SIDI

Società Italiana di Diritto Internazionale

15

LA PROTEZIONE DEI DIRITTI FONDAMENTALI

CARTA DEI DIRITTI UE E STANDARDS INTERNAZIONALI

XV Convegno
Bologna
10-11 giugno 2010

a cura di

Lucia Serena Rossi

EDITORIALE SCIENTIFICA

es

SIDI
Società Italiana di Diritto Internazionale

15

Pubblicazioni della Società Italiana di Diritto Internazionale

1. *La riforma del Diritto internazionale privato italiano* (I Convegno – Roma 1996), Napoli, 1997
2. *Diritto e organizzazione del commercio internazionale dopo la creazione della Organizzazione Mondiale del Commercio* (II Convegno – Milano 1997), Napoli, 1998
3. *Cooperazione fra Stati e giustizia penale internazionale* (III Convegno – Siena 1998), Napoli, 1999
4. *Riforme Costituzionali. Prospettiva europea e prospettiva internazionale* (IV Convegno – Salerno 1999), Napoli, 2000
5. *La Moneta tra sovranità statale e diritto internazionale* (V Convegno – Torino 2000), Napoli, 2001
6. *Il diritto internazionale del mare fra usi antichi e nuove forme di utilizzazione* (VI Convegno – Padova, Treviso, Venezia 2001), Napoli, 2002
7. *L'internazionalizzazione dei mezzi di comunicazione e la sovranità statale* (VII Convegno – Napoli 2002), Napoli, 2003
8. *Ordine internazionale e valori etici* (VIII Convegno – Verona 2003), Napoli, 2004
9. *Le migrazioni. Una sfida per il diritto internazionale comunitario e interno* (IX Convegno – Roma 2004), Napoli, 2005
10. *Regioni e autonomie territoriali nel diritto internazionale ed europeo* (X Convegno – Trieste-Gorizia 2005), Napoli, 2006
11. *Il principio dello sviluppo sostenibile nel diritto internazionale ed europeo dell'ambiente* (XI Convegno - Alghero 2006), Napoli, 2007
12. *I rapporti economici internazionali e l'evoluzione del loro regime giuridico. Soggetti, valori e strumenti* (XII Convegno – Milano 2007), Napoli, 2008
13. *La crisi del disarmo nel diritto internazionale. Nel quarto centenario della morte di Alberigo Gentili* (XIII Convegno – Roma 2008), Napoli, 2009
14. *Europa e Mediterraneo. Le regole per la costruzione di una società integrata* (Convegno XIV – Bari 2009), Napoli, 2010

SIDI
Società Italiana di Diritto Internazionale

LA PROTEZIONE DEI DIRITTI FONDAMENTALI

CARTA DEI DIRITTI UE
E STANDARDS INTERNAZIONALI

XV Convegno
Bologna
10-11 giugno 2010

a cura di
Lucia Serena Rossi

EDITORIALE SCIENTIFICA
Napoli

Proprietà letteraria riservata

© Copyright 2011
Editoriale Scientifica s.r.l.
Via San Biagio dei Librai, 39
80138 Napoli
www.editorialescientifica.com
info@editorialescientifica.com
ISBN 978-88-6342-244-3

INDICE-SOMMARIO

Presentazione
SERGIO MARCHISIO 9

Interventi introduttivi
CLARA ALBANI

Il Parlamento europeo e i diritti fondamentali 11

MATTEO FORNARA

Il Trattato UE e la Carta dei diritti fondamentali, l'impegno della Commissione 15

LUCIA SERENA ROSSI

La Carta dei diritti fondamentali UE: una sfida costituzionale 19

PRIMA SESSIONE

Gli standards di tutela dell'UE a confronto con gli standards internazionali

Presidenza
GIORGIO GAJA

Relazioni

BRUNO NASCIMBENE

Il Diritto di asilo. Gli standard di tutela dell'Unione europea e il confronto con gli standard internazinali 25

ALESSANDRA GIANELLI

La tutela dei diritti dell'uomo nella lotta al terrorismo tra diritto internazionale e diritto dell'Unione europea 49

MARC PALLEMAERTS, ARMELLE GOURITIN

Environmental rights standards. The EU's self-proclaimed global 'green' leadership in question? 93

MICHELE VELLANO

Standard lavorativi, protezione dei consumatori e commercio internazionale 113

MANLIO FRIGO

Gli standard di tutela dell'UE a confronto con gli standard internazionali: la proprietà 145

SECONDA SESSIONE

Sistemi di tutela dell'UE e della CEDU: concorrenza o convergenza?

Presidenza
BENEDETTO CONFORTI

Relazione

JEAN PAUL JACQUÉ

Coexistance ou concurrence dans le domaine des droits de l'homme. Droit de l'Union européenne et Convention européenne des droits de l'homme 171

Interventi

FRANCESCO COSTAMAGNA

Testi genetici e tutela dei diritti fondamentali in Europa 187

CLAUDIA MORINI

Tutela della libertà religiosa, pluralismo religioso e principio di laicità nei sistemi di garanzia europei 213

CHIARA RAGNI

L'influenza della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sullo sviluppo del diritto dell'UE in materia di trattamento delle coppie omosessuali 233

GUGLIELMO CANTILLO

L'accesso alla giustizia in materia ambientale nell'ordinamento dell'Unione a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona: problematiche attuali e prospettive *de jure condendo* 253

ILARIA ANNA COLUSSI

Dati genetici e forze di polizia: intersezioni europee 279

TERZA SESSIONE

L'adesione dell'UE alla CEDU: il "nodo giudiziario"

Presidenza
PAOLO MENGOZZI

Interventi

VLADIMIRO ZAGREBELSKY

"Sussidiarietà" e vie interne da esaurire. A proposito della adesione della UE alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo 313

MARC JAEGER

I rapporti tra la Corte europea dei diritti dell'uomo. E la Corte di giustizia dell'Unione europea nella prospettiva di adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea

per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali 319

QUARTA SESSIONE

Carta dei diritti fondamentali e il bilanciamento di valori nell'UE

Presidenza
FAUSTO POCAR

Relazioni

ANDREA BIONDI

L'applicazione differenziata della Carta: vera o presunta? 343

ROBERTO MASTROIANNI

Tutela dell'uomo e libertà economiche fondamentali nell'ordinamento dell'Unione europea: nuovi equilibri? 359

STEFANIA BARIATTI

Diritti fondamentali e diritto ionternazionale privato 397

FLORENCE BENOIT-ROHMER

Plaidoyer pour l'Agence desdroits fondamentaux 425

APPENDICE

Organi direttivi SIDI 455

PRESENTAZIONE

Il XV Convegno della Società Italiana di Diritto Internazionale (SIDI) si è svolto a Bologna il 10-11 giugno 2010, organizzato in collaborazione con il Centro Interdipartimentale di Ricerche sul Diritto della Comunità Europea (C.I.R.D.C.E.) della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi "Alma Mater Studiorum" di Bologna. Tema del Convegno è stata "La protezione dei diritti fondamentali: Carta dei diritti UE e standards internazionali".

A seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, il 1° dicembre 2009, la tutela dei diritti fondamentali riposa, *in primis*, sulla Carta di Nizza del 7 dicembre 2000, che ha assunto lo stesso valore giuridico dei Trattati ed è divenuta parte integrante del diritto dell'Unione europea. Il medesimo Trattato prevede inoltre l'adesione dell'Unione alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU), che pone un problema di coordinamento tra l'azione della Corte di Giustizia dell'UE e quella della Corte europea dei diritti dell'uomo. La tutela dei diritti fondamentali nell'UE dopo il Trattato di Lisbona costituisce pertanto un tema di grande attualità ed interesse, ma anche una matassa difficile da dipanare per i numerosi nodi giudiziari che solleva.

Dopo una sessione inaugurale sul confronto tra gli standard di tutela adottati a livello internazionale e quelli adottati dall'UE, con riferimento, in particolare, al diritto d'asilo, alla lotta al terrorismo, all'ambiente, alla proprietà intellettuale, al commercio e alla protezione dei consumatori, i lavori si sono articolati in quattro sessioni successive. La seconda sessione ha costituito una novità nella storia dei Convegni annuali della SIDI; per la prima volta, infatti, all'interno del Convegno è stato riservato uno spazio per la presentazione di interventi di giovani studiosi di diritto internazionale che hanno risposto alla *Call for Papers* lanciata sui temi della bioetica, della libertà religiosa, delle discriminazioni basate sul sesso, dell'accesso alla giustizia e dell'accesso ai dati personali. La terza sessione, in forma di Tavola rotonda, ha costituito occasione di confronto tra Giudici della Corte di giustizia dell'UE e della Corte europea dei diritti dell'uomo sull'adesione dell'UE alla CEDU. La quarta sessione, invece, ha affrontato il tema della Carta dei diritti fondamentali e del bilanciamento di valori nell'UE. La quinta ed ultima sessione, avente ad oggetto il ruolo che la Carta dei diritti fondamentali può rivestire

nell'ambito del processo normativo dell'Unione europea, si è svolta ancora in forma di Tavola rotonda alla quale hanno partecipato membri del Parlamento europeo.

L'ampia partecipazione di studiosi di diritto internazionale e di diritto dell'Unione europea, soci e non soci, ha confermato l'interesse del tema prescelto e il dinamismo della SIDI. Gli atti qui raccolti testimoniano, per la qualità delle relazioni e degli interventi, l'importanza che i convegni annuali della SIDI svolgono nell'evoluzione degli studi di diritto internazionale e di diritto dell'Unione europea in Italia.

Il Convegno di Bologna ha segnato il quindicesimo anniversario della Società, fondata nel 1995 come associazione scientifica il cui scopo è quello di favorire, specie tra le giovani generazioni, lo studio e il progresso del diritto internazionale e delle altre discipline che al diritto internazionale sono strettamente collegate.

Secondo la tradizione, nel corso del Convegno è stato assegnato il "Premio SIDI", giunto alla sua decima edizione, riservato a giovani studiosi italiani per un articolo in materia di diritto internazionale pubblico, diritto internazionale privato o diritto dell'Unione europea; sono stati inoltre conferiti i premi "Riccardo Monaco", a due tesi di dottorato, una relativa agli aspetti giuridici dell'integrazione europea e l'altra agli aspetti giuridici delle organizzazioni internazionali, e il premio "Daniele Padovani" per una tesi di laurea in materia di diritto internazionale privato e processuale giunto alla sua quarta edizione.

A nome della Società, rivolgo un sincero e caloroso ringraziamento alla Vice-Presidente pro tempore della SIDI Lucia Serena Rossi, ospite del Convegno, che ha curato la pubblicazione degli Atti e coordinato con efficacia il contributo di organismi ed enti che hanno reso possibile la realizzazione dell'evento, tra i quali, in primo luogo, l'Università degli Studi di Bologna e il Centro Interdipartimentale di Ricerche sul Diritto della Comunità Europea della Facoltà di Giurisprudenza. Ringrazio inoltre i giovani della Segreteria organizzativa di Bologna e quanti hanno profuso il loro impegno per l'ottima riuscita del Convegno.

Un vivo ringraziamento, infine, al dott. Roberto Storchi, responsabile della Segreteria SIDI presso l'Istituto di Studi Giuridici Internazionali (ISGI) di Roma del Consiglio Nazionale delle Ricerche.

Sergio Marchisio
Segretario generale della SIDI

SALUTO

IL PARLAMENTO EUROPEO E I DIRITTI FONDAMENTALI

Clara ALBANI*

Con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona il 1° dicembre 2009, la Carta dei diritti fondamentali dell'UE diventa vincolante.Tale Trattato prescrive anche l'adesione dell'Unione europea alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU), adesione che sta creando tuttavia alcuni problemi anche politici di coordinamento e di competenza fra le Corti di Lussemburgo e di Strasburgo.

In questo contesto l'Ufficio del Parlamento europeo in Italia ha attivamente sostenuto l'organizzazione di questo convegno che ha come obiettivo approfondire queste tematiche e indicare dei percorsi di riflessione.

Fortemente voluta dal Parlamento europeo, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea rappresenta la sintesi dei valori condivisi dagli Stati membri e riunisce i diritti civili e politici classici e i diritti economici e sociali, è stata adottata a Nizza nel dicembre 2000 e proclamata ufficialmente dalle 3 istituzioni europee una seconda volta nel dicembre 2007.

Con l'acquisizione del carattere giuridicamente vincolante della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, al pari dei Trattati, si rafforza la protezione dei diritti umani in Europa. Come è noto la struttura della Carta è composta da un preambolo introduttivo e da 7 capitoli che riguardano rispettivamente la dignità (TITOLO I), la libertà (TITOLO II), l'uguaglianza (TITOLO III), la solidarietà (TITOLO IV), la cittadinanza (TITOLO V), la giustizia (TITOLO VI) e le disposizioni generali (TITOLO VII).

L'impegno del Parlamento europeo nella promozione e la protezione dei diritti umani è un impegno consolidato, costante e si basa sul lavoro di alcune commissioni parlamentari, ciascuna delle quali è competente

* Direttrice dell'Ufficio di informazione del Parlamento Europeo in Italia.

in un determinato settore. Le commissioni che operano nell'ambito dei diritti umani sono: la commissione per gli affari esteri, la commissione per lo sviluppo, la commissione per le libertà civili, la commissione giuridica, la commissione per i diritti della donna e l'uguaglianza di genere e la commissione affari sociali. All'interno della commissione affari esteri del Parlamento europeo poi, opera la sottocommissione per i diritti umani, che si prefigge come scopo non solo la protezione dei diritti umani tra gli Stati membri ma anche la promozione dei valori democratici nei Paesi terzi.

Il Parlamento europeo ha inoltre intrapreso diverse iniziative politiche volte alla promozione e alla protezione dei diritti umani nelle quali si prevedono anche interventi finanziari per ottenere una maggiore efficacia. Citerò solo i più recenti e la lista non è esaustiva:

- La risoluzione legislativa sullo strumento finanziario per la promozione della democrazia e dei diritti umani nel mondo, approvata il 21 ottobre 2010.
- La risoluzione legislativa sullo strumento per il finanziamento della cooperazione allo sviluppo approvata il 21 ottobre 2010.
- La proposta sui diritti umani e le norme sociali e ambientali negli accordi commerciali internazionali: l'Unione, tramite le politiche che persegue e in particolare la politica commerciale, deve difendere i propri interessi, rispettando e facendo nel contempo rispettare norme e valori che le sono propri (relazione della commissione per il commercio internazionale approvata il 25 novembre 2010.
- L'attuazione del consenso europeo sull'aiuto umanitario: bilancio di metà percorso del suo piano d'azione e prospettive future; l'applicazione del consenso umanitario e la revisione a metà percorso del piano d`azione per rafforzarne l'attività nei settori; la promozione dei principi umanitari e del diritto umanitario internazionale; le questioni connesse alla qualità, al coordinamento e alla coerenza nel quadro dell'erogazione dell'aiuto umanitario dell'UE; il chiarimento dell'utilizzo dei mezzi e delle capacità militari e di protezione civile conformemente al consenso umanitario e alle direttive delle Nazioni Unite approvata il 18 gennaio 2011.
- L'approccio dell'UE in Iran: il Parlamento europeo insiste sulla tutela dei diritti umani in Iran. Il Consiglio e la Commissione dovrebbero esortare le autorità iraniane a rispondere positivamente alle richieste di vecchia data dell`ONU (es: esecuzioni extragiudiziarie, tortura, libertà di religione, etc.); dovrebbero esigere dalle autorità iraniane il riconoscimento dei diritti costituzionali degli attivisti dei diritti umani.

Il Parlamento europeo rileva inoltre l`importanza dell`inserimento

nei programmi delle visite dei rappresentanti dell´UE con i leader dell`opposizione/dissidenti e che i contatti ufficiali tra il Parlamento europeo e il Majilis (parlamento iraniano) dovrebbero essere subordinati a miglioramenti concreti nel settore dei diritti umani (approvazione plenaria febbraio 2011).

- L'Europa dalla parte dei bambini: la commissione per le libertà civili ha esaminato il 15 novembre il progetto di relazione per una nuova direttiva finalizzata a rafforzare la tutela dei minori nell´UE, in particolare contro gli abusi sessuali, lo sfruttamento dei bambini e la pedopornografia. L'obiettivo è arrivare all`applicazione di sanzioni più dure come l'introduzione di un nuovo reato per punire l'adescamento online (approvazione febbraio 2011). I diritti dei minori sono sanciti dalla stessa Carta dei diritti fondamentali agli articoli: 24.1, 24.2, 24.3.

Altre risoluzioni recentemente adottate vertono sui diritti dei consumatori, sulla libertà di espressione, la libertà religiosa, la discriminazione in base all'orientamento sessuale, i diritti delle minoranze, etc.

Altra importante attività il Premio Sacharov che il Parlamento europeo assegna ogni anno. Questo riconoscimento è legato alla promozione della libertà di pensiero ed è rivolto a personalità e organizzazioni che si sono distinte nella difesa dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

Il Premio, istituito nel 1988 dal Parlamento europeo, è stato assegnato per l'anno 2010 al dissidente cubano Guillermo Fariñas, impegnato nella lotta contro il regime di Cuba e le sue violazioni dei diritti umani. La premiazione ufficiale e la consegna del premio di 50 mila euro si sono svolte il 15 dicembre 2010 a Strasburgo.

Tra i vincitori del passato ricordiamo Nelson Mandela (1988), la birmana Aung San Suu Kyi (1990), l'Associazione argentina Madri della Plaza de Mayo (1992), il kosovaro Ibrahim Rugova (1988), l´Associazione russa Memorial (2009).

Altri importanti eventi che riguardano la promozione e la protezione dei diritti umani e che vedono la partecipazione attiva del Parlamento europeo sono: la Giornata Internazionale per l'eliminazione della violenza contro le donne (25 novembre), la Giornata internazionale contro l'omofobia (17 maggio), la Giornata internazionale contro la pena di morte (10 ottobre), la Giornata mondiale contro l'AIDS (1 dicembre), la Giornata internazionale della democrazia (15 settembre), la Giornata internazionale della donna (8 marzo) e la Giornata internazionale per l'eliminazione della povertà (17 ottobre).

Al fine di sostenere le istituzioni europee nella promozione e nella protezione dei diritti fondamentali, nel 2007 è stata istituita l'Agenzia

dell'Unione europea per i diritti fondamentali. Questo organismo ha sede a Vienna. Il mandato dell'Agenzia è di fornire alle istituzioni europee, e alle autorità nazionali competenti assistenza e consulenza in materia di diritti fondamentali, nonché di aiutarle ad adottare le misure o a definire le iniziative appropriate.

SALUTO

IL TRATTATO UE E LA CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI, L'IMPEGNO DELLA COMMISSIONE

Matteo FORNARA*

Essere cittadini europei significa condividere gli stessi valori e godere di diritti importanti. Da un decennio questi diritti sono proclamati dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, proclamata solennemente dal Parlamento europeo, dal Consiglio e dalla Commissione europea nel dicembre 2000. La volontà comune delle istituzioni europee di entrare nel nuovo millennio mettendo al centro i valori su cui si basa la comune appartenenza europea ha lasciato un'impronta forte sul processo istituzionale che si sarebbe aperto nel 2001 e che si sarebbe concluso, alla fine del decennio, con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. Nel frattempo, l'avventura della costruzione europea è passata dalla Convenzione incaricata di redigere un testo di carattere costituzionale per l'Unione europea, alla bocciatura del testo per via referendaria in due Stati membri, all'approvazione, anch'essa piuttosto tortuosa con il referendum ripetuto in Irlanda, del Trattato di Lisbona.

Con l'entrata in vigore del trattato di Lisbona, il 1° dicembre 2009, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea è divenuta giuridicamente vincolante sia per le istituzioni europee che per gli Stati membri quando attuano il diritto dell'Unione. Questo mette – finalmente – la persona al centro dell'azione dell'Unione europea, e dà sostanza al concetto di cittadinanza europea. La Carta racchiude tutti i diritti che figurano nella Convezione europea dei diritti dell'uomo, e aggiunge altri diritti e principi che derivano dalle tradizioni costituzionali comuni a tutti gli Stati membri, dalla giurisprudenza della Corte di giustizia europea e da altri strumenti internazionali. La Carta è un testo di codificazione estremamente moderno, che comprende diritti fondamentali di "terza genera-

* Direttore della Rappresentanza a Milano della Commissione Europea.

zione", come la protezione dei dati, le garanzie in materia di bioetica e il diritto a un'amministrazione trasparente.

Le istituzioni europee si occupano dell'applicazione di tutti questi principi, utilizzando la base giuridica del Trattato, sia attraverso un consolidamento dei risultati ottenuti in precedenza sui diritti "classici", sia con l'introduzione di tutele e garanzie nei settori che stanno diventando prioritari nel mondo attuale aperto e legato alle nuove tecnologie. I diritti fondamentali sono raggruppati in sei grandi capitoli: dignità, libertà, uguaglianza, solidarietà, cittadinanza e giustizia. Essa riafferma il divieto di qualsiasi forma di discriminazione fondata su sesso, razza e colore della pelle. La Carta menziona poi i diritti sociali applicabili nell'ambito dell'impresa, vale a dire il diritto dei lavoratori di essere informati, di negoziare e di ricorrere ad azioni collettive per la tutela dei loro interessi.

Per la prima volta nel maggio scorso i membri del collegio dei commissari hanno solennemente dichiarato di impegnarsi a rispettare la Carta dei diritti fondamentali e i trattati dell'Unione europea. Nell'ottobre scorso, a meno di un anno dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, la Commissione europea ha adottato una strategia per assicurare che la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea sia attuata di fatto. L'approccio si basa innanzitutto sulla conformità di tutte le leggi dell'Unione con la Carta a ogni livello del processo legislativo, dai primissimi lavori preparatori presso i suoi servizi fino all'adozione dei progetti di atti legislativi al Parlamento europeo e al Consiglio, e anche durante l'attuazione da parte degli Stati membri. Un riguardo particolare è dato anche all'informazione dei cittadini delle circostanze in cui può intervenire in materia di diritti fondamentali. Una relazione sull'applicazione della Carta sarà pubblicata ogni anno, per monitorare i progressi realizzati.

Il primo obiettivo è quello di garantire che l'Unione europea sia irreprensibile nel rispetto dei diritti fondamentali. Tutte le proposte di atti legislativi dell'UE devono rispettare la Carta. Di conseguenza, la Commissione ha deciso di rafforzare la valutazione dell'impatto che le nuove proposte hanno sui diritti fondamentali. Partendo da una "check-list" sui diritti, la Commissione valuterà su ogni nuova proposta il rischio di violare alcuni diritti fondamentali, e l'impatto potenziale di ogni opzione strategica possibile in materia. Durante il processo legislativo, fino ai compromessi finali tra il Parlamento europeo e il Consiglio, la Commissione coopererà con i colegislatori per garantire che le leggi dell'UE siano in linea con la Carta. La Commissione avvierà un dialogo interistituzionale per determinare quail metodi introdurre per trattare gli emendamenti che sollevano questioni di compatibilità con i diritti fondamentali.

Ovviamente, le costituzioni nazionali di tutti gli Stati membri costituiscono già una garanzia sull'osservanza dei diritti fondamentali in relazione alla loro leggi. Gli Stati membri hanno sistemi propri di protezione dei diritti fondamentali, tramite la costituzione o i giudici nazionali; la Carta non si sostituisce ad essi. Ma essi devono rispettare tali diritti anche quando attuano le leggi dell'Unione. La Commissione farà ricorso a tutti gli strumenti di cui dispone, compresa la procedura d'infrazione se necessario, per garantire il rispetto della Carta nella fase attuativa.

Come detto, il secondo punto sul quale la Commissione ha deciso di rafforzare la sua azione è quello dell'informazione dei cittadini, che devono sapere a chi rivolgersi in caso di violazione dei diritti fondamentali. Nel 2011 avranno accesso alle informazioni sui mezzi di ricorso esistenti in tutti gli Stati membri, grazie al nuovo portale della Commissione e-Justice.

Nel portale, la Commissione europea illustrerà i casi in cui può e quelli in cui non può intervenire in merito a denunce sui diritti fondamentali che non rientrano nelle competenze dell'UE. La Carta non conferisce alla Commissione un potere generale in questo campo. La Commissione può intervenire solo se è coinvolto il diritto dell'Unione, ad esempio quando viene adottata una normativa europea o una misura nazionale attua una normativa europea in modo incompatibile con la Carta.

La terza traccia d'intervento a livello europeo è quella del monitoraggio dei progressi fatti sull'applicazione della Carta. La relazione monitorerà i progressi realizzati nei campi in cui ha competenza a intervenire e mostrerà come si è concretamente tenuto conto della Carta, ad esempio sulle nuove proposte di legge. Sedute pubbliche con il Parlamento europeo e il Consiglio miglioreranno l'informazione del pubblico.

ALLOCUZIONE D'APERTURA

LA CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI DELL'UE: UNA SFIDA COSTITUZIONALE

Lucia Serena ROSSI*

Con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ha acquistato valore vincolante pari a quello del Trattato stesso. La Carta rappresenta allo stato attuale il più moderno e completo strumento per la tutela dei diritti fondamentali nel panorama internazionale ed ha un importante valore simbolico, costituendo un nucleo di identità costituzionale europea.

Essa è principalmente diretta alle istituzioni dell'Unione europea, che devono rispettarla nell'emanazione degli atti dell'Unione, e agli stati membri limitatamente alla loro attività di applicazione del diritto UE. La Carta, fonte interna all'ordinamento dell'UE, è molto più precisa e dettagliata di quanto siano le fonti "esterne" cui la protezione dell'Unione ha sin qui dichiarato di ispirarsi, vale a dire la Convenzione europea dei diritti dell'Uomo e le tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri. Queste ultime fonti rimangono comunque sullo sfondo come strumenti integrativi di protezione, rispetto ai quali la Carta si pone come standard minimo.

