed oggettivi, al di là della soggettiva valutazione del giudice. In particolare, Bin rileva la tendenza della Corte costituzionale a trasferire il compito di bilanciare gli interessi in gioco dal giudizio di legittimità costituzionale della legge all’applicazione della legge nel caso di specie, per la difficoltà di conciliare gli elementi di astrattezza del suo giudizio con le esigenze di assicurare la tutela dei diritti nel caso concreto. In tale atteggiamento la Corte costituzionale italiana è del tutto assimilabile alla Corte di giustizia dell’Unione europea, come verrà di seguito specificato. La soluzione sta nell’adeguata motivazione compiuta dal giudice per evitare critiche di arbitrarietà o eccesso di discrezionalità.

Un’ ultima tipologia di bilanciamento da ricordare è il c.d. bilanciamento libero, il quale in realtà esprime un’altra nozione per l’analisi economica dei costi benefici alla Posner. Ogni decisione deve essere effettuata secondo la costante preoccupazione dello Stato in periodo di emergenza. I diritti fondamentali sono il lato debole del potere del governo. Se la sicurezza dello Stato si scontra con la tutela di uno dei diritti fondamentali, il bilanciamento andrà a favore della prima. Nella sua opera Posner¹⁶⁹, infatti, giustifica le intercettazioni in ragione della prevalenza della sicurezza dello Stato sul diritto alla privacy di determinati soggetti, nel rispetto di quanto disciplinato dalla legge.

¹⁶⁸ R. BIN, *op. cit.*, p. 60.

¹⁶⁹ Cfr. R. POSNER, *Not a suicide pact: the constitution in a time of national emergency*, Oxford, 2006.

3. Il bilanciamento presso la Corte di giustizia

Se, come è emerso dai brevi richiami di teoria del diritto dei paragrafi precedenti, appare evidente che il concetto di bilanciamento è fortemente associato a quello di discrezionalità del giudice, non è del tutto chiaro se e fino a che punto possa essere ricostruita una teoria del bilanciamento capace di spiegare i processi decisionali giudiziari e di renderli trasparenti. Indubbiamente una teoria del bilanciamento risulta più efficace nella misura in cui viene elaborata in relazione allo specifico ordinamento di riferimento: è evidente, ad esempio, che parlare di bilanciamento in un ordinamento di civil law è significativamente differente rispetto ad uno di common law, anche per il diverso ruolo dei giudici e l'impatto delle loro pronunce sull'ordinamento stesso. L'ordinamento di riferimento nel presente lavoro è quello dell'Unione europea, il quale presenta dei profili del tutto peculiari, in ragione della sua storia e della sua natura. È possibile osservare che anche presso la Corte di giustizia vi sono dei conflitti di diritti fondamentali¹⁷⁰, anche se spesso in toni meno drammatici rispetto a quelli della Corte europea dei diritti dell'uomo. Frequentemente, inoltre, i diritti fondamentali appaiono in contrasto anche con le libertà economiche proprie del sistema dell'Unione europea¹⁷¹ o con altri interessi pubblici.

La Corte di giustizia è, dunque, frequentemente chiamata a svolgere tale opera di bilanciamento, risolvendo i conflitti nei casi concreti che vengono posti alla sua attenzione, e completando al tempo stesso l'opera del legislatore nel ricercare il giusto equilibrio ed la corretta ponderazione tra le diverse esigenze. Vi sono alcuni casi in cui tale bilanciamento risulta più evidente. Esso si realizza principalmente nel rinvio pregiudiziale, la grande creazione del diritto dell'Unione europea che ha permesso di realizzare continuamente la coesione e l'uniformità dell'ordinamento. Attraverso questo dialogo tra giudici, infatti, la Corte di giustizia offre la corretta interpretazione del diritto dell'Unione europea e opera a fianco dei giudici nazionali per la continua realizzazione dell'ordinamento stesso, in armonia con lo sviluppo delle legislazioni nazionali. Nell'ambito di questo particolare tipo di ricorso, con più spazio e più evidenza rispetto ai ricorsi diretti, la Corte di giustizia ha modo di esaminare e soppesare le diverse istanze presenti nell'ordinamento dell'Unione europea, nonché quelle provenienti

¹⁷⁰ Cfr. capitolo IV. Per tutti cfr. A. TORRES PÉREZ, *Conflicts of rights in the European Union*, Oxford, 2009.

¹⁷¹ Cfr. capitolo III.

dagli ordinamenti nazionali¹⁷². Poiché il rinvio pregiudiziale rappresenta il principale luogo di bilanciamento dei diritti presso la Corte di giustizia, ad esso sarà dedicato il prossimo paragrafo per metterne in luce le peculiarità e le funzioni all'interno dell'ordinamento dell'Unione europea e il ruolo fondamentale nello sviluppo dello stesso da parte della Corte.

Un altro tipo di procedimento in cui risulta più evidente l'opera di bilanciamento della Corte è quello di appello. Nel verificare la correttezza delle pronunce del Tribunale, infatti, la Corte, attraverso i motivi di diritto di cui all'articolo 58 dello Statuto, ripercorre la ponderazione dei diritti effettuata dallo stesso, come dimostrato da alcuni casi emblematici.

La Corte utilizza il concetto di bilanciamento anche in altri casi: un esempio particolare è la c.d. ponderazione degli interessi effettuata nell'ambito della valutazione delle misure cautelari richieste alla Corte di giustizia.

3.1. Il rinvio pregiudiziale: un sistema di cooperazione tra giurisdizioni alla base della costruzione dell'ordinamento dell'Unione europea

Il Trattato prevede fin dalle origini della Comunità un importante strumento di cooperazione tra le giurisdizioni nazionali e la giurisdizione comunitaria: il rinvio pregiudiziale¹⁷³. Si tratta del meccanismo in base al quale un giudice nazionale, protagonista principale nell'applicazione del diritto dell'Unione europea, può (o deve, in caso di giudice di ultima istanza) rivolgersi alla Corte di giustizia per ottenere una pronuncia

¹⁷² Cfr. *Omega*, *Schmidberger*, *Dynamic* in cui il bilanciamento ha coinvolto valori costituzionali nazionali.

¹⁷³ Per un'esposizione più ampia circa il rinvio pregiudiziale cfr. M. CONDINANZI, R. MASTROIANNI, *Il contenzioso dell'Unione europea*, Torino, 2009; G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, Padova, 2010; B. NASCIMBENE, *Il giudice nazionale e il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia*, in *Riv. it. dir. pubb. Com.*, 2009, pp. 1625-1687; L. DANIELE, *Il contributo dei giudici italiani allo sviluppo del diritto comunitario ovvero cinquant'anni di rinvio pregiudiziale*, in *Dir. com. scambi int.*, 2008, pp. 447-461 e dello stesso autore *Articolo 234*, in A. TIZZANO, *Trattati dell'unione europea e della Comunità europea*, Milano 2004; M. C. REALE e M. BORRACCETTI, *Da giudice a giudice. Il dialogo tra giudice italiano e Corte di giustizia delle Comunità europee*, Milano, 2008; G. RAITI, *La collaborazione giudiziaria nell'esperienza del rinvio pregiudiziale comunitario*, Milano, 2003; C. SCHEPISI, *Rinvio pregiudiziale obbligatorio ed effettività della tutela giurisdizionale*, Trieste, 2003.

sull'interpretazione o sulla validità di una norma comunitaria, quando sia necessario per risolvere la controversia pendente innanzi a lui.

Tale modello di cooperazione consente di raggiungere diversi obiettivi: in primo luogo l'uniformità nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto dell'Unione europea, offrendo un unico punto di riferimento ai sistemi giurisdizionali dei 27 paesi membri, le cui pronunce sono vincolanti in tutto il territorio dell'Unione. Si tratta di un punto fondamentale per la costruzione di una vera comunità di diritto con un sistema coerente e armonizzato. In secondo luogo, consente di verificare la legittimità del diritto nazionale (nonché degli atti e delle pratiche amministrative) esaminandone la conformità al diritto dell'Unione europea. Ai sensi del Trattato, la Corte non è direttamente competente a pronunciarsi sulla compatibilità o meno del diritto nazionale attraverso questo strumento: un tale controllo potrebbe essere effettuato, invece, nell'ambito della procedura di infrazione ex articolo 258 TFUE, attivata dalla Commissione nel suo controllo circa l'adempimento degli obblighi degli Stati membri. Tuttavia, fornendo la corretta interpretazione del diritto dell'Unione europea, dopo aver premesso la propria incompetenza a dichiarare direttamente l'incompatibilità della norma nazionale, la Corte porta il giudice nazionale ad accertare, con la propria sentenza, la legittimità o meno della legislazione del proprio Stato. Essa, infatti, statuisce con la consueta formula secondo cui la corretta interpretazione del diritto dell'Unione europea "osta" ad una normativa nazionale come quella in causa. Viene, dunque, attuato un uso c.d. improprio del rinvio pregiudiziale, in quanto il vaglio di legittimità della legislazione nazionale non discende direttamente dalla lettera del Trattato, ma in tal modo si realizza uno strumento di grande importanza per la tenuta del sistema e la coerenza dell'ordinamento dell'Unione europea: il controllo diffuso circa la coerenza con il diritto dell'Unione europea da parte degli stessi attori nazionali, consente indubbiamente di raggiungere risultati superiori rispetto alla sola azione della Commissione e ai lunghi negoziati politici che accompagnano la procedura di infrazione.

Questo strumento, infine, consente il controllo circa la legittimità degli atti comunitari, che è competenza esclusiva della Corte di giustizia. Qualora il giudice nazionale si trovi di fronte alla contestazione della legittimità di una norma comunitaria direttamente applicabile o dell'atto dell'Unione europea che costituisce la base giuridica dell'atto legislativo (o amministrativo) nazionale, deve necessariamente rivolgersi alla Corte, in quanto non può pronunciarsi direttamente sulla sua invalidità. Questo obbligo vale anche per

i giudici non di ultima istanza, come stabilito dalla giurisprudenza *Foto-frost*¹⁷⁴.

Nell'ordinamento dell'Unione europea pre-Lisbona era possibile riscontrare diverse tipologie di rinvio pregiudiziale. Nel Trattato CE vi era quello previsto all'articolo 234 e quello dell'articolo 68. Il primo prevedeva la competenza della Corte a pronunciarsi sull'interpretazione del Trattato, sulla validità e sull'interpretazione degli atti compiuti dalle istituzioni comunitarie e della BCE, sull'interpretazione degli statuti degli organismi creati con atto del Consiglio, quando questo fosse previsto dagli Statuti stessi. Secondo questo sistema, le giurisdizioni degli Stati membri possono domandare alla Corte di pronunciarsi sul punto, qualora sia necessario per emanare la sentenza: se si tratta di giurisdizioni nazionali "avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno" tale facoltà diventa un vero e proprio obbligo, al fine di assicurare che venga consacrata la corretta applicazione del diritto dell'Unione europea.

Nell'ambito del Titolo IV, "Visti, asilo, immigrazioni e altre politiche connesse alla libera circolazione delle persone", il meccanismo di cooperazione in questione era regolato dall'articolo 68 CE, il quale prevedeva che la facoltà del rinvio spetti soltanto ai giudici di ultima istanza. Tale norma introduceva, però, anche una sorta di ricorso nell'interesse della legge che poteva essere effettuato dalla Commissione, dal Consiglio o da uno Stato membro per richiedere l'interpretazione di una norma del Titolo IV o di un atto adottato in questo ambito. Sempre all'interno del Trattato vi era l'articolo 35 CE nell'ambito nel Terzo Pilastro, il quale prevedeva la competenza della Corte a pronunciarsi sull'interpretazione delle convenzioni di cui al Titolo VI del Trattato, nonché sull'interpretazione e sulla validità delle misure adottate in applicazione di queste convenzioni. Era, inoltre, previsto che uno Stato membro o la Commissione avessero la possibilità di richiedere alla Corte una pronuncia sulla validità e l'interpretazione delle decisioni e decisioni quadro. L'intervento della Corte, tuttavia, risultava subordinato alla specifica accettazione della sua competenza da parte degli Stati membri. Con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona tale pluralità di modelli è stata ricondotta ad unità, in quanto è venuta meno la distinzione dell'attività giurisdizionale della Corte in base ai pilastri e sono stati conseguentemente abrogati gli articoli 68 CE e 35 TUE. Attualmente la disciplina del rinvio pregiudiziale è interamente racchiusa dall'art. 267 TFUE, continuando a restare escluso dal controllo della Corte il settore della

¹⁷⁴ Corte giust., 22 ottobre 1987, *Foto-frost*, causa 314/85, in Racc. p. 4199 ss.

politica estera e di sicurezza comune. Per quanto riguarda gli atti dell'ex terzo pilastro è tuttavia previsto un regime transitorio¹⁷⁵, in virtù del quale la competenza della Corte di giustizia per quanto riguarda gli atti entrati in vigore prima di Lisbona resta invariata per un periodo di 5 anni e dunque si continuerà a fare riferimento alle modalità del vecchio articolo 35 TUE. L'impianto dell'articolo 267 TFUE è sostanzialmente identico a quello del vecchio articolo 234 CE, anche se vi sono alcune significative variazioni. Al primo comma viene confermata la competenza della Corte di giustizia a pronunciarsi, in via pregiudiziale, sull'interpretazione dei trattati, nonché sulla validità e l'interpretazione degli atti compiuti dalle istituzioni, aggiungendo quelli provenienti dagli organi o dagli organismi dell'Unione, mentre viene eliminata la competenza sull'interpretazione degli statuti degli organismi creati con atto del Consiglio, quando sia previsto dagli statuti stessi, forse per lo scarso utilizzo di tale disposizione e per il suo carattere superfluo, dato che un atto del Consiglio è comunque sempre sottoponibile all'interpretazione della Corte di giustizia. Nel testo della norma non si parla più di "giurisdizione", ma di "organo giurisdizionale", con un'innovazione semantica di dubbio impatto sulla prassi e sul riconoscimento dei tratti giurisdizionali degli organi abilitati a sottoporre un quesito pregiudiziale alla Corte. Una modifica decisamente più significativa si ha, invece, con l'introduzione all'ultimo comma del rinvio pregiudiziale d'urgenza, in virtù del quale quando una questione interpretativa o di validità relativa al diritto dell'Unione europea è sollevata davanti ad un organo giurisdizionale nazionale e riguardante una persona in stato di detenzione, la Corte stabilisce il più rapidamente possibile¹⁷⁶. Tale procedura era già stata introdotta all'art.

¹⁷⁵ Cfr. l'art. 10 del protocollo n. 36 allegato al TUE e al TFUE sulle disposizioni transitorie, che prevede che «1. A titolo di *misura transitoria* e in ordine agli *atti dell'Unione nel settore della cooperazione di polizia e della cooperazione giudiziaria in materia penale adottati prima dell'entrata in vigore del trattato di Lisbona*, le attribuzioni delle istituzioni alla data di entrata in vigore di detto trattato sono le seguenti: le attribuzioni della *Commissione ai sensi dell'articolo 258 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea non sono applicabili* e le attribuzioni della *Corte di giustizia dell'Unione europea ai sensi del titolo VI del trattato sull'Unione europea*, nella versione vigente prima dell'entrata in vigore del trattato di Lisbona, restano *invariate*, anche nel caso in cui siano state accettate in forza dell'articolo 35, paragrafo 2 di detto trattato sull'Unione europea. 2. La *modifica di un atto* di cui al paragrafo 1 comporta che, con riguardo all'atto modificato e nei confronti degli Stati membri ai quali esso si applica, le attribuzioni delle istituzioni menzionate in detto paragrafo si applichino quali previste dai trattati. 3. In ogni caso la misura transitoria di cui al paragrafo 1 *cessa di avere effetto cinque anni dopo l'entrata in vigore del trattato di Lisbona*» (corsivi aggiunti).

¹⁷⁶ Cfr. M. CONDINANZI, R. MASTROIANNI, *op. cit.*, p. 437 ss nonché M. BORRACCETTI, *Il procedimento pregiudiziale d'urgenza: esigenza di celerità e diritti fondamentali delle persone*, in ODDENINO A., RUOZZI E., VITERBO A., COSTAMAGNA F., MOLA L., POLI L. (a cura di), *La funzione giurisdizionale nell'ordinamento internazionale e nell'ordinamento comunitario*, *Atti dell'Incontro di studio tra giovani cultori delle materie internazionalistiche*, cit.

23 bis dello Statuto della Corte e disciplinata dall'art. 104 ter del regolamento di procedura della Corte¹⁷⁷, per i rinvii pregiudiziali relativi allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia: la formulazione dell'articolo 267 porterà ad una maggiore estensione dell'utilizzo di tale procedimento perché potrà essere utilizzata in quelle ipotesi in cui più in generale tra le parti vi è una persona in stato di detenzione, a prescindere dalla materia in oggetto.

Il sistema di cooperazione instaurato dal rinvio pregiudiziale è stato successivamente esportato al di fuori del Trattato, in considerazione della sua efficacia e utilità. E', infatti, stato previsto a proposito della Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 sulla competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, tramite il Protocollo di Lussemburgo del 1971: si trattava, però, soltanto della competenza circa l'interpretazione e il rinvio era limitato alle giurisdizioni di appello e di ultima istanza. Tale meccanismo venne previsto anche per la Convenzione del 29 febbraio sul riconoscimento reciproco delle società che però non è mai entrata in vigore. Anche per la Convenzione di Roma del 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali venne previsto un meccanismo analogo a quello della Convenzione di Bruxelles, senza prevedere però l'obbligo di rinvio per i giudici di ultima istanza; il relativo protocollo, tuttavia, non è mai entrato in vigore.

Il rinvio pregiudiziale, in quanto strumento di dialogo tra giudici, può essere attivato soltanto da organi che rispondano alla nozione di "*organo giurisdizionale di uno degli Stati membri*". Si tratta, dunque, di una nozione che è basilare per il funzionamento di questo meccanismo di cooperazione. Tuttavia, né il Trattato, né la Corte ne hanno dato una definizione precisa. La giurisprudenza ha, però, delineato dei criteri per individuare se l'organo che ha effettuato il rinvio possa essere qualificato come giurisdizione, indipendentemente dal fatto che sia riconosciuto come tale nel proprio ordinamento nazionale. La nozione di giurisdizione nazionale è, infatti, una nozione autonoma comunitaria, non necessariamente coincidente con le definizioni proprie degli ordinamenti nazionali. Nella prima sentenza in cui la Corte ha preso posizione sul punto, l'avvocato generale Gand spiegava che tale divergenza deriva dal fatto che "l'organizzazione giudiziaria e amministrativa degli Stati membri, pur essendo nel suo complesso ispirata a principi comuni, ha subito l'influsso di contingenze storiche o di concezioni

¹⁷⁷Cfr. decisione del Consiglio del 20 dicembre 2007 recante modifica del protocollo sullo Statuto della Corte di giustizia, in GUUE, L 24 del 29 gennaio 2008, p. 42, nonché le modifiche del regolamento di procedura della Corte del 15 gennaio 2008 in GUUE, L 24 del 29 gennaio 2008, p. 39.

giuridiche diverse. E' quindi possibile che la necessità di interpretare e di applicare uniformemente il Trattato [...] porti a riconoscere natura di giurisdizione ai sensi dell'articolo 177, a un organismo che la legge del paese cui esso appartiene non considera tale"¹⁷⁸. La giurisprudenza è costante nell'affermare la necessità del carattere "comunitario" della giurisdizione e di conseguenza sono stati considerati "giurisdizione" molti organi che non possedevano tale qualifica nel proprio Stato.¹⁷⁹

Non è questa la sede per approfondire ulteriormente i caratteri ed il funzionamento del rinvio pregiudiziale. Ciò che preme, invece, sottolineare ancora una volta è il ruolo di tale procedimento nella costruzione del dialogo tra il giudice dell'Unione e i giudici nazionali, nonché la sede privilegiata dell'apporto della Corte di giustizia alla costruzione di politiche comunitarie¹⁸⁰. In questo secondo aspetto, il rinvio pregiudiziale si è rivelato la sede ideale per il bilanciamento di diritti e valori da parte della Corte di giustizia nella costruzione degli standard dell'Unione europea, a completamento dell'opera del legislatore. Nella chiarificazione del diritto dell'Unione europea e nel confronto con la normativa degli ordinamenti nazionali, la Corte ha ricostruito il giusto equilibrio tra i diversi valori e interessi in gioco. È noto come in generale l'opera della Corte di giustizia sia stata spesso considerata dalla dottrina come fondamentale nella costruzione dell'ordinamento dell'Unione europea¹⁸¹, anche quando vi erano degli impasse al livello decisionale politico o nel colmare le lacune stesse dell'ordinamento: lo sviluppo giurisprudenziale della tutela dei diritti fondamentali non è che un caso emblematico di tale ruolo quasi politico-decisionale della Corte. È, infatti, attraverso l'opera della Corte che è stata colmata la lacuna di tutela dei diritti fondamentali e sviluppata fino all'elaborazione di un vero e proprio catalogo¹⁸². In tale opera, la Corte ha selezionato i diritti rilevati come fondamentali nell'ordinamento dell'Unione

¹⁷⁸ Corte giust., 30 maggio 1966, *Vaassen Goebbels*, causa 61/65, in Racc. p 377.

¹⁷⁹ Cfr. ad esempio Corte giust., 17 ottobre 1989, *Danfoss*, in causa C-109/88, in Racc. p 3199; Corte giust., 6 ottobre 1981, *Broekmeulen*, in causa C-246/80, in Racc. 2311; Corte giust., 27 novembre 1973, *Nederlandse Spoorwagen*, in causa C-36/73, in Racc. 1299; Corte giust., 16 luglio 1992, *Asoc. Espanola de Banca Privada*, in causa C-67/91, in Racc. I 4785; Corte giust., 17 settembre 1997, *Dorsch Consult*, in causa C-54/96, in Racc I 4961; Corte giust., 16 ottobre 1997, *Garofano e a.*, in cause C-69 e 79/96, in Racc. I 5603.

¹⁸⁰ Cfr. R. CICCONE., *Il rinvio pregiudiziale*, Napoli.

¹⁸¹ Cfr. inter alia K. LENAERTS, *Two hundred years of US constitution and thirty years of EEC Treaty- outlook for a comparison*, in *The Netherlands*, 1988; J. H. H. WEILER, *The Community system: the dual character of supranationalism*, in *YEL*, 1981, pp. 257-306 nonché dello stesso autore *The transformation of Europe*, in *YEL*, 1991, pp. 2403-2483; A. TIZZANO, *Qualche riflessione sul contributo della Corte di giustizia allo sviluppo del sistema comunitario*, in *D. U.E.* 2009, pp. 141-167.

¹⁸² Cfr. cap. I.

europea e ne ha definito i contorni di tutela, attraverso il bilanciamento con altri interessi e diritti contrastanti. La Corte si è confrontata con i conflitti tra diritti fondamentali emersi negli ordinamenti degli Stati membri e con le divergenze dei diversi livelli di tutela. Emblematico è il caso *Grogan*¹⁸³, ad esempio, in cui emergeva la limitazione alla libertà di espressione dell'ordinamento irlandese a favore della tutela del diritto alla vita, concepito secondo le peculiarità dell'ordinamento stesso. Il diritto alla vita in Irlanda, così come iscritto nella costituzione, si spinge fino a vietare in modo assoluto l'aborto. La tutela di tale diritto si era, inoltre, posta in contrasto con la libertà di prestazione di servizi perché l'Irlanda riteneva illecita la pratica abortiva e ne vietava la pubblicità anche ove questa fosse effettuata da altri Stati. In *Familiapress*¹⁸⁴ veniva rilevato, invece, come la libertà di espressione in Austria fosse vietata per ragioni di salvaguardia del pluralismo e di tutela della concorrenza.

Nel presente lavoro sono state analizzate alcune ipotesi di conflitto relativo ai diritti fondamentali, emerse davanti alla Corte di giustizia ed affrontati, se non risolti, in sede di rinvio pregiudiziale. Un primo filone giurisprudenziale analizzato riguarda il bilanciamento tra diritti fondamentali e libertà fondamentali del mercato¹⁸⁵, il quale presenta dei profili caratteristici dell'Unione europea, nella ricerca dell'equilibrio tra l'esigenza di costruire costantemente l'Unione come comunità di diritto e la necessità di tutelare il mercato unico e i suoi principi fondanti. Un secondo filone riguarda il bilanciamento tra due diritti fondamentali¹⁸⁶, in cui la Corte di giustizia, nella risoluzione dei conflitti, cerca un modello e un fondamento del legal reasoning nell'operato della Corte di Strasburgo e una stretta cooperazione con il giudice nazionale, nella conciliazione dell'esigenza di dettare i principi risolutivi e al tempo stesso tenere conto delle peculiarità del caso concreto. In tale modus operandi, la Corte di giustizia presenta dei profili di similarità rispetto alla Corte costituzionale italiana. In terzo luogo¹⁸⁷, viene esaminato il conflitto tra diritti fondamentali e altri interessi oggetto di tutela nell'ordinamento dell'Unione europea. In tal caso più che un bilanciamento vero e proprio sembra potersi ravvisare una modalità di intervento della Corte nel portare avanti e completare le politiche comunitarie. Il rinvio pregiudiziale resta, quindi, la sede privilegiata per il bilanciamento di diritti e interessi confliggenti, in quanto tale procedura

¹⁸³ Corte giust., *Grogan e a.*, 4 ottobre 1991, causa C- 159/90, in Racc. P. 4685.

¹⁸⁴ Cfr. Sent. *Familiapress*, cit.

¹⁸⁵ Cfr. cap. III.

¹⁸⁶ Cfr. cap. IV.

¹⁸⁷ Cap. V.

peculiare dell'ordinamento dell'Unione europea consente alla Corte uno spazio di deliberazione e di riflessione meno legato all'esigenza della risoluzione del caso concreto, il quale risulta necessario nella definizione e nella chiarificazione dei contenuti dell'ordinamento dell'Unione europea. Il bilanciamento si inserisce all'interno dell'interpretazione delle norme comunitarie da parte della Corte di giustizia, ma è possibile tenere distinte queste due operazioni. Come emergerà dall'analisi dei casi, la Corte prima chiarisce il significato della norma in questione e poi definisce i limiti dei diritti fondamentali in questione rispetto agli altri diritti o interessi contrastanti. Nell'interpretazione della norma utilizza i criteri classici di interpretazione, quali quello letterale o teleologico, mentre nell'operazione di bilanciamento non vi sono criteri predefiniti da seguire ed è necessario un maggiore sforzo di motivazione da parte del giudice. Tali idee verranno meglio sviluppate nei successivi capitoli.

3.2 Il procedimento di impugnazione

Un'altra procedura in cui può emergere un vero e proprio bilanciamento tra diritti è quella di impugnazione delle sentenze di primo grado, di cui all'articolo 256 TFUE e 58 dello Statuto della Corte di giustizia¹⁸⁸. Tale circostanza è dettata dal fatto che in sede di impugnazione, possono essere lamentati soltanto motivi di diritto: si tratta, dunque, di un giudizio scevro da considerazioni fattuali, in cui è possibile una riflessione più ampia da parte della Corte di giustizia, nell'interpretazione delle norme comunitarie. Possono essere impuginate le decisioni che concludono il procedimento, le pronunce che decidono parzialmente la controversia nel merito, quelle che pongono termine ad un incidente di procedura relativo ad un'eccezione di incompetenza o di irricevibilità, le decisioni del Tribunale che respingono un'istanza di intervento e le decisioni relative a misure provvisorie in materia di tutela d'urgenza o alla sospensione di una sentenza. La facoltà di impugnare spetta a qualsiasi parte che sia rimasta parzialmente o totalmente soccombente nelle sue conclusioni. Vi è, inoltre, la possibilità di impugnare una decisione del Tribunale per le parti intervenienti nel processo di primo grado: se si tratta di soggetti diversi dagli Stati membri e dalle istituzioni

¹⁸⁸ Per una ricostruzione completa del procedimento di impugnazione Cfr. per tutti CONDINANZI, MASTROIANNI, *op. cit.*, p. 468 ss.

comunitarie, però, l'appello può essere proposto solo quando la decisione del Tribunale li concerne direttamente.

Secondo quanto disposto dall'articolo 61 dello Statuto, la Corte può accogliere l'impugnazione e annullare la decisione controversa, oppure rigettare il ricorso, sia totalmente che parzialmente. Tale giudizio della Corte ha natura rescindente, in quanto la Corte, una volta annullata la decisione del Tribunale, rimette la causa a quest'ultimo per una nuova sentenza. Il giudizio può essere anche rescissorio e dunque la Corte può statuire in via definitiva sulla controversia, ove lo stato degli atti lo consenta. Nel caso in cui non sia la Corte a decidere, tuttavia, il Tribunale deve comunque tenere conto dei principi e dei punti di diritto dettati dalla Corte.

In base all'articolo 58 dello Statuto possono essere dedotti solo i motivi relativi all'incompetenza del Tribunale, a vizi della procedura dinanzi al Tribunale recanti pregiudizio agli interessi della parte ricorrente, nonché alla violazione del diritto dell'Unione europea da parte del Tribunale. Non sempre, tuttavia, è agevole distinguere i motivi di fatto da quelli di diritto e dunque in base alla diversa interpretazione che viene data degli stessi, l'ambito di giurisdizione della Corte si amplia o si restringe. Ciò che maggiormente rileva ai fini della nostra analisi sono tuttavia le questioni di diritto, in cui la Corte interpreta il diritto dell'Unione e procede ad un bilanciamento di diritti ed interessi confliggenti. Alla Corte, d'altronde, è precluso qualsiasi potere di accertamento dei fatti, con la conseguente impossibilità di adottare misure istruttorie.

Un caso emblematico tuttora pendente riguarda il bilanciamento tra il diritto di accesso agli atti e altre esigenze di tutela emerso nel caso API.

Il diritto d'accesso agli atti è presente in tutti gli ordinamenti degli Stati membri dell'Unione europea. Si tratta di un diritto che ha una valenza peculiare nell'attestare il tasso di democraticità di uno Stato, in quanto testimonia la trasparenza dell'attività della pubblica amministrazione e fortifica la possibilità di dialogo con i cittadini.

L'avvocato generale Poiares Maduro ha parlato di una "lenta ma inesorabile crescita nel diritto dell'Unione europea dell'esigenza di trasparenza, in generale, e del diritto di accesso ai documenti delle istituzioni, in particolare"¹⁸⁹. Nelle conclusioni della causa *Svezia c. Commissione* citate, Maduro presenta un'interessante ricostruzione della progressiva emersione e qualificazione del diritto d'accesso. Al punto 38 egli ricorda che per lungo tempo un diritto d'accesso ai documenti delle istituzioni è rimasto

¹⁸⁹ Cfr. Conclusioni in *Svezia c. Commissione*, del 18 luglio 2007, causa C-64/05 P, in Racc. p. I-11389, punti 37-40.

sconosciuto al diritto dell'Unione europea. Il primo passo è stato l'affermazione del valore della trasparenza nel processo decisionale espresso nella dichiarazione n°17 relativa al diritto d'accesso all'informazione allegata all'atto finale del Trattato sull'Unione europea, firmato a Maastricht il 7 febbraio 1992, la quale ha raccomandato l'adozione di misure miranti ad accrescere l'accesso del pubblico alle informazioni di cui dispongono le istituzioni. L'avvocato generale sottolinea che non vi era una regolamentazione comunitaria e dunque è stato compito delle istituzioni "rompere con il principio tradizionale del segreto amministrativo decidendo di consentire l'accesso alle informazioni". La tappa immediatamente successiva è stata l'adozione di un codice di condotta¹⁹⁰ che regola l'accesso ai documenti delle istituzioni. Successivamente, Consiglio e Commissione hanno adottato, sulla base del loro potere di organizzazione interno, rispettivamente una decisione di applicazione di questi principi¹⁹¹ e una decisione per adottare formalmente tale codice¹⁹².

La Corte si è, invece, mantenuta estranea a questo processo, rifiutando di consacrare il diritto d'accesso come principio generale del diritto dell'Unione europea: l'avvocato generale si riferisce alla sentenza *Consiglio c. Hautala*¹⁹³, in cui la Corte ha considerato come inutile la questione di pronunciarsi sull'esistenza di un principio di diritto all'informazione (punto 31). Questo era stato rilevato anche dall'avvocato generale Léger nella sentenza *Interporc*¹⁹⁴ (punti 75-80).

Con il Trattato di Amsterdam il legislatore dell'Unione europea ha preso posizione sul punto, iscrivendo all' articolo 255 CE il diritto d'accesso ai documenti. Si tratta, tuttavia, di una disposizione priva di effetto diretto e dunque non adatta a costituire un supporto sufficiente al diritto d'accesso ai documenti: si rivelava, dunque, necessaria una legislazione secondaria per garantire la piena esplicazione di tale diritto. Tale norma ha, in effetti, costituito la base giuridica idonea per il regolamento 1049/2001, testo fondamentale in materia di accesso agli atti¹⁹⁵.

¹⁹⁰ Code de conduite 93/730/CE JO L 340, p. 41.

¹⁹¹ Decisione del Consiglio 93/731/CE del 20 dicembre 1993, relativa all'accesso del pubblico ai documenti del Consiglio.

¹⁹² Decisione della Commissione 94/90/ CECE, CE, Euratom, del 8 febbraio 1994.

¹⁹³ Corte giust., 6 dicembre 2001, *Consiglio c. Hautala*, causa C-353/99 P, in Racc. p. I-9565.

¹⁹⁴ Corte giust., 6 marzo 2003, *Interporc*, causa C-41/00 P, in Racc. p. I-2125.

¹⁹⁵ Regolamento (CE) n. 1049/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 maggio 2001, relativo all'accesso del pubblico ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione, in *G.U.* L 145 del 31.5.2001, p. 43-48.

L'ultima tappa di questo percorso è rappresentata dall' articolo 42 della Carta di Nizza che assicura la qualificazione di tale diritto come fondamentale.

Molto importante il passaggio 41 delle conclusioni dell'avvocato generale, in cui egli sottolinea che il rafforzamento del diritto d'accesso è accompagnato dal cambiamento degli obiettivi sottesi alla tutela del medesimo: inizialmente le obbligazioni imposte alle istituzioni tendevano ad assicurare l'efficacia dell'azione comunitaria ed il controllo della sua legittimità. Successivamente, tale diritto è stato collegato principalmente all'obbiettivo di rafforzare la legittimità democratica dell'azione comunitaria, la trasparenza.

Nel corso di questa evoluzione normativa, il Tribunale e la Corte di giustizia sono stati chiamati più volte a interpretare le regole in materia di diritto di accesso e a precisarne i limiti in rapporto agli altri diritti. Più volte Corte e Tribunale hanno specificato che il regolamento mira a consentire l'accesso più ampio ai documenti delle istituzioni¹⁹⁶ e che, dunque, le eccezioni devono essere interpretate in senso restrittivo. Lo stesso regolamento 1049/2001 all'art. 4 elenca le eccezioni possibili a tale diritto, indicando la selezione degli interessi degni di tutela effettuata dal legislatore in materia e dettando le regole che dovranno poi essere seguite dal giudice nel bilanciamento. Il diritto d'accesso può, infatti, porsi in contrasto con altri diritti ed esigenze e dunque può essere rifiutato ove si ponga in contrasto con l'interesse alla sicurezza pubblica, alla difesa e alle questioni militari, alle relazioni internazionali, alla politica finanziaria, monetaria o economica dell'Unione o di uno Stato membro; la tutela della vita privata e dell'integrità dell'individuo; degli interessi commerciali di una persona fisica o giuridica, compresa la proprietà intellettuale; delle procedure giurisdizionali e della consulenza legale, degli obiettivi delle attività ispettive, di indagine e di revisione contabile. L'ultima parte dell'art. 4 pone, inoltre, un'eccezione dell'eccezione, ovvero indica che nel bilanciamento occorre dare la precedenza al diritto d'accesso, ove vi sia un interesse pubblico prevalente alla divulgazione. Il bilanciamento è effettuato inizialmente dall'istituzione stessa a cui viene richiesto l'accesso ed eventualmente dal giudice, nel caso in cui il destinatario della decisione di diniego d'accesso faccia valere il proprio diritto in via giudiziale. A questo proposito risulta interessante esaminare il bilanciamento tra diritto d'accesso e diritto all'equo processo effettuato dal Tribunale nel caso API.

¹⁹⁶ Corte giust., 1° luglio 2008, *Svezia e Maurizio Turco c. Consiglio*, cause riunite C-39/05 P e C-52/05 P in Racc. p. I-4723 .

L'Association de la presse internationale ASBL aveva richiesto alla Commissione l'accesso alle memorie dalla stessa presentate nell'ambito di alcuni processi presso la Corte di giustizia ed il Tribunale. Alcune cause erano ancora pendenti, mentre altre già chiuse: tra queste ultime vi erano alcuni procedimenti relativi a ricorsi per infrazione. Uno dei processi conclusi era, inoltre, strettamente legato ad un'altra causa pendente.

La Commissione aveva rifiutato l'accesso alle memorie relative alle cause pendenti, invocando l'eccezione relativa alle procedure giurisdizionali, nonché alle memorie relative alle cause già concluse sulla base dell'eccezione relativa alle attività d'indagine. L' API impugnava tale decisione di diniego di fronte al Tribunale. Il giudice dell'Unione europea veniva, quindi, chiamato ad effettuare la corretta interpretazione dell'estensione dell'eccezione relativa alle procedure giurisdizionali e alle attività d'indagine di cui all'articolo 4, par. 2, secondo e terzo trattino, nonché a bilanciare i diversi interessi in gioco nel caso concreto. Il giudice dell'Unione europea doveva, dunque, completare il percorso effettuato dal legislatore e determinare fino a che punto è necessario tutelare il corretto svolgimento delle procedure giurisdizionali e garantire la segretezza delle attività d'indagine ed impedire la divulgazione dei documenti processuali. Il regolamento dispone, infatti, che queste due ipotesi possano qualificarsi come eccezioni al diritto d'accesso, ma prevedendo la possibilità che sussista un interesse pubblico superiore rimanda il bilanciamento tra queste diverse esigenze alle istituzioni e in seconda battuta al giudice dell'Unione europea. E' interessante notare che ogni Stato membro colloca il punto di equilibrio tra le diverse esigenze a livelli diversi, talvolta privilegiando il diritto d'accesso, come in Svezia, talvolta le altre esigenze. Si trattava, inoltre, di documenti particolari, ovvero di memorie presentate dalle istituzioni presso la giurisdizione comunitaria. Il Tribunale ha confermato che tali memorie possono rientrare nella nozione ampia di documento ai sensi del regolamento sul diritto d'accesso. Si tratta di una soluzione che non è condivisa da tutti gli Stati, alcuni dei quali isolano la categoria dei documenti relativi ai processi da quella generale dei documenti amministrativi cui è consentito l'accesso.

In Germania, Inghilterra, Austria, Belgio, Danimarca, Scozia, Spagna, Estonia, Finlandia, Irlanda, Olanda, Polonia, Portogallo, Repubblica Ceca, Slovenia e Svezia l'accesso dei terzi alle memorie depositate dalle pubbliche istituzioni è regolato dalle stesse norme che disciplinano l'accesso del pubblico ai documenti amministrativi, anche se questo non risulta sempre chiaramente dalla legge e dalla giurisprudenza. In questi paesi, dunque, l'istituzione deve consentire l'accesso alle proprie memorie ove vi sia una

richiesta da parte di terzi correttamente motivata. Ovviamente non si tratta di un'obbligazione assoluta: in Inghilterra, Danimarca e Scozia si tratta di una mera facoltà dell'istituzione.

In altri paesi, invece, la comunicazione ai terzi delle memorie giurisdizionali non è regolata dalle stesse disposizioni relative all'accesso ai documenti amministrativi. Si tratta di Cipro, Lussemburgo, Francia, Grecia, Ungheria e Italia. Le memorie presentate nell'ambito dei processi non vengono dunque considerate come documenti amministrativi e sono sottratte alle normali regole relative all'accesso a questi ultimi.

L'accesso ai documenti delle istituzioni può risultare inoltre da una comunicazione effettuata dalla giurisdizione presso la quale tali memorie sono state depositate o da una comunicazione effettuata da un'altra parte del procedimento.

Il Tribunale nel caso API trovava un criterio preciso per individuare il livello di tutela dell'Unione europea del diritto d'accesso a documenti rilevanti nell'ambito di procedure giurisdizionali. E' interessante notare, infatti, come il Tribunale si sia sforzato di collocare precisamente il punto di equilibrio tra esigenza di tutela delle procedure giurisdizionali e del diritto d'accesso. Il ragionamento del Tribunale circa l'estensione delle eccezioni al diritto d'accesso differisce a seconda del momento in cui sono richieste le memorie della Commissione. Per quanto riguarda l'eccezione relativa alla tutela delle procedure giurisdizionali, il discrimine è rappresentato dal momento dell'udienza.

La protezione delle procedure giurisdizionali costituisce un'eccezione al diritto d'accesso, ma, così come espresso dalla giurisprudenza della Corte, tali eccezioni devono essere interpretate in senso restrittivo¹⁹⁷. Il Tribunale ricorda in proposito che "secondo una giurisprudenza costante, l'esame richiesto per il trattamento di una domanda di accesso a certi documenti deve rivestire un carattere concreto. Infatti, per un verso, la mera circostanza che un documento riguardi un interesse tutelato da un'eccezione non basta di per sé a giustificare l'applicazione di quest'ultima". Tuttavia, il Tribunale prosegue affermando che non significa che un siffatto esame sia prescritto in tutte le circostanze. Tale esame, infatti, "può non essere necessario quando, a causa delle circostanze particolari del caso concreto, sia evidente che l'accesso deve essere negato o al contrario concesso. Ciò potrebbe avvenire, in particolare, innanzi tutto, nel caso in cui alcuni documenti ricadano manifestamente ed integralmente in un'eccezione al diritto d'accesso o, al

¹⁹⁷ Sent. *Svezia e Turco c. Consiglio, cit.*, punto 36.

contrario, qualora siano manifestamente consultabili nella loro interezza, o, infine, nel caso in cui siano già stati oggetto di una valutazione specifica e concreta da parte della Commissione in analoghe circostanze" (punto 58).

Secondo il ragionamento del Tribunale, l'udienza rappresenta il momento determinante per determinare l'obbligazione di esame caso per caso da parte delle istituzioni. Poiché l'eccezione relativa alle procedure giurisdizionali è finalizzata a tutelare il rispetto del diritto di ogni persona ad un'equa udienza davanti a un Tribunale indipendente consacrato all'articolo 6 della CEDU e iscritto nei principi generali del diritto dell'Unione europea, essa deve essere interpretata nel senso che fino alla data di svolgimento dell'udienza, il procedimento deve essere tutelato da qualsivoglia influenza esterna. L'udienza viene dunque indicata come il momento fino al quale sussiste una presunzione di necessità di riservatezza che consente all'istituzione interessata di non dover effettuare un esame caso per caso. L'udienza è, infatti, il momento in cui gli argomenti delle parti vengono discussi pubblicamente e, dunque, la segretezza cessa per l'evoluzione stessa del procedimento. Fino a quel momento però la Commissione, al pari delle altre parti processuali, "deve poter presentare e discutere la propria posizione al riparo da ogni influenza esterna, e ciò in quanto la posizione che essa difende mira, in linea di principio, a garantire la corretta applicazione del diritto comunitario". Il perseguimento della tutela del buon svolgimento della giustizia esige, secondo il giudizio del Tribunale, che le memorie della Commissione "non siano divulgate prima che essa abbia avuto la possibilità di discuterle innanzi al giudice dell'udienza pubblica e che essa abbia perciò il diritto di sottrarle all'accesso al pubblico, in considerazione delle eventuali pressioni sui suoi agenti generate da un dibattito pubblico avviato dalla loro divulgazione, senza che sia necessario, a tal fine, che essa effettui una valutazione concreta del loro contenuto" (punto 81).

Dopo l'udienza, invece, risulta necessario effettuare un esame concreto per verificare se la divulgazione possa arrecare pregiudizio al procedimento giurisdizionale cui si riferisce.

Nel bilanciamento tra diritto d'accesso e diritto all'equo processo il Tribunale introduce una presunzione a favore del diritto d'accesso fino al momento dell'udienza, mentre successivamente a questo momento la presunzione viene meno ed è necessario l'esame caso per caso. Si tratta di una lettura dell'eccezione prevista dal regolamento che pone un discrimine molto chiaro nel difficile compito del contemperamento delle diverse esigenze.

Per quanto riguardava le memorie relative a cause già concluse, il giudizio del Tribunale è stato maggiormente favorevole al diritto d'accesso, in quanto ha concluso che non poteva essere validamente invocata l'eccezione relativa alle attività di indagine. Si trattava di procedure di infrazione che già avevano raggiunto lo stadio del processo e della sentenza. La Commissione invocava la menzionata eccezione in quanto i negoziati con gli Stati inadempienti erano ancora aperti e si sarebbe potuto giungere ad una nuova procedura ex articolo 228 (attuale art. 260 TFUE) e dunque la divulgazione prematura delle proprie memorie avrebbe potuto pregiudicare lo sviluppo e il raggiungimento degli obiettivi della procedura di infrazione. Il Tribunale riteneva, invece, che non fosse possibile subordinare l'accesso ai documenti delle istituzioni ad eventi futuri ed incerti quali la possibilità di una nuova indagine e di una procedura di infrazione, perché sarebbe una restrizione ingiustificata del diritto d'accesso.

Il caso API si rivela, dunque, interessante da diversi punti di vista: esso indica l'ultima tappa dell'evoluzione del diritto d'accesso, originariamente non annoverato tra i diritti fondamentali ed ora ampiamente tutelato e rivela la scelta del livello di tutela da accordare a questo diritto nel bilanciamento con il diritto all'equo processo. L'opera del giudice dell'Unione europea si innesta su quella del legislatore per determinare l'ampiezza delle eccezioni al diritto d'accesso previste dal regolamento. In un certo senso il Tribunale completa la scrittura di queste ultime. Nel corso del giudizio d'appello il bilanciamento effettuato dal Tribunale viene rimesso in discussione presso la Corte di giustizia, in quanto la sentenza di primo grado ha lasciato insoddisfatte entrambe le parti ed è stata impugnata sia dalla Commissione (causa C- 532/07 P), che dalla API (causa C-528/07 P) che dal Regno di Svezia (causa C-514/07 P). Le tre impugnazioni sono state riunite ai fini della decisione. Queste sono state, inoltre, riunite ai fini dell'udienza ad altre due impugnazioni vertenti sullo stesso tema del diritto d'accesso e della necessità di contemperare la tutela dello stesso con altre esigenze di riservatezza e di tutela dell'interesse pubblico. In questa udienza è dunque avvenuta una grande riflessione sul tema, per indagare il vero senso della lettera del regolamento comunitario sull'accesso ai dati e completare l'opera del legislatore trovando l'esatta ponderazione dei diversi interessi in gioco. La domanda di fondo era "in che misura i principi di trasparenza dei procedimenti giudiziari e di pubblicità del processo impongono di consentire l'accesso del pubblico alle osservazioni scritte presentate alla Corte dalle parti in causa?". Nelle conclusioni di API l'avvocato generale Poiares Maduro, il quale come sopra ricordato, si era già pronunciato più volte in

tema di diritto d'accesso, propone alla Corte una soluzione originale, spostando i termini della questione. Egli, infatti, suggerisce che sull'accesso ai documenti debba decidere la Corte di giustizia, trattandosi nel caso di specie di atti relativi a procedimenti giurisdizionali. In tal modo non si dovrebbe fare riferimento all'articolo 4 del regolamento 1049/2001, ma si dovrebbe rimandare la soluzione del caso alla Corte di giustizia, la quale dovrebbe decidere bilanciando le diverse esigenze di pubblicità e riservatezza in gioco nel caso concreto. Il regolamento 1049/2001 dovrebbe, dunque, essere messo da parte e sarebbe invece necessario fare riferimento alle tradizioni costituzionali comuni e a quanto avviene presso la Corte di Strasburgo. La Corte di giustizia¹⁹⁸ ha recentemente respinto l'impugnazione di questa sentenza confermando nella sostanza il bilanciamento operato dal Tribunale e rifiutando l'impostazione dell'avvocato generale.

Il caso è quindi emblematico dell'opera di bilanciamento che avviene nell'ambito della procedura d'appello presso la Corte di giustizia. La distinzione tra interpretazione e bilanciamento cara ai costituzionalisti italiani viene sfumata consentendo alla Corte un più ampio intervento di affiancamento dell'opera del legislatore, superando l'indeterminatezza della lettera della legge e fissando una volta per tutte il livello di tutela del diritto d'accesso nell'ordinamento dell'Unione europea. Ancora una volta l'ambito dei diritti fondamentali rivela l'intreccio dell'opera della Corte di giustizia e del legislatore nella costruzione dell'ordinamento dell'Unione europea ed in particolare nella selezione dei diritti oggetto di tutela, nonché del livello a cui tale tutela è fissata.

3.3 La ponderazione degli interessi nel procedimento cautelare

Nell'ambito dei procedimenti cautelari si assiste, poi, all'istituzionalizzazione del bilanciamento degli interessi all'interno degli elementi necessari per stabilire la concessione della misura cautelare. Tali procedimenti, nel diritto processuale dell'Unione europea, presentano gli elementi tipici che si ritrovano anche negli ordinamenti nazionali, ma anche dei tratti peculiari dovuti al sistema. La possibilità di richiedere misure cautelari è prevista nel trattato stesso agli articoli 278 e 279 TFUE (già articoli 242 e 243 CE) e la relativa disciplina si ritrova negli articoli 83-90 del regolamento di procedura della Corte, nonché all'articolo 39 dello

¹⁹⁸ Corte giust., 21 settembre 2010, *API*, cause riunite C-514/07 P, C-528/07 P e C-532/07 P, non ancora pubblicata in Racc.

Statuto. Occorre ricordare, inoltre, l'articolo 299, paragrafo 4, in virtù del quale l'esecuzione forzata di una sentenza della Corte può essere sospesa soltanto in virtù di una decisione della Corte: le giurisdizioni nazionali non hanno, quindi, alcun potere di intervento su una decisione di provenienza comunitaria, in ossequio al riparto di competenza giurisdizionale. I cautelari possono essere richiesti anche presso il Tribunale, secondo quanto disposto dagli articoli 104-110 del relativo regolamento di procedura.

Così come nei sistemi nazionali, la tutela cautelare può tradursi nella sospensione della decisione impugnata in un procedimento oppure nell'adozione di misure particolari, ad hoc, stabilite dal giudice con maggiore libertà. Nel sistema dell'Unione europea la tutela cautelare ha un carattere essenzialmente accessorio: manca, infatti, la tutela preventiva o autonoma, ovvero qualsiasi tutela che sia slegata dalla pendenza del processo stesso: questo si traduce nella necessità di instaurare un processo principale per ottenere la tutela delle proprie prerogative. Il processo principale sarà essenzialmente un ricorso per annullamento o un'azione per la responsabilità nel caso in cui la tutela cautelare sia rappresentata dalla sospensione del provvedimento, in quanto deve esservi un atto dell'Unione europea ritenuto per qualsivoglia ragione illegittimo. La tutela cautelare atipica può, invece, avere luogo anche in altre tipologie di procedure giurisdizionali, con l'eccezione del rinvio pregiudiziale, in cui non si può avere una sospensione da parte del giudice nazionale del provvedimento dell'Unione europea, ma egli può disporre le misure cautelari nazionali. Il carattere dell'accessorietà fa sì che la domanda cautelare venga respinta se il ricorso non viene introdotto o se il giudice di merito giunge alla decisione del ricorso principale nel frattempo. Occorre, dunque, provare il legame di accessorialità e di dipendenza del ricorso cautelare: per quanto riguarda la sospensione, il legame consiste tendenzialmente nell'identità del provvedimento impugnato nel ricorso principale con quello del procedimento cautelare; per la tutela cautelare atipica può trattarsi di qualunque tipo di legame.

Il provvedimento cautelare ha una portata limitata nel tempo, essendo la sua efficacia subordinata alla necessità di salvaguardare le prerogative di uno dei ricorrenti per la durata del processo principale. Esso, inoltre, non deve in alcun modo pregiudicare il risultato finale del procedimento e, dunque, non può rappresentare una decisione anticipatoria del merito: la misura cautelare non può essere, quindi, emessa se comporta una delibazione sostanziale degli elementi di fatto e di diritto della causa principale¹⁹⁹.

¹⁹⁹ Cfr. CONDINANZI, MASTROIANNI, *op. cit.*, p. 448.

Ciò che più interessa ricordare ai fini della nostra analisi sulle tecniche di bilanciamento presso la Corte di giustizia sono i presupposti per la concessione delle misure cautelari. Esse si compongono di due elementi per così dire tradizionali, il *fumus boni iuris* ed il *periculum in mora*, oltre ad un elemento del tutto peculiare, ovvero la “ponderazione degli interessi”, cui sarà dedicata maggiore attenzione. Il *fumus boni iuris* consiste nella fondatezza *prima facie* della pretesa avanzata dal ricorrente. Il giudice non deve procedere ad un’analisi approfondita degli elementi della causa, ma solo valutare con un primo esame l’attendibilità della pretesa di merito. Il ricorso deve apparire, dunque, “non manifestamente infondato”. Tale esame deve presentare il carattere di sommarietà proprio dei normali giudizi cautelari e, dunque, non può comportare un giudizio anticipatorio della causa od un’indagine fattuale. La sommarietà comporta anche, a livello di procedura, una contrazione del contraddittorio e un’accelerazione dei tempi. Di solito, il giudice convoca le parti per un’audizione che si svolge in modo alquanto informale.

Il secondo elemento è il *periculum in mora*, ovvero i motivi di urgenza che rendono necessario l’intervento del giudice in sede cautelare, per la necessità di salvaguardare determinate posizioni che potrebbero essere pregiudicate nel corso del processo principale. Il ricorrente deve, dunque, esporre nel ricorso gli argomenti che rendono improcrastinabile la tutela, per non incorrere in un danno grave ed irreparabile. Il danno deve essere proprio del ricorrente, essendo, invece, irrilevante il danno di terzi, ed avere un sufficiente grado di probabilità di verificarsi. Esso deve, inoltre, presentarsi come imminente e irreparabile. Ove il danno sia monetizzabile, esso non verrà mai qualificato come irreparabile. Tale può essere, invece, il pericolo per l’esistenza di un gruppo societario o la modifica irrimediabile delle quote di mercato.

