

SEZIONE PRIMA
DIRITTI FONDAMENTALI
E INTEGRAZIONE REGIONALE

Giandonato Caggiano*

*La tutela europea dei diritti della persona tra novità
giurisprudenziali e modifiche istituzionali*

L'autore evidenzia le principali modifiche normative e gli elementi emergenti dal dialogo fra le Corti di Lussemburgo e Strasburgo, al quale partecipano direttamente e indirettamente anche i giudici nazionali, nell'intento di verificare se sia possibile tracciare le linee di una sistemazione teorica della tutela dei diritti fondamentali a livello europeo.

1. Premessa

Nel campo della tutela dei diritti della persona le novità giurisprudenziali delle Corti di Lussemburgo e Strasburgo e le modifiche istituzionali della Convenzione europea dei diritti umani (la 'Convenzione' o CEDU) sollecitano l'opportunità di un aggiornamento sul tema ormai classico in dottrina¹.

Nell'attesa dell'adesione dell'Unione alla CEDU, la pluralità di livelli – ordinamenti o sistemi – competenti in materia presenta rischi di conflitti e antinomie, pur in presenza di principi e tecniche di coordinamento e cooperazione. I rapporti tra i diversi ordinamenti si manifestano nel dialogo

* Docente di Diritto dell'Unione europea, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli studi Roma Tre.

¹ Per un inquadramento della materia, cfr. G. STROZZI, *Il sistema integrato di tutela dei diritti fondamentali dopo Lisbona, attualità e prospettive*, in «Il Diritto dell'Unione Europea», 2011, p. 837 ss.; U. VILLANI, *La cooperazione tra i giudici nazionali, la Corte di giustizia dell'Unione europea e la Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *La cooperazione fra Corti in Europa nella tutela dei diritti dell'uomo*, a cura di M. Fragola (Atti del Convegno interinale SIDI), Editoriale Scientifica, Napoli 2012, p. 1 ss.; E. CANNIZZARO, *La cooperazione fra Corti in Europa nella tutela dei diritti dell'uomo*, in *La cooperazione fra Corti in Europa nella tutela dei diritti dell'uomo*, a cura di M. Fragola, cit., p. 39 ss.; S.M. CARBONE, *I diritti della persona tra CEDU, diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali*, in «Il Diritto dell'Unione Europea», 2013, p. 1 ss.; B. NASCIBENE, *La centralità della persona e la tutela dei suoi diritti*, in «Studi sull'integrazione europea», 2013, p. 9 ss.

tra i giudici competenti². Così, i riferimenti incrociati ai medesimi diritti, anche se di contenuto non del tutto simile, fra le Corti di Lussemburgo e Strasburgo e la Corte costituzionale (tutte definibili a vario titolo quali ‘corti a carattere costituzionale’) riescono a ‘stabilizzare’ le garanzie in materia.

La prevalenza della funzione dell’interpretazione/applicazione giurisprudenziale, rispetto al valore intrinseco dei ‘testi costituzionali’ – trattati istitutivi dell’Unione, Carta dei diritti fondamentali, testo convenzionale e suoi allegati, costituzioni nazionali – corrisponde alla necessità di soluzioni giudiziarie tra i diversi sistemi giuridici sussidiari o suppletivi.

Lo spazio giuridico complessivo dell’Unione e degli Stati membri è stato definito come ‘para-costituzionale’ e ‘intercostituzionale’ oppure, più spesso, ‘multilivello’. Quest’ultima terminologia, pur abusata, evoca in modo efficace l’idea di situazioni giuridiche soggettive che cercano e ottengono tutela in diversi ordinamenti tramite giurisdizioni non riconducibili a unità o gerarchia. Sempre maggior rilievo tende ad assumere la clausola dell’identità nazionale in chiave di contro-limite a carattere generale³ ma c’è chi pensa alla necessità di rafforzare la tendenza opposta⁴.

Il dibattito scientifico intorno alla vicenda della Costituzione europea

² La bibliografia sul dialogo tra le corti è molto ampia. Per citare solo alcuni tra i più recenti studi: Y. SHANY, *Regulating Jurisdictional Relations between National and International Courts*, Oxford 2007; M. POJARES MADURO, *Courts and Pluralism*, in *Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance*, a cura di J.L. Dunoff, J.P. Trachtman, Cambridge 2009, p. 356 ss.; G. HARPAZ, *The European Court of Justice and its Relations with the European Court of Human Rights: the Quest for enhanced Reliance, Coherence and Legitimacy*, in «Common Market Law Review», 2009, p. 105 ss.; *Il sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali e i rapporti tra le giurisdizioni*, a cura di G. Rolla, Giuffrè, Milano 2010; F.C. MAYER, *Multilevel Constitutional Jurisdiction*, in *Principles of European Constitutional Law*, a cura di A. Von Bogdandy, J. Bast, Hart, Oxford 2010²; O. POLLICINO, *Allargamento ad est dello spazio giuridico europeo e rapporto tra Corti costituzionali e Corti europee. Verso una teoria generale dell’impatto interordinamentale del diritto sovranazionale?*, Giuffrè, Milano 2010; S. MORANO-FOADI, S. ANDREADAKIS, *Reflections on the Architecture of the EU after the Treaty of Lisbon: The European Judicial Approach to Fundamental Rights*, in «European Law Journal», 2011, p. 595 ss.; G. MARTINICO, O. POLLICINO, *The Interaction between Europe’s Legal Systems. Judicial Dialogue and the Creation of Supranational Laws*, E. Elgar, Cheltenham-Northampton, 2012.

³ Sulla clausola, U. VILLANI, *Valori comuni e rilevanza delle identità nazionali e locali nel processo di integrazione europea*, Jovene, Napoli 2011, p. 72; B. GUASTAFERRO, *Beyond the Exceptionalism of Constitutional Conflicts: The Ordinary Functions of the Identity Clause*, in «Jean Monnet Working Paper», 1, 2012; N.S. MAREK, *Between Mangold and Omega: Fundamental Rights versus Constitutional Identity*, in «Il Diritto dell’Unione Europea», 2012, p. 437 ss.; A. VON BOGDANDY, S. SCHILL, *Overcoming Absolute Primacy: Respect for National Identity under the Lisbon Treaty*, in «Common Market Law Review», 2011, p. 1417 ss.

⁴ C. ANTPOHNER [et al.], *Reverse Solange – Protecting the essence of fundamental rights against EU Member States*, in «Common Market Law Review», 2012, p. 489 ss.

rilanciò le tesi del costituzionalismo multilivello⁵ e del pluralismo costituzionale⁶, secondo cui l'autonomia dell'ordinamento giuridico dell'Unione deve essere intesa come 'incorporata' in un sistema costituzionale composito. Si basa sulla co-responsabilità dei giudici nazionali europei nel fissare ciò che costituisce 'la legge/il diritto' in ogni fattispecie concreta. Espressione paradigmatica di quel passaggio che sembrò rivoluzionare l'impronta internazionalistica dell'integrazione europea, la tesi in parola continua ad essere aggiornata dai suoi proponenti⁷.

A 50 anni dalla sentenza *Van Gend en Loos*, i principi del metodo comunitario restano quelli del primato, dell'efficacia diretta e dell'autonomia dell'ordinamento dell'Unione e si applicano anche alla tutela dei diritti fondamentali⁸.

Le ipotesi di sistemazione teorica della tutela dei diritti fondamentali/umani stentano ad essere acquisite, malgrado l'impegno profuso per analizzare un fenomeno di grande complessità e rilevanza anche per la democrazia in Europa. Ne è evidente riprova la qualità e quantità di contributi di studiosi di diverse discipline, tra i quali soprattutto comunitaristi, costituzionalisti e amministrativisti, ma anche civilisti, penalisti e proceduralisti. La prospettiva di analisi qui utilizzata è quella di carattere istituzionale da cui conseguono il metodo della trattazione e la scelta dei riferimenti bibliografici.

⁵ I. PERNICE, *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution Making Revisited?*, in «Common Market Law Review», 1999, p. 703 ss.; I. PERNICE, *De la constitution composée de l'Europe*, in «Revue trimestrielle de droit européen», 4, 2000, pp. 623-647; ID., *The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism in Action*, in «Columbia Journal of European Law», 2009, p. 349 ss.; MAYER, *Multilevel Constitutional Jurisdiction*, cit., p. 399 ss.; G. DELLA CANANEA, *Is European Constitutionalism Really 'Multilevel'?*, in «Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht», 2010, p. 283 ss.

⁶ *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*, a cura di M. Avbelj, J. Komárek, Hart Publ., 2012, *passim*.

⁷ I. PERNICE, *The Autonomy of the EU Legal Order – Fifty Years After Van Gend*, in *50th Anniversary of the Judgment in Van Gend en Loos, 1963-2013*, a cura di A. Tizzano, J. Kokott, S. Prechal, Luxembourg 2013, in <http://curia.europa.eu/jcms/jcms/P_95693/> (ultimo accesso in data 17.05.2014).

⁸ Cfr. per il tema in oggetto, M. CARTABIA, *Fundamental Rights and the Relationship among the Court of Justice, the National Supreme Courts and the Strasbourg Court*, in *50th Anniversary of the Judgment in Van Gend en Loos, 1963-2013*, a cura di A. Tizzano, J. Kokott, S. Prechal, cit., p. 155 ss.

2. Oggetto e ambito del lavoro

Il presente contributo, secondo gli obiettivi del Convegno da cui questo volume prende origine, intende tracciare gli elementi principali delle modifiche normative e del dialogo fra le Corti di Lussemburgo e Strasburgo e, solo limitatamente, della Corte costituzionale.

Al dialogo giurisprudenziale partecipano anche direttamente o indirettamente i giudici ordinari degli Stati membri dell'Unione e/o degli Stati contraenti CEDU. Non è possibile in questa sede evocare le linee tendenziali della giurisprudenza dei giudici ordinari che sono chiamati in 'prima fila' a garantire i diritti fondamentali, ma si può utilmente celebrare il loro *input* all'attività delle 'corti a carattere costituzionale'.

Per il sistema CEDU, il riconoscimento del loro ruolo è insito nella regola del previo esaurimento dei ricorsi interni (art. 35, par. 1) e nell'obbligo degli Stati contraenti di garantire un ricorso effettivo dinanzi a un'istanza nazionale per le violazioni dei diritti convenzionali (art. 13).

Per il diritto dell'Unione, la collocazione dell'art. 19 TUE chiarisce che la Corte è chiamata a svolgere il ruolo di garante del rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei Trattati, che comprendono la Carta dei diritti fondamentali. Proprio nell'interpretazione pregiudiziale, la Corte di giustizia può fornire al giudice nazionale gli elementi d'interpretazione del diritto dell'Unione utili per la valutazione della disposizione interna nel giudizio di conformità con i diritti fondamentali.

Secondo la più recente definizione «[...] le funzioni attribuite, rispettivamente, ai giudici nazionali e alla Corte sono essenziali alla salvaguardia della natura stessa dell'ordinamento istituito dai Trattati»⁹.