La Carta diventa il parametro principale per la Corte di Giustizia dell'Unione europea, la quale da un lato perde parte dell'autonomia di cui godeva nell'applicare, adattandole alle peculiarità dell'ordinamento dell'UE, le fonti "esterne" sopra ricordate, ma dall'altro si troverà ad interpretare la Carta stessa, poiché le "Spiegazioni del Presidium", di cui pure essa dovrà tenere conto, non esauriranno certo tutti i possibili quesiti che l'applicazione della Carta è destinata a sollevare.

Ma l'impatto della Carta va ben oltre la sua portata strettamente giuridica. Essa ha già esercitato, dal momento della sua proclamazione a Nizza sino all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, un'influenza sui

* Ordinario di Diritto internazionale, Università degli Studi di Bologna; Direttore del Centro Interdipartimentale Ricerche sul Diritto Europeo.

giudici degli Stati membri, i quali la richiamano o vi si ispirano frequentemente, talvolta persino in situazioni del tutto estranee al diritto dell'Unione europea. E questo nonostante il fatto che la Carta stessa limiti chiaramente il proprio campo di applicazione – quando si tratta della propria incidenza sul diritto degli Stati membri – all'applicazione del diritto dell'UE. La Carta, per la sua chiarezza e completezza, è diventata, anche al di là del proprio campo di applicazione, un testo di consultazione e di riferimento. Come tale essa sembra destinata a far crescere, non tanto "dall'alto", come armonizzazione, quanto piuttosto "dal basso", come imitazione e strumento interpretativo, una comune cultura dei diritti in Europa, che costituisce un nocciolo costituzionale a forte impatto anche simbolico. La stessa Corte Europea dei diritti dell'Uomo recentemente si è ispirata alla Carta dei diritti dell'UE, la quale del resto incarna un parametro comune ad un numero di Stati che rappresenta la larga maggioranza dei membri del Consiglio d'Europa.

Ciononostante, non mancheranno occasioni in cui la Carta dovrà confrontarsi con altri standards provenienti da tre piani diversi: quello delle costituzioni degli Stati membri, quello della CEDU e quello del diritto internazionale. Il risultato dello scontro fra questi diversi sistemi di valori viene a comporre, dal punto di vista dei cittadini dell'UE, il mosaico dei principi supremi. Questi ultimi dovranno coesistere e coordinarsi più che sulla base di gerarchie formali, di non facile definizione fra ordinamenti formalmente distinti, grazie al bilanciamento dei giudici.

La Corte di Giustizia dell'Unione europea si è già trovata più volte al centro di un dialogo a distanza sia con i giudici costituzionali degli Stati membri che con la Corte Europea dei diritti dell'Uomo. Tale dialogo fra enti *superiorem non reconoscentes* si è sino ad ora basato su un implicito *gentlemen agreement*, con reciproche concessioni e senza mai arrivare alle conseguenze estreme di un irrigidimento reciproco e definitivo su posizioni opposte. Il Trattato di Lisbona dovrebbe contribuire ad un nuovo e più intenso coordinamento dei vari sistemi: da un lato riconoscendo il rispetto dell'identità costituzionale degli Stati membri e dall'altro prescrivendo l'adesione dell'Unione europea alla CEDU, adesione che solleva delicati problemi di coordinamento fra sistemi e fra Corti.

Se il rapporto fra la Carta e, da un lato, le Costituzioni nazionali e, dall'altro, la CEDU è da tempo studiato in dottrina, meno esplorato appare il rapporto fra la Carta e il diritto internazionale. Il Preambolo della prima afferma il rispetto, oltre che delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e della CEDU, anche dei diritti derivanti dagli obblighi internazionali comuni agli Stati membri. L'art. 53 della Carta afferma il

rispetto dei diritti riconosciuti dal diritto internazionale (presumibilmente il riferimento è al diritto consuetudinario) e delle convenzioni internazionali di cui l'Unione o tutti gli Stati membri sono parte: si tratta di standard minimi, che la Carta potrà sempre superare. Un esplicito riferimento al diritto internazionale è poi formulato dall'art. 49 della Carta, secondo cui nessuno può essere condannato per un'azione o un'omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o il diritto internazionale.

A questo proposito merita rilevare una significativa distinzione. Mentre, in caso di contrasto fra due diversi valori, un principio costituzionale degli Stati membri potrebbe teoricamente resistere ad un diritto previsto dalla Carta, non sembra che le norme internazionali possano prevalere suo i diritti fondamentali previsti dalla Carta, poiché, come affermato dalla più recente giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di lotta al terrorismo internazionale, i diritti fondamentali costituiscono irrinunciabili principi fondamentali che appartengono all'ordinamento costituzionale dell'Unione.

Ma poiché i diritti garantiti da fonti internazionale possono imporsi sulla Carta in quanto standard più alti, è opportuno cercare di tracciare una mappa di tali fonti, effettuando un confronto fra gli standard da esse prescritti e quelli che possono desumersi dalla Carta dell'Unione europea. D'altro canto il dialogo fra la Carta ed il diritto internazionale potrà portare ad una reciproca fecondazione, poiché è indubbio che in alcuni settori gli standards della Carta possano diventare il parametro di riferimento a livello mondiale. A questo proposito va ricordato che il Trattato di Lisbona prevede altresì una promozione attiva a livello internazionale, da parte dell'UE, dei propri valori fondamentali.

La Carta si pone dunque al centro di una complessa rete di relazioni con altri ordinamenti. Ma oltre a questo, e prima di tutto, essa diventa un parametro con cui si dovrà confrontare il diritto materiale dell'Unione stessa, dunque le sue fonti interne. La Corte sarà nei prossimi anni impegnata a bilanciare le esigenze del mercato unico e dello spazio di libertà sicurezza e giustizia (ma in taluni casi anche della politica estera e di sicurezza) con i diritti codificati dalla Carta. In quest'opera la Corte potrà mostrare appieno la sua vocazione a divenire giudice costituzionale dell'ordinamento dell'Unione europea, ruolo che l'adesione dell'UE alla CEDU e la consegnate "concorrenza" con la Corte di Strasburgo sembrano rendere ancora più necessario.

Queste sono le chiavi di lettura del presente volume, che raccoglie gli atti del XV Convegno della Società italiana di diritto internazionale tenutosi presso l'Università di Bologna. In questo volume la Carta si

confronta con il diritto internazionale, con la CEDU – e qui particolare attenzione è rivolta alle sfide che l'adesione dell'UE alla Convenzione europea può comportare – e con l'*acquis* nei vari settori dell'UE.

Una prima sezione esaminerà il confronto/dialogo (e talora scontro) delle disposizioni della Carta con le norme internazionali in materia di asilo, di lotta al terrorismo, di ambiente, di lavoro e di proprietà intellettuale. Una seconda sezione indagherà sulle relazioni fra Carta e CEDU, con particolare riferimento a taluni temi "sensibili" come bioetica, libertà religiosa, coppie omosessuali, accesso alla giustizia, tutela della riservatezza. I temi di quest'ultima sezione sono stati affidati a giovani studiosi, scelti, per la prima volta in un Convegno della SIDI con un *call for papers*. Il tema dell'adesione alla CEDU, il cui nodo principale appare quello del coordinamento fra Corti, è stato invece affidato esponenti delle Corti stesse. La quarta sezione tratta infine di problemi "interni" all'ordinamento dell'Unione europea, sollevati dalla Carta.

Un vivo ringraziamento va a tutti gli Autori, ma anche ai membri delle istituzioni (in particolare Europarlamentari) che, pur non avendo inviato un contributo scritto per il presente volume, hanno con il loro dibattito animato il Convegno.

A questo si aggiunge, ovviamente, la gratitudine verso tutti gli Enti che hanno supportato il Convegno stesso e questa pubblicazione, ed in particolare al Parlamento Europeo, alla Commissione europea e alla Regione Emilia Romagna.

Mi sia infine consentito di ringraziare per la sua preziosa collaborazione – sia per il Convegno che per la confezione di questo volume – la dott.ssa Oriana Maria Mazzola del Centro Interdipartimentale di Ricerche sul Diritto Europeo (CIRDE) dell'Università di Bologna.

PRIMA SESSIONE

GLI STANDARDS DI TUTELA DELL'UE A CONFRONTO CON GLI STANDARDS INTERNAZIONALI

PRESIDENTE

Prof. GIORGIO GAJA

IL DIRITTO DI ASILO.
GLI STANDARD DI TUTELA DELL'UNIONE EUROPEA
E IL CONFRONTO
CON GLI STANDARD INTERNAZIONALI

Bruno NASCIMBENE*

SOMMARIO: 1. La presenza di standard di diversa origine e contenuto. – 2. Diritto dello Stato e diritti dell'uomo. – 3. Le fonti: norme di diritto internazionale consuetudinario e pattizio. Gli strumenti di diritto umanitario. – 4. Lo *status* di rifugiato. Il "sistema di Ginevra". – 5. La protezione indiretta al diritto di asilo: in particolare il divieto di espulsione e di respingimento. – 6. Le norme dell'Unione europea. Lo standard di Ginevra e della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. – 7. La politica comune dell'Unione in materia di asilo e la tutela dei diritti fondamentali. – 8. La formazione progressiva di uno standard di protezione dell'Unione europea. – 9. Le modifiche introdotte dal Trattato di Lisbona. Una formula più ampia di protezione. – 10. Le garanzie riconosciute. Alcuni profili problematici quanto alla possibile violazione di diritti fondamentali. – 11. L'uniformità di qualifiche e procedure. – 12. La rilevanza e definizione di standard di protezione secondo l'orientamento della Corte di giustizia.

1. La presenza di standard di diversa origine e contenuto

Un confronto fra gli standard di diritto internazionale e di diritto dell'Unione europea in materia di asilo ha, come necessari punti di riferimento, da un lato la Convenzione relativa allo *status* dei rifugiati, promossa dalle Nazioni Unite (adottata a Ginevra il 28 luglio 1951) e il Protocollo di modifica (adottato a New York il 31 gennaio 1967); dall'altro lato sia il diritto primario rappresentato dal Trattato CE (TCE), prima, e dal Trattato UE (TUE) e dal Trattato sul funzionamento dell'Unione eu-

* Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Milano.

ropea (TFUE) dopo, successivamente cioè all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, sia il diritto secondario, quali le direttive e i regolamenti adottati per dare attuazione alle norme primarie.

La lettura di queste norme, oggetto di recente interpretazione da parte della Corte di giustizia in via pregiudiziale, e in un caso anche nell'ambito di una procedura di annullamento (promossa dal Parlamento europeo contro il Consiglio)[1], pone una serie di problemi di inquadramento storico dell'istituto dell'asilo (territoriale, distinto da quello extraterritoriale, di diverso significato e rilevanza almeno sotto il profilo giuridico), manifestatisi soprattutto quando, alla fine della seconda guerra mondiale, si era creato in Europa un grande numero di rifugiati e di sfollati, e quando si era posta nella comunità internazionale l'esigenza di un impegno solenne, in particolare, da parte degli Stati membri dell'Organizzazione delle Nazioni Unite, perché venissero garantite la tutela e il rispetto dei diritti fondamentali della persona[2].

[1] Le sentenze in questione sono del 28.5.2006, causa C-133/06, *Parlamento europeo c. Consiglio,* in *Raccolta,* 2008, p. I-3189; 29.1.2009, causa C-19/08, *Petrosian,* in *Raccolta,* 2009 p. I-495*;* 17.2.2009, causa C-465/07, *Elgafaji,* in *Raccolta*, 2009, p. I-921; 2.3.2010, *Salahadin Abdulla e a.,* cause riunite C-175/08, C-176/08, C-178/08, C-179/08, in *Raccolta,* p. I-in corso di pub.**;** 17.6.2010*,* C-31/09, *Bolbol*, in *Raccolta*, p. I-in corso di pub.; 9.11.2010, cause riunite C-57/09 e C-101/09*, B e D,* in *Raccolta*, p. I-in corso di pub. Si ricordano anche, fra le cause pendenti, le conclusioni dell'avvocato generale Cruz Villalón, in causa C-69/10, *Samba Diouf*, presentate il 1.3.2011.

[2] Per profili di carattere generale e sull'evoluzione delle nozioni di asilo, territoriale e extraterritoriale, nonché di rifugio, si vedano M. GIULIANO, *Asilo* (*diritto di) (diritto internazionale)*, voce in *Enc. dir*., II, Milano, 1958, p. 204 ss.; A. MIGLIAZZA, *Asilo* (*diritto internazionale*), voce in *Noviss. dig. It.*, I, Torino, 1958, p. 1039 ss.; G. CONETTI, *Rifugiati*, voce in *Noviss. dig. it*., Appendice, VI, Torino, 1986, p. 819 ss.; E. BERNARDI, *Asilo politico*, voce in *Dig. disc. pubbl*., I, Torino, 1987, p. 421 ss.; i vari contributi in F. RIGAUX (ed.), *Droit d'asile*, Bruxelles, 1988; in *Droit d'asile et des réfugiés, Colloque de Caen de la Société Française pour le Droit International*, Paris, 1997; R. PISILLO MAZZESCHI, *Il diritto di asilo 50 anni dopo la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo*, in *Riv. internaz. dir. uomo*, 1999, p. 694 ss.; J.C. HATHAWAY, *The Rights of Refugees under International Law*, Cambridge, 2005, p. 1 ss.; i vari contributi in E. FELLER, V. TURK, F. NICHOLSON (eds.), *Refugee Protection in International Law*, Cambridge, 2005. In epoca più recente si vedano i contributi di M. PEDRAZZI, *Il diritto di asilo nell'ordinamento internazionale agli albori del terzo millennio*, in L. ZAGATO (a cura di), *Verso una disciplina comune del diritto d'asilo*, Padova, 2006, p. 13 ss.; A. GIOIA, *Asilo*, voce in *Dizionario di diritto pubblico*, I, Milano, 2006, p. 449 ss.; i vari contributi in B.M. BILOTTA, F.A. CAPPELLETTI (a cura di), *Il diritto d'asilo*, Padova, 2006; B. NASCIMBENE, C. FAVILLI, *Rifugiati*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, V, Milano, 2006, p. 5306 ss.; G.S. GOODWIN-GILL, J. MC ADAM, *The Refugee in International Law*, 3rd, Oxford, 2007, p. 1 ss.; J.-Y. CARLIER, *Droit d'asile et des réfugiés. De la protection aux droits, in Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye*, t. 332(2007), tiré à part, Leiden-Boston, 2008, p. 40 ss.; G. CORDINI, *Il diritto d'asilo nelle costituzioni contemporanee e nell'ordinamento dell'Unione europea*, in D. CASTELLANO (a cura di), *Il diritto di asilo in Europa: problemi e prospettive*, Napoli, 2008, p. 51 ss.; i

2. Diritto dello Stato e diritti dell'uomo

Al tema dell'asilo l'*Institut de droit international* dedicò una risoluzione (sessione di Bath, 1950) intitolata *L'asile en droit international public*, relatore Perassi (reduce dai lavori della Costituente ove collaborò, quale membro della Commissione dei 75, alla redazione dell'art. 10, 3° comma Cost. in materia, appunto, di diritto d'asilo). I lavori dell'*Institut*, le discussioni sul tema mostrano quanto fosse difficile trovare un consenso circa la definizione di asilo e, soprattutto, contemperare le esigenze di chi voleva privilegiare la prerogativa o competenza esclusiva dello Stato a concedere l'asilo con le diverse istanze umanitarie facenti capo all'individuo e, quindi, con la tutela di suoi diritti in quanto tale[3].

Per quanto la risoluzione tenga conto di tali istanze, che solo due anni prima (10 dicembre 1948) erano state solennemente accolte e proclamate nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (l'articolo 14 è dedicato, precisamente, all'asilo) e per quanto la risoluzione richiami, nel preambolo, la Dichiarazione stessa, sottolineando come il riconoscimento internazionale dei diritti della persona umana imponga un nuovo e diverso modo di intendere e garantire il diritto di asilo, è la sovranità dello Stato nella concessione del diritto di asilo a rivestire il ruolo di elemento centrale dell'istituto.

Diritto di asilo è dunque la protezione concessa dallo Stato sul proprio territorio (o in un luogo sottoposto alla propria sovranità) a un individuo che vi si sia recato per farne richiesta. Rifugio è la situazione di fatto che rappresenta il presupposto dell'asilo: lo Stato non ha l'obbligo di concedere l'asilo (salvo sia previsto in convenzioni internazionali), così come l'individuo non ha il diritto di ottenerlo.

Diritto "di" asilo e diritto "all'"asilo sono dunque figure distinte, la prima appartenendo alle manifestazioni tipiche della sovranità dello Stato, la seconda all'ambito e al complesso delle norme di diritto umanitario che limitano tale sovranità. Tesi dominante, all'epoca dei lavori del-

vari contributi in P. BENVENUTI (a cura di), *Flussi migratori e fruizione dei diritti fondamentali*, Ripa di Fagnano alto, 2008; sull'evoluzione storica dell'istituto F. LENZERINI, *Asilo e diritti umani*, Milano, 2009, spec. pp. 8, 141 ss.; F. RESCIGNO, *Il diritto di asilo*, Roma, 2011, spec. p. 19 ss.

[3] Sui lavori dell'*Institut de droit international*, cfr. la risoluzione dell'11.9.1950, in *Résolutions dell'Institut de droit international 1873-1956*, Bâle 1957, p. 58; sui lavori preparatori e le discussioni cfr. *Annuaire dell'Institut de droit international,* 43° vol., Session de Bath, septembre 1950, Bâle 1950, I, p. 133 ss. e II, p. 198 ss. Il «Rapport supplémentaire et projet définitif de Résolutions» è di Tomaso Perassi, *ivi*, p. 162 ss. Per alcuni rilievi sulla risoluzione dell'*Institut*, nonché sulla configurazione del diritto dello Stato, F. LENZERINI, *Asilo* cit., p. 37 ss.

l'*Institut*, in mancanza di una chiara affermazione delle norme di diritto umanitario e del riconoscimento di diritti all'individuo, era dunque l'assenza di norme consuetudinarie in materia. La risoluzione si preoccupa, per così dire, di giustificare il comportamento dello Stato che concede l'asilo, nei confronti degli altri Stati e dello Stato di appartenenza della persona, dichiarando (art. 2, 1° comma) che non incorre in alcuna responsabilità internazionale, a seguito di tale concessione. Un'impostazione, questa, centrata sul diritto dello Stato piuttosto che sui diritti dell'individuo, peraltro ribadita in epoca recente dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, come si dirà[4].

3. Le fonti: norme di diritto internazionale consuetudinario e pattizio. Gli strumenti di diritto umanitario

Il quadro di riferimento cambia con la conclusione di convenzioni internazionali, specifiche nella materia, quali (a livello universale) la Convenzione di Ginevra e il Protocollo di New York, o generiche, di diritto umanitario ma applicabili alla materia dell'asilo, come la Convenzione europea dei diritti dell'uomo (1950), il Patto internazionale sui diritti civili e politici (1966), la Convenzione contro la tortura e altri trattamenti o punizioni crudeli, inumane o degradanti (1984).

In epoca più recente, nel più limitato contesto geografico e politico europeo, l'asilo o meglio la politica di asilo è divenuta parte integrante di quello spazio di libertà, sicurezza e giustizia la cui realizzazione è obiettivo fondamentale dell'Unione europea (art. 3, par. 2 TUE e art. 67 ss. TFUE, già art. 2, quarto trattino TUE e art. 61 ss. TCE).

La dottrina che si è interrogata, alla luce delle norme convenzionali e della prassi, circa l'esistenza di una norma di diritto internazionale consuetudinario sul diritto d'asilo, ritiene che ancor oggi la norma non esista se non per alcuni aspetti o principi in cui tale diritto si esprime e manifesta. Il principio di *non refoulement* si può ritenere, appunto, un principio di natura consuetudinaria, che si esprime nel divieto di respingere alla frontiera uno straniero (o apolide), di espellerlo o estradarlo o allontanarlo verso un Paese dove è probabile che subisca persecuzione o tortura o (secondo una interpretazione più ampia) ove può correre il rischio di essere espulso, allontanato, estradato verso un Paese che non rispetta i diritti fondamentali. Si tratta di un diritto di asilo di contenuto minimo e di durata temporanea: la persona resta sul territorio dello Stato

[4] Si veda il successivo par. 5.

e non viene *refoulée* per tutto il tempo in cui la sua vita e libertà possono essere minacciate se venisse invece espulsa, allontanata, estradata. Espressione dello stesso principio o suo corollario è il divieto di estradizione per reati politici, contenuto in una varietà di trattati bilaterali e multilaterali: l'estradizione, infatti, comporterebbe la consegna della persona allo Stato ove subirebbe una persecuzione[5].

La ricognizione delle fonti di diritto internazionale, delle convenzioni e della prassi, alla ricerca di una norma consuetudinaria in materia, porta a concludere che il diritto d'asilo dipende ancora, in gran parte dalla sovranità dello Stato. Salvo per quel "nucleo irrinunciabile", di natura "inderogabile e cogente" che discende da atti e strumenti di diritto umanitario, che sanciscono il divieto di tortura e trattamenti disumani: nucleo contenuto, questo sì, in una norma di diritto internazionale generale che si esprime nel divieto di *refoulement*. Una disamina degli atti e delle prassi rilevanti, con conclusioni che mancano forse di incisività quanto all'affermazione del diritto di asilo, è svolta dal relatore speciale Kamto della Commissione di diritto internazionale delle N.U., soprattutto nel secondo (2006) e nel terzo (2007) rapporto "Sull'espulsione degli stranieri". L'art. 5 del progetto di articoli in materia è dedicato, precisamente, alla "Non espulsione" dei rifugiati, riprendendo essenzialmente gli articoli 32 (espulsione) e 33 (divieto di espulsione e di rinvio) della Convenzione di Ginevra[6].

Fra gli atti e strumenti di diritto umanitario assume un rilievo stori-

[5] Sul divieto di *refoulement,* fra i molti contributi, quelli di R. PISILLO MAZZESCHI, M. PEDRAZZI citt.; più recentemente F. SALERNO, *L'obbligo internazionale di* non-refoulement *dei richiedenti asilo*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2010, p. 487 ss., spec. p. 502 s. Quanto all'interpretazione più ampia proposta, si veda in particolare G.S. GOODWIN-GILL, J. Mc ADAM, *The Refugee* cit., p. 345 ss.; cfr. pure K. HAILBRONNER, Non-Refoulement *and «Humanitarian» Refugees: Customary International Law or Wishful Legal Thinking?,* in *Virginia JIL,* 1986, p. 866 ss.; B. NASCIMBENE, *Il diritto di asilo e lo* status *di rifugiato. Profili di diritto interno e comunitario,* in *Studi Panzera,* II, Bari, 1995, p. 519 ss. e dello stesso *La condizione giuridica dello straniero,* Padova, 1997, p. 886 ss. (rifer. *ivi).* Cfr. pure E. LAUTERPACHT, D. BETHLEHEM, *The Scope and Content of the Principle of* Non-Refoulement: *Opinion,* in E. FELLER, V. TURK, F. NICHOLSON, *Refugee* cit., p. 140 ss. Per ampi rilievi sulla formazione di una norma consuetudinaria, e le ipotesi in cui divieto di *refoulement* e diritto di asilo possono configurarsi, considerata l'incidenza di diritto umanitario, come norme di *jus cogens,* più recentemente F. LENZERINI, *Asilo* cit., pp. 320, 335 ss.

[6] Sui lavori di codificazione della Commissione di diritto internazionale delle Nazioni Unite sull'«espulsione degli stranieri», si vedano i cinque rapporti presentati dal relatore speciale M. KAMTO, A/CN.4/554, A/CN.4/573, A/CN.4/581, A/CN.4/611 (cfr. in particolare il secondo rapporto, par. 57 ss. e con specifico riferimento ai rifugiati, il terzo rapporto, par. 58 ss.; sul nesso con la protezione dei diritti fondamentali, il quinto rapporto); per i lavori in corso si veda il doc. A/CN.4/620.

co-ricostruttivo di obblighi internazionali la Dichiarazione universale. Essa sancisce il diritto di ogni individuo "di cercare e godere in altri paesi asilo dalle persecuzioni", seppur con il limite che tale diritto non possa essere invocato "qualora l'individuo sia realmente ricercato per reati non politici o per azioni contrarie ai fini delle Nazioni Unite" (art. 14). Convenzioni a carattere regionale quali la Convenzione americana sui diritti umani (1969) e la Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli (1981) si ispirano alla Dichiarazione e prevedono il diritto, in caso di persecuzione, di cercare e ricevere asilo, nonché il divieto di *refoulement* (art. 22 della Convenzione, art. 12 della Carta).

4. Lo status *di rifugiato. Il "sistema di Ginevra"*

Il "sistema di Ginevra" si fonda sulla Carta delle N.U. e sulla Dichiarazione universale[7]. Esso non riconosce il diritto d'asilo in sé, ma disciplina il regime giuridico applicabile a chi ha ottenuto il riconoscimento dello *status* di rifugiato, cioè di chi, secondo la definizione di cui all'art. 1, sfugge alle persecuzioni e non può o non vuole, per il timore di esservi sottoposto, fare ritorno nel proprio Paese (o in quello in cui aveva la residenza). Una specifica Convenzione sull'asilo che avrebbe assicurato quella protezione internazionale e umanitaria in grado di definire un vero e proprio diritto d'asilo, non è mai stata conclusa. L'Assemblea generale si è limitata a una Dichiarazione sull'asilo territoriale (1967), che per quanto tenga conto di esigenze umanitarie, conferma l'impostazione tradizionale, fondata sul diritto d'asilo concesso dallo Stato nell'esercizio della sua sovranità e che deve essere rispettato dagli altri Stati, non già sul diritto d'asilo quale diritto individuale della persona (art. 1 Dichiarazione).