Il terzo elemento è la prevalenza dell’interesse del richiedente rispetto ad altri elementi rilevanti nella fattispecie. Tale elemento è stato creato in via giurisprudenziale dalla stessa Corte di giustizia, la quale ha, altresì, stabilito che tali elementi debbano essere presenti congiuntamente per poter concedere la misura cautelare richiesta. È tale elemento che introduce un obbligatorio bilanciamento per il giudice, il quale deve stabilire quale sia l’interesse prevalente nel caso di specie. Si tratta di una specificazione del principio di proporzionalità, in quanto la concessione della misura cautelare deve apparire adeguata alla tutela delle diverse prerogative del caso di specie, senza pregiudicare altri interessi in gioco. Il bilanciamento effettuato dal giudice prende in considerazione diversi elementi: innanzitutto, esso si

traduce nella valutazione comparativa dell'interesse del richiedente alla misura cautelare in contrapposizione con quello di controparte, il quale non deve essere pregiudicato in via definitiva dalla misura stessa. In secondo luogo, il giudice deve tenere conto delle posizioni di soggetti terzi, anche se estranei alla procedura, le cui posizioni potrebbero essere, tuttavia, pregiudicate dalla misura cautelare in discussione. In questo caso, dunque, anche le posizioni di terzi fanno ingresso nel procedimento cautelare. Tale requisito della prevalenza dell'interesse del ricorrente, di origine pretoria, dimostra il carattere di discrezionalità del procedimento cautelare, il quale lascia un ampio spazio alla scelta prudenziale del giudice. Egli può decidere l'ordine in cui esaminare i presupposti per la concessione della misura e fermarsi alla constatazione dell'assenza di uno di essi, essendo requisiti cumulativi. Nella fase della ponderazione, poi, la discrezionalità del giudice aumenta notevolmente, non essendo egli legato a determinati criteri di giudizio, ma anzi dovendo svolgere valutazioni di impatto economico e fattuale. Tale potere del giudice è stato istituzionalizzato in via pretoria facendo sì che il risultato di tale operazione divenga un requisito pari a quelli stabiliti dalla legge, necessario per la concessione della misura cautelare.

4. Conclusione

Nel presente capitolo, dopo alcuni richiami al concetto di bilanciamento e all'utilizzo di tale tecnica soprattutto nelle corti costituzionali e nella Corte europea dei diritti dell'uomo, si è tentato di dare atto che anche presso la Corte dell'Unione europea è possibile ritrovare l'utilizzo di questa tecnica, sia nell'ambito dei diritti fondamentali che altrove. Presso la Corte di giustizia il confine tra interpretazione e bilanciamento sembra assottigliarsi nel rinvio pregiudiziale e del procedimento di impugnazione, in quanto il giudice ripercorre la lettera della legge e l'intenzione del legislatore dell'Unione europea, offrendo, infine, la soluzione al caso specifico gettando nuova luce sul corretto modo di intendere il diritto dell'Unione. Nel giudizio di ponderazione dei cautelari, invece, il bilanciamento si ritrova nettamente separato dall'attività di interpretazione del diritto ed anzi risponde all'esigenza di risoluzione del caso specifico, tramite una corretta valutazione delle diverse esigenze in gioco. Pare, dunque, che il bilanciamento esista sul serio e non si semplicemente una metafora. Occorre, tuttavia, verificare esaminando alcuni casi selezionati di bilanciamento se sia possibile individuare una vera e propria legge di bilanciamento o una precisa metodologia o se prevalga l'aspetto di discrezionalità del giudice.

Capitolo III

I diritti fondamentali e il mercato interno

SOMMARIO: 1. La tutela dei diritti fondamentali ed il mercato unico: l'esigenza di un bilanciamento. – 2. Da *ERT* a *Schmidberger*: il cambiamento della considerazione dei diritti fondamentali da limite ad obiettivo delle restrizioni alle libertà comunitarie. – 3. Il riconoscimento del pluralismo delle concezioni dei diritti fondamentali: i casi *Omega* e *Dynamic Medien*. – 4. Il bilanciamento tra diritti sociali fondamentali e libertà comunitarie. – 5. Il metodo utilizzato dalla Corte. – 6. L'evoluzione della giurisprudenza comunitaria in tema di diritti fondamentali e la valorizzazione dei livelli nazionali. – 7. Il coordinamento tra diritti fondamentali e libertà comunitarie - 8. I diritti fondamentali e la libera circolazione delle decisioni.

1. La tutela dei diritti fondamentali ed il mercato interno: l'esigenza di un bilanciamento.

Nel sistema elaborato dai Trattati sono poste alla base dell'ordinamento dell'Unione europea le quattro libertà di circolazione strumentali alla realizzazione del mercato interno²⁰⁰, ovvero la libertà di circolazione di merci, persone, servizi e capitali. Ad ognuna di queste libertà, obiettivo e al tempo stesso tessuto dell'integrazione comunitaria, sono dedicate diverse disposizioni del Trattato²⁰¹. In dottrina il Trattato di Roma è stato addirittura

²⁰⁰ Cfr. Art. 27 TFUE (già art. 14 CE). Nel Trattato si ritrovano le espressioni “mercato comune”, “mercato unico” e “mercato interno” per indicare lo spazio senza frontiere interne in cui si esplicano le libertà di circolazione comunitarie. La Corte di giustizia nella sentenza *Schul*, 5 maggio 1982, causa 15/81, in Racc. p. 1409, punto 33 ha spiegato che “la nozione di mercato comune [...] mira ad eliminare ogni intralcio per gli scambi intracomunitari al fine di fondere i mercati nazionali in un mercato unico il più possibile simile ad un vero e proprio mercato interno”. In proposito cfr. per tutti A. LANG, *Articolo 14*, in F. POCAR, *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea*, Padova, 2001, p. 34 ss; G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, Padova, 2010, p. 391 ss.

²⁰¹ Alla libertà di circolazione delle merci sono dedicati gli articoli 28 TFUE ss, alla libertà di circolazione delle persone, tra cui quella dei lavoratori gli articoli 45 TFUE ss, e quella di

descritto come una costituzione economica neo-liberale, il cui obiettivo era proteggere la libertà del mercato contro il potere dello Stato e la cui legittimità sostanziale si fonda su delle operazioni volontarie sul mercato e sul rafforzamento dell'efficienza economica²⁰²: veniva dunque riconosciuto che, alla base del sistema comunitario, erano poste fondamenta essenzialmente economiche.

Alcuni autori hanno paragonato lo status delle libertà di circolazione a quello dei diritti fondamentali²⁰³, *economic fundamental rights*, considerando l'importanza di tali prerogative per gli individui nell'ambito dell'Unione europea. La stessa giurisprudenza della Corte di giustizia ha utilizzato delle espressioni cariche di significato in questo senso, parlando di "libertà fondamentali"²⁰⁴, "principi fondamentali"²⁰⁵, "diritti fondamentali"²⁰⁶. Se la caratterizzazione della libertà di circolazione delle persone come diritto fondamentale può non stupire, in quanto si tratta di un diritto da sempre incardinato anche nelle costituzioni nazionali, la medesima connotazione per la libera circolazione delle merci può invece destare qualche perplessità.

Le libertà fondamentali comunitarie non hanno un valore assoluto. Pur considerandole il cardine del mercato interno, 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 vi è innanzitutto l'articolo 36 TFUE, 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

stabilimento, gli articoli 49 TFUE ss., alla libera prestazione di servizi gli articoli 56 TFUE ss., alla libertà di circolazione dei capitali gli articoli 63 TFUE ss.

²⁰² M. POIARES MADURO, *L'équilibre insaisissable entre la liberté économique et les droits sociaux dans l'Union européenne*, in *L'Union européenne et les droits de l'homme*, Bruxelles, 2001, pp. 465-489. Dello stesso autore v. anche *We the Court: the European Court of Justice and the european economic constitution*, 1998.

²⁰³ D. EHLERS (a cura di), *European Fundamental Rights and Freedoms*, Berlino, 2007; P. OLIVER e W. ROTH, *The internal market and the four freedoms*, in *CMLR*, 2004, pp. 407-441.

²⁰⁴ Cfr. *inter alia* Corte giust., 15 giugno 1999, *Procedimento penale c. Heinonen*, causa C-394/97, in Racc. p. I-3599; Corte giust., *Canal Satélite Digital c. Spagna*, causa C-390/99, in Racc. p. I-607.

²⁰⁵ Cfr. Corte giust., 30 aprile 1996, *Signalson*, causa C-194/94, in Racc. p. I-2201.

²⁰⁶ Cfr. ad esempio, Corte giust., 11 novembre 1981, *Casati*, causa 203/80, in Racc. p. 2595, punto 8; Corte giust., 30 novembre 1995, *Gebhard*, causa C-55/94, in Racc., p. I-4165, punto 37.

dell'eliminazione di ogni ostacolo alla libera circolazione delle merci tra Stati membri è necessario effettuare un'interpretazione restrittiva²⁰⁷. Nelle pronunce della Corte è dato, tuttavia, trovare talvolta anche un'interpretazione più ampia, in modo da tutelare maggiormente gli interessi nazionali: ad esempio, per quel che riguarda la protezione della salute pubblica, la Corte ha riconosciuto che la salute e la vita delle persone occupano il primo posto²⁰⁸ e ha spesso ritenuto giustificate le restrizioni alla libera circolazione delle merci²⁰⁹. La Corte di giustizia ha, inoltre, introdotto, con la famosa sentenza *Cassis de Dijon*²¹⁰, un'altra categoria di motivi di giustificazione alle restrizioni: le esigenze imperative. La Corte ha considerato tali l'efficacia dei controlli fiscali²¹¹, la lealtà dei negozi commerciali²¹², la tutela dei consumatori²¹³, il pluralismo della stampa²¹⁴, la sicurezza delle strade²¹⁵, la tutela dell'ambiente²¹⁶ ecc.

Anche per quanto riguarda le altre libertà di circolazione, il Trattato prevede la possibilità di restrizioni, ma con una minore ampiezza. Per quanto riguarda la libertà di circolazione delle persone e dei servizi, sono ammesse restrizioni solo se giustificate da motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza e sanità pubblica²¹⁷: allo Stato è accordato, quindi, un potere minore di restrizione della libertà di circolazione delle persone, in considerazione dell'importante valore accordato a tale libertà nell'ambito dell'Unione. Per quanto riguarda la libera circolazione dei capitali, le restrizioni sono giustificate solo per motivi di ordine pubblico e di pubblica sicurezza²¹⁸, in ragione della minore incidenza dell'esercizio di tale libertà su altri interessi dello Stato.

Nella prassi talvolta l'esercizio delle libertà comunitarie si è posto in contrasto con la tutela dei diritti fondamentali. Come verrà illustrato nel

²⁰⁷ Corte giust., 2 maggio 1990, *Bakker Hillegom*, causa C-111/89, in Racc. p. I-1735.

²⁰⁸ Corte giust., 16 aprile 1991, *Euri-Pharm*, causa C-347/89, in Racc. p. I-1747.

²⁰⁹ Cfr. Corte giust., 8 marzo 2001, *Gourmet International Products*, causa C-405/98, in Racc. p. I-1795; Corte giust., 19 ottobre 2000, *Commissione/Grecia*, causa C-216/98, in Racc. p. 8921; Corte giust., 23 settembre 2003, *Commissione/Danimarca*, causa C-192/01, in Racc. p. I-9693.

²¹⁰ Corte giust., 20 febbraio 1979, *Rewe-Zentral AG (Cassis de Dijon)*, causa 120/78, in Racc. p. 649.

²¹¹ Corte giust., 5 aprile 1984, *Van de Haar e Kaveka de Meers*, cause riunite 177/82 e 178/82, in Racc. p. 1797.

²¹² Corte giust., 15 settembre 1994, *Houtwipper*, causa C-293/93, in Racc. p. I-4827.

²¹³ Corte giust., 10 novembre 1982, *Rau*, causa 261/81, in Racc. p. 3961.

²¹⁴ Corte giust., 26 giugno 1997, *Familiapress*, causa C-368/95, in Racc. p. I-3689.

²¹⁵ Corte giust., 12 ottobre 2000, *Snellrs*, causa C-314/98, in Racc. p. I-8633.

²¹⁶ Corte giust., 14 luglio 1998, *Aher-Waggon*, causa C-389/96, in Racc. p. I-4473.

²¹⁷ Cfr. articoli 45, 52 e 62 TFUE.

²¹⁸ Cfr. art. 65 TFUE.

corso del capitolo, la giurisprudenza della Corte di giustizia ha, infatti, rivelato che in alcuni casi, per consentire l'esplicazione di una libertà fondamentale, è stata messa in discussione la tutela di un diritto fondamentale.

Come è noto, contrariamente a quanto previsto per le libertà di circolazione, i Trattati istitutivi non contenevano alcuna disposizione relativa alla tutela dei diritti fondamentali. Vi erano alcune norme dirette alla tutela di alcuni diritti specifici, come ad esempio l'articolo 12 CE (corrispondente all'attuale art. 18 TFUE) relativo al principio di non discriminazione fondato sulla nazionalità, l'articolo 141 CE (attuale art. 157 TFUE) relativo al principio di parità di retribuzione tra uomo e donna, l'articolo 34 CE (attuale art. 40 TFUE) sulla non discriminazione tra produttori o consumatori in materia agricola, ma nessuna disposizione che imponesse in via generale il rispetto dei diritti fondamentali²¹⁹.

Risulta in proposito di notevole interesse l'opera di bilanciamento tra diritti e libertà fondamentali che è stata realizzata dalla Corte di giustizia. Se il rinvio pregiudiziale è tipicamente la sede del bilanciamento tra diritti e interessi operato dalla Corte, a completamento dell'opera del legislatore comunitario, tale opera ha assunto un'importanza ancora più grande in assenza di una gerarchia normativa tra questi valori altrettanto fondamentali e talora confliggenti presenti nell'ordinamento comunitario. La scelta della prevalenza da accordare ad una libertà di circolazione o ad un diritto fondamentale si è frequentemente posta di fronte alle giurisdizioni nazionali, le quali si sono rivolte alla Corte di giustizia per avere una corretta interpretazione delle norme rilevanti e rispettare il livello di tutela comunitario accordato all'uno o all'altra. Il bilanciamento tra diritti fondamentali e libertà comunitarie è dunque svolto sul piano comunitario in coordinamento con quello nazionale. Occorre sottolineare che i diritti fondamentali la cui tutela è risultata confligente rispetto alle libertà comunitarie non erano diritti assoluti²²⁰: in caso contrario, la tutela di un diritto assoluto, quale ad esempio il diritto alla vita, avrebbe prevalso senza la necessità di operare un bilanciamento.

La relazione tra diritti fondamentali e libertà comunitarie si è, dunque, posta in più occasioni di fronte alla Corte di giustizia, la quale l'ha esaminata sotto diverse prospettive, accordando la prevalenza a uno o all'altro dei due elementi dopo aver operato il relativo bilanciamento e determinando

²¹⁹ Cfr. R. CICCONE, *Il rinvio pregiudiziale*, Napoli, p. 183.

²²⁰ Cfr. in proposito Cap. I.

importanti sviluppi della politica di tutela dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Nel presente capitolo verranno illustrati alcuni casi di conflitto tra diritti fondamentali e libertà comunitarie, analizzando il metodo utilizzato dalla Corte di giustizia nella risoluzione degli stessi e l'evoluzione della considerazione dei diritti fondamentali nell'ambito di tale giurisprudenza. Un commento a parte verrà riservato al conflitto tra libertà comunitarie e diritti sociali fondamentali, presentatosi recentemente presso la Corte di giustizia. Verrà analizzata anche la situazione opposta, in cui i diritti fondamentali concorrono con le libertà comunitarie alla realizzazione del mercato unico. Infine, un accenno ad un particolare caso di conflitto tra libertà comunitarie e diritti fondamentali, ovvero tra la libera circolazione delle sentenze, la c.d. quinta libertà, e i diritti fondamentali, in particolare il diritto di difesa.

2. Da *ERT* a *Schmidberger*: il cambiamento della considerazione dei diritti fondamentali da limite ad obiettivo delle restrizioni alle libertà comunitarie.

Una delle prime pronunce in cui si è posto di fronte alla Corte di giustizia il rapporto tra diritti fondamentali e libertà comunitarie è la sentenza *ERT*²²¹.

Tale pronuncia trae origine da un rinvio pregiudiziale effettuato dal Tribunale di Salonicco nell'ambito di una controversia che opponeva la Elliniki Radiophonia Tiléorasi Anonimi Etairia (di seguito, "ERT"), impresa ellenica di radio e di televisione, alla Dimotiki Etairia Pliroforissis (di seguito, "DEP"), azienda municipale di informazione di Salonicco, e al sig. S. Kouvelas, sindaco di detta città. La normativa greca²²² prevedeva per la ERT un privilegio esclusivo per l'emissione di programmi nazionali e la ritrasmissione di programmi provenienti da altri Stati membri. Ritenendo che la DEP avesse svolto la propria attività senza rispettare i suoi diritti esclusivi, la ERT aveva adito il Tribunale di Salonicco per ottenere un'inibitoria di

²²¹ Corte giust., 18 giugno 1991, causa C-260/89, *Elliniki Radiophonia Tileorasi* (ERT), in Racc. p. I- 2925. In precedenza vi era stata la pronuncia *Cinéthèque* (sentenza dell'11 luglio 1985, cause riunite C-60 e 61/84, in Racc. p. 2605), 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.

²²² Legge 1730/1987 in Gazzetta ufficiale della Repubblica ellenica n. 145 A del 18 agosto 1987, p. 144.

detta attività. Considerando che la causa sollevasse importanti questioni circa la compatibilità della normativa greca con il diritto comunitario, il giudice greco richiedeva alla Corte l'interpretazione delle norme di concorrenza, delle disposizioni sulla libera circolazione delle merci, nonché dell'articolo 10 della CEDU .

Tralasciando l'analisi della Corte per quanto riguarda la compatibilità del monopolio nazionale con il diritto comunitario, ai fini dell'esame circa il rapporto tra libertà comunitarie e diritti fondamentali, occorre, invece, concentrarsi sul ragionamento relativo alla libertà di circolazione delle merci e dei servizi.

Il giudice del rinvio aveva chiesto alla Corte di giustizia se le norme sulla libera circolazione delle merci vietassero l'esistenza di un monopolio delle reti televisive da parte di una società. La Corte considerava che, poiché un monopolio in materia di televisione è un monopolio di servizi, esso non può essere considerato in contrasto con la libera circolazione delle merci. Quest'ultima può invece venire in rilievo a proposito degli scambi aventi ad oggetto dei materiali, riproduzioni sonore, film e altri strumenti e prodotti usati per la diffusione di messaggi televisivi. In astratto, la concessione ad una sola impresa di diritti televisivi e quindi il potere di importare, noleggiare e distribuire i prodotti necessari, non comporta una misura di effetto equivalente ad una restrizione quantitativa ai sensi dell'articolo 36 TFUE. Si deve, tuttavia, verificare che non vi siano discriminazioni a favore dei prodotti nazionali: tale controllo spetta al giudice nazionale, il quale è più prossimo ai fatti di causa.

Per quanto riguarda la libera prestazione di servizi, la Corte riteneva che il cumulo del monopolio nella diffusione di programmi nazionali e nella ritrasmissione di programmi di altri Stati membri riservato ad una medesima impresa, in assenza di una garanzia circa lo spazio riservato agli altri Stati, potesse indurre l'impresa a favorire i programmi nazionali, lasciando tuttavia il giudizio circa il concreto verificarsi di tale discriminazione al giudice nazionale.

In linea di principio, le norme sulla libera prestazione di servizi ostano ad una normativa che produca siffatti effetti discriminatori, a meno che tale normativa non sia giustificata ai sensi dell'art. 52 TFUE (già art. 46 CE), relativo alla libertà di stabilimento ed applicabile alla libertà di servizi in virtù del richiamo di cui all'art. 62 TFUE (oggi art. 55 CE). Secondo tale articolo una restrizione può essere giustificata da ragioni di ordine pubblico, pubblica sicurezza e sanità pubblica, ove questo sia previsto da disposizioni legislative, regolamentari e amministrative. A proposito di tale

giustificazione, la Corte dettava con questa pronuncia una precisazione importante: "quando uno Stato membro invoca il combinato disposto degli artt. [52 e 62 TFUE] per giustificare una normativa idonea a frapponere 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. In tal modo, la normativa nazionale considerata potrà fruire delle eccezioni previste dal combinato disposto degli artt. [52 e 62 TFUE] solo se è conforme ai diritti fondamentali di cui la Corte garantisce il rispetto"²²³. Con la sentenza *ERT*, la Corte poneva, dunque, un limite alla possibilità per gli Stati di invocare una giustificazione per una restrizione ad una libertà fondamentale: una normativa nazionale diretta alla tutela di interessi dello Stato, tale da comportare una restrizione ad una delle libertà comunitarie, infatti, può essere compatibile con il diritto dell'Unione solo se garantisce il rispetto dei diritti fondamentali comunitari. Il diritto nazionale può, dunque, prevedere delle deroghe alle libertà fondamentali, nel rispetto del Trattato e del principio di proporzionalità, ma tale potere degli Stati incontra il limite del livello comunitario di tutela dei diritti fondamentali. La Corte, inoltre, dichiarandosi competente a verificare il rispetto di questo limite, assolveva il proprio compito di vegliare a che nella Comunità non siano consentite misure incompatibili con il rispetto dei diritti fondamentali²²⁴ e ampliava allo stesso tempo la propria giurisdizione in relazione al controllo della normativa statale.

La tutela dei diritti fondamentali, inoltre, si poneva nella stessa linea della tutela del mercato unico: limitando, infatti, il potere di derogare alle libertà di circolazione in ragione della tutela dei diritti fondamentali comunitari, si tutela allo stesso tempo la piena realizzazione del mercato unico. In questo caso (a differenza di quelli che verranno commentati successivamente) non si ha un bilanciamento tra diritti fondamentali e libertà comunitarie per determinare a quale prerogativa accordare la preferenza, ma questi elementi si collocano sullo stesso piano in contrapposizione ad altri interessi statali idonei a giustificare una restrizione alle libertà fondamentali del Trattato. Anche in questo caso, tuttavia, è possibile osservare un'analisi della Corte volta al contemperamento delle diverse esigenze ed al ricomponimento delle tensioni contrastanti presenti nella Comunità. La Corte integra l'opera del legislatore ponendo la necessità di tutela dei diritti fondamentali comunitari

²²³ Cfr. Sent. *ERT*, cit., punto 43.

²²⁴ Cfr. Sent. *ERT*, cit., punto 41.

ove il Trattato consente lo spazio per il legislatore nazionale per adottare una normativa in deroga alle libertà comunitarie. In questo modo, nei casi in cui il legislatore comunitario sancisce che nel bilanciamento tra la tutela del mercato e altri interessi nazionali è necessario accordare la prevalenza a questi ultimi, la Corte inserisce un ulteriore elemento, ovvero la tutela dei diritti fondamentali così come concepiti nell'ordinamento comunitario.

È interessante notare che la Corte effettua questa precisazione nelle ultime battute della sentenza, a proposito di un'altra domanda di interpretazione del giudice nazionale. Quest'ultimo aveva, infatti, chiesto alla Corte se il monopolio dei servizi televisivi fosse in contrasto con l'articolo 10 della CEDU. La Corte, secondo lo schema spesso utilizzato nelle pronunce in tema di diritti fondamentali, ricordava innanzitutto che i diritti fondamentali fanno parte integrante dei principi generali del diritto di cui la Corte garantisce l'osservanza e l'importanza delle tradizioni costituzionali e dei trattati internazionali, tra cui spicca la CEDU, quale fonte di ispirazione. Tuttavia, la Corte precisava che non rientra nella propria competenza la verifica circa la compatibilità con la CEDU di una normativa nazionale al di fuori dell'ambito di applicazione del diritto comunitario. Al contrario, veniva sottolineato che allorché una normativa nazionale risulta in applicazione del diritto comunitario, la Corte, adita in via pregiudiziale, deve fornire tutti gli elementi d'interpretazione necessari alla valutazione da parte del giudice nazionale della conformità di tale normativa con i principi generali del diritto ed in particolare i diritti fondamentali. E' a questo punto che la Corte esprime la necessità di tutela dei diritti fondamentali sopra descritta nell'ambito delle deroghe alle libertà di circolazione. Sembra quasi che il richiamo alla CEDU effettuato dal giudice nazionale abbia ricordato alla Corte la necessità di assicurare il rispetto del livello comunitario di tutela dei diritti fondamentali. Tale compito deve essere effettuato dal giudice nazionale con l'intervento solo eventuale della Corte, secondo la tradizionale collaborazione giudiziaria europea²²⁵.

Il principio espresso nella sentenza *ERT* è stato poi ripreso dalla giurisprudenza successiva²²⁶, confermando la volontà di assicurare una tutela dei diritti fondamentali senza lacune nell'ordinamento comunitario. I diritti fondamentali tutelati in questa pronuncia sono i “diritti fondamentali comunitari”, ovvero quelli riconosciuti come tali nell'ordinamento comunitario e con le caratteristiche assunte in quest'ultimo.

²²⁵ Sent. *ERT* cit., punto 44.

²²⁶ Cfr. ad esempio Corte giust., 26 giugno 1997, causa C-368/95, *Familiapress*, in Racc. p. I-3689 e recentemente Corte giust., 25 gennaio 2007, causa C-370/05, *Festersen*, in Racc. p. I-1129.

Al caso *ERT* è interessante accostare l'esame della sentenza *Schmidberger*²²⁷ per illustrare un significativo cambiamento della considerazione dei diritti fondamentali e del relativo livello di tutela. Si tratta di due pronunce relative a due libertà fondamentali diverse, quella di prestazione di servizi in un caso e quella di circolazione delle merci nell'altro: tuttavia, ciò non toglie la possibilità di analizzare i principi emersi in tali pronunce al fine della ricostruzione di un discorso generale sul rapporto tra diritti fondamentali e libertà comunitarie. *Schmidberger*, inoltre, costituisce il primo caso di vero e proprio bilanciamento tra questi diversi elementi.

La pronuncia *Schmidberger* trae origine da un rinvio pregiudiziale effettuato dall' Oberlandsgericht di Innsbruck nell'ambito di una controversia che opponeva la Schmidberger Internationale Transporte und Planzüge, società di trasporti autostradali, allo Stato austriaco. L'Austria, infatti, al fine di consentire lo svolgimento di una manifestazione ambientalista, aveva ordinato la chiusura di un tratto dell'autostrada del Brennero. La *Schmidberger*, ritenendo di aver subito un pregiudizio per la propria attività, agiva in giudizio per ottenere il risarcimento dei danni. In primo grado la domanda veniva respinta. Nell'ambito del giudizio d'appello, il giudice richiedeva l'interpretazione della Corte di giustizia al fine di stabilire se il blocco totale dell'autostrada costituisse un ostacolo incompatibile con la libera circolazione delle merci e se questo potesse essere considerato come fonte di responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione europea.

La Corte attestava innanzitutto che il mancato divieto da parte delle autorità statali di una manifestazione comportante il blocco di una via di comunicazione importante, quale l'autostrada del Brennero, costituiva un comportamento tale da limitare il commercio intracomunitario delle merci e doveva pertanto essere considerato come una misura di effetto equivalente a restrizioni quantitative, incompatibile con il Trattato²²⁸. Gli articoli 36 e 40

²²⁷ Corte giust., 12 giugno 2003, *Schmidberger*, causa C-112/00, in Racc. p. I-5659. Tale accostamento, nell'ambito di analisi diverse, si ritrova già nelle opere di A. ALEMANNI, *À la recherche d'un juste équilibre entre liberté fondamentales et droits fondamentaux dans le cadre du marché intérieur*, in *RDE*, 2004, pp. 709-751; A. BIONDI, *Free trade, a mountain road and the right to protest: European economic freedoms and fundamental individual rights*, in *EHRL Rev.*, 2004, pp. 51-61; 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. 563-591 oltre che nelle stesse conclusioni della sentenza *Schmidberger* dell'avvocato generale Jacobs.

²²⁸ Sent. *Schmidberger* cit., punto 64.

TFUE (già art. 28 e 30 CE) impongono, infatti, agli Stati non solo di non adottare direttamente atti o comportamenti tali da costituire un ostacolo agli scambi "ma anche, in combinato disposto con l'articolo 5 del Trattato [TUE], di adottare qualsiasi provvedimento necessario e adeguato per garantire sul loro territorio il rispetto di detta libertà fondamentale"²²⁹. La prima considerazione è, dunque, per la libertà di circolazione, che appare come il primo obiettivo di tutela della Corte, la quale rileva immediatamente la restrizione.

Una volta qualificata la misura nazionale come restrittiva, l'esame della Corte proseguiva poi nel senso di valutare la possibilità di una giustificazione a tale restrizione. Il primo passo è l'analisi dell'obiettivo della misura statale considerata restrittiva. La Corte considerava innanzitutto che, a tal fine, occorreva tenere conto dell'obiettivo perseguito dalle autorità austriache al contrario di quanto suggerito dal giudice, il quale aveva chiesto se l'obiettivo della manifestazione non fosse tale da "prevalere sugli obblighi derivanti dal diritto comunitario in materia di libera circolazione delle merci"²³⁰. Se la Corte avesse preso in considerazione gli obiettivi della manifestazione si sarebbe trattato di un bilanciamento tra interessi di altro tipo, in quanto questa era diretta alla tutela dell'ambiente e della sanità pubblica. Poiché tuttavia è in discussione la legittimità della misura statale, la Corte si limita all'analisi dell'obiettivo delle autorità statali²³¹.

La Corte considerava che l'obiettivo perseguito dalle autorità austriache era la tutela di diritti fondamentali garantiti dalla CEDU e dalla Costituzione nazionale, ovvero la libertà di espressione e di riunione dei manifestanti. Secondo quanto è stato sancito dalla giurisprudenza precedente, "poiché il rispetto dei diritti fondamentali si impone [...] sia alla Comunità che agli Stati membri, la tutela di tali diritti rappresenta un legittimo interesse che giustifica, in linea di principio, una limitazione degli obblighi imposti dal diritto comunitario, ancorché derivanti da una libertà fondamentale garantita

²²⁹ Sent. *Schmidberger* cit., punto 59.

²³⁰ Sent. *Schmidberger* cit., punto 65.

²³¹ In dottrina tale limitazione della analisi della Corte è stata criticata, in quanto per stabilire la responsabilità dello Stato da un punto di vista della tutela dei diritti fondamentali, sarebbe stato più preciso tenere conto anche degli obiettivi della manifestazione. Diversa è infatti l'autorizzazione di una manifestazione che proclama idee naziste da una manifestazione a tutela dell'ambiente. Cfr in proposito J. MORIJN, *Balancing fundamental rights and common market freedoms in Union law: Schmidberger and Omega in the light of the European Constitution*, in *European Law Journal*, vol. 12, n.1 gennaio 2006, pp. 15-40, il quale suggerisce che una previa valutazione del margine di apprezzamento garantito allo Stato nell'ambito della tutela di un diritto della CEDU sarebbe necessaria per assicurare che la Corte non lasci allo Stato uno spazio di azione maggiore nella restrizione di un diritto fondamentale rispetto a quanto effettuato dalla Corte di Strasburgo.

dal Trattato, quale la libera circolazione delle merci²³². Secondo la ricostruzione del giudice comunitario, i diritti fondamentali rilevanti nel caso di specie non sono prerogative assolute della persona, ma devono essere considerati alla luce della loro funzione sociale²³³ e, dunque, possono essere soggetti a restrizioni. E' interessante notare che a sostegno di tale affermazione, la Corte cita la propria giurisprudenza insieme a quella della Corte europea dei diritti dell'uomo, in cui sono stati messi in luce i limiti di tali diritti. Al tempo stesso, tuttavia, anche la libera circolazione delle merci, pur rappresentando "uno dei *principi fondamentali* [corsivo aggiunto] nel sistema del Trattato"²³⁴, può essere soggetta a restrizioni.

Di conseguenza, la Corte disponeva che "occorre effettuare un bilanciamento tra gli interessi di cui si tratta ed accertare, con riferimento a tutte le circostanze di ciascuna fattispecie, se sia stato osservato un giusto equilibrio tra tali interessi". La Corte esplicita, dunque, la necessità di effettuare tale operazione in assenza di un'indicazione normativa sulle priorità da accordare all'una o all'altra prerogativa. Essa riconosceva in proposito che le autorità nazionali sono meglio localizzate per svolgere questo compito e sanciva, quindi, che esse dispongono in materia di un ampio potere discrezionale, nel rispetto del principio di proporzionalità²³⁵. La Corte si inserisce in tale operazione verificando la proporzionalità della misura nazionale, nell'ambito della cooperazione giurisdizionale tipica del sistema comunitario e volta alla tutela dell'ordinamento stesso della Comunità in armonia con le esigenze nazionali.

La Corte procedeva, dunque, ad analizzare le circostanze del caso di specie e considerava che il blocco dell'autostrada aveva interessato un solo itinerario, in un'unica occasione e per un totale di 30 ore. Le autorità statali, inoltre, avevano adottato varie misure di accompagnamento e di assistenza per limitare le perturbazioni del traffico. La Corte concludeva quindi che "tenuto conto dell'ampio potere discrezionale che deve essere riconosciuto alle autorità nazionali in questa materia, queste ultime hanno ragionevolmente potuto ritenere che l'obiettivo legittimamente perseguito da tale manifestazione non potesse essere raggiunto, nel caso di specie, mediante misure meno restrittive degli scambi intracomunitari"²³⁶.

²³² Sent. *Schmidberger* cit., punto 74.

²³³ Sent. *Schmidberger* cit., punto 79.

²³⁴ Sent. *Schmidberger* cit., punto 78.

²³⁵ Sent. *Schmidberger* cit., punto 81.

²³⁶ Sent. *Schmidberger* cit., punto 93.

Nel conflitto tra libertà di circolazione e diritti fondamentali, la Corte ha riconosciuto la prevalenza di questi ultimi, secondo il bilanciamento effettuato dalle autorità nazionali. Occorre evidenziare, inoltre, che rispetto al caso *ERT* si tratta dei diritti fondamentali così come riconosciuti al livello nazionale, ovvero secondo la concezione propria di un determinato Stato e non dei diritti fondamentali comunitari.

Ciò che occorre sottolineare ai fini della presente analisi è che la Corte in questo caso considerava quale motivo di giustificazione alle restrizioni la tutela dei diritti fondamentali, senza ricondurre tale giustificazione all'art. 36 TFUE (già art. 30) o alle esigenze imperative, secondo la sentenza *Cassis de Dijon*. La Corte dunque, come rilevato dalla dottrina²³⁷, con questa pronuncia creava una categoria autonoma di giustificazione alle restrizioni per i diritti fondamentali.

L'avvocato generale Jacobs nella sua analisi indica che il caso *Schmidberger* è "il primo in cui uno Stato membro ha invocato la necessità di tutelare diritti fondamentali per giustificare la restrizione ad una delle libertà fondamentali del Trattato"²³⁸. Egli sottolinea, infatti, come le restrizioni siano state invocate sostanzialmente per tutelare più ampi obiettivi di interesse generale, quali ad esempio la salute pubblica o la tutela del consumatore. Secondo la sua analisi, tuttavia, "si può presumere che simili casi si presenteranno più frequentemente in futuro: molti dei motivi a giustificazione attualmente riconosciuti dalla Corte si potrebbero anche formulare come basati su considerazioni attinenti ai diritti fondamentali"²³⁹. L'analisi che seguirà dimostrerà che la giurisprudenza della Corte ha confermato tale previsione dell'avvocato generale.

Nelle sue conclusioni, Jacobs ha suggerito la strada che è stata poi seguita dalla Corte, ovvero la qualificazione diretta della misura statale come restrittiva ai sensi dell'art. 34 TFUE (già art. 28 CE) e la sua giustificazione in ragione della tutela dei diritti fondamentali nel rispetto del principio di proporzionalità. È interessante soffermarsi sulla considerazione della condivisione dell'obiettivo di tutela da parte dell'ordinamento nazionale e comunitario. Per considerare la restrizione giustificata, occorre, infatti, che il diritto fondamentale invocato dallo Stato sia riconosciuto come altrettanto

²³⁷ Cfr. la ricostruzione di ALEMANNI, *À la recherche d'un juste équilibre entre liberté fondamentales et droits fondamentaux dans le cadre du marché intérieur* cit. p. 735 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>.

²³⁸ Conclusioni dell'avvocato generale Jacobs in *Schmidberger* cit., dell'11 luglio 2002, in Racc. p., punto 89.

²³⁹ Conclusioni dell'avvocato generale Jacobs cit., punto 89.

rilevante nell'ordinamento comunitario. Egli sottolinea che “malgrado si possa rinvenire nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo un consenso di fondo riguardo al nucleo di diritti che vanno considerati come fondamentali, esistono numerose divergenze fra le categorie dei diritti fondamentali degli Stati membri, che sovente sono il riflesso della storia e della particolare cultura politica di un determinato Stato”²⁴⁰. Di conseguenza, è possibile che uno Stato membro il quale invochi la necessità di tutelare un diritto fondamentale secondo il proprio diritto nazionale, persegua al tempo stesso un obiettivo contrastante con il diritto comunitario. Il ruolo di controllo della Corte di giustizia appare, dunque, necessario al fine di garantire l'armonico coordinamento dell'esigenza di tutela dei diritti fondamentali nazionali con la preservazione dei valori e interessi comunitari. Il controllo della Corte risulta, infine, fondamentale per la verifica circa la proporzionalità della misura: tale compito viene svolto in maniera coordinata con il giudice nazionale, il quale normalmente dispone di maggiori informazioni circa gli elementi di fatto del caso di specie e può effettuare il bilanciamento dei vari interessi in gioco con maggiore cognizione di causa.

È interessante, infine, ricordare il riflesso della sentenza pregiudiziale della Corte sul giudizio nazionale. A seguito della pronuncia della Corte, l'Oberlandesgericht Innsbruck ha respinto la domanda di risarcimento del danno avanzata dalla Schmidberger²⁴¹. Il bilanciamento effettuato dalla Corte di giustizia è stato, dunque, determinante per la risoluzione del conflitto che si era posto dinanzi al giudice nazionale. La cooperazione giudiziaria che si realizza mediante il rinvio pregiudiziale ha spiegato in questo caso tutta la sua efficacia.

3. Il riconoscimento del pluralismo delle concezioni dei diritti fondamentali: i casi *Omega* e *Dynamic Medien*

Un altro caso di bilanciamento tra libertà comunitarie e diritti fondamentali si è posto nel caso *Omega*²⁴², giunto di fronte alla Corte di giustizia poco tempo dopo *Schmidberger*: questa volta il conflitto era tra la libera prestazione di servizi e la tutela della dignità umana. Le autorità tedesche avevano vietato l'attività di una piattaforma di giochi virtuali in cui erano simulati atti di omicidio, invocando la difesa della dignità umana quale

²⁴⁰ Conclusioni dell'AG Jacobs cit., punto 97.

²⁴¹ Oberlandesgericht Innsbruck, Urteil vom 30/07/2003, Dossier QP/04164- PI.

²⁴² Corte giust., 14 ottobre 2004, causa C-36/02, *Omega*, in *Racc.* p. I-9609.

valore costituzionalmente garantito. La società tedesca Omega, titolare di tale attività, aveva impugnato il divieto presso la Bezirksregierung (l'autorità amministrativa locale) di Colonia, senza ottenerne l'annullamento. In seguito, essa aveva proposto un ricorso in sede contenziosa presso il Verwaltungsgericht Köln, il quale lo aveva ugualmente respinto. Anche l'appello contro tale provvedimento proposto presso l'Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen veniva ugualmente respinto. Di conseguenza la società Omega ricorreva in cassazione dinanzi al Bundesverwaltungsgericht. A sostegno del suo ricorso Omega faceva valere che il divieto all'esercizio del laserdromo opposto dalle autorità tedesche avrebbe comportato una restrizione alla libera prestazione dei servizi all'interno dell'Unione, in quanto l'attrezzatura e altri strumenti tecnici sarebbero stati forniti da una società inglese, la Pulsar International Ltd.

La Corte di cassazione tedesca richiedeva, quindi, l'intervento della Corte di giustizia per determinare se il divieto riguardante un'attività economica per ragioni di tutela dei valori fondamentali sanciti dalla Costituzione nazionale fosse incompatibile con il diritto dell'Unione europea. Inoltre, il giudice tedesco richiedeva se la facoltà di cui dispongono gli Stati membri di limitare per tali ragioni la libertà di prestazione di servizi e di circolazione delle merci fosse subordinata alla condizione per cui tale restrizione deve essere basata su una concezione del diritto comune a tutti gli Stati membri.

La Corte determinava, innanzitutto, l'ambito della propria analisi in quanto “qualora un provvedimento nazionale incida sia sulla libera prestazione dei servizi sia sulla libera circolazione delle merci, la Corte procede al suo esame, in linea di principio, solamente con riguardo ad una delle due dette libertà fondamentali qualora risulti che, alla luce delle circostanze della specie, una delle due sia del tutto secondaria rispetto all'altra e possa essere a questa ricollegata”²⁴³. Nel caso di specie, la Corte riteneva prevalente la libera prestazione di servizi, in quanto il divieto delle autorità tedesche avrebbe sostanzialmente inciso sull'attività dell'Omega vietandole di gestire la propria piattaforma di giochi virtuali secondo il modello di gioco sviluppato dalla Pulsar e commercializzato legalmente da quest'ultima nel Regno Unito. Sulla base di questa considerazione, la Corte riconosceva, dunque, la sussistenza di una restrizione alla libertà di prestazione di servizi. L'analisi proseguiva, quindi, con la valutazione di un'eventuale giustificazione. A proposito del conflitto del caso di specie, la

²⁴³ Sent. *Omega* cit., punto 26.

Corte, come in *Schmidberger*, lasciava spazio al bilanciamento effettuato dalle autorità nazionali: queste ultime, come indicato dal giudice del rinvio, avevano ritenuto che il divieto di sfruttamento commerciale di giochi che implicano la simulazione di atti di omicidio fosse dettato da esigenze di tutela della dignità umana, secondo quanto previsto dalla Costituzione tedesca. L'obiettivo perseguito dalle autorità nazionali era dunque la tutela della dignità umana: come rilevato dalla Corte, anche l'ordinamento comunitario è diretto ad assicurare un tale valore quale principio generale del diritto. Vi è, però, tra i due ordinamenti una certa differenza, in quanto nella Costituzione tedesca tale valore è racchiuso in una norma specifica quale diritto fondamentale degli individui. Secondo la Corte, tuttavia, "non vi sono dunque dubbi che l'obiettivo di tutelare la dignità umana è compatibile con il diritto comunitario, non essendo rilevante a tale proposito che, in Germania, il principio del rispetto della dignità umana benefici di uno status particolare in quanto diritto fondamentale autonomo"²⁴⁴. Posto che l'obiettivo di tutela dell'ordinamento nazionale è condiviso dall'ordinamento comunitario, la misura è in linea di principio giustificata: come sancito in *Schmidberger*, infatti, "poiché il rispetto dei diritti fondamentali si impone, in tal modo, sia alla Comunità sia ai suoi Stati membri, la tutela di tali diritti rappresenta un legittimo interesse che giustifica, in linea di principio, una limitazione degli obblighi imposti dal diritto comunitario, ancorché derivanti da una libertà fondamentale garantita dal Trattato quale la libera prestazione di servizi"²⁴⁵. Occorre rilevare che a differenza di quanto sancito nella sentenza *Schmidberger*, la Corte non considera la tutela dei diritti fondamentali come un'autonoma causa di giustificazione, ma fa riferimento all'ordine pubblico, secondo quanto previsto dal Trattato all'art. 52 TFUE. Indubbiamente questo conferisce minore enfasi allo spazio della tutela dei diritti fondamentali, pur traducendosi nella pratica in un risultato analogo. La Corte, inoltre, anche in questo condivide la ricostruzione delle autorità nazionali, in quanto il provvedimento di divieto era stato giustificato sulla considerazione che una tale attività costituisce un pericolo per l'ordine pubblico. Poiché le circostanze che potrebbero giustificare il richiamo alla nozione di ordine pubblico possono variare da un paese all'altro e da un'epoca all'altra, è necessario lasciare alle autorità nazionali "un certo potere discrezionale entro i limiti imposti dal Trattato"²⁴⁶. Le misure restrittive possono infatti essere giustificate da motivi connessi all'ordine pubblico solo ove risultino

²⁴⁴ Sent. *Omega* cit., punto 34.

²⁴⁵ Sent. *Omega* cit., punto 35.

²⁴⁶ Sent. *Omega* cit., punto 31.

necessarie ai fini della tutela degli interessi che mirano a garantire e solo a condizione che tali obiettivi non possano essere conseguiti con provvedimenti meno restrittivi”²⁴⁷.

A proposito della verifica della adeguatezza e della proporzionalità della misura, la sentenza *Omega* aggiunge, tuttavia, una precisazione importante rispetto al precedente, come correttamente rilevato in dottrina²⁴⁸. Il giudice del rinvio aveva chiesto, infatti, se la facoltà di cui dispongono gli Stati membri di limitare le libertà comunitarie per ragioni di tutela dei diritti fondamentali fosse subordinata alla condizione che tale restrizione si basi su una concezione del diritto comune a tutti gli Stati membri, come sembrerebbe essere stato indicato dalla Corte nella sentenza *Schindler*²⁴⁹. In tale pronuncia la Corte, nel valutare una misura restrittiva della libertà di prestazione dei servizi in ragione dell’ordine sociale, aveva fatto genericamente riferimento alle “considerazioni di ordine morale, religioso o culturale che inducono gli Stati membri ad assoggettare l’organizzazione di lotterie e giochi d’azzardo a restrizioni”²⁵⁰. Nella presente pronuncia la Corte spiega il proprio metodo di valutazione circa la compatibilità delle misure restrittive affermando che con tale riferimento ad una concezione comune in merito alla moralità dei giochi d’azzardo, non intendeva “formulare un criterio generale per valutare la proporzionalità di ogni misura nazionale che limita l’esercizio di un’attività economica”. Di conseguenza, affinché la giustificazione sia compatibile con il diritto comunitario, non è necessario che “una misura restrittiva emanata dalle autorità di uno Stato membro corrisponda ad una concezione condivisa da tutti gli Stati membri relativamente alle modalità di tutela del diritto fondamentale o dell’interesse legittimo in causa”²⁵¹. Non vi è, dunque, la necessità di condurre una ricerca comparatista circa il contenuto del medesimo diritto negli altri Stati membri. Tale pronuncia rappresenta, quindi, un riconoscimento delle peculiarità dei livelli di tutela dei diritti fondamentali nazionali, nonché del pluralismo delle diverse concezioni in Europa.

La Corte accetta, dunque, di bilanciare le libertà comunitarie con i diritti fondamentali nazionali secondo le specificità dei loro ordinamenti, ove questi abbiano un obiettivo di tutela condiviso anche dall’ordinamento comunitario. In conclusione la Corte considera che “secondo il giudice del rinvio il divieto

²⁴⁷ Sent. *Omega* cit., punto 36.

²⁴⁸ Cfr. POLLICINO, *Corti europee e allargamento dell’Europa: evoluzioni giurisprudenziali e riflessi ordinamentali*, cit. p.31.

²⁴⁹ Corte giust., 24 marzo 1994, *Schindler*, causa C-275/92, in Racc. p. I-1039.

²⁵⁰ Sent. *Omega* cit., punto 37.

²⁵¹ Sent. *Omega* cit., punto 37.

di sfruttamento commerciale di giochi che comportano la simulazione di atti di violenza contro persone, in particolare la simulazione di omicidi, corrisponde al livello di tutela della dignità umana che la Costituzione nazionale ha inteso assicurare sul territorio della Repubblica federale di Germania” e che “vietando unicamente la variante del gioco laser finalizzata a colpire bersagli umani e dunque a «giocare ad uccidere», il provvedimento controverso non ha ecceduto quanto necessario per conseguire l’obiettivo perseguito dalle autorità nazionali competenti”²⁵².

Anche questa sentenza, come *Schmidberger*, mostra che di fronte al conflitto tra libertà comunitarie e diritti fondamentali, il bilanciamento è effettuato dalla Corte in coordinamento con le autorità nazionali. Queste ultime sono le più indicate per svolgere tale operazione per quanto riguarda la tutela dei diritti fondamentali e altri interessi tra cui la tutela delle libertà di circolazione del mercato. In teoria un tale conflitto sarebbe potuto restare nei confini nazionali, senza il coinvolgimento della Corte di giustizia. In questo caso, come nel precedente, il giudice nazionale si è trovato a valutare la legittimità di una misura delle proprie autorità nazionali diretta alla tutela di un diritto fondamentale del proprio ordinamento ed in particolare la compatibilità con il mercato interno comunitario. In entrambi i casi, la tutela di un diritto nazionale si scontrava con l’esercizio di una libertà economica da parte di un’impresa che per tale motivo aveva subito un pregiudizio alla propria attività. Di fronte ad un tale conflitto il giudice nazionale chiede il conforto e i lumi della Corte. Quest’ultima, in entrambi i casi, svolge la propria analisi salvaguardando la competenza ed il potere di valutazione delle autorità nazionali, inserendosi solo per un vaglio della proporzionalità e del rispetto del diritto dell’Unione europea.

Recentemente vi è stata una pronuncia che ha confermato l’orientamento assunto dalla Corte di giustizia con le pronunce *Schmidberger* e *Omega*. Tale sentenza²⁵³ 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.

²⁵² Sent. *Omega* cit., punto 39.

²⁵³ Corte giust., 14 febbraio 2008, causa C- 244/06, *Dynamic Medien*, in *Racc.* p. I-505.

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 2002²⁵⁴. 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 Landgericht Koblenz si è, dunque, trovato a confrontare il divieto previsto dalla legge tedesca sulla tutela dei minori con il fondamentale principio della libera circolazione delle merci, di cui agli articoli 34 e 36 TFUE²⁵⁵ (già art. 28 e 30 CE), nonché con gli obblighi derivanti dalla direttiva 2000/31²⁵⁶. Per risolvere la questione, il giudice tedesco ha ritenuto opportuno chiedere lumi alla Corte di Lussemburgo.

Nella sua risposta, la Corte ha anzitutto proceduto ad una valutazione della predetta legge tedesca alla luce degli articoli 34 e 36 TFUE, escludendo per contro di dover svolgere la medesima valutazione alla luce della direttiva 2000/31. Ad avviso della Corte, invero, tale direttiva non rileva nella specie, perché essa non contiene norme relative alle merci in quanto tali, ma si limita a regolare taluni aspetti giuridici del commercio elettronico.

Ai fini dell'indicata analisi, la Corte è partita dalla verifica circa la natura del divieto di vendita contenuto nella normativa tedesca, chiedendosi se esso poteva essere considerato una misura di effetto equivalente ad una restrizione. La risposta, secondo il giudice dell'Unione europea, deve essere positiva. A differenza di quanto sostenuto inizialmente dall'avvocato generale²⁵⁷, la Corte, esclude, infatti, che la normativa in esame possa essere assimilata ad una modalità di vendita, conclusione che avrebbe giustificato,

²⁵⁴ BGBl 2002 I, p. 2730.

²⁵⁵ L' articolo 34 TFUE dispone che "Sono vietate tra gli Stati membri le restrizioni quantitative all'importazione nonché qualsiasi misura di effetto equivalente". A sua volta, l'articolo 36 TFUE 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."

²⁵⁶ 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 *G. U. C. E. L* 178, p. 1.

²⁵⁷ Cfr. Conclusioni dell'avvocato generale Mengozzi, 13 settembre 2007, sent. *Dynamic Medien* cit., in *Racc.* p. I-505, punto 64.

ai sensi della giurisprudenza *Keck e Mithouard*, l'opposta soluzione²⁵⁸. In effetti, imponendo una procedura nazionale di controllo e di classificazione dei supporti video ai fini della tutela dei minori, indipendentemente dal fatto che una procedura simile abbia già avuto luogo nello Stato membro di esportazione, la legge tedesca 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”²⁵⁹.

Posto, dunque, che la rilevante normativa nazionale costituisce una misura di effetto equivalente a restrizioni quantitative, ai sensi dell'art. 34 TFUE, la Corte, come di consueto in questi casi, passa all'esame della eventuale sussistenza di una giustificazione per tale misura restrittiva.

La Corte considera, innanzitutto, che la tutela dei minori assurge a valore fondamentale sia nell'ordinamento nazionale che in quello dell'Unione europea. Dopo aver constatato che la tutela del minore è sancita da svariati “atti internazionali ai quali gli Stati membri hanno cooperato o aderito”²⁶⁰, quali il Patto internazionale sui diritti civili e politici e la Convenzione sui diritti dell'infanzia, la Corte, a conferma della rilevanza comunitaria di tale valore, menziona l'art. 24 della Carta di Nizza²⁶¹ e ricorda che il diritto degli Stati membri di adottare i provvedimenti necessari in materia è riconosciuto anche da taluni atti di diritto comunitario derivato.

La Corte riconosce, dunque, che all'interno dell'ordinamento dell'Unione europea, la tutela dei minori è riconosciuta come “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”²⁶². In tal modo la Corte consente, quindi, che la restrizione alla libera circolazione delle merci possa essere giustificata direttamente in virtù della tutela offerta

²⁵⁸ Corte giust., 24 novembre 1993, cause riunite C-267/91 e C-268/91; Corte giust., *Keck e Mithouard*, in *Racc.* p. I-6097.

²⁵⁹ Sent. *Dynamic Medien* cit., punto 34.

²⁶⁰ Cfr. Sent. *Dynamic Medien*, punto 39.

²⁶¹ 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 *G. U. U. E.* C 303 del 14 dicembre 2007 p. 1. Il testo è reperibile in B. NASCIMBENE, *Unione europea, Trattati*, Torino, 2010. In dottrina (POLLICINO, *op.cit.*) è stato rilevato come nella sentenza in esame la Carta di Nizza costituisca l'unico strumento di diritto dell'Unione europea non derivato di riferimento per affermare il livello di protezione garantito in tale ordinamento. Si può leggere, dunque, tra le righe, un nuovo riconoscimento da parte della Corte del valore quanto meno ermeneutico e ricognitivo dei diritti fondamentali attribuito alla Carta, tuttora priva di valore giuridico vincolante, in mancanza dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona.