La Corte di giustizia continua a richiedere che sia conservato ai giudici nazionali il potere di disapplicare le norme interne in contrasto con il diritto dell'Unione, fatto salvo il ricorso allo strumento dell'interpretazione pregiudiziale¹⁰. L'ordinamento nazionale non può subordinare la facoltà di disapplicazione ad alcun procedimento o altra condizione¹¹.

⁹ Parere 1/09 della Corte 8 marzo 2011 sulla proposta di Tribunale dei brevetti europeo e comunitario, punto 85. In argomento, cfr. R. BARATTA, *National Courts as 'Guardians' and 'Ordinary Courts' of EU Law: Opinion 1/09 of the ECJ*, in «Legal Issues of Economic Integration», 2011, p. 297 ss.

¹⁰ Per una ricostruzione della dottrina, cfr. G. CAGGIANO, *La dottrina italiana nella fase costituente dell'ordinamento giuridico comunitario*, in «Studi sull'integrazione europea», 2013, p. 441 ss., spec. p. 460 ss.

¹¹ In relazione al possibile contrasto tra norme interne e Carta dei diritti fondamentali, la Corte afferma: «[...] il diritto dell'Unione osta a una prassi giudiziaria che subordina l'obbligo,

Inoltre, la Corte nella sentenza *Kamberaj* chiarisce che dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona «[...] l'art. 6, par. 3, TUE non disciplina il rapporto tra la CEDU e gli ordinamenti giuridici degli Stati membri e nemmeno determina le conseguenze che un giudice nazionale deve trarre nell'ipotesi di conflitto tra i diritti garantiti da tale convenzione ed una norma di diritto nazionale»¹².

Molte sono le novità istituzionali dei due sistemi europei e le relative innovazioni di politica giudiziaria meritevoli di una segnalazione in questo contributo. Significativo appare il collegamento fra i due sistemi europei¹³ tramite gli articoli 6, commi 2 e 3 del TUE e 51-53 della Carta (clausole orizzontali). In relazione allo sviluppo del sistema CEDU, molto importanti sono le innovazioni istituzionali e procedurali introdotte dal Protocollo 14 e le novità dei Protocolli 15 e 16, nonché il di riparazione delle violazioni strutturali tramite le sentenze-pilota.

3. *Il ruolo del diritto giurisprudenziale*

Nell'azione a tutela dei diritti della persona, le 'corti a carattere costituzionale' ricorrono in modo significativo alle fonti dei sistemi di *civil law* e di *common law*, che si esprimono tramite la forza vincolante della legge (il diritto legislativo) o della giurisprudenza (il diritto giurisprudenziale).

Tale tendenza appare nella 'natura delle cose' per le due corti europee che operano in un contesto giuridico-culturale misto e con proprie tecniche ermeneutiche. Meno evidente appare l'influenza sul metodo decisionale della nostra Corte costituzionale che, infatti, pur valorizzando il 'diritto giurisprudenziale' della Corte di Strasburgo, incomincia a formulare dei 'distinguo' quando, ad esempio, statuisce che il principio

per il giudice nazionale, di disapplicare ogni disposizione che sia in contrasto con un diritto fondamentale garantito dalla Carta alla condizione che tale contrasto risulti chiaramente dal tenore della medesima o dalla relativa giurisprudenza, dal momento che essa priva il giudice nazionale del potere di valutare pienamente, se del caso con la collaborazione della Corte, la compatibilità di tale disposizione con la Carta medesima». Sentenza della Corte di giustizia (Grande Sezione) del 26 febbraio 2013, causa C-617/10, *Åklagaren/Fransson*.
¹² Sentenza della Corte di giustizia del 24 aprile 2012 causa C-571/10, *Servet Kamberaj*, punto 62.

¹³ A. TIZZANO, *Les Cours européennes et l'adhésion de l'Union à la CEDH*, in «Il Diritto dell'Unione Europea», 2011, p. 38 ss. Sullo stato del negoziato e sulla bibliografia in materia, C. MORVIDUCCI, *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU: un percorso non ancora concluso*, in questo volume.

di legalità penale, delineato dalla Corte di Strasburgo, risulta meno comprensivo di quello accolto in Costituzione. Infatti, il diritto giurisprudenziale non prevede, per definizione, la riserva di legge posta dalla Costituzione italiana a garanzia che il potere di normazione sia esercitato solo dal Parlamento, in quanto incidente sul diritto alla libertà personale. Tale importante argomentazione «preclude una meccanica trasposizione nell'ordinamento interno della postulata equiparazione tra legge scritta e diritto di produzione giurisprudenziale»¹⁴.

Il metodo giurisprudenziale ha contribuito alla creazione e condivisione di un patrimonio di diritti della persona in Europa. Da un lato, il classico metodo pretorio della Corte di giustizia è alla base del riconoscimento dei diritti nell'ordinamento dell'Unione nella forma dei principi generali; dall'altro, lo scarno catalogo originale e ancora in vigore dei diritti della CEDU (con annessi allegati) si è trasformato nell'attuale ricco e articolato 'diritto vivente' proprio per effetto dell'attività della Corte di Strasburgo¹⁵.

Soprattutto quest'ultima opera un continuo consolidamento dei diritti legati ai cambiamenti della società e della tecnologia, in materia familiare, ambientale e genetico-riproduttiva, argomentando tra gli opposti criteri del 'consenso europeo' e del margine di apprezzamento lasciato agli Stati¹⁶. Infatti, la Corte interpreta il testo convenzionale applicando un'interpretazione teleologica 'parametrata' sul consenso europeo. Lo standard europeo applicabile è, per lo più, il risultato di un'indagine della Corte sull'esistenza di una base comune nel diritto e nella prassi degli Stati contraenti, soprattutto al fine di restringerne il margine di apprezzamento¹⁷. Tale metodo non è esente da critiche nella misura in cui tende a trascurare le posizioni minoritarie di alcuni Stati contraenti o non sia suffragato da

¹⁴ Sentenza della Corte costituzionale n. 230 del 2012 in riferimento al principio di legalità in materia penale.

¹⁵ M. O'BOYLE, *The future of the European Court of Human Rights*, in «German Law Journal», 2011, p. 1862 ss., e p. 1865 ss. Sulle caratteristiche delle sentenze della Corte europea dei diritti umani, cfr. R.C.A. WHITE, *Judgments in the Strasbourg Court: some reflections*, disponibile on line <<http://ssrn.com/abstract=1435197>> (ultimo accesso 20.01.2014).

¹⁶ A questo riguardo, è particolarmente interessante Corte EDU, 3 novembre 2011, *S.H. v. Austria*, n. 57813/00, pronunciata dalla Grande Camera, che ha ritenuto conforme alla Convenzione il divieto della legislazione austriaca sulla fecondazione eterologa. L'opinione dissenziente dei giudici Tulkens, Hirvelä, Lazarova, Trajkovska e Tsotsoria contesta che la decisione abbia lasciato troppo spazio al margine di apprezzamento, riconoscendo l'importanza del dissenso di alcuni Stati; l'opinione concorrente del giudice De Gaetano contesta che, in ogni caso, il consenso europeo possa prevalere sul rispetto della dignità di ogni essere umano.

¹⁷ Tra le sentenze più recenti, cfr. sulle questioni legate all'aborto, Corte EDU, 10 aprile 2007, *Evans v. the United Kingdom*, n. 6339/05, par. 77-81; in materia di adozione, cfr. Corte EDU, 27 aprile 2010, *Moretti and Benedetti v. Italy*, n. 16318/07, par. 63.

una profonda e dettagliata ricerca comparativa; di sicuro consente però una convergenza progressiva tra i diritti protetti negli ordinamenti nazionali verso un comune standard europeo, quale fine ultimo del sistema convenzionale.

Occorre inoltre ricordare che, per la definizione delle nozioni convenzionali, un particolare rilievo possono assumere gli strumenti internazionali e la prassi degli Stati contraenti, in quanto espressioni di *common values*¹⁸. L'unico criterio realmente selettivo è che l'analisi ricostruttiva di un diritto fondamentale denoti «*a continuous evolution in the norms and principles applied in international law or in the domestic law of the majority of member States of the Council of Europe and show, in a precise area, that there is common ground in modern societies*»¹⁹.

Quanto al valore delle sentenze della Corte di Strasburgo, nonostante le pronunce abbiano efficacia giuridico-formale limitata al singolo caso (art. 46, par. 1), con effetti giuridici esclusivamente tra le parti, si ritiene producano il cosiddetto effetto della *res interpretata*²⁰. In sostanza, la Corte afferma, secondo il principio della sentenza *Goodwin*, di non essere formalmente vincolata a seguire i propri precedenti, ma di ritenere prioritario non discostarsene nell'interesse della certezza giuridica, della prevedibilità e della uguaglianza di fronte al diritto, almeno in assenza di valida giustificazione²¹.

L'obbligo di conformarsi alle sentenze definitive della Corte di Strasburgo è un 'obbligo di risultato', in forza del quale gli Stati sono liberi, in linea di principio, di scegliere i mezzi per ottemperare alla sentenza²². Questa autonomia resta di fatto confinata nell'ambito del controllo esercitato

¹⁸ Corte EDU, 12 novembre 2008, *Demir and Baykara v. Turkey*, n. 34503/97, par. 85.

¹⁹ *Ibid.*, par. 86.

²⁰ U. VILLANI, *Dalla Dichiarazione universale alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Cacucci, Bari 2012, p. 89 ss., a p. 111.

²¹ Corte EDU, sentenza 11 luglio 2002, *Goodwin v. United Kingdom*, n. 28957/95: «74. *While the Court is not formally bound to follow its previous judgments, it is in the interests of legal certainty, foreseeability and equality before the law that it should not depart, without good reason, from precedents laid down in previous cases [...]. However, since the Convention is first and foremost a system for the protection of human rights, the Court must have regard to the changing conditions within the respondent State and within Contracting States generally and respond, for example, to any evolving convergence as to the standards to be achieved [...]*». Cfr. anche, Corte EDU, 4 febbraio 2005, *Mamatkulov and Askarov v. Turkey*, n. 46827/99, e 46951/99, par. 121 e Corte EDU, 19 aprile 2007, *Vilho Eskelin and Others v. Finland*, n. 63235/00. In dottrina, A. MOWBRAY, *An Examination of the European Court of Human Rights' Approach to Overruling its Previous Case law*, in «Human Rights Law Review», 2009, p. 179 ss.; *Treaties and Subsequent Practice*, a cura di G. Nolte, Oxford 2013, p. 244 ss.

²² Cfr. P. PIRRONE, *L'obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte europea per i diritti umani*, Giuffrè, Milano 2004.

dal Comitato dei Ministri, che verifica e garantisce l'idoneità delle misure adottate a conseguire il risultato richiesto (art. 46).

4. *La Carta dei diritti fondamentali*

La creazione della dimensione dei diritti fondamentali rappresenta uno dei capitoli più importanti dell'integrazione europea. Non sarebbe stato possibile un così ampio trasferimento di competenze materiali dagli Stati membri all'Unione se la sommatoria fra le tutele non fosse risultata almeno pari o accresciuta.