Le lacune che presentano le norme internazionali sono state colmate, almeno in parte, dalla prassi dell'Alto Commissariato delle NU per i rifugiati (UNHCR), organo sussidiario dell'Assemblea generale. Lo Sta-

[7] Sul sistema della Convenzione di Ginevra cfr., fra gli altri, G. STROZZI, *Introduzione al capitolo quinto,* in E. VITTA, V. GREMENTIERI, *Codice degli atti* cit., p. 351 ss.; P. BENVENUTI, *La Convenzione di Ginevra sullo* status *dei rifugiati,* in L. PINESCHI (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani,* Milano, 2006, p. 151 ss.; cfr. pure J.-Y. CARLIER, *Et Genève sera... la définition du réfugié: bilan et perspectives,* in AA.VV., *La Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés 50 ans après: bilan et perspectives,* Bruxelles, 2001, p. 63 ss.; P. ARTINI, *La Convenzione di Ginevra del 1951 ed il suo ruolo nella attuale realtà dei flussi migratori,* in P. BENVENUTI (a cura di), *Flussi* cit., p. 49 ss.; *ivi* A. MARCHESI, *Diritto di asilo e procedure di riconoscimento del diritto all'asilo. Brevi considerazioni,* p. 167 ss. Cfr. pure gli autori citt. alla nota 2.

tuto dell'Alto Commissariato conferisce competenze assai ampie perché sia assicurata la protezione internazionale, in cooperazione con i governi nazionali e con le organizzazioni internazionali, intergovernative e private. L'Alto Commissariato promuove "soluzioni permanenti del problema dei rifugiati", ma soprattutto esercita (su richiesta del Segretario generale o dell'Assemblea generale) azioni umanitarie, di protezione e assistenza a favore di individui che non sono riconosciuti come rifugiati secondo la Convenzione, ma sono rifugiati di fatto, rifugiati economici, sfollati, *displaced persons.*

La Convenzione di Ginevra definisce uno standard di trattamento che è certamente il più ampio e diffuso nella comunità internazionale. Essa rappresenta (come afferma anche la Corte di giustizia dell'Unione europea nella giurisprudenza che sarà ricordata poco oltre) un parametro ineludibile in materia, anche se non copre tutte le situazioni meritevoli di protezione.

I "pilastri" del sistema di Ginevra sono la definizione di rifugiato, il divieto di *refoulement* "in nessun modo", quindi di *refoulement* diretto e indiretto verso Stati ove la vita e la libertà sono minacciate per quelle cause che legittimano l'individuo a chiedere il rifugio (art. 33, par. 1). Due sole eccezioni sono ammesse dalla Convenzione: *a)* la presenza di gravi motivi che fanno ritenere la persona un pericolo per lo Stato in cui si trova e *b)* una condanna con sentenza passata in giudicato per un reato particolarmente grave (l'individuo, insomma, rappresenta una minaccia grave per lo Stato, art. 33, par. 2 Convenzione).

La Convenzione definisce anche gli obblighi e i diritti del rifugiato, il suo "statuto" e, preme sottolineare (anche per quanto si dirà circa la disciplina prevista dal diritto dell'Unione), lascia impregiudicato il trattamento più favorevole disposto da altre Convenzioni. Sul punto, si sono pronunciati la Corte di giustizia, e in particolare l'avvocato generale Mengozzi nelle conclusioni nelle cause riunite *B e D,* di cui si dirà poco oltre[8].

5. La protezione indiretta al diritto di asilo: in particolare il divieto di espulsione e di respingimento

Le questioni che si pongono al nostro esame sono, essenzialmente, due. Da un lato, la necessità di integrare il sistema di Ginevra con gli strumenti internazionali di diritto umanitario e l'aspetto positivo che

[8] Cfr. il par. 12; la sentenza è cit. alla nota 1.

questi esercitano completando il sistema; dall'altro lato l'integrazione di questo sistema universale o tendenzialmente universale nel "sottosistema" regionale comunitario, costituito dal TUE e dal TCE, prima, e poi (con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona) dal TUE modificato e dal TFUE.

Sotto il primo profilo si osserva che vari strumenti internazionali offrono una protezione indiretta al diritto di asilo, prevedendo il divieto di espellere, respingere, estradare una persona verso uno Stato in cui vi siano seri motivi per ritenere che rischierebbe di essere sottoposto a tortura.

Un divieto assoluto (senza le eccezioni, invece, previste dalla Convenzione di Ginevra e prima ricordate) è previsto dalla Convenzione contro la tortura (art. 3) e la prassi del Comitato contro la tortura, cui i singoli possono rivolgersi presentando comunicazioni nei confronti degli Stati (artt. 17, 22 Convenzione), conferma una interpretazione senza eccezioni a tale divieto. Lo stesso principio è affermato nel Patto internazionale sui diritti civili e politici (art. 7) e nella giurisprudenza del Comitato dei diritti dell'uomo che ha competenza a pronunciarsi sulle comunicazioni presentate dagli individui (art. 28 Patto, e Protocollo facoltativo [1966]).

Il contributo più significativo è, comunque, rappresentato dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo[9]: una persona non può essere espulsa o estradata se corre il rischio di attentato o privazione arbitrario della propria vita, di subire la tortura, di subire pene e trattamenti inumani o degradanti, di subire violazioni del rispetto della vita privata e familiare, in particolare del principio dell'unità familiare. Mentre però il diritto alla vita e il divieto di tortura sono inderogabili (artt. 2, 3 Convenzione), il diritto all'unità familiare (art. 8) può invece subire

[9] Per un esame della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo si vedano G. MALINVERNI, *I limiti all'espulsione secondo la Convenzione europea dei diritti dell'uomo,* in F. SALERNO (a cura di), *Diritti dell'uomo* cit., p. 165 ss.; V. STARACE, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo ed estradizione, ivi,* p. 97 ss.; B. NASCIMBENE, *La Convenzione, la condizione dello straniero, la giurisprudenza,* in B. NASCIMBENE (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Profili ed effetti nell'ordinamento italiano,* Milano, 2002, p. 153 ss.; J.-P. COSTA, *Expulsion et réadmission: la protection des libertés fondamentales,* in U. LEANZA (a cura di), *Le migrazioni. Una sfida per il diritto comunitario e interno,* Napoli, 2005, p. 143 ss.; C. FIORAVANTI, *Diniego di riconoscimento dello* status *di rifugiato e concessione del permesso di soggiorno per la protezione degli individui dal rischio di tortura,* in L. ZAGATO, *Verso una disciplina comune* cit., p. 233 ss.; N. MOLE, *Asylum and European Convention on Human Rights,* Strasbourg, 2007, p. 18 ss.; F. RESCIGNO, *Il diritto* cit., p. 93 ss.; cfr. anche gli autori citt. alla nota successiva. Per alcuni rilievi sul tema cfr. R. BARATTA, *Spunti di riflessione sulle condizioni del migrante irregolare nella giurisprudenza internazionale,* in P. BENVENUTI (a cura di), *Flussi* cit., p. 13 ss.. Per un esame, in generale, dei limiti posti all'espulsione, M. KAMTO, *Preliminary Report on the Expulsion of Aliens*, A/CN.4/554 cit.

deroghe (per ragioni di sicurezza nazionale, ordine pubblico, benessere economico del Paese, prevenzione dei reati, protezione della salute o della morale, protezione dei diritti e delle libertà altrui, art. 8, par. 2). L'allontanamento, il *refoulement* vengono dunque, in queste ipotesi di deroga, sottoposti a un giudizio o test di proporzionalità, i fini pubblici perseguiti dallo Stato dovendo essere bilanciati con il sacrificio che la vita privata, i legami familiari, il radicamento in un certo ambiente sociale vengono a subire per effetto dell'allontanamento.

La presenza di limiti al diritto alla libertà personale e alla sicurezza è espressa anche nella norma (art. 5, par. 1, lett. *f)* che consente la privazione della libertà, l'arresto e la detenzione di una persona, per impedirle di penetrare irregolarmente nel territorio dello Stato, o di una persona contro la quale è in corso un procedimento di espulsione o di estradizione. Con una sentenza che suscita perplessità sulle affermazioni di principio relative ai diritti dello Stato nei confronti dell'individuo (*Saadi c. Regno Unito*) la Corte ha riconosciuto legittime, seppure eccezionali, le norme che consentono la detenzione dei richiedenti asilo, perché proporzionate rispetto allo scopo perseguito. Viene confermato il tradizionale diritto di conservazione dello Stato a tutela delle frontiere, lo Stato esercitando un diritto sovrano sul controllo dell'ingresso e soggiorno, non dovendo essere tenuto a distinguere i migranti clandestini dai richiedenti asilo[10].

[10] Si veda, nei termini ricordati, la sentenza GC, 29.1.2008, *Saadi c. Regno Unito*; sul carattere assoluto del divieto di cui all'art. 3 CEDU, Corte, GC, 28.2.2008, *Saadi c. Italia*. Per rilievi critici cfr. A. GIANELLI, *Il carattere assoluto dell'obbligo di* non-refoulement*: la sentenza* Saadi *della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. internaz.*, 2008, p. 449 ss.; D. MOECKLI, *Saadi v Italy*: *The Rules of the Game Have Not Changed*, in *Human Rights Law Review*, 2008, p. 534 ss.; E. OCELLO, *La detenzione dei richiedenti asilo nel diritto comunitario alla luce della giurisprudenza della Corte di Strasburgo: il caso* Saadi c. Regno Unito, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2009, p. 87 ss.; S. SILEONI, *La CEDU e l'espulsione di immigrati stranieri: il caso Saadi c. Italia,* in *Quaderni costituzionali,* 2009, p. 719 ss.*;* A. TANCREDI, *Assicurazioni diplomatiche e divieto "assoluto" di* refoulement *alla luce di alcune recenti pronunzie della Corte europea dei diritti umani,* in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2010, p. 41 ss. Sull'orientamento della Corte sui profili ricordati cfr. 7.7.1989, *Soering c. Regno Unito;* 17.12.1996, *Ahmed c. Austria*; 18.11.2008, *M. c. Italia;* 2.12.2008, *K.R.S. c. Regno Unito;* 24.2.2009, *Ben Khemais c. Italia*; 5.3.2009, *Sellem c. Italia;* 11.6.2009, *S.D. c. Grecia*, oltre a *Saadi c. Italia* cit., e più recentemente, in senso diverso dall'orientamento espresso in *K.R.S. c. Regno Unito*, GC, 21.1.2011, *M.S.S. c. Belgio e Grecia*. Cfr. inoltre 5.4.2011, *Toumi c. Italia*.

6. Le norme dell'Unione europea. Lo standard di Ginevra e della Convenzione europea dei diritti dell'uomo

Può sembrare un luogo comune l'affermazione che il diritto comunitario e dell'Unione è un diritto in divenire, dotato di rilevante forza invasiva sui diritti nazionali, ma se c'è un settore in cui tale diritto si dimostra una *incoming tide* secondo la nota affermazione di Lord Denning, questo è il diritto di asilo. Esso appartiene a uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia che era inesistente nel sistema giuridico comunitario, almeno fino al Trattato di Maastricht. Non esisteva una politica di asilo e neppure una politica in materia di immigrazione: si trattava (Maastricht, art. 1 TUE) di un semplice "settore di comune interesse" oggetto di cooperazione intergovernativa, poi comunitarizzato con il Trattato di Amsterdam (art. 61 ss. TCE) ed oggi (art. 67 TFUE) divenuto parte integrante di una vera e propria "politica comune in materia di asilo"[11].

Grazie alla comunitarizzazione si sono realizzate le prime iniziative legislative (direttive e regolamenti) ed è ormai avviata la c.d. seconda fase della politica comune.

Mi riferisco alle quattro direttive ed ai quattro regolamenti che costituiscono il *corpus* o apparato normativo approvato fra il 2000 e il 2005 in base ai due programmi quinquennali di Tampere (1999-2004) e dell'Aja (2004-2009), cui è seguito quello di Stoccolma (2010-2014). Quest'ultimo, insieme al "Patto europeo sull'immigrazione e l'asilo",

[11] Sul tema del diritto di asilo e della politica europea in materia, si vedano, fra gli altri, B. NASCIMBENE, *Il futuro della politica europea di asilo,* ISPI, Working paper n. 25, giugno 2008 (e con C. FAVILLI, *Rifugiati* cit.); A. ADINOLFI, *Riconoscimento dello* status *di rifugiato e della protezione sussidiaria: verso un sistema comune europeo?,* in *Riv. dir. internaz.,* 2009, p. 669 ss.; E. BENEDETTI, *Il diritto di asilo e la protezione dei rifugiati nell'ordinamento comunitario dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona,* Padova, 2010, p. 101 ss.; P. DE PASQUALE, *Respingimenti, rimpatri e asilo: la tutela degli immigrati irregolari nell'UE*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2010, p. 19 ss.; D. U. GALETTA, *The European Asylum Policy: Myth and Reality,* in P. BIRKINSHAW , M. VARNEY (eds.), *The European Legal Order after Lisbon,* Alphen aan den Rijn, 2010, p. 213 ss.; H. LABAYLE, *Le droit européen de l'asile devant ses juges: précisions ou remise en question ?*, in *Revue française de droit administratif*, 2011, in corso di pubblicazione; cfr. anche, su alcuni profili particolari (obblighi degli Stati, norme dell'Unione, respingimenti in mare e richiedenti asilo), il nostro *Il respingimento degli immigrati e i rapporti fra Italia e Unione europea*, Documenti IAI, settembre 2009, in *www.iai.it*; V. MORENO-LAX, *Seeking asylum in the Mediterranean: Against a Fragmentary Reading of EU Member States' Obligations Accruing at Sea*, in *International Journal of Refugee Law*, 2011, n. 2, p. 174 ss. Per un esame di norme e orientamenti giurisprudenziali nazionali cfr. i vari contributi in G. GOODWIN-GILL, H. LAMBERT (eds.), *The Limits of Transnational Law: Refugee Law*, *Policy Harmonisation and Judicial Dialogue in the European Union,* Cambridge, 2010.

adottato dal Consiglio europeo nell'ottobre 2008 (nonché al Piano strategico sull'asilo, adottato dalla Commissione nel giugno 2008), traccia le linee evolutive della seconda fase, ricca di proposte[12]. L'istituzione dell'Ufficio europeo di sostegno per l'asilo[13] rappresenta la prima realizzazione del "sistema europeo comune di asilo" (CEAS). Non v'è dubbio che lo standard di trattamento di chi beneficia della politica comune contenuta, principalmente, negli articoli 67 e 78 del TFUE sarà migliore o più elevato o più favorevole di quello proprio della Convenzione di Ginevra. Lo standard di Ginevra rappresenta il presupposto dei regolamenti che compongono il c.d. sistema di Dublino (Dublino II e Eurodac, completati da regolamenti di applicazione) e delle direttive su accoglienza, protezione temporanea, qualifiche, procedure.

La Convenzione è (considerando n. 3, direttiva qualifiche) "la pietra angolare della disciplina giuridica internazionale relativa alla protezione dei rifugiati": in questi termini si esprime anche la Corte di giustizia (*Salahadin Abdulla e a.*),sottolineando lo stretto legame fra la direttiva e la Convenzione[14].

Le disposizioni della direttiva, precisa la Corte, devono essere interpretate "alla luce dell'economia generale e delle finalità" della stessa, sia "nel rispetto della Convenzione di Ginevra e degli altri trattati pertinenti", sia (come precisa il considerando n. 10, direttiva qualifiche) "nel ri-

[12] Sul più recente Programma di Stoccolma, cfr. le conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Bruxelles del 10-11 dicembre 2009, con cui il Consiglio ha adottato il Programma, denominato *Un'Europa aperta e sicura al servizio e a tutela dei cittadini*, in *GUUE,* C115 del 4.5.2010; al Programma si accompagna un piano d'azione per la sua attuazione, denominato «Creare uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia per i cittadini europei», contenuto nella Comunicazione della Commissione COM (2010) 171 del 20.4.2010. In precedenza, sull'evoluzione della protezione in materia di asilo, si veda il piano strategico della Commissione *Un approccio integrato in materia di protezione nell'Unione europea,* COM (2008) 360 del 17.6.2008; per il testo del Patto europeo sull'immigrazione e l'asilo, adottato dal Consiglio europeo del 16.10.2008, cfr. il doc. del Consiglio dell'Unione europea n. 135508 del 24.9.2008. Il Consiglio GAI del 3.4.2010 ha adottato delle conclusioni sul seguito da dare al Patto, dando atto dei progressi compiuti in molti settori di intervento indicati nel Patto ed evidenziati nella Comunicazione della Commissione COM (2010) 214 del 6.5.2010, *Prima relazione annuale sull'immigrazione e l'asilo (2009).*

[13] Cfr. il regolamento n. 439/2010 del 19.5.2010 che ha istituito l'Ufficio e la decisione dei rappresentanti dei governi degli Stati membri, riuniti in sede di Consiglio, del 25.2.2010, che ne ha fissato la sede (a Valletta Harbour), rispettivamente in *GUUE*, L 132 del 29.5.2010 e in *GUUE*, L 324 del 9.12.2010.

[14] Cfr. in particolare il punto 52 della sentenza; negli stessi termini le sentenze *Bolbol* cit., punti 37-38; *B e D*, punti 77-78. Per alcuni rilievi in proposito cfr. R. ERRERA, *The CJEU and Subsidiary Protection: Reflections on Elgafaji - and After*, in *International Journal of Refugee Law*, 2010, consultabile anche in *http://ijrl.oxfordjournals.orag.*

spetto dei diritti fondamentali e dei principi riconosciuti segnatamente nella Carta" dei diritti fondamentali dell'Unione europea[15].

7. La politica comune dell'Unione in materia di asilo e la tutela dei diritti fondamentali

L'art. 78 TFUE precisa che la politica comune deve essere conforme alla Convenzione di Ginevra e al Protocollo di New York, nonché "agli altri trattati pertinenti". Tale politica si realizza, peraltro, nel pieno rispetto dei diritti fondamentali: così dispone l'art. 67 che richiama espressamente il rispetto dei diritti fondamentali, ma anche dei diversi ordinamenti giuridici e delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri. Si tratta di un richiamo indiretto all'art. 6 TUE, al par. 3 in particolare, secondo cui i diritti fondamentali, garantiti dalla CEDU e "risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali". La Carta dei diritti fondamentali, che secondo lo stesso art. 6, par. 1, ha lo stesso valore giuridico dei Trattati, contiene una norma espressa in materia di diritto d'asilo (art. 18), che deve essere considerato congiuntamente alla norma (art. 19) sulla protezione in caso di allontanamento, espulsione, estradizione. L'asilo, si afferma, è garantito nel rispetto del sistema di Ginevra, nel rispetto del TUE e del TFUE; il *refoulement* è vietato verso lo Stato in cui "esiste un rischio serio di essere sottoposto alla pena di morte, alla tortura o ad altre pene o trattamenti inumani o degradanti". Le "Spiegazioni" relative alla Carta, che ne hanno valore interpretativo (in questi termini il preambolo, quinta frase), precisano, quanto alla norma sul *refoulement*, che essa "incorpora la pertinente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo relativa all'art. 3 della CEDU" (ricordando le sentenze della Corte europea *Ahmed, Soering*), e confermano lo stretto nesso esistente fra la Carta e la CEDU[16].

[15] Cfr. sentenza *Salahadin Abdulla e a.* cit., punti 53-54, nonché le conclusioni dell'avvocato generale Mengozzi in causa *B e D*, spec. punti 22- 40. Sulla rilevanza della Carta cfr. anche i riferimenti alla nota 16, nonché le conclusioni dell'avvocato generale Cruz Villalón in causa *Samba Diouf* cit.

[16] Si vedano, anche per riferimenti, le "Spiegazioni", riprodotte in B. NASCIMBENE, *Unione europea. Trattati*, Torino, 2010, p. 386. Per alcuni rilievi in proposito cfr. M.T. GIL-BAZO, *The Charter of Fundamental Rights of the European Union and the Right to be Granted Asylum in the Union's Law,* in *Refugee Survey Quarterly*, 2008, n. 3, p. 33 ss.

8. La formazione progressiva di uno standard di protezione dell'Unione europea

Diritto internazionale e diritto umanitario sono, insomma, parte integrante del diritto dell'Unione. Rappresentano uno standard minimo che il Trattato di Lisbona dovrebbe elevare, nel corso del tempo. Ma ancor prima di questo Trattato le quattro direttive ricordate, per quanto dettassero "norme minime" di armonizzazione, hanno rappresentato un progresso, mancando *a)* sia una disciplina sull'accoglienza dei richiedenti asilo (quali diritti minimi sostanziali, procedurali, giurisdizionali devono essere riconosciuti all'individuo), *b)* sia una disciplina sulla protezione temporanea degli sfollati (categoria più ampia dei rifugiati) che può rappresentare una prima forma di protezione in attesa del riconoscimento dello *status* di rifugiato. Ma soprattutto, da un lato, la direttiva qualifiche codifica la prassi della protezione sussidiaria, non prevista dalla Convenzione di Ginevra, ma promossa ed esercitata dall'Alto Commissariato, definendo, accanto al rifugiato, la persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale. Dall'altro lato la direttiva procedure stabilisce norme procedurali minime sul riconoscimento e revoca dello *status* di rifugiato, cercando di eliminare o limitare il fenomeno di *asylum shopping* (seppur con risultati contenuti, considerata la discrezionalità di attuazione lasciata agli Stati), con ciò innovando nella disciplina vigente di diritto internazionale[17].

Per quanto si possano esprimere critiche al funzionamento del regolamento Dublino II, al suo automatismo (come si dirà anche oltre) nel determinare lo Stato competente (o non) nell'esaminare la domanda di asilo, e per quanto si possa manifestare insoddisfazione per l'armonizzazione minima apportata dalle due direttive "qualifiche-procedure" che in maggior misura incidono sul sistema di Ginevra, non si può dimenticare che il difetto era nella debole base giuridica rappresentata dagli articoli 61 ss. TCE, nella novità dell'attribuzione di competenze alla Comunità, nell'ancor più recente riconoscimento (a decorrere dal 1.1.2005) della procedura di codecisione anziché dell'unanimità, nonché del limite posto dall'art. 68, par. 1 TCE alla competenza pregiudiziale della Corte.

La seconda fase della politica di asilo si realizza secondo la procedura legislativa ordinaria (art. 78, par. 2 TFUE), sotto il controllo giurisdizionale di una Corte che non subisce più limiti quanto alla competen-

[17] Sulla direttiva procedure e sulla recezione nel nostro ordinamento cfr. A. MARCHESI, *Diritto di asilo* cit., p. 170 ss.; G. BARTOLINI, *Osservazioni in margine alla «direttiva procedure» 2005/85,* in P. BENVENUTI (a cura di), *Flussi* cit., p. 177 ss., *ivi* riferimenti.

za pregiudiziale. La Carta riconosce espressamente il diritto di asilo (art. 18) e le garanzie giurisdizionali che l'accompagnano (art. 47 ss.): Carta che ha assunto, già si è ricordato, valore giuridico vincolante (art. 6 TUE, Dichiarazione n. 1 allegata all'atto finale del Trattato di Lisbona).

9. Le modifiche introdotte dal Trattato di Lisbona. Una formula più ampia di protezione

Le disposizioni introdotte dal Trattato di Lisbona (art. 78 TFUE) non riguardano soltanto il diritto di asilo, bensì la più ampia forma di protezione internazionale cui corrispondono *status* diversi. L'Unione si propone non solo di offrire "uno status appropriato a chi necessita di protezione internazionale", ma anche di garantire il rispetto del principio di non respingimento. La formula usata dall'art. 78 è ancora più ampia di quella della Carta, che si riferisce al solo diritto di asilo, mentre l'art. 78 comprende sia lo *status* uniforme in materia di asilo, sia lo *status* uniforme in materia di protezione sussidiaria (non espressamente menzionata nell'art. 63 TCE), sia un sistema comune per la protezione temporanea in caso di afflusso massiccio, sia, ancora, norme comuni procedurali e norme comuni sulle condizioni di accoglienza applicabili al diritto d'asilo e anche alla protezione sussidiaria, che viene messa (diversamente dalle direttive in vigore) sullo stesso piano del diritto di asilo.

Parimenti sullo stesso piano sono messi il diritto di asilo e la protezione sussidiaria quanto ai criteri e meccanismi per la determinazione dello Stato membro competente ad esaminare una domanda, ma anche per gestire i flussi di chi chiede l'asilo, la protezione sussidiaria (o quella temporanea) al fine di assicurare il partenariato e la cooperazione con i Paesi terzi. Le politiche di immigrazione, asilo, controllo delle frontiere sono d'altra parte, tutte, fondate sulla solidarietà e sull'equa ripartizione della responsabilità fra gli Stati.

10. Le garanzie riconosciute. Alcuni profili problematici quanto alla possibile violazione di diritti fondamentali

Fra gli aspetti che meritano di essere ricordati, quanto ai progressi compiuti dalle direttive, soprattutto quella procedure, si ricordano le previsioni relative al diritto del singolo a rimanere nello Stato durante l'esame della domanda di protezione (art. 7); al divieto di arresto, almeno in linea di principio, per il solo fatto di aver fatto richiesta di asilo,

riconoscendo comunque il diritto ad ottenere un rapido sindacato giurisdizionale sulla richiesta e sull'eventuale limitazione alla propria libertà (art. 18); al diritto all'assistenza e rappresentanza legali (seppur con vari limiti quanto alla gratuità delle prestazioni (art. 15).

Generica e lacunosa è tuttavia la norma (art. 39) che a fronte di una decisione negativa prevede l'obbligo per lo Stato di assicurare "un mezzo di impugnazione efficace dinanzi a un giudice", ma non prevede una sospensione automatica della decisione a seguito dell'impugnazione, rinviando alle norme nazionali e agli obblighi internazionali assunti dagli Stati membri[18].