²⁶² Sent. *Dynamic Medien*, cit. punto 42.

ad un diritto fondamentale secondo il livello nazionale, senza richiamare i motivi previsti in proposito dal Trattato CE all'art. 36 TFUE. La Corte sceglie di non seguire la soluzione indicata dall'avvocato generale Mengozzi, il quale, per l'ipotesi in cui la Corte non accetti la qualificazione della misura come modalità di vendita, mantiene un approccio più tradizionale e riconduce la protezione dei minori tra le cause di giustificazione alle restrizioni di cui all'art. 36 TFUE. Egli, infatti, rileva che tale protezione, come sottolineato anche dalla Commissione, può rientrare nella difesa della moralità pubblica o dell'ordine pubblico ovvero nella tutela della salute delle persone²⁶³. In particolare, egli cita la giurisprudenza della Corte in cui si affermava che “spetta in linea di principio a ciascuno Stato membro determinare gli imperativi della moralità pubblica nell'ambito del proprio territorio in base alla propria scala di valori e nella forma da essa scelta” e che “le circostanze specifiche che potrebbero giustificare il richiamo alla nozione di ordine pubblico possono variare da un paese all'altro e da un'epoca all'altra”.²⁶⁴

Il ragionamento della Corte prosegue, poi, valorizzando le peculiarità del livello di tutela nazionale. La protezione dei minori, infatti, può avere un'intensità diversa a seconda degli Stati membri: la Corte afferma 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 un margine discrezionale certo”²⁶⁵.

Come affermato da Weiler, 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 libertà²⁶⁶. 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.

Nel caso di specie, la Corte riconosce la sussistenza di divergenze in tema di diritti e valori fondamentali tra i vari sistemi nazionali. La Corte specifica che il margine discrezionale degli Stati sussiste se si è in assenza di armonizzazione a livello dell'Unione europea, ovvero ove non vi sia stato un

²⁶³ Cfr. Conclusioni dell'avvocato generale Mengozzi, cit., punto 78.

²⁶⁴ Cfr. Conclusioni dell'avvocato generale Mengozzi cit., punto 81.

²⁶⁵ Cfr. Sent. *Dynamic Medien* cit., punto 44.

²⁶⁶ Cfr. J. H.H. WEILER, *Fundamental rights and fundamental boundaries: on standards and values in the protection of human rights*, in N. A. NEUWAHL, A. ROSAS, *The European Union and human rights*, L'Aja, 1995, nonché J. H.H. WEILER, *La Costituzione dell'Europa*, Bologna, 1999.

intervento delle istituzioni che abbia imposto uno standard comunitario alle diverse realtà nazionali. Di conseguenza, gli Stati conservano la libertà di scelta circa il livello e le modalità di tutela dei diritti fondamentali nazionali. Poiché, come sottolineato dall'avvocato generale²⁶⁷, il sistema di controllo dei supporti video, creato per consentire la tutela dei minori, è strutturato in relazione alla scala di valori del paese cui è destinata la diffusione degli stessi, un analogo controllo nel paese di provenienza può non essere considerato sufficiente a garantire il livello di protezione dei valori del paese destinatario.

A questo proposito la Corte, in continuità con quanto affermato nel caso *Omega*²⁶⁸, sancisce che “non è necessario che le misure restrittive emanate dalle autorità di uno Stato membro per tutelare i diritti del minore [...] corrispondano ad una concezione condivisa da tutti gli Stati membri rispetto al livello o alle modalità di tale tutela”²⁶⁹. La Corte, dunque, non richiede uno standard omogeneo di protezione per tutti gli Stati membri, ma si dichiara disposta a prendere in considerazione la specificità della tutela garantita da un singolo ordinamento. La salvaguardia del pluralismo delle concezioni dei diritti fondamentali degli Stati membri risulta, quindi, assicurata.

La Corte precisa poi che, per un pieno e armonico coordinamento del livello di tutela nazionale con quello dell'Unione europea, il potere discrezionale dello Stato nella scelta del livello e delle modalità di tutela di un diritto fondamentale deve essere esercitato nel rispetto degli obblighi derivanti dal diritto comunitario.

La Corte dispone che le misure nazionali debbano essere idonee a garantire la realizzazione dell'obiettivo di tutela, senza eccedere quanto necessario per il suo raggiungimento. Si tratta in sostanza del rispetto del principio di proporzionalità. Essa esamina secondo tali criteri la normativa tedesca e afferma che, alla luce degli elementi in causa, il divieto di commercializzazione in assenza dell'espletamento della procedura di controllo da parte delle autorità tedesche non eccede quanto necessario per raggiungere l'obiettivo perseguito dallo Stato membro interessato, ovvero la tutela dei minori. Per quanto concerne la proporzionalità della procedura di controllo in questione, la Corte rinvia al giudice nazionale per una verifica in concreto, fornendogli però i criteri per svolgere la propria valutazione. Secondo gli indici suggeriti dalla Corte e desunti dalla precedente giurisprudenza, la procedura deve essere facilmente accessibile, deve potersi

²⁶⁷ Conclusioni *Dynamic Medien* cit., punto 84.

²⁶⁸ Corte giust., 14 ottobre 2004, causa C-36/02, *Omega*, in *Racc.* p. I-9609.

²⁶⁹ Sent. *Dynamic Medien* cit., punto 44.

concludere in tempi ragionevoli e, in caso di esito negativo, il diniego deve poter formare oggetto di un ricorso esperibile in via giurisdizionale.

La verifica della compatibilità della misura è, dunque svolta in modo coordinato tra giudice comunitario e giudice nazionale, al fine di consentire la tutela del diritto nazionale nel rispetto dei principi comunitari, garantendo allo stesso tempo anche lo standard comunitario. È il giudice nazionale, infatti, l'autorità maggiormente qualificata per valutare la proporzionalità del sistema di protezione con riferimento agli obiettivi e al livello di tutela nazionale. In concreto il giudice tedesco, a seguito della sentenza della Corte di giustizia, ha accolto il ricorso della *Dynamic Medien* considerando che la restrizione alla libertà di circolazione prevista dalla legge nazionale poteva ritenuta giustificata e conforme ai principi di efficienza e proporzionalità, in relazione all'obiettivo perseguito²⁷⁰.

Dall'analisi che precede risulta che la sentenza *Dynamic Medien* si colloca in continuità con le pronunce *Schmidberger* e *Omega*: anche in questo caso, infatti, la Corte ritiene giustificata una restrizione alla libera circolazione delle merci in quanto finalizzata alla tutela di un diritto fondamentale, così come concepito nell'ordinamento nazionale; appare, inoltre, confermata l'esistenza di un'autonoma categoria di giustificazione alle restrizioni delle libertà fondamentali.

Con tale pronuncia si realizza, quindi, quanto preconizzato dall'avvocato generale Jacobs nelle conclusioni della sentenza *Schmidberger*, ovvero che la tutela dei diritti fondamentali sarà invocata sempre più frequentemente per giustificare la restrizione di una delle libertà fondamentali, in quanto "molti dei motivi a giustificazione [della restrizione alla libera circolazione delle merci] attualmente riconosciuti dalla Corte si potrebbero anche formulare come basati su considerazioni attinenti ai diritti fondamentali"²⁷¹.

Occorre, inoltre, rilevare che, a differenza di quanto avvenuto nei casi *Schmidberger* e *Omega*, nel caso di specie non si tratta di diritti fondamentali consacrati a livello costituzionale, ma mediante legge ordinaria²⁷²: si tratta, dunque, di un ulteriore ampliamento dello spazio per i diritti fondamentali nazionali nell'ordinamento comunitario, i quali possono prevalere sulle libertà economiche sancite dal Trattato. Non si può non sottolineare che una tale scelta a favore dei livelli nazionali di protezione dei diritti fondamentali

²⁷⁰ Landgericht Koblenz, Urteil vom 05/08/2008.

²⁷¹ Cfr. Conclusioni dell'avvocato generale Jacobs, 11 luglio 2002, sent. *Schmidberger* cit., in *Racc.* p. I- 5659.

²⁷² Cfr. POLLICINO, *Corti europee e allargamento dell'Europa: evoluzioni giurisprudenziali e riflessi ordinamentali*, cit. p. 31. L'Autore sottolinea che si tratta di "una normativa di livello formalmente ordinario, sebbene di contenuto materialmente costituzionale".

da parte della Corte elimina alla base il rischio di opposizione dei *controlimiti* da parte delle giurisdizioni degli Stati membri, preoccupate dall'imposizione di standard di tutela comunitari meno elevati di quelli nazionali²⁷³. In genere, quando la Corte esamina la compatibilità di una normativa, nazionale o comunitaria, oppure vaglia il comportamento di un'istituzione alla luce dei diritti fondamentali, si confronta con lo standard²⁷⁴ di tutela dell'Unione europea. Compito della Corte è, infatti, da sempre, quello di individuare tale standard, traendo ispirazione dalla CEDU, dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e dalle tradizioni costituzionali comuni²⁷⁵, ma elaborando il livello comunitario alla luce delle peculiarità dell'ordinamento dell'Unione europea. In questo caso la Corte ha, invece, lasciato spazio al livello di tutela nazionale, riconoscendo la diversità degli standard di ciascun ordinamento e consentendo ad essi di prevalere su una libertà fondamentale comunitaria.

La Corte, inoltre, consentendo che lo Stato di destinazione delle merci possa ritenere non adeguato al proprio standard di tutela il controllo operato da un altro Stato membro, strutturato su differenti valori e principi, riconosce ad esso un certo "margine discrezionale", utilizzando una nozione che riecheggia la terminologia ed i profili propri del sistema del Consiglio d'Europa.

Dall'esame della sentenza *Dynamic Medien*, inoltre, si può rilevare come il coordinamento dei diversi sistemi di tutela, i quali paiono avere sempre più confini "mobili" a seconda delle scelte politiche degli Stati e della Comunità, risulta affidato alla cooperazione giudiziaria, tra autorità nazionali e comunitarie. La Corte, indicando i criteri da seguire nella valutazione della proporzionalità, esercita un controllo ed una delimitazione dello spazio di tutela dei diritti nazionali in ambito dell'Unione europea, ma opera in

²⁷³ Su questo tema vedi l'analisi di TIZZANO, *Qualche riflessione sul contributo della Corte di giustizia allo sviluppo del sistema comunitario*, cit., p. 17 e POLLICINO, *Corti europee e allargamento dell'Europa: evoluzioni giurisprudenziali e riflessi ordinamentali*, cit. p. 33.

²⁷⁴ Cfr. tra le pronunce più famose in cui risulta evidente l'azione della Corte di ricostruzione dello standard comunitario: Corte giust., 17 dicembre 1970, causa 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, in *Racc.* p. 1125; Corte giust., 14 maggio 1974, causa 4/73, *J. Nold, Kohlen und Baustoffgroßhandlung c. Commissione*, in *Racc.* p. I- 491; Corte giust., 17 dicembre 1998, causa C-185/95 P, *Baustahlgewebe GmbH c. Commissione* in *Racc.* p. 8417.

²⁷⁵ La bibliografia sul tema è sconfinata: per una ricostruzione dell'evoluzione della tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario si veda, principalmente, R. ADAM, A. TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2008, p. 167 ss., C. CARLETTI, *I diritti fondamentali e l'Unione europea tra Carta di Nizza e Trattato Costituzione*, Milano 2005; F. TRIONE, *La tutela dei diritti fondamentali in ambito comunitario*, Napoli 2004; A. BULTRINI, *La pluralità dei meccanismi di tutela dei diritti dell'uomo in Europa*, Torino, 2004; S. LECLERC, J. AKANJI – KOMBÈ, M. REDOR, *L'Union européenne et les droits fondamentaux*, Bruxelles, 1999; J. RIDEAU, *L'Union Européenne et les droits de l'homme*, L'Aia, 1997.

collaborazione con il giudice nazionale, il quale è chiamato ad applicare tali criteri al caso di specie.

Occorrerà indubbiamente attendere gli ulteriori sviluppi della giurisprudenza per verificare il consolidamento dell'utilizzo di tale nuova categoria di giustificazione alle restrizioni, sia da parte della Corte che dei ricorrenti, come previsto dall'avvocato generale Jacobs.

4. Il bilanciamento tra diritti sociali fondamentali e libertà comunitarie

Un caso particolare di bilanciamento effettuato dalla Corte vede le libertà comunitarie da un lato e un particolare gruppo di diritti fondamentali, ovvero i diritti sociali, dall'altro.

Nel corso del mese di dicembre 2007 due sentenze della Corte di giustizia, a distanza di una settimana, hanno gettato luce sulla questione²⁷⁶. La prima pronuncia²⁷⁷ è relativa ad una controversia tra un operatore finlandese di servizi di traghetto tra Helsinki e Tallin, la Viking Line APB (di seguito, "Viking Line") e un sindacato finlandese, la Finnsk Seamen's Union (di seguito, "FSU"). La Viking Line progettava di cambiare la bandiera di uno dei propri traghetti, il Rosella, registrandolo in Estonia, in modo da sottrarsi all'applicazione del contratto collettivo finlandese per sostituirlo con quello estone, continuando a svolgere la propria attività in regime di prestazione di servizi. La FSU, sostenuta dalla International Transport Workers' Federation (di seguito, "ITF"), tentava di impedire tale trasferimento minacciando azioni di sciopero e di boicottaggio. La ITF, per appoggiare la FSU, emanava una circolare imponendo ai propri sindacati affiliati di non contrattare con la Viking Line. La FSU, inoltre, minacciava scioperi e ostacolava il rinnovo dell'accordo relativo all'equipaggio del Rosella. Dopo questa fase di tensioni tra la società e il sindacato, nell'agosto 2004, dopo l'ingresso dell'Estonia nell'Unione europea, la Viking Line si rivolgeva alla Commercial Court di Londra chiedendo un provvedimento di accertamento ed ingiunzione (declaratory and injunctive relief) per ottenere il ritiro della circolare da parte della ITF e per impedire alla FSU di interferire con il cambiamento di bandiera progettato. La Commercial Court accoglieva le richieste della Viking Line con sentenza del 16 giugno 2005. Tale provvedimento veniva impugnato dalla ITF e dalla FSU presso la Court of Appeal. Ritenendo che la causa sollevasse importanti questioni circa l'interpretazione del diritto dell'Unione europea, tale giurisdizione effettuava un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. In particolare, il giudice richiedeva alla Corte se azioni collettive come quelle della ITF rientrassero nell'ambito applicativo

²⁷⁶ Per un commento a tali sentenze vedi, *inter alia*, M. COLUCCI, *L'avenir de l'Union européenne entre libertés économiques et droits sociaux fondamentaux*, in *Revue de droit européen*, 1/09; U. WENDELING-SCHRÖDER, *Fundamental freedoms of the EC Treaty versus the fundamental social right to take collective action*, in E. ALES, T. JASPERS, P. LORBER, C. SACHS-DURAND, U. WENDELING-SCHRÖDER (a cura di), *Fundamental social rights in Europe: challenges and opportunities*, Antwerp-Oxford-Portland, 2009, pp. 25-36; N. REICH, *Fundamental freedoms v. fundamental rights: did Viking get it wrong?*, in *Europarättslig Tidskrift* 4/2008, pp. 851-873.

²⁷⁷ Corte giust., 11 dicembre 2007, *International Transport Workers' Federation, Finnish Seamen's Union (Viking Line)*, causa C-438/05 in Racc. p. I-10799.

dell'articolo 49 TFUE (già art. 43 CE) e dell'articolo 1, n. 1, del regolamento del Consiglio (CEE) n. 4055/86²⁷⁸ relativo all'applicazione del principio della libera prestazione di servizi ai trasporti marittimi tra Stati membri e paesi terzi, in ragione della politica sociale comunitaria. In secondo luogo, il giudice domandava alla Corte se tali disposizioni avessero un effetto diretto orizzontale, conferendo ad un'impresa privata diritti di cui la stessa possa avvalersi nei confronti di un sindacato o un'associazione di sindacati, in rapporto ad un'azione collettiva da parte degli stessi. Infine, se azioni come quella del caso di specie fossero qualificabili come una restrizione alla libera circolazione e, in caso affermativo, se le stesse potessero essere oggettivamente giustificate, adeguate e proporzionate, rappresentando il giusto mezzo per raggiungere l'equilibrio fra il diritto sociale fondamentale ad intraprendere un'azione collettiva e la libertà di stabilimento e di prestazione di servizi.

La Corte di giustizia esclude inizialmente la rilevanza della normativa contenuta nel regolamento 4055/86, il quale prevede l'applicazione del principio della libera prestazione di servizi ai trasporti marittimi, in quanto la questione relativa a quest'ultima libertà può porsi solo una volta avvenuto il cambiamento di bandiera del Rosella. Poiché tale cambiamento non era ancora avvenuto, la questione pregiudiziale è ipotetica per quanto riguarda la libera prestazione di servizi: la Corte procede, dunque, all'interpretazione dell'articolo 49 TFUE, relativo alla libertà di stabilimento²⁷⁹.

In secondo luogo, la Corte procede ad analizzare l'applicabilità dell'art. 49 TFUE ad azioni collettive come quelle del caso di specie.

E' interessante notare che i sindacati in causa e alcuni Stati membri sostenevano l'inapplicabilità dell'art. 49 TFUE alle azioni collettive del caso di specie, in ragione del fatto che il diritto di associazione, il diritto di sciopero e quello di serrata esulano dall'ambito di applicazione della libertà fondamentale di cui all'art. 49 TFUE, dal momento che, ai sensi dell'articolo 153, par. 5 TFUE, l'Unione non è competente a disciplinare tali atti. La FSU e la ITF sostenevano, inoltre, che l'applicazione delle norme sulla libera circolazione nell'ambito delle azioni collettive intraprese da un sindacato o da un'associazione di sindacati pregiudicherebbe il raggiungimento degli obiettivi della politica sociale comunitaria e contraddirebbe il carattere fondamentale del diritto di associazione e di sciopero.

²⁷⁸ Regolamento (CEE) n. 4055/86 del Consiglio del 22 dicembre 1986 che applica il principio della libera prestazione dei servizi ai trasporti marittimi tra Stati membri e tra Stati membri e paesi terzi, in GU L 378 del 31.12.1986, pagg. 1-3.

²⁷⁹ Sent. *Viking Line* cit., p. 30.

L'avvocato generale Poiares Maduro effettuava in proposito un'interessante riflessione che occorre qui ricordare, in quanto esplicita le premesse del bilanciamento effettuato dalla Corte nel caso di specie. Egli affermava, innanzitutto, che “le disposizioni sullo stabilimento e la libera prestazione di servizi non sono in alcun modo incompatibili con la tutela dei diritti fondamentali o con il perseguimento degli obiettivi di politica sociale della Comunità”²⁸⁰. Egli ricordava, quindi, che né la libertà di circolazione né il diritto di sciopero costituiscono prerogative assolute e sottolineava che l'inclusione nel Trattato di obiettivi di politica sociale e di realizzazione del mercato comune indicava l'intenzione della Comunità di perseguirli contemporaneamente. Di conseguenza, il fatto che una restrizione derivi dall'esercizio di un diritto fondamentale non vale ad escludere l'applicabilità delle norme sulla libera circolazione. A dimostrazione di tale affermazione, egli ricordava i casi *Schmidberger* e *Omega*, in cui la rilevanza nella fattispecie di un diritto fondamentale non è valsa a porre in discussione l'applicabilità delle norme sulla libera circolazione.

La Corte condivide in sostanza tale ricostruzione. Essa sancisce, innanzitutto, il carattere fondamentale del diritto di intraprendere un'azione collettiva e del diritto di sciopero, riconoscendo che essi si trovano consacrati in vari strumenti internazionali quali la Carta sociale europea, firmata a Torino il 18 ottobre 1961, richiamata dall'articolo 151 TFUE, e la convenzione n. 87 del 9 luglio 1948, relativa alla libertà sindacale e alla tutela del diritto sindacale adottata dall'Organizzazione internazionale del lavoro, nonché in strumenti elaborati dagli Stati membri a livello dell'Unione europea o nell'ambito dell'Unione europea, come la Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori, adottata in occasione della riunione del Consiglio europeo di Strasburgo del 9 dicembre 1989, anch'essa richiamata dall'articolo 151 TFUE, e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000²⁸¹. Tali diritti sono tuttavia sottoposti a dei limiti: la Corte ricorda in proposito l'articolo 28 della Carta di Nizza, il quale esplicita che tali diritti sono tutelati conformemente al diritto dell'Unione europea e alle legislazioni e prassi nazionali²⁸². Anche la Corte richiama a questo punto le sentenze *Schmidberger* e *Omega*, in cui veniva affermato che “la tutela dei diritti fondamentali rappresenta un legittimo interesse che giustifica, in linea di principio, una limitazione degli obblighi imposti dal diritto dell'Unione

²⁸⁰ Conclusioni, punto 23.

²⁸¹ Sent. *Viking Line* cit., p. 43.

²⁸² Sent. *Viking Line* cit., punto 44.

europea, ancorché derivanti da una libertà fondamentale garantita dal Trattato come la libera circolazione delle merci o la libera prestazione di servizi”²⁸³. Tuttavia, l’esercizio di diritti fondamentali non esclude l’applicazione delle norme sulla libera circolazione, ma deve essere con queste conciliato, in conformità al principio di proporzionalità²⁸⁴.

La Corte rifiuta anche gli altri argomenti contrari dei sindacati in causa e sancisce l’applicazione dell’articolo 49 TFUE al caso di specie. Essa ricorda in proposito che, secondo costante giurisprudenza, gli articoli 45 e 49 TFUE non disciplinano solo gli atti delle autorità pubbliche, ma si applicano anche alle normative di altra natura dirette a disciplinare collettivamente il lavoro subordinato, il lavoro autonomo e le prestazioni di servizi. Una limitazione dell’ambito di applicazione agli atti pubblici rischierebbe di creare ineguaglianze significative, dal momento che negli Stati membri le condizioni di lavoro sono disciplinate in genere sia mediante disposizioni legislative che mediante contratti collettivi e altri atti conclusi da privati²⁸⁵. Le azioni collettive del caso di specie devono essere considerate come inscindibilmente connesse al contratto collettivo di cui la FSU cerca di ottenere la sottoscrizione: di conseguenza, si deve pacificamente ritenere che esse rientrino nell’ambito applicativo dell’art. 49 TFUE.

Una volta stabilita l’applicazione dell’art. 49 TFUE, la Corte affronta la questione circa la sua applicabilità orizzontale, ovvero se esso conferisca ad un’impresa privata diritti opponibili ad un sindacato o ad un’associazione di sindacati e non soltanto alle autorità pubbliche. La Corte richiama in proposito la propria giurisprudenza in virtù della quale è stato sancito che l’abolizione tra Stati membri degli ostacoli alla libera circolazione delle persone e alla libera prestazione di servizi sarebbe compromessa “se l’eliminazione delle relative barriere di origine statale potesse essere neutralizzata da ostacoli derivanti dall’esercizio dell’autonomia giuridica di associazioni ed enti di natura non pubblicistica”²⁸⁶. La Corte ricorda, inoltre, che in altre pronunce è stato altresì affermato che la circostanza che determinate disposizioni si rivolgano formalmente agli Stati non esclude che ai singoli siano attribuiti diritti circa l’osservanza degli obblighi così precisati, nonché che il divieto di violare una libertà fondamentale prevista da una disposizione del Trattato di natura imperativa vale in particolare per tutte le convenzioni che disciplinano in modo collettivo il lavoro subordinato.

²⁸³ Sent. *Viking Line* cit., punto 45.

²⁸⁴ Sent. *Viking Line* cit., punto 46.

²⁸⁵ Sent. *Viking Line* cit., punto 36.

²⁸⁶ Sent. *Viking Line* cit., punto 57.

Nel caso di specie, la Corte ritiene che le stesse considerazioni debbano valere per l'articolo 49 TFUE e, dunque, esso deve essere interpretato nel senso che, in circostanze come quelle della causa principale, esso può essere direttamente invocato da un'impresa privata nei confronti di un sindacato o di un raggruppamento di sindacati.

Poste queste premesse, la Corte procede ad affrontare le questioni sostanziali sollevate dal giudice a quo, ovvero se le azioni collettive del caso di specie debbano essere considerate come restrizioni ai sensi dell'art. 49 TFUE.

È notevole l'analisi che svolge in proposito l'avvocato generale, il quale ricerca il punto di equilibrio tra il diritto alla libertà di stabilimento e quello all'azione collettiva. Secondo l'avvocato generale, "in linea di principio, una politica coordinata di azioni collettive tra sindacati costituisce un mezzo legittimo di tutela delle retribuzioni e delle condizioni di lavoro dei dipendenti marittimi. Tuttavia, un'azione collettiva che comporti una compartimentazione del mercato del lavoro e impedisca l'assunzione di marittimi provenienti da taluni Stati membri al fine di tutelare i posti di lavoro dei marittimi in altri Stati membri colpirebbe al cuore il principio di non discriminazione su cui si fonda il mercato comune"²⁸⁷. Egli, quindi, procede a distinguere gli obiettivi delle azioni collettive: esse, infatti, possono essere dirette al sostegno dei posti e delle condizioni di lavoro dell'attuale equipaggio oppure a migliorare la situazione dell'impiego dei marittimi a livello dell'Unione europea. Per quanto riguarda la prima ipotesi, egli considera che, poiché il diritto dell'Unione europea lascia agli Stati membri una certa discrezionalità in questo settore, spetta al giudice nazionale determinare se le azioni collettive in esame vadano al di là di ciò che il diritto nazionale considera legittimo per tutelare gli interessi dell'attuale equipaggio. Occorre, tuttavia, vegliare a che l'azione collettiva non sia invece finalizzata a impedire o a minacciare di impedire ad un'impresa stabilita in uno Stato membro di fornire legalmente i propri servizi in un altro Stato membro, perché questo costituirebbe una barriera al commercio. Per quanto riguarda le azioni dirette a promuovere un determinato livello di diritti per i lavoratori marittimi, l'avvocato generale sottolinea che in linea di principio si tratta di un ragionevole metodo per controbilanciare le azioni delle imprese che tentano di ridurre il costo del lavoro. Tuttavia, anche in questi casi, il giudice nazionale deve vegliare a che non vi siano abusi del diritto.

²⁸⁷ Conclusioni cit., punto 62.

La Corte risolve, invece, la questione in poche battute, considerando che le azioni collettive dei sindacati in causa hanno l'effetto di scoraggiare, se non addirittura vanificare, l'esercizio da parte della Viking Line della propria libertà di stabilimento. Di conseguenza, l'esame della Corte procede nella verifica circa la sussistenza di possibili giustificazioni a tale restrizione secondo il metodo abituale. La Corte ricorda che una restrizione può essere ammessa qualora persegua un obiettivo legittimo compatibile con il Trattato e sia giustificata da ragioni imperative di interesse generale. Occorre, inoltre, che sia idonea a garantire la realizzazione dell'obiettivo perseguito e non vada al di là di quanto necessario per conseguirlo.

La Corte considera, dunque, che “il diritto di intraprendere un'azione collettiva che ha come scopo la tutela dei lavoratori costituisce un legittimo interesse in grado di giustificare, in linea di principio, una restrizione a una delle libertà fondamentali garantite dal Trattato e che la tutela dei lavoratori rientra tra le ragioni imperative di interesse generale già riconosciute dalla Corte”²⁸⁸.

Al punto 78 della sentenza, la Corte richiama le disposizioni del Trattato che consacrano tra gli obiettivi dell'azione della Comunità la realizzazione del mercato interno e della politica sociale. Poiché, dunque, l'Unione ha una finalità economica ed al tempo stesso una sociale, tali obiettivi devono essere bilanciati. Detto bilanciamento deve, però, essere effettuato in cooperazione con il giudice nazionale. Occorre, infatti, verificare l'adeguatezza e la proporzionalità delle azioni intraprese dalla FSU per raggiungere l'obiettivo di tutela dei lavoratori. Da parte sua la Corte “chiamata a fornire al giudice nazionale una risposta utile, è competente a fornire indicazioni, ricavate dal fascicolo della causa principale nonché dalle osservazioni scritte e orali ad essa sottoposte, che consentano a tale giudice di pronunciarsi sulla concreta controversia ad esso sottoposta”²⁸⁹. Secondo la Corte le azioni collettive in causa sono adeguate, in quanto è pacifico che esse costituiscono “uno dei mezzi principali attraverso cui i sindacati tutelano gli interessi dei loro membri”²⁹⁰. Per quanto riguarda la proporzionalità, la Corte rinvia al giudice nazionale, il quale può meglio valutare se la FSU non disponeva di altri mezzi meno restrittivi della libertà di stabilimento e se questi siano stati previamente esperiti.

Tale pronuncia costituisce un interessante spunto di riflessione circa l'analisi effettuata dalla Corte a proposito del bilanciamento di libertà

²⁸⁸ Sent. *Viking Line* cit., punto 77.

²⁸⁹ Sent. *Viking Line* cit., punto 85.

²⁹⁰ Sent. *Viking Line* cit., punto 86.

comunitarie e diritti fondamentali. Se da un lato la Corte qualifica il diritto di intraprendere azioni collettive come fondamentale, dall'altro rispetto ai precedenti casi di analogo bilanciamento, effettua un'applicazione estensiva della libertà di stabilimento, sottoponendo ad un severo test di proporzionalità la possibilità di esercitare tale diritto. È interessante notare, innanzitutto, come in tale pronuncia la Corte abbia dovuto esplicitare qualcosa che in precedenti pronunce (*Schmidberger* e *Omega*) è stato dato per scontato, ovvero il fatto che l'esistenza di un diritto fondamentale non vale ad escludere l'applicazione delle norme relative alle libertà fondamentali. Tali prerogative devono essere bilanciate, in quanto la Comunità persegue gli obiettivi di tutela dei diritti fondamentali e del mercato contemporaneamente. Si può notare come anche in questo caso il bilanciamento viene effettuato a livello delle giustificazioni: la Corte qualifica le azioni collettive direttamente come ostative alla libertà di stabilimento della società e solo in un secondo momento verifica la possibilità di sussistenza di una giustificazione.

È interessante rilevare come in questa occasione la Corte avrebbe potuto confermare l'esistenza di un'autonoma categoria di giustificazione alle restrizioni a favore dei diritti fondamentali, secondo quanto sancito in *Schmidberger*. In gioco vi erano i diritti di sciopero, di associazione, di intraprendere un'azione collettiva: la Corte avrebbe potuto, quindi, dare rilievo a tali prerogative, considerando il perseguimento di tali diritti come sufficiente a giustificare una restrizione. Nel caso di specie, la Corte segue, tuttavia, un approccio tradizionale e riconduce la giustificazione alla tutela dei lavoratori quale esigenza imperativa. La Corte non considera il diritto di condurre un'azione collettiva in sé, ma in quanto finalizzato alla tutela dei lavoratori: la restrizione risulta quindi giustificata solo se il diritto viene esercitato in modo da raggiungere l'obiettivo perseguito. Sembrerebbe, dunque, che il bilanciamento penda a favore della libertà di stabilimento, in quanto per considerare giustificata la restrizione non è sufficiente la dimostrazione circa la tutela di un diritto fondamentale, ma è necessario che l'esercizio di tale diritto conduca ad un risultato ben preciso.

Una verifica così puntuale deve ovviamente essere svolta in collaborazione con il giudice nazionale, in quanto la Corte dispone unicamente degli elementi del fascicolo e quindi di un angolo di visuale limitato sulla fattispecie concreta.

Nel caso di specie, non vi è stata tuttavia l'occasione di sperimentare in concreto l'efficacia di tale cooperazione tra Corte e giudice nazionale nel bilanciamento dei diversi interessi, in quanto le parti hanno infine trovato una

soluzione transattiva²⁹¹ ed hanno posto così fine al trattamento giudiziale della vicenda. Di conseguenza non è dato di sapere se le azioni collettive in causa sono rispettose del principio di proporzionalità e, dunque, idonee a costituire una giustificazione alla libertà di stabilimento.

L'altra pronuncia²⁹² in materia trae origine da una controversia che vede contrapposte la *Laval un Partneri Ltd* (di seguito, "Laval"), società di diritto lettone, ad alcuni sindacati svedesi a proposito del trattamento di alcuni lavoratori lettoni distaccati in Svezia, in regime di libera prestazione di servizi. Tali sindacati pretendevano, infatti, che ai lavoratori lettoni distaccati fossero applicate le medesime condizioni retributive previste per i lavoratori svedesi e, a seguito delle resistenze della società lettone, avevano avviato delle azioni di protesta che ne avevano ostacolato l'attività. In risposta, la Laval aveva agito in giudizio per far accertare l'illiceità di tali azioni ed ottenerne la cessazione, nonché per conseguire il risarcimento dei danni. Il giudice a quo si rivolgeva quindi alla Corte di giustizia per sapere sostanzialmente se gli artt. 18 e 56 TFUE, oltre alla direttiva 96/71 relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi, ostino a che talune organizzazioni sindacali tentino, con un'azione collettiva, di indurre un'impresa straniera che distacca lavoratori in Svezia ad applicare un contratto collettivo svedese. Egli chiedeva inoltre se l'applicazione della legge svedese finalizzata alla lotta contro il dumping sociale (la lag om medbestämmande i arbetslivet, di seguito la "MBL") ai sensi della quale il prestatore di servizi non ha diritto di pretendere, nello Stato membro in cui svolge la propria prestazione, che siano tenuti in conto nell'ambito dell'autorizzazione di azioni collettive gli obblighi derivanti dai contratti collettivi cui è soggetto nel proprio Stato, fosse compatibile con gli artt. 56 e 57 TFUE o se invece avesse un contenuto discriminatorio.

La Corte esclude immediatamente il riferimento all'art. 18 TFUE, in quanto tale norma "tende ad applicarsi autonomamente solo nelle situazioni disciplinate dal diritto dell'Unione europea per le quali il Trattato non stabilisce norme specifiche di non discriminazione"²⁹³. Poiché per quanto riguarda la libera prestazione di servizi, tale principio è stato attuato e realizzato dall'art. 56 TFUE, questa deve essere la norma di riferimento. Occorre procedere alla risoluzione della questione pregiudiziale anche alla luce della direttiva 96/71, in quanto i fatti di causa si sono svolti dopo la scadenza del termine concesso agli Stati per la trasposizione di quest'ultima e

²⁹¹ Così riporta WENDELING-SCHRÖDER, cit.

²⁹² Corte giust., 18 dicembre 2007, *Laval un Partneri*, causa C-341/05, in Racc. p. I-11767.

²⁹³ Sent. *Laval* cit., punto 54.

occorre dunque tenere conto di tale normativa. Tale direttiva è stata adottata al fine di rendere prevedibili le condizioni di lavoro e di occupazione applicabili al rapporto di lavoro nel caso in cui un'impresa stabilita in un certo Stato membro distacchi temporaneamente dei lavoratori sul territorio di un altro Stato membro nell'ambito di una prestazione di servizi. Tra i fini della direttiva, come risulta dal tredicesimo considerando, vi è il coordinamento delle norme vincolanti ai fini della protezione minima cui deve attenersi nello Stato ospitante il datore di lavoro che distacca i dipendenti. Poiché però la direttiva non ha armonizzato il contenuto sostanziale delle norme vincolanti di protezione minima, tale contenuto può essere liberamente definito dagli Stati membri, nel rispetto del diritto dell'Unione europea.

L'art. 3, n. 1, primo comma, lett. c), della direttiva 96/71 dispone che gli Stati provvedono affinché le imprese in alcune materie particolari (quali ad esempio la durata minima delle ferie annuali, i minimi salariali ecc.) garantiscano ai lavoratori distaccati nel loro territorio le condizioni di lavoro e occupazione che nello Stato membro in cui è fornita la prestazione di lavoro sono fissate da contratti collettivi o da disposizioni legislative o regolamentari ai sensi dell'articolo 3, n. 8, della direttiva 96/71 e che costituiscono norme imperative di protezione minima. Tale disposizione ha lo scopo di garantire una leale concorrenza tra le imprese nazionali e quelle che svolgono una prestazione di servizi transnazionale, di modo che queste ultime non facciano una concorrenza sleale alle prime.

Secondo la Corte, tuttavia, tale articolo non può essere invocato nel caso di specie per subordinare la realizzazione di una prestazione di servizi sul suo territorio al rispetto di condizioni di lavoro e di occupazione che vadano al di là delle norme imperative di protezione minima. La direttiva prevede, infatti, all'articolo 3, n. 1, primo comma, lett. a)-g) un determinato livello di protezione al di là del quale lo Stato ospitante non può pretendere l'applicazione di un trattamento più favorevole. La Corte esclude anche che l'articolo 3, n. 7 della direttiva, il quale prevede che gli Stati applichino condizioni di lavoro e di occupazione più favorevoli di quelli previsti dalla direttiva, possa essere interpretato nel senso che esso consentirebbe allo Stato membro ospitante di subordinare la realizzazione di una prestazione di servizi sul suo territorio al rispetto di condizioni di lavoro e di occupazione che vadano al di là delle norme imperative di protezione minima. La direttiva pone infatti uno specifico livello di protezione per le materie descritte all'articolo 3, n. 1, primo comma, lett. a)-g), ma per il resto non impone altri obblighi di tutela.

Inoltre, poiché in Svezia i contratti collettivi non sono dichiarati di applicazione generale e detto Stato non si è avvalso delle possibilità offerte dall'articolo 3 n. 8, secondo comma, della direttiva ai sensi del quale, in mancanza di un sistema di dichiarazione di applicazione generale di contratti collettivi o arbitrati gli Stati possono avvalersi dei contratti collettivi applicabili in genere a tutte le imprese simili nell'ambito di applicazione territoriale e nella categoria professionale o industriale interessate e/o dei contratti collettivi conclusi dalle organizzazioni delle parti sociali più rappresentative sul piano nazionale e che sono applicati in tutto il territorio nazionale, la determinazione dei livelli retributivi delle imprese del settore edile è affidata alla trattativa caso per caso. Di conseguenza, lo Stato ospitante non ha il potere di imporre sulla base della direttiva in esame, ed in particolare sulla base dell'articolo 3, n.1, primo comma, lett. c), un obbligo a carico dei prestatori di servizi stranieri di riconoscere retribuzioni come quelle che tentano di imporre le associazioni sindacali svedesi che non sono retribuzioni minime.

La Corte passa, dunque, ad analizzare l'azione collettiva in esame nella causa principale alla luce dell'art. 56 TFUE.

Così come in *Viking Line*, i sindacati in causa sostengono che il diritto di intraprendere azioni collettive esula dall'ambito di applicazione dell'art. 56 TFUE, dal momento che ai sensi dell'articolo 153, n. 5, TFUE, l'Unione non è competente a disciplinare tale diritto. La Corte ripete, dunque, lo stesso ragionamento effettuato nella precedente pronuncia, riportando quasi letteralmente gli stessi passaggi della motivazione. Innanzitutto considera che, se nei settori che non rientrano nella competenza comunitaria gli Stati sono in linea di principio liberi di fissare le condizioni di esistenza dei diritti in questione e le modalità di esercizio degli stessi, rimane il fatto che gli Stati sono comunque tenuti a rispettare il diritto dell'Unione europea. Di conseguenza “il fatto che l'articolo 137 CE [ora art. 153 TFUE] non si applichi né al diritto di sciopero né a quello di serrata non fa sì che un'azione collettiva come quella in esame nella causa principale sia esclusa dal settore della libera prestazione di servizi”²⁹⁴. Sempre secondo quanto sancito in *Viking Line*, la Corte esplicita che il diritto di intraprendere un'azione collettiva è un diritto sociale fondamentale. La Corte rileva, infatti, che esso è riconosciuto sia da svariati strumenti internazionali, quali la Carta sociale europea, firmata a Torino il 18 ottobre 1961, richiamata dall'articolo 151 TFUE e la convenzione dell'Organizzazione internazionale del lavoro n. 87

²⁹⁴ Sent. *Laval*, punto 88.

del 9 luglio 1948, relativa alla libertà sindacale e alla tutela del diritto sindacale, sia da strumenti elaborati dagli Stati a livello dell'Unione europea o nell'ambito dell'Unione europea, come la Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori, adottata in occasione del Consiglio europeo di Strasburgo del 9 dicembre 1989, a sua volta ricordata dall'articolo 151 TFUE e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea²⁹⁵. Il fatto che il diritto di intraprendere un'azione collettiva sia riconosciuto come fondamentale, non elimina la possibilità che esso sia sottoposto a restrizioni.

Anche in questo caso la Corte richiama, dunque, la propria giurisprudenza in cui aveva affermato che “la tutela dei diritti fondamentali rappresenta un legittimo interesse che giustifica, in linea di principio, una limitazione degli obblighi imposti dal diritto dell'Unione europea, ancorché derivanti da una libertà fondamentale garantita dal Trattato, come la libera circolazione delle merci (v. sentenza 12 giugno 2003, causa C-112/00, *Schmidberger*, Racc. p. I-5659, punto 74) o la libera prestazione di servizi (v. sentenza 14 ottobre 2004, causa C-36/02, *Omega*, Racc. p. I-9609, punto 35)”²⁹⁶.

In tali sentenze la Corte aveva infatti affermato che l'esercizio dei diritti fondamentali in questione “non esula dall'ambito applicativo delle disposizioni del Trattato. Tale esercizio deve essere conciliato con le esigenze relative ai diritti tutelati dal Trattato stesso, oltre che essere conforme al principio di proporzionalità”²⁹⁷.

Come correttamente osserva l'avvocato generale Mengozzi “escludere in ogni caso l'applicabilità delle libertà di circolazione del Trattato per garantire la tutela dei diritti fondamentali significherebbe in realtà fissare una gerarchia fra regole o principi di diritto primario che, pur non essendo necessariamente priva di pertinenza, non è accettabile allo stadio attuale del diritto comunitario”²⁹⁸. La rilevanza di un diritto fondamentale nel caso di specie non vale ad escludere direttamente l'applicabilità di una delle libertà fondamentali, ma impone un corretto bilanciamento al giudice nazionale e alla Corte di giustizia.

La Corte procede dunque ad analizzare se l'azione collettiva intrapresa dai sindacati finlandesi possa essere qualificata come una misura restrittiva della libertà di stabilimento. Così come effettuato in *Viking Line*, la Corte risolve rapidamente la questione considerando che il diritto dei sindacati di intraprendere azioni collettive per costringere le imprese stabilite in altri Stati

²⁹⁵ Sent. *Laval*, punto 90.

²⁹⁶ Sent. *Laval* cit., punto 93.

²⁹⁷ Sent. *Laval* cit., punto 94.

²⁹⁸ Conclusioni, punto 84.

membri ad applicare un determinato contratto collettivo “è in grado di scoraggiare o rendere più difficile per tali imprese l’esecuzione di lavori di costruzione sul territorio svedese e costituisce pertanto una restrizione alla libera prestazione dei servizi ai sensi dell’articolo 49 CE [art. 56 TFUE]”²⁹⁹.

La Corte ricorda, innanzitutto, che “essendo la libera prestazione dei servizi un principio fondamentale della Comunità [...] una restrizione a tale libertà può essere ammessa soltanto se essa persegue un obiettivo legittimo compatibile con il Trattato ed è giustificata da ragioni imperative di interesse generale, purché, in tal caso, essa sia idonea a garantire la realizzazione dell’obiettivo perseguito e non vada al di là di ciò che è necessario per raggiungerlo”³⁰⁰.

La Corte avrebbe potuto in questo caso dare rilievo all’esercizio di un diritto fondamentale quale causa di giustificazione autonoma, secondo quanto effettuato in *Schmidberger*. Tuttavia, seguendo l’immediato precedente *Viking Line*, la Corte considera che “il diritto di intraprendere un’azione collettiva che ha come scopo la protezione dei lavoratori dello Stato ospitante contro un’eventuale pratica di dumping sociale può costituire una ragione imperativa di interesse generale, ai sensi della giurisprudenza della Corte, tale da giustificare, in linea di principio una restrizione a una delle libertà fondamentali del Trattato”³⁰¹. La Corte quindi ricollega la eventuale giustificazione delle restrizioni alle esigenze imperative, perdendo l’occasione di valorizzare in questo senso l’esercizio di un diritto fondamentale. Successivamente, esplicita le premesse del bilanciamento dei diversi interessi contrastanti, ovvero, esattamente come in *Viking Line*, il contemporaneo perseguimento di finalità sociali e di tutela del mercato.

La Corte si concentra, innanzitutto, sull’obiettivo dell’azione dei sindacati svedesi, per verificare che questa rientri nell’ambito della tutela dei lavoratori. Secondo la Corte, se in linea di principio le azioni collettive finalizzate a garantire ai lavoratori distaccati nell’ambito di una prestazione di servizi transnazionale condizioni di lavoro e di occupazione di un certo livello rientrano nell’obiettivo di tutela dei lavoratori, un tale ragionamento (e quindi una tale giustificazione) non può essere applicato al caso di specie. Le azioni collettive del caso di specie, infatti, erano dirette ad imporre all’impresa stabilita in un altro Stato membro che effettuava prestazioni di servizi transnazionali obblighi specifici che esulavano dal nucleo di norme

²⁹⁹ Sent. *Laval* cit., punto 99.

³⁰⁰ Sent. *Laval* cit., punto 101.

³⁰¹ Sent. *Laval* cit., punto 103.

imperative di protezione minima imposte allo Stato membro dalla direttiva 96/71.

La Corte considera che l'obiettivo di tutela dei lavoratori non sia idoneo a giustificare neppure le azioni collettive dirette ad imporre una trattativa per far rispettare i minimi salariali, in quanto il contesto in cui tale trattativa si situerebbe è caratterizzato dall'assenza di disposizioni sufficientemente precise e accessibili tale da rendere in pratica impossibile o eccessivamente difficile la determinazione degli obblighi cui l'impresa dovrebbe conformarsi in materia di minimi salariali.

Per quanto riguarda la seconda questione posta dal giudice, la Corte, dopo aver richiamato la propria giurisprudenza in virtù della quale la libera prestazione di servizi implica l'eliminazione di qualsiasi discriminazione nei confronti del prestatore, considera che la normativa nazionale in causa, avendo come conseguenza il fatto che le azioni collettive sono autorizzate nei confronti delle imprese vincolate da un contratto collettivo soggetto alla legge di uno Stato membro diverso dalla Svezia, così come lo sono nei confronti di quelle che non sono vincolate da alcun contratto collettivo, mentre tiene conto soltanto dei contratti derivanti dalla legge nazionale, costituisce una discriminazione. La Corte ricorda che una tale discriminazione può essere giustificata in base al Trattato sulla base dell'art. 52 TFUE, per ragioni di ordine pubblico, pubblica sicurezza, sanità pubblica. Tale norma deve, tuttavia, essere interpretata restrittivamente. La Corte rileva che tale normativa ha lo scopo "da un lato, di consentire alle organizzazioni sindacali di agire affinché tutti i datori di lavoro presenti sul mercato del lavoro svedese applichino retribuzioni e altre condizioni di occupazione corrispondenti a quelle normalmente riconosciute in Svezia e, dall'altro, di creare le condizioni di una concorrenza leale, a parità di condizioni, tra datori di lavoro svedesi e imprenditori provenienti da altri Stati membri"³⁰². Si tratta, dunque, di motivi che non sono riconducibili all'ordine pubblico, pubblica sicurezza e sanità pubblica. La Corte non considera dunque giustificata la discriminazione in oggetto.

Le pronunce esaminate sono state oggetto di forti critiche da parte della dottrina, in particolare quella di provenienza giuslavorista, la quale sperava in un'affermazione più netta della tutela del diritto di sciopero e di azioni collettive da parte della Corte di giustizia: quest'ultima ha invece sancito che si tratta di diritti fondamentali, ma ha posto limiti all'esercizio degli stessi per tutelare il mercato unico. In particolare, è stata fortemente criticata la

³⁰² Sent. *Laval* cit., punto 118.

competenza della Corte ad effettuare il descritto bilanciamento tra diritti fondamentali sociali e libertà comunitarie³⁰³, a causa della carenza di competenza dell'Unione a disciplinare un tale diritto in virtù dell'articolo 153, n. 5 TFUE il quale lo lascia agli Stati membri. Secondo tali autori non convince la ricostruzione della Corte secondo la quale, nel disciplinare il diritto di sciopero, gli Stati devono, comunque, essere rispettosi del diritto dell'Unione europea e dunque sussiste la competenza di controllo della Corte di giustizia. In questo modo infatti, secondo tale dottrina, la Corte fissa in via giurisprudenziale dei limiti al diritto di sciopero, esercitando una competenza esplicitamente esclusa dal Trattato. È stato osservato che la Corte agisce nella convinzione che là dove vi è conflitto tra le libertà economiche fondamentali del Trattato e altri diritti soggettivi pure riconosciuti dal Trattato, non può che esservi *sempre* competenza della Corte, la quale è chiamata a misurare l'adeguatezza del bilanciamento tra gli interessi sottesi, evidentemente con riferimento agli interventi regolativi dei singoli Stati³⁰⁴.

L'applicazione orizzontale degli artt. 49 e 56 TFUE ha suscitato alcune perplessità, anche da parte del Parlamento europeo, il quale ha espresso la preoccupazione che le imprese invocino la propria libertà di stabilimento o di prestazione di servizi per contrastare le azioni collettive dei sindacati³⁰⁵. È stato, poi, criticato che la Corte, nel valutare la proporzionalità delle azioni collettive, non abbia considerato solo il profilo strutturale delle stesse, ovvero le modalità con cui si è svolto, ma anche quello funzionale, ovvero le finalità, poiché si tratterebbe di un'ulteriore ingerenza in un settore di competenza statale.

A difesa della Corte occorre sottolineare, tuttavia, che essa ha applicato nelle due pronunce sopra esaminate lo stesso metodo già usato nei precedenti casi di contrapposizione tra diritti fondamentali e libertà comunitarie, in assenza di ragioni per differenziare i diritti sociali fondamentali dagli altri diritti fondamentali. Essa ha, inoltre, rifiutato esplicitamente di costruire una gerarchia di tali prerogative, ma ha effettuato il dovuto bilanciamento, ricercando l'equilibrio tra le libertà economiche e i diritti sociali. Se tale operazione si traduce in un compromesso che può lasciare insoddisfatte le parti sociali, un rimedio a tale situazione dovrà essere ricercato in sede negoziale piuttosto che giurisdizionale.

³⁰³ Cfr. U. CARABELLI, *Note critiche a margine delle sentenze della Corte di giustizia nei casi Laval e Viking*, in *Giornale di diritto del lavoro e relazioni industriali*, n. 117, 2008, vol. 1, pp. 147-168.

³⁰⁴ CARABELLI, *op. cit.*, p. 154.

³⁰⁵ Risoluzione del Parlamento europeo del 22 ottobre 2008 sulle sfide delle convenzioni collettive nell'Unione europea, (2008/2085 (INI)), del 28 ottobre 2008, cfr. COLUCCI, *op.cit.*

5. Il metodo utilizzato dalla Corte

I casi che sono stati descritti nei paragrafi precedenti, ad eccezione di *ERT*, illustrano alcune ipotesi di conflitto tra diritti fondamentali e libertà comunitarie: libertà di circolazione delle merci e libertà di riunione e di espressione (*Schmidberger*), libertà di prestazione di servizi e dignità umana (*Omega*), libertà di circolazione delle merci e tutela dei minori (*Dynamic Medien*), libertà di stabilimento e diritto di intraprendere un'azione collettiva (*Viking line*), libertà di prestazione di servizi e diritto di intraprendere un'azione collettiva (*Laval un Partneri*). Si tratta di conflitti che sono percepiti in maniera meno drammatica rispetto a quelli concernenti due diritti fondamentali, ma che pongono tuttavia problematiche di non facile soluzione. Occorre tutelare maggiormente l'attività di un'impresa all'interno del mercato unico o i diritti fondamentali che tale attività lede? L'Unione europea deve avere come scopo prioritario la realizzazione del mercato o la tutela dei diritti fondamentali, considerando che vi sono anche altre organizzazioni a ciò deputate? Fino a che punto si può tollerare la lesione di un diritto fondamentale? E fino a che punto si può ostacolare il mercato?

Conflitti di questo tipo si pongono di fronte al giudice quando non vi è una precisa gerarchia normativa a guidare l'azione degli individui e quella dell'interprete. Il giudice si trova, dunque, a confrontarsi con il sistema nel suo complesso per estrapolarne i principi e le regole che possono aiutarlo a gestire tali tensioni tra diversi interessi.

Attualmente l'ordinamento dell'Unione europea appare diretto a realizzare il mercato unico e, al tempo stesso, a garantire la tutela dei diritti fondamentali, perseguendo contemporaneamente tali obiettivi. Inevitabilmente l'opera di bilanciamento lasciata incompiuta dal legislatore viene effettuata a livello giudiziario. La peculiarità del sistema dell'Unione europea e della cooperazione giudiziaria ivi instauratasi fa sì che tali conflitti si manifestino inizialmente di fronte al giudice nazionale, il quale si rivolge alla Corte di giustizia per ottenere la corretta indicazione circa la relativa risoluzione. Se i diritti fondamentali invocati sono, infatti, tutelati dagli ordinamenti nazionali, le libertà economiche cui si contrappongono sono, invece, quelle proprie dell'Unione europea e un bilanciamento non corretto porterebbe inevitabilmente al pregiudizio di interessi comunitari. Attraverso lo strumento del rinvio pregiudiziale, dunque, giudice nazionale e dell'Unione europea realizzano un bilanciamento coordinato che porta alla ricomposizione e tutela dei diversi interessi nazionali e comunitari in gioco.

È possibile analizzare il metodo utilizzato dalla Corte nell'analisi di tali conflitti e nel bilanciamento, pur nella consapevolezza che ogni caso presenta delle specificità che portano inevitabilmente a delle variazioni.

Occorre sottolineare, inoltre, che il conflitto tra libertà comunitarie e diritti fondamentali è stato affrontato dalla Corte così come sottoposto alla sua attenzione da parte del giudice nazionale: trattandosi di casi di rinvio pregiudiziale è, infatti, il giudice nazionale a porre direttamente alla Corte la questione se la tutela di un diritto fondamentale, così come concepito dall'ordinamento nazionale, possa giustificare una restrizione ad una libertà comunitaria.

In *Schmidberger* la domanda rivolta alla Corte era posta in un'ottica di tutela della libertà di circolazione delle merci, in quanto si chiedeva “se tale obbligo [di garantire la libera circolazione delle merci] prevalga sui diritti fondamentali, quali la libertà di espressione e la libertà di riunione, garantiti dagli artt. 10 e 11 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali”³⁰⁶. In *Omega* si chiedeva più genericamente “se il divieto riguardante un'attività economica per ragioni di tutela dei valori fondamentali sanciti dalla Costituzione nazionale, come, in questo caso, la dignità umana, sia compatibile con il diritto comunitario”³⁰⁷. In *Dynamic Medien* il giudice del rinvio chiedeva direttamente se, ove la misura di divieto di vendita per corrispondenza di supporti video privi del contrassegno di idoneità in Germania, fosse stata qualificata come restrittiva della libera circolazione delle merci, un tale divieto potesse essere giustificato alla luce dell'articolo 36 TFUE, in virtù dell'obiettivo di tutela dei minori perseguito. Anche in *Viking Line* e in *Laval* il giudice nazionale chiedeva sostanzialmente alla Corte se, in caso di qualificazione delle azioni collettive come misure restrittive, vi potesse essere una giustificazione in virtù dell'obiettivo di tutela dei lavoratori perseguito. È evidente come il giudice nazionale ricerchi la conferma dell'istanza cui dare prevalenza. In *Schmidberger* e *Omega*, quando ancora la Corte non era intervenuta a sancire chiaramente che i diritti fondamentali possono costituire un limite alle libertà comunitarie, la domanda del giudice è maggiormente orientata nella prospettiva di tutela del mercato unico, mentre negli altri casi si cerca la conferma della giustificazione.