Una delle tappe più innovative di questo processo dell'integrazione europea è certamente costituito dalla Carta²³ che non è un atto meramente ricognitivo del patrimonio di diritti esistente al momento della sua adozione (principi generali di diritto di origine giurisprudenziale e tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, nonché la giurisprudenza CEDU). Essa presenta il valore della codificazione e dello sviluppo progressivo, contribuendo al contempo ad identificare, grazie alla giurisprudenza attuativa, la specificità della tutela dei valori e dei diritti dell'Unione. Infatti, la giurisprudenza della Corte di giustizia sulla Carta consente di meglio specificare la portata dei diritti e di alimentare l'ordinamento giuridico dell'Unione anche in riferimento all'evoluzione della CEDU o delle tradizioni costituzionali comuni. Del resto, non si sostituisce ai diritti fondamentali che, in quanto principi generali, costituiscono una fonte autonoma (art. 6, par. 3, TUE).

²³ In dottrina, fra i tanti, cfr. A. VON BOGDANDY, *The European Union as a Human Rights Organization? Human Rights and the Core of the European Union*, in «Common Market Law Review», 2000, p. 1307 ss.; K. LENAERTS, *Fundamental Rights in the European Union*, in 'European Law Review', 2000, p. 575 ss.; J. LIISBERG, *Does the EU Charter of Fundamental Rights threaten the supremacy of the Supremacy of Community Law?*, in «Common Market Law Review», 2001, p. 1171 ss.; A. BARBERA, *La Carta europea dei diritti: una fonte di ricognizione?*, in «Il Diritto dell'Unione Europea», 2001, p. 241 ss.; A. VITORINO, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, in «Revue du droit de l'Union européenne», 2001, p. 27 ss.; G. DE BURCA, *The Drafting of the European Union Charter of Fundamental Rights*, in «European Law Review», 2001, p. 126 ss.; M. LUGATO, *La rilevanza giuridica della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in «Rivista di diritto internazionale», 2001, p. 1009 ss.; K. LENAERTS, E. DE SMIJTER, *A 'Bill of Rights' for the European Union*, in «Common Market Law Review», 2001, p. 273 ss.; *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, a cura di R. Bifulco, M. Cartabia, A. Celotto, Il Mulino, Bologna 2001; A. MANZELLA [et al.], *Riscrivere i diritti in Europa. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Il Mulino, Bologna 2001; C. DI TURI, *La prassi giudiziaria relativa all'applicazione della Carta di Nizza*, in «Il Diritto dell'Unione Europea», 2002, p. 671 ss.

La Carta e la questione del suo valore giuridico rappresentarono, al momento della sua adozione, uno dei temi di maggiore interesse per la dottrina²⁴, che si interrogò sull'impatto della stessa nell'ordinamento comunitario e degli Stati membri, al di là del suo carattere formale. Dall'inizio, la dottrina sottolineò come fosse indirizzata alle istituzioni dell'Unione, e non, almeno in linea di principio, agli Stati membri. Tuttavia, appariva evidente che la previsione ad esempio di un ampio capitolo, quale quello della solidarietà riguardante i diritti sociali, non poteva riferirsi all'azione esecutiva (assai limitata) delle istituzioni europee, bensì al quadro normativo adottato dalla Comunità/Unione, la cui attuazione/applicazione è in gran parte lasciata agli Stati membri. Il criterio di distinzione per individuare la normativa nazionale – rientrante nel campo di applicazione del diritto dell'Unione – veniva indicato in quello di una delega in cui gli Stati membri erano agenti della Comunità/Unione.

Subito dopo, il tema assunse uno speciale rilievo in collegamento con il progetto di Costituzione europea. Riflessioni sistematiche sullo scenario dell'incorporazione della Carta nel Trattato-costituzione si confrontarono con una realtà in cui perduravano l'assenza di un suo valore vincolante e la difficoltà ad assumere il ruolo di parametro di legalità in luogo di quello, assai più limitato, di criterio di interpretazione. Al contempo, i primi richiami da parte della Corte di giustizia iniziarono ad evidenziare meriti e potenzialità, tra cui soprattutto la disponibilità di un catalogo generale dei diritti, la relazione flessibile con il concetto di principio generale di diritto dell'Unione, la necessità di uno sviluppo progressivo che non si fermasse alla codificazione dei diritti riconosciuti.

Prima di Lisbona, la Corte di giustizia ha utilizzato la Carta per confermare la convergenza tra i livelli di protezione e rafforzare la portata della formula di cui all'art. 6, comma 2 (ora comma 3) TUE, registrando questa tendenza²⁵ oppure individuando lo specifico livello comunitario di

²⁴ *Ex pluribus*: U. VILLANI, *I diritti fondamentali tra Carta di Nizza, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e progetto di Costituzione europea*, in «Il Diritto dell'Unione Europea», 2004, p. 72 ss.; I. VIARENGO, *I diritti fondamentali tra Corte di giustizia, Corte europea dei diritti dell'uomo e Corti costituzionali*, in *Il Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa: quali limitazioni all'esercizio dei poteri sovrani degli Stati*, a cura di G. Adinolfi, A. Lang, Giuffrè, Milano 2006, p. 135 ss.; F. SEATZU, *La Carta dei diritti fondamentali: un nuovo parametro di legittimità degli atti comunitari?*, in «Studi sull'integrazione europea», 2007, p. 377 ss.

²⁵ Sentenze della Corte di giustizia del 3 maggio 2007, causa C-303/05, *Advocaten von den Wereld*, in «Raccolta», p. I-03633, punto 45; del 14 febbraio 2008, causa C-450/06, *Varec*, in «Raccolta», p. I-00581, punto 48.

protezione anche tramite il riferimento alla Carta²⁶.

Già prima dell'adozione della Carta, la giurisprudenza della Corte si era espressa a favore del giudizio di conformità con i diritti fondamentali, anche per gli atti degli Stati membri che davano attuazione ad una disciplina comunitaria, purché vi fosse un collegamento con il diritto dell'Unione. Non è possibile in questa sede ripercorrere tale giurisprudenza, ma può dirsi in generale che un fattore di collegamento della normativa nazionale con il 'campo di applicazione' del diritto dell'Unione è ritenuto sussistere ogni qualvolta si tratti di esecuzione di una disposizione di diritto dell'Unione, anche quando preveda un ampio margine di discrezionalità per il legislatore nazionale²⁷. Le situazioni evocate dalle 'Spiegazioni alla Carta' sono di due tipi. In primo luogo, quella in cui Stati membri attuano le norme comunitarie secondo il 'modello della sentenza *Wachauf*', in cui la Corte esaminò il modo di attuazione di un regolamento istitutivo di un fondo per l'agricoltura²⁸. In secondo luogo, quella in cui Stati membri adottano misure nazionali, grazie alle deroghe e alle giustificazioni degli ostacolano la libera circolazione nel mercato interno. Si tratta del 'modello della sentenza *ERT*' sulle misure nazionali nell'esercizio delle deroghe previste dal trattato alla libera prestazione di servizi, ritenute compatibili solo se rispettose dei diritti fondamentali che la Corte assicura.

²⁶ Ad esempio, sentenze della Corte di giustizia dell'11 dicembre 2007, causa C-438/05, *International Transport Workers Federation c. Viking*, in «Raccolta», p. I-10779, punti 43 e 44; del 18 dicembre 2007, causa C-341/05, *Laval*, in «Raccolta», p. I-11767, punti 90 e 91; del 14 febbraio 2008, causa C-244/06, *Dynamic Medien*, in «Raccolta», p. I-00505, in materia di tutela del minore.

²⁷ Cfr., sul punto, N. NAPOLETANO, *La nozione di 'campo di applicazione del diritto comunitario' nell'ambito delle competenze della Corte di giustizia in tema di tutela dei diritti fondamentali*, in «Il Diritto dell'Unione Europea», 2004, p. 679 ss.; ID., *L'evoluzione della tutela dei diritti fondamentali nell'Unione europea*, in *La tutela dei diritti umani in Europa tra sovranità statale e ordinamenti sovranazionali*, a cura di A. Caligiuri, G. Cataldi, N. Napoletano, CEDAM, Padova 2010, p. 3 ss.; K. LENAERTS, *Exploring the Limits of the EU Charter of Fundamental European*, in «Constitutional Law Review», 2012, p. 375 ss.; M. SAFJAN, *Areas of Application of the Charter of Fundamental Rights of the European Union: Fields of Conflict?*, in «EUI Working Papers», 22, 2012; J. KOKOTT, CH. SOBOTTA, *The Charter of Fundamental Rights of the European Union after Lisbon*, in «EUI Working Papers», 6, 2010.

²⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 13 luglio 1989, causa 5/88, in «Raccolta», 1989, p. 2609.

5. Segue: la giurisprudenza post-Lisbona

Nel percorso costituzionale post-Lisbona²⁹, la Carta ha iniziato a dimostrare una speciale flessibilità grazie alla sua natura di codificazione (‘riconoscimento’) del patrimonio dei diritti pre-esistenti riconosciuti da altre fonti³⁰ e di fonte di rango primario. La Carta diviene parametro diretto per la valutazione della legittimità degli atti di diritto derivato, ma solo quando gli Stati membri agiscono in applicazione del diritto dell’Unione.

L’originalità e complessità del funzionamento della Carta derivano dalle disposizioni generali, che ne disciplinano l’interpretazione e l’applicazione (titolo VII, articoli 51-54 alla fine dell’elenco dei diritti raggruppati intorno ai ‘valori’). L’avvenuta incorporazione della Carta rende evidente che i diritti ivi contenuti «per i quali i Trattati prevedono disposizioni, si esercitano alle condizioni e nei limiti dagli stessi definiti» (art. 52, par. 2)

²⁹ *Ex pluribus*: O. POLLICINO, V. SCIARABBA, *La Carta di Nizza oggi, tra ‘sdoganamento giurisprudenziale’ e Trattato di Lisbona*, in «Diritto pubblico comparato ed europeo», 2008, p. 101 ss.; G. CAGGIANO, *Le nuove politiche dei controlli alle frontiere, dell’asilo e dell’immigrazione nello Spazio unificato di libertà, sicurezza e giustizia*, in «Studi sull’integrazione europea», 2008, p.105 ss, a p. 121 ss. e ulteriore bibliografia ivi citata; L. DANIELE, *La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea e Trattato di Lisbona*, in «Il Diritto dell’Unione Europea», 2008, p. 655 ss.; ID., *La protezione dei diritti fondamentali nell’Unione europea dopo il Trattato di Lisbona: un quadro d’insieme*, in «Il Diritto dell’Unione Europea», 2009, p. 645 ss.; N. PARISI, *Funzione e ruolo della Carta dei diritti fondamentali nel sistema delle fonti alla luce del Trattato di Lisbona*, in «Il Diritto dell’Unione Europea», 2009, p. 653 ss.; A. BULTRINI, *I rapporti fra Carta dei diritti fondamentali e CEDU dopo Lisbona: potenzialità straordinarie per lo sviluppo della tutela dei diritti umani in Europa*, in «Il Diritto dell’Unione Europea», 2009, p. 700 ss.; J. ZILLER, *I diritti fondamentali tra tradizioni costituzionali e ‘costituzionalizzazione’ della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, in «Il Diritto dell’Unione Europea», 2011, p. 51 ss.; L. TRUCCO, *Carta dei diritti fondamentali e costituzionalizzazione dell’Unione Europea*, Giappichelli, Torino 2013; J.H.H. WEILER, S.C. FRIES, *Une politique des droits de l’homme pour la communauté et l’union européenne: la question des compétences*, in *L’Union Européenne et les Droits de l’Homme*, a cura di P. Alston, Bruylant, Bruxelles 2011, p. 157 ss.; *I diritti fondamentali nell’Unione europea. La Carta di Nizza dopo il Trattato di Lisbona*, a cura di P. Gianniti, Zanichelli, Bologna 2013; Per una ricostruzione completa dei principali sviluppi relativi alla Carta, cfr. da ultimo, A. DI STASI, *La tutela dei diritti fondamentali nell’Unione europea con particolare riferimento alla Carta*, in *Spazio europeo e diritti di giustizia. Il Capo VI della Carta dei diritti fondamentali nell’applicazione giurisprudenziale*, a cura di A. Di Stasi, CEDAM, Padova 2014, p. 55 ss.