Uno degli aspetti più problematici della direttiva, che ha determinato anche il contenzioso fra Parlamento europeo e Consiglio[19] riguarda l'adozione di un elenco comune minimo di Paesi terzi, considerati Paesi di origine sicuri (art. 29) e un elenco di Paesi terzi europei c.d. supersicuri (art. 36). Elemento fondamentale per stabilire la fondatezza di una domanda di asilo è la sicurezza del richiedente nel Paese di origine, stabilita in base a elementi contenuti in un allegato alla direttiva (ove si fa riferimento, fra gli altri, agli standard previsti nella CEDU, nel Patto sui diritti civili e politici, nella Convenzione contro la tortura): la sicurezza si presume, pur essendo consentito al singolo di far venire meno tale presunzione nel caso specifico. La Corte ha ritenuto violate le prerogative del Parlamento perché la direttiva prevede l'adozione dell'elenco a maggioranza qualificata, con la semplice consultazione del Parlamento, anziché seguendo la procedura di codecisione (la direttiva prevede una sorta di riserva di legge a favore del Consiglio, ritenuta illegittima).

Agli aspetti positivi del sistema comunitario si affiancano le critiche, che sollecitano (già si è ricordato) a modificare il sistema vigente. L'automatismo nel trasferimento della responsabilità dell'esame di una domanda di asilo, previsto nel regolamento Dublino II, può comportare una violazione della Convenzione di Ginevra e della CEDU (artt. 2, 3) se la persona trasferita corre il rischio di essere sottoposta a privazioni della libertà o della vita o a tortura. La Corte europea, secondo un orientamento peraltro ben noto nel nostro Paese, ripetutamente "condannato" per le espulsioni verso la Tunisia (la Corte non ritenendo adeguate le assicura-

[18] Per i profili interpretativi posti dall'art. 39 cfr. la causa pendente *Samba Diouf* e le conclusioni dell'avvocato generale Cruz Villalón cit. Cfr. in argomento anche M. RENEMANM, *An EU right to interim protection during appeal proceedings in asylum cases?,* in *European journal of migration and law*, 2010, n. 4, p. 407 ss.; il rapporto dell'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali, *Access to effective remedies: The asylum-seeker perspective*, September 2010, consultabile in *http://fra.europa.eu/ fraWebsite/attachments/asylum-access-remedies-report-092010_en.pdff.*

[19] Sentenza *Parlamento europeo c. Consiglio* cit.

zioni diplomatiche fornite da questo Paese, e comunque ritenendo prevalente la valutazione del rischio in base a criteri oggettivi[20], ha censurato la Grecia per la violazione degli artt. 3 e 5, parr. 1 e 4 nei confronti di un cittadino turco, ma ha anche ordinato al nostro Paese di non trasferire in Grecia un richiedente asilo afgano per il pericolo che quest'ultimo avrebbe corso di trasferimento successivo verso l'Afghanistan. Più recentemente la Corte ha censurato il Belgio e la Grecia, il primo per aver consegnato alla seconda un cittadino afgano violando l'art. 3 (nonché gli artt. 13, 46), e questa per gravi violazioni relative al suo trattamento (artt. 3, 13)[21].

La presunzione di affidabilità, quanto a tutela dei diritti della persona, anche sotto il profilo procedurale che un Paese, come la Grecia, presenterebbe perché membro dell'Unione e destinatario di regolamenti e direttive in materia di asilo[22], può certamente essere vinta e superata: dimostrando, nella pratica, il mancato rispetto di standard minimi, ma anche, il mancato adeguamento agli obblighi comunitari da parte dello Stato in questione (la Corte di giustizia dichiarò l'inadempimento della Grecia quanto all'attuazione della direttiva accoglienza, e un procedimento di infrazione venne avviato nel 2008 per la non corretta applicazione del regolamento Dublino II)[23].

11. L'uniformità di qualifiche e procedure

La nuova fase della politica di asilo dovrà confrontarsi con l'obiettivo di rendere uniforme il riconoscimento, ed effettivo il mutuo

[20] Si vedano le sentenze *Saadi c. Italia*; *Ben Khemais c. Italia*; *Sellem c. Italia*, *Toumi c. Italia* citt.

[21] Cfr. la sentenza *M.S.S. c. Belgio e Grecia* cit., e i rilievi di H. LABAYLE, *Le droit* cit., *loc. cit.*

[22] Sulla censura alla Grecia cfr. la sentenza, *S.D. c. Grecia* e soprattutto *M.S.S. c. Belgio e Grecia* citt.; sulla pronuncia nei confronti del nostro Paese cfr. la sentenza *M.c. Italia* cit.. Si vedano, in argomento, i documenti *Posizione dell'UNHCR sul rinvio di richiedenti asilo verso la Grecia in attuazione del regolamento Dublino,* del 15.4.2008 e il *Complaint* alla Commissione europea di varie organizzazioni (Dutch Council for Refugees, Finnish Refugee Advice Centre, Pro Asyl, Refugee and Migrant Justice) del 10.11.2009. Per i rilievi in argomento cfr. J. STANLEY, *Presumption of compliance, or obligation to consider facts?: recent case law on transfers of asylum seekers to Greece under the Dublin Regulation (Council Regulation (EC) No 343/2003),* in *Juridikum*, 2010, p. 261 ss.

[23] Cfr. la sentenza 19.4.2007, causa C-72/06, *Commissione c. Grecia*, in *Raccolta*, p. I-57; per l'orientamento della Corte europea, e il mutamento avvenuto fra il 2008 (*K.R.S. c. Regno Unito)* e il 2011 (*M.S.S. c. Belgio e Grecia*) cfr. H. LABAYLE, *Le droit* cit., *loc. cit.*

riconoscimento, dal punto di vista sostanziale e procedurale, senza privilegiare però la protezione sussidiaria rispetto al riconoscimento del diritto di asilo perché la prima è più facile da riconoscere. La preoccupazione che la Convenzione venga svuotata del suo significato è fatta propria dall'Alto Commissariato per i rifugiati in una "Nota", presentata alla Corte di giustizia nella causa *Elgafaji*[24], ove si sottolinea la complementarità dei due *status* e, nella sostanza, dei due sistemi, quello di Ginevra e quello europeo.

I problemi di realizzazione della seconda fase non saranno pochi: se ne ricordano solo alcuni. L'uniformità di qualifiche e procedure potrebbe richiedere, quale soluzione più idonea, un esame centralizzato delle domande secondo una procedura, appunto, uniforme. L'Ufficio europeo di sostegno non è certo la futura autorità centrale, ma la sua attività di coordinamento potrebbe essere prodromica all'istituzione di detta autorità.

La redistribuzione e il reinsediamento dei richiedenti asilo, già avviati a seguito di alcuni progetti-pilota (con la Tanzania, l'Ucraina, la Bielorussia) potrebbero, in un quadro di rinnovata solidarietà fra gli Stati membri ed equa ripartizione delle responsabilità (come previsto dall'art. 80 TFUE), acquistare maggiore rilievo e diffusione. Si tratterà anche di procedere ad iniziative di esternalizzazione delle procedure, di fissare regole circa le modalità di esecuzione, i controlli, le garanzie giurisdizionali affinché gli standard europei ed umanitari siano sempre osservati e siano contemperate le finalità umanitarie con quelle della sicurezza degli Stati, in particolare la finalità del contrasto del terrorismo e dell'immigrazione clandestina[25].

[24] Cfr. la "Nota" *La protezione sussidiaria secondo la "Direttiva Qualifiche" nel caso di persone minacciate da violenza indiscriminata.* Per alcuni rilievi sulla sentenza *Elgafaji* cfr. C. DAUTRICOURT, *La jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance. Chronique des arrêts. Arrêt "Elgafaji"*, in *Revue du droit de l'Union européenne,* 2009, n. 2, p.338 ss.; G. HESTHER**,** *La protezione sussidiaria dopo la sentenza C-465/07 della Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza,* n. 1, 2009, p. 98 ss.; F. ZORZI GIUSTINIANI**,** *Protezione sussidiaria ed esigenze di protezione in situazioni di violenza indiscriminata. La Corte di giustizia si pronuncia sulla c.d. direttiva qualifiche*, in *Studi sull'integrazione europea,* 2009, p. 779 ss.

[25] Si vedano, in argomento, la Comunicazione della Commissione *relativa ai programmi di protezione regionale* COM(2005)388 del 1.9.2005 e sul tema, in generale, B. CORTESE, *L'esternalizzazione delle procedure di riconoscimento dello* status *di rifugiato: l'approccio dell'Unione europea, tra prassi degli Stati membri e competenze comunitarie,* in L. ZAGATO (a cura di), *Verso una disciplina comune* cit., p. 211 ss. Sulla revisione del sistema comune europeo di asilo, le modifiche proposte dalla Commissione in materia di accoglienza, determinazione dello Stato membro competente per la domanda di protezione, Eurodac, procedure, qualifiche, estensione della direttiva sui lungo-residenti (c.d. pacchetto asilo), e sui risultati conseguiti cfr. lo studio predisposto per il Parlamento europeo dal network Odysseus, *La mise en place d'un système européen commun*

12. La rilevanza e definizione di standard di protezione secondo l'orientamento della Corte di giustizia

La valutazione complessiva del diritto di asilo secondo standard internazionali merita alcuni rilievi alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia. Le sentenze sulle quali è opportuno soffermare l'attenzione sono *Elgafaji*, *Salahadin Abdulla e a.*, *Bolbol*, *B e D*; qualche rilievo merita, per i profili procedurali, *Petrosian*[26]. Si tratta, nei primi due casi, di rinvii pregiudiziali, rispettivamente del giudice olandese nei confronti di cittadini iracheni e di quello tedesco nei confronti di cittadini, parimenti, iracheni. Diritto d'asilo e protezione sussidiaria vengono chiaramente distinti, essendo *status* diversi anche se espressione della stessa necessità e *ratio* di protezione internazionale. La Corte (*Elgafaji*) precisa che la protezione sussidiaria, a favore della persona che non possiede i requisiti per essere riconosciuto come rifugiato perché non subisce la persecuzione che ne caratterizza lo *status*, ma nei confronti della quale sussistono fondati motivi di ritenere che, se ritornasse nel Paese di origine, correrebbe un rischio effettivo di subire un "danno grave", è non solo più estesa di quella offerta dalla Convenzione di Ginevra, ma di quella offerta dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, in particolare dall'art. 3. Le norme della direttiva (artt. 2, lett. *e*; art. 15, lett. *a, b, c*) si riferiscono a un "danno grave" che comprende espressamente (lett. *b*) la tortura e il trattamento inumano e degradante, aggiungendo (lett. *c*, elemento nuovo rispetto alla CEDU) la minaccia grave, e individuale, alla vita o alla persona di un civile derivante dalla violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato o internazionale. Per quanto si tratti di formulazione piuttosto dubbia, frutto di compromesso in sede di approvazione (la formulazione originaria, ricorda la "Nota" dell'Ufficio delle N.U.)[27] faceva riferimento, genericamente, a persone in fuga da violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato o di violazioni sistematiche e generalizzate dei lori diritti umani, senza indicazioni circa il carattere "individuale" della violenza), la Corte ha fornito un'interpretazione estensiva della situazione meritevole di protezione. Non viene certo in discussione il "rispetto dei diritti fondamentali come garantiti dalla CEDU", in particolare dall'art. 3 (punto 28 della sentenza), ma l'interpretazione della nuova ipotesi di riconoscimento della pro-

d'asile: bilan de l'application des instruments existants et propositions pour le nouveau régime, 2011, in corso di pub.

[26] Le sentenze sono citt. alla nota 1.

[27] Cfr. la "Nota" *La protezione* cit., p. 34

tezione è autonoma rispetto alla Convenzione, e quindi additiva in senso favorevole all'individuo.

Mentre le altre situazioni previste dalla direttiva "presuppongono", afferma la Corte, "una chiara misura di individualizzazione", in caso di violenza indiscriminata di livello elevato il singolo non deve provare che è interessato in modo specifico dalla minaccia. La violenza è così elevata da ritenere che la persona, rientrando nel Paese, "correrebbe, per la sua sola presenza sul territorio [...] un rischio effettivo di subire la detta minaccia"[28]. Si tratta di un'interpretazione che la Corte ritiene "pienamente compatibile con la CEDU" e la sua giurisprudenza, del tutto favorevole al singolo, che non viene sottoposto all'onere della prova in determinate situazioni, facilitandogli il riconoscimento della protezione sussidiaria[29].

Nella sentenza *Salahadin Abdulla e a.* la Corte compie un'accurata analisi delle cause di cessazione dello *status* di rifugiato, sottolineando sia che l'accertamento delle circostanze che determinano la cessazione dello *status* è del tutto analogo a quello relativo al riconoscimento, sia che la valutazione deve estendersi, prima di dichiarare la cessazione, ad "altre circostanze", diverse e nuove rispetto a quelle che determinarono il riconoscimento e che, più non sussistendo, la fanno venire meno[30].

L'interpretazione favorevole al richiedente asilo è anche rappresentata dall'autonomia dei due *status* di protezione che vengono in rilievo, nel senso che la cessazione dello *status* di rifugiato non è subordinato "alla constatazione che le condizioni di applicazione del secondo [protezione sussidiaria] non sussistono", la nozione di protezione internazionale dovendo essere intesa in senso ampio e di favore nei confronti di chi la richiede[31].

Questa interpretazione, ma anche la necessità del rispetto sia "della tutela giurisdizionale garantita da uno Stato membro", sia "del principio di autonomia procedurale degli Stati membri" sono posti a base della sentenza *Petrosian*[32]. La Corte era stata adita in via pregiudiziale dal giudice svedese davanti al quale i membri della famiglia *Petrosian* (quattro di cittadinanza armena, uno di cittadinanza ucraina) avevano impu-

[28] Cfr. il punto 43 della sentenza.

[29] Cfr. il punto 44 della sentenza.

[30] Si vedano, in particolare, i punti 92, 95 della sentenza sulla presenza di circostanze diverse, comunque utili a far ritenere sussistente il timore di persecuzione

[31] Si vedano i punti 78-80 della sentenza.

[32] Per alcuni rilievi sulla sentenza, si vedano F. KAUFF-GAZIN, *Procédure du transfert du demandeur d'asile*, in *Europe*, 2009, Mars, Comm. nº 121, p.11 ss.; C. KURZIDEM, *Sechsmonatsfrist für die Überstellung nach dem Dublin-II-Verfahren, Fristbeginn ab dem Zeitpunkt der Entscheidung über einen Rechtsbehelf mit aufschiebender Wirkung*, in *Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik*, 2009, p.191 ss.

gnato la decisione dell'autorità competente relativa alla loro domanda di asilo, che disponeva (in virtù del regolamento Dublino II), entro sei mesi dalla decisione, il trasferimento in Francia, ove avevano presentato una prima domanda di asilo, rigettata. Poiché il trasferimento deve avvenire nei sei mesi dalla decisione, e poiché nel diritto svedese è prevista una decisione che sospende l'esecuzione prima che sia pronunciata una sospensione nel merito, la Corte ritiene che il termine decorra dalla decisione sul merito. Non si può sfavorire (mettere in "una situazione scomoda")[33], il richiedente asilo che in base a norme nazionali disponga di un mezzo di impugnazione che prevede (o non) la sospensione. Deve essere consentito, afferma la Corte, l'esame della fondatezza del procedimento e, quindi, la pronuncia di una decisione che, una volta resa "non può più ostacolare" il trasferimento[34]. Né si può obbligare uno Stato, "in nome del rispetto del diritto comunitario", a ignorare l'effetto sospensivo di una propria decisione, oppure obbligare un giudice nazionale che abbia deciso sulla sospensione ad accelerare la pronuncia della decisione nel merito al fine di rispettare i sei mesi, poiché, così facendo, potrebbe non prendere "in considerazione in modo soddisfacente la complessità della controversia"[35].

Alcuni rilievi meritano, infine, le questioni poste alla Corte in via pregiudiziale nelle cause *Bolbol* (rinvio da parte di giudice ungherese cui si era rivolto un apolide di origine palestinese) e nelle cause riunite *B* e *D* (rinvio da parte di un giudice tedesco cui si erano rivolti dei cittadini turchi di origine curda).

La prima vicenda riguardava un'apolide palestinese, proveniente (nel 2007) dalla Striscia di Gaza, insieme al coniuge, munita di visto, che in Ungheria, aveva presentato una domanda di asilo presso il competente ufficio per l'immigrazione.

In virtù dell'art. 1, sezione D, della Convenzione di Ginevra, la Convenzione non trova applicazione nei confronti di coloro che beneficiano di protezione o assistenza da parte di organi o agenzie delle Nazioni Unite diversi dall'Alto Commissariato delle Nazioni Unite, quale l'UNRWA (United Nations Relief and Works Agency for Palestine Refugees in the Near East), cioè di quell'Agenzia che si occupa di fornire aiuto e assistenza ai profughi palestinesi che si trovino in Libano, Siria, Giordania, Cisgiordania e (come nel caso di specie) nella Striscia di Gaza. Tali profughi hanno, tuttavia, pieno diritto di usufruire del regime previsto dalla Convenzione, qualora la protezione o assistenza vengano a

[33] Cfr. il punto 50 della sentenza.
[34] Cfr. il punto 46 della sentenza.
[35] In questi termini i punti 51, 52 della sentenza.

cessare, per un qualunque motivo, senza che la loro situazione sia stata definitivamente regolata. La previsione, fatta propria dalla direttiva 2004/83/CE, art. 12, n. 1, lett. a), è stata oggetto di interpretazione da parte della Corte di giustizia, che si è pronunciata sui presupposti ai fini dell'esclusione della protezione offerta dalla Convenzione di Ginevra. Rientrano nell'ambito di tale clausola di esclusione dello *status* di rifugiato, precisa la Corte, solo le persone che siano "effettivamente" ricorse all'aiuto, tutela, assistenza fornite dall'UNRWA. Gli altri, la Corte fornendo dunque un'interpretazione restrittiva di tale clausola, sono invece e comunque legittimati a far esaminare la domanda di riconoscimento dello *status* di rifugiato, ai sensi dell'art. 2, lett. c), della direttiva[36].

Nella seconda vicenda, oggetto della causa *B* e *D*, a un cittadino turco di origine curda, aderente al partito Dev Sol (sinistra rivoluzionaria) era stato negato il riconoscimento del diritto di asilo; ad altro cittadino, con la stessa cittadinanza e origine, aderente al partito PKK (partito dei lavoratori del Kurdistan), era stato revocato lo *status* di rifugiato. Questi partiti erano iscritti nell'elenco di persone, gruppi ed entità "terroriste" (alle quali si applica la posizione comune 2001/931/PESC). Come osserva l'avvocato generale Mengozzi, l'esclusione dallo *status* di rifugiato prevista dalla direttiva qualifiche riguarda una "delicata tematica" riflessa nella "tensione fra obblighi degli Stati in materia di lotta al terrorismo e responsabilità degli stessi nell'applicazione degli strumenti a tutela di coloro che invocano la protezione internazionale per sottrarsi a persecuzione nel loro paese"[37].

La stretta correlazione fra Convenzione di Ginevra, diritto umanitario, diritto dell'Unione europea viene più volte sottolineata dall'avvocato generale, affermando la necessità di un'interpretazione restrittiva delle cause di esclusione, di un bilanciamento, condotto secondo una valutazione compiuta in concreto e caso per caso, fra gravità del comportamento che giustifica l'esclusione e le conseguenze, quale il *refoulement*. L'avvocato generale ritiene inammissibile il bilanciamento solo in pre-

[36] La Corte, spec. punto 51, afferma che l'esclusione non riguarda "le persone che hanno o avevano i requisiti per beneficiare della protezione o dell'assistenza" dell'Agenzia, ma solo quelle persone che "sono effettivamente ricorse all'aiuto" della stessa. Per un'interpretazione della direttiva coerente con la Convenzione di Ginevra, "pietra angolare" del diritto dei rifugiati, cfr. i punti 37, 38 della sentenza, che richiama la sentenza *Salahadin Abdulla e a.* cit.

[37] Si vedano le conclusioni, punto 40; per un commento alla sentenza R. GRAND, *La CJUE précise l'application de la clause d'exclusion du Statut de refugié pour crimes graves ou terrorisme*, in *L'actualité juridique: droit administratif*, 2010, p. 2136 ss. Cfr. anche la nota 41

senza di crimini di eccezionale gravità[38], ovvero di crimini "sproporzionati rispetto agli obiettivi politici invocati"[39].

Le autorità nazionali, i giudici nazionali devono assicurare un'applicazione della direttiva conforme, "proporzionata al suo obiettivo e, più in generale, alla natura umanitaria del diritto dei rifugiati", pur essendo liberi di applicare le disposizioni nazionali più favorevoli, perché la direttiva, come si è più volte ricordato, si limita a fissare norme minime[40].

La Corte ha confermato tale impostazione, in particolare affermando che l'aver fatto parte di un'organizzazione iscritta nell'elenco di cui all'allegato della ricordata posizione comune, e l'aver attivamente sostenuto la lotta armata condotta dall'organizzazione, non costituisce automaticamente un motivo fondato per ritenere che la persona considerata abbia commesso un "reato grave di diritto comune" o "atti contrari alle finalità e ai principi delle Nazioni Unite": si deve aver riguardo, insomma, alla responsabilità individuale, al ruolo effettivamente svolto dalla persona nell'organizzazione[41]. L'esclusione dallo *status* di rifugiato in applicazione dell'art.12, n. 2, lett. b) o c) della direttiva 2004/83, inoltre, non è subordinata alla circostanza che la persona considerata rappresenti un pericolo attuale per lo Stato membro di accoglienza, in quanto le cause di esclusione sono state istituite al fine di escludere dallo *status* di rifugiato le persone ritenute indegne della protezione che è collegata a tale *status* e di evitare che il riconoscimento consenta ad autori di taluni gravi reati di sottrarsi alla responsabilità penale. Non è pertanto conforme a questo duplice obiettivo subordinare l'esclusione dallo *status* all'esistenza di un pericolo attuale e concreto per lo Stato membro d'accoglienza, le cause di esclusione mirando a sanzionare atti commessi in

[38] Si vedano i punti 46, 107 delle conclusioni e, sulla valutazione "caso per caso", il punto 52.

[39] Si veda il punto 69 delle conclusioni, ove è richiamata la posizione, in proposito, dell'Alto Commissariato.

[40] Si vedano i punti 95, 101, 103 e 107 delle conclusioni.

[41] Cfr. in particolare il punto 99 della sentenza, nonché il punto 96 sulla necessità che "la responsabilità individuale" debba essere "valutata alla luce dei criteri tanto oggettivi quanto soggettivi"; cfr. per un commento R. GRAND, *LA CJUE* cit., *loc. cit.* Per una valutazione dei problemi sottesi alla vicenda in questione, cfr., in generale, A. ADINOLFI, *Politica dell'immigrazione dell'Unione europea e lotta al terrorismo internazionale,* in *Diritti umani e diritto internazionale,* 2008, p. 483 ss. (*ivi* ampi riferimenti); B. CONCOLINO, *L'incidenza delle misure antiterrorismo sulla tutela dei flussi migratori,* in P. BENVENUTI (a cura di), *Flussi* cit., p. 375 ss.; i vari contributi in P. GARGIULO, M.C. VITUCCI, *La tutela dei diritti umani nella* lotta *e nella* guerra *al terrorismo,* Napoli, 2008, spec. p. 339 ss.; E. GUILD, M. GARLICK, *Refugee Protection, Counter-Terrorism, and Exclusion in the European Union*, in *Refugee Survey Quarterly*, 2010, n. 4, p. 63 ss.

passato. L'esclusione dallo *status* è dunque informata, secondo la Corte, a criteri restrittivi, facendo prevalere il *favor* per il riconoscimento[42].

La Corte ammette, infine, che uno Stato possa riconoscere un diritto d'asilo in base a disposizioni del proprio ordinamento anche a favore di chi non ne sia beneficiario in base alla direttiva, con l'unica condizione che detto riconoscimento, "a titolo discrezionale e per ragioni contrattuali o umanitarie", non sia "confuso" con il diverso *status* riconosciuto dalla direttiva, trattandosi di protezione diversa, anche se riconducibile ad analoghe finalità[43].

L'atteggiamento complessivo della Corte, di interpretazione estensiva ed ampia della qualifica e riconoscimento dello *status* di rifugiato sembra evidente: prevalgono le ragioni umanitarie, poste a base di quel "sistema di Ginevra" di cui viene confermato il carattere fondamentale.

[42] Sulla valutazione dell'"economia" della direttiva, ricordando le sentenze *Salahadin Abdulla e a.* e *Bolbol* citt., cfr. i punti 77, 78, nonché più in generale i punti 101, 107; sull'esclusione del ricorso a valutazione di proporzionalità, la gravità degli atti commessi essendo già stata giudicata ai sensi dell'art. 2, lett. d) della direttiva, cfr. i punti 106, 110 della sentenza cit.

[43] Cfr. i punti 118, 119 della sentenza cit.

LA TUTELA DEI DIRITTI DELL'UOMO NELLA LOTTA AL TERRORISMO TRA DIRITTO INTERNAZIONALE E DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

Alessandra GIANELLI*

SOMMARIO: 1. Il rilievo per l'Unione europea degli standards internazionali in tema di tutela dei diritti dell'uomo nella lotta al terrorismo. – 2. Gli standards internazionali rilevanti. – 3. La Carta ONU. – 4. Strumenti universali di protezione dei diritti umani. – 5. La CEDU. – 6. Il diritto internazionale generale. – 7. Il ruolo dell'Unione Europea nello sviluppo del diritto internazionale in tema di protezione dei diritti umani nella lotta al terrorismo.