È interessante rilevare, inoltre, che in *Schmidberger* il giudice nazionale fa riferimento ai diritti tutelati al livello del Consiglio d'Europa e dalla Costituzione nazionale, in *Omega* si tratta di un valore costituzionale, mentre

³⁰⁶ Sent. *Schmidberger* cit., punto 20.

³⁰⁷ Sent. *Omega* cit., punto 23.

negli altri casi si tratta di leggi ordinarie. Nella convinzione di una dovuta prevalenza alle libertà economiche in quanto partecipi del primato del diritto dell'Unione europea, il giudice nazionale contrappone delle fonti di più alto rango: significativo è, inoltre, il passaggio dall'invocazione del diritto internazionale al diritto nazionale quale fonte per la tutela del diritto fondamentale in questione.

Passando ad esaminare il ragionamento effettuato dalla Corte, occorre sottolineare che in tutti i casi il primo passo è stato la qualificazione della misura nazionale diretta alla tutela di un diritto fondamentale come restrittiva. Si tratta dell'impostazione tradizionale della Corte nella valutazione delle misure ostative alla realizzazione del mercato unico: l'approccio è quello di garantire la massima realizzazione delle libertà di circolazione. Il Trattato stesso condanna le restrizioni a tali libertà e prevede limitate possibilità di deroga a tali principi. Nell'ambito della libera circolazione delle merci è stata elaborata dalla Corte la famosa formula *Dassonville*, in base alla quale le relative disposizioni del Trattato devono essere intese nel senso che esse mirano ad eliminare qualsiasi ostacolo, diretto o indiretto, attuale o in potenza, alle correnti di scambi nel commercio intracomunitario. La logica di *favor* alle libertà del mercato sottesa a tale formula vale anche per le altre libertà. La considerazione dei diritti fondamentali ed il bilanciamento con la libera circolazione delle merci si inserisce nella tradizionale metodologia della Corte nella valutazione delle restrizioni delle libertà di circolazione.

In tutti i casi sopra esaminati, la misura nazionale è stata qualificata come restrittiva sulla base della considerazione dell'incidenza sulla libertà di volta in volta in questione. In nessun caso è stato preso in considerazione a questo stadio della valutazione l'obiettivo di tutela dei diritti fondamentali.

Secondo alcuni autori³⁰⁸, la Corte di giustizia avrebbe potuto riconoscere un ruolo maggiore ai diritti fondamentali nazionali strutturando la propria analisi e bilanciamento in modo diverso. Come è stato sottolineato, infatti, la Corte qualifica direttamente la misura come ostativa alla libera circolazione delle merci sulla base della considerazione dell'ostacolo materiale causato, senza tenere conto in questo momento dell'obiettivo di tutela dei diritti fondamentali perseguito dalle autorità nazionali. In questo modo, qualsiasi misura che provochi un ostacolo alla libera circolazione delle merci viene immediatamente bollata come restrittiva, secondo la rigorosa formula *Dassonville*. L'obiettivo di tutela dei diritti fondamentali nazionali,

³⁰⁸ Cfr. ALEMANNI e BIONDI, *op cit.*

inizialmente ignorato, viene poi recuperato soltanto in sede di giustificazione alla restrizione. Sarebbe stato, forse, preferibile che la Corte prendesse immediatamente in considerazione il fatto che la misura statale perseguiva un tale obiettivo di tutela, in modo da evitare di qualificare tale misura come restrittiva, privilegiando la considerazione dei diritti fondamentali nazionali. Procedendo in questo modo, inoltre, si crea una forma di gerarchia tra libertà comunitarie e diritti fondamentali a favore delle prime. Alemanno propone dunque un test alternativo per la verifica della compatibilità della misura nazionale ove questa sia diretta alla tutela dei diritti fondamentali: il primo passo consisterebbe nell'abbandonare il postulato secondo il quale qualsiasi misura che abbia un'incidenza sugli scambi sia vietata, a prescindere dal fatto che essa si fondi su un principio costituzionale nazionale o meno. Al contrario, si dovrebbe introdurre una presunzione positiva in virtù della quale ogni misura nazionale volta alla tutela dei diritti fondamentali è conforme alle norme relative agli scambi comunitari. Di conseguenza, anziché verificare in che misura le libertà fondamentali possono essere oggetto di deroghe, occorrerebbe determinare in che misura i diritti fondamentali possano tollerare una restrizione. Per tradurre nella pratica un tale approccio, Alemanno suggeriva tre diverse alternative. In primis, egli indicava una soluzione "alla Keck"³⁰⁹, ovvero un test di compatibilità diretto a sottrarre al divieto di cui all'art. 34 TFUE ogni misura fondata su esigenze di protezione dei diritti fondamentali, sempre che tale misura non si opponga ad interessi comunitari di natura costituzionale. In secondo luogo, si potrebbe pensare ad un'applicazione della regola *de minimis* in virtù della quale ogni misura i cui effetti restrittivi siano economicamente insignificanti sia esclusa dall'ambito di applicazione del divieto del trattato. In terzo luogo, Alemanno descrive la soluzione per cui la protezione dei diritti fondamentali andrebbe assimilata alle esigenze imperative, intese nel loro significato originario di misure che costituiscono un criterio di qualificazione degli effetti restrittivi ai sensi del Trattato e non una causa di giustificazione assimilabile a quella dell'art. 36 TFUE. Egli propende per tale soluzione. Tale approccio risulta di notevole interesse per il suo carattere suggestivo e per la sottesa logica di favor per i diritti fondamentali; inoltre è un ottimo spunto per riflettere sul bilanciamento tra diritti fondamentali e libertà comunitarie effettuato dalla Corte. La tesi suggerita da Alemanno, infatti, colloca il bilanciamento tra

³⁰⁹ Nella nota sentenza *Keck e Mithouard* (del 24 novembre 1993, causa C-267/91 e 268/91, in Racc. p.I-5009) la Corte di giustizia restringeva il campo di applicazione dell'articolo 28 affermando che le modalità di vendita non costituiscono misure di effetto equivalente ad una restrizione. Di conseguenza, ogni misura diretta a regolare le modalità di vendita di un prodotto non è considerata ostativa alla libertà di circolazione delle merci, purché si applichi indistintamente a tutti i prodotti.

libertà comunitarie e diritti fondamentali ad uno stadio anticipato rispetto a quello effettuato dalla Corte, in quanto lo posiziona prima di aver classificato una misura come restrittiva e non in sede di valutazione di una giustificazione alla restrizione: di conseguenza, la tutela dei diritti fondamentali appare più ampia, in quanto la misura finalizzata a tale tutela acquista immediatamente prevalenza rispetto alle libertà comunitarie con cui interferisce e sfugge al test di proporzionalità necessario per verificarne l'adeguatezza. Occorre tuttavia rilevare che nella giurisprudenza successiva la Corte ha mantenuto costante il consueto test di compatibilità delle misure nazionali.

Una tale considerazione dell'obiettivo della misura diretta ad evitare la qualificazione della stessa come restrittiva si ritrova soltanto nelle conclusioni dell'avvocato generale Poiares Maduro nella sentenza *Viking Line*: egli infatti sottolineava che i diritti di associazione e di azione collettiva svolgono un ruolo fondamentale nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea e che "il problema centrale [...] consiste nel determinare i fini per i quali può essere usata l'azione collettiva, nonché i limiti fino ai quali essa può giungere"³¹⁰. Egli in sostanza suggeriva di stabilire che le azioni collettive che hanno l'effetto di limitare il diritto di stabilimento di un'impresa che intende trasferirsi da uno Stato membro all'altro al fine di tutelare i lavoratori di tale impresa non è in linea di principio vietata dal diritto dell'Unione europea. Una tale azione, infatti, costituisce un modo legittimo per i lavoratori di salvaguardare i propri diritti e verrebbe attuata anche in ipotesi di un trasferimento all'interno dello stesso Stato. Al contrario, un'azione che ha il solo scopo di impedire ad un'impresa che si è trasferita in un altro Stato di fornire legalmente i propri servizi costituisce un tipo di barriera al commercio incompatibile con il Trattato. Questa ricostruzione non è stata però condivisa dalla Corte, la quale ha direttamente qualificato le azioni collettive come misure restrittive in considerazione dell'effetto da queste prodotto che era quello di scoraggiare l'esercizio della libertà di stabilimento.

Nella prima fase del ragionamento della Corte, quindi, viene preso in considerazione unicamente il livello dell'Unione europea, in quanto la preoccupazione della Corte è in primis la tutela del mercato unico.

Dopo questo primo stadio di analisi, la Corte procede all'esame delle possibili giustificazioni delle restrizioni. È in questa fase che emergono gli interessi nazionali di tutela dei diritti fondamentali.

³¹⁰ Conclusioni cit, punto 60.

Il primo elemento da prendere in considerazione è l'obiettivo perseguito dalle autorità nazionali. Perché la restrizione sia giustificata, occorre, infatti, che l'obiettivo perseguito dalle autorità nazionali sia condiviso anche dall'ordinamento dell'Unione europea: si tratta di un significativo punto di intersezione tra l'ordinamento nazionale e quello dell'Unione, il quale consente di contemperare i vari interessi in gioco in maniera integrata.

In proposito la Corte ha statuito che “poiché il rispetto dei diritti fondamentali si impone, in tal modo, sia alla Comunità che ai suoi Stati membri, la tutela di tali diritti rappresenta un legittimo interesse che giustifica, in linea di principio, una limitazione degli obblighi imposti dal diritto dell'Unione europea, ancorché derivanti da una libertà fondamentale garantita dal Trattato”³¹¹: si tratta di una esplicitazione della condivisione con gli Stati dell'obiettivo di tutelare i diritti fondamentali. Il controllo circa l'obiettivo perseguito si estende fino alla considerazione del singolo diritto fondamentale tutelato dall'ordinamento nazionale: come spiegato dall'avvocato generale Jacobs nelle conclusioni di *Schmidberger* “malgrado si possa rinvenire nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo un consenso di fondo riguardo al nucleo di diritti che vanno considerati come fondamentali, esistono numerose divergenze fra le categorie dei diritti fondamentali degli Stati membri, che sovente sono il riflesso della storia e della particolare cultura politica di un determinato Stato”³¹². Di conseguenza, è possibile che uno Stato membro il quale invochi la necessità di tutelare un diritto fondamentale secondo il proprio diritto nazionale, persegua al tempo stesso un obiettivo contrastante con il diritto dell'Unione europea. Il ruolo di controllo della Corte di giustizia appare, dunque, necessario al fine di garantire l'armonico coordinamento dell'esigenza di tutela dei diritti fondamentali nazionali con la preservazione dei valori e interessi comunitari.

In tutte le sentenze prese come riferimento vi è una parte della motivazione dedicata alla ricognizione del diritto fondamentale nazionale quale valore condiviso dall'ordinamento dell'Unione europea³¹³. In tale operazione la Corte si riferisce alla CEDU, alle costituzioni nazionali, alla Carta di Nizza e ad altri strumenti di diritto internazionale e dell'Unione europea.

È importante sottolineare che una volta riconosciuto che il diritto fondamentale nazionale invocato per giustificare una misura restrittiva

³¹¹ Cfr. Sentenze *Schmidberger* cit., punto 74, *Omega* cit., punto 35, *Dynamic* cit., punto 42, *Viking* cit., punto 77, *Laval* cit., punto 93.

³¹² Conclusioni dell'AG Jacobs cit., punto 97.

³¹³ Cfr. Sentenze *Schmidberger* cit., pp. 71-72, *Omega* cit., pp. 33-34, *Dynamic* cit., pp. 39-41, *Viking Line* cit., pp. 43-44, *Laval* cit., pp. 90-91.

sussiste come tale anche nell'ordinamento dell'Unione europea, la Corte lascia spazio al livello di tutela nazionale. Se questo passaggio non era chiaro in *Schmidberger*, in *Omega* viene esplicitato che non è necessario che il diritto fondamentale invocato sia tutelato secondo lo stesso livello e le stesse modalità in tutti gli Stati membri. Ogni ordinamento tutela un diritto fondamentale secondo un proprio livello, in quanto si tratta di scelte del legislatore, normalmente a livello costituzionale, che tengono conto di un bilanciamento con altri interessi dello Stato. Se i medesimi diritti fondamentali possono essere ritrovati in tutti gli ordinamenti dei 27 Stati membri, lo spazio della loro tutela può variare secondo le diverse scelte nazionali. La Corte tiene conto di tale pluralismo e dell'intangibile competenza nazionale in materia e lascia in proposito agli Stati membri un "margine discrezionale certo" per la determinazione del proprio livello di tutela e per il bilanciamento tra diritti fondamentali ed altri interessi dello Stato³¹⁴.

Anche in questo caso si tratta di una variazione modellata sulla specificità della materia dei diritti fondamentali del tradizionale metodo usato dalla Corte. In generale, infatti, non possono essere invocate delle giustificazioni alle restrizioni in settori in cui vi è stata un'armonizzazione comunitaria della normativa³¹⁵. Ove, invece, non vi sia stato tale intervento del legislatore europeo, gli Stati membri sono liberi di scegliere il livello di tutela da accordare ai diversi interessi eventualmente contrastanti con le libertà comunitarie. Talvolta, in caso di armonizzazione parziale, è il legislatore dell'Unione europea a dettare i limiti per le deroghe³¹⁶. Poiché nel settore dei diritti fondamentali non vi è e non vi può essere per ragioni di competenza un'armonizzazione della materia³¹⁷, spetta agli Stati "valutare il livello di tutela che essi intendono garantire all'interesse in questione"³¹⁸. La Corte riserva per sé, dunque, solo il compito di valutare che tale potere discrezionale sia esercitato nel rispetto degli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione europea.

La Corte riconosce, dunque, che la tutela di un diritto fondamentale, in quanto obiettivo perseguito contemporaneamente dagli ordinamenti nazionali

³¹⁴ Cfr. Sentenze *Schmidberger* cit., p. 82, *Omega* cit., p. 31, *Dynamic* cit., p. 44.

³¹⁵ Corte giust., C-473/98 *Kemikalieinspektionen c. Toolex Alpha* [2000] ECR I-5681; Case 5/77 *Tadeschi v Denkavit* [1977] ECR 1555.

³¹⁶ 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.

³¹⁷ È discusso in dottrina se il conferimento di valore giuridico vincolante alla Carta di Nizza possa comportare un'uniformizzazione dei livelli di tutela dei diritti fondamentali.

³¹⁸ Cfr. Sent. *Dynamic Medien*, punto 44.

e da quello dell'Unione europea, possa limitare le libertà comunitarie. Se è vero che il bilanciamento di queste esigenze viene effettuato soltanto in sede di analisi delle giustificazioni, accordando inizialmente un peso maggiore alle libertà comunitarie, il riconoscimento del pluralismo delle concezioni dei diritti fondamentali fa sì che la Corte bilanci una libertà comunitaria con un diritto fondamentale nazionale, seguendo il bilanciamento effettuato dalle autorità nazionali e intervenendo sulla verifica della proporzionalità, manifestando una grande apertura verso tali esigenze di tutela.

Il test di proporzionalità viene normalmente effettuato dalla Corte per tutte le misure restrittive giustificate in base ad una norma del Trattato o in virtù delle esigenze imperative³¹⁹. Tale test viene applicato anche per le misure di cui ci stiamo occupando che non sono direttamente riconducibili all'una o all'altra categoria 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 ora alle esigenze imperative, dall'altro essa può costituire un'autonoma causa di giustificazione.

Il test di proporzionalità racchiude la 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 ove gli elementi del fascicolo non siano sufficienti a svolgere una tale valutazione. Occorre ricordare in proposito che i poteri di istruttoria della Corte sono alquanto limitati, soprattutto in sede di rinvio pregiudiziale. In generale la Corte è per eccellenza giudice del diritto e non svolge indagini fattuali. Nell'ambito del rinvio pregiudiziale, inoltre, la Corte si limita a svolgere l'interpretazione e l'esame della validità della normativa comunitaria nei limiti del quadro fattuale fornito dal giudice nazionale. In genere, per ottenere chiarificazioni in proposito la Corte si limita a rivolgere quesiti al giudice nazionale o direttamente alle parti.

In *Schmidberger* la Corte ha esaminato accuratamente le modalità di svolgimento della manifestazione da cui trae origine il rinvio 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

³¹⁹ Cfr. Corte giust., *Canal Satélite Digital*, cit.; Corte giust., *Commissione c. Belgio*, causa C-254/05, in Racc. p. 4269, punto 33; Corte giust., *Commissione c. Lussemburgo*, causa C-286/07, punto 36, in Racc. p. I-63.

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 analizza il divieto imposto dalla legge nazionale circa la vendita di supporti video non sottoposti a controllo e constata che non si tratta di una misura generale, la quale, invece, riguarda soltanto la commercializzazione con i minori. Tale misura non risulta, dunque, essere sproporzionata rispetto all'obiettivo perseguito di tutela dei minori. La Corte detta, però, 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 formare oggetto di ricorso giurisdizionale. La Corte in proposito afferma che dagli elementi del fascicolo la procedura nazionale sembra essere conforme a tali criteri, ma rinvia al giudice nazionale la verifica in concreto. In *Viking Line*, ove il ragionamento e il metodo assumono dei tratti peculiari in virtù della materia trattata, la Corte ha lasciato al giudice nazionale il compito di verificare se le azioni collettive in causa fossero realmente dirette alla tutela dei lavoratori e quindi giustificate in ragione di tale obiettivo. In *Laval*, invece, la Corte ha direttamente qualificato la misura restrittiva come sproporzionata rispetto agli obiettivi di tutela perseguiti.

Se da tali decisioni il coordinamento con il giudice nazionale appare più o meno evidente, esso è tuttavia implicito nel meccanismo del rinvio pregiudiziale. È, infatti, compito del giudice applicare la sentenza della Corte nel giudizio nazionale e quindi riprendere l'interpretazione del diritto dell'Unione europea effettuata dalla Corte e applicarla al caso di specie in vista della sua risoluzione.

6. L'evoluzione della giurisprudenza comunitaria in tema di diritti fondamentali e la valorizzazione dei livelli nazionali.

Dopo aver analizzato il metodo usato dalla Corte per l'esame e la risoluzione dei conflitti tra diritti fondamentali e libertà comunitarie, occorre svolgere qualche riflessione sull'apporto di tale giurisprudenza alla costruzione della tutela dei diritti fondamentali in Europa.

Come già è stato accennato nel secondo paragrafo, l'accostamento tra la sentenza *ERT* e la sentenza *Schmidberger* consente di osservare un cambiamento significativo nella considerazione dei diritti fondamentali: nel

primo caso, infatti, i diritti fondamentali venivano posti dalla Corte come limite alla possibilità degli Stati di opporre delle deroghe alle libertà comunitarie; in *Schmidberger*, invece, i diritti fondamentali costituiscono l'obiettivo stesso delle restrizioni alle libertà comunitarie. Nel primo caso, inoltre, si tratta dei diritti fondamentali comunitari, mentre nel secondo si tratta dei diritti fondamentali nazionali. La Corte, dunque, non solo tutela i diritti fondamentali secondo la sua tradizionale competenza, ma consente che una libertà di circolazione comunitaria possa essere soggetta a limitazioni per la tutela di un diritto secondo il livello e le modalità nazionali.

Ciò è evidente considerando l'evoluzione delle sentenze *Schmidberger*, *Omega* e *Dynamic*. Nel primo caso la Corte consente che le autorità statali tutelino la libertà di espressione e di riunione consacrata nella CEDU a scapito della libera circolazione delle merci. In *Omega* la Corte specifica che non è necessario che un diritto nazionale sia concepito allo stesso modo in tutti gli ordinamenti perché la Corte riconosca giustificata la restrizione³²⁰. In *Dynamic* si ha una conferma di tali statuizioni e l'esplicitazione che lo Stato dispone in proposito di un certo margine discrezionale.

Si può osservare in proposito che riconoscendo tale spazio discrezionale agli Stati nella tutela dei diritti fondamentali la Corte di Lussemburgo applica, con le variazioni dovute in relazione al contesto, la dottrina del margine di apprezzamento, in analogia con quanto effettuato dalla Corte di Strasburgo.

Secondo la dottrina, il margine di apprezzamento può essere definito “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”³²¹. Per Macdonald “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”³²².

Il margine di apprezzamento indica, dunque, lo spazio lasciato agli Stati membri nell'applicazione della Convenzione per bilanciare l'adempimento degli obblighi pattizi con la tutela di altre esigenze statali. La Corte di

³²⁰ Cfr. Conclusioni dell'avvocato generale Poiras Maduro in *Michaniki*, dell' 8 ottobre 2008, in Racc. p. I-9999, punto 32.

³²¹ 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*, v. 13, 2001, pp. 1161-1193.

³²² 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*, volume I, Book 2, 1992, pp. 95- 161.

Strasburgo veglia al rispetto delle obbligazioni di tutela dei diritti fondamentali gravanti sugli Stati in virtù della Convenzione, ma lascia un margine di deroga per consentire agli stessi il perseguimento di altri interessi statali, consentendo uno spazio di scelta e valutazione di questi ultimi.

La Corte di Lussemburgo al pari di quella di Strasburgo opera un certo *self restraint*, in quanto non interviene sulla determinazione del livello di tutela del diritto in questione, non impone uno standard dell'Unione europea, 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 sembra tuttavia rifiutare quella "dottrina del consenso" cui invece talvolta fa ricorso la Corte di Strasburgo. Come spiega Benvenisti³²³, la Corte europea dei diritti dell'uomo, ove riscontri un consenso tra i vari Stati membri circa la concezione di un determinato diritto, lascia un minore margine alla scelta dello Stato. La Corte di giustizia, invece, non effettua una tale ricerca comparatistica e una volta appurato che non vi è stata un'armonizzazione comunitaria, lascia spazio alla scelta dello Stato circa il proprio livello di tutela.

In questo modo sembra che la Corte stia realizzando quanto suggerito da Weiler, il quale affermava che nel controllo delle deroghe alle libertà fondamentali "the Community should not impose its own standard on the Member State measure but allow a wide margin of appreciation, insisting only that the Member State not violate the basic core encapsulated in the ECHR"³²⁴. La Corte, infatti, rispetta il livello di tutela nazionale e di conseguenza le scelte di valore sottostanti alla fissazione di questo. Come affermato da Weiler, 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 libertà³²⁵. Ogni Stato, dunque, nel determinare il livello di tutela da accordare ad un diritto compie un bilanciamento tra questo e gli altri diritti e interessi statali.

È interessante notare, poi, che mentre nel sistema del Consiglio d'Europa il margine di apprezzamento viene utilizzato per consentire deroghe alla

³²³ E. BENVENISTI, *Margin of appreciation, consensus, and universal standards*, in *Journal of International Law and Politics*, 1999, pp. 843-854.

³²⁴ J. H. H. WEILER., *Fundamental rights and fundamental boundaries*, in *The Constitution of Europe*, Cambridge, 1999, p. 126.

³²⁵ Cfr. WEILER, *op. cit.*

tutela dei diritti fondamentali, in quello dell'Unione europea tale spazio amplia la tutela dei diritti fondamentali. La Corte, infatti, consente allo Stato di accordare la tutela più ampia ai diritti fondamentali così come concepiti dal proprio ordinamento, a scapito di una libertà comunitaria.

Al pari di Strasburgo, vi è però un controllo circa l'adeguatezza della misura. La Corte europea dei diritti dell'uomo procede alla verifica della necessità della misura in una società democratica, mentre la Corte di giustizia verifica la proporzionalità e il rispetto degli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione europea.

Un tale approccio della Corte consente indubbiamente l'esplicazione del pluralismo nella Comunità europea in un settore così delicato come quello dei diritti fondamentali e mette al riparo la Corte dall'opposizione di *controlimiti* da parte delle corti nazionali, preoccupate di un abbassamento di tutela a causa dell'imposizione di uno standard dell'Unione europea. Occorrerà attendere ulteriori sviluppi di tale giurisprudenza per osservare se il coordinamento tra livello nazionale e dell'Unione europea sarà sempre efficace come in questi casi. In tale contesto, inoltre, occorre chiedersi che ruolo avrà la Carta di Nizza, ove viene consacrato un certo standard dell'Unione europea. La Corte di giustizia nel controllare la legittimità delle deroghe alle libertà di circolazione continuerà a lasciare tale spazio agli Stati per consentire l'esplicazione del loro livello di tutela o imporrà lo standard del catalogo comunitario?

Un' ultima riflessione deve essere fatta sulla classificazione dei diritti fondamentali in tema di giustificazione alle restrizioni. L'avvocato generale Jacobs nelle conclusioni a *Schmidberger* suggeriva che i diritti fondamentali sarebbero stati invocati sempre più spesso quale giustificazione alle restrizioni, in quanto molti dei motivi attualmente ricondotti ai tradizionali motivi di giustificazione previsti dal Trattato possono essere oggetto di considerazione autonoma.

In effetti in *Schmidberger* e in *Dynamic* i diritti fondamentali sembrano assurgere a causa di giustificazione autonoma, mentre in *Omega* sembrano, invece, essere ricondotti all'ordine pubblico.

In *Viking Line* e in *Laval* la tutela dei diritti fondamentali sembra, invece, essere ricollegata alle esigenze imperative. È evidente che la considerazione dei diritti fondamentali come giustificazione a sé conferisce maggiore enfasi e manifesta un maggiore favor verso la tutela dei diritti fondamentali.

L'avvocato generale Poiares Maduro³²⁶ ha recentemente ricollegato al rispetto dell'identità costituzionale la facoltà di uno "uno Stato membro di formulare, entro determinati limiti, una sua propria accezione di legittimo interesse tale da giustificare un ostacolo a una libertà fondamentale di circolazione". In questo spazio rientra anche la scelta di un diritto fondamentale e le modalità nazionali di tutela di quest'ultimo.

In conclusione si può dire che risolvendo in questo modo i conflitti tra libertà comunitarie e diritti fondamentali, la Corte ha manifestato una politica di *favor* verso questi ultimi, pur senza instaurare una precisa gerarchia tra questi due elementi. Se lo schema di bilanciamento applicato accorda inizialmente una prevalenza alla libertà comunitaria, esso finisce, tuttavia, per esprimere un pieno riconoscimento del diritto fondamentale nazionale invocato, attraverso un coordinamento con il giudice nazionale e con tale livello di tutela. Fondamentale è, inoltre, il ruolo del principio di proporzionalità, che costituisce la base dell'opera di controllo di legittimità della Corte.

Per completezza nei paragrafi successivi verrà dato atto dei casi in cui le libertà di circolazione non sono in conflitto con un diritto fondamentale, ma la tutela di quest'ultimo coincide con la tutela del mercato. Successivamente verrà brevemente dato atto dei casi di conflitto tra diritti fondamentali e libera circolazione delle sentenze, il quale assume caratteristiche peculiari per la materia in sé e i dettami del legislatore dell'Unione europea in proposito.

³²⁶ Cfr. conclusioni dell'avvocato generale Poiares Maduro in causa C-213/08, *Michaniki*, cit.

7. Il coordinamento tra diritti fondamentali e libertà comunitarie

Nei paragrafi precedenti sono stati esaminati dei casi di conflitto tra le libertà di circolazione e i diritti fondamentali, mostrando come la Corte tenda a soluzioni favorevoli a questi ultimi. Tale analisi rivela, tuttavia, che vi sono dei casi in cui la tutela di un diritto fondamentale coincide con la realizzazione del mercato unico ed ha l'effetto di restringere la capacità di uno Stato di opporre deroghe alle libertà comunitarie. Occorre dare brevemente atto anche di tali ipotesi per completare l'analisi della gestione dei rapporti tra diritti fondamentali e libertà comunitarie da parte della Corte.

Il primo caso in cui si osserva una tale "alleanza"³²⁷ è la sentenza *ERT*, già esaminata in precedenza. In tal caso la tutela dei diritti fondamentali veniva esplicitamente posta come limite alla potestà degli Stati di opporre deroghe alle libertà di circolazione e dunque coincide con la tutela del mercato.

Nello stesso periodo sono degne di nota le conclusioni dell'avvocato generale Jacobs alla sentenza *Konstantinidis*³²⁸ che illustrano il legame che vi può essere tra la tutela dei diritti fondamentali e quella delle libertà di circolazione. Il caso era relativo alla trascrizione in alfabeto latino dei nomi greci in Germania: il ricorrente, il signor Konstantinidis, lamentava che il proprio nome fosse stato trascritto in modo improprio e non idoneo a riprodurre il suono originale dello stesso a causa del sistema ISO adottato in Germania. Nel corso del giudizio promosso dal signor Konstantinidis per ottenere la rettificazione della registrazione del proprio nome, il giudice tedesco chiedeva alla Corte se il fatto che un cittadino di uno Stato membro sia costretto a far registrare il proprio nome con una grafia divergente dalla sua trascrizione fonetica e contro la propria volontà dichiarata nei registri anagrafici del paese ospitante, così che questo risulti pronunciato in modo alterato e deformato, costituisca una violazione degli articoli 10 e 14 del Trattato CE (attuali artt. 4 par. 3 TUE e 26 TFUE) e se questo comporti un pregiudizio alla libertà di stabilimento e di prestazione di servizi esercitate dallo stesso. L'avvocato generale Jacobs si concentrava, dunque, sull'analisi circa la sussistenza di una discriminazione in base alla nazionalità e, ove tale discriminazione non ricorresse, se il discusso trattamento del suo nome rappresenti comunque una violazione dei suoi diritti fondamentali. Secondo la sua analisi, la traslitterazione dei nomi greci secondo una modalità che produceva risultati di grande divergenza rispetto alla fonetica originale

³²⁷ Cfr. A. BAILLEUX, *Les alliances entre libre circulation et droits fondamentaux. Le « flou » au cœur de la jurisprudence communautaire* in *Journal de droit européen*, giugno 2009, n. 160.

³²⁸ Conclusioni dell'avvocato generale Jacobs del 9 dicembre 1992, *Konstantinidis*, in causa C-168/91, in Racc. p.1191.

costituiva una discriminazione occulta a carico dei cittadini ellenici. Se il sistema di traslitterazione si applica in astratto ai cittadini di tutti gli Stati membri i cui nomi non sono scritti in caratteri latini, in concreto tale sistema riguarda solo i cittadini ellenici, i quali di fatto subiscono un trattamento diverso dai cittadini degli altri Stati. Secondo Jacobs qualora il ricorrente fosse costretto ad usare un nome in cui non si riconosce nei suoi rapporti con le autorità tedesche, con i suoi clienti o con i suoi fornitori, egli subirebbe un disagio tale da poter invocare il divieto di discriminazione anche in assenza di un danno attuale e tangibile. A suo giudizio dunque, il caso si può risolvere sul fondamento della discriminazione. Tuttavia, egli ritiene che il problema circa la violazione dei diritti fondamentali sia di interesse generale e ritiene opportuno esaminarlo nei particolari³²⁹.

Questa considerazione gli consente di effettuare un'interessante analisi sulla tutela dei diritti fondamentali nel sistema dell'Unione europea. Egli rileva innanzitutto che secondo la ricostruzione del giudice nazionale, l'atteggiamento delle autorità tedesche potrebbe ledere il diritto generale all'identità del sig. Konstadinis, come tutelato dall'articolo 2 del Grundgesetz (la Costituzione tedesca). La CEDU, invece, non contiene nessuna disposizione che affermi espressamente il diritto della persona al nome e all'identità. Jacobs sottolinea che, invece, nella Convenzione americana dei diritti dell'uomo tale diritto è iscritto precisamente, così come nel Patto internazionale sui diritti civili e politici. Molto interessante è anche l'analisi delle costituzioni degli Stati membri che rivela l'esistenza in tutte di un diritto al rispetto della propria dignità e integrità morale. Da questa analisi l'avvocato generale Jacobs desume l'esistenza di un principio generale per cui lo Stato deve rispettare non solo il benessere fisico della persona, ma anche la sua dignità, la sua integrità morale e la coscienza della sua identità. Il diritto al nome è, dunque, un diritto fondamentale in senso proprio³³⁰ e "privare una persona del suo nome legittimo costituisce la forma estrema di degradazione"³³¹. Jacobs si chiede se, ove la Corte lo ritenga non discriminatorio, l'atteggiamento delle autorità tedesche possa essere considerato contrario al diritto dell'Unione europea proprio perché in

³²⁹ Anche l'avvocato generale Poiares Maduro nelle conclusioni alla sentenza *Kadi* (16 gennaio 2008, in causa C-402/05 P, *Yassin Abdullah Kadi c. Consiglio e Commissione* in Racc. p. I-6351) sottolineava l'importanza di esaminare sempre i motivi relativi alla violazione dei diritti fondamentali ove questi vengano adottati dai ricorrenti "sia per ragioni di certezza del diritto, sia al fine di evitare la sussistenza nell'ordinamento giuridico comunitario di una possibile violazione dei diritti fondamentali" anche nel caso in cui altri motivi preliminari consentano di cassare immediatamente la sentenza.

³³⁰ Cfr. conclusioni cit. punto 40.

³³¹ Cfr. conclusioni cit., punto 40.

violazione dei diritti fondamentali. A questo proposito egli fa una riflessione per illustrare la considerazione di un cittadino dell'Unione europea, non solo come soggetto economico, ma come persona: "E' mia opinione che un cittadino dell'Unione europea che si rechi in un altro Stato membro come lavoratore dipendente o autonomo [...] abbia il diritto non solo di svolgere la sua attività commerciale o professionale e di godere delle stesse condizioni di vita e di lavoro dei cittadini dello Stato ospitante, ma altresì di contare sul fatto che, dovunque egli si rechi per guadagnarsi da vivere all'interno della Comunità europea, egli sarà trattato in conformità ad un codice comune di valori fondamentali, in particolare quelli proclamati dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. In altre parole, egli ha il diritto di dichiarare "civis europeus sum" e di invocare tale status per opporsi a qualunque violazione dei suoi diritti fondamentali".³³² Egli concludeva, dunque, che il sistema di trascrizione adottato dalla autorità tedesche era contrario al diritto dell'Unione europea. La Corte non seguiva tale ricostruzione, ma ciò nulla toglie alla lucida analisi dell'avvocato generale. Secondo la sua ricostruzione, la libertà di circolazione garantita ai cittadini comunitari acquista un pieno significato solo ove ad essi sia assicurata la tutela dei propri diritti fondamentali. Una violazione di tali prerogative dell'individuo incide dunque sulla sua libertà di stabilimento o di prestazione di servizi, coincidendo con la violazione delle relative disposizioni. Lo stesso Jacobs rileva che a tale conclusione si potrebbe opporre il pericolo di una sovrapposizione di giurisdizione tra Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte di Lussemburgo. Egli risolve, tuttavia, tale conflitto sulla base della sussidiarietà della Corte di Strasburgo rispetto a quella di Lussemburgo, considerando il rinvio pregiudiziale come uno dei mezzi di ricorso interni da esperire prima di rivolgersi alla Corte europea.

Vi sono altri casi in cui la Corte ha valorizzato un tale legame tra libertà di circolazione e diritti fondamentali. Tale collegamento si conferma preponderante per quanto riguarda la circolazione delle persone, in quanto è evidente che all'interno di una comunità di diritto quale è l'Unione europea la persona deve potersi spostare conservando interamente le proprie garanzie.

Un caso interessante è costituito dalla sentenza *Carpenter*³³³ emessa a seguito di un rinvio effettuato dall'Immigration appeal tribunal del Regno Unito nell'ambito di una controversia tra la sig.ra Carpenter e il Secretary of State for the Home Department in merito al diritto della prima di soggiornare nel Regno Unito. La signora Carpenter, di cittadinanza filippina, aveva

³³² Cfr. conclusioni cit., punto 46.

³³³ Corte giust., *Carpenter*, 11 luglio 2002, causa in Racc. p. I-6279.

ottenuto un permesso di soggiorno nel Regno Unito per la durata di sei mesi. Essa si tratteneva sul territorio di tale Stato successivamente alla scadenza del proprio permesso e sposava il sig. Carpenter. In seguito faceva domanda per ottenere un permesso di soggiorno quale moglie di un cittadino inglese, ma tale permesso le veniva negato e a suo carico veniva emesso un ordine di espulsione. La signora Carpenter presentava ricorso contro tale decisione il quale tuttavia veniva respinto. Essa, dunque, ricorreva in appello ove si poneva la questione se un cittadino non dell'Unione europea potesse trarre dall'articolo 56 TFUE o dalla direttiva 73/148/CEE relativa alla soppressione delle restrizioni al trasferimento e al soggiorno dei cittadini degli Stati membri all'interno della Comunità in materia di stabilimento e di prestazione di servizi il diritto di soggiornare con il proprio coniuge cittadino dell'Unione europea prestatore di servizi nello Stato di quest'ultimo.

La Corte esclude l'applicazione della direttiva, in quanto questa non disciplina il diritto di soggiorno dei familiari del prestatore di servizi di cui all'art. 56 TFUE ed esamina la questione direttamente alla luce di tale norma.

La Corte ricorda innanzitutto che “il legislatore dell'Unione europea ha riconosciuto l'importanza di garantire la tutela della vita familiare dei cittadini degli Stati membri al fine di eliminare gli ostacoli all'esercizio delle libertà fondamentali enunciate dal Trattato, come emerge in particolare dalle disposizioni dei regolamenti e delle direttive del Consiglio relativi alla libera circolazione dei lavoratori subordinati e autonomi all'interno della Comunità [v., per esempio, art. 10 del regolamento CEE del Consiglio 15 ottobre 1968, n. 1612, relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità (GU L 257, pag. 2); artt. 1 e 4 della direttiva del Consiglio 15 ottobre 1968, 68/360/CEE, relativa alla soppressione delle restrizioni al trasferimento e al soggiorno dei lavoratori degli Stati membri e delle loro famiglie all'interno della Comunità (GU L 257, pag. 13), e artt. 1, n.1, lett. c), e 4 della direttiva 73/148]”³³⁴. Il passaggio successivo consiste nella constatazione che “è pacifico che la separazione dei coniugi Carpenter nuocerebbe alla loro vita familiare e, conseguentemente, alle condizioni di esercizio di una libertà fondamentale del sig. Carpenter”³³⁵. La lesione della vita familiare si traduce inevitabilmente in una lesione della libertà di circolazione del soggetto: il diritto fondamentale al rispetto della vita familiare e privata deve essere rispettato per garantire la libera prestazione di servizi e, dunque, appare come presupposto per la piena esplicazione di quest'ultima. La Corte ricorda in proposito la giurisprudenza *ERT* in virtù

³³⁴ Cfr. sent. *Carpenter* cit., punto 38.

³³⁵ Cfr. sent. *Carpenter* cit., punto 39.

della quale “uno Stato membro può addurre motivi di interesse generale al fine di giustificare una misura nazionale idonea ad ostacolare l’esercizio della libera prestazione di servizi solo qualora tale misura sia conforme ai diritti fondamentali di cui la Corte garantisce il rispetto”³³⁶.

La Corte qualifica la decisione di espellere la sig. ra Carpenter come un’ingerenza nell’esercizio del diritto del sig. Carpenter al rispetto della sua vita familiare ai sensi dell’art. 8 CEDU. Tale diritto fa parte anche dei principi fondamentali tutelati dal diritto dell’Unione europea. La Corte, pur essendosi più volte in passato dichiarata non competente ad interpretare la CEDU, esamina in modo approfondito tale violazione, considerando che essa coincide con un pregiudizio dei principi dell’ordinamento dell’Unione europea. Essa considera che l’ingerenza delle autorità britanniche viola la Convenzione, a meno che essa non corrisponda ai requisiti di cui al n. 2 dell’art. 8, cioè a meno che essa non sia prevista dalla legge, dettata da uno o più scopi legittimi ai sensi della disposizione citata e necessaria in una società democratica, cioè giustificata da un bisogno sociale imperativo e in particolare proporzionata al fine legittimo perseguito. La Corte, dunque, verifica se tali condizioni sussistono nel caso di specie, controllando il bilanciamento tra i veri interessi effettuato dallo Stato nel caso di specie. È interessante come la Corte si sostituisce nel caso di specie ad una valutazione che spetterebbe alla Corte di Strasburgo, ovvero il controllo circa il rispetto dei limiti del potere di deroga alle obbligazioni della Convenzione lasciato agli Stati in considerazione del loro margine di apprezzamento.

Secondo la Corte “la decisione di espellere la sig. ra Carpenter presa in circostanze quali quelle di cui alla causa principale non rispetta il giusto equilibrio tra gli interessi in gioco, cioè, da un lato, il diritto del sig. Carpenter al rispetto della sua vita familiare e, dall’altro, la salvaguardia dell’ordine pubblico e della pubblica sicurezza”³³⁷. La Corte ritiene, quindi, che il bilanciamento degli interessi in gioco effettuato dal Regno Unito non abbia portato ad un risultato corretto: secondo il giudice dell’Unione europea, infatti, se è vero che la sig.ra Carpenter restando sul territorio del Regno Unito senza permesso di soggiorno ne aveva violato le leggi, il suo comportamento non può tuttavia far presumere che la sua presenza possa rappresentare un pericolo per l’ordine pubblico e per la pubblica sicurezza. Di conseguenza, l’ingerenza delle autorità britanniche è non proporzionata allo scopo perseguito e contraria all’articolo 56 TFUE letto alla luce del diritto fondamentale al rispetto della vita familiare.

³³⁶ Cfr. sent. *Carpenter* cit., punto 40.

³³⁷ Cfr. sent. *Carpenter* cit., punto 43.

Un caso analogo, in cui la Corte ha applicato lo stesso metodo e ragionamento, è la sentenza *Karner*³³⁸. Essa trae origine da un rinvio pregiudiziale effettuato nell'ambito di una controversia tra la Herbert Karner Industrie-Auktionen GmbH (in seguito, "Karner") e la Troostwijk GmbH (in seguito, la "Troostwijk"), società autorizzate ad effettuare la vendita all'asta di beni mobili. La Troostwijk aveva acquistato beni provenienti da una massa fallimentare e intendeva organizzare una vendita all'asta avente ad oggetto gli stessi. Nel pubblicizzare l'evento, tale impresa specificava che si trattava di beni provenienti da una massa fallimentare. Secondo la Karner tali annunci pubblicitari sono illegittimi in quanto danno l'impressione che si tratti di una vendita organizzata dal curatore fallimentare, la quale solitamente è a prezzi più convenienti, e sono quindi contrari alla tutela del consumatore ex articolo 30, n. 1 del Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (di seguito, UWG), nonché alla concorrenza ex articolo 2 UWG. Lo Handelsgericht Wien ha pronunciato, su richiesta della Karner, un provvedimento provvisorio che ingiungeva alla Troostwijk di non far riferimento alla provenienza dei beni dalla massa fallimentare. La Troostwijk impugnava tale provvedimento, ma il suo ricorso veniva respinto. Successivamente in sede di appello presso l'Oberster Gerichtshof essa sosteneva che un tale provvedimento era contrario alla propria libertà di espressione garantita dall'art. 10 CEDU.

Il giudice austriaco si rivolgeva dunque alla Corte di giustizia per sapere se l'art. 34 TFUE fosse contrario ad una normativa nazionale che vieti ogni riferimento alla provenienza della merce da un fallimento, allorché, in pubblici avvisi o in comunicazioni destinate ad un numero rilevante di persone, si annunci la vendita di merci che, pur provenendo da un fallimento, non facciano più parte della massa fallimentare. La Corte considera che una tale normativa disciplina una modalità di vendita ai sensi della giurisprudenza *Keck e Mithouard* e quindi non ricade nel divieto stabilito dall'art. 34 TFUE. Ai fini dell'analisi condotta nel presente paragrafo, occorre tuttavia ripercorrere l'esame che la Corte effettua circa gli argomenti della Troostwijk, secondo la quale una normativa come quella discussa è incompatibile con l'art. 10 della CEDU. La Corte sottolinea che se il principio della libertà di espressione è espressamente riconosciuto dall'art. 10 CEDU e rappresenta un principio fondamentale della società democratica esso può tuttavia essere soggetto a limitazioni. La Corte ricorda che lo stesso art. 2 CEDU sancisce che la libertà di espressione può essere soggetta a

³³⁸ Corte giust., *Karner*, C-71/02, del 25 marzo 2004, in Racc. p. I-3025.

deroghe se sono previste dalla legge, dettate da uno o più scopi legittimi e necessarie in una società democratica, cioè giustificate da un bisogno sociale imperativo e in particolare proporzionate al fine legittimo perseguito. Anche in questo caso, dunque, la Corte effettua una verifica circa il margine discrezionale degli Stati membri nel bilanciare gli obblighi derivanti dalla Convenzione con altri interessi, operazione che spetterebbe alla Corte di Strasburgo, ma che si rende necessaria nel valutare se vi è stata una violazione dei diritti fondamentali che abbia inciso sull'ordinamento dell'Unione europea. La Corte afferma 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 sopra menzionati [nda di interesse generale] è variabile per ciascuno degli scopi che giustificano la limitazione di tale diritto e secondo la natura delle attività considerate”. Proprio perché sussiste un tale ambito di valutazione degli Stati “il controllo si limita alla verifica del carattere ragionevole e proporzionale dell'ingerenza”³³⁹. Nel caso di specie la Corte riconosceva che la limitazione della libertà espressione operata dalla normativa austriaca in ragione degli obiettivi legittimi da essa perseguiti, ovvero la tutela del consumatore e la lealtà dei rapporti commerciali, risultava ragionevole e proporzionata.

Di conseguenza in questo caso in cui una più ampia tutela della libertà di espressione avrebbe portato ad un rafforzamento della libera circolazione delle merci la Corte, pur non negando tale legame, effettua un test di proporzionalità e sancisce che la deroga è pienamente giustificata. La tutela dei diritti fondamentali andava nella stessa direzione di quella del mercato unico, ma nel caso di specie sussistevano le condizioni per una legittima restrizione a tale libertà. Il ragionamento della Corte prende le mosse dalla necessità di evitare ogni ostacolo alla libera circolazione delle merci e si sviluppa successivamente nell'analisi circa la sussistenza di una violazione dei diritti fondamentali secondo lo schema tipico della Corte di Strasburgo.

Un altro caso di questo tipo è la sentenza *Festersen*³⁴⁰ particolarmente interessante perché la tutela di un diritto fondamentale è accompagnata da quella della libertà di circolazione dei capitali. Alla base del rinvio pregiudiziale vi è un procedimento penale a carico del signor Festersen, un cittadino tedesco che aveva acquistato dei fondi agricoli in Danimarca senza rispettare l'obbligo di fissare la sua stabile residenza su tale fondo. La legge agraria danese prevede, infatti, che l'acquirente di un fondo agricolo vi

³³⁹ Cfr. sent. *Karner*, cit. punto 51.

³⁴⁰ Corte giust., *Festersen*, sentenza del 25 gennaio 2007, C-370/05, in Racc. p. I-1129.

stabilisca la propria residenza e la mantenga per almeno otto anni: poiché il signor Festersen non aveva adempiuto a tale obbligo, la commissione agraria competente lo invitava a regolarizzare la propria posizione mediante ingiunzione. A questa faceva seguito una sentenza di condanna al pagamento di un'ammenda poiché l'interessato seguitava a non ottemperare al proprio dovere. Il signor Festersen veniva, quindi, iscritto nel registro anagrafico come residente e ricorreva in appello avverso la sentenza di condanna. Nell'ambito di tale giudizio sorgeva la questione se l'obbligo di residenza previsto dalla legge agraria fosse compatibile con i principi della libertà di stabilimento e della libera circolazione dei capitali sanciti dagli articoli 49 e 63 TFUE.

La Corte esamina la questione alla luce della libera circolazione dei capitali, in quanto, secondo la propria precedente giurisprudenza, il diritto di acquistare, gestire e alienare beni immobili nel territorio di un altro Stato membro, che costituisce il complemento necessario della libertà di stabilimento, come risulta dall'articolo 50, n. 2, lett. e), TFUE genera, quando viene esercitato, movimenti di capitali. La misura in questione danese costituisce indubbiamente una restrizione alla libertà di movimento dei capitali, in quanto, pur non essendo discriminatoria, ne rende più difficoltosa la circolazione. Una tale misura può tuttavia essere giustificata se essa persegue un obiettivo di interesse generale, se applicata in maniera non discriminatoria ed in modo da rispettare il principio di proporzionalità, ossia se essa è idonea a garantire il conseguimento dell'obiettivo perseguito e non eccede quanto necessario al suo raggiungimento.

La Corte esamina, innanzitutto, gli obiettivi posti a fondamento di tale normativa, ovvero il preservamento dei terreni agricoli in conduzione diretta, il mantenimento di un ambiente rurale, l'uso ragionevole dei fondi disponibili: essi presentano in sé stessi un carattere di interesse generale e corrispondono in linea generale a quelli della politica agricola comune e possono giustificare restrizioni alla libertà dei movimenti di capitali. L'esame passa dunque alla verifica della proporzionalità della misura. In tale valutazione la Corte sottolinea che l'obbligo di residenza imposto dalla legge danese restringe non soltanto la libertà dei movimenti di capitali, ma anche il diritto dell'acquirente di scegliere liberamente la sua residenza, garantito dall'art. 2, n.1, del protocollo 4 della CEDU. In tale passaggio viene dunque identificato il legame tra libertà di circolazione e diritto fondamentale che rende il vaglio circa la giustificazione della misura nazionale più stringente poiché essa, ledendo entrambe queste prerogative, si rivela particolarmente coercitiva dello spazio della persona. Si pone dunque il problema di

verificare se lo Stato danese avrebbe potuto emanare misure diverse, meno restrittive rispetto a tale obbligo. Secondo la Corte, la difesa danese non ha dimostrato che l'obbligo controverso non poteva essere sostituito da misure meno restrittive e poiché è previsto che la residenza debba essere mantenuta per almeno 8 anni "una tale ulteriore condizione, secondo ogni evidenza, eccede quanto può considerarsi necessario, in particolare nella misura in cui essa implica una sospensione durevole dell'esercizio della libertà fondamentale di scegliere la propria residenza"³⁴¹.

Dall'esame dei casi precedenti emerge dunque la consapevolezza che la tutela dei diritti fondamentali, lungi dal contrapporsi alle libertà comunitarie può tradursi in un rafforzamento delle stesse. La tutela dell'individuo come *civis europeus*, secondo la celebre espressione di Jacobs, comporta che egli possa godere delle proprie libertà comunitarie contemporaneamente ai propri diritti fondamentali. Occorre osservare inoltre che libertà comunitarie e diritti fondamentali nelle situazioni sopra esaminate concorrono a restringere la potestà degli Stati di opporre una propria normativa che comporti un ostacolo al mercato interno: la Corte di giustizia, continuando quanto sancito in *ERT*, pone un limite ulteriore, rispetto a quanto previsto dal Trattato, alla possibilità di opporre restrizioni alle libertà comunitarie, ovvero la tutela dei diritti fondamentali. Come esplicitato in *Festersen*, ove una misura nazionale costituisca contemporaneamente un ostacolo ad una libertà di circolazione e una lesione di un diritto fondamentale, il vaglio di legittimità operato dalla Corte risulta più approfondito al fine di evitare che l'esercizio della potestà normativa degli Stati possa tradursi in una misura così gravemente pregiudizievole per l'ordinamento dell'Unione europea. In tale operazione la Corte riassume in sé il proprio compito tradizionale di tutela dell'integrità dell'ordinamento dell'Unione europea e quello della Corte di Strasburgo di tutela dei diritti consacrati dalla Convenzione. Nel valutare la proporzionalità delle misure restrittive delle libertà comunitarie, secondo quanto sancito dalla giurisprudenza e dal Trattato, la Corte controlla anche la necessità e la proporzionalità delle deroghe ai diritti fondamentali che gli Stati hanno operato nell'ambito del loro potere discrezionale. L'aspetto di lesione dei diritti fondamentali emerge, infatti, quasi ad adiuvandum, a sostegno della tesi circa la violazione della libertà comunitaria, inserito tra gli argomenti dei ricorrenti.

È evidente che tali casi di connubio tra diritti fondamentali e libertà comunitarie continueranno a coesistere accanto ai casi di conflitto. Occorre

³⁴¹ Cfr. sent. *Festersen* cit., punto 41.

osservare che questi ultimi si rivelano quando si è in presenza di un diritto fondamentale proprio dell'ordinamento nazionale, mentre nei primi rilevano diritti tutelati dall'ordinamento dell'Unione europea e del Consiglio d'Europa. Anche i diritti fondamentali nazionali sono tutelati dalla Corte di giustizia ove questi coincidano con i principi generali di diritto dell'Unione europea di cui la Corte garantisce l'osservanza: tuttavia nel secondo caso si tratta di diritti fondamentali tutelati secondo il livello dell'Unione europea e che derivano dalla CEDU.

In entrambe le situazioni, nell'ambito del rinvio pregiudiziale la Corte effettua un bilanciamento tra le esigenze e i valori contrastanti giungendo ad una riconciliazione armonica tra i diversi livelli di tutela e gli opposti interessi in gioco.

8. I diritti fondamentali e la libera circolazione delle decisioni

Oltre alle quattro libertà di circolazione del mercato interno, la dottrina ha identificato nell'ordinamento dell'Unione europea l'esistenza di una "quinta libertà" ovvero la libera circolazione delle sentenze. Si tratta di un elemento essenziale dello *spazio di libertà, sicurezza e giustizia*³⁴² che caratterizza l'Unione europea in quanto comunità di diritto: vi è piena integrazione soltanto se un cittadino dell'Unione europea che ha ottenuto in via giudiziaria la soddisfazione di un proprio diritto e che si sposta nel territorio dell'Unione può goderne in ognuno degli Stati membri.

Per garantire la realizzazione della libera circolazione delle sentenze sono state elaborate la Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968³⁴³, concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale e la Convenzione di Lugano³⁴⁴ del 16

³⁴² Tale nozione viene considerata diversamente dalla dottrina in relazione alla nozione di *spazio giudiziario europeo*: cfr. ad esempio D. VIDAL, *Rapport introductif*, in *RAE* 2005, n 2, p. 139 che le utilizza indifferentemente, e J. RIDEAU, *L'integration de l'arbitrage dans l'espace judiciaire européen*, in *RAE* 2005, n 2, p. 143 ss, il quale considera lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia come una componente dello spazio giudiziario europeo.