³⁰ Come dichiarato nel suo preambolo, le ispirazioni della codificazione si trovano in particolare nelle tradizioni costituzionali, negli obblighi internazionali comuni agli Stati membri, nei trattati istitutivi, nella CEDU, nelle carte sociali adottate dalla Comunità e dal Consiglio d’Europa, nonché nei diritti riconosciuti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte europea dei diritti dell’uomo.

e che nessuna delle disposizioni in essa contenute può pregiudicare i diritti fondamentali riconosciuti dal diritto dell'Unione, nel proprio ambito di applicazione (art. 53).

Una valutazione del rilievo giurisprudenziale assunto dalla Carta nel post-Lisbona non è operazione semplice. I riferimenti da parte della Corte di giustizia e degli Avvocati generali rispondono a «tecniche differenziate che annoverano anche modalità di richiamo implicito, attraverso il riferimento ad altre decisioni che vi avevano fatto riferimento o anche in senso, per così dire, 'globale', quale criterio di legittimità del diritto europeo»³¹. In generale, l'acquisizione del valore vincolante della Carta affievolisce l'impatto della giurisprudenza CEDU, che è rimasta fonte esterna mentre la Carta è diventata una fonte interna.

Inizialmente nella giurisprudenza post-Lisbona è riscontrabile una sorta di *self-restraint* da parte della Corte di giustizia nell'invocare o nel fare utilizzo della Carta quale parametro di legittimità degli atti nazionali. In alcuni casi la Corte non sviluppa le indicazioni del giudice *a quo*, come ad esempio nella sentenza *Zambrano*³²; in altri, vi effettua un semplice rinvio formale, come nella sentenza *Dereci*³³; in altri ancora sviluppa una puntuale analisi, come nella sentenza *Iida*³⁴. Tali divergenze di analisi appaiono prevalentemente determinate dalle difficoltà di definire l'ambito di applicazione della Carta da parte degli Stati membri.

In un primo momento, la Corte di giustizia si riferisce alla Carta nell'ambito di una ricostruzione più ampia, in cui viene ripresa ampiamente la corrispondente giurisprudenza CEDU³⁵. Successivamente, la Corte esamina in parallelo le norme della Carta e quelle della Convenzione e, una volta verificata la corrispondenza fra le tutele, decide in espresso riferimento

³¹ DI STASI, *La tutela dei diritti fondamentali nell'Unione europea*, cit., p.116.

³² Sentenza della Corte di giustizia dell'8 marzo 2011, causa C-34/09, *Gerardo Ruiz Zambrano*, in «Raccolta», p. I-1177, pur essendo richiamati gli articoli 21, 24 e 34 della Carta dei diritti fondamentali nella domanda pregiudiziale.

³³ Sentenza della Corte di giustizia del 15 novembre 2011, causa C-256/11, *Dereci e al.*, par. 72.

³⁴ Alla luce degli artt. 7 e 24 della Carta, cfr. sentenza della Corte di giustizia dell'8 novembre 2012, causa C-40/11, *Yoshikazu Iida c. Stadt Ulm*, spec. punti 78-82.

³⁵ Sentenze della Corte di giustizia del 4 marzo 2010, causa C-578/08, *Chakroun*, in «Raccolta», p. I-01839, punto 63; del 18 marzo 2010, cause riunite da C-317 a C-320/08, *Allassini*, in «Raccolta», p. I-02213, punto 61; dell'8 settembre 2010, causa C-409/06, *Winner Wetten*, in «Raccolta», p. I-08015, punto 58; del 23 novembre 2010, causa C-145/09, *Tsakouridis*, punto 52; del 22 dicembre 2010, causa C-208/09, *Sayn Wittgenstein*, in «Raccolta», p. I-13693, punto 52.

alle disposizioni della Carta³⁶. In seguito, i percorsi argomentativi della Corte manifestano una tendenza al richiamo esclusivo alla Carta piuttosto che all'articolato riferimento alle diverse fonti ex art. 6 TUE.

Nell'impossibilità di classificare in questa sede le varianti dell'approccio alla Carta seguito dalla Corte, vale la pena di ricordare due importanti sentenze. In materia di rispetto della vita privata, sotto il profilo del trattamento dei dati personali, la sentenza *Volker und Markus Schecke*³⁷ opera una vera e propria correzione dell'ordinanza di rinvio dal parametro della CEDU a quello della Carta³⁸. Tuttavia, in riferimento alla clausola 'orizzontale' (art. 52, par. 3 della Carta), la Corte conduce l'argomentazione sul binario dell'interpretazione 'parallela' delle corrispondenti disposizioni (articoli 8 CEDU e 7 Carta), valorizzando ampiamente la giurisprudenza della Corte di Strasburgo³⁹.

Nella sentenza *McB*, relativa al diritto di affidamento dei figli al padre naturale⁴⁰, la Corte di giustizia interpreta il Reg. 2201/2003⁴¹ alla luce degli articoli 7 e 24 della Carta dei diritti ma sulla base della giurisprudenza CEDU, grazie alla medesima clausola orizzontale⁴².

6. L'applicazione agli Stati membri

L'aspetto più discusso è quello dell'ambito di applicazione della Carta

³⁶ Sentenze della Corte di giustizia del 6 settembre 2012, C-619/10, punti 52-54; del 6 novembre 2012, C-199/11, *Europese Gemeenschap c. Otis NV e altri*, punti 45-46; del 5 giugno 2012, C-489/10, *Bonda c. Polonia*, punti 36-37.

³⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 9 novembre 2010, cause riunite C-92/09 e 93/09, *Volker und Markus Schecke*, in «Raccolta», p. I-11063, punto 39.

³⁸ Il giudice del rinvio fondava la lesione del diritto sulla violazione dell'art. 8 CEDU, ma la Corte richiama l'art. 6, par. 1 del TUE, affermando che la validità delle norme impugnate «deve essere valutata alla luce delle disposizioni della Carta» (punto 46).

³⁹ Cfr. punti 51 e 52 per i profili generali e punto 87 per la giustificazione della restrizione al diritto alla protezione dei dati.

⁴⁰ Sentenza della Corte di giustizia del 5 ottobre 2010, causa C-400/10 PPU, *McB*, in «Raccolta», p. I-08965, con commento di N. LAZZERINI, *Il controllo della compatibilità del diritto nazionale con la Carta dei diritti fondamentali secondo la sentenza McB*, in «Rivista di diritto internazionale», 2011, p. 136 ss.

⁴¹ Reg. (CE) n. 2201/2003 del Consiglio, del 27 novembre 2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, che abroga il Reg. (CE) n. 1347/2000, *GUUE* L 338 del 23 dicembre 2003, p. 1 ss.

⁴² Sentenza *McB*, cit., punto 53.

– o l’esegesi dell’art. 51, par. 1 – che distingue fra le istituzioni dell’Unione europea e gli Stati membri, limitatamente all’applicazione del diritto dell’Unione. La *ratio* della disposizione deriva dall’obbligo generale di rispettare i diritti fondamentali che condividono istituzioni europee ed organi nazionali. Questi ultimi non v’è dubbio concorrano sostanzialmente e formalmente a dare attuazione agli atti comunitari/dell’Unione. Pertanto, si tratta di un aspetto della questione della limitazione della competenza della Corte di giustizia sugli atti adottati dagli Stati membri in materia di attuazione del diritto dell’Unione e della tradizionale questione dell’inapplicabilità del diritto dell’Unione alle situazioni puramente interne. Del resto, occorre ricordare che la stessa Carta sancisce l’obbligo del rispetto dei principi di attribuzione e sussidiarietà che incidono rispettivamente sulla delimitazione e sull’esercizio delle competenze conferite dai Trattati.

Al momento dell’adozione del Trattato di Lisbona, era diffusa la preoccupazione negli ambienti politici e accademici circa i possibili effetti dell’applicazione della Carta agli atti degli Stati membri, in ‘collegamento con il diritto dell’Unione’, che avrebbe potuto determinare un rischio di modifica surrettizia del riparto delle competenze tra Stati membri e Unione. A conferma, gli articoli 6, par. 1 TUE e 51, par. 2 della Carta, nonché la Dichiarazione allegata n. 1 (par. 2) stabiliscono che quest’ultima non può determinare in alcun modo un ampliamento, una modifica o l’introduzione di nuove competenze per l’Unione rispetto a quelle definite dai Trattati, né può estendere l’ambito di applicazione del diritto dell’Unione. Solo alla luce di una estrema cautela è possibile spiegare perché fosse necessario enunciare *a contrario* il principio secondo cui le disposizioni della Carta non estendono ‘in alcun modo’ le competenze dell’Unione definite nei trattati.

La Corte di giustizia, in collaborazione con i giudici nazionali, svolge un controllo per accertare che la misura interna in discussione sia collegata o ‘collegabile’ al diritto dell’Unione. La giurisprudenza della Corte ha fatto riferimento alla necessità di un collegamento con il diritto dell’Unione nello sviluppo stesso del concetto di principi generali del diritto dell’Unione.

In generale, la Corte ha chiarito che la nozione di ‘attuazione’ copre non solo i casi di diretta trasposizione del diritto dell’Unione, come nell’ipotesi di una direttiva, ma tutte le misure statali che entrano nel campo di applicazione del diritto comunitario. Il parametro di congruità delle misure statali da valutare va oltre quello ovvio dello Stato membro che deve attuare le obbligazioni dell’Unione (parametro soggettivo), comprende quello più ampio di operatività del diritto UE (parametro oggettivo). Tuttavia, la Corte ha sempre voluto conservare un’ampia discrezionalità nella definizione del concetto di campo/ambito di applicazione del diritto

dell'Unione, nonché del criterio di collegamento con le situazioni considerate dalle disposizioni del Trattato.