1. Il rilievo per l'Unione europea degli standards internazionali in tema di tutela dei diritti dell'uomo nella lotta al terrorismo

La definizione del livello di tutela dei diritti dell'uomo nell'applicazione di sanzioni individuali di lotta al terrorismo decise dal Consiglio di sicurezza è venuta prepotentemente alla ribalta con la giurisprudenza *Kadi* delle corti dell'Unione Europea. Essa ha dato luogo ad un dibattito particolarmente vivace ed articolato concernente, tra l'altro, la competenza della Comunità/Unione a dare esecuzione a sanzioni decise dal Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite nei confronti di individui, il rilievo della Carta ONU nel sistema dell'Unione, fino alla questione più fondamentale della posizione dell'Unione rispetto al diritto internazionale[1]. Nel quadro dell'indagine generale in cui questo contributo si inserisce, non ci si sofferma su un ulteriore esame generale di quella giu-

* Ordinario di Diritto internazionale, Università degli Studi di Teramo.

[1] Per un'analisi ragionata dell'ampia bibliografia in materia, fino al 2009, si veda S. POLI, M. TZANOU, *The* Kadi *Rulings: A Survey of the Literature*, in *Yearbook of European Law*, 2009, p. 533 ss.

risprudenza, che peraltro non ha forse ancora trovato una sua conclusione[2]. Si intende piuttosto valutare l'attuale rilevanza nel sistema dell'Unione delle norme internazionali di protezione dei diritti umani nell'applicazione di misure di contrasto al terrorismo. La giurisprudenza ricordata viene perciò richiamata solo per i profili inerenti a questi fini.

La Corte di giustizia ha assunto una posizione piuttosto netta al punto 285 della sentenza *Kadi* del 3 settembre 2008. La Grande Sezione ha affermato che "gli obblighi imposti da un accordo internazionale non possono avere l'effetto di compromettere i principi costituzionali del Trattato CE, tra i quali vi è il principio secondo cui tutti gli atti comunitari devono rispettare i diritti fondamentali"[3]. Quest'affermazione, collegata alla qualificazione del sistema della Comunità come "interno" ed "autonomo"[4] rispetto al diritto internazionale, è sembrata ad alcuni rap-

[2] Con sentenza del 30 settembre 2010, causa T-85/09, il Tribunale ha dichiarato l'illegittimità del regolamento (CE) 1190/2008 che aveva fatto propri i motivi assunti dal Comitato delle sanzioni quale fondamento per le misure di congelamento dei beni adottati nei confronti di Kadi e aveva fissato un termine di venti giorni a Kadi per presentare le proprie osservazioni. A fronte delle contestazioni sollevate nei termini da Kadi, la Commissione aveva comunque deciso di adottare il regolamento, con efficacia retroattiva al 2002. La Commissione ed i Governi intervenienti hanno sostenuto che la Corte non si era pronunciata, nella sua sentenza del 2008, sul livello del controllo giurisdizionale dei motivi su cui si basava il regolamento, ma solo sulle garanzie procedurali da assicurare ai destinatari delle misure. A parere di Commissione e Consiglio, il controllo circa il fondamento delle misure avrebbe dovuto riconoscere lo scarso margine di discrezionalità lasciato agli Stati e alla CE dalle decisioni del Consiglio di Sicurezza e quindi sostanzialmente accettare la natura politica e non giustiziabile della decisione circa il merito delle misure. Il Tribunale, dopo aver affermato la propria competenza ad esaminare la legittimità del regolamento impugnato a norma dell'art. 230 del Trattato CE in maniera piena, esercitando un controllo effettivo, come richiesto dalla sentenza della Corte del 2008, ha dichiarato l'illegittimità del regolamento per violazione dei diritti della difesa – considerati tutelati in maniera solo formale – , del diritto ad un ricorso giurisdizionale effettivo e di proprietà. Il Tribunale ha notato che la sentenza della Corte aveva fatto sorgere alcuni fondati dubbi, ma ha ritenuto che fosse compito eventualmente della Corte e non del Tribunale scioglierli. Tali dubbi concernevano (punti 116-120 della sentenza del 30 settembre): il fatto che la Corte avesse da una parte sostenuto che la legittimità del regolamento andava valutata alla luce del solo diritto comunitario, ma avesse poi preso in esame la procedura di riesame prevista all'epoca innanzi al Comitato delle sanzioni; che essa avesse affermato che la dichiarazione di illegittimità del regolamento non interferiva con la prevalenza dell'atto del Consiglio riconosciuta nel diritto internazionale, quando invece quella dichiarazione rendeva inoperante la decisione del Consiglio nel sistema comunitario; che la Corte avesse assimilato la Carta ad un accordo concluso dalla Comunità e dai suoi Stati membri.

[3] Sentenza della Corte (Grande Sezione) del 3 settembre 2008, *Kadi*, cause riunite C-402/05 P e C-415/05 P, in *Raccolta*, p. I-6351; v. anche punti 315-317.

[4] Tra gli altri, punto 317, sentenza ultima citata.

presentare una chiusura nei confronti del diritto internazionale[5]. In una tale prospettiva, non rivestirebbe molta utilità interrogarsi sulla rilevanza nel sistema europeo della tutela prevista dal diritto internazionale.

La lettura ricordata non appare in realtà giustificata. La Corte non ha mancato di ribadire quanto già sostenuto con continuità nella giurisprudenza precedente, ovvero che "le competenze della Comunità devono essere esercitate nel rispetto del diritto internazionale"[6]. L'elemento di novità o forse chiarificatore rispetto al passato risiede piuttosto nell'impostazione dualista/pluralista dei rapporti del diritto comunitario con le norme internazionali, che non emergeva dalla giurisprudenza precedente, e che si fonda sulla definizione del sistema comunitario quale "interno"[7]. In questa ricostruzione, la Corte non ha certo sostenuto che la Comunità non è tenuta all'adempimento degli obblighi internazionali su di essa gravanti. La Grande Sezione ha piuttosto rilevato che ci sono limiti a quell'adempimento, derivanti dai "principi costituzionali" dell'ordinamento comunitario. L'affermazione non ha di per sé nulla di rivoluzionario; in molti sistemi di diritto statale, quello italiano tra gli altri, la giurisprudenza ha individuato alcuni principi centrali dei rispettivi ordinamenti che non possono essere sacrificati al rispetto degli obblighi internazionali, anche ove tale rispetto sia imposto all'ordinamento statale da norme di carattere costituzionale. Analogamente, la Corte ha richiamato i "principi che fanno parte dei fondamenti stessi dell'ordinamento giuridico comunitario", "principi di libertà, di democrazia nonché di rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali sanciti dall'art. 6,

[5] Cfr., tra i molti, J.H.H. WEILER, *Kadi – Europe's Medellin, Editorial, EJIL*, 2008, p. 895 ss.; l'intervento di T.FRANCK , dibattito tenutosi a New York University, 17 settembre 2008, reperibile su *http://globaladminlaw.blogspot.com/2008/10/nyu-kadi-panel-discussion-in-full-html*; D. HALBERSTAM, E. STEIN, *The United Nations, The European Union, and the King of Sweden: Economic Sanctions and Individual Rights in a Plural World* Order, in *Common Market Law Review*, 2009, pp. 13 ss., 67; G. DE BURCA, *The European Courts and the Security Council: Between* Dédoublement Fonctionnel *and Balancing of Values: Three Replies to Pasquale De Sena and Maria Chiara Vitucci*, in *EJIL*, 2009, p. 853 ss. Alcuni Autori collegano l'esigenza di rispetto degli obblighi derivanti dalla Carta alla natura di organizzazione internazionale della CE e di organo internazionale della Corte di giustizia: cfr., per es., A. AUST, *Kadi: Ignoring International Legal Obligations*, in *International Organizations Law Review*, 2009, pp. 293-298.

[6] Punto 291, sentenza citata. Nello stesso senso cfr. anche le conclusioni dell'Avvocato generale M. Poiares Maduro, punto 22, in *Raccolta*, p. I-6351.

[7] J. D'ASPREMONT, F. DOPAGNE, Kadi: *The ECJ's Reminder of the Elementary Divide Between Legal Orders*, in *International Organizations Law Review*, 2008, p. 371 ss.; D. HALBERSTAM, E. STEIN, *The United Nations, The European Union, and the King of Sweden,* cit., p. 43 ss, i quali peraltro preferiscono non impiegare queste tradizionali espressioni.

n. 1, UE"[8], quali principi che vanno comunque assicurati, anche in presenza di obblighi internazionali confliggenti.

Nel caso concreto, la Corte ha ritenuto che il regolamento di esecuzione di una decisione del Consiglio di Sicurezza concernente il congelamento dei beni dei ricorrenti non rispettasse alcuni diritti fondamentali compresi tra i "principi costituzionali" del sistema comunitario, e fosse pertanto illegittimo. Secondo la Corte di Giustizia, il regolamento non prevedeva ulteriori garanzie rispetto alla procedura prevista nell'ambito del Consiglio di Sicurezza, di natura essenzialmente diplomatica, che a parere della Corte non poteva essere considerata un'adeguata tutela dei diritti della difesa e del principio della tutela giurisdizionale effettiva[9]. La Corte ha inoltre considerato violato anche il diritto di proprietà, perchè il regolamento di esecuzione non dava alcuna possibilità al ricorrente di esporre le proprie ragioni, condizione procedurale ritenuta dalla Corte qualificante per la legittimità della notevole compressione della proprietà subita negli anni[10].

La decisione della Corte è quindi collegata alla valutazione dell'inadeguatezza della tutela di alcuni diritti fondamentali da parte del regolamento di esecuzione del regime delle sanzioni rispetto allo standard richiesto dal diritto comunitario, e non ad una chiusura aprioristica

[8] Punti 304, 303 della sentenza del 3 settembre 2008.

[9] La Corte esamina in un certo dettaglio la procedura prevista all'epoca dell'adozione del regolamento davanti al Comitato delle sanzioni (punti 320-325), per concludere nel senso della sua inadeguatezza a tutelare i diritti in causa. La presa in considerazione di tale procedura potrebbe sembrare in contraddizione con l'impostazione dualista affermata in precedenza. La Corte infatti valuterebbe le norme internazionali per considerare che esse non soddisfano gli standards di tutela dell'Unione europea. Sembra tuttavia che la Corte esamini quella procedura al fine, come sostenuto dalla Commissione, dell'attribuzione di una "immunità" giurisdizionale agli atti del Consiglio di sicurezza. Il ragionamento della Corte, oltre che teso a rispondere alla posizione della Commissione, sembra piuttosto valutare (punti 318-322) se la tutela offerta nel sistema delle Nazioni Unite offra garanzie sufficienti in linea di massima equivalenti a quelle del diritto comunitario (in questo senso P. DE SENA, *Sanzioni individuali del Consiglio di sicurezza, Art. 103 della Carta delle Nazioni Unite e rapporti fra sistemi normativi*, in *Sanzioni "individuali" del Consiglio di sicurezza e garanzie processuali fondamentali*, a cura di F. SALERNO, Padova, 2010, p. 45 ss., p. 53; *contra* E. CANNIZZARO, *Security Council Resolutions and EC Fundamental Rights: Some Remarks on the ECJ Decision in the* Kadi *case*, in *Yearbook of European Law*, 2009, p. 596). La Corte sembra implicitamente sostenere che solo se questo fosse il caso potrebbe rinunciare a pronunciarsi sulla legittimità del regolamento di esecuzione. Circa l'equivalenza della protezione nei diversi sistemi in causa e la sentenza *Bosphorus* della Corte europea dei diritti dell'uomo, cfr. *infra*, par. 5.

[10] Punti 321-325, 359-371. La Corte non ha tuttavia escluso che fosse possibile dare esecuzione alla decisione del Consiglio di Sicurezza in maniera conforme al diritto comunitario, punto 298.

del sistema comunitario agli obblighi internazionali. Le osservazioni che seguono hanno lo scopo di verificare se la conclusione cui è giunta la Corte circa l'inadeguatezza della tutela offerta a livello internazionale è fondata non solo quanto alla Carta delle Nazioni Unite, ma anche ad altri ambiti del diritto internazionale che vengono in rilievo oggi per l'Unione Europea e che potrebbero meglio definire gli obblighi posti dallo stesso Consiglio di Sicurezza. L'analisi permetterà di riconsiderare le numerose critiche portate alla sentenza della Grande Sezione, secondo le quali essa avrebbe dovuto fondare la propria argomentazione sulle norme internazionali di protezione dei diritti umani, piuttosto che su parametri meramente interni[11].

2. Gli standards internazionali rilevanti

Al fine indicato, bisogna precisare che i diritti fino ad ora considerati dalla giurisprudenza delle corti dell'Unione sono diritti difficilmente qualificabili come assolutamente fondamentali, e in quanto tali protetti da norme cogenti, nel diritto internazionale. Con buona pace di quanto sostenuto dal Tribunale di primo grado nelle sentenze del 21 settembre 2005[12], non si tratta, ad es., del diritto a non essere sottoposti a tortura o

[11] Nel senso che la Corte di giustizia avrebbe dovuto tenere conto di altre norme internazionali, oltre alla Carta delle Nazioni Unite, per identificare lo standard internazionale di riferimento anche con riguardo a risoluzioni del Consiglio, cfr. ad es. E. CANNIZZARO, *Security Council Resolutions and EC Fundamental Rights*, cit., p. 598 ss.; A. GATTINI, *Case Law, Joined Cases C-402/05P & 415/05 P* , in *Common Market Law Review*, 2009, p. 213 ss., p. 224 ss.; D. HALBERSTAM, E. STEIN, *The United Nations, The European Union, and the King of Sweden*, cit., pp. 50 ss., 54 ss.; P. DE SENA, M.C.VITUCCI, *The European Courts and Security Council: Between* Dédoublement fonctionnel *and Balancing of Values*, in *European Journal of International Law*, 2009, pp. 193 ss., 197; F.FRANCIONI, Kadi *and the Vicissitudes of Access to Justice*, in *Challenging the EU-Counter-Terrorism through the Courts*, *EUI Working Papers*, *AEL 2009/10*, a cura di M. Cremona, F.Francioni, S. Poli, p. 19 ss,; R. PAVONI, *Freedom to Choose the Legal Means for Implementing UN Security Council Resolutions and the ECJ* Kadi *Judgment: A Misplaced Argument Hindering the Enforcement of International Law in the EC*, in *Yearbook of European Law*, 2009, p. 626 ss.; G. DE BURCA, *The European Court of Justice and the International Legal order After* Kadi, in *Harvard International Law Journal*, 2010, p. 1 ss.; L.M. HINOJOSA MARTÍNEZ**,** *Bad Law for Good reasons: The Contradictions of the* Kadi *Judgment*, in *International Organizations Law Review*, 2008, p. 339 ss.

[12] Sentenze in causa T-315/01 e T- 306/01, in *Raccolta*, pp. II-3649 e II-3533, rispettivamente punti 230 ss. e 281 ss. Per una valutazione diversa da quella del Tribunale di prima istanza cfr., con riguardo sempre alle sanzioni in oggetto, la decisione del Tribunale federale svizzero del 14 novembre 2007 nella causa *Youssef Mustapha Nada c. SECO*, punto 7.3 della decisione, reperibile in lingua tedesca sul sito

a trattamenti e pene disumane o degradanti[13], diritto la cui tutela pure è stata messa in pericolo da misure di contrasto al terrorismo internazionale, diverse dal *listing*, e rispetto al cui carattere imperativo si registra un ampio consenso. Si tratta invece di diritti la cui stessa natura consuetudinaria è dubbia (infra, par. 6).

Gli standards internazionali di riferimento possono con maggior sicurezza essere rintracciati nelle norme internazionali applicabili alla categoria di diritti considerati derogabili in situazioni di emergenza nazionale nei vari sistemi pattizi di protezione dei diritti umani[14]. In questa categoria rientrano infatti i diritti della difesa od il diritto all'equo processo – pur se sembra in via di emersione l'opinione secondo cui un nucleo di tali diritti che non sarebbe derogabile[15] – e il diritto di proprietà, nella misura in cui è riconosciuto dagli strumenti convenzionali. Ai fini dell'identificazione dei parametri internazionali, potranno essere considerati anche diritti diversi da quelli esaminati dalla giurisprudenza dell'Unione, se ricadenti in tale categoria[16].

http://jumpcgi.bger.ch/cgi-bin/JumpCGI?id=14.11.2007_1A.45/2007, nonché quanto sostenuto da Commissione, Francia, Paesi Bassi e Regno Unito innanzi alla Corte di giustizia nella causa *Kadi*, sentenza cit., punto 265.

[13] Peraltro nemmeno questo diritto è ritenuto di natura cogente in maniera unanime: cfr., ad es., anche se trattasi di opinione nettamente minoritaria, A. M. WEISBURD, *Customary International Law and Torture: The Case of India*, *Chicago Journal of International Law*, 2001, p. 81 ss. Secondo qualche autorevole opinione, poi, solo la violazione sistematica del divieto di tortura sarebbe proibita da norma inderogabile: cfr. l'intervento del Relatore speciale Crawford alla Sesta Commissione dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite, A/C.6/56/SR.16, 2 novembre 2001, p. 10.

[14] I diritti tutelati da norme di *jus cogens* potrebbero essere in via di principio ricompresi tra quelli che gli strumenti pattizi considerano non derogabili in situazioni di emergenza nazionale – come appunto il diritto a non essere sottoposti a tortura –, ma gli elenchi previsti all'art. 15 della CEDU o all'art. 4 del Patto sui diritti civili e politici o ancora all'art. 27 della Convenzione americana sui diritti umani, oltre a non coincidere, contengono anche diritti la cui non sospensione in situazioni di emergenza nazionale è collegata alla mancata incidenza di tali situazioni sulla tutela del diritto. Si pensi, ad es., al diritto a non essere sottoposto a pene detentive per mancato pagamento dei debiti (art. 4 del Patto con rinvio all'art. 11). In questo senso è il *General Comment* no. 29 del Comitato dei diritti umani (CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, 31 agosto 2001), par. 11. Lo stesso *General Comment*, ivi, non esclude che vi siano diritti protetti da norme inderogabili non compresi nell'art. 4 del Patto. Analoga l'argomentazione del Tribunale Federale svizzero nei casi *Nada* e *A c. SECO*, citati *infra*, paragrafo seguente.

[15] *Infra*, paragrafi 4 e 6.

[16] Poiché la lotta al terrorismo assume forme diverse, non limitate a sanzioni decise dal Consiglio di Sicurezza, in realtà i diritti che possono essere pregiudicati dall'azione dell'Unione sono anche altri e diversi; ad esempio, il diritto alla riservatezza dei dati personali. Il Relatore speciale delle Nazioni Unite sulla promozione e protezione dei diritti umani e delle libertà fondamentali nella lotta al terrorismo Martin Scheinin ha indicato inoltre che anche diritti economici, sociali e culturali, quali il diritto al lavoro, all'educazione, ad un'abitazione adeguata, all'alimentazione etc. possono essere pre-

Come risulta da quanto appena detto, un diritto può essere ritenuto fondamentale dalla Corte di giustizia e allo stesso tempo rientrare tra quelli derogabili in situazioni di emergenza secondo le norme internazionali convenzionali. La differente qualificazione che i diritti in causa possono trovare nel diritto internazionale e dell'Unione europea è una conferma della separazione tra gli ordinamenti e della relatività dei valori giuridici[17]. Nell'ambito di sistemi distinti, i diritti possono trovare una protezione diversa, anche perché considerati più o meno fondamentali. Il tipo di rapporto intercorrente tra i vari ordinamenti è così cruciale nel determinare la misura di protezione di cui gode in un certo sistema giuridico un diritto protetto a più livelli[18]. Separazione non significa infatti che i diversi sistemi giuridici "si passino accanto ignorandosi come navi nella notte"[19]; essi non solo entrano in rapporto, ma cercano anche di influenzarsi reciprocamente. Come si vedrà, questa appare in effetti la posizione dell'Unione europea con riguardo al sistema di sanzioni del Consiglio di sicurezza.

La definizione del modo di rilevanza delle norme internazionali nel sistema dell'Unione, per i fini della presente breve indagine, è un punto quindi imprescindibile. Sulla scorta di quanto evidenziato in altra comunicazione[20], gli ambiti internazionali che vengono in causa sono, oltre alla Carta delle Nazioni Unite, gli strumenti pattizi universali e regionali di protezione dei diritti umani, di cui siano parti gli Stati membri, e il diritto consuetudinario. Rispetto a ciascuno di questi piani si deve valutare quale sia la sua rilevanza nel diritto dell'Unione e quali obblighi essi pongano in relazione all'oggetto dell'indagine.

giudicati. Cfr. *Promotion and Protection of All Human Rights, Civil, Political, Economic, Social and Cultural Rights, Including the Right to Development – Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism,* A/HRC/6/17 del 21 novembre 2007.

[17] G. MORELLI, *Nozioni di diritto internazionale*[7], Padova, 1967, pp. 73-74.

[18] Non rientra nell'ambito della presente indagine considerare la tutela assicurata negli ordinamenti statali. Ci si limita a notare che la Corte di giustizia può avere assunto quella che è parsa ad alcuni una posizione molto o troppo avanzata alla luce anche del timore che la giurisprudenza di alcuni Stati membri potesse ricorrere alla categoria finora teorica dei c.d. controlimiti, per assicurare la protezione di diritti ritenuti fondamentali in ambito municipale e percepita come inadeguata, fino alla pronuncia della Corte, nel sistema comunitario.

[19] "Vecchio cliché" impiegato dall'Avvocato generale M. POIARES MADURO nelle sue Conclusioni al caso *Kadi* (C-402/05 P) del 16 gennaio 2008, in *Raccolta*, I- 6351, punto 22. Su questo richiamo cfr. F. CASOLARI, *La Corte di giustizia e gli obblighi convenzionali assunti dall'insieme degli Stati membri verso Stati terzi: obblighi comuni o ... obblighi comunitari?*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 2009, p. 267 ss.

[20] G.GAJA, *Introduzione alla I sessione*, in questo volume.

La pluralità di fonti comporta che vi possano essere antinomie tra le norme internazionali in causa. I possibili conflitti, se non risolubili in via interpretativa, possono trovare una composizione sul piano del diritto internazionale, se questo contempla criteri di priorità tra le norme, oppure nel sistema dell'Unione, in relazione ad un eventuale differente modo in cui le norme internazionali rilevanti vengano qui recepite.

3. La Carta ONU

La rilevanza della Carta delle Nazioni Unite nel sistema dell'Unione è stata risolta in maniera divergente dal Tribunale di primo grado e dalla Corte nella giurisprudenza *Kadi*. È la posizione assunta dalla Corte ad aver incontrato forse le critiche più severe in dottrina[21]. La Grande Sezione ha considerato la Carta strumento che rileva nel diritto dell'Unione, rispetto all'oggetto della causa, in virtù degli ex articoli 60 e 301 TCE, nel momento in cui viene data attuazione alle risoluzioni del Consiglio di sicurezza. È nell'esercizio di questa competenza che la Comunità è "tenuta ad attribuire particolare importanza al fatto che, a norma dell'art. 24 della Carta delle Nazioni Unite, l'adozione da parte del Consiglio di sicurezza di risoluzioni in base al capitolo VII di detta carta costituisce l'esercizio della responsabilità principale di cui è investito tale organo internazionale per mantenere, su scala mondiale, la pace e la sicurezza"[22]. Tutto ciò si traduce, secondo la Corte, nell'obbligo per le istituzioni politiche di tenere "in debita considerazione i termini e gli obiettivi della risoluzione"[23] nel momento dell'adozione dell'atto comunitario nonché successivamente nell'obbligo di interpretare le norme comunitarie di attuazione delle risoluzioni del Consiglio di sicurezza conformemente a quelle risoluzioni [24].

La Corte ha anche considerato applicabili alla Carta gli ex articoli 307 e 297, rinvenendo il già ricordato limite del rispetto dei principi di libertà, democrazia e dei diritti dell'uomo[25]. La Corte ha in tal modo

[21] Da parte sua il Tribunale di primo grado aveva ricondotto la fonte dell'obbligo della Comunità di rispettare gli obblighi derivanti dalla Carta alla volontà manifestata nel Trattato CE (artt. 307, 297) dagli Stati membri, attribuendo peraltro a tale obbligo carattere primario rispetto ad ogni altro fissato nel Trattato CE. Sentenze del 21 settembre 2005 in causa T-315/01 e T- 306/01, cit., rispettivamente punti 185 ss. e 235 ss.

[22] Punto 294.

[23] Punto 296.

[24] Punto 297.

[25] Punti 291 ss. Circa il valore del richiamo all'art. 307 TCE in una prospettiva dualista, cfr. N.LAVRANOS, *The Impact of the* Kadi *Judgment on the International Obliga-*

considerato la Carta uno tra gli accordi conclusi dagli Stati membri precedentemente al Trattato CEE. Allo stesso tempo, la Corte ha anche voluto ipotizzare quale sarebbe stata la posizione della Carta, tra le fonti comunitarie, se essa avesse costituito un accordo vincolante per la Comunità, confermando anche per la Carta delle Nazioni Unite la consueta conclusione circa il grado intermedio tra i trattati istitutivi e il diritto derivato in cui gli accordi della Comunità si pongono.

Pur riconoscendo il ruolo particolare del Consiglio di sicurezza nel mantenimento della pace, la Corte non ha quindi attribuito alcun valore particolare allo strumento istitutivo delle Nazioni Unite, che ha considerato uno tra gli accordi conclusi dagli Stati membri antecedentemente all'entrata in vigore del Trattato CE, o possibilmente un accordo internazionale che se anche, in linea astratta, vincolasse la Comunità, non sarebbe comunque accompagnato da particolari garanzie nel diritto comunitario.