Nel presente lavoro si accoglie la concezione secondo la quale è lo spazio giudiziario europeo ad essere componente della nozione più ampia di spazio di libertà, sicurezza e giustizia secondo quanto indicato da Y. GAUTIER, *Espace judiciaire européen*, in L. CADIIET, *Dictionnaire de la Justice*, Parigi, 2004, p. 437 ss e dalla Commissione, ad esempio in *Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento Europeo sullo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, del 2 giugno 2006.

³⁴³ Pubblicata in GUCE L 299 del 31 dicembre 1972.

³⁴⁴ Cfr. H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, Parigi, 2002.

settembre 1988 che ha esteso le stesse regole ai rapporti tra i paesi della Comunità Europea e quelli appartenenti all'Associazione europea di libero scambio³⁴⁵.

Si tratta di due strumenti fondamentali per l'integrazione giuridica, resa necessaria dalla sempre maggiore integrazione a livello economico. La Commissione stessa, in una nota inviata il 22 ottobre 1959 agli Stati membri per invitarli ad avviare i negoziati, affermava che "un vero mercato interno tra i sei Stati potrà essere realizzato soltanto a condizione che venga garantita una sufficiente tutela giuridica. Sono da temersi perturbazioni e difficoltà nella vita economica della Comunità qualora non si possa far accettare e realizzare, in via giudiziaria se del caso, i diritti individuali che sorgeranno dalle molteplici relazioni giuridiche. Poiché il potere giudiziario, tanto in materia civile quanto in materia commerciale, rientra nella sovranità degli Stati membri, e poiché, d'altra parte, gli effetti degli atti giudiziari restano limitati al territorio nazionale, la tutela giuridica e, di conseguenza, la sicurezza giuridica nel Mercato comune, dipendono essenzialmente dall'adozione da parte degli Stati membri in comune di una soluzione soddisfacente per quanto riguarda il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni giudiziarie"³⁴⁶. Gli attori dello spazio giudiziario europeo, infatti, hanno tutto l'interesse a conoscere con precisione qual è il tribunale competente a conoscere una lite e ad ottenere l'esecuzione di una sentenza favorevole in tutto il territorio europeo. Con la Convenzione di Bruxelles del 1968, i sei Stati membri originari della Comunità hanno, dunque, stabilito un regime uniforme per la determinazione della competenza giurisdizionale in ordine alle liti in materia civile e commerciale e un rito semplificato per il riconoscimento e la dichiarazione di esecutività delle decisioni. La base giuridica di questa convenzione era l'allora art. 220 del Trattato CE (divenuto in seguito art. 293 CE e ora abrogato dal Trattato di Lisbona), il quale prevedeva la possibilità per gli Stati di avviare tra loro, per quanto necessario, negoziati allo scopo di garantire il reciproco riconoscimento e la reciproca esecuzione delle decisioni giudiziarie e delle sentenze arbitrali. Bisogna sottolineare che non si trattava di un atto di diritto dell'Unione europea derivato, perché non proveniva dalle istituzioni, ma direttamente dagli Stati. Si tratta di una differenza notevole, in quanto al momento dell'ingresso di un nuovo Stato nella Comunità Europea, il diritto

³⁴⁵ AESL oppure EFTA, di cui oggi, a seguito del progressivo allargamento dell'Unione Europea, fanno parte soltanto la Svizzera, la Norvegia e l'Islanda.

³⁴⁶ Nota della Commissione del 22 ottobre 1959, citata in Relazione Jenard di accompagnamento alla Convenzione di Bruxelles, GUCE C 59 del 5 marzo 1979.

dell'Unione europea viene applicato direttamente (salvo misure transitorie), mentre, per quanto riguarda le convenzioni, è necessario uno specifico atto di adesione. Un'altra conseguenza importante riguarda la competenza della Corte di giustizia: è stato, infatti, necessario uno specifico protocollo per attribuire alla Corte la competenza per l'interpretazione della Convenzione, firmato a Lussemburgo il 3 giugno 1971³⁴⁷. Il sistema di rinvio pregiudiziale previsto era, inoltre, diverso rispetto al modello dell'articolo 267 TFUE: la differenza più rilevante consisteva nell'esclusione da questo meccanismo di cooperazione dei tribunali che giudicano in prima istanza, con l'obbligo di rinvio per le giurisdizioni di ultima istanza e la semplice facoltà per quelle che giudicano in grado di appello.

Dopo l'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam, il Consiglio ha provveduto alla trasformazione della Convenzione nel regolamento 44/2001³⁴⁸. La base giuridica era l'allora art. 61 c), inserito nel Titolo IV del Trattato "Visti, asilo e immigrazione e altre politiche relative alla libera circolazione delle persone"³⁴⁹.

L'art 61, c) rinviava all'art. 65 che prevedeva la possibilità di adottare misure nel settore della cooperazione giudiziaria in materia civile, avente implicazioni transfrontaliere. Trattandosi di un regolamento, esso è direttamente ed immediatamente applicabile su tutto il territorio dell'Unione. Il Regno Unito e l'Irlanda, dopo aver dichiarato al momento della firma del Trattato di Amsterdam di non considerarsi vincolate direttamente dal Titolo IV del Trattato e dai testi di diritto derivato adottati in applicazione di questo, hanno esercitato la facoltà di *opting in* in un secondo momento, aderendo al regolamento. Simile vicenda è quella della Danimarca, la quale ha effettuato la medesima dichiarazione e successivamente stipulato un accordo con l'Unione per aderire al regolamento³⁵⁰.

La competenza della Corte di giustizia deriva direttamente dal Trattato, ma ai sensi dell'art. 68 e non del 234 CE. Si tratta di un'ulteriore modulazione dello strumento pregiudiziale, che questa volta è limitato alle giurisdizioni avverso le cui decisioni non può essere promosso alcun ricorso di diritto interno.

³⁴⁷ Nell'aderire alla Convenzione ogni Stato membro ha ugualmente aderito al Protocollo, la cui ultima versione è pubblicata in GUCE C 27 del 27 febbraio 1998, p. 28

³⁴⁸ G.U.C.E. L 12, p. 1 in vigore dal 1° marzo 2002.

³⁴⁹ Con il Trattato di Lisbona tale titolo è stato modificato in "Spazio di libertà, sicurezza e giustizia". Gli artt. 61 e 65 corrispondono agli attuali artt. 67 e 81 TFUE.

³⁵⁰ Decisione del Consiglio, del 27 aprile 2006, relativa alla conclusione di un accordo tra la Comunità europea e il Regno di Danimarca concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, in *GUUE* L 120 del 5 giugno 2006, p. 22. Cfr. anche *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2007, p. 527.

Il regolamento ha sostituito la Convenzione di Bruxelles per le azioni proposte e gli atti pubblici formati dopo il 1° marzo 2002 (data di entrata in vigore) e si pone in linea di continuità con questo strumento che ha essenzialmente ripreso, apportando al tempo stesso modificazioni importanti, ma il cui esame esula dal nostro studio.

Tra gli obiettivi di tali strumenti vi era quello di favorire la più ampia circolazione delle sentenze sulla base della reciproca fiducia degli Stati: sono state, tuttavia, inserite alcune disposizioni che consentono di limitare tale circolazione in virtù della considerazione di interessi essenziali dello Stato. Tali motivi ostativi sono stati inseriti all'articolo 27 della Convenzione, il quale è stato poi ripreso con alcune modifiche nell'articolo 34 del regolamento. La Corte di giustizia ha interpretato tali disposizioni in sede di rinvio pregiudiziale, mostrando come la tutela dei diritti fondamentali possa essere ricondotta a tali motivi ostativi e che dunque si può ravvisare un'altra tipologia di conflitto tra diritti fondamentali e libertà di circolazione quando questi vengono opposti per bloccare la circolazione di una sentenza. Le premesse di tale conflitto sono differenti dagli altri casi di contrasto tra libertà di circolazione e diritti fondamentali, in quanto il contrasto non si manifesta direttamente, ma attraverso l'interpretazione di un'eccezione prevista direttamente dalla normativa comunitaria. Occorre, tuttavia, dare brevemente conto di tale giurisprudenza per completare l'analisi sul rapporto tra libertà di circolazione e diritti fondamentali.

I motivi ostativi che racchiudono la tutela dei diritti fondamentali, secondo quanto sancito dalla Corte, sono i n. 1 e 2 dell'art. 27: "Le decisioni non sono riconosciute: 1) se il riconoscimento è contrario all'ordine pubblico dello Stato richiesto; 2) se la domanda giudiziale od un atto equivalente non è stato notificato o comunicato al convenuto contumace regolarmente ed in tempo utile perché questi possa presentare le proprie difese". L'art. 34 presenta una formulazione leggermente differente, in quanto nel motivo n. 1) prevede che la contrarietà all'ordine pubblico sia manifesta, mentre al n. 2) limita la portata del motivo ostativo aggiungendo che questo non possa valere se il convenuto, pur avendone avuto la possibilità, non ha impugnato la decisione.

La giurisprudenza della Corte, a proposito dell'art. 27 della Convenzione, illustra che la contrarietà all'ordine pubblico è fattispecie residuale rispetto agli altri due motivi ostativi al riconoscimento delle sentenze, ovvero la mancanza di notifica al convenuto contumace e il contrasto di giudicati³⁵¹,

³⁵¹ Corte giust., 10 ottobre 1996, *Hendrikman*, causa C- 78/95, in Racc. p. I- 4943, punto 23.

proprio per il carattere generale di tale motivo. Occorre, dunque, esaminare per prima la giurisprudenza relativa al motivo n. 2.

Nelle proprie pronunce la Corte ha esplicitato che la *ratio* di tale disposizione è la tutela del diritto di difesa del convenuto: il fine è, infatti, garantire che una sentenza non sia riconosciuta né eseguita a norma della Convenzione, qualora il convenuto non abbia avuto la possibilità di difendersi dinanzi al giudice dello Stato d'origine³⁵². Poiché il sistema della Convenzione ha lo scopo di facilitare la libera circolazione delle sentenze nell'ambito della Comunità, il rifiuto del riconoscimento e dell'esecuzione deve essere limitato ai casi eccezionali in cui le garanzie offerte dallo Stato di origine e dalla stessa Convenzione non siano sufficienti per dare al convenuto la possibilità di difendersi dinanzi al giudice di origine³⁵³. La Corte, dunque, sembra indicare che il legislatore dell'Unione europea ha inteso conferire la massima estensione possibile alla circolazione delle sentenze, con il limite, tuttavia, della tutela dei diritti fondamentali, in particolare del diritto di difesa.

Nella consapevolezza di dover garantire tale diritto fondamentale, la Corte di giustizia aveva interpretato l'art. 27, n. 2 della Convenzione richiedendo che i requisiti della regolarità e della tempestività della notifica dovessero sussistere cumulativamente ai fini del riconoscimento della sentenza³⁵⁴. La Corte aveva, inoltre, sancito che, perché il convenuto possa difendersi, la comunicazione o notificazione della domanda giudiziale o di un atto equivalente, ai sensi dell'art. 27, n. 2 della Convenzione deve avvenire prima che sia stato emesso un provvedimento esecutivo nello Stato di origine³⁵⁵. Con tale interpretazione stringente dei requisiti della regolarità della notifica, la Corte manifestava, dunque, un certo rigore nell'assicurare la tutela dei diritti fondamentali ed un relativo *favor* verso questi ultimi, in caso di conflitto con la libera circolazione delle sentenze.

Il legislatore dell'Unione europea nel trasformare la Convenzione in regolamento si è, però, discostato dalla precedente formulazione della Convenzione di Bruxelles all'art. 27 e dall'interpretazione che ne aveva dato la Corte di giustizia. Come già ricordato, l'art. 34.2 prevede, infatti, che la mancata notificazione dell'atto introduttivo del giudizio in tempo utile per preparare le proprie difese sia causa ostativa del riconoscimento solamente quando il convenuto contumace che ne aveva la possibilità abbia fatto valere

³⁵² Corte giust., 21 aprile 1993, *Sonntag*, causa C-171/91, in Racc. p. I-1963, punto 38.

³⁵³ Corte giust., 16 giugno 1981, *Klomps*, causa C-166/80, in Racc. p. 153, punto 9.

³⁵⁴ Corte giust., 3 luglio 1990, *Lancray*, causa C-305/88, p. I-2725.

³⁵⁵ Corte giust., 12 novembre 1992, *Minalmet*, C-123/91, in Racc. p. I-5661, punto 18.

tale vizio nel corso del giudizio estero con gli strumenti processuali previsti a tal fine dallo Stato di origine.

Secondo la ricostruzione illustrata dall'avvocato generale Léger nella causa *ASLM*³⁵⁶ le modifiche all'art. 27 sono dirette ad evitare che: (i) un'irregolarità formale della notifica dell'atto introduttivo osti al riconoscimento della decisione contumaciale anche qualora tale irregolarità non abbia leso gli interessi del convenuto e che quest'ultimo abbia avuto tempo sufficiente per presentare le proprie difese; (ii) un convenuto contumace attenda la procedura di riconoscimento ed esecuzione nello Stato richiesto per far valere la violazione dei propri diritti di difesa nel caso in cui abbia avuto la possibilità di tutelarsi con un ricorso nello Stato di origine. L'obiettivo dunque è quello di evitare abusi processuali: il convenuto contumace infatti poteva trarre vantaggio dalla propria condotta negligente nel difendere i propri diritti mediante i mezzi di ricorso esperibili.

Si deve ricordare, inoltre, che secondo la giurisprudenza della Corte³⁵⁷ il ricorrente, il quale abbia ottenuto in uno Stato contraente una decisione favorevole, atta a ricevere l'*exequatur* in un altro Stato contraente, non può esercitare in quest'ultimo una nuova azione avente il medesimo oggetto contro il suo debitore. Se dunque nello Stato richiesto non viene accolto l'*exequatur*, l'attore si trova nella impossibilità di ottenere in tale Stato sia l'esecuzione della sentenza ottenuta nello Stato d'origine che una nuova decisione giurisdizionale positiva, con sostanziale pregiudizio della propria posizione³⁵⁸.

Se, dunque, il convenuto, pur dopo la notifica della sentenza contumaciale, si astiene dal far valere le presunte violazioni del proprio diritto di difesa impugnando tale decisione, non può, in sede di riconoscimento ed esecuzione lamentare tali pregiudizi. Se il convenuto si fosse attivato diligentemente nello Stato di origine, avrebbe avuto la possibilità di far valere direttamente la violazione dei propri diritti.

Il sistema della convenzione/regolamento prevede un duplice controllo del diritto di difesa del convenuto contumace: l'art. 20 della Convenzione (art. 26 regolamento) sancisce, infatti, che durante il procedimento iniziale nello Stato d'origine, il giudice è tenuto a sospendere il processo fin quando non si sia accertato che al convenuto è stata data la possibilità di ricevere la domanda giudiziale o un atto equivalente in tempo utile per poter presentare

³⁵⁶ Conclusioni dell'avvocato generale alla sentenza *ASLM*, 14 dicembre 2006, C- 283/05, in Racc. p. I-12041.

³⁵⁷ Corte giust., 30 novembre 1976, *De Wolf*, causa C-42/76, in Racc. p. 1759.

³⁵⁸ Cfr. sent *ASLM*, conclusioni dell'avvocato generale cit., p.57.

le proprie difese, ovvero che è stato fatto tutto il possibile in tal senso. In seguito, durante la procedura di riconoscimento ed esecuzione, si ha un'ulteriore verifica da parte del giudice dello Stato richiesto. Un tale sistema di protezione non deve, però, giustificare l'inerzia della parte convenuta.

Legislatore e giudice dell'Unione europea, dunque, si dimostrano attenti ad effettuare un giusto bilanciamento tra tutela dei diritti fondamentali e libera circolazione delle sentenze, in modo da evitare abusi del diritto e consentire la massima esplicazione di entrambe le prerogative. In questo caso di conflitto tra diritti fondamentali e libertà di circolazione, la Corte interviene secondo le linee che sono già tracciate dal legislatore: si può dire che nella formulazione normativa di convenzione e regolamento vi è già una certa gerarchia di valori che guida anche il metodo della Corte, in quanto la priorità è accordata alla libera circolazione delle sentenze. Più che effettuare un vero e proprio bilanciamento, in questi casi la Corte si limita ad applicare i dettami del legislatore verificando che non vi sia una lesione indebita dei diritti fondamentali.

Anche dalla giurisprudenza relativa all'art. 27, n. 1 della convenzione emerge che lo scopo di tale norma era porre dei limiti alla circolazione delle sentenze, al fine di evitare una lesione dei diritti fondamentali dei cittadini comunitari. La Corte esplicita, infatti, che l'obiettivo della convenzione non può essere raggiunto indebolendo, in qualsiasi modo, i diritti della difesa³⁵⁹.

Secondo questa giurisprudenza, i diritti fondamentali dell'uomo fanno parte dei principi generali del diritto dell'Unione europea, di cui la Corte garantisce l'osservanza. Dalla CEDU risulta che i diritti della difesa, i quali derivano dal diritto a un processo equo sancito dall'art. 6 presuppongono una tutela concreta ed effettiva, atta a garantire l'esercizio effettivo dei diritti del convenuto³⁶⁰.

Per quanto riguarda la contrarietà all'ordine pubblico, il *leading case* è sicuramente *Krombach*³⁶¹, seguito da *Maxicar*³⁶², in cui si afferma che il ricorso all'art. 27.1 della convenzione "è immaginabile solo nel caso in cui il riconoscimento o l'esecuzione della decisione pronunciata in un altro Stato contraente contrasti in modo inaccettabile con l'ordinamento giuridico dello Stato richiesto, in quanto lesiva di un principio fondamentale. [...]La lesione

³⁵⁹ Cfr. Corte giust., 11 giugno 1985, *Debaecker e Plouvier*, causa C-49/84, in Racc. p. 1779, punto 10; Corte giust., 3 luglio 1990, *Lancray*, causa C-305/88, in Racc. p. I-2725, punto 21; Corte giust., 28 marzo 2000, *Krombach*, causa C-7/98, in Racc. p. I-1935, punto 43; Corte giust., 13 ottobre 2005, *Scania Finance*, causa C-522/03, in Racc. p. I-8689.

³⁶⁰ Cfr. Corte giust., 14 dicembre 2006, *ASML*, causa C-283/05, in Racc. I-12041, p. 27.

³⁶¹ Cfr. sent. *Krombach*, cit.

³⁶² Cfr. Corte giust., 11 maggio 2000, *Maxicar*, causa C-38/98, in Racc. p. I-2973.

dovrebbe costituire una violazione manifesta di una regola di diritto considerata essenziale nell'ordinamento giuridico dello Stato richiesto o di un diritto riconosciuto come fondamentale nello stesso ordinamento giuridico³⁶³. In particolare entrambe le sentenze citate fanno riferimento al diritto alla difesa.

Recentemente questo tema è stato ripreso da *Eurofood*³⁶⁴, in cui la Corte di giustizia ha dichiarato la giurisprudenza *Krombach* applicabile all'art. 26 del regolamento 1346/2000³⁶⁵. In tale sentenza viene evidenziato che la Corte ha riconosciuto espressamente il principio generale di diritto dell'Unione europea in forza del quale ogni persona ha diritto ad un equo processo³⁶⁶. In particolare si evidenzia che “il diritto ad ottenere comunicazione degli atti del procedimento e più in generale ad essere sentiti[...] occupano un posto preminente nell'organizzazione e nello svolgimento di un processo equo”. Una violazione di tale diritto è contraria all'ordine pubblico. Spetta però al giudice dello Stato richiesto accertare se, nel corso del procedimento dinanzi al giudice dello Stato da cui proviene la decisione di apertura d'insolvenza, abbia avuto luogo una manifesta violazione. Nelle conclusioni dell'avvocato generale, viene indicato che “La relazione Virgòs-Schmit³⁶⁷ cerca di restringere le interpretazioni dell'ordine pubblico ai diritti e alle libertà costituzionalmente protetti e alle politiche fondamentali dello Stato richiesto, sia sostanziali che procedurali; infatti afferma che l'ordine pubblico può “proteggere i partecipanti o i soggetti coinvolti nell'ordinamento contro la mancata osservanza del principio del giusto processo. L'ordine pubblico non comporta un controllo generale della correttezza delle procedure seguite in un altro Stato contraente, ma piuttosto essenziali garanzie procedurali quali l'adeguata possibilità di essere sentiti e i diritti di partecipazione al procedimento.”³⁶⁸.

³⁶³ Cfr. sent. *Krombach*, cit., p. 37.

³⁶⁴ Cfr. Corte giust., 2 maggio 2006, *Eurofood*, causa C- 341/04, in Racc. p. I-3813.

³⁶⁵ Regolamento (CE) del Consiglio 29 maggio 2000, n. 1346 relativo alle procedure di insolvenza, in GU 2000 L 160, p. 1. Secondo l'articolo 26 uno stato membro può rifiutarsi di riconoscere una procedura di insolvenza aperta in un altro Stato membro o di eseguire una decisione presa nell'ambito di detta procedura, qualora il riconoscimento o l'esecuzione possano produrre effetti palesemente contrari all'ordine pubblico, in particolare ai principi fondamentali o ai diritti e alle libertà personali sanciti dalla Costituzione.

³⁶⁶ Cfr. Sent. *Eurofood* cit., punto 65.

³⁶⁷ Si tratta della relazione esplicativa della Convenzione relativa alle procedure di insolvenza che non è mai entrata in vigore a causa della mancata firma del Regno Unito, ma il cui contenuto è stato riversato nel regolamento 1346/2000. Tale relazione può dunque essere usata quale strumento interpretativo del regolamento. Essa non è mai stata pubblicata in Gazzetta Ufficiale, sebbene costituisca un documento del Consiglio dell'UE dell'8 luglio 1996- 6500/1/96.

³⁶⁸ Cfr. Sent. *Eurofood* cit., punto 143.

Attraverso il limite dell'ordine pubblico, dunque, il legislatore dell'Unione europea tutela i diritti fondamentali, affermando ancora una volta che questi non possono essere prevaricati neppure per consentire la circolazione delle sentenze. Rispetto agli altri casi di conflitto esaminati nel presente capitolo risulta evidente la riconduzione dei diritti fondamentali alla nozione di ordine pubblico quali valori fondamentali di un ordinamento e non quali elementi a sé stanti cui contrapporre le libertà di circolazione. La giurisprudenza della Corte ha preso in esame soltanto un diritto fondamentale, ovvero quello di difesa. Tale diritto disciplinato all'art. 6 della CEDU, coincide solo parzialmente con quanto previsto dalla Costituzione: la nostra Carta fondamentale, infatti, comprende una formulazione più ampia delle garanzie procedurali, tanto da garantire anche il diritto al patrocinio gratuito per i non abbienti (art. 24.1 Cost.), la predeterminazione legale delle regole processuali (art. 111 Cost. giusto processo "regolato dalla legge"), l'obbligo di motivazione della sentenza (art. 111 Cost.)³⁶⁹. La mancata motivazione delle sentenze non è invece una violazione diretta dell'art. 6 CEDU, ma solo in quanto pregiudica il diritto della difesa. La Corte di Strasburgo ha tuttavia sancito che quando un motivo di ricorso è articolato in maniera sufficientemente chiara e precisa, il tribunale deve rispondere in maniera specifica ed esplicita³⁷⁰.

In virtù della sentenza *Krombach* la Corte di giustizia ha espressamente indicato che i principi sanciti dall'art. 6 CEDU sono da considerare valori fondamentali dell'Unione e possono quindi essere ricondotti pacificamente nell'ambito dell'ordine pubblico processuale. In particolare, in tale sentenza si fa riferimento a: (i) diritto di azione, che quindi comporta l'intollerabilità del *solve et repete* e in generale di ogni forma di giustizia condizionata; (ii) il diritto di difesa, che si concreta nel diritto ad essere resi edotti della pendenza del giudizio e ad essere messi in condizioni di parteciparvi, nel potere di domanda, eccezione, di replica, nel diritto alla prova, nel diritto alla parità delle armi e al contraddittorio, (iii) l'indipendenza e l'imparzialità del giudice, (iv) la pubblicità delle udienze, (v) la durata ragionevole del processo. Nel dispositivo della sentenza si fa riferimento in particolare al diritto di difesa, mentre nella motivazione la Corte si riferisce in generale a tutti i principi contenuti nell'art. 6. Una decisione in violazione dei principi di cui all'art. 6 è sicuramente in contrasto con l'ordine pubblico processuale dello stato richiesto.

³⁶⁹ D'ALESSANDRO E., *Il riconoscimento delle sentenze straniere*, Torino, 2007, p.148.

³⁷⁰ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Hiro Balani c. Spagna*, del 9 dicembre 1994, ricorso n. 18064/91.

Poiché, dunque, la nozione di ordine pubblico è essenzialmente nazionale, in quanto attiene ai valori e principi fondamentali di un singolo Stato membro, il compito della Corte di giustizia nel valutare che non vengano opposte restrizioni ingiustificate alla libertà di circolazione delle sentenze invocando tale limite, appare estremamente delicato in ragione del rispetto del principio di competenza. In *Krombach* la Corte ha superato tali difficoltà sancendo che “[...] sebbene gli Stati contraenti restino, in linea di principio, liberi di determinare, in forza della riserva di cui all’art. 27, punto 1), della Convenzione, conformemente alle loro concezioni nazionali, le esigenze del loro ordine pubblico, i limiti di tale nozione rientrano nell’interpretazione della Convenzione. [28] Pertanto, sebbene non spetti alla Corte definire il contenuto dell’ordine pubblico di uno Stato contraente, essa è però tenuta a controllare i limiti entro i quali il giudice di uno Stato contraente può ricorrere a tale nozione per non riconoscere una decisione emanata da un giudice di un altro Stato contraente”³⁷¹. L’ambito di azione della Corte per verificare che il bilanciamento tra diritti fondamentali e libertà di circolazione delle sentenze è, dunque, ristretto alla verifica circa i limiti in cui un giudice può fare ricorso alla nozione di ordine pubblico per opporsi a tale circolazione. Si tratta di un passaggio di non facile interpretazione, in quanto risulta difficile determinare il limite del controllo della Corte dell’applicazione da parte del giudice nazionale dell’ordine pubblico del proprio Stato³⁷².

Occorre, infine, ricordare che anche la Corte di Strasburgo vigila sul rispetto dell’art. 6 CEDU in fase di exequatur: nel 2001 ha, infatti, condannato l’Italia per aver concesso l’exequatur ad una sentenza resa al termine di un processo che non rispettava le garanzie processuali di cui all’art. 6³⁷³.

Il corretto bilanciamento tra l’esigenza di garantire la massima circolazione delle sentenze e la piena tutela dei diritti fondamentali coinvolge dunque il giudice nazionale, la Corte di giustizia e la Corte europea dei diritti dell’uomo, richiedendo una cooperazione sempre più stretta.

³⁷¹ Cfr. sent. *Krombach* cit., punti 27 e 28.

³⁷² Cfr. Corte giust., 2 aprile 2009, *Gambazzi*, causa C-394/07, in Racc. I-02563.

³⁷³ Corte europea dei diritti dell’uomo, *Pellegrini c. Italia*, ricorso n. 30882/96, sentenza del 20 luglio 2001.

Capitolo IV

Il bilanciamento tra diritti fondamentali

SOMMARIO: 1. Il bilanciamento tra due diritti fondamentali. – 2. In particolare: la tutela della vita personale e dei dati. – 2.1 *Il quadro normativo di riferimento: la progressiva emersione del carattere fondamentale della protezione dei dati.* – 2.1.2 *Il coordinamento dei livelli di tutela attraverso le pronunce della Corte di giustizia.* – 2.2 Tutela della privacy- altri interessi dello Stato. – 2.2.1 *Il caso Österreichischer Rundfunk.* – 2.2.2 *Il caso Huber.* – 2.3 Tutela della privacy- libertà di espressione. – 2.3.1 *Il caso Lindqvist.* – 2.3.2 *Il caso Satakunnan Markkinaporssi e Satamedia.* – 2.4 Tutela della privacy- diritto di proprietà. – 2.4.1 *Il caso Promusicae.* – 2.5 Tutela della privacy- accesso ai documenti. – 2.5.1 *Il caso Bavarian Lager.* – 2.6 Tutela della privacy- equo processo. – 2.6.1 *Il caso Varec.* – 3. Conclusioni.

1. Il bilanciamento tra due diritti fondamentali

Come anticipato nel capitolo II, anche presso la Corte di giustizia si palesano talvolta dei veri e propri conflitti tra diritti fondamentali. Se la prima tendenza è quella di pensare alla Corte di giustizia come la sede di un contenzioso tecnico, relativo a questioni di carattere commerciale o fiscale connesse al funzionamento del mercato comune, l'evoluzione dell'ordinamento dell'Unione europea e del ruolo della Corte stessa hanno dimostrato che essa può essere considerata una vera e propria Corte costituzionale, nonché giudice dei diritti fondamentali, al pari della Corte di Strasburgo. Le controversie che giungono alla Corte in tema di diritti fondamentali richiedono spesso un bilanciamento degli stessi nel caso concreto, nonché un'opera di interpretazione del diritto dell'Unione europea che per certi aspetti può essere definita "additiva", in quanto completa l'opera del legislatore. È noto ed è stato più volte ricordato in questo lavoro come proprio la materia dei diritti fondamentali sia il caso più emblematico di questo affiancamento della Corte al legislatore dell'Unione europea, in cui anzi la Corte stessa ha sostituito il legislatore compilando autonomamente un catalogo di diritti fondamentali.

I conflitti tra diritti fondamentali sono, tuttavia, meno frequenti e meno drammatici di quelli che giungono alla Corte di Strasburgo (cfr. il caso *Evans* descritto nel cap. II), ma risultano di grande interesse, in quanto nella risoluzione di tali conflitti la Corte di giustizia combina tecniche interpretative classiche con il riferimento all'operato della Corte di Strasburgo, nonché con la collaborazione con il giudice nazionale, per non imporre standard intollerabili per gli Stati³⁷⁴. Occorre sottolineare che tale intervento della Corte di giustizia si è realizzato nella maggior parte dei casi in procedimenti di carattere pregiudiziale, in cui il giudice nazionale ha cercato il conforto del giudice dell'Unione europea nella risoluzione di conflitti sorti presso di lui che coinvolgevano al tempo stesso elementi di diritto dell'Unione europea.

2. In particolare: la tutela della vita personale e dei dati

Uno dei diritti che più frequentemente si ritrova in contrapposizione ad altri diritti o prerogative è il diritto alla riservatezza, il quale è progressivamente emerso come prerogativa fondamentale della persona da tutelare nello spazio giudiziario europeo. Fondamentale per il riconoscimento e la tutela di tale diritto, nella ricerca del migliore bilanciamento rispetto ai diritti e interessi contrapposti, è stata l'opera della Corte di giustizia. Tale opera si è svolta nell'ambito di un complesso quadro normativo che occorre brevemente ricostruire, prima di passare all'analisi delle pronunce su questo tema, in quanto essa testimonia un primo bilanciamento di interessi effettuato dal legislatore dell'Unione europea, successivamente integrato e portato avanti dalla Corte di giustizia. Le pronunce che verranno analizzate sono emblematiche del peculiare ruolo della Corte di giustizia, quale Corte costituzionale dell'ordinamento dell'Unione europea e al tempo stesso legislatore, nel fissare lo standard di tutela del diritto alla riservatezza e nel contemperare tale tutela con gli altri interessi e diritti confliggenti.

³⁷⁴ Sul concetto di tolleranza costituzionale a proposito delle sentenze della Corte di giustizia cfr. O. POLLICINO, *Discriminazione sulla base del sesso e trattamento preferenziale nel diritto comunitario*, Milano, 2005

2.1 Il quadro normativo di riferimento: la progressiva emersione del carattere “fondamentale” della protezione dei dati

Nell'ambito dell'Unione europea il primo strumento legislativo che ha affrontato il tema è la direttiva 95/46/CE³⁷⁵ relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali. Tale direttiva si applica ai dati trattati con mezzi automatici, come ad esempio la banca dati informatica di clienti, nonché ai dati contenuti o destinati a figurare in archivi non automatizzati. Essa non si applica, invece, ai trattamenti effettuati per l'esercizio di attività che non rientrano nel campo di applicazione del diritto dell'Unione europea, come quelle previste dagli ex titoli V e VI del trattato sull'Unione europea prima della riforma di Lisbona e comunque ai trattamenti aventi come oggetto la pubblica sicurezza, la difesa, la sicurezza dello Stato (compreso il benessere economico dello Stato, laddove tali trattamenti siano connessi a questioni di sicurezza dello Stato) e le attività dello Stato in materia di diritto penale; oppure effettuati da una persona fisica per l'esercizio di attività a carattere esclusivamente personale o domestico. Si tratta di una direttiva di armonizzazione, adottata sulla base dell'allora articolo 100 A, mediante la quale il legislatore dell'Unione europea intendeva stabilire un equilibrio tra un livello elevato di tutela della vita privata delle persone e la libera circolazione dei dati personali all'interno dell'Unione europea. Come è noto, le direttive di armonizzazione sono funzionali alla realizzazione del mercato interno, ovvero ad eliminare il divario delle legislazioni che può ostacolare le libertà di circolazione e in genere gli scambi, nonché provocare una distorsione della concorrenza. Il legislatore dell'Unione europea considerava, dunque, la tutela dei dati in un'ottica inizialmente economica, come strumentale alla funzionalità del mercato interno ed in particolare alla circolazione dei dati stessi³⁷⁶. Nel preambolo della direttiva si esplicitava, infatti, che la sempre maggiore integrazione economica avrebbe comportato una crescita dei flussi transfrontalieri di dati, dello scambio tra le imprese operanti in Stati membri diversi, nonché tra le pubbliche amministrazioni e che anzi questa circolazione sarebbe stata facilitata dal progresso delle tecnologie delle telecomunicazioni. Il divario tra i livelli di tutela dei dati avrebbe costituito un ostacolo ad una serie di attività economiche realizzate su scala

³⁷⁵ Direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 ottobre 1995, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati, in *Gazzetta ufficiale* n. L 281 del 23/11/1995 p. 31 – 50.

³⁷⁶ L'esame dei rinvii pregiudiziali in materia di diritti fondamentali rivela che vi sono dei casi in cui la tutela di un diritto fondamentale coincide con la realizzazione del mercato unico ed ha l'effetto di restringere la capacità di uno Stato di opporre deroghe alle libertà comunitarie.

comunitaria, nonché avrebbe potuto falsare la concorrenza e impedire il corretto adempimento dei propri compiti da parte di amministrazioni rilevanti nell'applicazione del diritto dell'Unione europea. Il legislatore dell'Unione europea interveniva, quindi, armonizzando i livelli nazionali di tutela di un diritto fondamentale, imponendo il livello dell'Unione europea: non vi era (e non vi è tuttora) una base giuridica nel Trattato idonea a consentire un tale intervento in una materia come quella dei diritti fondamentali, in cui l'Unione non ha competenza di sostituire le norme nazionali con quelle comunitarie, ma la strumentalità alla realizzazione del mercato interno consentiva tale azione. Al fine di stabilire un tale equilibrio tra un elevato livello di tutela e la libera circolazione dei dati personali, la direttiva dettava delle precise disposizioni per la raccolta e l'utilizzazione dei dati personali e imponeva agli Stati di istituire un organismo nazionale indipendente, incaricato della protezione dei dati. Essa prevede dei principi relativi alla legittimazione del trattamento dei dati e alla qualità: in particolare, si prevede che i dati personali debbano essere trattati lealmente e lecitamente e devono essere rilevati per finalità determinate, esplicite e legittime e che il trattamento possa essere effettuato solo con il consenso esplicito della persona interessata, oppure se il trattamento è necessario per l'esecuzione di un contratto di cui è parte la persona interessata, per adempiere un obbligo legale al quale è soggetto il responsabile del trattamento, salvaguardare l'interesse vitale della persona interessata, l'esecuzione di una funzione di interesse pubblico o il perseguimento di un interesse legittimo del responsabile del trattamento. La direttiva pone, poi, una grande attenzione alla corretta informazione delle persone interessate al trattamento dei dati e prevede esplicitamente il diritto di accesso ai dati, il quale è strumentale alla possibilità di ottenere dal responsabile del trattamento la conferma dell'esistenza o meno di trattamenti di dati che lo riguardano e la comunicazione dei dati oggetto di trattamento, nonché la rettifica, la cancellazione o il blocco dei dati il cui trattamento non è conforme alla direttiva a causa del carattere incompleto o inesatto dei dati, nonché la notificazione di queste modifiche ai terzi a cui sono stati comunicati i dati. Sono previste anche deroghe a tali principi ove siano necessari per salvaguardare la sicurezza dello Stato, la difesa, la sicurezza pubblica, il perseguimento di infrazioni penali, un rilevante interesse economico o finanziario di uno Stato membro o dell'Unione o la protezione della persona interessata.

Successivamente è stata adottata la direttiva 2002/58/CE relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle

comunicazioni elettroniche, la cui finalità è armonizzare le disposizioni nazionali necessarie per assicurare un livello equivalente di tutela dei diritti e delle libertà fondamentali nel settore delle comunicazioni elettroniche e assicurare la libera circolazione di tali dati e apparecchiature e dei servizi di comunicazione elettronica all'interno dell'Unione. In particolare, tale direttiva impone agli Stati di assicurare la riservatezza delle comunicazioni effettuate tramite la rete pubblica di comunicazione ed i servizi di comunicazione accessibili al pubblico, nonché i relativi dati sul traffico. Essa impone agli Stati di vietare l'ascolto, la captazione, l'intercettazione e qualsiasi forma di sorveglianza ove questa non sia autorizzata in virtù di una misura necessaria, opportuna e proporzionata all'interno di una società democratica per salvaguardare la sicurezza nazionale. Il legislatore interviene, dunque, in questo settore affrontando delicate problematiche, quali il bilanciamento di diritti di soggetti diversi, ovvero ad esempio gli abbonati che ricevono fatture dettagliate e la tutela della vita privata dei chiamanti. Tale direttiva è stata integrata e completata dalla direttiva 2006/24/CE relativa alla conservazione dei dati generati nell'ambito della fornitura di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico o di reti pubbliche di comunicazione. L'obiettivo è armonizzare le disposizioni degli Stati membri circa gli obblighi per i fornitori di servizi di comunicazione elettronica relativi alle chiamate e alle mail che devono essere conservati dagli operatori per un periodo tra i sei mesi e i due anni a seconda dello Stato. Prima di questa direttiva la prassi era la cancellazione dei dati non appena non fosse più necessario ai fini della fatturazione, ma dopo gli attacchi terroristici del 2001 si è visto che una conservazione più lunga avrebbe potuto facilitare le indagini.

I principi relativi alla conservazione dei dati contenuti in tali norme sono applicati alle istituzioni e agli organismi comunitari dal regolamento 45/2001³⁷⁷, in modo da uniformare la tutela anche a questo livello di amministrazione.

La protezione dei dati personali viene, infine, consacrata quale diritto fondamentale nella Carta di Nizza, in due disposizioni: vi è, innanzitutto, l'art. 7, relativo alla vita privata e familiare, il quale riproduce l'art. 8 della CEDU sancendo che "ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e delle proprie comunicazioni". Vi

³⁷⁷ Regolamento (CE) n. 45/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 dicembre 2000, concernente la tutela delle persone fisiche in relazione al trattamento dei dati personali da parte delle istituzioni e degli organismi comunitari, nonché la libera circolazione di tali dati, in *GU L 8 del 12.1.2001*, pagg. 1-22

è poi l'art. 8 rubricato "Protezione dei dati di carattere personale" in virtù del quale "Ogni persona ha diritto alla protezione dei dati di carattere personale che la riguardano. Tali dati devono essere trattati secondo il principio di lealtà, per finalità determinate e in base al consenso della persona interessata o a un altro fondamento legittimo previsto dalla legge. Ogni persona ha il diritto di accedere ai dati raccolti che la riguardano e di ottenerne la rettifica. Il rispetto di tali regole è soggetto al controllo di un'autorità indipendente". Le Spiegazioni alla Carta esplicitano che i diritti di cui all'art. 7 corrispondono a quelli garantiti dall'art. 8 della CEDU e, dunque, il significato e la portata di tali diritti sono identici a quelli della corrispondente norma CEDU. Le limitazioni che possono essere apportate a tali diritti devono quindi, come specificano le stesse Spiegazioni, essere conformi allo stesso art. 8. Tale disposizione al primo comma sancisce che "Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza.". Il secondo comma sancisce che le ingerenze dell'autorità pubblica all'esercizio di tali diritti non sono consentite, a meno che non siano previste dalla legge, costituiscano una misura necessaria in una società democratica, siano necessarie 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 altrui". Un'ingerenza alla vita privata nell'ambito dell'Unione europea può, dunque, essere legittima solo se ammissibile anche secondo i canoni del sistema convenzionale. Di conseguenza la Corte di giustizia dell'Unione europea dovrà applicare il medesimo standard della CEDU e statuire in maniera conforme alla giurisprudenza di Strasburgo. Occorre sottolineare che la tutela dei dati di carattere personale e il diritto di accesso agli stessi nell'ambito della Convenzione rientrano nella tutela della vita privata e dunque nel campo di applicazione dell'art. 8, mentre nella Carta, oltre alla norma sul rispetto della vita privata e familiare vi è una disposizione specifica in materia, ovvero l'art. 8. Le Spiegazioni indicano come fonte di tale norma l'articolo 286 CE (attuale art. 16 TFUE), la direttiva 95/46/CE, l'art. 8 CEDU e la Convenzione sulla protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato di dati di carattere personale del 28 gennaio 1981, il regolamento 45/2001 concernente la tutela delle persone fisiche in relazione al trattamento dei dati personali da parte delle istituzioni e degli organismi comunitari, nonché la libera circolazione di tali dati. Le Spiegazioni indicano che le condizioni e i limiti applicabili all'esercizio del diritto alla protezione dei dati sono definiti dalla direttiva e dal regolamento citati. Tali strumenti di

diritto derivato devono però a loro volta essere conformi alle norme e ai principi della CEDU e della Convenzione, in quanto vi è una sovrapposizione con l'ambito di tutela della CEDU e con lo stesso art. 7. Per questa opera di coordinamento sarà fondamentale l'intervento della Corte di giustizia, la quale ha affermato la propria competenza sulle cause relative alla tutela dei dati personali ed in particolare alla direttiva 95/46/CE con una certa ampiezza, anche contrariamente a quanto stabilito dall'avvocato generale Tizzano, come verrà in seguito precisato.

Nell'ambito dell'ex titolo VI del Trattato UE, la protezione dei dati personali è disciplinata da diversi strumenti specifici. Si tratta di strumenti che istituiscono sistemi di informazione comuni a livello europeo, come la convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen³⁷⁸, contenente disposizioni specifiche sulla tutela dei dati nell'ambito del sistema di informazione Schengen (SIS); la convenzione basata sull'articolo K. 3 del trattato sull'UE che istituisce un ufficio europeo di polizia³⁷⁹ la decisione del Consiglio che istituisce Eurojust³⁸⁰ e le disposizioni relative al trattamento e alla protezione dei dati personali³⁸¹ la convenzione elaborata in base all'art. K. 3 del Trattato sull'Unione europea, sull'uso dell'informatica nel settore doganale, contenente disposizioni relative alla tutela dei dati personali applicabili al sistema di informazione delle dogane³⁸² e la convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'UE³⁸³.

Nell'ambito del Consiglio d'Europa, come sopra accennato, oltre all'art. 8 CEDU si deve fare riferimento alla Convenzione sulla protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato di dati a carattere personale n. 108, del 28 gennaio 1981. L'obiettivo di tale convenzione era rafforzare la protezione dei dati personali nell'ambito del trattamento automatizzato degli stessi nei paesi del Consiglio d'Europa. Tale Convenzione è stata aperta all'adesione di Stati anche non membri e nel corso della sua elaborazione vi è stata una certa collaborazione con la Commissione dell'UE, la quale stava

³⁷⁸ Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen del 14 giugno 1985 tra i governi degli Stati dell'Unione economica Benelux, della Repubblica federale di Germania e della Repubblica francese relativo all'eliminazione graduale dei controlli alle frontiere comuni, firmata a Schengen il 19 giugno 1990- GU 2000 L 239, p. 19).

³⁷⁹ GU 1995, C 316, p. 2 Convenzione Europol.

³⁸⁰ Decisione del 28 febbraio 2002 che istituisce Eurojust per rafforzare la lotta contro le forme gravi di criminalità, 2002/187/GAI, GU L 63, p. 1.

³⁸¹ GU 2005 C 68, p. 1.

³⁸² GU 1995, C 316, p. 34.

³⁸³ Atto del Consiglio 29 maggio 2000 che elabora tale convenzione, conformemente all'art. 34 del Trattato sull'UE, GU 2000 C 197, p. 1.

portando avanti studi paralleli diretti all'armonizzazione delle legislazioni degli Stati in questo ambito.

Secondo il rapporto esplicativo, tale convenzione risultava necessaria in relazione alla progressiva diffusione dell'uso dei pc per scopi amministrativi. Molte decisioni relative ai singoli sono prese, dalla pubblica autorità, sulla base di informazioni contenute in file informatici: le buste paga, le cartelle cliniche, le assicurazioni sociali. Tale progresso non deve, tuttavia, comportare un abbassamento del livello di tutela delle persone cui appartengono tali dati. I responsabili devono vegliare alla qualità dei dati, evitare di immagazzinare informazioni non necessarie, evitare comunicazioni di dati a terzi non autorizzate, proteggere tali dati. Gli Stati membri avevano già normative a tutela di tali dati, ma vi era una lacuna in relazione alla conservazione di tali dati e al diritto d'accesso agli stessi. Poiché, inoltre, i dati sono suscettibili di circolazione da un sistema all'altro, risultava necessaria una regolamentazione sovranazionale. La Convenzione si divide in tre parti: una prima parte prevede dei principi generali applicabili dagli Stati membri, la seconda regola specifiche sul trattamento transfrontaliero dei dati, la terza dei meccanismi di coordinamento tra gli Stati. In particolare viene poi prevista l'adozione di determinate garanzie per i singoli, quali la possibilità di essere informati circa il trattamento e la conservazione dei dati che li riguardano, nonché di accedervi, di controllare e di proporre un ricorso giurisdizionale in caso di eventuali violazioni dei propri diritti.

2.1.2 Il coordinamento dei livelli di tutela attraverso le pronunce della Corte di giustizia

Come sopra anticipato, nell'ambito della tutela del diritto alla protezione dei dati si sono posti diversi casi di bilanciamento tra diritti (fondamentali e non) e altri interessi nazionali che sono stati sottoposti alla Corte di giustizia. Il giudice dell'Unione europea è, dunque, stato chiamato a pronunciarsi sulla definizione del livello di tutela della protezione dei dati personali nell'Unione europea, in relazione ad altri diritti ed interessi nazionali e comunitari. In tale opera la Corte ha agito talvolta come Corte costituzionale, talvolta come legislatore, nella ricerca del migliore bilanciamento tra le diverse esigenze di tutela.

2.2 Tutela della privacy- altri interessi dello Stato

2.2.1 Il caso *Österreichischer Rundfunk*

La tutela della vita privata è stata posta in relazione con altri interessi perseguiti dallo Stato: essendo in discussione la normativa comunitaria, il giudice nazionale non ha effettuato tale bilanciamento nel solo contesto del proprio ordinamento, ma ha richiesto l'intervento della Corte di giustizia. Una delle prime occasioni di manifestazione di tale coordinamento si è avuta con la pronuncia *Österreichischer Rundfunk e.a.*³⁸⁴, in cui la tutela della vita privata si trovava contrapposta all'esigenza dello Stato di verificare l'adeguatezza degli stipendi dei dipendenti degli enti pubblici.

La pronuncia trae origine dal rinvio pregiudiziale effettuato rispettivamente dal *Verfassungsgerichtshof*³⁸⁵ e dall'*Oberster Gerichtshof*³⁸⁶ vertenti sull'applicazione della direttiva 95/46/CE relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo alla tutela dei dati personali, nonché alla libera circolazione dei dati. Tali questioni sono sorte nell'abito di controversie pendenti tra il *Rechnungshof*³⁸⁷ e alcuni enti sottoposti al suo controllo, da un lato, e tra la sig. ra Neukomm e il sig. Lauer mann dall'altro ed il loro datore di lavoro, l'*Österreichischer Rundfunk*, emittente radiofonica di diritto pubblico, in merito all'obbligo gravante sugli enti pubblici soggetti al controllo del *Rechnungshof* di comunicare a quest'ultimo gli stipendi e le pensioni che superano un determinato livello da essi versati ai loro dipendenti e pensionati, nonché il nome dei beneficiari per la relazione annuale da trasmettere al Consiglio nazionale e ai parlamenti dei lander e di metterli a disposizione del grande pubblico.

I convenuti nelle cause principali avevano omesso di comunicare al *Rechnungshof* tali dati, ritenendo di non essere a ciò obbligati in virtù della direttiva 95/46/CE, dell'art. 8 CEDU e dell'argomento secondo cui l'obbligo di pubblicità crea un ostacolo alla mobilità dei lavoratori contrario all'art. 45 TFUE. La legge nazionale (art. 8 del *BezBegrBVG*) impone però tale comunicazione. I quesiti posti alla Corte, dunque, sono due: 1) se le norme di diritto dell'Unione europea, in particolare quelle relative alla protezione dei dati, siano da interpretare nel senso che si oppongono ad una normativa nazionale che obbliga una stazione radiofonica di diritto pubblico, in qualità

³⁸⁴ Corte giust., sentenza del 20 maggio 2003, cause riunite C-465/00, C-138/01 e C-139/01, in Racc. p. I-4989.

³⁸⁵ Corte costituzionale austriaca.

³⁸⁶ Corte di cassazione austriaca.

³⁸⁷ Corte dei conti.

di soggetto di diritto alla comunicazione di dati sui redditi dei propri dipendenti ed un organo statale alla raccolta e alla trasmissione di tali dati allo scopo di pubblicare i nomi e i redditi di detti dipendenti; 2) in caso di risposta positiva: se le disposizioni che si oppongono ad una normativa nazionale avente il contenuto sopra descritto siano direttamente applicabili, nel senso che l'ente obbligato alla comunicazione può farle valere per impedire l'applicazione di norme nazionali con esse incompatibili e non può quindi opporre ai dipendenti interessati dalla comunicazione un obbligo imposto dalla legge nazionale.

La Corte ritiene applicabile la direttiva anche a situazioni che non presentano un nesso diretto con l'esercizio delle libertà fondamentali di circolazione garantite dal Trattato. L'articolo 3 di tale direttiva definisce in modo molto ampio il campo di applicazione di quest'ultima ed essa è stata adottata sulla base dell'articolo 100 A (ex articolo 95 TCE, ora 114 TFUE): il ricorso a tale base giuridica non presuppone l'esistenza di un nesso effettivo con la libera circolazione tra Stati membri in ciascuna delle situazioni previste dall'atto fondato su tale base. Ciò che rileva è, invece, che l'atto adottato su tale fondamento abbia ad oggetto il miglioramento delle condizioni di instaurazione e di funzionamento del mercato interno. Poiché tale direttiva è indubbiamente rivolta a tale obiettivo è, dunque, applicabile al caso di specie. Di contrario avviso era l'avvocato generale Tizzano, il quale, sottolineava che l'attività di controllo del Rechnungshof finalizzata a garantire un'ampia informazione dei cittadini austriaci sugli stipendi percepiti presso enti pubblici è prevista e disciplinata dalle autorità austriache con legge costituzionale, in base ad un'autonoma scelta politico-istituzionale e non volta a dare esecuzione ad un obbligo dell'Unione europea: di conseguenza, ad avviso dell'avvocato generale, non formando oggetto di alcuna specifica disciplina comunitaria, tale attività non poteva rientrare nella competenza della Comunità. Per quanto riguarda la prima questione pregiudiziale, la Corte ritiene che i dati di cui trattasi nelle cause principali costituiscono dati personali ai sensi dell'articolo 2, lett. a) della direttiva 95/46, in quanto si tratta di informazioni concernenti una persona fisica identificata o identificabile. Secondo la direttiva, qualunque trattamento deve essere conforme ai principi relativi alla qualità dei dati e alla legittimazione del trattamento dei dati. La direttiva stabilisce anche che i dati devono essere rilevati per finalità determinate, esplicite e legittime. Il trattamento dei dati personali è lecito ove esso sia necessario per adempiere un obbligo legale al quale è soggetto il responsabile del trattamento, oppure ove sia necessario per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico (artt. 6.1, lett. b, lett. c,

art. 7 lett. c, lett. e). Gli Stati possono derogare ove sia necessario per la salvaguardia di un rilevante interesse economico o finanziario dello Stato o di un compito di controllo, ispezione, disciplina connesso all'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il responsabile del trattamento cui vengono comunicati i dati. Le disposizioni della direttiva, inoltre, devono essere interpretate alla luce dei diritti fondamentali. La Corte richiama l'art. 8 CEDU, il quale, pur enunciando un principio di non ingerenza delle autorità pubbliche nell'esercizio del diritto alla vita privata, ammette che questa sia possibile nei casi in cui sia prevista dalla legge e costituisca un provvedimento che, in una società democratica, è necessario alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione delle infrazioni penali, alla tutela della salute e della morale, alla tutela dei diritti e delle libertà altrui. La Corte esamina, dunque, se la normativa nazionale in causa prevede un'ingerenza nella vita privata e se tale ingerenza sia giustificata alla luce dell'art. 8 CEDU per valutare l'applicazione della direttiva, in particolare degli artt. 6, 7, 13. Proprio come avrebbe fatto la Corte di Strasburgo, la Corte di giustizia procede dunque a valutare la sussistenza di un'ingerenza nella vita privata. Secondo la Corte di giustizia, la semplice registrazione dei dati non può costituire un'ingerenza nella vita privata, mentre la comunicazione ad un terzo è suscettibile, invece, di arrecare un vero e proprio pregiudizio alla stessa, a prescindere dall'ulteriore utilizzo e rientra dunque nell'art. 8 CEDU. Su modello della Corte di Strasburgo, la Corte passa ad esaminare se tale ingerenza possa essere ritenuta giustificata. Questo è possibile, secondo l'art. 8, solo se prevista dalla legge e considerata necessaria in una società democratica. Secondo la Corte tale ingerenza è specificamente prevista nell'art. 8 del BezBegrBVG: occorre, però, verificare se tale articolo sia redatto in modo sufficientemente preciso per consentire ai destinatari della legge di regolare la loro condotta e soddisfi così il requisito di prevedibilità sancito dalla giurisprudenza della CEDU: la Corte di Lussemburgo intende, dunque, utilizzare il medesimo standard di Strasburgo e cita, infatti, la giurisprudenza di quest'ultima (sentenza 20 maggio 1999, *Rekvényi c. Ungheria*). La Corte, tuttavia, lascia l'ultima parola al giudice nazionale (cfr. punto 79), dichiarando che spetta ai giudici del rinvio verificare se l'interpretazione secondo cui l'art. 8 del BezBegrBVG imporrebbe la divulgazione del nome delle persone interessate in relazione ai redditi percepiti soddisfi il requisito di prevedibilità. La Corte esplicita, però, che tale valutazione deve essere fatta dopo aver verificato il rispetto del principio di proporzionalità in relazione agli obiettivi perseguiti: tale esame è, quindi,

condotto direttamente dalla Corte di giustizia. Si deve anche verificare se tale ingerenza è necessaria in una società democratica. Anche in questo caso la Corte di giustizia adotta lo standard di Strasburgo e ricorda che cosa si intende per “necessario” ai sensi della giurisprudenza della CEDU, ovvero un bisogno sociale imperioso e che la misura adottata sia proporzionata alla finalità legittima perseguita. La Corte ricorda, infine, che le autorità nazionali dispongono in proposito di un margine discrezionale la cui portata dipende non solo dalla finalità, ma altresì dal carattere proprio dell’ingerenza. La Corte esplicita che occorre bilanciare l’interesse della Repubblica d’Austria a garantire un impiego ottimale delle finanze pubbliche ed in particolare il mantenimento degli stipendi entro limiti ragionevoli con la gravità del pregiudizio arrecato al diritto delle persone interessate al rispetto della loro vita privata. A ciò si aggiunge anche il diritto del contribuente di essere informato sull’impiego delle finanze pubbliche, specie in materia di spese per il personale. La Corte conclude, dunque, che l’ingerenza derivante dall’applicazione di una normativa nazionale come quella in oggetto può essere giustificata, alla luce dell’art. 8, n. 2 CEDU, solo nei limiti in cui l’ampia divulgazione non solo dell’importo dei redditi annui, laddove questi superino un certo limite, ma anche dei beneficiari di tali redditi sia necessaria e proporzionata rispetto all’obiettivo di mantenere gli stipendi entro limiti ragionevoli e che la verifica di ciò spetta al giudice nazionale. La Corte ha, dunque, esplicitato i criteri di legittimità di una tale misura in relazione alla tutela dei diritti fondamentali, assumendo lo stesso standard adottato dalla Corte di Strasburgo e lasciando la verifica finale al giudice nazionale, secondo lo spirito di collaborazione proprio del rinvio pregiudiziale.