È certo però che la sua giurisprudenza ha chiarito da tempo come 'nell'attuazione del diritto UE' rientrano quelle misure nazionali che diano esecuzione alle discipline dell'Unione⁴³ o siano adottate in deroga ad una libertà economica fondamentale garantita dal diritto UE⁴⁴. Si può però dire con sicurezza che vi rientrano anche gli atti nazionali che restringono, pur in maniera legittima, la portata di un diritto riconosciuto dall'ordinamento giuridico dell'Unione e la circolazione dei fattori produttivi del mercato, in funzione delle 'esigenze imperative' invocate dallo Stato membro⁴⁵. L'estensione del controllo alle limitazioni (legittime) dei diritti da parte dello Stato membro mira ad evitare che l'esercizio della deroga sottragga indebitamente alcuni atti nazionali al rispetto dei diritti fondamentali garantiti dall'Unione.

In prospettiva, la separabilità della legislazione nazionale da quella dell'Unione è destinata a ridursi, a causa dell'evoluzione della giurisprudenza sul principio di non discriminazione e sulla cittadinanza europea. Inoltre, la dottrina dell'incorporazione (per cui l'Unione ha il dominio su normative nazionali che interessano i presupposti per il godimento dei diritti dell'Unione) potrebbe espandere la portata delle competenze dell'Unione europea e, di conseguenza, quella dello scrutinio della Corte sul rispetto dei diritti umani. In questo senso l'Avv. gen. Sharpston, pur riconoscendo la necessità di una nuova esplicita volontà politica al riguardo, ha propugnato lo sviluppo costituzionale dell'Unione europea, suggerendo che il requisito 'dell'attuazione' dovrebbe essere abbandonato in favore di un più chiaro criterio simil-federale: quando l'Unione europea ha una competenza, condivisa o esclusiva, si dovrebbe applicare la Carta, indipendentemente dal fatto che l'UE abbia effettivamente esercitato la sua competenza su una particolare materia⁴⁶.

⁴³ Cit. *supra*, nota 28.

⁴⁴ Sentenza della Corte di giustizia del 18 giugno 1991, causa C-260/89, *ERT*, in «Raccolta», p. I-2925.

⁴⁵ Sul bilanciamento tra libertà di mercato e diritti fondamentali, cfr. G. CAGGIANO, *Il bilanciamento tra libertà di circolazione dei fattori produttivi ed esigenze imperative degli Stati membri nel mercato interno*, in «Studi sull'integrazione europea», 2012, p. 295 ss., specie p. 308 s.

⁴⁶ «Rendere l'applicazione dei diritti fondamentali dell'Unione dipendente soltanto dall'esistenza di una competenza esclusiva o condivisa dell'Unione comporterebbe l'introduzione di un elemento apertamente federale nella struttura del sistema giuridico e politico dell'Unione [...]»: conclusioni dell'Avv. gen. Eleanor Sharpston presentate il 30 settembre 2010, causa C-34/09, *Ruiz Zambrano*, in «Raccolta», p. I-01177, punti 172 e 173. Di grande interesse l'intera ricostruzione della questione ai punti 156-177.

La ripartizione delle competenze verticali fra Unione e Stati membri ha sempre privilegiato, ad eccezione parziale del diritto della concorrenza, i poteri normativi delle istituzioni europee e quelli attuativi e applicativi degli Stati membri. Lo strumento della direttiva indica, meglio di qualsiasi altra spiegazione, l'interconnessione e l'integrazione dei ruoli delle istituzioni europee e degli Stati membri per certi versi più di quanto avvenga in molti sistemi federali.

Numerosi i casi in cui la Corte ha dichiarato che le misure degli Stati membri non erano in attuazione del diritto dell'Unione e, quindi, non si applicava la Carta.

Nella sentenza *Iida*⁴⁷, ha ritenuto di non poter esaminare la conformità con i diritti fondamentali del diniego di concessione della carta di soggiorno al familiare di un cittadino dell'Unione da parte delle autorità nazionali, in quanto la situazione non rappresentava attuazione del diritto dell'Unione ai sensi dell'art. 51 della Carta.

Nella sentenza *Pringle*⁴⁸, la Corte ha dichiarato che quando gli Stati membri hanno istituito uno stabile meccanismo di risoluzione delle crisi per i Paesi della zona euro hanno agito fuori dal campo di applicazione del diritto dell'Unione. I trattati non avrebbero conferito alcuna competenza specifica all'Unione europea per stabilire tale meccanismo. Nella sentenza *Fierro e Marmorale*⁴⁹, la Corte ha dichiarato il caso irricevibile in quanto non vi era alcun legame tra le legislazioni nazionali in materia di urbanistica e il diritto dell'Unione. Nella sentenza *Cholakova*⁵⁰, la Corte ha dichiarato che l'arresto da parte della polizia bulgara di una deputata che si era rifiutata di presentare la sua carta d'identità durante un controllo era di natura puramente nazionale, dal momento che l'onorevole non aveva mostrato l'intenzione di lasciare il territorio bulgaro.

In generale può dirsi che la CEDU integra le tutele nelle situazioni interne in cui la Carta non è applicabile⁵¹. In altri termini, la Convenzione

⁴⁷ Sentenza della Corte di giustizia dell'8 novembre 2012, causa C-40/11, *Yoshikazu Iida c. Stadt Ulm*, in particolare punti 78-82.

⁴⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 27 novembre 2012, causa C-370/12, *Thomas Pringle*.

⁴⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 30 maggio 2013, causa C-106/13, *Fierro e Fabiana Marmorale c. Ronchi e Scocozza*.

⁵⁰ Sentenza della Corte di giustizia del 6 giugno 2013, causa C-14/13, *Gena Ivanova Cholakova*.

⁵¹ Ordinanza della Corte di giustizia del 7 novembre 2013, causa C-224/13, *Sergio Alfonso Lorra*, in cui la Corte ribadisce l'inapplicabilità della Carta in una questione (sulle condizioni di salute di un imputato e alla sua partecipazione cosciente al processo) che non contiene «alcun elemento concreto che consenta di ritenere che l'oggetto del procedimento principale riguardi l'interpretazione o l'applicazione di una norma dell'Unione diversa da quelle figuranti nella Carta». A nulla vale richiamare il principio generale del diritto dell'Unione

è destinata ad operare per qualunque controversia sia in discussione, fuorchè quelle relative al diritto dell'Unione per le quali, peraltro, è l'art. 52 della stessa Carta a disciplinare i rapporti fra i due sistemi.

In senso favorevole, tra i casi in cui la Corte ha ritenuto applicabile nel post-Lisbona la Carta ai sensi dell'art. 51, è possibile qui citarne solo uno per ciascuna categoria.

In primo luogo, l'attuazione del diritto dell'Unione copre l'attività legislativa di uno Stato membro e la prassi giudiziaria e amministrativa quando si tratta di adempimento degli obblighi previsti dal diritto comunitario. Nella sentenza *ZZ*, la Corte ha dichiarato che una decisione negativa sulla base della Direttiva 2004/38/CE sulla libera circolazione avrebbe dovuto essere comunicata alla persona interessata⁵², mentre nella fattispecie i motivi della decisione non erano stati resi noti per ragioni di sicurezza nazionale⁵³. Una persona ha il diritto di essere informata della decisione dello Stato membro al fine di un equo processo, altrimenti si renderebbe così inefficace il diritto al risarcimento art. 47).

In secondo luogo, la Corte di giustizia ha stabilito che la Carta si applica quando uno Stato membro eserciti un potere discrezionale, in virtù del diritto comunitario. Nella sentenza *Kaveh Puid*⁵⁴, la Corte ha confermato la sua precedente giurisprudenza⁵⁵, statuendo che uno Stato membro non deve trasferire un richiedente asilo verso lo Stato membro inizialmente identificato come responsabile, se ci sono valide ragioni per ritenere che il richiedente si troverebbe ad affrontare un rischio reale di essere sottoposto a trattamenti inumani o degradanti in violazione dell'art. 4 della Carta.

Infine, le misure nazionali legate alla erogazione dei fondi UE nell'ambito della gestione condivisa possono costituire attuazione della legislazione UE. La Corte nella sentenza *Soukupová*⁵⁶ ha ritenuto che gli Stati membri sono tenuti, in applicazione del Reg. del FEOGA⁵⁷, a

che si ritrova tanto nell'art. 6, par. 1, della CEDU che all'art. 47 della Carta se la fattispecie del rinvio non è disciplinata dall'Unione.

⁵² Secondo la Dir. 2004/38/CE, *GUUE* L 158 del 30 aprile 2004, p. 77 ss., gli Stati membri possono limitare la libertà di circolazione dei cittadini dell'Unione europea per motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza o sanità pubblica.

⁵³ Sentenza della Corte di giustizia del 4 giugno 2013, causa C-300/11, *ZZ c. Secretary of State for the Home Department*.

⁵⁴ Sentenza della Corte di giustizia del 14 novembre 2013, causa C-4/11, *Kaveh Puid*.

⁵⁵ Sentenza della Corte di giustizia del 21 dicembre 2011, cause riunite C-411/10 e C-493/10, *NS*, in «Raccolta», p. I-13905.

⁵⁶ Sentenza della Corte di giustizia dell'11 aprile 2013, causa C-401/11, *Blanka Soukupová*, punti 26-28.

⁵⁷ Reg. (CE) n. 1257/1999 del Consiglio, del 17 maggio 1999, sul sostegno allo sviluppo

rispettare i principi di parità di trattamento e non discriminazione, sanciti dagli articoli 20, 21, par.1 e 23 della Carta. Quando forniscono sostegno al prepensionamento degli agricoltori anziani, gli Stati membri sono tenuti comunque a garantire, nella definizione del concetto nazionale di ‘normale età di pensionamento’, pur in assenza di armonizzazione, la parità di trattamento tra donne e uomini, e a vietare qualsiasi discriminazione per motivi di genere.

Circa la definizione delle misure di previdenza sociale, di assistenza sociale e di protezione sociale (con riferimento ai soggiornanti di lungo periodo disciplinati dalla direttiva 2003/109/CE), la Corte nella sentenza *Kamberaj*, riconosce che rientra nella competenza degli Stati membri, ma chiarisce altresì che questi ultimi soggiacciono al rispetto del par. 3 dell’art. 34 della Carta, che richiama «le modalità stabilite dal diritto dell’Unione e le legislazioni e prassi nazionali»⁵⁸.

Nella sentenza *Fransson*⁵⁹ che rappresenta un *leading case*, la Corte ha operato una sorta di ‘rivendicazione’ dei suoi poteri interpretativi sulla Carta. La Corte è stata sollecitata a chiarire se le fattispecie di diritto interno che rispondono agli obiettivi fissati dal diritto dell’Unione costituiscono situazioni in cui viene data ‘attuazione’ al diritto dell’Unione. La questione andava esaminata in relazione al principio *ne bis in idem* (ex art. 50 della Carta). Secondo la Corte, dal momento che sussiste un nesso diretto tra la riscossione dell’IVA e la messa a disposizione del bilancio dell’Unione delle corrispondenti risorse, qualsiasi lacuna nella riscossione a livello nazionale determina un potenziale impatto sul bilancio dell’Unione⁶⁰.

Infine, la questione relativa all’art. 53 della Carta⁶¹ è stata affrontata dalla Corte nella sentenza *Melloni*⁶². Nel caso di specie occorre stabilire

rurale da parte del Fondo europeo agricolo di orientamento e di garanzia (FEAOG) e che modifica ed abroga taluni regolamenti, in *GUCE* L 160 del 26 giugno 1999, p. 80 ss.