Opinioni autorevoli hanno ritenuto riduttiva e poco rispondente alla realtà delle relazioni internazionali questa visione della Corte, sia perché pone gli Stati membri nella condizione di violare gli obblighi posti dalla Carta, sia perché ad almeno uno Stato membro, la Germania, non sarebbe comunque applicabile l'ex art. 307, sia soprattutto perchè il sistema delle Nazioni Unite è considerato il contesto universale imprescindibile delle relazioni giuridiche internazionali contemporanee, rispetto al quale l'obbligo di denuncia previsto al par. 2 dell'ex art. 307 non sarebbe concepibile[26]. Si è anche osservato che vi sono altri accordi internazionali conclusi dagli Stati membri in gran parte precedentemente all'entrata in vigore del Trattato CEE, quali il GATT 1947 o la CEDU, rispetto ai quali la Corte non ha mai sollevato un obbligo di denuncia[27]. Ancora, secondo alcuni sarebbe riduttivo e formalistico insistere sulla qualità di non membro dell'Unione europea rispetto alle Nazioni Unite, quando i rapporti tra i due enti sono numerosi e continui, in particolare sul piano pattizio, e conseguenti al riconoscimento da parte dell'Unione della re-

tions of the EC Member States and the EC, in *Yearbook of European Law*, 2009, p. 616 ss.

[26] Cfr., tra le altre, le opinioni di G. GAJA, *Are the Effects of the UN Charter under EC Law Governed by Article 307 of the EC Treaty?*, in *Yearbook of European Law*, 2009, p. 610 ss.; C. TOMUSCHAT, *The* Kadi *Case: What Relationship is there between the Universal Legal Order under the Auspices of the United Nations and the EU Legal Order?*, ivi, p. 654 ss. Ma cfr. anche l'opinione di N.LAVRANOS, *The Impact of the* Kadi *Judgment on the International Obligations of the EC Member States and the EC*, cit., p. 619 ss., secondo il quale la disposizione dell'art. 307, par. 2 dovrebbe essere interpretata nel senso di porre agli Stati membri dell'Unione l'obbligo di prevedere una procedura adeguata a livello di Nazioni Unite oppure, se questo non è possibile, di Unione europea.

[27] G. GAJA, *Are the Effects*, cit.

sponsabilità principale del Consiglio di sicurezza in tema di mantenimento della pace[28].

Il quadro normativo in cui la Corte si è pronunciata può in parte essere considerato superato dal testo attuale del TUE, il quale all'art. 3, par. 5 pone come fine dell'Unione nelle relazioni con il resto del mondo il contribuire alla "rigorosa osservanza e allo sviluppo del diritto internazionale, in particolare al rispetto dei principi della Carta ONU". Nello stesso senso l'art. 21, par. 1 TUE, in tema di azione esterna dell'Unione, dichiara che tale azione "si fonda … sul … rispetto dei principi della Carta delle Nazioni Unite e del diritto internazionale". Le disposizioni attribuiscono quindi un ruolo particolare alla Carta, così differenziandola da altri trattati internazionali di cui l'Unione non sia parte, e riconoscendo che essa costituisce un riferimento normativo necessario anche per i terzi nel diritto internazionale contemporaneo.

Questo è in linea con quanto la Commissione del diritto internazionale ha concluso nei suoi lavori sulla frammentazione del diritto internazionale: la Carta "enjoys special character owing to the fundamental nature of some of its norms, particularly its principles and purposes and its universal acceptance"[29]. Conformemente a questa affermazione, i due articoli non richiedono all'Unione il rispetto di tutti gli obblighi derivanti dalla Carta, ma solo dei suoi principi. È difficile leggere in essi un obbligo di adeguarsi alle misure decise dal Consiglio di sicurezza rispetto a casi concreti. Nella Dichiarazione n. 13 allegata al TUE si afferma, peraltro, che "l'Unione europea e i suoi Stati membri resteranno vincolati dalle disposizioni della Carta delle Nazioni Unite e, in particolare, dalla responsabilità primaria del Consiglio di sicurezza e dei suoi membri per il mantenimento della pace e della sicurezza internazionale"[30]. Quest'affermazione riguarda tutte le disposizioni della Carta e non solo i suoi principi e sembra estendere all'Unione, separatamente dai suoi Stati membri, l'obbligo di conformarsi alla Carta. Tuttavia è dubbio che una dichiarazione possa prevedere obblighi che non risultano dal Trattato. Il carattere non innovativo dell'affermazione discende del resto dalla sua

[28] S. MARCHISIO, *Il primato della Carta e la Comunità europea*, in *Sanzioni "individuali" del Consiglio di sicurezza e garanzie processuali fondamentali*, cit., p. 97 ss.

[29] *Conclusions of the work of the Study Group on the Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law,* in *International Law Commission, Report of the fifty-eighth session* (2006), A/61/10, par. 251 ss., punto 36 p. 420.

[30] *GUUE* 30 marzo 2010, C 83/43. La formula richiama quella impiegata in precedenza a proposito della PESD, ad es. dal Consiglio europeo di Göteborg del 15-16 giugno 2001, conclusioni, punto 47.

stessa formulazione ("La conferenza *sottolinea* che …")[31]. Il brano riportato si inserisce in una dichiarazione che ha ad oggetto la politica estera e di sicurezza comune ed il suo intento sembra quello di riaffermare la centralità del Consiglio di sicurezza in materia di mantenimento della pace, piuttosto che quello di creare nuovi obblighi internazionali per l'Unione.

Gli articoli 3 e 21 del TUE fanno riferimento all'azione esterna dell'Unione, e questo potrebbe essere inteso nel senso che la rilevanza del rispetto della Carta nell'ordinamento interno dell'Unione è lasciata impregiudicata. Ciò comporterebbe che, per quanto riguarda il sistema interno dell'Unione, il rilievo della Carta sarebbe ancora disciplinato dagli articoli 347 e 351 del Trattato sul funzionamento dell'Unione, corrispondenti agli articoli 297 e 307 TCE. Non sembra tuttavia possibile scindere nettamente il piano delle relazioni esterne da quello interno. L'adeguamento ai principi della Carta nei confronti degli altri soggetti internazionali non può essere confinato alla conclusione di accordi, ma dovrà venire in rilievo ogniqualvolta il rispetto dei principi comporti la necessità di adottare norme interne all'Unione. Dipenderà quindi dal contenuto che i principi assumono rispetto a fattispecie concrete determinare se il loro rispetto comporta obblighi che si esauriscono sul piano delle condotte internazionali o che invece richiedono un certo modo di essere dell'ordinamento dell'Unione. Anche in questa seconda ipotesi l'obbligo del rispetto non cessa di essere dovuto nei confronti di altri soggetti internazionali e quindi sul piano delle relazioni esterne. Rimane tuttavia il fatto che le disposizioni concernono i principi e non tutti gli obblighi derivanti dalla Carta. Per gli obblighi non derivanti dai principi, la giurisprudenza potrebbe ancora invocare gli articoli 347 e 351 TFUE.

Quale che sia la sua portata, la rigorosa osservanza dei principi della Carta è oggi imposta da norme del TUE e quindi assume un rango primario nella gerarchia delle fonti dell'Unione. Ciò non toglie che si possa escludere un contrasto tra norme primarie e in particolare un conflitto dei principi della Carta con le norme di protezione dei diritti fondamentali. In un caso del genere, potrebbe trovare ancora applicazione il criterio individuato dalla Corte di prevalenza dei valori considerati non solo "costituzionali" ma "fondamenti stessi dell'ordinamento giuridico comunitario"[32].

Il Trattato di Lisbona non sembra insomma aver assicurato alle decisioni del Consiglio di sicurezza un'assoluta garanzia di attuazione nel sistema dell'Unione, vuoi perché esse sono da escludere dai principi del-

[31] Corsivo di chi scrive.
[32] Punto 304 della sentenza del 3 settembre 2008, cit.

la Carta, vuoi perché anche se ad essi ricondotte devono comunque confrontarsi con le norme del Trattato considerate assolutamente fondamentali. Ciò comporta che in caso di contrasto tra decisioni del Consiglio di sicurezza e la tutela dei diritti umani richiesta nell'ordinamento dell'Unione, anche oggi la giurisprudenza potrebbe giungere, per vie parzialmente diverse, alla conclusione dell'illegittimità di norme di esecuzione che si limitassero ad adottare le misure indicate senza prevedere adeguate garanzie. È interessante allora considerare l'evoluzione della prassi del Consiglio di sicurezza in tema di sanzioni individuali per valutare se l'inadeguato livello di protezione rilevato dalla Corte di giustizia effettivamente permane.

L'esistenza di un conflitto già a livello internazionale tra i regimi di sanzioni individuali istituiti dal Consiglio di sicurezza e le norme pattizie sui diritti dell'uomo è stato rilevato da più parti[33]. Per quanto concerne la giurisprudenza, basti qui ricordare la posizione assunta dal Tribunale federale svizzero nella sentenza *Nada* (2007) circa il diritto di proprietà, all'equo processo, alla libertà di movimento[34]; dal Comitato dei diritti umani nell'affare *Sayadi* (2008)[35] con riguardo alla libertà di movimento

[33] B. FASSBENDER, *Targeted Sanctions Imposed by the UN Security Council and Due Process Rights – A Study Commissioned by the UN Office of Legal Affairs and Follow-Up Action by the United Nations*, in *International Organizations Law Review*, 2006, p. 437 ss.; *Assessing Damage, Urging Action: Report of the Eminent Jurists Panel on Terrorism, Counter-Terrorism and Human Rights*, *An Initiative of the International Commission of Jurists,* 2009, disponibile sul sito *http://ejp.icj.org/IMG/EJP-Report.pdf*, p. 115 ss.; risoluzione 1597 (2008) dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa su *United Nations Security Council and European Union blacklists* del 23 gennaio 2008, disponibile sul sito *http://assembly.coe.int*; *Strengthening Targeted Sanctions Through Fair and Clear Procedures,* libro bianco preparato dal *Watson Institute Targeted Sanctions Project*, Brown University, 2006, p. 9 ss., disponibile sul sito *www.watsoninstitute.org*. In dottrina, cfr., per tutti, i contributi contenuti nel volume *Review of the Security Council by the Member States*, a cura di E. de Wet, A. Nollkaemper, Antwerp, Oxford, New York, 2003, nonchè A. BIANCHI, *Assessing the Effectiveness of the UN Security Council's Anti-Terrorism Measures: The Quest for Legitimacy and Cohesion*, in *European Journal of International Law*, 2006, p. 881 ss., p. 903 ss. Di diversa opinione sembra M. LUGATO, *Gli obblighi degli Stati fra primato della Carta e primato dei diritti umani*, in *Sanzioni 'individuali' del Consiglio di sicurezza*, cit., p. 127 ss., secondo la quale, se ben si intende, la prassi del Consiglio (su cui *infra* nel testo) evidenzia piuttosto che l'organo non avrebbe mai considerato gli obblighi in tema di diritti umani degli Stati membri confliggenti con quelli posti dalle sue decisioni.

[34] Decisione 1A.45/2007, 14 novembre 2007, *www.bger.ch/it.*

[35] *Nabil Sayadi and Patricia Vynck v. Belgium*, comunicazione n. 1472/2006, constatazioni del 22 ottobre 2008, CCPR/C/94/1472/2006, in particolare par. 10.6 p. 23, ove il Comitato sostiene essere suo dovere "to consider to what extent the obligations imposed on the State party by the Security Council resolutions may justify the infringement of the right to liberty of movement, which is protected by article 12 of the Covenant". Cfr. più ampiamente *infra*, paragrafo successivo.

e al diritto alla riservatezza; dalla Corte federale canadese nel caso *Abdelrazik* (2009), quanto ai diritti della difesa[36]; dalla Corte Suprema del Regno Unito nella sentenza *Ahmed and others* (2010), sul diritto di proprietà, di rispetto della vita privata e familiare e all'equo processo[37].

Il conflitto risultava tanto più evidente per l'assenza, in un momento iniziale, di qualsiasi procedura di riesame dell'inserzione di privati nelle liste. La sordità del Consiglio rispetto a preoccupazioni concernenti i diritti umani è evidenziata nelle critiche mosse ancora nel 2005 dal *Monitoring Team* istituito in base alla risoluzione 1267/1999 a quegli Stati che avessero previsto nei rispettivi ordinamenti interni un controllo preventivo giurisdizionale di attuazione delle misure[38]. Nonostante la Corte di giustizia abbia affermato che la Carta delle Nazioni Unite non impone un particolare modo di attuazione delle risoluzioni del Consiglio[39], l'organo non sembrava riconoscere margini di discrezionalità agli Stati nell'esecuzione di quelle sanzioni. Dunque il sistema originariamente concepito dal Consiglio nel quadro del Capitolo VII della Carta non prevedeva direttamente, né permetteva agli Stati di predisporre, adeguate garanzie dei diritti dei privati inseriti nelle liste[40]. Questa conclusione è stata raggiunta, pur con alcune differenze, nelle decisioni statali appena ricordate della *Supreme Court* nel caso *Ahmed and others*[41], del Tribuna-

[36] Decisione del 4 giugno 2009, reperibile sul sito *http://decisions.fct-cf.gc.ca/en/2009/2009fc580/2009fc580.html*, par. 45 ss.

[37] *Her Majesty's Treasury (Respondent) v Mohammed Jabar Ahmed and others (FC)(Appellants)*, sentenza del 27 gennaio 2010, disponibile sul sito *www.supremecourt.gov.uk*, in particolare opinione di Lord Brown, par. 192.

[38] Terzo rapporto, 2005; S/2005/572, p. 17.

[39] Punto 298 della sentenza del 3 settembre 2008, cit.

[40] Questo naturalmente non significa che, in una prospettiva pluralista, lo Stato membro non possa comunque dare attuazione alle decisioni in un modo conforme al proprio ordinamento interno. Significa piuttosto che ciò può comportare, dal punto di vista del Consiglio di sicurezza, responsabilità internazionale di quello Stato.

[41] Questo sulla base dell'argomentazione espressa dalla *House of Lords* nel caso *Al-Jedda*: sentenza della *Supreme Court*, cit., *per* Lord Hope, par. 64, 71 ss., 80; *per* Lord Brown, par. 197. La sentenza della *High Court* nello stesso caso (sentenza della *Queen's Bench Division, Administrative Court* del 24 aprile 2008, reperibile sul sito *http://www.bailii.org*, par. 18), pur riconoscendo il conflitto, aveva tuttavia affermato che lo Stato doveva, nel dare attuazione alle risoluzioni del Consiglio, limitare al massimo la compressione dei diritti in causa, così riconoscendo una misura di discrezionalità nell'esecuzione delle sanzioni (parr. 38, 46) L'argomentazione ricalca quanto sostenuto da Lord Bingham nell'opinione in *Al-Jedda*, sentenza della *House of Lords* del 12 dicembre 2007, reperibile sul sito *http://www.bailii.org*, par. 39. Sulla giurisprudenza richiamata la letteratura è assai numerosa. Si rimanda, anche per gli opportuni riferimenti dottrinari, a A. CIAMPI, *Sanzioni del Consiglio di sicurezza e diritti umani*, Milano, 2007; M. LUGATO, *Gli obblighi degli Stati fra primato della Carta e primato dei diritti umani*, cit. L'argomentazione che faceva leva sull'art. 103 era del resto quella fatta propria in-

le federale svizzero nell'affare *Nada*[42] e nella successiva sentenza *A. c. Segreteria di Stato per l'Economia* (2008)[43], che pure concerneva la lesione dei diritti di proprietà, all'equo processo, al contraddittorio, della libertà di movimento. Queste pronunce sottolineano tutte l'impossibilità per gli Stati membri, a norma dell'art. 103 della Carta, di rispettare obblighi internazionali in materia di diritti umani in conflitto con quelli derivanti dalla Carta[44].

Tale conclusione ha tuttavia ricevuto critiche, dirette ed indirette, sempre più pressanti all'interno delle Nazioni Unite, sia con riguardo alle procedure previste innanzi al Consiglio di sicurezza, sia con riferimento all'attuazione delle sanzioni da parte degli Stati membri. Le prese di posizione in questo senso sono numerose e provengono da più organi[45]. L'*High Level Panel* istituito dal Segretario generale afferma nel suo rapporto *A More Secure World* (2004) che "sanctions committees should establish procedures to review the cases of those claiming to have been incorrectly placed or retained on such lists"[46]. Da parte sua, l'Assemblea generale ha chiaramente affermato l'esigenza che le misure rispettino i diritti umani in diverse risoluzioni[47]. Nel *World Summit Outcome*[48] essa dichiara che "international cooperation to fight terrorism must be con-

nanzi alle corti dell'Unione europea dagli Stati intervenienti Regno Unito, Spagna, Francia, Paesi Bassi, con riguardo agli obblighi loro derivanti dal diritto dell'Unione. Francia e Gran Bretagna (membri permanenti del Consiglio di sicurezza) sono intervenuti anche nel secondo ricorso *Kadi* nella causa innanzi al Tribunale (17 giugno 2010), sostenendo ancora che gli Stati membri delle Nazioni Unite e la Commissione non avevano alcuna discrezionalità nel dare attuazione alle decisioni del Consiglio di sicurezza (paragrafi 96-98).

[42] Decisione 1A.45/2007, cit.

[43] Decisione del 22 aprile 2008, 1A.48/2007, reperibile sul sito *www.bger.ch/it*. Le due decisioni del Tribunale federale riprendono le sentenze del settembre 2005 del Tribunale di primo grado e ne condividono l'impostazione circa la sindacabilità delle risoluzioni del Consiglio di sicurezza alla luce dello *ius cogens*, ma ritengono che i diritti in causa – in parte coincidenti con quelli esaminati dal Tribunale di primo grado – non rientrino in tale categoria. Il Tribunale nega inoltre che gli Stati membri delle Nazioni Unite godano di alcuna discrezionalità nel dare attuazione alla risoluzioni del Consiglio.

[44] È del tutto pacifico che il rispetto degli obblighi derivanti dalla Carta richiesto dall'art. 103 si estende al rispetto delle decisioni del Consiglio di sicurezza: cfr. *Conclusions of the work of the Study Group on the Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law*, cit., punto 35 p. 420.

[45] Una ricostruzione attenta di questa prassi è compiuta da M. LUGATO, *Gli obblighi degli Stati fra primato della Carta e primato dei diritti umani*, cit.

[46] A/59/565, par. 182, p. 52.

[47] Per un esame puntuale di questa prassi si veda P. GARGIULO, *Nazioni Unite, lotta globale al terrorismo e tutela dei diritti umani*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2007, p. 600 ss.

[48] A/RES/60/1 del 24 ottobre 2005, par. 85.

ducted in conformity with international law, including the Charter and relevant international conventions and Protocols. States must ensure that any measures taken to combat terrorism comply with their obligations under international law, in particular human rights law, refugee law and international humanitarian law". Nella serie di risoluzioni aventi ad oggetto la *Protection of Human Rights While Countering Terrorism,* l'ultima delle quali del 21 dicembre 2010, l'Assemblea riconosce "the need to continue ensuring that fair and clear procedures under the United Nations terrorism-related sanctions regime are strengthened in order to enhance their efficiency and transparency" e contemporaneamente "*[u]rges* States, while ensuring full compliance with their international obligations, to ensure the rule of law and to include adequate human rights guarantees in their national procedures for the listing of individuals and entities with a view to combating terrorism"[49]. L'esigenza di promozione e tutela dei diritti dell'uomo da parte degli organi delle Nazioni Unite nella lotta al terrorismo è riaffermata con decisione dall'Assemblea generale anche nelle risoluzioni concernenti la *Global Counter-Terrorism Strategy*[50]. Sul tema inoltre è stato nominato dalla Commissione dei diritti umani[51] e poi confermato dal Consiglio dei diritti umani[52] un Relatore speciale. Nella sua presentazione all'Assemblea Generale del 26 ottobre 2009, anteriore all'approvazione della risoluzione 1904/2009 (*infra*), egli ha sottolineato la necessità "that the Security Council and its subsidiary bodies continue the process of reforming the regime for listing individuals and entities as terrorist ones". Il Relatore ha aggiunto che "the terrorist listing procedure of the 1267 Committee fails to meet the requirements of a 'fair and clear procedurè, a notion used to describe the level of procedural guarantees that one can expect an intergovernmental organization to deliver, not to mention full compliance with the right to a fair trial, as would be required if a State were to impose criminal sanctions". Nel suo ultimo rapporto (2010), il Relatore

[49] A/RES/65/221, parr. 9, 10. Il progetto di risoluzione è stato presentato da Stati occidentali, tra cui gli Stati Uniti, ma anche dell'America Latina e dell'Europa orientale. A/65/456/Add.2 (Part II), 8 dicembre 2010, p. 64 ss.

[50] Ad es., nella risoluzione del 5 settembre 2008 al punto 7 l'Assemblea "*Calls upon* the United Nations entities involved in supporting counter-terrorism efforts to continue to facilitate the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism". A/RES/62/272. Il piano di azione allegato alla risoluzione 60/288 del 20 settembre 2006 sulla *Global Counter-terrorism Strategy* indicava come uno dei quattro pilastri di tale strategia le misure per assicurare il rispetto per i diritti umani e il principio di legalità quali base fondamentale nella lotta contro il terrorismo.

[51] Ris. 2005/80.

[52] Ris. 6/28.

speciale ha sostenuto ancora più radicalmente che il regime 1267, nonostante le varie modifiche apportate, è oggi illegittimo alla luce della Carta per la mancanza dei presupposti di cui all'art. 39 e va modificato e reinquadrato nel Capitolo VI della Carta stessa[53].

A fronte di queste diverse sollecitazioni nonché ormai di critiche radicali, è evidente lo sforzo dello stesso Consiglio di sicurezza di riconciliare la lotta al terrorismo con il rispetto dei diritti umani, anche in tema di sanzioni individuali[54]. Testimonianza di questo percorso di avvicinamento si può considerare, oltre alla c.d. *human rights clause* contenuta nei preamboli di varie risoluzioni in materia, quanto previsto nella parte dispositiva di alcune decisioni. Già la risoluzione1456/2003, in maniera simmetrica a quanto richiedono varie risoluzioni dell'Assemblea generale, afferma che gli Stati membri devono ("*must*") assicurarsi che qualsiasi misura di contrasto al terrorismo sia conforme ai loro obblighi internazionali, in particolare in tema di diritti umani, diritti dei rifugiati e diritto umanitario[55]. L'obbligo sembra essere divenuto più specifico nelle risoluzioni più recenti[56]. Altro elemento significativo è la *Technical Guide to the Implementation of Security Council Resolution 1373 (2001)*, del 2009, preparata dal *Counter-terrorism Committee*. Per quanto concerne

[53] A/65/258, 6 agosto 2010, p. 11 ss. L'opinione non è nuova in dottrina; per una critica sistematica dei poteri quasi-legislativi o quasi-giudiziari del Consiglio di sicurezza si veda G.ARANGIO-RUIZ, *On the Security Council's* 'Law-Making', in *Rivista di diritto internazionale*, 2000, p. 609 ss.; con riguardo in particolare al *listing* cfr. E. DE WET, *The Chapter VII Powers of the United Nations Security Council*, Oxford, Portland, 2004, pp. 352-354.

[54] Sul tema cfr. M. ARCARI, *Sviluppi in tema di tutela dei diritti di individui iscritti nelle liste dei Comitati delle sanzioni del Consiglio di sicurezza*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2007, p. 657 ss.; H. KELLER, A. FISCHER, *The UN Anti-Terror Sanctions Regime Under Pressure*, in *Human Rights Law Review*, 2009, p. 257 ss.; A. CIAMPI, *Un* Ombudsperson *per gestire le richieste al Comitato 1267 per la cancellazione dalle liste*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2010, p. 106 ss.

[55] Par. 6. La risoluzione non fa riferimento ad un'azione del Consiglio *ex* Capitolo VII della Carta, ma è stilata piuttosto come dichiarazione di carattere generale resa dai Ministri degli esteri degli Stati membri del Consiglio in tema di lotta al terrorismo.

[56] La ris. 1822/2008 al par. 27 "[r]eiterates the importance of all States identifying, and if necessary introducing, adequate procedures to implement fully all aspects of the measures described in paragraph 1 above", mentre il paragrafo successivo "[e]ncourages the Committee to continue to ensure that fair and clear procedures exist for placing individuals and entities on the Consolidated List". Secondo F.SALERNO, *Il rispetto delle garanzie processuali nell'attuazione delle misure del Consiglio di sicurezza contro il terrorismo internazionale*, in *Sanzioni "individuali" del Consiglio di sicurezza*, cit., p. 161 ss., p. 184, tali clausole prevederebbero la subordinazione dell'applicazione delle risoluzioni del Consiglio al rispetto dei diritti. J. ALVAREZ, *The Security Council's War on Terrorism: Problems and Policy Options*, in *Review of the Security Council by the Member States*, cit., pp. 119 ss., 129 ss., ritiene che i rinvii delle risoluzioni concernano diritti consuetudinari.

il congelamento dei beni, la guida indica che gli Stati dovrebbero ("should") adottare *best practices* quanto al rispetto del giusto processo, conformemente al diritto internazionale e alle norme internazionali sui diritti umani a cui gli Stati siano vincolati[57]. Il Comitato afferma che "it is necessary to consider whether judicial or other remedies that are effective, independent and impartial are available to persons or entities to challenge decisions to freeze assets".

Uno dei risultati più evidenti delle diverse critiche consiste nella revisione a tappe successive della procedura di *delisting* fino alla risoluzione del Consiglio 1904/2009[58]. Il sistema prevede ora la possibilità per i privati di rivolgersi direttamente all'*Ombusdman* per chiedere la rimozione dalla lista, l'obbligo del Comitato di pronunciarsi entro sei mesi e di motivare l'eventuale diniego, nonché l'obbligo di fornire maggiori informazioni.