Per quanto riguarda la seconda questione, la Corte di giustizia ritiene che le disposizioni della direttiva che potrebbero ostare alla normativa nazionale ove la misura non possa essere ritenuta giustificata sono direttamente applicabili, in quanto sufficientemente chiare e precise per poter essere fatte valere da un singolo ed applicate dai giudici nazionali.

In definitiva, nel bilanciare l’esigenza di pubblico controllo degli stipendi e la tutela dei dati personali, la Corte non ha esplicitamente conferito una prevalenza all’uno o all’altro e costruito una gerarchia, ma ha ricercato il giusto equilibrio sulla base del principio di proporzionalità. Degno di nota è che la Corte ha tenuto come costante parametro di riferimento il sistema della CEDU e la giurisprudenza di Strasburgo, dettando dei criteri di giudizio per il giudice nazionale, ma lasciando a quest’ultimo la decisione nel caso concreto. Attraverso quest’opera di bilanciamento si rende, dunque, manifesto il tanto discusso dialogo tra giudici nell’ordinamento dell’Unione

europea, nonché il coordinamento dei diversi livelli di tutela dei diritti fondamentali.

2.2.2 Il caso Huber

Un altro caso in cui la tutela dei dati personali è stata contrapposta ad altri interessi dello Stato si è avuto con la pronuncia *Huber*³⁸⁸. Il rinvio pregiudiziale viene esperito dall'Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen nell'ambito di una controversia che oppone il signor Huber alla Repubblica di Germania rappresentata dal Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (Ufficio federale per l'immigrazione e i rifugiati): il signor Huber, cittadino austriaco stabilito in Germania, lamentava una discriminazione sulla base della cittadinanza, in quanto il registro centrale degli stranieri conteneva una serie di dati che non vengono, invece, raccolti (nonché conservati e resi accessibili alle pubbliche amministrazioni) nello stesso modo per i cittadini tedeschi. La Germania sosteneva in proposito che tale trattamento dei dati era necessario per consentire l'applicazione della normativa in materia di diritto di soggiorno e a fini statistici e che rientrava nella nozione di necessità di cui all'art. 7 della direttiva 95/46/CE, in virtù del quale "gli Stati membri dispongono che il trattamento dei dati personali può essere effettuato soltanto quando è necessario per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il responsabile del trattamento o il terzo a cui vengono comunicati i dati".

L'avvocato generale Poiares Maduro individua tre aspetti di disparità di trattamento che potrebbero costituire una discriminazione: in primo luogo, il fatto che i dati personali dei cittadini stranieri sono conservati non solo nei registri comunali come quelli dei cittadini tedeschi, ma anche nel registro centrale degli stranieri; in secondo luogo, la circostanza per cui il registro centrale contiene più informazioni rispetto ai registri comunali ed in terzo luogo la possibilità di consultare rapidamente i dati relativi agli stranieri, mentre ciò non è possibile per quelli relativi ai cittadini tedeschi. Egli esamina tali elementi alla luce del divieto di discriminazione e considera se possano essere giustificati in base alla direttiva 2004/38 in tema di diritto di soggiorno. Egli ritiene che l'ufficio dell'immigrazione tedesco tratti dati ulteriori rispetto a quanto richiesto dalla direttiva e che quindi non possa essere giustificato in base ad essa. Allo stesso modo, il trattamento

³⁸⁸ Corte giust., 16 dicembre 2008, *Huber*, causa C-524/06, in Racc. p. I-09705.

centralizzato dei dati relativi agli stranieri non sarebbe giustificato, a meno che non si dimostri che non vi sono altri modi per dare attuazione alle norme in materia di immigrazione e soggiorno in maniera efficiente. Secondo l'avvocato generale spetta al giudice nazionale valutare tali circostanze. Per quanto riguarda l'applicazione della direttiva 95/46/CE l'avvocato generale procede a verificare se il trattamento dei dati degli stranieri centralizzato possa essere considerato necessario alla luce dell'art. 7 di tale direttiva. Egli ricostruisce il concetto di necessità, il quale "ha una lunga storia nel diritto comunitario e costituisce un elemento consolidato del criterio di proporzionalità. Esso comporta che l'autorità che adotta una misura interferente con un diritto tutelato dall'ordinamento dell'Unione europea per conseguire uno scopo legittimo deve dimostrare che essa rappresenta la misura meno restrittiva per raggiungere tale scopo. Inoltre, se il trattamento dei dati personali può ledere il diritto fondamentale alla vita privata e familiare assume rilevanza anche l'art. 8 CEDU [..]" L'avvocato generale sottolinea il parallelismo tra il livello di tutela della CEDU e quello della direttiva comunitaria, ricordando che la Corte, nella sentenza *Österreichischer Rundfunk*, ha statuito che "se una misura nazionale è incompatibile con l'art. 8 CEDU, non può essere compatibile neppure con l'art. 7, lett. e), della direttiva 95/46. [...] La Corte europea dei diritti dell'uomo ha dichiarato che l'aggettivo "necessaria" implica che esista per lo Stato "una pressante esigenza sociale" di agire in un determinato modo e che la misura adottata sia proporzionata al legittimo scopo perseguito."

La Corte di giustizia condivide le conclusioni dell'avvocato generale, anche se sviluppa il suo ragionamento in maniera diversa. L'analisi parte innanzitutto dalla delimitazione dell'ambito di applicazione della direttiva 95/46: poiché l'art. 3, n. 2 ne esclude l'applicabilità per quanto riguarda il trattamento dei dati in vista di un obiettivo connesso alla lotta alla criminalità, essa può essere utilizzata come parametro di legittimità soltanto in relazione all'attività delle autorità tedesche relativa all'applicazione della normativa di soggiorno e per finalità statistiche. La Corte esamina, innanzitutto, la necessità di un tale trattamento dei dati in relazione alla finalità di applicazione della normativa in materia di soggiorno: essa, anche alla luce della direttiva 2004/38, ritiene che in linea di principio si può considerare necessario che uno Stato membro disponga delle informazioni e dei documenti pertinenti per verificare l'esistenza di un diritto di soggiorno di un cittadino di un altro Stato membro nel suo territorio e dunque la tenuta di un registro centrale è compatibile con il divieto di discriminazione fondato sulla nazionalità contenuto nell'art. 18 TFUE. La Corte rileva, tuttavia, che

tale registro non può contenere informazioni diverse da quelle richieste dalla direttiva 2004/38 e che deve essere utilizzato solo dalle autorità incaricate di applicare la normativa sul diritto di soggiorno. Il trattamento centralizzato e non solo locale può, infine, essere ritenuto necessario soltanto se contribuisce ad un'applicazione più efficace della normativa relativa al diritto di soggiorno. La Corte ritiene, dunque, che l'esigenza di applicare efficacemente tale normativa possa giustificare un tale trattamento dei dati, accordando prevalenza a tale interesse dello Stato rispetto alla tutela della riservatezza dei soggetti coinvolti. Essa rinvia al giudice nazionale per l'accertamento di una tale circostanza. Diversa è la conclusione della Corte per quanto riguarda il trattamento dei dati per fini statistici: il giudice dell'Unione europea ritiene, infatti, che non si possa considerare necessario un registro come quello del caso di specie, in quanto sarebbe sufficiente un trattamento di informazioni anonime. In questo caso, dunque, la Corte ha riconosciuto un'ingerenza eccessiva da parte dello Stato nella vita personale dei cittadini di altri Stati membri. La Corte procede, infine, alla verifica della legittimità del trattamento dei dati personali relativi ai cittadini di altri Stati dell'Unione per fini di lotta alla criminalità: poiché tale ambito esula dall'applicazione della direttiva 95/46/CE, il parametro di riferimento è l'articolo 18 TFUE. Sebbene tale finalità presenti un carattere legittimo, la Corte ritiene che non sia sufficiente a giustificare un trattamento sistematico dei dati degli stranieri come quello del caso di specie e risulta dunque discriminatoria.

Ai fini della presente analisi, occorre, infine, sottolineare come la Corte abbia scelto di condividere il medesimo livello di tutela del Consiglio d'Europa per la tutela della vita privata in relazione al trattamento dei dati personali. Il bilanciamento con le altre esigenze dello Stato, ovvero l'efficace applicazione della normativa in materia di soggiorno e immigrazione, l'elaborazione di dati statistici, la lotta alla criminalità è stato effettuato nell'ambito dell'interpretazione delle norme comunitarie di volta in volta rilevanti. Anche in questo caso occorre sottolineare la cooperazione con il giudice nazionale, cui si rinvia l'accertamento in concreto della necessità di una tale normativa e prassi: la Corte ritiene che egli disponga di maggiori elementi per valutare se non vi fossero altri strumenti meno invasivi per assicurare le finalità legittime perseguite dallo Stato.

2.3 Tutela della privacy- libertà di espressione

2.3.1 Il caso Lindqvist

La tutela del diritto fondamentale alla vita privata è talvolta apparsa in contrapposizione ad altri diritti fondamentali e la Corte ha conseguentemente dovuto procedere ad un bilanciamento di tali diritti.

Un esempio di questo tipo si ha con *Lindqvist*, caso esaminato dalla Corte nello stesso periodo di *Österreichischer Rundfunk*. In tale pronuncia la protezione dei dati personali viene posta a confronto con la libertà di espressione. Si tratta di un rinvio pregiudiziale nell'ambito di un procedimento penale svoltosi dinanzi ad una Corte d'appello svedese contro la sig. ra Lindqvist. Quest'ultima era perseguita per aver violato la normativa relativa alla protezione dei dati personali pubblicando nel proprio sito internet informazioni riguardanti un certo numero di persone che lavoravano con lei in qualità di volontari in una parrocchia della Chiesa protestante di Svezia. Le questioni sollevate dal giudice riguardano, innanzitutto, l'applicabilità della direttiva 95/46 alla fattispecie, in particolare se la realizzazione da parte di un singolo di una pagina Internet, inserendovi il nome di un certo numero di persone unitamente a dichiarazioni e informazioni sugli stessi costituisca un trattamento dei dati. In caso di risposta affermativa, il giudice richiedeva se in un'ipotesi come quella di specie la direttiva ponesse dei limiti incompatibili con i principi generali in materia di libertà di espressione o con altre libertà e diritti vigenti all'interno dell'Unione europea e che trovano corrispondenza con l'art. 10 CEDU. La Corte ritiene, innanzitutto, applicabile la direttiva al caso di specie, considerando che le definizioni di "dati personali" e "trattamento" erano tali da ricomprendere l'attività dell'imputata del giudizio principale. La Corte si sofferma sul conflitto tra il diritto alla libertà di espressione della sig. ra Lindqvist a pubblicare i dati in oggetto sul proprio sito ed il diritto alla riservatezza dei titolari di tali dati, richiamando, innanzitutto, gli obiettivi della direttiva, ovvero garantire l'armonizzazione dei regimi nazionali applicabili al trattamento dei dati e salvaguardare al tempo stesso i diritti fondamentali. Tali obiettivi non possono essere confliggenti e devono essere perseguiti contemporaneamente. Le disposizioni della direttiva sono necessariamente generiche, dovendo questa applicarsi ad un certo numero di situazioni diverse: essa lascia, infatti, agli Stati il compito di decidere i dettagli o scegliere le diverse opzioni di tutela. La Corte sottolinea, al punto 84, che gli Stati membri dispongono, sotto molti aspetti di un margine di manovra al fine di trasporre la direttiva 95/46, ma niente lascia presumere

che questa manchi di prevedibilità o sia in contrasto con i principi generali del diritto dell'Unione europea o i diritti fondamentali. Dopo aver eliminato ogni dubbio circa la compatibilità dello strumento dell'Unione europea con i diritti fondamentali, in verità con un'affermazione alquanto apodittica, la Corte rinvia il bilanciamento alla fase di attuazione sul piano nazionale: essa, infatti, specifica che è in tale fase che “deve essere trovato un giusto equilibrio tra i diritti e gli interessi di cui trattasi”. La Corte indica che è necessario soppesare la libertà di espressione e la tutela della vita privata: tale bilanciamento deve essere fatto interpretando il diritto nazionale in modo conforme alla direttiva e ai diritti fondamentali tutelati nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea. La commistione tra bilanciamento e interpretazione appare, dunque, evidente. La Corte impone, però, il rispetto del principio di proporzionalità, in quanto, sebbene gli Stati siano chiamati ad elaborare sanzioni efficaci per il mancato rispetto della direttiva, non devono però in alcun modo violare tale principio.

In tale pronuncia, dunque, la Corte non effettua direttamente un bilanciamento tra i diritti in causa, ma rinvia al giudice nazionale confermando la conformità ai diritti fondamentali della normativa comunitaria e la necessità di perseguire la tutela degli stessi. Appare, dunque, sempre più chiaramente che se la direttiva viene elaborata inizialmente per finalità di realizzazione del mercato, la tutela dei diritti fondamentali diventa un obiettivo autonomo della stessa e non necessariamente subordinato al primo. La direttiva 95/46 diventa, dunque, strumento per l'equiparazione dei livelli di tutela dei diritti fondamentali nei vari ordinamenti degli Stati membri: essa assume, in tal modo, un ambito di applicazione molto vasto, che prescinde dal collegamento con l'esercizio di una libertà comunitaria o con un elemento transfrontaliero e supera lo standard di tutela proprio di ciascuno Stato, imponendo il livello dell'Unione europea. Un'armonizzazione nella materia dei diritti fondamentali può indubbiamente destare qualche perplessità in relazione alle competenze, in quanto determinando il livello di tutela di un certo diritto, l'Unione sembra prevaricare lo spazio degli Stati in questo settore. È pur vero, tuttavia, che un divario nei livelli di protezione dei dati personali può provocare degli ostacoli nell'ambito degli scambi commerciali e che la normativa comunitaria lascia un sufficiente spazio di manovra agli Stati affinché questi possano determinare le modalità più opportune e conformi al proprio ordinamento e alle proprie esigenze.

2.3.2 Il caso Satakunnan Markkinaporssi e Satamedia

Lo stesso tema del bilanciamento tra tutela dei dati personali e libertà di espressione è stato recentemente ripreso nella pronuncia *Satakunnan Markkinaporssi Oy e Satamedia*³⁸⁹. Il rinvio pregiudiziale proviene dalla Corte d'appello di Helsinki nell'ambito di una controversia tra il mediatore incaricato della tutela dei dati (tietosuojavaltuutettu) e la commissione per la tutela dei dati (tietosuojalautakunta) da un lato e la società Satakunnan Markkinaporssi Oy e Satamedia Oy dall'altro, a proposito dell'attività di trattamento dei dati svolta da queste ultime. La Markkinaporssi raccoglieva dati fiscali accessibili al pubblico presso le autorità finlandesi al fine di pubblicare estratti di tali dati in un giornale a diffusione regionale. Le informazioni pubblicate erano relative al nome e cognome delle persone aventi un reddito superiore ad una determinata soglia, l'importo del loro reddito da capitale e da lavoro, nonché le indicazioni relative all'assoggettamento ad imposta del loro patrimonio. Tale società cedeva alla Satamedia i dati pubblicati al fine di diffonderli mediante un sistema di sms. Su richiesta degli interessati, i dati personali potevano essere ritirati dal giornale e dal servizio telefonico. Il mediatore incaricato della tutela dei dati chiedeva dunque alla apposita commissione di vietare un tale trattamento dei dati, ma tale richiesta veniva respinta e la controversia si spostava, quindi, dinnanzi al giudice amministrativo che decideva di effettuare il rinvio. Ci si chiedeva se un tale trattamento rientrasse nell'ambito di applicazione della direttiva e se potesse essere ritenuto un trattamento dei dati a scopo giornalistico: la direttiva prevede, infatti, all'art. 9 la possibilità di introdurre delle deroghe ai principi che regolano la protezione dei dati personali per consentire il giusto bilanciamento rispetto alle norme sulla libertà di espressione. La Corte conferma l'applicabilità della direttiva 95/46, in quanto l'attività in causa costituisce un trattamento di dati e non rientra in una delle eccezioni previste da tale strumento. Per determinare, poi, se l'attività in questione debba essere considerata come "attività a scopo giornalistico" la Corte ricorda come l'interpretazione delle disposizioni della direttiva debba essere effettuata con riferimento all'obiettivo perseguito da quest'ultima: la finalità della direttiva è consentire la libera circolazione dei dati personali garantendo la tutela della vita privata, riguardo al trattamento degli stessi, ma tale finalità non può essere perseguita senza tenere conto del fatto che questo diritto fondamentale deve essere conciliato con il diritto fondamentale alla

³⁸⁹ Corte giust., 16 dicembre 2008, *Satakunnan Markkinaporssi Oy e Satamedia*, causa C-73/07, in Racc. p. I-09831.

libertà di espressione. Lo stesso art. 9 implica l'esigenza di procedere ad un corretto bilanciamento tra i due diritti. La Corte considera che le deroghe previste dall'art. 9 si applicano non solo alle imprese operanti nel settore dei media, ma anche a chiunque svolga attività giornalistica e che il fatto che una pubblicazione di dati a carattere pubblico sia connessa ad uno scopo di lucro non esclude a priori che possa essere considerata un'attività giornalistica. La Corte sottolinea, inoltre, che bisogna tenere conto dell'evolversi e del moltiplicarsi dei mezzi di comunicazione. Attraverso quest'interpretazione ampia del concetto di attività a scopi giornalistici, la Corte allarga lo spazio per il bilanciamento della tutela dei dati con la libertà di espressione. Questa valutazione è, tuttavia, implicitamente rimessa alle autorità nazionali, le quali possono in questo modo scegliere l'adeguato livello di tutela di entrambi i diritti. È interessante richiamare anche l'analisi svolta dall'avvocato generale Kokott. Le sue conclusioni si aprono sottolineando che al momento dell'emanazione della direttiva 95/46/CE "si era consapevoli della possibilità di un conflitto fra questi due diritti fondamentali e si incaricavano pertanto gli Stati membri, all'art. 9, di conciliare entrambi". Ella ricordava poi che entrambi i diritti fondamentali coinvolti sono contenuti sia nella CEDU che nella Carta di Nizza e possono essere sottoposti a limitazioni a parità di condizioni, ovvero quando la restrizione è prevista dalla legge, persegue uno o più scopi legittimi ai sensi degli artt. 8 e 10 CEDU ed è necessaria in una società democratica. Secondo la ricostruzione di Kokott "questa situazione di conflitto fra diversi diritti fondamentali, ma anche tra la tutela dei dati e altri interessi di carattere generale è significativa per l'interpretazione della direttiva sulla tutela dei dati. Per questo motivo, le corrispondenti disposizioni della direttiva presentano un carattere relativamente generico. Esse lasciano agli Stati membri il necessario margine di discrezionalità in sede di emanazione delle misure di recepimento, le quali possono essere adattate alle diverse situazioni possibili. In questo quadro, gli Stati membri devono rispettare e conciliare le posizioni interessate concernenti i diritti fondamentali". Secondo l'impianto della direttiva devono, dunque, essere gli Stati a procedere ad un tale bilanciamento: l'avvocato generale ricorda in proposito che la Corte di giustizia è molto reticente nel determinare la portata della tutela dei dati e nel ponderare i diritti fondamentali contrastanti, sebbene questo si renda talvolta necessario nel fornire al giudice nazionale risposte utili circa la corretta interpretazione del diritto dell'Unione europea. Kokott sostiene che la Corte dovrebbe tenere, in proposito, un atteggiamento prudente: a suo parere i giudici comunitari sono, infatti, tenuti a concretizzare i diritti fondamentali confliggenti soprattutto in presenza di attività

transfrontaliere. L'ambito di applicazione della direttiva 95/46/CE va ben oltre la realizzazione del mercato interno, in quanto arriva a disciplinare anche vicende meramente nazionali: occorre, dunque, garantire agli Stati un ampio margine discrezionale all'interno del quale possano trovare spazio le loro tradizioni e i loro valori sociali. Coerentemente con questa impostazione la Corte ha, dunque, sancito un'ampia portata dell'art. 9 per consentire agli Stati un corretto bilanciamento tra i diritti fondamentali contrastanti secondo le scelte e i valori del proprio ordinamento.

2.4 Tutela della privacy- diritto di proprietà

2.4.1 Il caso *Promusicae*

La tutela dei dati personali si è trovata in contrapposizione anche con il diritto di proprietà nella sentenza *Promusicae*³⁹⁰. Il rinvio pregiudiziale trae origine da una controversia tra un'associazione di titolari del diritto d'autore, la Promusicae, ed un provider di accessi Internet, la Telefónica de España. La Promusicae aveva, infatti, richiesto a quest'ultimo i dati relativi all'identità e al domicilio di determinati utenti di rete che essa aveva identificato in base all'indirizzo IP e alla data e ora di connessione, al fine di agire in giudizio contro gli stessi. La Telefonica rifiutava, però, tale accesso in quanto, secondo la normativa nazionale, un operatore di comunicazioni elettroniche può comunicare i dati che è tenuto a conservare per legge solo nel contesto di un'indagine penale o quando ciò sia necessario per la tutela della pubblica sicurezza o se sia in gioco la sicurezza nazionale. Nutrendo dubbi circa la compatibilità di una tale normativa con il diritto dell'Unione europea, il giudice nazionale richiedeva, dunque, alla Corte se le disposizioni comunitarie rilevanti consentissero agli Stati di circoscrivere all'ambito delle indagini penali l'obbligo di conservare e di mettere a disposizione i dati sulle connessioni ed il traffico generati dalle comunicazioni effettuate durante la prestazione di un servizio della società dell'informazione che incombe agli operatori di rete e di servizi di comunicazione elettronica, ai fornitori di accesso alle reti di telecomunicazione ed ai fornitori di servizi di archiviazione di dati. Il giudice del rinvio faceva riferimento alla direttiva

³⁹⁰ Corte giust., 29 gennaio 2008, *Productores de Música de España (Promusicae)*, causa C-275/06, in Racc. p. 271.

2000/31 relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, alla direttiva 2001/29 sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione, alla direttiva 2004/48 sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale e all'art. 47 della Carta di Nizza. La Corte richiama però anche la direttiva 2002/58, la quale disciplina la protezione dei dati nel settore delle comunicazioni elettroniche e completa la direttiva 95/46, in quanto la normativa spagnola in causa trovava il proprio fondamento in tale direttiva.

L'analisi della Corte prende le mosse dalla considerazione delle diverse finalità perseguite dagli strumenti comunitari citati: la tutela dei dati personali da un lato e la protezione della proprietà intellettuale, nonché la necessità di garantire la tutela giurisdizionale per le violazioni del diritto d'autore dall'altro. Tali obiettivi sono perseguiti contemporaneamente dall'Unione e, dunque, devono essere bilanciati in maniera proporzionata nell'ambito dell'interpretazione delle direttive sulla tutela dei dati.

La Corte ricorda, innanzitutto, che la tutela dei dati ha per fondamento il diritto fondamentale al rispetto della vita privata e familiare come previsto dall'art. 8 CEDU. Essa, quindi, come nei casi precedentemente citati, applica il medesimo standard della CEDU e constata che la comunicazione di dati personali ad un terzo arreca pregiudizio al diritto al rispetto della vita privata degli interessati e, dunque, presenta il carattere di un'ingerenza ai sensi dell'art. 8 CEDU. Il passo successivo è verificare se sussista la possibilità di una giustificazione ai sensi della medesima norma. La Corte di Lussemburgo applica, dunque, il medesimo test di Strasburgo ed esamina, innanzitutto, se una tale ingerenza è prevista dalla legge e se è proporzionata rispetto agli obiettivi perseguiti: la Corte esplicita che “deve sussistere un'esigenza sociale imperativa e i provvedimenti devono essere proporzionati alla finalità legittima perseguita”. Nel caso di specie, le finalità sono costituite dalla tutela della proprietà e del diritto ad un'effettiva tutela giurisdizionale: la Corte sottolinea che anche la proprietà intellettuale rientra nella “sfera di tutela del diritto fondamentale di proprietà” e cita in proposito la Carta di Nizza, la quale statuisce in tal senso all'art. 17.

Al punto 56 la Corte fa una riflessione importante, sottolineando come l'equilibrio tra i diritti fondamentali interessati deve essere definito in primis dal legislatore dell'Unione europea e, nell'ambito dell'interpretazione, dalla Corte di giustizia. L'opera di bilanciamento viene, dunque, condivisa da giudice e legislatore dell'Unione europea nelle rispettive fasi di azione. La Corte sottolinea, però, che tale equilibrio deve essere rispettato anche dagli

Stati membri “nello sfruttare il margine di azione normativa loro restante nell’ambito del recepimento delle direttive”. Gli Stati, dunque, nell’attuare le direttive comunitarie, sono tenuti a mantenere il bilanciamento effettuato dalle istituzioni comunitarie. A questo onere si aggiunge l’obbligo per gli Stati di interpretare il diritto nazionale conformemente alle direttive sulla tutela dei dati personali, nonché di provvedere a non fondarsi su un’interpretazione delle direttive che entri in conflitto con i principi generali di diritto dell’Unione europea e con i diritti fondamentali tutelati dall’ordinamento giuridico dell’Unione europea. L’equilibrio tra i diritti fondamentali e il giusto bilanciamento tra gli stessi si configura, dunque, come il frutto di una cooperazione tra istituzioni e ordinamenti.

La Corte attraverso l’analisi e l’interpretazione delle direttive verifica che la comunicazione dei dati sul traffico ad un potenziale ricorrente in giudizio non è compatibile con il principio di prevedibilità che deve essere osservato quando si giustificano per legge ingerenze nella sfera della vita privata: ammettendo il contrario si consentirebbe una deroga quasi illimitata, in quanto chiunque, col pretesto di voler agire in giudizio, potrebbe accedere ai dati di terzi. Avendo una portata così estesa, inoltre, tale deroga sarebbe contraria al principio di proporzionalità. La Corte esamina, poi, la possibilità di avvalersi delle deroghe previste dagli artt. 6 e 15 della direttiva 2002/58 per consentire tale comunicazione di dati, ma anche in questo caso giunge alla conclusione che tali norme non costituiscono un fondamento normativo idoneo per tali deroghe. La conclusione della Corte è che allo stato attuale del diritto dell’Unione europea, gli Stati membri hanno la facoltà di prevedere che i dati personali sul traffico siano comunicati alle autorità statali al fine di consentire sia i procedimenti penali, sia i procedimenti civili intentati per violazione del diritto d’autore, ma non sono tenuti a farlo. È, dunque, compatibile con il diritto dell’Unione europea una legislazione che escluda la comunicazione di dati personali sul traffico quando è richiesta ai fini dei procedimenti civili per violazione del diritto d’autore, rientrando tale decisione nell’ambito del potere discrezionale dello Stato di attuazione della direttiva.

2.5 Tutela della privacy- accesso ai documenti

2.5.1 Il caso *Bavarian Lager*

Un altro caso emblematico di conflitto tra diritti fondamentali riguarda la contrapposizione tra diritto all'accesso ai documenti e diritto alla riservatezza recentemente discusso presso la Corte di giustizia³⁹¹. In particolare tale conflitto è emerso nel caso *Bavarian Lager*³⁹², in cui la Corte è stata chiamata ad interpretare due regolamenti coetanei, il regolamento 1049/2001 sull'accesso ai documenti e il regolamento 45/2001 sulla tutela dei dati personali, i quali tutelano due diritti fondamentali di eguale rango. Come sottolineato dall'avvocato generale Sharpston il caso poneva il problema del rapporto tra i suddetti due diritti. In particolare ci si chiedeva "se [fosse] essenziale, per la sua stessa natura, il conflitto tra il modus operandi delle disposizioni contenute nel diritto derivato dell'Unione europea, con i rispettivi regolamenti sull'accesso ai documenti e sulla protezione dei dati personali, oppure se [fosse] invece possibile applicare armoniosamente entrambi i regolamenti e, eventualmente, come si possa ottenere tale risultato". L'avvocato generale accostava tale problema al paradosso formulato da Isaac Asimov quando ha chiesto: «Che accadrebbe se una forza irresistibile si scontrasse con un corpo immobile», sostituendo la «forza irresistibile» con il diritto di accesso ai documenti ed il «corpo immobile» con il diritto alla tutela dei dati personali. La soluzione prospettata da Sharpston, tuttavia, propone un'interpretazione dei due regolamenti tale da non risolvere il conflitto, ma da eliminarlo, da renderlo soltanto apparente. L'operazione che Sharpston suggerisce, dunque, alla Corte è di interpretazione, più che di bilanciamento. Essa risulta, tuttavia, di grande interesse, anche perché si tratta di due diritti fondamentali che hanno fatto il loro ingresso nell'ordinamento dell'Unione europea in tempi recenti rispetto agli Stati membri: il rappresentante del Regno di Svezia, intervenuto nella causa, faceva notare che tali diritti sono presenti nella costituzione svedese da più di duecento anni. L'impugnazione è stata proposta dalla Commissione

³⁹¹ Cfr. Cap. II. Il tema è stato discusso ampiamente nell'udienza ai fini della quale sono state riunite le cause *Bavarian Lager*, C-28/80 P, *Technische Glaswerke Ilmenau*, C-139/07 P, e le tre cause riunite ai fini della sentenza del 21 settembre 2010, *Svezia/API e Commissione*, cause riunite C-514/07 P, C-528/07 P e C-532/07 P, non ancora pubblicata.

³⁹² Corte giust., 29 giugno 2010, *Commissione c. Bavarian Lager*, causa C-28/08 P, non ancora pubblicata in Racc.

avverso la sentenza del Tribunale³⁹³ che annullava la decisione del 18 marzo 2004 con cui la detta istituzione respingeva la domanda proposta dalla Bavarian Lager per ottenere l'accesso al verbale completo della riunione dell'11 ottobre 1996, nell'ambito di un procedimento per inadempimento. La domanda veniva respinta in quanto tale verbale conteneva il nominativo di cinque società della Confederazione delle industrie della birra del mercato comune: si trattava, dunque, di dati sensibili la cui divulgazione era vietata dal regolamento 45/2001. Il Tribunale, dopo aver esaminato l'articolazione dei regolamenti 1049/2001 e 45/2001 aveva ritenuto applicabile il regolamento 1049/2001 ed in particolare l'eccezione di cui all'art. 4, n. 1, lett. b), in virtù della quale la divulgazione dei documenti può essere rifiutata nei casi in cui arrechi pregiudizio alla tutela della vita privata e dell'integrità dell'individuo. Secondo il Tribunale, tale eccezione doveva essere interpretata restrittivamente e alla luce dell'art. 8 CEDU. In conclusione, il Tribunale sanciva che la Commissione aveva commesso un errore di diritto nel dichiarare che la Bavarian Lager non aveva dimostrato né un obiettivo espresso e legittimo, né la necessità di ottenere il nominativo delle cinque persone che hanno partecipato alla riunione e annullava la decisione discussa. Secondo la soluzione suggerita dall'avvocato generale Sharpston la chiave per risolvere il conflitto è l'art. 3, n. 2, del regolamento 45/2001, il quale ne definisce l'ambito di applicazione, statuendo che «Il presente regolamento si applica al trattamento di dati personali, interamente o parzialmente automatizzato, nonché al trattamento non automatizzato di dati personali contenuti o destinati a figurare negli archivi». Ove questa circostanza non ricorra, come nel caso di specie, si devono applicare altre normative, come il regolamento 1049/2001, per quanto riguarda l'accesso ai documenti. Secondo Sharpston, tuttavia, l'interpretazione dell'eccezione di cui all'art. 4, n. 1, lett. b) effettuata dal Tribunale è errata, in quanto non è stata tenuta in debita considerazione la prima parte di tale norma, in cui si rinvia alla normativa comunitaria. In tal modo il Tribunale avrebbe svolto un ragionamento che lo ha portato a sacrificare completamente il diritto fondamentale alla protezione dei dati a vantaggio della trasparenza. Secondo l'avvocato generale, tuttavia, la conclusione del Tribunale è giusta, in quanto non esistevano i presupposti per l'applicazione dell'eccezione di cui all'art. 4, quindi la Commissione ha illegittimamente fornito una versione censurata del verbale richiesto. La soluzione suggerita è, dunque, di mantenere il

³⁹³ Tribunale, 8 novembre 2007, *Bavarian Lager c. Commissione*, causa T- 194/04, in Racc. p. II-4523.

dispositivo della sentenza sostenuto da un corretto ragionamento che coordini i due regolamenti sulla base dell'ambito di applicazione.

La Corte non condivide tale approccio e ripercorre il bilanciamento effettuato dal Tribunale giungendo alla soluzione opposta. Il punto di partenza della Corte è, tuttavia, lo stesso, ovvero la considerazione che i regolamenti 1049/2001 e 45/2001 hanno obiettivi diversi e che non è possibile instaurare una gerarchia tra gli stessi, in quanto entrambi i diritti tutelati da questi hanno pari rango. L'unico punto di collegamento è l'articolo 4, n. 1, lett. b), in virtù del quale l'accesso ad un documento deve essere negato nel caso in cui la divulgazione arrechi pregiudizio alla tutela della vita privata o dell'integrità dell'individuo, in conformità alla legislazione comunitaria sulla protezione dei dati personali. Secondo la Corte, l'errore del Tribunale sarebbe stato quello di limitare l'applicazione dell'eccezione prevista da tale disposizione alle situazioni in cui la vita privata o l'integrità dell'individuo risulterebbero violate ai sensi dell'art. 8 CEDU e della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, senza prendere in considerazione la normativa comunitaria in materia di tutela dei dati personali, in particolare con il regolamento 45/2001. In tal modo il Tribunale avrebbe dunque omesso di considerare l'applicazione dell'art. 8, lett. b), nonché 18, del regolamento 45/2001, in virtù dei quali il destinatario dei dati richiesti deve dimostrare l'interesse a tale comunicazione ed il titolare degli stessi può opporsi. Secondo la Corte tali disposizioni sono fondamentali per il regime di protezione dei dati personali e dunque ignorandole il Tribunale avrebbe alterato "l'equilibrio che il legislatore dell'Unione intendeva stabilire tra i due regolamenti in questione" (punto 65). Nel caso concreto, a giudizio della Corte, la Commissione, divulgando la versione censurata del verbale richiesto, ha sufficientemente ottemperato al proprio obbligo di trasparenza, in virtù del regolamento 1049/2001. La Bavarian Lager, al contrario, non avrebbe fornito "alcuna motivazione espressa e legittima, né alcun argomento convincente per dimostrare la necessità di trasferimento di questi dati personali". Di conseguenza "la Commissione non ha potuto soppesare i differenti interessi delle parti in causa". La Corte individua, dunque, l'esatto coordinamento ed interpretazione delle norme per ricostruire il giusto equilibrio elaborato dal legislatore, tra l'interesse alla tutela dei dati personali e dell'accesso ai dati. L'operazione condotta dalla Corte è, dunque, di interpretazione, più che di vero e proprio bilanciamento, secondo quanto indicato dall'avvocato generale Sharpston. Riprendendo l'analogia con il paradosso di Asimov, l'avvocato generale considerava che "la cosa più sorprendente non è tanto il fatto che nella scienza giuridica possano sorgere

domande simili a quelle che si pongono nell'ambito di altre scienze, bensì la constatazione, come si vedrà più avanti, che anche la risposta al nostro quesito sembra ispirarsi a quella data da Asimov. Infatti, dopo aver esaminato i concetti di «forza irresistibile» e di «oggetto immobile», lo scienziato conclude, essenzialmente, che non può esistere un universo con tali contraddizioni, ragion per cui la domanda è priva di senso e non merita una risposta». Anche nel caso di specie, infatti, il conflitto risultava più apparente che reale.

2.6 Tutela della riservatezza- equo processo

2.6.1 Il caso Varec

Un interessante caso di conflitto tra diritti fondamentali vede in contrapposizione il diritto alla riservatezza e il diritto all'equo processo, risolto tramite bilanciamento dalla Corte di giustizia nel caso Varec³⁹⁴.

Si tratta di una pronuncia all'esito di un rinvio pregiudiziale relativo alla direttiva 89/665/CEE che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e lavori. Le questioni di riservatezza in fase di *aggiudicazione* di appalti pubblici di forniture sono state affrontate, al tempo dell'aggiudicazione dell'appalto di cui alla causa principale, nella direttiva 93/36, sostituita dalla direttiva 2004/18. Il quesito pregiudiziale è stato sottoposto alla Corte nell'ambito di una controversia tra la società Varec e lo Stato belga a proposito dell'aggiudicazione di un appalto pubblico per la fornitura di maglie per cingoli destinati a determinati tipi di carri. Lo Stato aveva aggiudicato l'appalto alla società Diehl, concorrente della Varec, la quale proponeva ricorso presso il Conseil d'Etat. Nell'ambito di tale procedura lo Stato belga depositava il proprio fascicolo privo di alcuni dati riservati della Diehl, la quale del resto si opponeva a tale comunicazione. La Varec lamentava però che questo costituisse una lesione del principio dell'equo processo, perché in tal modo essa veniva privata di dati utili alla propria difesa. Il Conseil d'Etat quindi sospendeva il procedimento richiedendo alla Corte se l'art 1, n. 1, della direttiva 89/665, letto in combinato disposto con gli artt. 15, n. 2, della direttiva 93/3 e 6 della direttiva 2004/18, debba essere interpretato nel senso che l'organo responsabile delle procedure di ricorso

³⁹⁴ Corte giust., 14 febbraio 2008, *Varec*, causa C-450/06, in Racc. p. I-00581.

previste da tale norma deve garantire la riservatezza e il rispetto dei segreti commerciali contenuti nei fascicoli ad esso trasmessi dalle parti in causa, tra le quali rientra anche l'amministrazione aggiudicatrice, pur avendo esso allo stesso tempo il diritto di venire a conoscenza di siffatte informazioni e di prenderle in considerazione.

Si trattava, dunque, di trovare il giusto bilanciamento tra il diritto della difesa dei concorrenti che avevano perso la gara d'appalto e proponevano ricorso in via giurisdizionale e la tutela dei dati della società vincente.

L'avvocato generale Sharpston sottolinea che si tratta di due diritti fondamentali non assoluti e che dunque devono essere bilanciati correttamente, in mancanza di un'esplicita gerarchia o prevalenza dell'uno o dell'altro. In proposito richiama anche la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo per descriverne i contenuti. L'avvocato generale propone una soluzione pragmatica, traendo anche spunto dalla giurisprudenza del Tribunale: "l'organo responsabile del ricorso potrebbe chiedere alla parte che detiene le prove di fornire una versione rielaborata da mettere a disposizione dell'altra parte o delle altre parti – subordinatamente alla supervisione dello stesso organo adito al fine di garantire che vengano espunti soltanto gli elementi effettivamente riservati che non appaiano decisivi per la soluzione della controversia. In tal caso, anche se l'organo di ricorso ha preso visione delle prove celate a talune parti, lo stesso dovrebbe cercare di non utilizzare tali prove con modalità che potrebbero essere lesive dei diritti della difesa e della parità di armi di tali parti". In particolare suggerisce alcuni principi che devono essere tenuti presenti dall'autorità che decide sul ricorso avverso l'aggiudicazione dell'appalto : "a) una parte non può rifiutarsi di comunicare le prove ad un organo di ricorso adducendo il segreto commerciale; b) una parte che comunica prove ad un organo di ricorso può chiedere che esse siano trattate come riservate, integralmente o parzialmente, nei confronti di un'altra parte; c) tutte le parti principali dovrebbero avere accesso a tutte le prove rilevanti per l'esito del ricorso, in una forma atta a permettere loro di presentare osservazioni su di esse; d) l'organo di ricorso dovrebbe prestare attenzione a non utilizzare le prove non rivelate ad una o più parti principali secondo modalità che potrebbero violare i diritti alla difesa e alla parità di armi di tali parti".

La Corte condivide la ricostruzione dell'avvocato generale e suggerisce i criteri da tenere presente nel bilanciamento del diritto all'equo processo e della tutela della riservatezza. La Corte rileva che l'obiettivo principale della normativa comunitaria in tema di appalti è la tutela di una concorrenza non falsata in tutti gli Stati membri. È in tale ottica che deve essere compreso il

diritto alla tutela dei dati, in quanto è necessario che le amministrazioni aggiudicatrici non divulgino informazioni relative a procedure di aggiudicazione di appalti pubblici il cui contenuto potrebbe essere utilizzato per falsare la concorrenza, sia in una procedura di aggiudicazione in corso, sia in procedure di aggiudicazioni successive. L'indebita divulgazione di informazioni, inoltre, spezzerebbe il clima di fiducia tra operatori commerciali e amministrazioni aggiudicatrici. Di conseguenza la stessa direttiva 93/36 all'art. 15, n. 2 prevede che le amministrazioni aggiudicatrici hanno l'obbligo di rispettare il carattere confidenziale di qualsiasi informazione fornita dai fornitori. La Corte sottolinea che sebbene tale norma si rivolga alle amministrazioni aggiudicatrici essa sarebbe priva di effetto utile se le informazioni riguardanti i concorrenti non potessero essere protette anche nell'ambito delle procedure di ricorso avverso le decisioni di aggiudicazione: in caso contrario, basterebbe proporre un tale ricorso per ottenere informazioni suscettibili di pregiudicare la concorrenza. Di conseguenza, tali obblighi di riservatezza si trasmettono all'organo che giudica su tale ricorso, come si può dedurre dal combinato disposto dell'art. 1, n. 1, della direttiva 89/665, letto in combinato disposto con gli artt. 7, n. 1, 9, n. 3, e 15, n. 2, della direttiva 93/36. Tali obblighi possono tuttavia porsi in contrasto con il principio dell'equo processo, il quale implica il diritto delle parti in un processo di prendere conoscenza di tutte le prove o osservazioni presentate al giudice per influire sulla sua decisione e di discuterle. Molto interessante è che la Corte si riferisca alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo per evidenziare il carattere non assoluto di tale principio, il quale può dunque essere bilanciato con altri diritti e interessi (punto 46). La Corte prosegue rintracciando nella giurisprudenza di Strasburgo le possibili limitazioni al diritto al contraddittorio, manifestando dunque la volontà di allineamento degli standard. Il diritto alla riservatezza è, anche secondo la giurisprudenza di Strasburgo, una delle ragioni principali di limitazioni al diritto al contraddittorio. La Corte conclude dunque che "nell'ambito di un ricorso proposto contro una decisione adottata da un'amministrazione aggiudicatrice relativa ad una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, il principio del contraddittorio non implica che le parti abbiano un diritto di accesso illimitato e assoluto al complesso delle informazioni relative alla procedura di aggiudicazione di cui trattasi che sono state presentate all'organo responsabile del ricorso. Al contrario, tale diritto di accesso dev'essere ponderato con il diritto di altri operatori economici alla tutela delle informazioni riservate e dei loro segreti

commerciali”. Tale bilanciamento deve essere effettuato, sulla base di tali principi, dall’autorità competente per il ricorso.

La Corte, dunque, sembra manifestare un favor per la tutela della riservatezza in ragione della tutela della concorrenza e giustifica sulla base di una lettura coordinata delle norme delle direttive l’obbligo di garantire tale tutela gravante sull’autorità competente per il ricorso. Essa allinea lo standard di tutela di entrambi i diritti su quello del sistema convenzionale, ma lascia l’ultima parola, nel caso concreto, al giudice nazionale.

3. Conclusioni

L’esame dei conflitti relativi ai diritti fondamentali che si sono posti dinanzi alla Corte di giustizia rivela consente di svolgere alcune riflessioni sul ruolo e sul *modus operandi* della stessa. La Corte di giustizia, infatti, si trova a confrontarsi con dei conflitti tipici da Corte costituzionale e da Corte europea dei diritti dell’uomo, la cui risoluzione impatta sensibilmente sugli ordinamenti nazionali ed in primis sul giudizio nazionale da cui proviene la questione pregiudiziale. Nei primi anni di lavoro della Corte di giustizia sarebbe probabilmente sembrata impensabile la possibilità del sorgere di una tale tipologia di conflitti davanti ad una Corte presso la quale si accede attraverso un sistema di azioni tipiche e a numero chiuso, con un diritto dell’Unione europea essenzialmente caratterizzato da obiettivi di integrazione economica. Tuttavia, la nota evoluzione dell’ordinamento dell’Unione europea verso una comunità di diritto, al di là della realizzazione del mercato comune, ha comportato un sempre maggior intervento della Corte in materia di diritti fondamentali che non poteva non sfociare nella nuova competenza a risolvere i relativi conflitti. Tali questioni giungono alla Corte di giustizia per la maggior parte attraverso il rinvio pregiudiziale, quando il giudice nazionale si trova davanti al conflitto relativo ad un diritto fondamentale e cerca il conforto del giudice dell’Unione europea per tale risoluzione. La rilevanza comunitaria della questione deriva spesso dall’applicabilità di una direttiva di armonizzazione, strumento che conferisce una grande forza di espansione al diritto dell’Unione europea. Come dimostrato dalle direttive in tema di protezione dei dati, tali strumento consentono anche un vero e proprio intervento del legislatore nella materia dei diritti fondamentali, di politica attiva, tale da armonizzare i diversi livelli di tutela degli stessi negli Stati. Tale è anche il caso della normativa in materia di appalti. Di conseguenza, il giudice nazionale non procede

direttamente alla risoluzione del caso concreto, ma richiede l'intervento della Corte per applicare correttamente il diritto dell'Unione e non incorrere in responsabilità per violazione dello stesso o dare origine ad una procedura di infrazione.

Come emerge dai passaggi delle sentenze analizzate, a differenza di quanto avviene nei casi di conflitto tra un diritto fondamentale e una delle libertà di mercato, la soluzione è cercata più nell'interpretazione che in un vero e proprio bilanciamento³⁹⁵. La Corte, infatti, ripercorre il dettato letterale delle direttive in questione, ricercando la soluzione interpretativa adatta a eliminare il conflitto, piuttosto che risolverlo direttamente, conferendo prevalenza ad un diritto piuttosto che ad un altro³⁹⁶. La formulazione ampia delle direttive comunitarie, infatti, spesso consente un'interpretazione che guidi l'interprete a coordinare i due diritti fondamentali in questione, piuttosto che sacrificarne uno in favore dell'altro. Il punto di partenza è sempre l'assenza di una gerarchia tra i diritti fondamentali, la quale non viene ricostruita neppure dal giudice dell'Unione europea. L'opera della Corte di giustizia si esplica dunque nell'individuare gli esatti confini di un diritto fondamentale o le limitazioni legittime allo stesso, agendo in questo come un vero e proprio legislatore, ritoccando il catalogo dei diritti fondamentali che ella stessa ha creato nel corso della storia e che ora si trova codificato nella Carta di Nizza, ma anche nella legislazione secondaria che ne dà attuazione. Nel fare questo il punto di riferimento è sempre la CEDU e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo³⁹⁷. L'obiettivo è di mantenere lo stesso standard, così come è stato indicato nell'art. 53 della Carta di Nizza, il quale precisa che ove i diritti fondamentali sono i medesimi della CEDU essi hanno significato e portata identici. La Corte, tuttavia, non esita a sottolineare le peculiarità assunte da tali diritti nell'ordinamento dell'Unione europea: nel caso *Varec*, ad esempio, la Corte esplicita la *ratio* della tutela della riservatezza in materia di gare d'appalto, dovuta alla necessità di tutelare l'apertura ad una concorrenza non falsata. Trattandosi di diritto alla riservatezza il punto di riferimento costante è l'art.8 della CEDU e la giurisprudenza in materia di giustificazioni alle ingerenze da parte dello Stato a tale diritto. Secondo tale giurisprudenza una restrizione a tale diritto deve essere fondata su una base legale, essere diretta ad un obiettivo legittimo e necessaria in una società

³⁹⁵ Cfr. in proposito le conclusioni dell'avvocato generale Sharpston nella causa *Varec*.

³⁹⁶ Cfr. al contrario sentenze come *Schmidberger* o *Omega*, in cui la prevalenza ai diritti fondamentali risulta affermata esplicitamente dalla Corte di giustizia.

³⁹⁷ Cfr. ad esempio sent. *Österreichischer Rundfunk*, cit., p. 71; *Lindqvist*, p. 90; *Promusicae*, p. 64; *Varec*, p. 45; *Bavarian Lager*, p. 152.

democratica. La Corte e gli avvocati generali tengono, inoltre, conto del margine di apprezzamento concesso dalla stessa Corte di Strasburgo agli Stati, per bilanciare la tutela di tale diritto con le altre esigenze dello Stato. Nel contesto dell'Unione europea, tale margine di apprezzamento assume un carattere peculiare, perché si inserisce nello spazio di discrezionalità caratteristico dello strumento della direttiva, il quale consente agli Stati di adottare le misure più appropriate per la trasposizione della direttiva, in modo da tenere conto delle altre esigenze nazionali. La Corte mostra di rispettare lo spazio di sovranità degli Stati e lascia l'ultima parola al giudice nazionale: essa si limita, infatti, a dettare i criteri che devono essere tenuti presenti nel bilanciamento concreto per rispettare la corretta interpretazione del diritto dell'Unione, ma adotta un significativo *self restraint*. La preoccupazione della Corte è, forse, quella di non incidere direttamente sugli standard di tutela dei diritti fondamentali nazionali, per non imporre degli standard intollerabili per lo Stato, i quali potrebbero suscitare una certa avversione all'esecuzione della sentenza della Corte. Tale *self restraint* appare d'altronde tanto più giustificato nel settore della tutela della privacy, in quanto si tratta, come sopra ricordato, di un diritto che ha fatto ingresso nell'ordinamento dell'Unione europea solo recentemente, mentre negli Stati membri era già presente da tempo.

La Corte, dunque, ha svolto il suo compito di giudice dei conflitti in una maniera alquanto prudente, nell'ottica di un'integrazione e di un'armonizzazione dei livelli di tutela nazionale, convenzionale e dell'Unione europea. Essa ha, tuttavia, svolto un'opera insostituibile nella definizione del livello di tutela dell'Unione europea e nel coordinamento del dialogo tra giudici, completando l'opera del legislatore e confermando il suo ruolo di vera e propria Corte costituzionale dell'ordinamento.

Capitolo V

I diritti fondamentali e l'antitrust

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. I diritti fondamentali delle persone giuridiche. – 3. Il procedimento *antitrust* e i diritti fondamentali. – 4. In particolare: la tutela dei locali commerciali. – 5. Il *legal privilege*. – 6. Il diritto al silenzio. – 7. Conclusioni.

1. Introduzione

Nell'ordinamento dell'Unione europea la tutela della libera concorrenza riveste un ruolo cardinale nel sistema dei valori, nonché tra gli obiettivi perseguiti. Si tratta, infatti, di un presupposto fondamentale per lo sviluppo del mercato interno e della vita economica delle nazioni. Fin dai trattati istitutivi, il valore della concorrenza si trova racchiuso nelle prime norme che definiscono gli obiettivi dell'Unione europea: in particolare, all'art. 3 del TUE ove viene sancito che “l'Unione instaura un mercato interno. Si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale [...]” e all'art. 113 TFUE ove si descrive il potere del Consiglio di adottare disposizioni di armonizzazione “per assicurare l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno ed evitare le distorsioni della concorrenza”. Il Trattato di Lisbona ha, poi, introdotto il Protocollo 27 sul mercato interno e la concorrenza che abilita l'Unione ad adottare le misure necessarie alla realizzazione del mercato interno. La concorrenza appare, dunque, un obiettivo a sé stante e al tempo stesso uno strumento per la realizzazione del mercato unico. La politica di concorrenza è, d'altronde, una delle più efficaci dell'Unione europea, in cui risulta fondamentale l'attività di garante svolta dalla Commissione. Tale istituzione, infatti, nel vigilare sul rispetto e sull'esecuzione dei Trattati, dispone di ampi poteri in materia di concorrenza, in quanto è l'autorità competente ad autorizzare le operazioni di concentrazione di rilevanza comunitaria, a sanzionare le intese ed i comportamenti anticoncorrenziali delle società, a decidere circa la legittimità

delle misure di sostegno statale. Tali ampi poteri sono, tuttavia, suscettibili di invadere la sfera dei diritti delle società, come ha rilevato la giurisprudenza comunitaria. Tali diritti possono essere delle vere e proprie prerogative fondamentali, quali la tutela del domicilio, della segretezza della corrispondenza, del diritto a non auto-incriminarsi. Anche in tale settore può, dunque, essere rilevato un possibile conflitto tra i diritti fondamentali e un interesse di natura pubblicistica dell'Unione europea, ovvero con la tutela della concorrenza. La Corte di giustizia, autorità chiamata a vigilare sull'operato della Commissione, si è, quindi, trovata di fronte ai conflitti tra tali valori contrastanti e alle conseguenti esigenze di temperamento. Nei paragrafi che seguono verrà effettuato solo un breve cenno ad alcune istanze di bilanciamento, in quanto la materia dell'*antitrust* presenta delle peculiarità tali per le procedure di applicazione delle norme rilevanti, nonché per gli interessi coinvolti che richiederebbero un'analisi approfondita che esula dalla presente ricerca: appare, tuttavia, utile fornire alcuni spunti sul tema per completare la panoramica delle ipotesi di bilanciamento con cui si è confrontata la Corte.