⁵⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 24 aprile 2012, causa C571/10, *Servet Kamberaj*, cit., punto 80.

⁵⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 26 febbraio 2013, causa C-617/10, *Aklagaren v. Fransson*, cit., punto 48.

⁶⁰ Secondo la Corte l’applicazione del diritto nazionale in tale contesto mira «a sanzionare una violazione delle disposizioni della direttiva [...] e pertanto ad attuare l’obbligo, imposto dal Trattato agli Stati membri, di sanzionare in modo effettivo i comportamenti lesivi degli interessi finanziari dell’Unione» (punto 26).

⁶¹ Per un caso singolare questa disposizione richiama – nella numerazione – l’art. 53 CEDU, che sancisce il carattere sussidiario del livello di protezione assicurato rispetto al livello, eventualmente più elevato, garantito dal diritto nazionale o comunque da altro diritto applicabile negli Stati contraenti.

⁶² Sentenza della Corte di giustizia del 26 febbraio 2013, causa C-399/11, *Melloni*. Per un commento, cfr. C. AMALFITANO, *Mandato d’arresto europeo: reciproco riconoscimento vs diritti fondamentali? Note a margine delle sentenze Radu e Melloni della Corte di Giustizia*,

se tale disposizione consentisse allo Stato membro di esecuzione di subordinare la consegna di una persona condannata *in absentia* alla condizione che la sentenza di condanna potesse essere oggetto di revisione nello Stato membro emittente, al fine di evitare una lesione del diritto ad un processo equo e ai diritti della difesa garantiti dalla sua Costituzione. In maniera generale ha escluso che l'art. 53 consentisse ad uno Stato membro di applicare lo *standard* di protezione dei diritti fondamentali garantito dalla sua Costituzione quando quest'ultimo fosse più elevato di quello derivante dalla Carta e di opporlo, se del caso, all'applicazione di disposizioni di diritto dell'Unione. Tale interpretazione sarebbe lesiva del principio del primato del diritto dell'Unione, in quanto permetterebbe a uno Stato membro di ostacolare l'applicazione di atti di diritto dell'Unione pienamente conformi alla Carta, sulla base del rilievo che essi non rispetterebbero i diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione di tale Stato. È vero che l'art. 53 della Carta consente alle autorità e ai giudici nazionali di applicare gli *standard* nazionali di tutela dei diritti fondamentali quando un atto di diritto dell'Unione richiede misure nazionali di attuazione. Ma ciò «a patto che tale applicazione non comprometta il livello di tutela previsto dalla Carta, come interpretata dalla Corte, né il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione»⁶³.

7. La CEDU e i rinvii alla Carta

In ambito CEDU, il ruolo prioritario in questa evoluzione va riconosciuto alle due istituzioni di garanzia della Convenzione, Corte europea e Comitato dei Ministri⁶⁴. Dopo l'entrata in vigore del Protocollo n. 14 alla Convenzione, il peculiare sistema di garanzia 'a carattere bicefalo' dispone ora di nuove regole istituzionali e processuali. Il Comitato dei Ministri svolge una funzione di supervisione dell'esecuzione delle sentenze della Corte da parte degli Stati riconosciuti responsabili di una violazione⁶⁵.

in www.penalecontemporaneo.it <http://www.penalecontemporaneo.it/materia/4-/67-/-/2402-mandato_d_arresto_europeo___reciproco_riconoscimento_vs_diritti_fondamentali/> (ultimo accesso 18.04.14).

⁶³ Punto 60.

⁶⁴ Sul funzionamento del sistema convenzionale, cfr. *ex pluribus*, C. ZANGHI, *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, Giappichelli, Torino 2006²; D. HARRIS [*et al.*], *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford 2009².

⁶⁵ Cfr. art.46 CEDU.

Particolarmente rilevante appare il suo ruolo quando si renda necessario adottare misure di carattere generale, anche legislativo, per eliminare le condizioni accertate di violazione della Convenzione. L'attività di sorveglianza continua sino al momento in cui il Comitato ritiene sia possibile cancellare la questione dal suo ordine del giorno perché lo Stato ha adempiuto alle obbligazioni derivanti dalla sentenza della Corte⁶⁶.

In forza del Protocollo n. 14, risultano modificati i poteri, l'organizzazione e il procedimento di entrambe le istituzioni della Convenzione⁶⁷. Le modifiche di maggiore rilievo riguardano la possibilità per il Comitato dei Ministri di richiedere alla Corte di pronunciarsi sull'interpretazione di una sua precedente sentenza (quando non appaia del tutto chiara), ovvero sul rifiuto dello Stato di conformarsi alla sentenza stessa, con il risultato di una possibile 'seconda condanna'. Dal punto di vista dell'accesso alla giurisdizione della Corte, sono state apportate importanti modifiche ai meccanismi procedurali, per consentire un trattamento selettivo dei ricorsi e riservare un esame più approfondito ai casi meritevoli⁶⁸. A tal fine, sono stati introdotti criteri per la ricevibilità, anche tramite il riconoscimento di competenza ad un giudice monocratico, che accerta l'esistenza della duplice condizione di uno svantaggio significativo subito dal ricorrente e dell'adeguatezza del previo esame dei giudici nazionali.

Per quanto riguarda la CEDU, occorre ricordare che la legittimazione ad agire per il rispetto dei propri diritti, da parte degli individui davanti ad un'istanza internazionale, dipende dalle regole e dai meccanismi previsti dai trattati internazionali in materia. Nella Convenzione, il ricorrente deve aver subito direttamente le conseguenze dei comportamenti in discussione (art. 34)⁶⁹, mentre resta esclusa la possibilità di azioni collettive basate sulla tutela di interessi generali (*actio popularis*)⁷⁰. I comportamenti devono essere imputabili allo Stato contraente, almeno nella forma di complicità o di mancanza della dovuta diligenza. Tuttavia, la categoria pretoria degli obblighi positivi consente di espandere la tutela a situazioni

⁶⁶ Cfr. da ultimo, *Supervision of the Execution of Judgments of the European Court of Human Rights*, 2009, 3rd annual report.

⁶⁷ Sul nuovo sistema, cfr. U. VILLANI, *Il Protocollo n. 14 alla Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo*, in «La Comunità internazionale», 2004, p. 487 ss.; F. SALERNO, *Le modifiche strutturali apportate dal Protocollo n. 14 alla procedura della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in «Rivista di diritto internazionale privato e processuale», 2006, p. 377 ss.

⁶⁸ Cfr. articoli 26-32 e 35.

⁶⁹ Corte EDU, 29 aprile 2008, *Burden v. the United Kingdom*, n. 13378/05, parr. 33-34; Corte EDU, 22 dicembre 2009, *Sejdi and Finci v. Bosnia and Herzegovina*, nn. 27996/06 e 34836/06, par. 28.

⁷⁰ Corte EDU, 29 giugno 2010, *Caron and Others v. France*, n. 48629/08.

in cui il godimento dei diritti è ostacolato da atti dei privati (cd. effetto nei confronti dei terzi)⁷¹.

La sussidiarietà tra tutela nazionale e garanzia sovranazionale⁷² non deriva soltanto dalla regola del 'previo esaurimento delle vie di ricorso interno'⁷³, ma anche dal controllo della Corte sull'esistenza di idonei rimedi giurisdizionali negli ordinamenti nazionali.

Nell'ottica della Corte di Strasburgo, l'ipotesi teorica di conflitto tra i due sistemi sovranazionali è quella in cui uno Stato, membro dell'Unione e, al contempo, parte della CEDU, si trovi nella posizione di convenuto dinanzi alla Corte di Strasburgo, per una violazione della Convenzione posta in essere da norme o prassi interne derivate da obblighi di adempimento comunitario/dell'Unione.

Com'è noto, la Corte di Strasburgo sostiene, a partire dalla sentenza *Bosphorus*⁷⁴, l'applicabilità del principio della tutela equivalente. Tale giudizio di compatibilità può essere sempre rivisto, in considerazione di ogni eventuale mutamento delle circostanze, così come delle concrete caratteristiche del caso⁷⁵. È quanto è accaduto nella sentenza *Michaud v. France*⁷⁶, in cui la Corte è tornata ad esprimersi sulla questione in relazione ad una presunta violazione dell'art. 8 CEDU, che sarebbe stata realizzata in attuazione di una direttiva dell'Unione sul segreto professionale e obbligo

⁷¹ Sulla nozione, cfr. B. CONFORTI, *Reflections on State Responsibility for the Breach of Positive Obligations: the Case-law of the European Court of Human Rights*, in «Italian Yearbook of International Law», 2003, p. 3 ss.; M. HAKIMI, *State Bystander Responsibility*, in «European Journal of International Law», 2010», p. 341 ss.

⁷² Da ultimo, J. CHRISTOFFERSEN, *Fair balance: Proportionality, subsidiarity and primarity in the European Convention on Human Rights*, Brill, Leiden 2009.

⁷³ R. PISILLO MAZZESCHI, *Art. 35. Condizioni di ricevibilità*, in *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di S. Bartole, B. Conforti, G. Raimondi, CEDAM, Padova 2001, p. 579 ss.; R. PISILLO MAZZESCHI, *Esaurimento dei ricorsi interni e diritti umani*, Giappichelli, Torino 2004, p. 151 ss.; ID., *Il coordinamento tra la nuova condizione di ricevibilità prevista dal Protocollo n. 14 alla Convenzione europea e la regola del previo esaurimento dei ricorsi interni*, in «Rivista di diritto internazionale», 2005, p. 601 ss.; M.L. PADELLETTI, *Una nuova condizione di ricevibilità del ricorso individuale: il danno significativo subito dalla vittima*, in «Rivista di diritto internazionale», 2006, p. 47 ss.; C. PITEA, *Art. 35. Condizioni di ricevibilità*, in *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di P. De Sena, V. Zagrebelski, CEDAM, Padova 2012, p. 655 ss.

⁷⁴ Corte EDU, 30 Giugno 2005, *Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim irketi v. Ireland*, n. 45036/98. Su questa decisione cfr. E. CANNIZZARO, *Sulla responsabilità internazionale per condotte di Stati membri dell'Unione europea: in margine al caso Bosphorus*, in «Rivista di diritto internazionale», 2005, p. 762 ss.

⁷⁵ Sentenza *Bosphorus*, cit., punti 149 ss.

⁷⁶ Corte EDU, 6 dicembre 2012, *Michaud v. France*, n. 12323/11.

di segnalazione di operazioni sospette gravante sugli avvocati nell'ambito della lotta al riciclaggio. La Corte ricorda che gli Stati restano responsabili rispetto alla Convenzione delle misure adottate in esecuzione degli obblighi derivanti dall'appartenenza ad un'organizzazione internazionale, come l'Unione europea, a cui hanno trasferito una parte della loro sovranità. Qualora l'organizzazione offra una tutela equivalente, è possibile presumere che gli Stati rispettino le esigenze della Convenzione ed evitare di dover giustificare atti di adempimento di obblighi verso l'Unione; ciò non implica il venir meno della vigilanza sulla compatibilità convenzionale degli atti dell'UE (art. 19). Nel caso di specie la 'presunzione di protezione equivalente' non è stata considerata applicabile, in quanto il giudice nazionale competente non aveva effettuato il necessario rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, che non si era ancora espressa in altre occasioni sulla medesima questione. Di qui la necessità di pronunciarsi sull'ingerenza nel diritto alla *privacy* che però in concreto non veniva riconosciuta sussistente nel caso di specie⁷⁷.