L'effettiva tutela fornita anche da quest'ultima modifica rimane però tuttora incerta, in particolare quanto alla motivazione della misura[59]. Sono in effetti del 2010 la decisione della Svizzera di non applicare più le sanzioni del Consiglio quando questo Stato riterrà che i diritti umani non siano rispettati[60]; il parere sopra ricordato di illegittimità del sistema delle sanzioni secondo il Relatore speciale Scheinin; la (seconda) pronuncia *Kadi* del Tribunale che esplicitamente considera ancora inadeguato il sistema di protezione previsto innanzi al Consiglio[61]. Inoltre, la *Supreme Court* del Regno Unito nel caso *Ahmed and others*, già ricordato,

[57] Ma il Comitato richiama anche la Dichiarazione universale.

[58] Risoluzioni precedenti rilevanti sono la 1730/2006, che ha previsto l'istituzione del *Focal Point*, e la 1822/2008, che ha tra l'altro introdotto maggiore pubblicità delle motivazioni alla base dell'inserzione nella lista 1267 nonché obblighi di controllo periodico da parte degli Stati delle informazioni rilevanti.

[59] Il livello di protezione raggiunto è tuttora considerato da più parti non adeguato al livello richiesto dagli strumenti internazionali: cfr., per una visione articolata, C. TOMUSCHAT, *The* Kadi *Case: What Relationship is there between the Universal Legal Order under the Auspices of the United Nations and the EU Legal Order?*, cit., p. 660 ss.; F.SALERNO, *Il rispetto delle garanzie processuali nell'attuazione delle misure del Consiglio di sicurezza contro il terrorismo internazionale*, cit., p. 186 ss. In senso ancora critico, con considerazioni che concernono diverse procedure innanzi al Consiglio di sicurezza, il rapporto del Relatore Speciale M. Scheinin, A/65/258, cit., p. 12 ss.

[60] La mozione, approvata il 4 marzo 2010 contro il parere del Consiglio federale e disponibile sul sito *www.parlament.ch*, era presentata dal senatore Dick Marty, il quale già aveva portato il caso *Nada* all'attenzione del Consiglio d'Europa nella sua qualità di Relatore speciale dell'Assemblea parlamentare sul tema delle liste del Consiglio di sicurezza e Unione europea. Il Presidente del Comitato 1267 rispondeva con lettera del 21 maggio 2010 richiamando la Svizzera all'osservanza delle decisioni del Consiglio in base agli articoli 25, 48 e 103 della Carta.

[61] Sentenza cit., paragrafi 127-128.

ha ritenuto di dover applicare l'art. 103 della Carta come criterio risolutore del conflitto tra norme della Carta e norme pattizie sui diritti umani[62], ma ha comunque considerato illegittimo il provvedimento di esecuzione delle decisioni del Consiglio di sicurezza sulla base del diritto statale[63].

Di questa prassi, ciò che interessa sottolineare è l'esigenza avvertita in seno alle Nazioni Unite ed ora anche al Consiglio[64] di non poter ignorare, pur nell'esercizio dei poteri di cui al Capitolo VII della Carta, la protezione dei diritti dei privati inseriti nelle liste. La modifica di condotta del Consiglio è stata determinata in gran parte dall'esigenza pratica di ottenere la collaborazione degli Stati, messi in difficoltà dall'attuazione delle decisioni nei rispettivi ordinamenti interni, come si evince ad esempio dal dibattito su *Strengthening International Law: Rule of Law and Maintenance of Peace and Security*, tenuto al Consiglio nel 2006, a cui hanno partecipato anche Stati non membri del Consiglio di sicurezza[65]. Tale esigenza di collaborazione concerne in modo particolare la giurisprudenza interna, tra cui viene annoverata la Corte di giustizia, come esplicitamente ammesso dal Comitato 1267[66]. Questo Comitato ha

[62] *Supra*, nota 41.

[63] Sentenza cit., paragrafi 76, 154, 185.

[64] Si veda anche la dichiarazione del Presidente del Consiglio di sicurezza del 22 giugno 2006 (S/PRST/2006/28): "The Council is committed to ensuring that fair and clear procedures exist for placing individuals and entities on sanctions list and for removing them". Sulla valutazione della prassi del Consiglio di sicurezza, cfr. in particolare M. LUGATO, *Gli obblighi degli Stati fra primato della Carta e primato dei diritti umani*, cit., nonchè le osservazioni di F.SALERNO, *Quale "comunità di diritto" per il signor Kadi?*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2009, pp. 110 ss., 113 ss.; A. BIANCHI, *Security Council's anti-terror resolutions and their implementation by Member States: An Overview*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2006, pp. 1044 ss.,1060 ss. Circa la disomogeneità delle espressioni impiegate dal Consiglio di sicurezza e dall'Assemblea generale riguardo alla tutela dei diritti umani nell'insieme delle risoluzioni adottate in argomento, cfr. P. DE SENA, M.C.VITUCCI, *The European Courts and Security Council: Between* Dédoublement fonctionnel *and Balancing of Values*, cit., p. 214 ss.

[65] Dibattito del 22 giugno 2006, S/PV.5474 e S/PV.5474 (Resumption 1), durante il quale l'Unione europea sottolineava "the importance of upholding certain minimum standards to ensure fair and clear procedures when designing and implementing sanctions" (p. 33, primo documento citato). Circa le difficoltà incontrate dagli Stati nell'attuazione delle decisioni di *listing* si veda A. BIANCHI, *Security Council's Anti-terror Resolutions and their Implementation by Member States: An Overview*, cit., pp. 1044 ss.,1056 ss.

[66] Cfr. le osservazioni del Comitato 1267 nel suo decimo rapporto (2 ottobre 2009) al Consiglio di sicurezza, S/2009/502, p. 16 ss. Il Consiglio di sicurezza ha in tal modo scelto di non invocare la responsabilità degli Stati membri che avessero dato attuazione alle sue decisioni in maniera diversa da quanto concepito dal Consiglio stesso. Questa scelta trova probabilmente una ragione nell'impossibilità per gli esecutivi di imporre quella scelta alle proprie corti.

inoltre progressivamente ridotto la sua attenzione verso i casi di mancata esecuzione delle sanzioni da parte di singoli Stati, concentrandosi piuttosto sulla modifica delle procedure di *listing* e *delisting*[67].

In questo panorama, una particolare attenzione va dedicata alla posizione assunta dall'Unione europea di fronte al Consiglio di sicurezza. Nel dibattito tenutosi l'11 maggio 2010 circa l'attuazione delle risoluzioni 1267, 1373 e 1540, la delegazione dell'Unione dichiarava di aver provveduto ad emendare le procedure di esecuzione delle sanzioni del Consiglio conformemente alle decisioni della Corte di giustizia per assicurare procedure più adeguate e più chiare, conformi ai diritti dei privati inseriti, in particolare, nella lista 1267. La delegazione aggiungeva di voler credere che il Consiglio avrebbe preso in considerazione le modifiche necessarie per assicurare la trasparenza ed equità delle procedure di inserimento nelle liste[68], e ciò dopo l'adozione della risoluzione 1904/2009. Successivamente (15 novembre 2010) e nella stessa sede, l'Unione sottolineava ancora più nettamente "that any measures that we undertake to prevent and combat terrorism must comply with our obligations under international law, in particular human rights law, refugee law and international humanitarian law", riprendendo letteralmente l'espressione impiegata dall'Assemblea generale, tra le altre, nella risoluzione sul *World Summit Outcome*[69]. Tali dichiarazioni venivano rese congiuntamente con Turchia, Croazia, FRYOM, Albania, Bosnia Erzegovina, Montenegro, Serbia, Moldavia, Armenia e Georgia[70].

Va anche ricordato che il Consiglio di sicurezza non ha ritenuto di sollevare la questione della violazione delle sue decisioni da parte degli Stati membri dell'Unione europea. Al contrario, in seguito alla pronuncia della Corte di giustizia il Comitato 1267 ha collaborato con l'Unione mettendo a sua disposizione le motivazioni per l'inserzione di Kadi nella lista 1267, prima che la pubblicità di tutte le motivazioni, richiesta dalla risoluzione 1822/2008, divenisse operativa in via generale[71] ed inoltre instaurando un dialogo con l'Unione circa le "challenges the European

[67] Questo risulta da un esame dei rapporti annuali del Comitato, per es. S/2008/848, 31 dicembre 2008, p. 6; S/2009/676, 31 dicembre 2009, p. 5.

[68] Dichiarazione disponibile sul sito *www.eu-un.europa.eu/* .

[69] Ivi.

[70] La posizione dell'Unione sembra quindi divergere da quella sostenuta ancora nel giugno 2010 innanzi al Tribunale da Francia e Regno Unito, *supra* nota 41in questo paragrafo.

[71] *Briefing by H.E. Mr. Jan Grauls, Chairman of the Security Council Committee established pursuant to resolution 1267 (1999) concerning Al-Qaida and the Taliban and Associated Individuals and Entities, to the Security Council on 12 November 2008*, disponibile sul sito *www.un.org/sc/committees/1267*, p. 2.

Union is currently facing following the rulings of the European Court of Justice"[72]. È il Comitato stesso a riconoscere "that ensuring fair and clear procedures for placing individuals and entities on the consolidated list and for removing them, as well as for granting humanitarian exemptions, can help States avoid and overcome challenges to their implementation of the sanctions measures"[73].

Alla luce di questi diversi elementi, si può concludere che è in via di consolidamento l'*opinio* dello stesso Consiglio circa la necessità che la sua azione *ex* Capitolo VII non violi diritti umani anche non protetti da norme imperative, *opinio* determinata dalla condotta degli Stati membri e dalle prese di posizione di altri organi delle Nazioni Unite[74]. La formazione di tale convincimento è basato non su argomentazioni specifiche ai casi concreti, ma sulla considerazione del ruolo del Consiglio nel quadro generale della Carta e dei suoi fini. La prassi conferma così oggi la posizione circa la soggezione del Consiglio al rispetto delle norme sui diritti umani ampiamente sostenuta in dottrina[75]. L'innegabile antinomia esistente tra norme internazionali potrebbe così essere in via di soluzione. Ciò potrebbe eliminare in radice l'alternativa finora posta agli Stati tra la violazione della Carta o invece dell'obbligo di protezione gravante sugli Stati in virtù delle norme internazionali sui diritti umani[76]; conseguentemente, potrebbe venire meno l'esigenza di riaffermazione della protezione secondo parametri interni. Fino a quando questo non avverrà in maniera indubitabile, tuttavia, la condotta degli Stati che contestano una determinata applicazione delle sanzioni, vuoi tramite prese di posizioni all'interno delle Nazioni Unite, vuoi con un'attuazione delle misure che preveda garanzie non individuate dalle decisioni del Consiglio di sicurezza, vuoi attraverso decisioni di tribunali interni che si rifiutino di considerare come criterio risolutivo il ricorso all'art. 103 della Carta, continua a costituire un indice significativo di una diffusa opinione circa

[72] *Report of the Security Council Committee established pursuant to resolution 1267 (1999) concerning Al-Qaida and the Taliban and associated individuals and entities*, S/2009/676, 31 dicembre 2009.

[73] Ivi, p. 12.

[74] Nettamente in questo senso A. BIANCHI, *Security Council's anti-terror resolutions and their implementation by Member States: An Overview*, cit., p. 1069.

[75] *Infra,* nota n. 99. D. HALBERSTAM, E. STEIN, *The United Nations, The European Union, and the King of Sweden*, cit., individuano anche un distinto ed ancora in divenire processo di *constitutional absorption* da parte delle Nazioni Unite di diritti fondamentali individuate dale stesse Nazioni Unite (p. 24 ss.).

[76] Cfr. M. SCHEININ, *Is the ECJ Ruling in* Kadi *Incompatible with International Law?*, cit., *passim*, nonché il Rapporto cit., 2010, p. 18, circa l'esigenza di una tutela adeguata negli ordinamenti interni fino a che la protezione internazionale risulti insufficiente.

l'illegittimità della condotta del Consiglio. Questo può significare che nell'ambito dell'attuale sistema dell'Unione non si potrà comunque invocare l'art. 3, para. 5 del TUE a favore di un'attuazione delle decisioni del Consiglio *sic et simpliciter*.

Si tratta al momento attuale di una tendenza che, per quanto piuttosto sviluppata, dovrà tuttavia tradursi in una maggiore articolazione delle decisioni del Consiglio, nell'instaurazione di procedure davanti al Consiglio più adeguate, nell'aperto riconoscimento della discrezionalità degli Stati nell'esecuzione delle decisioni oppure, come ormai esplicitamente invocato, in un abbandono del sistema. Nel momento in cui venga riconosciuta l'esigenza di adeguate tutele procedurali innanzi al Consiglio, la tensione tra obblighi internazionali non sarà più costituita dalla negazione del principio della sottoposizione del Consiglio al rispetto di norme sui diritti umani, ma potrà permanere con riguardo piuttosto alla definizione concreta dello standard considerato adeguato sul piano internazionale: ad esempio, circa i diritti della difesa ed al contraddittorio, sul carattere preventivo o solo successivo di possibili mezzi di ricorso, o sulla determinazione in concreto della sufficiente motivazione ai fini delle misure di congelamento dei beni, o ancora sulla natura delle garanzie processuali (di carattere civile oppure penale) da assicurare[77].

È implicito nella recente prassi che le esigenze della pace e sicurezza internazionali non sono considerate sufficienti per giustificare la deroga al rispetto dei diritti umani da parte del Consiglio. Questo è tanto più interessante perché i diritti in causa sono considerati negli strumenti pattizi suscettibili di sospensione in situazioni di emergenza nazionale (*infra*, paragrafi 4 e 5)[78].

4. Strumenti universali di protezione dei diritti umani

Tra gli strumenti universali di protezione dei diritti umani, particolare interesse ai fini della presente indagine presenta il Patto sui diritti civili e politici del 1966, vuoi per l'ampia partecipazione, vuoi perché esso è stato promosso ed adottato nell'ambito delle Nazioni Unite. Dal punto di vista del diritto internazionale esso vincola solo gli Stati membri, né

[77] Per alcune considerazioni su questi aspetti, cfr. M. LUGATO, *Gli obblighi degli Stati fra primato della Carta e primato dei diritti umani*, cit., p. 153 ss.

[78] Su questo punto cfr. A. BIANCHI, *Assessing the Effectiveness of the UN Security Council's Anti-Terrorism Measures*, cit., p. 881 ss., p. 891. Contrario all'assimilazione della minaccia alla pace alle situazioni di emergenza previste negli strumenti pattizi di tutela dei diritti umani E. CANNIZZARO, *A Machiavellian Moment? The UN Security Council and the Rule of Law*, cit., p. 210 ss.

sembrano esserci indicazioni per delineare in proposito una successione dell'Unione rispetto agli Stati. Nell'ambito dell'Unione, la giurisprudenza ha però tradizionalmente richiamato anche le norme dei "trattati internazionali relativi alla tutela dei diritti dell'uomo cui gli Stati membri hanno cooperato od aderito" quali parametri sulla base dei quali ricostruire principi generali in materia di diritti fondamentali, ovvero norme interne al sistema dell'Unione[79]. L'art. 6, par. 3, del Trattato sull'Unione europea, come modificato dal Trattato di Lisbona, nell'enunciare che i diritti fondamentali "fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali", mentre richiama in proposito la CEDU e le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, non fa cenno ad altri strumenti convenzionali. Questa formulazione è analoga a quella del previgente art. 6 TUE. La Corte ha tuttavia continuato ad impiegare l'espressione sopra riportata anche in presenza di questa disposizione[80]. Non sembra dunque che il silenzio normativo impedisca di continuare ad attribuire al Patto la natura di fonte materiale sulla cui base ricostruire i principi generali in materia. D'altra parte, il già ricordato art. 3, par. 5 del Trattato sull'Unione europea pone tra gli obiettivi dell'Unione nelle relazioni con il resto del mondo il suo contributo alla tutela dei diritti umani, nonché l'osservanza del diritto internazionale, in maniera analoga a quanto l'art. 21 prevede a proposito dell'azione esterna dell'Unione. Le disposizioni, se non possono essere lette come fonte di un obbligo di osservanza di strumenti che vincolano gli Stati membri e non l'Unione, possono essere invocate per valorizzare una condotta dell'Unione conforme a standards formalmente "esterni" all'Unione stessa. La menzione espressa dei diritti fondamentali quali principi generali del diritto dell'Unione all'art. 6 garantisce infine, come già osservato, una tutela di quei diritti a livello primario. Il Patto è così uno strumento rilevante nella ricostruzione del contenuto della norma primaria interna.

Per quanto concerne la lotta al terrorismo, va ricordato che il Patto attribuisce agli Stati parte la possibilità di sospendere o limitare la tutela di diversi diritti in situazioni di emergenza nazionale (art. 4). La lotta al terrorismo anche internazionale può essere considerata un pericolo pubblico che minaccia la vita della nazione ed essere invocata a giustificazione della compressione di diritti, ammessa dall'art. 4. Tale qualificazione è confermata dai richiami compiuti dall'Assemblea generale a favore dell'applicazione della disciplina[81]. In realtà, tuttavia, gli Stati parte

[79] Causa 4/73, *Nold*, sentenza del 14 maggio 1974, in *Raccolta*, p. 491, punto 13.

[80] Come la Corte ha ricordato nella stessa sentenza *Kadi*, cit., par. 283.

[81] Cfr. le risoluzioni dedicate al tema *Protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism,* ad es. A/RES/64/168, 18 dicembre 2009, par. 5;

non hanno fatto ricorso a dichiarazioni di stati di emergenza aventi come motivazione la lotta al terrorismo internazionale, ad eccezione, a quanto risulta, del Regno Unito[82]. Una spiegazione per questo atteggiamento la si può ritrovare nella posizione sostenuta dal Belgio innanzi al Comitato dei diritti umani nel caso *Sayadi*[83]. Lo Stato dichiarava che non era necessario ricorrere a dichiarazioni *ex* art. 4 del Patto perché già le disposizioni rilevanti permettevano una restrizione dei diritti in causa[84]. Il Comitato sui diritti umani, da parte sua, ha sempre in tale affare convenuto che il testo dell'art. 12, sulla libertà di movimento, ove ammette restrizioni in ragione di motivi di sicurezza nazionale e ordine pubblico, può giustificare limitazioni dovute anche all'esigenza di applicare sanzioni del Consiglio di sicurezza[85]. Questa conclusione è in linea con quanto il Comitato aveva affermato (2001) nel suo *General Comment* n. 29 all'art. 4 del Patto. In questa sede, esso aveva notato[86] che limitazioni a libertà di movimento e di riunione (art. 21) sono possibili di fronte a situazioni eccezionali senza previe dichiarazioni di emergenza nazionale, grazie alla flessibilità delle relative disposizioni, che esplicitamente ammettono le limitazioni dei diritti necessarie per proteggere la sicurezza nazionale.

La scarsa propensione degli Stati ad invocare la lotta al terrorismo come stato di emergenza che permetta limitazioni di alcuni diritti sembra trovare una spiegazione ulteriore nel fatto che essi in tal modo si sottraggono al controllo del Comitato, soprattutto quanto alla proporzionalità della limitazione del diritto rispetto alla situazione, nonché al suo carattere temporaneo ed eccezionale[87]. Sempre nel *General Comment* n. 29, il Comitato ha poi indicato di non aderire ad una nozione ristretta di diritti tutelati da norme cogenti che gli Stati non potrebbero sospendere in situazioni *ex* art. 4, anche se non previsti dalla disposizione. Il Comitato ha infatti incluso in quella categoria anche "fundamental principles of fair

A/RES/65/221 del 21 dicembre 2010, par. 5. In dottrina, si veda A. SIEHR, *Derogation Measures under Article 4 ICCPR, with Special Consideration of the 'War Against International Terrorism'*, in *German Yearbook of International Law*, 2004, p. 545 ss., in particolare p. 568 ss.

[82] Notifica del 18 dicembre 2001 di deroga all'art. 9 sulla libertà personale, revocata il 15 marzo 2005. Cfr. *Multilateral Treaties Deposited with the Secretary-General, Status as at 1 April 2009,* vol. I, ST/LEG/SER.E/26, pp. 252-253.

[83] CCPR/C/94/D1472/2006, cit.

[84] Ivi, par. 6.4 p. 17.

[85] Par. 10.7, p. 23, doc.cit.

[86] Par. 5 del *General Comment*.

[87] Ricordato dall'Assemblea generale, risoluzione ult. cit. Naturalmente in tal modo gli Stati parte non sono neanche costretti a fare la dichiarazione relativa al Segretario generale delle Nazioni Unite.

trial, including the presumption of innocence"[88]. L'organo potrebbe pertanto svolgere un controllo incisivo sulle deroghe applicate dagli Stati parte[89].

Gli Stati hanno naturalmente anche richiamato la natura vincolante delle decisioni del Consiglio di sicurezza e l'art. 103 della Carta per sottolineare che in presenza di una minaccia alla pace, come il terrorismo internazionale, i membri delle Nazioni Unite non possono sottrarsi agli obblighi posti dal Consiglio di sicurezza invocando l'esigenza di rispettare altri obblighi internazionali[90]. Il Patto prevede all'art. 46 una clausola di non pregiudizio delle funzioni dei vari organi delle Nazioni Unite. Essa potrebbe giustificare, con un rinvio implicito all'art. 103, il ricono-

[88] Par. 11, *General Comment* n. 29, cit.

[89] Ciò tanto più in quanto il Comitato rifiuta di considerare determinante la qualificazione statale delle procedure in causa. Tuttavia nell'affare *Sayadi*, cit., par. 10.11, p. 25, il Comitato non ha ritenuto che il regime delle sanzioni costituisse un'"accusa penale" ai fini dell'art. 14, par. 1 del Patto. In questo senso cfr. anche varie opinioni individuali e parzialmente dissidenti, ivi, p. 27 ss. In senso contrario cfr. M. SCHEININ, *Is the ECJ Ruling in* Kadi *Incompatible with International Law?*, cit., p. 644. Ritiene che il *listing* possa comportare conseguenze di natura penale ai fini dell'art. 6 della Convenzione europea I.CAMERON, *The European Convention of Human Rights, Due Process and United Nations Security Council Counter-Terrorism Sanctions*, rapporto presentato al Consiglio d'Europa, 2006, *www.coe.int*, p. 2. Un esempio significativo della volontà di sottrarre la condotta statale, che non concerneva però l'esecuzione di sanzioni del Consiglio di sicurezza, al controllo del Comitato è stato quello degli Stati Uniti, che pur avendo proclamato un'emergenza nazionale in seguito agli attacchi terroristici dell'11 settembre e pur avendo seriamente pregiudicato alcuni diritti, tra cui quelli all'equo processo e alla libertà personale, non ha mai fatto una dichiarazione *ex* art. 4. Nel loro rapporto periodico al Comitato (2005), gli Stati Uniti hanno semplicemente affermato che "declarations of national emergency have been used frequently, in both times of war and times of peace, in order to implement special legal authorities and that the Executive Orders made as a result of the September 11 attacks did not require derogation from its commitments under the Covenant". CCPR/C/USA/3 del 28 novembre 2005, p. 22.

[90] Nella dichiarazione presentata la momento della firma, il Regno Unito affermava il proprio "understanding that, by virtue of Article 103 of the Charter of the United Nations, in the event of any conflict between their obligations under Article 1 of the Covenant and their obligations under the Charter … their obligations under the Charter shall prevail". *Multilateral Treaties Deposited with the Secretary-General, Status as at 1 April 2009,* vol. I, cit., p. 216. Analoga con riguardo più specificamente alla lotta al terrorismo internazionale la posizione del Belgio nell'affare *Sayadi*, cit., par. 4.12, p. 12, par. 6.3 p. 17, par. 8.1 p. 20. Il Regno Unito tuttavia, come ricordato *supra* nel testo, è anche l'unico Stato ad aver almeno per un certo periodo compiuto la dichiarazione di stato di emergenza *ex* art. 4 del Patto in relazione anche alle decisioni del Consiglio di sicurezza. Questo sembrerebbe indicare che pure chi riconosce l'operatività della clausola di supremazia dell'art. 103, ritiene ugualmente necessario invocare l'art. 4. La mancanza di altri Stati che abbiano tenuto un comportamento analogo sembra tuttavia deporre in senso negativo a tale necessità.

scimento nello stesso Patto della prevalenza degli obblighi correlati alle funzioni del Consiglio di sicurezza in tema di mantenimento della pace.

Non è tuttavia giunto a tale conclusione il Comitato dei diritti umani nel più volte ricordato affare *Sayadi, Vinck c. Belgio*[91]. I beni di due coniugi belgi erano stati qui congelati dopo che i loro nomi erano stati posti sulla lista 1267 su iniziativa del Belgio (2003), perchè dirigenti di una fondazione europea collegata ad altra fondazione statunitense già inserita nella lista. Dopo diverse azioni legali e l'archiviazione di un'azione penale nei loro confronti, i coniugi ottenevano una sentenza che obbligava il Belgio al *delisting* dei loro nomi (2005); il Belgio tuttavia non riusciva ad ottenere il necessario consenso al Consiglio di sicurezza[92]. Il Comitato ha ritenuto responsabile il Belgio per violazione dei diritti alla libertà di movimento e alla privacy. A motivo anche del successo dei ricorsi presentati davanti ai tribunali belgi, il Comitato non ha constatato violazioni del diritto ad un giusto processo (art. 14 del Patto)[93]. Il Comitato ha esplicitamente considerato irrilevante l'art. 46 del Patto. Esso ha sottolineato che oggetto del suo giudizio era la condotta del Belgio nell'esecuzione delle sanzioni, anche se tali sanzioni erano state decise dal Consiglio di sicurezza[94]. È possibile che a questa impostazione abbia contribuito il fatto che fosse stato il Belgio stesso a proporre l'inserimento dei nomi nella lista, fatto notato dal Comitato[95]. L'organo ha comunque dichiarato in termini non equivoci essere suo dovere "as guarantor of the rights protected by the Covenant, to consider to what extent the obligations imposed on the State party by the Security Council resolutions may justify the infringement of the right to liberty of movement, which is protected by article 12 of the Covenant"[96].