2. I diritti fondamentali delle persone giuridiche

Sebbene si parli generalmente di diritti fondamentali dell'uomo, anche le persone giuridiche possono essere titolari di tali prerogative. In tal senso è interpretato l'art. 1 CEDU: "Le Alte Parti Contraenti riconoscono ad ogni persona sottoposta alla loro giurisdizione i diritti e le libertà enunciati nel Titolo primo della presente Convenzione", nonché l'art. 34 CEDU: "La Corte può essere investita di un ricorso da parte di una persona fisica, un'organizzazione non governativa o un gruppo di privati che sostenga di essere vittima di una violazione da parte di una delle Alte Parti contraenti dei diritti riconosciuti nella Convenzione o nei suoi protocolli"³⁹⁸. Le persone giuridiche, dunque, sono destinatarie dei diritti sanciti dalla Convenzione allo stesso titolo delle persone fisiche. Tale assunto è, inoltre, provato dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale non ha esitato a tutelare le prerogative fondamentali delle persone giuridiche, ad

³⁹⁸ R. ERGEC, *Protection européenne en internationale des droits de l'homme*, Bruxelles, 2006, p. 136 e ss. ; S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001; M. EMBERLAND, *The Human Rights of Companies*, Oxford, 2005.

esempio nei casi *Stenuit c. Francia*³⁹⁹, *Grande Oriente d'Italia c. Italia*⁴⁰⁰, *Agrotexim e a. c. Grecia*⁴⁰¹.

Anche la Corte di giustizia si è pronunciata in tema di diritti fondamentali delle imprese⁴⁰², attestandone la titolarità.

La Carta di Nizza ha, poi, menzionato esplicitamente le persone giuridiche quali titolari di diritti fondamentali: in particolare, tale menzione si ritrova all'art. 42, diritto d'accesso ai documenti, all'art. 43, diritto di rivolgersi al Mediatore europeo, all'art. 44 diritto di petizione. La titolarità dei diritti fondamentali per le persone giuridiche, quindi, non appare suscettibile di essere messa in discussione. Nelle pronunce della Corte di giustizia sono stati rilevati, in particolare, i diritti fondamentali delle società nell'ambito dei procedimenti *antitrust* effettuati dalla Commissione. Come anticipato nel paragrafo precedente, infatti, la Commissione è l'autorità posta a tutela della concorrenza nell'ordinamento dell'Unione: in particolare, essa vigila sul rispetto degli art. 101 e 102 TFUE, i quali vietano alle società rispettivamente di porre in essere intese anticoncorrenziali e di sfruttare in maniera abusiva la propria posizione dominante sul mercato, nonché dell'art. 106 TFUE, il quale vieta agli Stati di conferire vantaggi in maniera selettiva alle società. Nel prossimo paragrafo verranno analizzati, in particolare, i poteri di indagine della Commissione nell'accertamento delle infrazioni ex art. 101 TFUE ed i diritti fondamentali suscettibili di essere lesi in tale procedimento, con una particolare riflessione sulla natura dei procedimenti *antitrust*.

3. I diritti fondamentali delle società di fronte alla Commissione nei procedimenti antitrust

Nei Trattati istitutivi i poteri di vigilanza della Commissione non sono disciplinati, ma vi è unicamente l'enunciazione del principio in virtù del quale la Commissione vigila sull'applicazione dei Trattati (art. 17 TUE, già art. 211 CE). In particolare, come sopra menzionato, per quanto rileva ai fini del presente lavoro, occorre ricordare che la Commissione ha un potere di

³⁹⁹ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Stenuit c. Francia*, 27 febbraio 1992, ricorso n. 11598/85.

⁴⁰⁰ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Grande Oriente d'Italia c. Italia*, 2 agosto 2001, ricorso n. 35972/97.

⁴⁰¹ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Agrotexim e a. c. Grecia*, 24 ottobre 2005, ricorso n. 14807/89.

⁴⁰² Corte giust., 7 giugno 1983, *Pioneer (Musique de diffusion française c. Commissione)*, cause riunite C-100-103/80, in Racc. p. 1825; Corte giust., 29 ottobre 1980, *Fedetab (Heinz van Landewyck Sarl c. Commissione)*, cause riunite 209-15 e 218/78, in Racc. p. 3125; Tribunale, 10 marzo 1992, *Polypropylene (Shell c. Commissione)*, causa T-11/89, in Racc. II p. 757, par. 39.

controllo circa il rispetto degli artt. 101 e 102 TFUE relativi alle intese tra imprese e all'abuso di posizione dominante⁴⁰³. Per l'applicazione di tali norme nei primi anni di vita della Comunità era stato elaborato il regolamento 17/1962⁴⁰⁴. Tale regolamento prevedeva un sistema centralizzato di controllo, in virtù del quale la Commissione deteneva il potere assoluto di autorizzare un accordo tra imprese: ad essa dovevano, infatti, essere notificati in via preventiva tutti gli accordi di imprese suscettibili di violare la concorrenza in modo da essere autorizzati dalla stessa. La Commissione aveva poi, ai sensi dell'art. 14 di detto regolamento, il potere di condurre indagini e svolgere i necessari accertamenti presso le imprese, con ampia facoltà di controllare i libri sociali e i documenti delle società, richiedere informazioni, avere accesso ai locali. Tale regolamento è stato sostituito dal regolamento 1/2003⁴⁰⁵, il quale ha comportato una modifica sostanziale del sistema, in quanto ha sostituito il regime di autorizzazione preventiva e di notifica mediante decisione costitutiva della Commissione con uno di eccezione legale. In virtù di tale sistema, le intese che non violano la concorrenza sono lecite *ab initio* e non è necessaria l'autorizzazione preventiva della Commissione: vi è, inoltre, una decentralizzazione del controllo del rispetto della concorrenza, in quanto la competenza ad accertare la ricorrenza delle condizioni di esenzione dal divieto di intese di cui all'art. 101, comma 3, spetta anche alle autorità nazionali di concorrenza ed ai giudici nazionali. Non essendoci più l'obbligo di notifica preventiva, l'intervento della Commissione al fine di ottenere l'accertamento dell'illiceità di un'intesa o del carattere abusivo dello sfruttamento di una posizione dominante può essere sollecitato attraverso un esposto denuncia da parte di terzi interessati (in genere si tratta di imprese concorrenti o di associazioni di consumatori). La Commissione può, inoltre, svolgere autonome verifiche ed agire d'ufficio. Se ritiene che vi siano ragioni sufficienti per procedere essa svolge, quindi, un'indagine preliminare al termine della quale la Commissione può decidere di archiviare la pratica oppure di dare inizio alla fase formale della procedura. In tale fase di

⁴⁰³ Sui poteri delle autorità *antitrust* nazionali e della Commissione cfr. VAN BAEL & BELLIS, *Il diritto comunitario della concorrenza*, Torino, 2009; P. FATTORI, M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Torino, 2010; A. ADINOLFI, L. DANIELE, B. NASCIBENE E S. AMADEO (a cura di), *L'applicazione del diritto comunitario della concorrenza*, Milano, 2007.

⁴⁰⁴ Regolamento n. 17 del Consiglio, del 6 febbraio 1962, primo regolamento d'applicazione degli artt. 85 e 86 del trattato, in GUCE 13 del 21 febbraio 1962, p. 204.

⁴⁰⁵ Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato, in GU L 1 del 4.1.2003, pagg. 1–25. Cfr. anche Regolamento (CE) n. 773/2004 della Commissione del 7 aprile 2004 relativo ai procedimenti svolti dalla Commissione a norma degli articoli 81 e 82 del trattato CE, in GU L 123 del 27.4.2004, pagg. 18–24.

indagine la Commissione gode di poteri molto ampi, i quali sono stati ulteriormente rafforzati dal regolamento 1/2003.

La Commissione dispone, innanzitutto, di ampi poteri nel richiedere informazioni alle imprese. Tale potere può essere esercitato anche nell'ambito delle indagini svolte dalla Commissione relativamente ad un settore specifico dell'economia o di un tipo particolare di accordi in vari settori. Ai sensi dell'art. 17, infatti, la Commissione può richiedere tutte le informazioni necessarie, nonché che l'impresa le comunichi tutti gli accordi, le decisioni e le pratiche concordate.

Nell'ambito di accertamenti specifici relativi ad un'impresa, la Commissione può, in particolare, richiedere alla società interessata di fornire tutte le informazioni necessarie inviando una semplice domanda indicando le basi giuridiche e lo scopo della stessa, nonché il termine entro il quale fornirle, secondo quanto disposto dall'art. 18 del regolamento.

In virtù dell'art. 19, la Commissione può sentire ogni persona fisica o giuridica che vi acconsenta ai fini della raccolta di informazioni relative all'oggetto di un'indagine. Si tratta di una vera e propria audizione che assume le forme di un'udienza, in cui la Commissione svolge una sorta di interrogatorio.

L'art. 20, in termini piuttosto ampi, sancisce che “per l'assolvimento dei compiti affidatili dal presente regolamento, la Commissione può procedere a tutti gli accertamenti necessari presso le imprese e le associazioni di imprese”. In particolare, tale norma prevede che gli agenti e le altre persone che li accompagnano, autorizzati dalla Commissione, dispongono del potere di: accedere a tutti i locali, terreni e mezzi di trasporto di imprese e di associazioni di imprese, controllare i libri e qualsiasi altro documento connesso all'azienda su qualsiasi forma di supporto, fare o ottenere sotto qualsiasi forma copie o estratti dei suddetti libri o documenti, apporre sigilli a tutti i locali e libri o documenti aziendali per la durata degli accertamenti e nella misura necessaria al loro espletamento, chiedere a qualsiasi rappresentante o membro del personale dell'impresa o dell'associazione di imprese spiegazioni su fatti o documenti relativi all'oggetto e allo scopo degli accertamenti e verbalizzarne le risposte. La Commissione ha anche il potere di ispezionare altri locali in cui ritenga essere presenti documenti connessi all'impresa il cui esame risulta necessario ai fini dell'indagine. In particolare, ai sensi dell'art. 21, la Commissione può ispezionare addirittura il domicilio di amministratori, direttori e altri membri del personale delle imprese interessate.

Tali poteri di indagine risultano piuttosto invasivi e dimostrano un approccio quasi inquisitorio dell'attività della Commissione. Il regolamento prevede, quindi, in proposito una serie di garanzie dirette a tutelare la posizione delle società. In particolare, la decisione della Commissione che prevede gli accertamenti ai sensi dell'art. 20 deve indicare l'oggetto e lo scopo degli accertamenti, fissarne la data di inizio e le sanzioni previste in caso di mancato ottemperamento. Tale decisione può, inoltre, essere impugnata presso la Corte di giustizia. Le ispezioni di cui all'art. 21 non possono essere eseguite senza l'autorizzazione preliminare dell'autorità giudiziaria nazionale dello Stato membro interessato. Tale autorità, tuttavia, non può mettere in discussione la necessità degli accertamenti né chiedere che siano fornite informazioni contenute nel fascicolo della Commissione. Resta però la competenza della Corte di giustizia a controllare la legittimità della decisione della Commissione.

L'art. 27, inoltre, sancisce che nel corso del procedimento sono pienamente garantiti i diritti della difesa delle parti interessate. Esse dispongono in proposito del diritto d'accesso al fascicolo e della tutela dei propri segreti aziendali.

L'aspetto più problematico nell'imporre sanzioni alle imprese per violazione degli articoli 101 e 102 TFUE, così come nel verificare la compatibilità di concentrazioni, *joint ventures*, sistemi di distribuzione, risiede nella natura ambigua del ruolo della Commissione, la quale agisce quale giudice e autorità amministrativa di vigilanza allo stesso tempo. Tale istituzione, infatti, è competente per svolgere le indagini, raccogliere le prove e formulare le accuse, ma al tempo stesso è l'organo che decide sull'irrogazione dell'ammenda alla società.

Nella legislazione *antitrust*, dunque, si avverte la tensione tra l'interesse alla tutela della concorrenza, uno dei più grandi obiettivi dell'Unione, e la garanzia dei diritti della difesa delle società. Il bilanciamento tra potere pubblico e protezione della persona, in questo caso consistente in una persona giuridica, è giunto anche presso la Corte di giustizia, organo competente a vigilare sulla legittimità dell'azione della Commissione.

Si è posta negli anni la questione circa la conformità allo standard della CEDU della tutela del diritto di difesa delle società nell'ambito dei procedimenti *antitrust*. In particolare, si è discussa l'applicabilità dell'art. 6 CEDU, o meglio la possibilità per le società di avvalersi delle garanzie in

esso racchiuse da parte delle società nell'ambito delle procedure per l'applicazioni di sanzioni *antitrust*⁴⁰⁶.

La questione è stata portata di fronte alla Corte di giustizia già a partire dagli anni '80, la quale ha sistematicamente respinto ogni argomentazione tratta da una possibile violazione dell'art. 6 CEDU nell'esaminare la legittimità del comportamento della Commissione.

Uno dei primi casi è *Fedetab*⁴⁰⁷. Si trattava di un cartello di produttori di tabacco: la Commissione aveva imposto, tramite una decisione, di non applicare alcuni accordi circa l'organizzazione del mercato del tabacco. *Fedetab* contestò che si sarebbero dovute osservare le garanzie dell'art. 6 CEDU, in quanto si trattava di una decisione relativa ad un diritto civile, attraverso una procedura quasi giurisdizionale. Essa lamentava che la Commissione non fosse un giudice imparziale ed indipendente, in quanto essa è, al tempo stesso, pubblica accusa, giudice e difensore della propria decisione. La Commissione riconosceva di essere tenuta in generale al rispetto della CEDU, ma negava di poter essere assimilata ad un tribunale ai sensi dell'art. 6 per la diversità delle funzioni. La Corte seguiva le argomentazioni della Commissione e sanciva a proposito di tale istituzione che "la Commissione infatti, pur essendo obbligata ad osservare le garanzie procedurali contemplate dal diritto comunitario - garanzie che sono state osservate [...] - non può per questo essere qualificata di 'giudice' ai sensi dell' art. 6 della Convenzione europea per i diritti dell' uomo"⁴⁰⁸.

Le stesse argomentazioni si riproponevano in *Pioneer*⁴⁰⁹ in cui i ricorrenti allegavano che la decisione della Commissione era ingiusta per il semplice fatto di essere stata adottata in un sistema in cui la Commissione è al tempo stesso giudice e parte⁴¹⁰. Anche in questo caso, tuttavia, la Corte si trincerava dietro la natura non giudiziale della Commissione, sostenuta anche dalle conclusioni dell'avvocato generale, il quale affermava che la procedura davanti alla Commissione non è di natura giurisdizionale, bensì amministrativa. Stessa affermazione anche in *Polypropylene*⁴¹¹.

⁴⁰⁶ W. P.J. WILS, *The increased level of EU antitrust fines, judicial review and the European Convention on Human rights*, in *World Competition* 1/2010, pp. 1-32; D. SLATER, S. THOMAS, D. WALBROECK, *Competition law proceedings before the European Commission and the right to a fair trial: no need for reform?* GCLC Working Paper 4/08, reperibile sul sito <http://www.gclc.coleurop.be>.

⁴⁰⁷ Corte giust., 29 ottobre 1980, *Heinz van Landewyck Sarl c. Commissione*, cause riunite 209- 15 e 218/78, in Racc. p. 3125.

⁴⁰⁸ Sent. *Heinz van Landewyck Sarl cit.*, punto 81.

⁴⁰⁹ Corte giust., 7 giugno 1983, *Musique de diffusion française c. Commissione*, causa 100-103/80, in Racc. p. 1825, par. 7-11.

⁴¹⁰ Sent. *Musique de diffusion française cit.*, punto 6.

⁴¹¹ Tribunale, 10 marzo 1992, *Shell c. Commissione*, causa T-11/89, in Racc. II p. 757, par. 39.

Sul punto si è pronunciata anche la Corte di Strasburgo. La Commissione dei diritti dell'uomo, in primis, ha sancito che le procedure *antitrust* che si concludono con l'imposizione di una sanzione hanno, in linea di principio, carattere penale.

Il primo caso si ha con la pronuncia *M & Co.*⁴¹². La società in questione era stata sanzionata con un'ammenda da parte della Commissione. Essa aveva impugnato tale sanzione di fronte alla Corte di giustizia e alle autorità nazionali, ma senza successo. In un secondo momento, si rivolgeva dunque alla Corte di Strasburgo. Essa richiama in via preliminare la propria giurisprudenza, in virtù della quale non ha competenza per esaminare le violazioni delle istituzioni comunitarie, non essendo queste parti alla CEDU. Essa passava, quindi, ad esaminare la responsabilità della Germania per aver trasferito la propria sovranità ad un'organizzazione internazionale che non rispetta i diritti fondamentali. Nel caso di specie non era stata riscontrata una violazione, in quanto la protezione offerta dall'Unione europea si può considerare equivalente a quella del sistema convenzionale. La Corte enunciava, tuttavia, un importante *obiter dictum*: “for the purpose of the examination of the application it can be assured that the *antitrust* proceedings in question would fall under Article 6 had they been conducted by German and not by European judicial authorities”. Le procedure di controllo *antitrust*, quindi, non sono delle mere procedure amministrative, ma necessitano delle garanzie poste a tutela dell'equo processo.

Tale posizione è stata confermata in *Stenuit*⁴¹³: si trattava di una società francese sanzionata per aver infranto le regole di libera concorrenza nazionali. Poiché il ricorso presso l'autorità francese era stato inutile, la *Stenuit* si era rivolta alla Corte di Strasburgo, allegando che era stato violato il suo diritto di difesa. In tale sentenza veniva, quindi, nuovamente esplicitato che le procedure *antitrust* portano all'applicazione di una sanzione penale e, dunque, devono essere rispettate le garanzie dell'articolo 6 CEDU.

Occorre, dunque, chiedersi quando si possa ritenere di essere di fronte ad una sanzione intrinsecamente penale, per la cui irrogazione la CEDU richiede il rispetto dei principi dell'equo processo, nonché del principio della legalità della pena di cui agli artt. 6 e 7 CEDU. La Corte di Strasburgo ha sviluppato un approccio sostanzialistico alla questione che mira ad individuare l'essenza della sanzione, a prescindere dalle qualificazioni nazionali. Il *leading case*

⁴¹² Corte europea dei diritti dell'uomo (Commissione), *M&Co c. Germania*, decisione del 9 febbraio 1990, ricorso n.13258/87, par. 46 ss.

⁴¹³ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Stenuit c. Francia*, sentenza del 27 febbraio 1992, ricorso n. 11598/85.

della Corte di Strasburgo in questo senso è *Ozturk*⁴¹⁴, in cui la Corte ha riconosciuto che le sanzioni qualificate come amministrative dallo Stato tedesco (nella specie si trattava di sanzioni per infrazioni nell'ambito della circolazione stradale) erano di carattere penale nella sostanza, in quanto dirette ad esercitare soprattutto un effetto dissuasivo e punitivo, come è tipico del diritto penale. Fondamentale in quel caso era stata anche la constatazione che la stessa infrazione veniva sanzionata dal diritto penale negli altri paesi europei e che in Germania si trattava di sanzioni divenute amministrative a seguito di un processo di depenalizzazione. In *Janosevic*⁴¹⁵ la Corte ha riconosciuto la natura penale anche a delle sanzioni fiscali. Anche recentemente, nel famoso caso di *Punta Perotti*⁴¹⁶, la Corte di Strasburgo ha superato la qualificazione di "sanzione amministrativa" del diritto interno italiano, riconoscendo la possibilità di applicare l'art. 7 CEDU nel caso di una misura di confisca per la lottizzazione abusiva prevista da un decreto legislativo. In generale, si tratta dei criteri utilizzati dalla Corte di Strasburgo per verificare se si verta in materia penale enunciati per la prima volta nella sentenza *Engel* a proposito dell'art. 6 CEDU. Per verificare se si sia di fronte ad una sanzione (e quindi ad un procedimento) di natura penale, indipendentemente dalla qualificazione che ne dà l'ordinamento di origine, la Corte valuta la vera natura della violazione e il grado di severità della sanzione. Detti criteri, tuttavia, non sono cumulativi. Nella giurisprudenza successiva la Corte di Strasburgo ha specificato tali criteri, enucleando i diversi aspetti che devono essere analizzati: se la norma è diretta ad uno specifico gruppo di destinatari (per distinguere le sanzioni penali da quelle disciplinari); se le sanzioni sono di carattere compensatorio o punitivo e deterrenti; se il livello della sanzione, nonché la relativa stigmatizzazione sono importanti.

Applicando i criteri sviluppati dalla Corte di Strasburgo ai procedimenti *antitrust* della Commissione, emerge che gli art. 101 e 102 TFUE sono norme generali, di carattere vincolante; l'applicazione di tali regole da parte della Commissione deriva dall'intento di proteggere la società dai danni prodotti da una condotta anti-concorrenziale; le sanzioni imposte a coloro che violano tali regole hanno un carattere punitivo e fungono da deterrente. Stabilire che tale procedimento ha natura penale avrebbe un grande impatto

⁴¹⁴ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Öztürk c. Germania*, sentenza del 21 febbraio 1984, ricorso n. 8544/79.

⁴¹⁵ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Janosevic c. Svezia*, ricorso n. 34619/97, sentenza del 23 luglio 2002, par. 67.

⁴¹⁶ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Sud Fondi Srl e a. c. Italia*, ricorso n. 75909/01, sentenza del 20 aprile 2009.

sul sistema, perché sarebbe di conseguenza necessario garantire anche in questo procedimento le prerogative dell'art. 6 CEDU, le quali per la materia penale sono più estese rispetto alla materia civile: per esempio, la società in questione dovrebbe avere il diritto di essere informata prontamente della natura e della causa dell'accusa, dovrebbe disporre di un tempo adeguato per preparare la propria difesa, dovrebbe potersi difendere da sola o tramite legale ed eventualmente accedere alla possibilità di gratuito patrocinio.

La recente giurisprudenza della CEDU sembra indicare che si tratta di un procedimento penale, nel quale devono essere assicurate tutte le garanzie dell'equo processo⁴¹⁷. Occorre, tuttavia, precisare che secondo la giurisprudenza CEDU le garanzie ex art. 6 sono soddisfatte se gli organi che di per sé non rispondono ai requisiti dell'art. 6 sono sottoposti successivamente al controllo giurisdizionale di un organo che ha piena giurisdizione e offre le relative garanzie⁴¹⁸. Questa appare però come un'eccezione utilizzabile solo per le *minor offences* (come le sanzioni amministrative per le infrazioni nella circolazione dei veicoli o le sanzioni fiscali): il principio generale racchiuso nell'art. 6 CEDU comporterebbe la necessità di un tribunale che garantisca l'equo processo anche in primo grado. Come è noto, le decisioni della Commissione possono essere impugnate presso il Tribunale: se si giunge alla conclusione che i procedimenti ai fini *antitrust* svolti dalla Commissione hanno natura penale, occorre chiedersi se tale controllo giurisdizionale sia sufficiente ad assicurare il rispetto dell'art. 6 CEDU. Indubbiamente il Tribunale è un organo giurisdizionale, imparziale, indipendente, ma si deve considerare se esso possa assicurare un controllo pieno sulle sanzioni irrogate dalla Commissione. Occorre in proposito ricordare che la Commissione dispone di un ampio margine di apprezzamento nelle valutazioni di carattere economico, sottratte al sindacato giurisdizionale del giudice dell'Unione europea. Si deve sottolineare, però, che tale tutela arriva solo in un secondo momento, situazione che può avere un impatto sulla vita economica delle imprese, soprattutto nel caso in cui non si riesca ad ottenere in via cautelare la sospensione della decisione. L'ammontare delle ammende, inoltre, porta a ritenere che non si possa parlare di *minor offences* per le sanzioni *antitrust*.

⁴¹⁷ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Bendenoun c. Francia*, ricorso n. 12547/86, sentenza del 24 febbraio 1994; *Dubus c. Francia*, ricorso n. 5242/04, sentenza dell' 11 giugno 2009.

⁴¹⁸ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Albert and Le Compte c. Belgio*, ricorso n. 7299/75 e 7496/76, 24 ottobre 1983; *Stenuit c. Francia*, cit.

Il Tribunale, tuttavia, mantiene la visione per cui è sufficiente che le decisioni della Commissione in materia di *antitrust* siano riviste dallo stesso per assicurare le garanzie dell'art. 6 CEDU⁴¹⁹.

In conclusione, vi sono margini per ritenere che i procedimenti presso la Commissione possano essere considerati come aventi natura intrinsecamente penale: di conseguenza, sarebbe auspicabile una maggiore garanzia dei principi dell'equo processo. È possibile rilevare, in particolare, alcuni momenti in cui sarebbe auspicabile una maggiore tutela. In primo luogo quello delle audizioni tenute dalla Commissione: attualmente esse avvengono a porte chiuse, anche quando è l'impresa a rinunciare a tale diritto. Le audizioni delle società accusate di aver violato norme di concorrenza sono, però, l'ultima occasione di difesa per l'impresa. Secondo la Corte EDU un'udienza pubblica e orale costituisce una prerogativa fondamentale per i ricorrenti ai sensi dell'art. 6 CEDU. Inoltre le società non sono ascoltate dai soggetti che prendono la decisione di irrogare la sanzione, ovvero i Commissari, ma da funzionari che poi riferiscono i contenuti delle audizioni ai Commissari.

Un altro settore delicato riguarda, poi, la tutela del domicilio delle imprese. Nella sentenza *Hoechst*⁴²⁰, la Corte di giustizia affermava che non esiste un principio generale di diritto dell'Unione europea che sancisca il diritto all'inviolabilità del domicilio delle imprese, né esiste una giurisprudenza della Corte di Strasburgo che desuma tale principio dall'art. 8 della CEDU. In una pronuncia successiva, però, la Corte di Lussemburgo prende atto delle intervenute pronunce sul tema da parte della Corte di Strasburgo e sancisce che: “nel determinare la portata di tale principio [*n.d.a.*: la tutela nei confronti di interventi dei pubblici poteri nella sfera di attività privata di una persona, sia fisica che giuridica, che siano arbitrari o sproporzionati] si deve tenere conto della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo posteriore alla sentenza *Hoechst/Commissione*, giurisprudenza da cui emerge, da un lato, che la tutela del domicilio, di cui all'art. 8 della CEDU, può essere in talune circostanze estesa ai locali citati (sentenza *Colas Est e a. /Francia*) e, dall'altro, che il diritto d'ingerenza autorizzato dall'articolo 8, n.2, della CEDU “potrebbe più facilmente estendersi a locali o attività aziendali o commerciali piuttosto che ad altri casi” (sentenza *Niemietz/Germania* par. 31)”⁴²¹. Come anticipato, il

⁴¹⁹ Tribunale, sentenza 11 luglio 2007, *Schneider Electric 3 A c. Commissione*, causa T-351/03, in Racc. p. II-02237, punto 183.

⁴²⁰ Cfr. *Hoechst*

⁴²¹ Cfr. sentenza *Roquette Frères*, 22 ottobre 2002, causa C-94/00.

regolamento 1/2003 ha ampliato i poteri di indagine della Commissione estendendoli, oltre che ai locali della società, anche al domicilio degli amministratori e del personale della società. Se da un lato tali ispezioni risultano necessarie al perseguimento di una politica di concorrenza efficace, esse pongono, tuttavia, dei problemi dal punto di vista della tutela dei diritti fondamentali della società. Occorre, dunque, che siano rispettate le garanzie fondamentali per le restrizioni a tale tutela del domicilio.

In conclusione, la tensione tra le esigenze di tutela della concorrenza e la protezione dei diritti fondamentali viene avvertita in tutte le fasi del procedimento. Se da un lato il legislatore comunitario mira a rendere sempre più efficace l'attività della Commissione, dall'altro tale obiettivo non può essere raggiunto minando i diritti fondamentali dei soggetti coinvolti. La ricomposizione di tale conflitto in un senso più o meno favorevole alla tutela dei diritti fondamentali può essere rinvenuta in alcune pronunce della Corte di giustizia. Nei prossimi paragrafi verrà presa in considerazione l'ipotesi del *legal privilege*, una delle prerogative fondamentali delle società a confronto con le esigenze di tutela della concorrenza e quella del diritto alla non autoincriminazione, quali esemplificazioni di tale opera di contemperamento da parte della Corte.

4. Il caso del *legal privilege*

Nell'ambito dei procedimenti *antitrust* è emerso un conflitto tra la tutela della riservatezza della corrispondenza tra cliente e avvocato da un lato e le esigenze di indagine della Commissione dall'altro. Un limite a tale potere di indagine delle autorità *antitrust* è ravvisabile nel c.d. *legal professional privilege*⁴²². Secondo tale principio, in determinate circostanze, le comunicazioni intercorrenti tra un avvocato e una società possono restare segrete e non devono essere rivelate all'autorità *antitrust* che conduce l'indagine. Esso è presente in tutti gli ordinamenti degli Stati europei, in virtù di un'espressa disposizione legislativa o di un orientamento

⁴²² In tema di *legal privilege* vedi in dottrina: E. GIPPINI-FOURNIER, *Legal professional privilege in competition proceedings before the European Commission: beyond the cursory glance*, in *Fordham Corp. L. Inst.*, 2004, p. 575 ss.; B. VESTERFORF, *Legal professional privilege and the privilege against self incrimination in EC Law: recent developments and current issues*, in *Fordham International Law Journal*, 2005, p. 1179 ss; W. WILS, *Power of investigation and procedural rights and guarantees in EU antitrust enforcement: the interplay between European and National legislation and case law*, in *World competition*, 2006, p. 3 ss.

giurisprudenziale, anche se la portata ed i criteri per la sua applicazione variano secondo le diverse discipline nazionali⁴²³.

Il *legal privilege* è presente anche nell'ordinamento dell'Unione europea, quale principio generale avente rango di diritto fondamentale⁴²⁴. Già l'avvocato generale Léger metteva in evidenza la natura di vero e proprio diritto fondamentale di tale prerogativa spettante alle imprese⁴²⁵, seguito nello stesso senso dall'avvocato generale Poirares Maduro⁴²⁶. Recentemente la medesima ricostruzione è stata condivisa dall'avvocato generale Kokott, la quale evidenziava che "la tutela del segreto professionale dell'avvocato nel diritto dell'Unione riveste il rango di principio generale avente natura di diritto fondamentale. Da un lato, ciò discende dai principi comuni agli ordinamenti giuridici degli Stati membri [...]. Dall'altro lato, la tutela del segreto professionale dell'avvocato può essere desunta anche dall'art. 8, n. 1 CEDU (tutela della corrispondenza) in combinato disposto con l'art. 6, nn.1 e 3, lett. c), della CEDU (diritto ad un processo equo), nonché dall'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (rispetto delle comunicazioni), in combinato disposto con gli artt. 47, primo e secondo comma, seconda frase, e 48, n. 2, della Carta stessa (diritto a farsi consigliare, difendere e rappresentare, rispetto dei diritti della difesa)"⁴²⁷. Esso, infatti, discende dalla tutela del diritto della riservatezza in connessione con il diritto di difesa.

La prima affermazione di tale principio nel contesto dell'Unione europea si è avuta nella sentenza *AM&S Europe/Commissione*⁴²⁸, in cui la Corte ha sancito che le comunicazioni tra avvocato e impresa nell'ambito dei procedimenti *antitrust* svolti dalla Commissione sono coperte dal *legal privilege* solo ove siano finalizzate all'esercizio del diritto di difesa della società e provengano da un avvocato indipendente. Per giungere all'enunciazione di tale principio, la Corte ha svolto un ragionamento diretto a bilanciare l'esigenza di un'indagine efficiente da parte della Commissione, la quale potrebbe trarre da tali comunicazioni elementi di prova decisivi, con

⁴²³ Corte giust., 14 settembre 2010, *Akzo Nobel Chemicals e a. /Commissione*, causa C-550/07 P, non ancora pubblicata, punto 70.

⁴²⁴ Cfr. Conclusioni dell'avvocato generale Kokott, in causa *Akzo Nobel Chemicals e a. /Commissione*, causa C-550/07 P, non ancora pubblicate, punto 47.

⁴²⁵ Cfr. Conclusioni dell'avvocato generale Léger del 10 luglio 2001, in causa 309/99, *Wouters e a.*, in Racc. p. I-1577, punto 182.

⁴²⁶ Cfr. Conclusioni dell'avvocato generale Poirares Maduro del 14 dicembre 2006, in causa C-305/05, *Ordre des barreaux francophones et germanophones e a.*, in Racc. p. I-5305, punto 39

⁴²⁷ Kokott nelle conclusioni in causa *Akzo Nobel Chemicals e a. /Commissione*, causa C-550/07 P, non ancora pubblicate, punto 47: secondo l'avvocato generale

⁴²⁸ Corte giust., 18 maggio 1982, *AM&S Europe Ltd/Commissione*, causa 155/79, in Racc. p. 1575.

il diritto di difesa delle società, le quali devono potersi rivolgere con libertà al proprio avvocato. Il punto di partenza della Corte è l'analisi delle norme relative ai poteri di indagine della Commissione, ovvero gli artt. 11 e 14 del regolamento 17/1962. Tali norme prevedevano il potere della Commissione di richiedere informazioni e di procedere agli accertamenti necessari per la verifica della sussistenza di un'infrazione⁴²⁹. Il regolamento non individua un limite a tali poteri in relazione alla tutela della riservatezza, né vi era un'altra disposizione in tal senso all'interno del regolamento. La Corte procede, quindi, a prendere in considerazione il valore contrapposto a tali esigenze di indagine, ovvero la tutela della riservatezza. La Corte afferma, infatti, che “il diritto comunitario, derivante da una compenetrazione non soltanto economica, ma anche giuridica tra Stati membri, deve tenere conto dei principi e delle concezioni comuni ai diritti di questi Stati per quanto riguarda il rispetto della riservatezza”⁴³⁰. La Corte trae, dunque, dal riferimento alle tradizioni costituzionali comuni l'esigenza di tutelare tale valore fondamentale e riconosce che per quanto riguarda le comunicazioni tra avvocato e cliente, tale principio ha una portata variabile nei diversi ordinamenti⁴³¹. La Corte rileva, in particolare, che in alcuni ordinamenti tale diritto si fonda sulla natura stessa della professione dell'avvocato, poiché questi contribuisce in prima persona e sotto propria responsabilità al mantenimento della legalità, mentre in altri viene ricollegato direttamente all'esercizio del diritto della difesa. Al di là di tali divergenze, la Corte riconosce che “dagli ordinamenti interni degli stati membri traspare tuttavia l'esistenza di criteri comuni, in quanto detti ordinamenti tutelano, in condizioni analoghe, la riservatezza della corrispondenza fra avvocato e cliente, purché da un lato, si tratti di corrispondenza scambiata al fine e nell'interesse del diritto alla difesa del cliente e, dall'altro, tale corrispondenza provenga da avvocati indipendenti, cioè da avvocati non legati al cliente da un rapporto d'impiego”. La Corte, ricostruito in tal senso il *legal privilege* come principio generale del diritto dell'Unione europea, conclude quindi che il regolamento 17/1962 deve essere interpretato nel senso che anch'esso tutela la riservatezza delle comunicazioni tra cliente e avvocato secondo le condizioni descritte negli ordinamenti nazionali. Partendo da questa considerazione, occorrerà, dunque, verificare nel caso concreto se tali condizioni sono presenti e, quindi, le comunicazioni possono beneficiare del *legal privilege*, o se, invece, vi sono i presupposti per una piena esplicazione

⁴²⁹Sent. *AM&S* cit., punti 15-17.

⁴³⁰Sent. *AM&S* cit., punto 18.

⁴³¹Sent. *AM&S* cit., punto 19.

dei poteri della Commissione. La Corte, dunque, nell'elaborare il principio del *legal privilege* secondo lo standard comunitario, individua dei limiti che sono frutto del compromesso tra le diverse istanze in gioco e che si ritrovano anche nelle tradizioni costituzionali comuni, ricercando l'equilibrio e l'armonizzazione con il livello di tutela nazionale.

È, dunque, possibile distinguere un ambito soggettivo e uno oggettivo di applicazione del *legal privilege*. Per quanto riguarda l'ambito oggettivo, la sentenza *AM & S* precisava che la tutela della riservatezza deve estendersi a tutta la corrispondenza scambiata dal momento in cui ha inizio il procedimento di indagine *antitrust*, nonché a quella anteriore che presenti elementi di connessione con l'oggetto di un siffatto procedimento⁴³². Per l'ambito soggettivo la Corte sottolineava l'importanza del requisito dell'indipendenza e la *ratio* ad esso sottostante, ovvero “la concezione dell'avvocato come collaborazione all'amministrazione della giustizia e attività intesa a fornire, in piena indipendenza e nell'interesse superiore della giustizia, l'assistenza legale di cui il cliente ha bisogno”. La tutela della riservatezza, inoltre, “ha come contropartita la disciplina professionale, imposta e controllata nell'interesse generale dalle istituzioni a ciò autorizzate”⁴³³.

Recentemente la Corte di giustizia è tornata sul tema del *legal privilege*, evidenziando i profili di tale bilanciamento e verificando se non fosse necessaria un'evoluzione dello stesso nel senso di una maggiore tutela della riservatezza nel caso *Akzo Nobel*⁴³⁴. Si tratta della sentenza che giunge al termine dell'impugnazione di una sentenza del Tribunale che aveva confermato l'interpretazione tradizionale del *legal privilege* secondo la giurisprudenza *AM&S*⁴³⁵. Le società ricorrenti nel caso di specie avevano proposto un'interpretazione estensiva del *legal privilege* in modo da estenderlo anche ai giuristi di impresa, i quali sono spesso principalmente coinvolti nell'applicazione delle norme *antitrust* da parte dell'impresa. Accogliere una tale interpretazione avrebbe significato indubbiamente

⁴³² Cfr. Sent. *AM & S* cit., punto 23. Successivamente, con l'ordinanza *Hilti* (Corte giust., ordinanza del 4 aprile 1990, *Hilti AG/Commissione*, causa T-30/89, in Racc. p. II-163) sono stati considerati come coperti da *legal privilege* anche le note interne che si limitano a riprodurre il testo o il contenuto di dette comunicazioni destinate a diffondere tali informazioni nell'ambito della società. Con la sentenza *Akzo Nobel* del Tribunale (Tribunale, *Akzo Nobel Chemicals e a. c. Commissione*, cause riunite T-125/03 e T-253/03, in Racc. p. II-03523) vi è stato un ulteriore ampliamento dei confini dell'ambito coperto da *legal privilege*, esteso anche ai documenti preparatori elaborati dagli avvocati nell'ambito dell'esercizio del diritto di difesa delle società.

⁴³³ Cfr. Sent. *AM & S* cit., punto 24.

⁴³⁴ Corte giust., 14 settembre 2010, *Akzo Nobel Chemicals e a. /Commissione*, causa C-550/07 P, non ancora pubblicata.

⁴³⁵ Tribunale, *Akzo Nobel Chemicals e a. c. Commissione*, cit.

ampliare lo spazio del diritto di difesa e di riservatezza delle società, con un limite significativo per i poteri di indagini della Commissione. Le ricorrenti sostenevano che una tale interpretazione sarebbe stata doverosa anche in considerazione della progressiva tendenza degli Stati membri a parificare la posizione di giuristi di impresa e avvocati, nonché dalla considerazione dell'evoluzione del diritto *antitrust* europeo, in quanto il legislatore comunitario con il regolamento 1/2003 avrebbe inteso incentivare una logica di *self compliance* per l'attuazione della quale la riservatezza delle comunicazioni tra impresa e giuristi sarebbe fondamentale. La Corte ha, invece, confermato il bilanciamento svolto in passato, fissando dei limiti precisi all'applicazione del *legal privilege*, limitata alle comunicazioni con gli avvocati esterni, in modo da non restringere in maniera eccessiva i poteri di indagine della Commissione. La Corte in tale pronuncia, ha, infatti, preso in considerazione l'evoluzione dello status dei giuristi di impresa negli ordinamenti degli Stati membri, per verificare se il *legal privilege* quale principio generale del diritto dell'Unione dovesse essere ampliato sulla base di una nuova considerazione da parte delle tradizioni costituzionali comuni. Dopo aver considerato che non può essere riscontrata una tendenza generale degli Stati a parificare la situazione dei giuristi di impresa a quella degli avvocati, la Corte ha concluso che non poteva trarsi un argomento a favore dell'estensione del *legal privilege* dalle tradizioni costituzionali comuni. In secondo luogo, sempre sulla base delle allegazioni dei ricorrenti, procedeva a verificare se tale ampliamento potesse derivare dalle innovazioni apportate dal regolamento 1/2003. Anche in questo caso, tuttavia, la Corte concludeva in senso negativo, in quanto, al contrario, tale regolamento mirava ad ampliare i poteri di indagine della Commissione e, dunque, appariva ispirato ad una logica opposta. Il punto di equilibrio tra esercizio dei poteri di indagine della Commissione e diritto di difesa e riservatezza delle imprese resta dunque quello fissato dalle precedenti pronunce della Corte, senza un nuovo "sbilanciamento" in un senso o nell'altro. Solo le comunicazioni con un avvocato indipendente possono essere interpretate quali finalizzate all'esercizio del diritto di difesa: non può essere ad esso assimilato un giurista di impresa, il quale si trova con la stessa in una situazione di rapporto di lavoro subordinato ed assolve una pluralità di funzioni dirette anche a consigliare l'impresa in materia di politica commerciale. Le comunicazioni intercorrenti con quest'ultimo devono, quindi, poter essere esaminate dalla

Commissione, che in alcune occasioni le utilizza come mezzo di prova⁴³⁶ per fondare le proprie decisioni.

Il caso del *legal privilege* quale esempio di bilanciamento tra esigenze contrapposte nel diritto *antitrust* risulta particolarmente interessante anche perché in assenza di una norma di diritto positivo è la Corte che ha creato tale principio in via giurisprudenziale trenta anni fa con la sentenza *AM& S* citata, attraverso il contemperamento delle esigenze contrapposte, e che ha confermato tale bilanciamento con la sentenza *Akzo Nobel*. Di conseguenza, non vi è un primo bilanciamento effettuato dal legislatore, ma unicamente quello effettuato e confermato dalla Corte di giustizia. La Corte ha elaborato mediante le proprie pronunce anche la procedura da seguire in caso di contestazione circa l'applicazione del *legal privilege* tra impresa e Commissione⁴³⁷, ad ulteriore dimostrazione dell'assenza dell'intervento del legislatore dell'Unione in questa materia.

5. Il diritto al silenzio

Un'altra prerogativa fondamentale che viene in considerazione di fronte all'esplicazione dei poteri di indagine della Commissione è il diritto al silenzio, ovvero alla non auto-incriminazione⁴³⁸. Si tratta del principio *nemo tenetur se detegere*, in virtù del quale nessuno può essere obbligato ad accusare se stesso. Tale principio si ritrova nelle legislazioni nazionali a proposito dei procedimenti penali, strettamente legato alla presunzione di innocenza, ed è diretto a proteggere l'individuo da ogni forma di costrizione esercitata dalle pubbliche autorità finalizzata ad ottenere una confessione forzata del crimine di cui è accusato. Nell'ordinamento italiano tale principio è racchiuso nel codice di procedura penale: l'art. 63 lo prevede per i soggetti che, pur non essendo né indagati, né imputati di alcunché, rendano dichiarazioni alla polizia giudiziaria o ad altra autorità dalle quali emergono indizi di reità a loro carico. Ove siano ravvisabili elementi capaci di fondare un giudizio penale per qualche fatto, costoro devono essere immediatamente avvisati che potrebbero essere sottoposti ad un'indagine penale, l'esame deve essere interrotto e li si deve invitare a nominare un difensore. Se tali soggetti

⁴³⁶ Cfr. Decisione della Commissione del 14 dicembre 1984, *John Deere*, in GU L 35/58, punto 21.

⁴³⁷ Sent. *AM&S* cit., punti 29-30.

⁴³⁸ Cfr. A. ANDREANGELI, *EU competition enforcement and human rights*, Cheltenham/Northampton, 2008; A. MACCULLOCH, [*The Privilege against Self-Incrimination in Competition Investigations: Theoretical Foundations and Practical Implications*](#), in *Legal Studies*, 2006, pp. 211-237.

avrebbero dovuto essere sentiti come soggetti indagati o imputati fin dall'inizio, le dichiarazioni rese in precedenza non possono essere utilizzate. Tali garanzie spettano anche all'imputato e all'indagato, nonché ai testimoni. L'ordinamento italiano nel bilanciamento degli interessi accorda preferenza alla libertà personale, ed all'onore della persona, piuttosto che all'interesse alla repressione dei reati, non arrivando al punto da esigere da un soggetto la propria autoincriminazione.

Nella CEDU il diritto a non auto-incriminarsi non è esplicitamente menzionato, ma esso è stato riconosciuto dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo come parte del diritto all'equo processo racchiuso nell'art. 6 CEDU. La prima affermazione di tale principio si è avuta nella sentenza *Funke c. Francia*⁴³⁹, a proposito di un procedimento di indagine fiscale in cui il Sig. Funke si era rifiutato di consegnare alle competenti autorità dei documenti richiesti al fine di rafforzare l'accusa di evasione fiscale. In tale occasione la Corte di Strasburgo ha dichiarato che il diritto al silenzio e a non auto-incriminarsi è un principio generale racchiuso in tutti gli ordinamenti nazionali, nonché nel Patto sui diritti civili e politici. Successivamente, con la pronuncia *Saunders c. Regno Unito*⁴⁴⁰ la Corte ha precisato l'ambito di applicazione di tale principio, specificando che esso non si estende fino ad impedire alle autorità nazionali di utilizzare prove ottenute mediante un sequestro o tramite dei test su campioni di DNA dell'imputato. La Corte ha, quindi, evidenziato il ruolo del principio di proporzionalità nella determinazione di una violazione di tale diritto, in quanto è necessario esaminare caso per caso se detta prova è stata ottenuta tramite una costrizione illegittima e se è stata utilizzata in maniera contraria al principio dell'equo processo. Recentemente, la Corte di Strasburgo è giunta ad applicare tale principio anche in materia di circolazione stradale: nel caso *Krumpholz c. Austria*⁴⁴¹, la Corte di Strasburgo ha ritenuto che considerare che il proprietario del veicolo abbia commesso un'infrazione sulla base del mero accertamento della proprietà effettiva dello stesso, senza verificare chi fosse realmente al volante al momento dell'infrazione, costituisce una violazione della presunzione di innocenza della persona e del suo diritto al silenzio. Si tratterebbe, infatti, di un'inferenza da una mera situazione di fatto

⁴³⁹ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Funke c. Francia*, ricorso n. 10828/84, sentenza del 25 febbraio 1993. Successivamente l'affermazione del medesimo principio si è avuta in *John Murray c. Regno Unito*, sentenza dell' 8 febbraio 1996, a proposito delle conseguenze negative per l'imputato che la legge faceva dipendere dal suo silenzio.

⁴⁴⁰ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Saunders c. Regno Unito*, ricorso n. 43/1994/490/572, sentenza del 17 dicembre 1996.

⁴⁴¹ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Krumpholz c. Austria*, ricorso n. 13201/05, sentenza del 18 marzo 2010.

che addebita in maniera ingiustificata una responsabilità penale ad un soggetto, a nulla rilevando che il soggetto accusato si fosse rifiutato di dichiarare chi fosse realmente al volante al momento dell'infrazione.

Per quanto riguarda l'ordinamento dell'Unione europea, tale principio è emerso nell'ambito dei procedimenti *antitrust*, dunque al di fuori di un contesto penalistico. Il principio di non auto-incriminazione, infatti, appare come un limite ai poteri di indagine della Commissione⁴⁴² nell'ambito dei procedimenti *antitrust*, in particolare al potere di richiedere informazioni. Tale potere è descritto all'art. 18 del regolamento 1/2003, norma corrispondente all'art. 11 del regolamento 17/1962, la quale descrive in termini piuttosto ampi le prerogative della Commissione. Detta istituzione può, infatti, richiedere alle imprese o alle associazioni di imprese di fornire tutte le informazioni necessarie, mediante semplice domanda o con decisione, per l'accertamento delle attività concorrenziali. È significativo notare come il legislatore abbia inteso ampliare tali poteri con il regolamento 1/2003, in quanto, in precedenza, la Commissione poteva emanare una decisione solo se l'impresa non avesse risposto ad una precedente domanda della medesima istituzione o se avesse fornito informazioni incomplete. Attualmente, invece, la Commissione può emanare una decisione in tal senso anche senza attendere l'esito negativo di una previa domanda. Solo in caso di decisione, però, l'impresa deve ritenersi obbligata a fornire una risposta e può essere irrogata una sanzione pecuniaria. Il regolamento pone, tuttavia, alcune condizioni formali a garanzia delle imprese: per quanto riguarda la decisione, essa deve indicare le basi giuridiche e lo scopo della domanda, nonché precisare le informazioni richieste e stabilire il termine concesso per rispondere. Le stesse condizioni sono richieste anche per la decisione, nella quale la Commissione deve specificare, inoltre, la possibilità per le imprese di presentare ricorso dinnanzi alla Corte di giustizia. Tali informazioni devono essere ritenute "necessarie" per l'assolvimento dei compiti della Commissione. Il regolamento stesso, quindi, esprime la tensione nella ricerca dell'equilibrio tra i diritti della difesa delle imprese coinvolte e le esigenze di indagine della Commissione, anche se il bilanciamento tra le diverse esigenze appare favorire i poteri di detta istituzione. La giurisprudenza della Corte di giustizia ha contribuito, anche in questo caso, a riconoscere e ad affermare i diritti fondamentali in contrasto con l'esplicazione del potere pubblico e a completare il bilanciamento del legislatore.

⁴⁴² Cfr. A. ADINOLFI, L. DANIELE, B. NASCIMBENE e S. AMADEO, *L'applicazione del diritto comunitario della concorrenza*, cit., p. 221.

Il diritto a non-autoincriminarsi, infatti, appare come un limite ai poteri di indagine della Commissione. Esso è stato affermato, per la prima volta, nella sentenza *Orkem*⁴⁴³. Si trattava di un ricorso per annullamento di una decisione della Commissione mediante la quale veniva ingiunto alla società Orkem SA di rispondere ai quesiti sottoposti nell'ambito di un procedimento di indagine. Tra i motivi di annullamento detta società adduceva di aver subito una lesione dei propri diritti di difesa, in quanto, con l'impugnata decisione, la Commissione l'avrebbe costretta ad autoaccusarsi, confessando di aver trasgredito le norme della concorrenza e a denunciare altre imprese. Anche in questo caso, come avvenuto per l'affermazione del *legal privilege*, il punto di partenza della Corte è l'analisi delle norme relative ai poteri di indagine della Commissione contenute nel regolamento 17/1962. In primo luogo viene ricordato che tali norme sono dirette a consentire alla Commissione di espletare il proprio compito di vegliare sull'osservanza delle norme sulla concorrenza nel mercato comune. La Corte rileva che sebbene detto regolamento contenga delle norme poste a garanzia delle imprese, esso non riconosce espressamente alcun diritto al silenzio⁴⁴⁴: occorre, dunque, procedere ad un'interpretazione dello stesso alla luce dei diritti fondamentali per verificare se sussista il diritto a non fornire informazioni che possono essere utilizzate per provare contro chi le fornisce l'esistenza di un'infrazione delle norme sulla concorrenza, ovvero se il potere di investigazione della Commissione trovi un limite in tale diritto. La Corte rileva che negli ordinamenti nazionali il diritto a non auto-incriminarsi è riconosciuto nei procedimenti penali, mentre esso non è iscritto nella CEDU. Una esplicita affermazione dello stesso si ritrova, però, all'art. 14 del Patto internazionale sui diritti civili e politici. La Corte ricorda che i diritti della difesa devono essere rispettati nei procedimenti amministrativi che portano all'irrogazione di una sanzione e non possono essere compromessi neanche nella fase delle indagini preliminari. Di conseguenza, i poteri di indagine devono trovare un limite nel diritto di difesa dei ricorrenti. La Corte, quindi, conclude che la Commissione non può imporre all'impresa l'obbligo di fornire risposte attraverso le quali essa sarebbe indotta ad ammettere l'esistenza della trasgressione, la quale deve invece essere provata⁴⁴⁵. La valutazione della legittimità dei quesiti sottoposti all'impresa dalla Commissione deve, quindi, essere effettuata alla luce di questi criteri. La Corte, quindi, cerca un contemperamento tra le esigenze di indagine della Commissione e i diritti

⁴⁴³ Corte giust., 18 ottobre 1989, *Orkem*, causa 374/87, in Racc. p. 3283.

⁴⁴⁴ Sent. *Orkem* cit., punto 28.

⁴⁴⁵ Sent. *Orkem* cit., punto 35.

fondamentali attraverso l'inserimento di limiti non scritti nel diritto positivo ai poteri di detta istituzione. Si tratta per certi aspetti di un'enunciazione generale relativa all'interpretazione delle norme rilevanti, ma si compone anche di un bilanciamento nel caso concreto per la valutazione del caso di specie che deve essere compiuta di volta in volta. Nella giurisprudenza successiva⁴⁴⁶ la Corte sottolinea la fondamentale importanza del principio di proporzionalità, per verificare fino a che punto possono essere limitati i poteri di indagine della Commissione per la tutela del diritto al silenzio. Recentemente il Tribunale ha sottolineato che il diritto al silenzio non è assoluto: concludere in senso contrario significherebbe andare oltre quanto necessario per preservare i diritti della difesa delle imprese e costituirebbe un ostacolo ingiustificato allo svolgimento, da parte della Commissione, del compito di vigilanza sul rispetto delle regole di concorrenza nel mercato comune⁴⁴⁷. Il diritto al silenzio deve, infatti, essere riconosciuto all'impresa soltanto nei limiti in cui essa sarebbe obbligata a fornire risposte attraverso le quali sarebbe indotta ad ammettere l'esistenza dell'infrazione che deve essere provata dalla Commissione. Secondo il Tribunale, quindi, la Commissione può obbligare le imprese a fornire tutte le informazioni necessarie per quanto attiene ai fatti e a comunicare i relativi documenti, anche se questo possa contribuire ad accertare un comportamento anticoncorrenziale della stessa. Inoltre, ove l'impresa risponda ad una richiesta della Commissione che, oltre a questioni riguardanti esclusivamente fatti e domande di produzione di documenti preesistenti, chieda di descrivere l'oggetto e lo svolgimento di diverse riunioni, laddove è chiaro che la Commissione sospetta che l'obiettivo di queste riunioni sia quello di restringere la concorrenza, tale atteggiamento deve essere interpretato come una collaborazione volontaria. Una volta che le parti abbiano reso dichiarazioni spontanee non si può ritenere che sia stato violato il diritto delle imprese a non auto-incriminarsi⁴⁴⁸.