Le decisioni della Corte di Strasburgo che fanno riferimento alla Carta riguardano diritti nei confronti dei quali esiste un certo livello di contrasto nella definizione del contenuto e per i quali la Carta offre formulazioni più precise che indicano il grado di consenso raggiunto in materia. Al riguardo esiste ormai una giurisprudenza della Corte di Strasburgo consistente e significativa di un preciso metodo di interpretazione: nella sentenza *Neulinger and Shuru v. Switzerland* essa si riferisce alla Carta (art. 24, co. 2)⁷⁸ per argomentare sul supremo interesse del minore; nella sentenza *G.N. v. Italy*, interpreta l'art. 14 CEDU alla luce dell'art. 21 della Carta in relazione al divieto di discriminazione sulla base di caratteristiche genetiche o *handicap*⁷⁹; nella sentenza *Scoppola v. Italy*⁸⁰, richiama l'art. 49 della Carta per meglio precisare il contenuto dell'art. 7 CEDU in tema di retroattività della norma penale di favore; nelle sentenze *Christine Goodwin v.*

⁷⁷ Per un'applicazione del giudizio di equivalenza cfr. Corte EDU, 20 gennaio 2009, *Coöperatieve Producentenorganisatie Van de Nederlandse Kokkelvisserij U.A. v. The Netherlands*, n. 13645/05. Cfr. anche il commento di D. RUSSO, *Una decisione della Corte di Strasburgo verso l'affermazione di un controllo sull'operato della Corte di giustizia*, in «Rivista di diritto Internazionale», 2009, p. 1119 ss.

⁷⁸ Corte EDU, 6 luglio 2010, *Neulinger and Shuruk v. Switzerland*, n. 41615/07.

⁷⁹ Corte EDU, 15 marzo 2011, *G.N. v. Italy*, n. 43134/05, par. 126, nella quale l'art. 14 della CEDU è interpretato alla luce dell'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE con riferimento al divieto di discriminazione sulla base di caratteristiche genetiche o *handicap*. Con riferimento alla discriminazione in ragione dell'orientamento sessuale, cfr. invece, per un ragionamento analogo, l'opinione dissenziente dei giudici Bratza, Fuhrmann e Tulkens nella decisione Corte EDU, 26 febbraio 2002, *Frette v. France*, n. 36515/97.

⁸⁰ Corte EDU, 17 settembre 2009, *Scoppola v. Italy*, n. 10249/03, par. 37.

*United Kingdom*⁸¹, *I. v. United Kingdom*⁸² e *Schalk et Kopf v. Austria*⁸³ procede ad una estensione del diritto alla vita familiare per omosessuali e transessuali, tramite il richiamo all'art. 9 della Carta; nella sentenza *Sørensen and Rasmussen v. Denmark*⁸⁴, in tema di libertà negativa di associazione sindacale nell'ambito dell'art. 11 CEDU, richiama l'art. 12 della Carta; nella sentenza *Demir v. Turkey*⁸⁵, procede all'inserimento del diritto alla contrattazione collettiva nella tutela dell'art. 11 CEDU grazie al riferimento all'art. 28 della Carta.

L'esame della giurisprudenza della Corte sul contenuto e sulla portata degli obblighi convenzionali richiede particolare cautela, perché occorre tenere a mente che le argomentazioni utilizzate sono collegate alle concrete vicende del ricorso e agli specifici atti nazionali in discussione. Se è vero che la Corte svolge la sua funzione di 'giudice del caso concreto', occorre però sottolineare la sua evidente tendenza ad un'attività interpretativa a più ampio spettro, che la porta a sollevare d'ufficio questioni non proposte dal ricorrente. Anche in assenza di una competenza di interpretazione pregiudiziale, il valore delle sentenze della Corte EDU non può essere limitato al mero accertamento dell'esistenza di violazioni nei singoli casi in esame. Le argomentazioni giuridiche, specie nelle sentenze pronunciate dalla Grande Camera, contribuiscono a chiarire i principi contenuti nella Convenzione, per facilitarne l'osservanza da parte di tutti gli Stati membri. Il carattere vincolante dei 'precedenti' (*stare decisis*) è di grande rilievo nella giurisprudenza della Corte. Tuttavia, quest'ultima presenta un carattere pragmatico, che poggia sul raffronto della fattispecie del ricorso con i precedenti, da cui coglie analogie e divergenze, nella prospettiva costante dell'adattamento alle realtà sociali nazionali ed alla rilevazione di convergenti tendenze europee⁸⁶.

⁸¹ Corte EDU, 11 luglio 2002, n. 28957/95, spec. punti 97 ss.

⁸² Corte EDU, 11 luglio 2002, n. 25680/94.

⁸³ Corte EDU, 24 giugno 2010, *Schalk e Kopf v. Austria*, n. 30141/04. Cfr. par. 61: «*Regard being had to Article 9 of the Charter, therefore, the Court would no longer consider that the right to marry enshrined in Article 12 must in all circumstances be limited to marriage between two persons of the opposite sex. Consequently, it cannot be said that Article 12 is inapplicable to the applicants' complaint. However, as matters stand, the question whether or not to allow same-sex marriage is left to regulation by the national law of the Contracting State*». Per un commento cfr. G. REPETTO, *Non perdere il proprio mondo: argomenti dei giudici e matrimonio 'same-sex' tra Corte di Strasburgo e Corte costituzionale*, in «Rivista critica del diritto privato», 2010, p. 525 ss.

⁸⁴ In particolare, in tale sentenza, il riferimento all'art. 12 della Carta rappresenta il punto di arrivo di un percorso evolutivo accuratamente descritto dalla Corte (punti 33-38 e 66-77) e volto al superamento dei regimi di associazione sindacale obbligatoria vigenti in alcuni Stati membri.

⁸⁵ Sentenza *Demir v. Turkey* cit., vedi par. 147 ss., specie 153, determinando il superamento del precedente orientamento.

⁸⁶ Cfr. A. MOWBRAY, *An Examination of the European Court of Human Rights' Approach to Overruling its Previous Case Law*, in «Human Rights Law Review», 2009, p. 179 ss.

8. *Le sentenze-pilota*

Un contributo all'effettività del sistema deriva dalla prassi più recente della Corte sulle misure generali o individuali di carattere riparatorio, in aggiunta alle sanzioni pecuniarie⁸⁷. Appare ormai acquisito che l'illecito commesso dallo Stato convenuto fa nascere un obbligo di *restitutio in integrum* e che la soddisfazione pecuniaria del ricorrente (unica sanzione applicata per anni dalla Corte) rappresenta soltanto l'espressione di una politica giudiziaria di auto-limitazione⁸⁸. L'adozione di misure 'individuali' pone fine alla violazione accertata nei confronti del ricorrente, mentre quelle 'generali' eliminano alla radice la causa strutturale, anche legislativa⁸⁹. La nuova politica nasce certamente da una maggiore sensibilità verso la tutela dei diritti umani, ma anche dall'insostenibilità dell'aumento dei 'ricorsi seriali'. Infatti, un numero considerevole di casi presenta ormai carattere ripetitivo rispetto alla medesima fonte strutturale di violazioni (ad esempio violazioni del giusto processo). La Corte europea si limita, in alcune sentenze, ad evidenziare le carenze ordinamentali dello Stato convenuto⁹⁰, mentre in altre, che definisce 'pilota'⁹¹, indica le misure generali che lo Stato deve attuare e decide di sospendere, sino alla loro adozione, la trattazione dei casi simili.

⁸⁷ Cfr. R. PISILLO MAZZESCHI, *La riparazione per violazione dei diritti umani nel diritto internazionale e nella Convenzione europea*, in «La Comunità internazionale», 1998, p. 215 ss.

⁸⁸ Per un'accurata ricostruzione dell'evoluzione e della situazione attuale, cfr. G. BARTOLINI, *Riparazione per violazione dei diritti umani e ordinamento internazionale*, Jovene, Napoli 2009, pp. 118-161 e bibliografia ivi citata.

⁸⁹ Alla fine del relativo negoziato, la questione non veniva inserita tra le modifiche del Protocollo 14, dal momento che la procedura era praticabile 'a trattato invariato', cfr. *Committee of Ministers, Resolution on Judgments Revealing an Underlying Systemic Problem*, 12 maggio 2004 (Res(2004)3).

⁹⁰ Corte EDU, 6 marzo 2007, *Scordino v. Italy (no. 3)*, n. 43662/98; Corte EDU (GC), 1° marzo 2006, *Sejdovic v. Italy*, n. 56581/00. Sul tema, cfr. A. SACCUCCI, *Obblighi di riparazione e revisione dei processi nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in «Rivista di diritto internazionale», 2002, p. 618 ss.; A. BULTRINI, *La recente evoluzione del contenzioso 'strutturale' dell'Italia di fronte alla Corte europea dei diritti dell'uomo*, in «Rivista di diritto internazionale», 2007, p. 430 ss.

⁹¹ In Corte EDU (GC), 22 giugno 2004, *Broniowski v. Poland*, n. 31443/96, par. 189, si precisano le condizioni che possono dar luogo ad una violazione strutturale. I criteri che consentono di definire le sentenze-pilota sono: la definizione esplicita da parte della Corte; l'identificazione di una violazione sistematica; l'individuazione delle misure generali previste nel dispositivo della sentenza (eventualmente con limiti temporali specifici per provvedere ad una soluzione); la possibilità di rinvio per tutti gli altri casi omogenei, per un determinato periodo di tempo, o in attesa della soluzione del problema da parte dello Stato.

La Corte ha aggiunto l'art. 61 al suo Regolamento sulla procedura di sentenza pilota da applicare quando ritenga sussistente una disfunzione sistemica o strutturale che potrebbe dar luogo ad applicazioni analoghe dinanzi alla Corte. Al riguardo, esiste ormai una prassi significativa in materia di trattamenti inumani o degradanti (art. 3)⁹²; prolungata non-esecuzione di decisioni giudiziarie e mancanza di ricorsi interni (articoli 6 e 13)⁹³; eccessiva lunghezza dei processi e mancanza di ricorsi interni (articoli 6 e 13)⁹⁴; vita privata e familiare (art. 8)⁹⁵; diritto a libere elezioni (art. 3, Prot. 1)⁹⁶; protezione della proprietà (Art. 1, Prot. 1)⁹⁷.

⁹² Corte EDU, 10 gennaio 2012, *Ananyev and Others v. Russia*, nn. 42525/07 e 60800/08 (in considerazione della natura fondamentale del diritto in parola, la Corte ha deciso di non rinviare l'esame degli analoghi ricorsi pendenti); Corte EDU, 8 gennaio 2013, *Torreggiani and Others v. Italy*, n. 43517/09.