Da quanto sopra esposto emerge che il più recente orientamento delle corti comunitarie esprime uno sbilanciamento a favore dei poteri di indagine della Commissione, in quanto la tutela del diritto al silenzio viene limitata ad

⁴⁴⁶ Cfr. Tribunale, *Mannesmannrohren Werke c. Commissione*, causa T- 112/98, in Racc. P. 729; Corte giust., 7 gennaio 2004, *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*, in Racc. p. 123; Corte giust., 25 gennaio 2007, *Dalmine c. Commissione*, causa C-407/04 P in Racc. p. 829; Corte giust., 29 giugno 2006, *Commissione c. SGL Carbon AG*, causa C-301/04 P, in Racc. p. I-05915.

⁴⁴⁷ Tribunale, 28 aprile 2010, *Amann & Söhne e a. c. Commissione*, causa T- 446/05, non ancora pubblicata in Racc.

⁴⁴⁸ Tribunale, *Amann & Söhne e a. c. Commissione*, cit. punto 329.

ipotesi di diretta richiesta di auto-incriminazione da parte di detta istituzione. Si tratta della medesima logica espressa nelle pronunce a proposito del *legal privilege*, ove viene riconosciuta l'esigenza della tutela dei diritti fondamentali delle persone giuridiche nei procedimenti *antitrust*, ma questa è racchiusa in stretti limiti per consentire la piena esplicazione dell'attività della Commissione a tutela della concorrenza.

6. Conclusione

La breve panoramica svolta nei paragrafi precedenti permette di rilevare le tensioni tra potere pubblico ed esigenze dei diritti fondamentali delle persone giuridiche nell'ambito dei procedimenti *antitrust*. Non è possibile ricostruire dalle pronunce analizzate un metodo di bilanciamento da parte della Corte di giustizia pari a quanto effettuato nei capitoli precedenti per diverse ragioni. In primo luogo, molte pronunce sul tema provengono dal Tribunale, giurisdizione presso la quale viene compiuto un accertamento dei fatti attraverso le indagini e una valutazione in concreto piuttosto che un ragionamento esclusivamente di diritto. In secondo luogo, spesso tali conflitti sono portati presso le corti comunitarie attraverso il ricorso per annullamento, procedura nei quali il ragionamento del giudice è guidato dall'analisi dei motivi di annullamento proposti dal ricorrente e si ritrova in limiti più angusti rispetto al rinvio pregiudiziale. Come ricordato in precedenza, infine, la materia dell'*antitrust* presenta delle tali peculiarità quanto ai principi, alle logiche ed all'accertamento fattuale che condizionano notevolmente l'approccio della Corte di giustizia.

È possibile, quindi, solo rilevare che il contemperamento delle esigenze contrapposte avviene maggiormente nelle maglie dell'interpretazione delle norme dirette a regolare i poteri della Commissione, piuttosto che con un'operazione di bilanciamento vera e propria. L'intervento della Corte costituisce, quindi, un'ulteriore garanzia di legittimità per i soggetti operanti sul mercato.

Conclusioni

La ricerca svolta e l'analisi delle pronunce considerate consentono di esprimere alcune conclusioni in merito all'utilizzo del bilanciamento da parte della Corte di giustizia.

Nell'ambito del presente lavoro è stato preliminarmente ricostruito il sistema di tutela dei diritti fondamentali in Europa che si caratterizza per il fatto che detta tutela è assicurata sia a livello nazionale sia a livello del Consiglio d'Europa e dell'Unione europea, con una pluralità di fonti e di corti del tutto peculiare. Sono state messe in luce le esigenze di coordinamento dei vari livelli e le recenti evoluzioni del sistema, soprattutto per quanto riguarda l'Unione europea, ove l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona ha prodotto significative modifiche, quali la previsione dell'adesione alla CEDU e il riconoscimento del valore giuridicamente vincolante della Carta di Nizza. Successivamente, sono stati esaminati i casi di conflitto tra un diritto fondamentale da un lato e una delle quattro libertà fondamentali del diritto dell'Unione (ovvero libertà di circolazione di merci, persone, servizi e capitali) dall'altro. La situazione di conflitto è stata determinata dalla contrapposizione delle due prerogative in assenza di una precisa gerarchia normativa nell'ordinamento dell'Unione europea.

Come è stato sottolineato dagli Avvocati generali, infatti, l'Unione europea persegue contemporaneamente entrambi gli obiettivi, ovvero la tutela dei diritti fondamentali e la realizzazione del mercato interno attraverso lo sviluppo di tali libertà. È accaduto, ad esempio, a) che la libertà di espressione di alcuni ambientalisti si trovasse in contrapposizione alla libertà di circolazione delle merci perché la manifestazione organizzata dagli stessi aveva bloccato un'importante autostrada (caso *Schmidberger*); b) che la libertà di prestazione di servizi sia stata posta in conflitto con la tutela della dignità umana, nel caso dell'apertura dell'attività di una piattaforma di giochi virtuali in cui erano simulati atti di omicidio (*Omega*); c) che la libertà di circolazione delle merci si trovasse in contrasto con la tutela dei minori nella vendita per corrispondenza su internet in Germania di videocassette (*Dynamic Medien*). La Corte si è anche confrontata con il conflitto tra diritti sociali fondamentali (in particolare diritto di sciopero e di associazione sindacale) e la libertà di prestazione di servizi e di stabilimento (*Viking Line* e *Laval und Partneri*). Tali conflitti si sono posti preliminarmente di fronte al giudice nazionale, ma sono stati portati all'attenzione della Corte di giustizia attraverso il rinvio pregiudiziale per la loro rilevanza comunitaria: ciò ha implicato l'esigenza di coordinamento tra i diversi livelli di tutela coinvolti.

Sono, poi, stati presi in considerazione alcuni esempi di casi di conflitto tra due diritti fondamentali portati all'attenzione della Corte di giustizia. Si è trattato, ad esempio, di ipotesi di conflitto tra diritto alla riservatezza e la libertà di espressione,

a proposito della pubblicazione di alcuni nominativi su un sito internet privato (caso *Lindqvist*) o di alcuni dati fiscali su un giornale (caso *Satakunnan Markkinapörssi Oy e Satamedia*). La tutela della riservatezza si è, poi, trovata in contrasto con il diritto di proprietà (ad esempio nel caso *Promusicae*) e con il diritto di accesso ai documenti (caso *Bavarian Lager*). Sono stati esaminati anche casi di conflitto tra diritti fondamentali ed interessi pubblici nazionali, quali ad esempio il contrasto tra tutela della riservatezza ed esigenze di controllo della spesa pubblica (caso *Österreichischer Rundfunk*) o dell'immigrazione (caso *Hüber*).

Occorre sottolineare, in primo luogo, che in maniera del tutto peculiare, la Corte abbina le operazioni di bilanciamento, legate alla risoluzione del caso concreto, all'interpretazione della norma comunitaria, completando l'opera del legislatore dell'Unione europea e contribuendo alla "costruzione" dell'ordinamento stesso. Tale opera viene, poi, svolta in stretta collaborazione con le giurisdizioni nazionali, in particolare nel contesto del rinvio pregiudiziale, in modo da consentire un livello di tutela dell'Unione pienamente armonizzato con il livello nazionale degli Stati membri.

Dall'esame della giurisprudenza è emerso che il metodo della Corte varia a seconda che si tratti di bilanciamento tra due diritti fondamentali o tra un diritto fondamentale e una delle libertà del mercato interno.

Per quanto riguarda l'analisi delle pronunce relative ai conflitti tra diritti fondamentali e le libertà del mercato interno, l'esigenza di un bilanciamento è stata determinata dall'assenza di una esplicita gerarchia di tali prerogative nell'Unione europea. In proposito si è posta, dunque, la domanda circa l'opportunità di tutelare maggiormente l'attività di un'impresa all'interno del mercato unico o i diritti fondamentali che tale attività era suscettibile di ledere. Si è posta, dunque, la questione se l'Unione europea dovesse avere come scopo prioritario la realizzazione del mercato o la tutela dei diritti fondamentali, considerando che vi sono anche altre organizzazioni a ciò deputate e, nel caso contrario, fino a che punto fosse tollerabile la lesione di un diritto fondamentale. Tale questione appariva di ancor più difficile soluzione per la presenza di diritti fondamentali nazionali, tutelati secondo i valori propri dei sistemi dei paesi membri coinvolti e, quindi, secondo modalità non perfettamente coincidenti con il livello dell'Unione europea. In tali casi l'opera di bilanciamento della Corte si svolge secondo diversi passaggi. In primo luogo, la Corte procede all'interpretazione della norma di diritto dell'Unione europea relativa alla libertà di circolazione di volta in volta rilevante. Il contrasto con un diritto fondamentale viene, poi, rilevato in quanto la misura a tutela di quest'ultimo è considerata come restrittiva della libertà di mercato. La Corte procede, poi, a verificare se tale restrizione possa ritenersi giustificata, sebbene la tutela dei diritti fondamentali non sia mai stata considerata in sé come riconducibile alle esigenze imperative, oppure ad una delle ipotesi di deroga prevista dal Trattato. La Corte, nei casi esaminati, risolve il conflitto con una esplicita scelta a favore della tutela dei diritti fondamentali. In particolare, si

sofferma sulla necessità che tali diritti derivanti da un sistema nazionale siano considerati come fondamentali anche nel sistema dell'Unione europea. La condivisione dell'obiettivo di tutela tra livello dell'Unione e nazionale si rivela, quindi, di fondamentale importanza. La Corte ha, tuttavia, esplicitamente affermato che i diritti fondamentali dovevano essere tutelati secondo il livello nazionale, dando ampio spazio all'integrazione con quest'ultimo e non imponendo lo standard "comunitario": tale scelta si traduce, quindi, come si è ricostruito, in un significativo *self restraint* della Corte e in un'ampia concessione al margine di apprezzamento degli Stati membri. La Corte sottolinea, tuttavia, la necessità del rispetto del principio di proporzionalità, in quanto la restrizione della libertà non può andare oltre quanto necessario per la realizzazione dell'obiettivo di tutela. La Corte richiede, inoltre, che tale restrizione non si traduca in una violazione del diritto dell'Unione europea. Una volta effettuato il bilanciamento e determinato che il diritto fondamentale può prevalere sulla libertà del mercato interno, la Corte rinvia al giudice nazionale presso il quale si è presentato *in primis* il conflitto, lasciando a questo l'ultima parola per la soluzione del caso concreto.

In tal modo la Corte attua un'esplicita scelta di politica giudiziaria, non esitando a manifestare un *favor* per i diritti fondamentali e a farsi riconoscere come giudice di tali diritti. La Corte procede, infatti, ad un vero e proprio bilanciamento, prendendo in considerazione i diversi elementi in gioco e soffermandosi sul peso delle restrizioni ad uno e all'altro, ma utilizza tale sede per mandare un segnale forte sulla tutela dei diritti fondamentali e stabilire una gerarchia quasi normativa, assente nei Trattati. Si deve tenere conto che il periodo in cui vengono pronunciate le prime di tali sentenze è particolarmente significativo, in quanto è tra il 2000 ed il 2004, ovvero in una fase di trasformazione dell'Unione europea particolarmente significativa per i processi in atto, in particolare l'adozione della Carta di Nizza e l'allargamento ai paesi dell'est. Si può ritenere che la Corte con tali scelte, abbia voluto imprimere un certo rafforzamento dell'Unione come comunità di diritto fondata sulla tutela dei diritti dei cittadini e, al tempo stesso, ingenerare una sorta di fiducia dei sistemi costituzionali che stavano per entrare nell'Unione. Il bilanciamento costituisce, insomma, una tecnica giudiziaria utilizzata dalla Corte per ponderare gli elementi in gioco ed effettuare una precisa scelta politica.

È stato, inoltre, evidenziato come il risultato di questo bilanciamento segni una profonda evoluzione nella considerazione dei diritti fondamentali nell'Unione europea, in relazione alle libertà di mercato. Nei primi anni Novanta, infatti, con la sentenza *ERT*, la Corte aveva affermato che gli Stati membri possono opporre delle deroghe alle libertà fondamentali ove consentito dal Trattato, ma nel farlo devono pur sempre rispettare i diritti fondamentali. Successivamente, con i casi citati e altre pronunce nello stesso senso, la Corte ha evidenziato che la tutela dei diritti fondamentali può costituire in sé una giustificazione ad una restrizione ad una libertà di circolazione, ove il diritto fondamentale in questione sia tutelato sia a

livello nazionale, sia a livello comunitario e venga rispettato il principio di proporzionalità.

Nel caso del bilanciamento tra due diritti fondamentali o tra un diritto fondamentale ed un interesse nazionale, l'atteggiamento della Corte è sensibilmente diverso. Occorre, innanzitutto, sottolineare che la Corte, nell'impostare il bilanciamento e nello svolgere questa operazione, tiene costantemente presente la giurisprudenza ed il metodo della Corte di Strasburgo.

Nei casi esaminati nel presente lavoro la soluzione è stata cercata dalla Corte più nell'interpretazione che in un vero e proprio bilanciamento, in quanto i diritti fondamentali in conflitto erano spesso descritti all'interno di direttive dell'Unione. La Corte, infatti, ripercorre il dettato letterale delle direttive in questione, ricercando la soluzione interpretativa adatta a eliminare il conflitto, piuttosto che risolverlo direttamente, conferendo prevalenza ad un diritto piuttosto che ad un altro. La formulazione ampia delle direttive comunitarie, infatti, spesso consente un'interpretazione che guidi il giudice per coordinare i due diritti fondamentali in questione, piuttosto che sacrificarne uno in favore dell'altro. Anche nei casi di conflitti tra diritti fondamentali, il punto di partenza è sempre l'assenza di una gerarchia tra gli stessi, la quale non viene ricostruita neppure dal giudice dell'Unione europea. L'opera della Corte di giustizia si esplica, infatti, nell'individuare gli esatti confini di un diritto fondamentale o le limitazioni legittime allo stesso, agendo in questo come un vero e proprio legislatore, precisando o meglio definendo il catalogo dei diritti fondamentali che ella stessa ha creato nel corso della storia e che ora si trova codificato nella Carta di Nizza, nonché nella legislazione secondaria che ne dà attuazione. Tenendo presente la CEDU e la giurisprudenza di Strasburgo, la Corte ha cercato di mantenere lo stesso standard, così come previsto dall'art. 53 della Carta di Nizza, il quale precisa che ove i diritti fondamentali sono i medesimi della CEDU, essi hanno significato e portata identici. La Corte, tuttavia, non ha esitato a sottolineare le peculiarità assunte da tali diritti nell'ordinamento dell'Unione europea. La Corte e gli Avvocati generali hanno, inoltre, tenuto conto del margine di apprezzamento concesso dalla stessa Corte di Strasburgo agli Stati, per bilanciare la tutela dei diritti fondamentali con le altre esigenze dello Stato. Nel contesto dell'Unione europea, tale margine di apprezzamento assume un carattere peculiare, perché si inserisce nello spazio di discrezionalità caratteristico dello strumento della direttiva, che consente agli Stati di adottare le misure più appropriate per la trasposizione della direttiva, in modo da tenere conto delle altre esigenze nazionali. Nei casi esaminati, la Corte ha rispettato lo spazio di sovranità degli Stati e ha lasciato l'ultima parola al giudice nazionale: essa si è limitata, infatti, a dettare i criteri che devono essere tenuti presenti nel bilanciamento concreto per rispettare la corretta interpretazione del diritto dell'Unione, ma ha spesso mantenuto un significativo *self restraint*. La preoccupazione della Corte è forse quella di non incidere direttamente sul livello di tutela dei diritti fondamentali nazionali, per non imporre degli standard intollerabili

per lo Stato, i quali potrebbero suscitare una certa avversione all'esecuzione della sentenza della Corte.

La Corte, dunque, ha svolto il suo compito di giudice dei conflitti in modo alquanto prudente, nell'ottica di un'integrazione e di un'armonizzazione dei livelli di tutela nazionale, convenzionale e dell'Unione europea. Essa ha, tuttavia, svolto un'opera insostituibile nella definizione del livello di tutela dell'Unione europea e nel coordinamento del dialogo tra giudici, completando l'opera del legislatore e confermando il suo ruolo di vera e propria Corte costituzionale dell'ordinamento.

Anche nei casi in cui la tutela di un diritto fondamentale è stata posta in contrapposizione alle esigenze di perseguire altri interessi degli Stati, la Corte ha mantenuto un atteggiamento analogo a quello adottato per la risoluzione di conflitti tra diritti fondamentali.

L'analisi dei casi effettuata dimostra, inoltre, che la Corte di giustizia può essere considerata un vero e proprio giudice costituzionale, nonché giudice dei diritti fondamentali, al pari della Corte di Strasburgo. La soluzione dei conflitti tra diritti fondamentali ha richiesto, infatti, spesso un'operazione di bilanciamento degli stessi nel caso concreto, nonché un'opera di interpretazione del diritto dell'Unione europea che per alcuni profili può essere definita "additiva", in quanto svolta a completamento dell'opera del legislatore.

Il bilanciamento da parte della Corte di giustizia, dunque, non è una semplice metafora per "coprire" scelte discrezionali, ma assurge a metodologia per la soluzione dei conflitti che coinvolgono i diritti fondamentali, consentendo alla Corte di incidere costantemente sulla costruzione dell'ordinamento dell'Unione e di portare avanti l'integrazione con il sistema convenzionale e con gli ordinamenti nazionali.

BIBLIOGRAFIA

Saggi

- ADINOLFI A. , DANIELE L., NASCIMBENE B. e AMADEO S. (a cura di), *L'applicazione del diritto comunitario della concorrenza*, Milano, 2007
- ALEXY R., *A theory of constitutional rights*, New York, 1986
- AKANDJI-KOMBE J., LECLERC S., REDOR M., *L'Union Européenne et les droits fondamentaux*, Bruxelles, 1999
- ANDREANGELI A., *Eu competition enforcement and human rights*, Northampton, 2008
- ALSTON P. (a cura di), *L'Union Européenne et les droits de l'homme*, Bruxelles, 2001
- ARNULL A., EECKHOUT P , TRIDIMAS T. (a cura di), *Continuity and change in EU law : essays in honour of Sir Francis Jacobs*, Oxford, 2008
- BARIATTI S., VENTURINI G. (a cura di), *Diritti individuali e giustizia internazionale*, Milano, 2009
- BARTOLE S., CONFORTI B., RAIMONDI G., *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001
- BEATTY D., *The ultimate rule of law*, New York, 2004
- BIFULCO R., CARTABIA M., CELOTTO A., *L'Europa dei diritti, Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Bologna, 2001
- BILANCIA P. , DE MARCO E. (a cura di), *La tutela multilivello dei diritti*, Milano, 2004
- BIN R., *Diritti e argomenti*, Milano, 1992

- BLOCH E., *Diritto naturale e dignità umana*, Torino, 2005
- BRONZINI G., PICCONE V. (a cura di), *La Carta e le Corti*, Taranto, 2007
- BULTRINI A., *La pluralità dei meccanismi di tutela dei diritti dell'uomo in Europa*, Torino, 2004
- BURGORGUE-LA L., LEVADE A., PICOD F., *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, Bruxelles 2007
- CASSESE A., *Il sogno dei diritti umani*, Milano 2008
- D'ANTENA A., GROSSI P., *Tutela dei diritti fondamentali e costituzionalismo multilivello*, Milano, 2004.
- CRAIG P., HARLOW C., *Lawmaking in the European Union*, Londra, 1998
- CAMERLENGO Q., *Contributo ad una teoria del diritto costituzionale cosmopolitico*, Milano, 2007
- CARLETTI C., *I diritti fondamentali e l'Unione Europea tra Carta di Nizza e Trattato Costituzione*, Milano, 2005
- CARTABIA M., *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, 1995
- CARTABIA M., *I diritti in azione*, Bologna, 2007
- COMBACAU J., SUR S., *Droit international public*, Parigi, 2006
- DE BURCA G., WEILER J. H.H., *The European Court of Justice*, Oxford, 2001
- DWORKIN R., *Taking rights seriously*, Cambridge, 1977
- EHLERS D., *European fundamental rights and freedoms*, Berlino, 2007
- EMBERLAND M., *The Human Rights of Companies*, Oxford, 2005

- ERGEC R., VELU J., *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 1990
- FALZEA P., SPADARO A., VENTURA L., *La Corte Costituzionale e le corti d'Europa*, Torino, 2003
- FERRARI G. (a cura di), *Corti nazionali e corti europee*, Napoli, 2006
- FERRARI G. (a cura di), *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza*, Milano, 2001
- FERRARI BRAVO L., DI MAIO F., RIZZO A., *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea commentata con la giurisprudenza della Corte di giustizia CE e della Corte europea dei diritti dell'uomo e con i documenti rilevanti*, Milano, 2001
- FERRI D., *La costituzione culturale dell'Unione europea*, Padova, 2008
- FINNIS J., *Legge naturale e diritti naturali*, Torino, 1992
- GAJA G., *Introduzione al diritto comunitario*, Roma, 2010
- GAMBINO S., *Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, Costituzioni nazionali, diritti fondamentali*, Milano, 2006
- GAMBINO S., *Multilevel constitutionalism e diritti fondamentali*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2008, vol. III, pp. 1144- 1192
- GUILD E., LESIEUR G., *The European Court of Justice on the European Convention on Human Rights*, Londra 1998
- JAYAWICKRAMA N., *The judicial application of human rights law*, Cambridge, 2002
- LICHERE F., POTVIN- SOLIS L., RAYNOUARD A. (a cura di), *Le dialogue entre les juges européens et nationaux: incantation ou réalité?*, Bruxelles, 2004

- MANGIAMELI S., *L'esperienza costituzionale europea*, Roma, 2008
- MARTINICO G., *L'integrazione silente*, Napoli, 2009
- MARTINICO G., POLLICINO O., *The National Judicial Treatment of the ECHR and EU Laws*, Groningen, 2010.
- MOSER P., SAWYER K. (a cura di), *Making Community Law*, Northampton, 2008
- NEUWAHL N. A., ROSAS A., *The European Union and human rights*, L'Aia, 1995
- ODDENINO A., RUOZZI E., VITERBO A., COSTAMAGNA F., MOLA L., POLI L. (a cura di), *La funzione giurisdizionale nell'ordinamento dell'ordinamento internazionale e nell'ordinamento comunitario*, Napoli, 2010
- PANUNZIO S. (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, 2005
- POIARES MADURO M., *We the Court: the European Court of Justice and the European economic constitution: a critical reading of article 30 of the EC Treaty*, Oxford, 1998
- POLLICINO O., *Discriminazione sulla base del sesso e trattamento preferenziale nel diritto comunitario*, Milano, 2005
- PERTEK J., *Droit matériel de l'Union européenne*, Parigi, 2005
- PINESCHI L., (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani*, Milano, 2006
- POSNER R., *Not a suicide pact: the constitution in a time of national emergency*, Oxford, 2006
- RAITI G., *La collaborazione giudiziaria nell'esperienza del rinvio pregiudiziale comunitario*, Milano, 2003

- RIDEAU J., *L'Union Européenne et les droits de l'homme*, L'Aia, 1997
- RIDEAU J., *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*, Parigi, 2006
- SCHEPISI C., *Rinvio pregiudiziale obbligatorio ed effettività della tutela giurisdizionale*, Trieste, 2003
- SCIARABBA V., *Tra fonti e corti*, Padova, 2008
- SCUDIERO M., *Il Trattato costituzionale nel processo di integrazione europea*, Napoli, 2005
- SUDRE F., *L'interprétation de la Convention européenne de la Convention des droits de l'homme*, Bruxelles, 1998
- TARELLO G., *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980
- TORIELLO F., *I principi generali del diritto comunitario*, Milano, 2000
- TORRES PÉREZ A., *Conflicts of rights in the European Union*, New York, 2009
- TRIONE F., *La tutela dei diritti fondamentali in ambito comunitario*, Napoli, 2004
- VILLANI U., *La protezione internazionale dei diritti umani*, Roma, 2005
- VIOLA F., *Etica e metaetica dei diritti umani*, Torino, 2000
- WATSON A., *Legal transplants*, Londra, 1974
- WALDRON J., *Theories of rights*, Oxford, 1984
- WEILER J. H.H., *La Costituzione dell'Europa*, Bologna, 1999
- WEILER J. H. H., *Il sistema comunitario europeo*, Bologna, 1985

- ZANGHI' C., *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, Torino 2006
- ZILLER J., *Il Nuovo Trattato Europeo*, Bologna, 2007

Articoli

- AGERBEEK F. R., *Freedom of expression and free movement in the Brenner corridor*, in *European Law Review*, 2004, pp.255-266
- ALBI A., *Constitutional rights versus supremacy of EC law in the new member states: ironies in the light of the pre-accession conditionality*, in *General principles of EC law in a process of developments 2008*, pp. 281-301
- ALEMANNI A., *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. 709-751
- ALEMANNI A., *L'art. 28 del Trattato tra esigenze di funzionamento del mercato interno e tutela dei diritti fondamentali: alla ricerca di un possibile equilibrio*, in *Dir. pub. comp. eur.*, 2003, pp.1886-1893
- ALEXI R., *Balancing, constitutional review, and representation*, in *Icon*, 2005, pp. 572-581
- ANGELINI F., *L'incidenza della CEDU nell'ordinamento italiano alla luce di due recenti pronunce della Corte costituzionale*, in *D.U.E.*, 3/2008, pp. 487- 510
- ASKEW-RENAULT E., *The Schmidberger case- free movement of goods in the balance of fundamental rights*, in *European Current Law*, 2004, pp. 29-33
- ANASTASIA S., *Diritti fondamentali e neo-costituzionalismo in Europa: le aporie delle clausole orizzontali della Carta dei diritti*, in *Rivista Trimestrale di diritto pubblico*, 2002, vol. 52, n. 1, pp. 267-282

- ARAI-TAKAHASHI Y., *The defensibility of the margin of appreciation doctrine in the ECHR: value-pluralism in the European integration*, in *Revue Européenne de Droit Public*, v. 13, 2001, pp. 1161-1193
- ATRIPALDI V., *La Carta dei diritti fondamentali: un processo verso una Carta d'identità europea*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2001 pp. 160- 163
- AVBELJ M., *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 6/04
- BAILLEUX A. , *Les alliances entre libre circulation et droits fondamentaux. Le « flou » au cœur de la jurisprudence communautaire*, in *Journal de droit européen*, giugno 2009, n. 160
- BERCUSSON B., *The trade union movement and the European Union : judgment day*, in *European Law Journal*, vol 13, N. 3, Maggio 2007, pp. 279-308.
- BARTOLINI E., *Un nuovo orientamento della Corte costituzionale sui rapporti fra ordinamento comunitario e ordinamento italiano?* in *D.U.E.*, 3/2008, pp.511-531
- BENVENISTI E., *Margin of appreciation, consensus and universal standards*, in *Journal of International Law and Politics*, 1999, vol. 31, pp. 843- 854
- BIGNAMI F., *Privacy and law enforcement in the European Union: the data retention directive*, in *Chicago Journal of international law*, summer 2007
- BIONDI A., *Free trade, a mountain road and the right to protest: European economic freedoms and fundamental individual rights*, in *European Human Rights Law Review*, 2004, pp. 51-61
- BLAIRON K., *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: verso la costituzionalizzazione di un "diritto comune" europeo?* In S.

GAMBINO (a cura di), *Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, Costituzioni nazionali, diritti fondamentali*, Milano, 2006, p. 335 ss.

- BLUMANN C., *Les compétences de l'Union européenne en matière de droits de l'homme*, in *RAE*, 2006/1
- VON BOOGANDY A., *The European Union as a human rights organisation? Human rights and the core of the European Union*, in *CMLR*, 2000, pp.1308- 1338
- BORRACCETTI M., *L'art. 47 della Carta ed il processo comunitario*, reperibile su www.europeanrights.com
- BRONCKERS M., *The relationship of the EC courts with other international tribunals: non committal, respectful or submissive?*, in *CMLR*, 2007, pp. 601-627
- BRONZINI G., PICCONE V., *L'efficacia « anticipata » della Carta di Nizza: ius receptum ?*, in *I Diritti dell'Uomo*, 2007, pp.12-22
- BRONZINI G., PICCONE V., *La Carta di Nizza nella giurisprudenza delle Corti europee*, in *I Diritti dell'Uomo*, 2006, pp. 5-10
- BULTRINI A., *Il controllo degli atti comunitari nella giurisprudenza degli organi della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo*, in *Comunicazione e studi*, 1997, pp. 281-339
- BULTRINI A., *La questione dell'adesione della Comunità europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo di fronte alla Corte di giustizia*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1997, pp. 97-114
- BULTRINI A., *La responsabilité des états membres de l'Union européenne pour les violations de la Convention européenne des droits de l'homme imputables au système communautaire*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme* 2002, pp. 5-43
- BUSNELLI F., *La faticosa evoluzione dei principi europei tra scienza e giurisprudenza nell'incessante dialogo con i diritti nazionali*, in *Rivista del diritto civile* 2009, pp. 287-310

- CALLEWART J., TULKENS F., *Le point de vue de la Cour européenne des droits de l'homme*, in CARLIER J., DE SHUTTER O., *La Charte de droits fondamentaux de l'Union européenne*, Bruxelles, 2002, pp.219-240
- CALLEWART J., TULKENS F., *La Cour de justice, la Cour européenne des droits de l'homme et la protection des droits fondamentaux*, in M. DONY M., BRIBOSIA E., *L'avenir du système juridictionnel de l'Union européenne*, Bruxelles, 2002, pp.177-203
- CANOR I., *Primus inter pares. Who is the ultimate guardian of fundamental rights in Europe?*, in *E L Rev.*, 2000, pp.3-21
- CAPOTOSTI P., *Quali prospettive nei rapporti tra Corte Costituzionale e Corte di giustizia*, in *Quad. cost.*, 2002, pp. 559-564
- CARABELLI U., *Note critiche a margine delle sentenze della Corte di giustizia nei casi Laval e Viking*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali* n. 117, 2008, pp. 147-167
- CARBONE S., SCHIANO DI PEPE L., *States, Fundamental Rights and Duties*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, www.mpepil.com
- CARDONA ALBINI M., *La Corte europea dei diritti dell'uomo e la tutela della famiglia: gli artt. 8 e 12 della Convenzione. L'attuazione dei principi nell'ordinamento interno*, in *Giur. di merito*, 2008, pp. 54-62
- CAROZZA P., *Tradizioni costituzionali comuni, margine di apprezzamento e rapporti tra Corte di giustizia delle Comunità europee e Corte europea dei diritti dell'uomo. Quale Europa dei diritti?*, in FALZEA P., SPADARO A., VENTURI L., *La Corte Costituzionale e le Corti d'Europa*, in Torino, 2003, pp. 567-575.
- CASSESE S., *Ordine giuridico europeo e ordine nazionale*, reperibile sul sito www.cortecostituzionale.it/informazione/atticonvegniseminari.asp
- CARTABIA M., *"Taking dialogue seriously". The renewed need for a judicial dialogue at the time of Constitutional Activism in the European*

Union, Jean Monnet Working Paper 12/07, reperibile sul sito: www.JeanMonnetProgram.org

- CARUSO B., MILITELLO M., *La Carta di Nizza nel diritto vivente giurisprudenziale: una ricerca sulle motivazioni dei giudici*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2009, pp.147- 188
- CATANZARITI M., *Il “segreto” della Corte europea dei diritti dell’uomo: convenzione e prassi giurisprudenziale*, in *Politica del diritto* 2009, pp. 217- 258
- CHIAVARIO M., *La Corte e la tutela dei diritti umani: di fronte a vecchie e nuove sfide*, reperibile sul sito www.cortecostituzionale.it
- CHITI M., *La Carta europea dei diritti fondamentali: una carta funzionale ?*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2002, vol. 52, n. 1, pp. 1-26
- COLUCCI M., *L’avenir de l’Union européenne entre libertés économiques et droits sociaux fondamentaux*, in *RDE*, 1/09
- CONDORELLI L., *La Corte costituzionale e l’adattamento dell’ordinamento italiano alla CEDU o a qualsiasi obbligo internazionale?*, in *Dir. umani e dir. internazionale*, 2008, pp. 301-310
- CONFORTI B., *Note sui rapporti tra diritto comunitario e diritto europeo dei diritti fondamentali*, in *Riv. Int. Dir. uomo*, 2000, pp.423-433
- CONFORTI B., *Il ruolo del giudice nel diritto internazionale*, in *European Journal of Legal Studies*, Dicembre 2007
- CONTI R., *Un memorandum all’insegna della tutela dei diritti umani che rafforza l’unità tra Unione europea e Consiglio d’Europa*, reperibile sul sito: www.europeanrights.com
- COPPEL J., O’Neill A., *The European Court of Justice: taking rights seriously?*, *CMLR*, 1992, pp. 669- 692

- DE CARIA R., *Il bivio dopo Strasburgo: tutela effettiva o vittoria morale? L'obbligo per gli Stati di "conformarsi alle sentenze definitive della corte" EDU nella prospettiva italiana*, in *Giur. Cost.*, 2009, pp. 2191-2229
- DE SCHUTTER O., *Les droits fondamentaux dans l'Union européenne (1^{er} janvier 2007-1^{er} février 2008)*, in *Journal de droit européen* 2008, p. 126-131
- DE SCHUTTER O., LEUJEUNE Y., *L'adhésion de la Communauté à la Convention européenne des droits de l'homme à propos de l'avis 2/94 de la Cour de Justice des Communautés*, in *CDE*, 1996, pp. 556-606
- DE SCHUTTER O., L'HOEST O., *La Cour européenne des droits de l'homme juge du droit communautaire : Gibraltar, l'Union européenne, et la Convention européenne des droits de l'homme*, in *CDE*, 2000, pp. 140-214
- DE SCHUTTER O., *L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme comme élément du débat sur l'avenir de l'Union*, in DONY M., BRIBOSIA E., *L'avenir du système juridictionnel de l'Union européenne*, Bruxelles, 2002
- DE SCHUTTER O., *The implementation of the EU Charter of Fundamental Rights through the Open Method of Coordination*, Jean Monnet working paper 07/04
- DEFEIS E., *Human rights and the European Court of Justice: an appraisal*, in *Fordham international law journal*, 2008, pp. 1104-1117
- DEMURO G., *I rapporti tra Corte di giustizia delle Comunità europee e la Corte Europea dei diritti dell'uomo*, in FALZEA P., SPADARO A., VENTURI L., *La Corte Costituzionale e le corti d'Europa*, Torino, 200
- DORD O., *Systèmes juridiques nationaux et cours européennes: de l'affrontement à la complémentarité ?* in *Les Cours Européennes, Pouvoirs* n. 96, 2001, pp. 5-18

- DOUGLAS- SCOTT S., *A tale of two courts : Luxembourg, Strasbourg and the growing european human rights acquis*, in *CMLR*, 2006, pp. 629-665
- DRZEMCZEWSKI P., *The Council of Europe's position with respect to the EU Charter of Fundamental Rights*, in *Human Rights Law Journal*, 2001, pp. 14- 31
- DUMONT H., VAN DROOGHENBROEK S., *La contribution de la Charte à la constitutionnalisation du droit de l'Union Européenne*, in CARLIER J., DE SCHUTTER O., *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Bruxelles 2002, pp 61- 96
- DUVIGNEAU J. L., *From advisory opinion 2/94 to the Amsterdam Treaty: human rights protection in the European Union*, in *Legal issues of Economic Integration*, 1998, pp. 61-91
- DRZEMCZEWSKI P., *The Council of Europe's position with respect to the EU Charter of fundamental rights*, in *Human Rights Law Journal*, 2001, pp. 14-31
- DYEUVRE A., *Making Sense of Judicial Lawmaking: a theory of theories of adjudication*, EUI MWP 2008/9
- DE SIERVO U., *I diritti fondamentali europei ed i diritti costituzionali italiani (a proposito della Carta dei diritti fondamentali)*, in *Dir. pubbl. comp. eur.* 2001 pp 153- 160
- ECKES C., *Does the European court of human rights provide protection from the European Community? The Case of Bosphorus Airways*, in *European Public Law*, 2007, pp 47-67
- ENGLE E., *Third Party Effect of Fundamental Rights (Drittwirkung)*, in *Europarecht* 5/2009, pp. 165- 173.
- FAURE B., *Le droits fondamentaux des personnes morales*, in *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 2008, pp. 233-246

- FERRARI G., MONTANARI L., *I diritti nel progetto di Costituzione europea*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2003, pp. 1713- 1722
- FERRONI M. V., MARCHISIO E., *La giurisprudenza sul valore normativo della Carta dei diritti*, in *Quad. cost.*, 2002, pp. 672- 676
- FLORIDIA G., *Nell'intenzione dell'artista e agli occhi degli abitanti (osservazioni sulla "Dichiarazione dei diritti" di Nizza)*, in *Dir. pubbl. comp. eur.* 2001, pp. 163- 169
- FORRESTER I., *Due process in EC competition cases: a distinguished institution with flawed procedures*, in *EL Rev.* 2009, p. 817 ss
- GARCIA R. A., *The general provisions of the charter of fundamental rights of the European Union*, Jean Monnet Working Paper 4/02
- GARLICKI L., *Cooperation of courts: the role of supranatural jurisdiction in Europe*, in *International journal of constitutional law*, 2008, pp. 509- 530
- GERKRATH J., *Les principes généraux du droit ont-ils encore un avenir en tant qu'instruments de protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne ?* in *RAE*, 2006/1
- GIANELLI A., *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU secondo il Trattato di Lisbona*, in *D.U.E.*, 2009, pp. 678- 700
- GIOVANNELLI A. , *Dalla Carta dei diritti alla Costituzione europea*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2001 pp. 169- 173
- GOLDING J., *The Lisbon Treaty and fundamental rights*, in *Journal of European Criminal law*, pp. 31-41
- GUAZZAROTTI A., *Bilanciamenti e fraintendimenti : ancora su Corte costituzionale e CEDU*, su www.forumcostituzionale.it
- GULLOTTA F., *La Corte costituzionale chiamata a determinare la giusta misura dei ristori espropriativi alla luce della giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *I diritti dell'uomo*, 2007, pp. 13-20

- HAGUENAU- MOIZARD C., *Les droits de l'homme : une ou plusieurs Europe ?*, in *Gazette du Palais*, 2008, pp. 31-34
- HARBY C., *The changing nature of interim measures before the European Court of Human Rights*, in *E.H.R.L. Rev.*, 2010, pp. 73-84
- HARMSSEN R., *The European Court of Human Rights as "Constitutional Court": definitional debates and the dynamics of reform*, in J. MORISON (ed.), *Judges, Transition and Human rights*, Oxford, 2007, 33- 54
- HARPAZ G., *The European Court of Justice and its relations with the European Court of Human Rights: the quest for enhanced reliance, coherence and legitimacy*, in *CMLR*, 2009, pp. 105-141
- HENNETTE- VAUCHEZ S., *Les droits fondamentaux à Luxembourg; droit et politique dans la détermination des contours de l'office du juge*, in MASCLET J., RUIZ FABRI H., BOUTAYEB C., RODRIGUES S. (ed.), *Mélanges en l'honneur du Professeur Philippe Manin*, Parigi, 2010, pp. 775- 794
- HILSON C., *Rights and principles in EU law: a distinction without foundation?*, in *Maastricht journal of European and comparative law*, 2008, p. 193-215
- HUBER P. , *The unitary effect of the Community's fundamental rights: the ERT- doctrine needs to be reviewed*, in *European public law*, pp. 323-333
- ITZCOVICH G., *Ordinamento giuridico, pluralism giuridico, principi fondamentali. L'Europa e il suo diritto in tre concetti*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2009, pp. 34-60
- JACOBS F., *Judicial dialogue and the cross-fertilisation of legal systems: the European Court of Justice*, in *Texas International Law Journal*, 2003, pp 547-556
- JACQUE J., *La Cour de Justice, la Cour européenne des droits de l'homme et la protection des droits fondamentaux. Quelques*

observations, in DONY M., BRIBOSIA E., *L'avenir du système juridictionnel de l'Union européenne*, Bruxelles, 2002, pp.257-277

- JACQUE J., *La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne après Lisbonne*, in *L'Europe des libertés*, 2008, p. 2-12
- KADDOUS C., *Droits de l'homme et libertés de circulation: complémentarité ou contradiction?*, in *Mélanges en hommage à Georges Vandensanden*, Bruxelles, 2008, pp. 563- 591
- KAUFF-GAZIN F., *Les droits fondamentaux dans le Traité de Lisbonne: un bilan contesté*, in *Europe*, 2008, p. 37-42
- KRÜGER H., POLAKIEWICZ J., *Proposal for a coherent human rights protection system in Europe*, in *Human Rights Law Journal*, 2001, pp.1-13
- LOCK T., *The ECJ and the ECtHR: the future relationship between the two European Courts*, in *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2009, pp. 375- 398
- LOCKHART N. J. S., WEILER J. H.H., *“Taking rights seriously” seriously: the European Court and its fundamental rights jurisprudence- Part I*, *CMLR*, 1995, pp. 51-94
- LOCKHART N. J. S., WEILER J. H.H., *“Taking rights seriously” seriously: the European Court and its fundamental rights jurisprudence- Part II*, *CMLR*, 1995, pp. 579- 627
- LUCIANI M., *Riflessioni minime sulla Carta europea dei diritti fondamentali*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2001, pp. 172- 173
- LUGATO M., *La rilevanza giuridica della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea*, in *Riv. Dir. int.*, 2001, v. 84, n. 4, pp 1009-1923
- MACDONALD R. ST. J., *The margin of appreciation in the jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in *Collected Courses of the Academy of European Law*, volume I, Book 2, 1992, pp. 95- 161

- MAGNETTE P., *Prendre la Charte sérieux : la force politique d'un texte juridique non contraignant*, in CARLIER J., DE SCHUTTER O., *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Bruxelles 2002, pp 97-104
- MANGIAMELI S., *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Dir. pubb. comp. eur.*, 2001, pp. 173- 177
- MANGIAMELI S., *Il contributo dell'esperienza costituzionale italiana alla dommatica europea della tutela dei diritti fondamentali*, in www.giurcost.org/studi/mangiameli.html
- MANZELLA A., *Dopo Nizza: la Carta dei diritti proclamata*, in L. S. ROSSI, *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione dell'Unione Europea*, Milano 2002, pp. 239- 247
- MASTROIANNI R., *L'ordinamento giuridico nazionale nei rapporti con le regole comunitarie e dell'Unione europea. La posizione della Corte costituzionale italiana*, in *Dir. com. scambi int.*, 2009, pp. 437-465
- MENEDEZ A., *Human Rights: the European Charter of Fundamental Rights* in CARLSNAES W., SJURSEN H., WHITE B., *Contemporary European foreign policy*, Londra, 2004
- MONTANARI L., *Una decisione del Tribunale di prima istanza fra la CEDU e la Carta di Nizza, Nota alla sentenza del 20 febbraio 2001, causa T- 112/98, Mannsmannröhen- Werke AG c. Commissione*, in *Libertà e diritti civili*, p. 671
- MORIJN J., *Balancing fundamental rights and common market freedoms in Union law: Schmidberger and Omega in the light of the European Constitution*, in *European Law Journal*, vol. 12, N. 1, gennaio 2006, pp. 15-40.
- NASCIMBENE B., *Convenzione europea e diritto comunitario*, in *Comunicazione e studi*, 1980

- NICOL D., *Lessons from Luxembourg: federalisation and the Court of Human Rights*, in *EL Rev.*, 2001, pp. 3-21
- OLIVER P. e ROTH W. , *The internal market and the four freedoms*, in *CMLR*, 2004, pp. 407-441
- ORAKHELASHVILI A., *Natural law and justice*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, www.mpepil.com
- ORLANDI M., *Libera circolazione delle merci e deroghe giustificate da esigenze di tutela dei diritti fondamentali*, in *D.U.E.* 2003, pp. 903-916
- PACE A., *A che serve la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea? Appunti preliminari*, in *Giur. Cost.*, 2001, p. 193-207
- PAGANO E., *Sui rapporti tra la Carta e i principi fondamentali elaborati dalla Corte di giustizia*, in *Dir. pubbl. comp. eur.* 2001, pp 177- 182
- PAGANO E., *Dalla Carta di Nizza alla Carta di Strasburgo dei diritti fondamentali*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2008, p. 94-101
- PANEBIANCO M., *La Carta europea dei diritti nel soft law costituzionale*, in *Dir. com. scambi int.*, 2007, anno 40, n. 4, pp. 663-675
- PANZERA C., *Il bello dell'essere diversi. Corte costituzionale e corti europee ad una svolta*, www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/0057_panzera.pdf
- PEDRAZZI M., *Articolo 6*, in POCAR F., *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea*, Padova 2001, pp. 15-26
- PINGEL I., *Les références à la Charte des droits fondamentaux dans le traité établissant une Union européenne*, in MASCLET J., RUIZ FABRI H., BOUTAYEB C., RODRIGUES S. (ed.), *Mélanges en l'honneur du Professeur Philippe Manin*, Parigi, 2010, pp. 785- 202

- PINO G., *Teoria e pratica del bilanciamento: tra libertà di manifestazione del pensiero e tutela dell'identità personale*, in *Danno e responsabilità*, 2003, p. 577- 586
- PLASTINA N., *1° Marzo 2007: aperta l'Agenzia dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *I Diritti dell'Uomo: cronache e battaglie*, 2007, pp. 54-59
- POIARES MADURO M., *Interpreting European Law: Judicial Adjudication in a Context of Constitutional Pluralism*, in *European Journal of Legal Studies*, Dicembre 2007
- POIARES MADURO M., *The double constitutional life of the Charter of fundamental rights*, in *Unión Europea y derechos fundamentales en perspectiva constitucional*, 2004, pp. 287- 331
- POIARES MADURO M., *The double constitutional life of the Charter of fundamental rights*, in N. FERNANDEZ SOLA (a cura di), *Unión Europea y derechos fundamentales en Perspectiva constitucional*, Madrid, 2004, pp. 287-331
- POIARES MADURO M. , *Harmony and dissonance in free movement*, in *The Cambridge yearbook of European Legal studies*, vol. 4 (2001), pp. 315-341
- POLLICINO O., *Dall'Est una lezione sui rapporti tra diritto costituzionale e diritto comunitario (a proposito di una recente sentenza della Corte costituzionale ceca)*, in *D. U.E.*, 2006, pp. 819-852
- POLLICINO O., *New emergine judiacial dynamics of the relationship between Member States and the European Courts after enlargement from the perspective of the interaction between national and European legal orders*, paper discusso alla NYU in maggio, 2008
- POLLICINO O., *Constitutional Court at the crossroads between constitutional parochialism and cooperative constitutionalism. Judgments N. 348 and 349 of 22 and 24 October 2007*, *European Constitutional Law Review*, 2008, pp. 363-382

- POLLICINO O., *La Carta di Nizza oggi, tra "sdoganamento giurisprudenziale" e Trattato di Lisbona*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2008, p. 101-124
- POTVIN- SOLIS L., *Le concept de dialogue entre les juges en Europe*, in LICHÈRE F., POTVIN- SOLIS L., RAYNOUARD A., *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité?*, Bruxelles, 2004
- PURNHAGEN K., REBASTI E., *Judge's empire? Interview with Rudolf Bernhardt*, in *European Journal of Legal Studies*, Dicembre 2007
- RINOLDI D., *Libertà d'espressione, principio democratic e attività economica nel processo d'integrazione europea*, in DRAETTA U., PARISI N. (a cura di), *Trasparenza- riservatezza- impresa*, Torino, 2001
- RIVOSECCHI G., *La Carta dei diritti tra codificazione sui generis e diritto previgente*, in V. Atripaldi, R. Miccù, *L'omogeneità costituzionale nell'Unione europea*, Padova, 2003, pp. 247-289
- RIZZO A., *L'Unione Europea e la Carta dei diritti fondamentali: un rapporto ancora da definire*, in *Comun. int.*, 2001, v. 56, n.1 , p. 103-128
- ROSAS A., *The European Court of Justice in Context: forms and patterns of judicial dialogue*, in *European Journal of Legal Studies*, Dicembre 2007
- RUGGERI A., *La "forza" della Carta europea dei diritti*, in *Dir. pubbl. com. eur.* 2001, pp 182- 185
- RUGGERI A., *Ancora in tema di rapporti tra CEDU e Costituzione: profili teorici e questioni pratiche*, reperibile sul sito www.associazioneitalianadeicostituzionalisti.it
- RUGGERI A., *Prospettive di aggiornamento del catalogo costituzionale dei diritti fondamentali*, reperibile sul sito www.associazioneitalianadeicostituzionalisti.it

- RUGGERI A., *Sistema integrato di fonti, tecniche interpretative, tutela dei diritti fondamentali*, reperibile sul sito www.associazioneitalianadeicostituzionalisti.it
- SCHEECK L., *Solving Europe's binary human rights puzzle. The interaction between supranatural courts as a parameter of European governance*, <http://www.ceri-sciences-po.org/publica/qdr.htm>
- SCHERMERS H. G., *Case law before European court of human rights*, in *CMLR* 1999, pp. 673-681
- SHUIBHNE N., *Margin of appreciation: national values, fundamental rights and EC free movement law*, in *E L Rev.*, 2009, n. 34, pp. 230-256
- SIMON D., *Les droits fondamentaux dans le traité de Lisbonne*, in *Europe*, febbraio 2008, p.2-4
- SKOURIS V., *La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne dans la perspective de l'adoption d'une constitution européenne*, in L. ROSSI, *Vers une nouvelle architecture de l'Union européenne*, Bruxelles, 2004, pp. 231-264
- SLATER D., THOMAS S., WALBROECK D., *Competition law proceedings before the European Commission and the right to a fair trial: no need for reform?* GCLC Working Paper 4/08, reperibile sul sito <http://www.gclc.coleurop.be>.
- SPADARO A., *Dall'indisponibilità (tirannia) alla ragionevolezza (bilanciamento) dei diritti fondamentali. Lo sbocco obbligato: l'individuazione di doveri altrettanto fondamentali*, in *Politica del Diritto*, 2006, pp. 167- 181
- SPATTI M., *Diritto alla riservatezza e trattamento dei dati personali*, in PARISI N., RINOLDI D. (a cura di), *Lineamenti di diritto europeo dell'informazione e della comunicazione*, Napoli, 2006
- SPJUT R. J., *Fundamental rights, public morality, the margin of appreciation and the Treaty of Rome*, in ADAMS J. N., *Essays for Clive Schmittoff*, Abingdon, 1983, pp. 121-131

- STROZZI G., *Limiti e controlimiti nell'applicazione del diritto comunitario*, in *Studi int. eur.*, pp. 23-41
- SUDRE F., *L'Union européenne et les droits de l'homme*, in *RAE*, 2006/1
- SWEENEY J. A., *A "Margin of appreciation" in the internal market: lessons from the European Court of human rights*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 2007, pp. 27-52
- TANCREDI A., *L'emersione dei diritti fondamentali «assoluti» nella giurisprudenza comunitaria*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2006/3, pp. 644-692
- TESAURO G., *Omogeneità dei valori e livelli di tutela dei diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza*, in V. ATRIPALDI, R. MICCÙ, *L'omogeneità costituzionale nell'Unione europea*, Padova, 2003, pp. 334-367
- TIBERI G., *La questione dell'adesione della Comunità alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo al vaglio della Corte di giustizia*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, pp. 437 – 469
- TIZZANO A., *L'azione dell'Unione europea per la promozione e la protezione dei diritti umani*, in *D. U. E.*, 1999, pp. 149-165
- TIZZANO A., *La Corte di giustizia delle Comunità europee e i diritti fondamentali*, in *D. U. E.*, 2005, pp. 839-852
- TIZZANO A., *Ancora sui rapporti tra Corti europee: principi comunitari e controlimiti costituzionali*, in *D. U. E.*, 2007, pp. 734-744
- TOTH A.G., *The European Union and human rights: the way forward*, in *CMLR*, 1997, pp.491-529
- TREVES T., *Fragmentation of international law: the judicial perspective*, in *Comunicazioni e studi* , 2008, vol XXIII

- TRIDIMAS T., *The Court of Justice and Judicial activism*, in *European Law Review*, 2000, pp. 199-210
- TRUJILLO I., *I diritti umani come pratica di giustizia globale*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2007, pp. 565-578
- TIMMERMANS C., *The European Union's judicial system*, in *C.M.L.R.*, 2004, pp. 393-405
- VAUCHEZ A., *The transnational politics of judicialization, Van Gend en Loos and the making of EU polity*, in *Eur. Law Journal*, 2010, pp. 1-28
- VETTORI G., *La lunga marcia della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, su www.europeanrights.com
- VIAL C., *Libre circulation des marchandises et protection des droits fondamentaux: à la recherche d'un juste équilibre*, in *Revue Trimestrielle des droits de l'homme*, 2004, pp. 439-459
- YOUNG A., *The Charter, Constitution and human rights: is this the beginning or the end for human rights protections by community law?*, in *European Public Law*, 2005, pp. 219-240
- WEILER J. H.H., *L'Unione e gli Stati membri, competenze e sovranità*, in *Annuario 1999, La Costituzione europea, Atti del XIV Convegno Annuale*, Padova, 2000
- WILS W. P.J., *The increased level of EU antitrust fines, judicial review and the European Convention on Human rights*, in *World Competition* 1/2010, pp. 1-32
- ZAGREBELSKY V., *La prevista adesione dell'Unione Europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, www.europeanrights.it
- Numero monografico della rivista [Pouvoirs : revue française d'études constitutionnelles et politiques](http://www.europeanrights.it): *Les Cours européennes : Luxembourg et Strasbourg* . - Paris : Edition du Seuil, 2001