⁹³ Corte EDU, 15 gennaio 2009, *Burdov v. Russia (no. 2)*, n. 33509/04; Corte EDU, 28 Luglio 2009, *Olaru and Others v. Moldova*, nn. 476/07, 22539/05, 17911/08 e 13136/07; Corte EDU, 15 ottobre 2009, *Yuriy Nikolayevich Ivanov v. Ukraine*, n. 40450/04;

⁹⁴ Corte EDU 2 settembre 2010, *Rumpf v. Germany*, n. 46344/06; Corte EDU, 21 dicembre 2010, *Athanasiou and Others v. Greece*, n. 50973/08; Corte EDU, 10 maggio 2011, *Dimitrov and Hamanov v. Bulgaria*, nn. 48059/06 and 2708/09 e *Finger v. Bulgaria*, n. 37346/05; Corte EDU, 3 aprile 2012, *Michelioudakis v. Greece*, n. 54447/10; Corte EDU, 30 ottobre 2012, *Glykantzi v. Greece*, n. 40150/09.

⁹⁵ Corte EDU (GC), 26 giugno 2012, *Kuri and Others v. Slovenia*, n. 26828/06.

⁹⁶ Corte EDU, 23 novembre 2010, *Greens and M.T. v. the United Kingdom*, nn. 60041/08 & 60054/08.

⁹⁷ Corte EDU (GC), 28 apr. 2008, *Hutten-Czapska v. Poland*, n. 35014/97; Corte EDU, 3 novembre 2009, *Suljagi v. Bosnia and Herzegovina*, n. 27912/02; Corte EDU, 12 ottobre 2010, *Atanasiu and Others v. Romania*, nn. 30767/05 e 33800/06; Corte EDU, 31 luglio 2012, *Manushaqe Puto and Others v. Albania*, n. 54447/10; Corte EDU, 3 settembre 2013, *M.C. and Others v. Italy*, n. 5376/11. In dottrina, vedi B. NASCIBENE, *Violazione 'strutturale', violazione 'grave' ed esigenze interpretative della convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in «Rivista di diritto internazionale privato e processuale», 2006, p. 655 ss.; V. ZAGREBELSKY, *Violazioni 'strutturali' e Convenzione europea dei diritti umani: interrogativi a proposito di Broniowski* in «Diritti umani e diritto internazionale», 2008, p. 5 ss.; *L'incidenza del Diritto comunitario e della CEDU sugli atti nazionali definitivi*, a cura di F. Spitaleri, Giuffrè, Milano 2009; P. LEACH [et al.], *Responding to Systemic Human Rights Violations An Analysis of 'Pilot Judgments' of the European Court of Human Rights and Their Impact at National Level*, Intersentia, London 2010; M. FYRNYS, *Expanding Competences by Judicial Lawmaking: The Pilot Judgment Procedure of the European Court of Human Rights*, in «German Law Journal», 2011, p. 1231 ss.; D. HAIDER, *The Pilot-Judgment Procedure of the European Court of Human Rights*, Leiden-Boston, 2013, *passim*.

9. I Protocolli 16 e 17 alla CEDU

Ai fini del bilanciamento degli interessi generali e individuali la Corte EDU ricorre a criteri quali la proporzionalità degli obiettivi perseguiti e la necessità delle deroghe in una società democratica. Il riferimento al principio di sussidiarietà e alla dottrina del margine di apprezzamento trovano ora posto nel preambolo del Protocollo n. 15⁹⁸. In ogni caso, l'interpretazione della Corte non può essere 'imbrigliata' dalle preoccupazioni degli Stati contraenti⁹⁹, se viene garantita l'applicazione del principio di proporzionalità. Il 'margine di apprezzamento' consente uno spazio di flessibilità allo Stato contraente da bilanciare però con l'effettività della tutela dei diritti convenzionali e le esigenze di una interpretazione evolutiva¹⁰⁰.

⁹⁸ M.L. PADELLETTI, *Il Protocollo n. 15 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo: quali prospettive per i ricorsi individuali alla Corte europea?*, in «Diritti umani e diritto internazionale», 2013, p. 761 ss.; C. ZANGHÌ, *I progetti di Protocolli 15 e 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in «Rivista della cooperazione giuridica internazionale», 2013, n. 43, p. 24 ss.

⁹⁹ B. CONFORTI, *Osservazioni sulla dichiarazione di Brighton*, in «Diritti umani e diritto internazionale», 2012, p. 649 ss., in specie p. 650 s. Sulla dichiarazione di Brighton e sui negoziati per la conclusione dei due ultimi protocolli alla Cedu adottati, cfr. ampiamente E. NALIN, *I Protocolli n. 15 e 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in «Studi sull'integrazione europea», 2014, p. 117 ss.

¹⁰⁰ Dall'iniziale riferimento alle deroghe ammissibili in situazioni di emergenza (art. 15), il ragionamento giuridico è stato poi esteso a partire dalla sentenza del 7 dicembre 1976 *Handyside v. United Kingdom* a tutte le norme convenzionali, quale espressione del principio di sussidiarietà ed a tutela dell'identità di ogni società statale. La Corte, nel valutare se l'ingerenza sia proporzionata alla finalità perseguita, riconosce un margine di discrezionalità con riferimento a restrizioni e deroghe ai diritti convenzionali a favore degli Stati contraenti, in ragione della loro prossimità alla situazione in discussione ('sono meglio piazzati' nella relativa valutazione). In dottrina, cfr., tra i tanti, R. SAPIENZA, *Sul margine di apprezzamento statale nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in «Rivista di diritto internazionale», 1991, p. 571 ss.; S. GREER, *The margin of appreciation and discretion under the European Convention on Human Rights*, Council of Europe, Strasbourg 2000; Y. ARAI-TAKAHASHI, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Intersentia, Antwerp 2002; F. DONATI, P. MILAZZO, *La dottrina del margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, a cura di P. Falzea, A. Spadaro, L. Ventura, Giappichelli, Torino 2003, p. 65 ss.; G. LETSAS, *Two Concepts of the Margin of Appreciation*, in «Oxford Journal of Legal Studies», 2006, p. 705 ss.; J. GERARDS, *Pluralism, Deference and the Margin of Appreciation Doctrine*, in «European Law Journal», 2011, p. 80 ss.; R. SAPIENZA, *L'interpretazione della Convenzione europea tra margine di apprezzamento statale e vincolo di interpretazione conforme. Profili sistematici*, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il giudice italiano*, a cura di F. Salerno, R. Sapienza, Giappichelli, Torino 2011; M. LUGATO, *Riflessioni sulla base giuridica del margine di apprezzamento statale nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in «Studi sull'integrazione europea», 2012, p. 359 ss.

Il Protocollo n. 16 attribuisce alla Corte europea la competenza ad emanare pareri consultivi non vincolanti su ‘questioni di principio’ relative all’interpretazione dei diritti protetti dalla CEDU¹⁰¹. I giudici di grado più elevato di ogni Stato contraente hanno la facoltà di proporre una richiesta in tal senso in relazione ad un processo dinanzi a loro pendente. Nessun confronto è possibile con la competenza pregiudiziale della Corte di giustizia per il diverso livello di integrazione nei due sistemi.

La richiesta dei pareri consultivi tende a valorizzare la funzione dei giudici nazionali nell’interpretazione e applicazione della CEDU, attribuendo loro un ruolo attivo, attraverso la prospettazione della soluzione del caso di specie, laddove si presentino incertezze sul margine di apprezzamento in relazione a limiti o deroghe ai diritti convenzionali.

La formula ‘questioni di principio’ sembra ispirata alla *ratio* e alla prassi applicativa della competenza della Grande Camera ex art. 43 CEDU¹⁰², che può essere adita a seguito della pronuncia di una Camera, se la questione solleva ‘gravi problemi di interpretazione o di applicazione della Convenzione o dei suoi Protocolli’ o riguarda ‘un’importante questione di carattere generale’.

Tra le questioni potenziali rientrano quelle che riguardano un punto sul quale la Corte non abbia avuto mai modo di pronunciarsi, capaci di influenzare la futura giurisprudenza oppure sovvertire quella precedente; nonché questioni che imporrebbero modifiche importanti dell’ordinamento interno o di una prassi amministrativa, oppure evidenziano problemi sistemici o strutturali¹⁰³.

In conclusione, ci sembra prospettabile che il Protocollo n. 16 consenta di richiedere pareri consultivi alla Corte nelle più importanti questioni interpretative o applicative della CEDU – di norma suscettibili di interessare una

¹⁰¹ Si tratta di meccanismo diverso da quello previsto dagli articoli 47-49 CEDU. Attualmente, un parere consultivo può essere richiesto solo dal Comitato dei Ministri ma, ciò che più conta, restano comunque escluse dal meccanismo in parola le questioni inerenti al contenuto o alla portata dei diritti garantiti dalla Convenzione e dai Protocolli: cfr. *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di S. Bartole, B. Conforti, G. Raimondi, cit., p. 696 ss.

¹⁰² Doc. GT-GDR-B(2012)013, *The General Practice of the Grand Chamber followed by the Panel of the Grand Chamber when deciding on requests for referral in accordance with Article 43 of the Convention (Court document)*. La Grande camera è competente a statuire anche sulle questioni, oggetto di un ricorso all’esame di una Camera e su remissione di quest’ultima, che sollevino ‘gravi problemi di interpretazione’ della Convenzione o dei suoi Protocolli o la cui soluzione rischi di dar luogo a un contrasto con una sentenza pronunciata anteriormente dalla Corte (art. 30 CEDU). Cfr. *Reflection Paper on the Proposal to Extend the Court’s Advisory Jurisdiction* (Corte EDU, doc. n. 3853038).

¹⁰³ Rapporto esplicativo del Protocollo n. 11 alla CEDU, parr. 100 e 101.

pluralità di Stati – comprese le statuizioni su contenuti e limiti dei diritti convenzionalmente garantiti¹⁰⁴, così da chiarire gli *standards* di protezione dei diritti umani nell'ambito degli Stati parte della CEDU.

The protection of human rights in Europe: new developments of case law and institutional changes

The author considers the main elements relating to the introduction of changes at the institutional level and the case law of the Courts of Luxembourg and Strasbourg, that is directly or indirectly relevant also for the national Courts. He tries to assess whether from these elements it is possible to outline a true system founded on theoretical bases for the protection of fundamental rights at the European level.

¹⁰⁴ Nel *Reflection Paper*, cit., par. 31, la Corte ricorda, a titolo di esempio, tre pronunce sulla compatibilità con la CEDU del sistema di Dublino (cfr. Corte EDU (GC), 21 gennaio 2011, *M.S.S. v. Belgium and Greece*, n. 30696/09); del rifiuto di consentire il matrimonio tra persone dello stesso sesso (cfr. Corte EDU, 24 giugno 2010, *Schalk and Kopf v. Austria*, n. 30141/04); o del diniego di accesso alla giustizia causato dall'immunità degli Stati dalla giurisdizione (cfr. Corte EDU (GC), 23 marzo 2010, *Cudak v. Lithuania*, n. 15869/02).