Il Comitato ha quindi ritenuto che, se le restrizioni previste all'art. 12 possono derivare anche dall'esigenza di applicare sanzioni del Consi-

[91] Le constatazioni sono state rese in data 22 ottobre 2008 e pubblicate il 29 dicembre 2008, a ridosso della pronuncia *Kadi* della Corte di giustizia. Per alcuni commenti si vedano J-F FLAUSS, *Les "listes noires" de l'O.N.U. devant le Comité des droits de l'homme*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2010, p. 371 ss.; H. KELLER, A. FISCHER, *The UN Anti-Terror Sanctions Regime Under Pressure*, cit.

[92] Ciò nonostante il Belgio avesse presentato al Comitato per le sanzioni i risultati dei procedimenti penali statali. Paragrafi 2.1-2.6, 4.4 delle constatazioni, CCPR/C/94/D1472/2006, cit., pp. 4-5, 9-10.

[93] Paragrafi 10.9-10.10, pp. 24-25.

[94] Constatazioni citate, par. 10.3 p. 22, par. 10.6 p. 23.

[95] Punto 10.7, p. 24.

[96] Constatazioni citate, par. 10.6, p. 23. L'argomentazione circa la violazione del diritto alla riservatezza è in parte diversa, perché l'art. 17 del Patto non contiene un riferimento a restrizioni giustificate da situazioni di emergenza nazionale. Cfr. par. 10.13, p. 26, doc. cit.

glio di sicurezza, ciò tuttavia non spoglia l'organo del potere di controllare la corrispondenza delle restrizioni ai criteri richiesti, in particolare al requisito della necessità, criterio che il Comitato ha ritenuto non soddisfatto nel caso concreto[97]. Il Consiglio di sicurezza procedeva al *delisting* dei due coniugi solo successivamente alla pronuncia del Comitato.

Pur tenendo conto delle particolarità del caso concreto[98], le conclusioni raggiunte da questo organo forniscono un'autorevole visione sulla risoluzione di antinomie tra norme internazionali sui diritti dell'uomo e decisioni del Consiglio di sicurezza. Le constatazioni sono rilevanti anche per il numero di opinioni individuali e parzialmente o totalmente dissenzienti, testimonianza di un dibattito vivace all'interno del Comitato. Ne vanno segnalate almeno due, perché riprendono opinioni diffusamente sostenute in dottrina[99]. Iwasawa afferma che il Consiglio è vincolato al rispetto dei diritti dell'uomo in virtù dell'art. 24 Carta ONU, che richiede al Consiglio di agire in conformità ai fini e ai principi della Carta, tra i quali figurano i diritti umani, e dell'art. 25, che pone agli Stati membri l'obbligo di eseguire le decisioni del Consiglio di sicurezza conformemente alla Carta. Egli richiama anche l'art. 55 c) della Carta, per sottolineare l'obbligo delle Nazioni Unite di promuovere i diritti uma-

[97] Punti 10.7-10.8, pp. 23-24.

[98] L'iniziativa per l'inclusione nella lista era opera dello Stato e questi era nel periodo rilevante membro del Consiglio di sicurezza.

[99] B. FASSBENDER, *Targeted Sanctions Imposed by the UN Security Council and Due Process Rights – A Study Commissioned by the UN Office of Legal Affairs and Follow-Up Action by the United Nations*, cit. Tra i molti autori, oltre alla già ricordata E. DE WET, *The Role of Human Rights in Limiting the Enforcement Power of the Security Council: a Principled View*, in *Review of the Security Council by the Member States*, cit., p. 24 ss., cfr. D. HALBERSTAM, E. STEIN, *The United Nations, The European Union, and the King of Sweden*, cit., p. 13 ss., nonché A. BIANCHI, *Security Council's anti-terror resolutions and their implementation by Member States: An Overview*, cit., e ID., *Assessing the Effectiveness of the UN Security Council's Anti-Terrorism Measures*, cit., p. 881 ss.; E. CANNIZZARO, *A Machiavellian Moment? The UN Security Council and the Rule of Law*, cit., p. 209 ss.; M. Lugato, *Gli obblighi degli Stati fra primato della Carta e primato dei diritti umani*, cit., p. 137 ss.; ma cfr. anche J. ALVAREZ, *The Security Council's War on Terrorism: Problems and Policy Options*, cit., pp. 119 ss., 124 ss. per una interpretazione restrittiva degli articoli 1, 55 e 56 della Carta nonché per altre puntuali critiche. Le stesse argomentazioni per affermare che le Nazioni Unite ed il Consiglio di sicurezza sono vincolati al rispetto dei diritti umani compiute dai due membri del Comitato sono fatte proprie dal Relatore speciale sulla promozione e il rispetto dei diritti umani nella lotta al terrorismo, Martin Scheinin, nel suo rapporto del 2010, cit., pp. 6, 11, 16 ss. La Commissione del diritto internazionale, nelle sue *Conclusions of the work of the Study Group on the Fragmentation of International Law*, cit., punto 40 p. 422 nota che "according to Article 24 (2) of the Charter, the Security Council shall act in accordance with the Purposes and Principles of the United Nations which include norms that have been subsequently treated as *jus cogens*".

ni[100]. Sir Nigel Rodley osserva invece che l'interpretazione della Carta richiede il contemperamento dei diversi fini posti alle Nazioni Unite; ciò porta ad interpretare le azioni decise dal Consiglio nel senso che esse non implichino violazioni dei diritti umani[101].

Le constatazioni sono interessanti soprattutto per aver sposato la tesi dell'applicabilità del Patto nell'esecuzione delle decisioni del Consiglio. Le analogie con l'impostazione della Corte di giustizia sono significative e particolarmente rilevanti, perché il Comitato non poteva far valere l'"autonomia" del sistema del Patto rispetto alla Carta, due accordi internazionali di tipo classico, pur nelle loro peculiarità, di cui uno conteneva addirittura una clausola di non pregiudizio dell'altro[102]. Il Comitato ha così concentrato la propria attenzione sulla condotta dello Stato, rifiutando, al pari della Corte di giustizia, la nozione che gli Stati membri a fronte di decisioni del Consiglio di sicurezza non potrebbero adottare che atti vincolati e meramente esecutivi, in virtù dell'art. 103 della Carta[103]. L'esistenza di una certa discrezionalità nell'esecuzione delle sanzioni non è peraltro stata negata nemmeno dallo Stato in causa[104].

Rispetto alla pronuncia della Corte di giustizia, l'affare *Sayadi* è importante perché indica che è già il diritto internazionale a non esimere gli Stati dal dare esecuzione agli obblighi pattizi di tutela dei diritti umani in presenza di decisioni confliggenti del Consiglio di sicurezza[105].

In virtù del particolare ruolo rivestito dal Patto quanto alla definizione dei principi generali dell'Unione in tema di diritti fondamentali, queste conclusioni possono allo stesso tempo determinare l'esito del

[100] Constatazioni citate, p. 34 ss.

[101] Ivi, p. 36 ss. L'opinione tende quindi a negare l'antinomia, perché risolta in via interpretativa. Circa il carattere formalistico di letture come le due ricordate cfr. P. DE SENA, M.C.VITUCCI, *The European Courts and Security Council*, cit., p. 213 ss.

[102] Tuttavia si veda anche la già ricordata opinione individuale di sir Nigel Rodney, secondo il quale "(t)he approach of the Committee is restricted to an analysis of the issues from the sole perspective of the Covenant. It does not directly address the possibility of conflict with the Security Council resolutions in question. If such a conflict exists, it is left to others to decide what may be the legal consequences" (doc. cit., p. 36). Criitico delle constatazioni per il mancato approfondimento del rapporto tra Carta e Patto M.MILANOVIC, *Sayadi: The Human Rights' Committee's Kadi (or a pretty poor excuse for one...)*, disponibile sul sito *www.ejiltalk.org*.

[103] Molto critiche al riguardo le opinioni dissenzienti di R. Wedgwood, doc. cit., p. 29 ss.; I. Shearer, ivi, p. 32 ss.

[104] Cfr. la posizione del Belgio riassunta al par. 6.4, p. 17 delle constatazioni citate.

[105] Per questa argomentazione cfr. in particolare M. SCHEININ, *Is the ECJ Ruling in* Kadi *Incompatible with International Law?*, cit.

contemperamento tra lotta al terrorismo, quali ne siano i presupposti, e diritti umani anche nel quadro del solo diritto dell'Unione[106].

5. La CEDU

Con riguardo alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, l'efficacia vincolante per l'Unione europea sorgerà sul piano internazionale al momento della sua adesione, ora richiesta dal TUE (art. 6, par. 2). Nell'ambito dell'ordinamento interno dell'Unione, la CEDU già produce indirettamente effetti in virtù della recezione materiale compiuta dall'art. 6, par. 3, TUE, nonché sempre mediatamente a motivo del carattere vincolante della Carta dei diritti fondamentali, che esplicitamente assicura ai diritti conferiti dalla Carta e insieme dalla CEDU il significato e la portata che essi hanno nella Convenzione europea (art. 52, par. 3). La Convenzione, dopo l'adesione, avrà lo *status* di accordo internazionale dell'UE, cui gli articoli 216 e 218, par. 11 TFUE sembrano attribuire ancora rango subordinato ai Trattati. Questa tradizionale conclusione dovrebbe però essere riveduta in seguito alla previsione del rispetto del diritto internazionale negli articoli 3, par. 5 e 21, par. 1 TUE, rispetto che non può non comprendere anche l'adempimento dei trattati conclusi dall'Unione, nonché dal fatto che nel caso specifico l'adesione è richiesta dall'art. 6, par. 2. Il contenuto dello standard assicurato nel sistema dell'Unione e della Convenzione europea ai diritti in presenza di decisioni del Consiglio di sicurezza dovrebbe essere perciò particolarmente omogeneo, in quanto assicurato sia dalle norme primarie sui diritti umani – considerate dalla Corte di giustizia fondamentali – sia, in futuro, dal vincolo internazionale dell'Unione.

L'esigenza di coordinamento tra Convenzione europea e Carta delle Nazioni Unite si pone nella misura in cui ci sia un conflitto tra gli obblighi imposti agli Stati parte di entrambi gli accordi. Circa le conseguenze del *listing* questo problema appare reale e piuttosto ampio, principalmen-

[106] Tale conclusione dovrebbe condurre la giurisprudenza dell'Unione a prestare maggiore attenzione agli strumenti universali di protezione dei diritti umani ad es. nei casi di sanzioni applicate nei confronti di individui ed enti sospettati di terrorismo inseriti in liste compilate dalla stessa Unione. Per un esempio di decisione che, a tal proposito, ricostruisce i diritti fondamentali sulla base delle tradizioni costituzionali comuni e della CEDU, ma non di altri strumenti, cfr. la sentenza *OMPI* del Tribunale di prima istanza del 12 dicembre 2006, causa T-228/02, in *Raccolta*, II-4665, punti 70, 110, 134-135.

te riguardo ai diritti all'equo processo, di proprietà, al rispetto della vita privata e familiare e ad un ricorso effettivo[107].

Come il Patto sui diritti civili e politici, anche la Convenzione europea attribuisce agli Stati parte la facoltà di derogare agli obblighi assunti in "caso di guerra o di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione" (art. 15). Nel nocciolo duro degli obblighi cui gli Stati comunque non possono derogare non compaiono quelli emersi nel contenzioso comunitario. Gli Stati parti della CEDU potrebbero giustificare limitazioni anche rilevanti ai diritti della difesa o al diritto di proprietà per dare esecuzione alle sanzioni decise dal Consiglio di sicurezza compiendo la dichiarazione di cui all'art. 15. Con riguardo al terrorismo internazionale, gli Stati non hanno tuttavia fatto ricorso a tale facoltà, ad eccezione ancora del Regno Unito[108]. A quanto risulta, solo questo Stato ha presentato una dichiarazione il 18 dicembre 2001 – del tutto analoga a quella già ricordata a proposito del Patto sui diritti civili e politici – con cui notificava il prolungamento della durata dell'arresto e della detenzione preventiva di stranieri, in deroga all'art. 5, par. 1, lett. f) della Convenzione sulla libertà personale, in base all'*Anti-terrorism, Crime and Security Act* del 2001[109]. Questo provvedimento, come già detto, richiamava esplicitamente l'esigenza di dare attuazione alle sanzioni del Consiglio di sicurezza, non limitate peraltro al *listing*. Nella sentenza *A. and others* (2009)[110] la Grande Camera della Corte europea ha ritenuto che effettivamente la situazione successiva all'11 settembre 2001 costituisse un pericolo pubblico che minacciava la vita della nazione[111]. Nel merito, la Corte ha accertato la violazione delle misure adottate dal Regno Unito, pur in presenza della deroga *ex* art. 15, in quanto sproporzionate perchè

[107] Cfr. il dettagliato studio di I.CAMERON, *The European Convention on Human Rights, Due Process and United Nations Security Council Counter-Terrorism Sanctions*, cit. Lo studio evidenzia come le soluzioni nel merito potrebbero essere variamente articolate per i diversi diritti in causa. Si veda inoltre la risoluzione dell'Assemblea parlamentare 1597 (2008) su *United Nations Security Council and European Union blacklists* del 23 gennaio 2008, disponibile sul sito *http://assembly.coe.int*, nonché il rapporto della Commissione questioni giuridiche e diritti dell'uomo, preparato da D. Marty, doc. 11454.

[108] G. CATALDI, *Le deroghe ai diritti umani in stato di emergenza*, in *La tutela internazionale dei diritti umani*, a cura di L. Pineschi, Milano, 2006, pp. 752 ss., 760 ss.

[109] Il testo della dichiarazione è riportato nella sentenza della Grande Camera *A. and others*, ricorso n. 3455/05 del 19 febbraio 2009, reperibile sul sito *www.echr.coe.int*, punto 11.

[110] Sentenza citata alla nota precedente.

[111] Par. 181 della decisione citata. Il ricorso alla deroga era stato invece criticato dal Commissario europeo per i diritti umani del Consiglio d'Europa nel documento citato *infra*, nota 113, nonché dall'Assemblea parlamentare con la risoluzione 1271(2002).

discriminatorie tra cittadini del Regno Unito e stranieri[112]. La dichiarazione del Regno Unito è stata ritirata il 16 marzo 2005 e non è stata ripresentata neppure in seguito agli attentati del luglio dello stesso anno a Londra[113]. La Corte europea ha considerato *striking* che nessuno degli altri Stati parti della CEDU avesse ritenuto di ricorrere al sistema derogatorio, riconoscendo tuttavia allo stesso tempo la libertà di apprezzamento individuale dei singoli Stati[114].

La scarsa attenzione allo stato di eccezione è dimostrata anche dal fatto che la Carta dei diritti fondamentali non contiene una disposizione parallela all'art. 15 CEDU. Nella spiegazione relativa all'art. 52 della Carta, si afferma che ciò è dovuto alla volontà di lasciare agli Stati la facoltà di deroga; a tal proposito, si richiamano le disposizioni del Trattato sul funzionamento dell'Unione che riconoscono le competenze degli Stati in tema di ordine pubblico, guerra, mantenimento della pace. Il contenzioso sulla limitazione dei diritti collegati alla lotta al terrorismo internazionale dimostra tuttavia che anche l'Unione potrebbe avere interesse a vedersi riconoscere questa facoltà in sede di adesione alla Convenzione europea[115].

Analogamente a quanto osservato a proposito del Patto sui diritti civili e politici, uno dei motivi del mancato ricorso a dichiarazioni di deroga consiste nel fatto che le disposizioni della CEDU o del Primo protocollo concernenti alcuni dei diritti qui oggetto di indagine, come il diritto di proprietà, la libertà personale o il diritto al rispetto della vita privata e familiare, già comprendono una certa flessibilità e autorizzano alcune limitazioni. Gli Stati possono preferire perciò cercare di giustificare le limitazioni poste per motivi di lotta al terrorismo sulla base delle norme "ordinarie", così sottraendosi a controlli più penetranti sulla propria condotta. La Corte europea non ha eccepito a questa scelta, come risulta dal-

[112] Sentenza cit., par. 182 ss. La Corte europea ha ripreso le motivazioni espresse nello stesso caso dalla *House of Lords* nella sentenza citata alla nota successiva. La Corte non ha preso in considerazione il fatto che la legislazione fosse correlata alla risoluzione 1373 (2001) del Consiglio di sicurezza.

[113] Ciò in seguito alle critiche espresse, tra gli altri, dalla *House of Lords* nella sentenza *A. and Others v. Secretary of State for the Home Department* del 16 dicembre 2004, disponibile sul sito *www.parliament.uk*, e dal Commissario europeo per i diritti umani del Consiglio d'Europa in seguito alla visita compiuta nel Paese nel 2002, CommDH(2002)7 del 28 agosto 2002. Testo della dichiarazione sul sito *http://conventions.coe.int/Treaty/*.

[114] Par. 180, sentenza *A. and others*, cit.

[115] Negli studi preliminari condotti all'interno del Consiglio d'Europa circa l'adesione di EC/EU (2002), l'art. 15 non veniva fatto oggetto di particolari esclusioni. Cfr. *Study of technical and legal issues of a possible EC/EU accession to the European Convention on Human Rights*, 28 giugno 2002, DG-II(2002)006.

la ricordata sentenza *A. and others*. Al momento, dunque, lo standard rappresentato dalla Convenzione europea non impone il ricorso da parte degli Stati a dichiarazioni di stati di emergenza in presenza di sanzioni decise dal Consiglio di sicurezza sul presupposto dell'esistenza di una minaccia alla pace. Questo comporta che eventuali limitazioni di diritti derivanti dal *listing* vanno affrontati alla luce delle singole disposizioni della Convenzione europea.

La Corte di giustizia ha esplicitamente fatto riferimento alla giurisprudenza della Corte europea per ricostruire il contenuto ed i limiti dei diritti in causa nella sentenza *Kadi*[116]. La Grande Sezione ha riconosciuto le "considerazioni imperative riguardanti la sicurezza o la conduzione delle relazioni internazionali"[117] nonché l'"obiettivo di interesse generale così fondamentale per la comunità internazionale quale la lotta con ogni mezzo, conformemente alla Carta delle Nazioni Unite, contro le minacce alla pace e alla sicurezza internazionali derivanti dagli atti terroristici"[118] tra le finalità che possono limitare i diritti garantiti. La Corte di giustizia ha richiamato precedenti della Corte europea anche per affermare l'esigenza di contemperamento tra istanze di sicurezza e diritti in causa[119], arrivando, come ricordato, alla conclusione che gli ultimi erano comunque stati violati dal regolamento (CE) 881/ 2002.

Nonostante questo stretto rapporto tra le due giurisprudenze[120], la Corte di giustizia e la Corte europea sembrano seguire argomentazioni diverse e giungere ad esiti potenzialmente opposti circa la tutela assicurata ai diritti umani nella lotta al terrorismo internazionale, per i profili

[116] Punti 344, 356 ss., 368 della sentenza del 3 settembre 2008, cit. Sulla ricostruzione operata dalla Corte ed ancor prima dal Tribunale di primo grado cfr. le osservazioni di Y. MOINY, *Aperçu de la jurisprudence communautaire dévéloppée dans le cadre de la lutte contre le financement du terrorisme international*, in *Revue du droit de l'Union européenne*, 2009, pp. 31 ss., 47 ss.

[117] Punto 342, sentenza *Kadi.*

[118] Punto 363, sentenza cit.

[119] Punti 342, 344 della sentenza *Kadi*, a proposito dei diritti della difesa; la Corte di giustizia richiama qui la sentenza *Chahal* (1996) della Corte europea. Circa il diritto di proprietà, punti 356 ss., la Grande Sezione richiama, tra le altre, la sentenza *Bosphorus* della Grande Camera del 30 giugno 2005, *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim* S*irketi v. Ireland*, ricorso n. 45036/98, disponibile sul sito *www.echr.coe.int*.

[120] Il che certamente non garantisce *a priori* l'effettiva tutela in ambito dell'Unione dei diritti garantiti dalla CEDU: sul punto cfr. G.GAJA, *The Review by the European Court of Human Rights of Member States' Acts Implementing European Union Law: "Solange" Yet Again?*, in *Common Values in International Law. Essays in Honour of Christian Tomuschat*, 2006, p. 517 ss., p. 525; A.CIAMPI, *L'Union européenne et le respect des droits de l'homme dans la mise en oeuvre des sanctions devant la Cour européenne des droits de l'homme*, in *Revue générale de droit international*, 2006, p. 85 ss., p. 94 ss.

qui rilevanti. La Corte di giustizia ha riscontrato la violazione dei diritti in causa nell'affare *Kadi*, affermando la priorità di valori costituzionali interni – ricostruiti anche sulla base della CEDU – rispetto ad obblighi internazionali. La Corte europea non ha invece finora avuto modo di pronunciarsi su violazioni di diritti conseguenti al *listing*. Sono però pendenti alcuni ricorsi nei confronti della Svizzera che riguardano l'applicazione di tali sanzioni ed in cui si contesta la violazione del diritto all'equo processo, alla libertà personale, alla vita privata e familiare, ad un ricorso effettivo[121]. La posizione della Svizzera è particolare rispetto all'oggetto della presente indagine, sia perché si tratta di Stato non membro dell'Unione europea, sia perché la Svizzera, a differenza della gran parte degli Stati membri dell'Unione, è entrata a far parte delle Nazioni Unite nel 2002, diversi anni dopo la ratifica della CEDU[122]. La rimessione del caso *Nada* alla Grande Camera[123] e gli interventi di terzi in questo affare[124] testimoniano l'attenzione verso la futura pronuncia della Corte[125]. Sempre davanti alla Grande Camera è pendente anche il ricorso *Al-Jedda*[126], che non concerne l'applicazione di sanzioni in virtù dell'inclusione nella lista 1267, ma limitazioni della libertà personale in seguito ad azioni coercitive condotte nel quadro del Capitolo VII. Il ri-

[121] Ricorsi *Al-Dulimi et Montana Management Inc. c. Suisse*, (n. 5809/08), ove si contesta la violazione dell'art. 6, par. 1, e *Nada c. Svizzera* (n. 10593/08), per violazione degli articoli 3, 5, par. 1 e 4, 8, 13. I casi hanno dato luogo ad un lungo contenzioso interno, riassunto per quanto concerne Nada nell'*Exposé des faits* relativo al ricorso 10593/08 e disponibile sul sito della Corte europea, *http://cmiskp.echr.coe.int*. Nel marzo 2010 Youssef Nada è stato rimosso dalla lista 1267 e successivamente dalla corrispondente lista svizzera.

[122] Questo potrebbe porre la Svizzera nella particolare situazione per cui la Carta delle Nazioni Unite prevarrebbe in virtù delle ordinarie regole sulla successione dei trattati su accordi precedenti intercorsi tra gli stessi Stati, quali la CEDU, senza necessità di invocare l'art. 103 della Carta, come la Corte europea ha invece fatto nella sentenza *Behrami, Saramati*, citata subito *infra* in questo paragrafo. Ciò inoltre pone la Svizzera nella condizione di vedersi applicata la dottrina della protezione equivalente, su cui pure *infra*.

[123] Comunicato stampa n. 769 del 20 ottobre 2010.

[124] Oltre a quelli di Francia e Regno Unito, membri permanenti del Consiglio di sicurezza, anche quello della ong *Justice*. Una richiesta di intervento del Comitato Affari giuridici e diritti umani dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa è stata respinta dalla Corte (AS/Jur/Inf (2010)05).

[125] Nella sentenza *Ahmed and others*, cit., e con riguardo all'affare *Al-Jedda*, pure pendente innanzi alla Grande Camera della Corte europea (ricorso n. 27021/08), Lord Hope afferma: "It must be for the Strasbourg court to provide the authoritative guidance that is needed so that all the contracting states can adopt a uniform position about the extent to which, if at all, the Convention rights or any of them can be held to prevail over their obligations under the UN Charter" (par. 74).

[126] Ricorso n. 27021/08, riunito al ricorso 55721/07. L'udienza innanzi alla Grande Camera si è tenuta il 9 giugno 2010, e si attende la sentenza.

corso è indirettamente rilevante, nella misura in cui pone ancora un problema di coordinamento tra obblighi derivanti dalla Convenzione e dalla Carta.

In mancanza di giurisprudenza più specifica, i commentatori ed insieme le parti intervenute innanzi alle corti comunitarie hanno fino ad ora ragionato sulla base della giurisprudenza *Behrami e Saramati*[127] al fine di ricostruire la possibile posizione della Corte europea e quindi il parametro rappresentato dalla Convenzione[128]. Varie opinioni ritengono che la decisione del 2007 indichi una deferenza della Corte europea in generale alle misure adottate in base al Capitolo VII della Carta alla luce dell' "obiettivo imperativo della sicurezza collettiva"[129]. In quella pronuncia, la Corte europea ha affrontato in un certo dettaglio il rapporto tra obblighi posti dalla CEDU e azioni adottate dall'ONU ai termini del Capitolo VII della Carta richiamando gli articoli 25 e 103, quest'ultimo considerato applicabile agli Stati parte delle Nazioni Unite prima di divenire parti della CEDU[130]. La Corte europea avrebbe in tal modo ricostruito in via generale il rapporto tra i due sistemi pattizi riconoscendo la prevalenza della Carta, che troverebbe ora applicazione nei casi concernenti il *listing*. Tale applicazione della giurisprudenza *Behrami* al conflitto tra diritti protetti dalla Convenzione e sanzioni individuali è stata recentemente fatta propria dalla *Supreme Court* del Regno Unito nel già ricordato caso *Ahmed and others*, per il tramite dell'interpretazione di quella giurisprudenza operata dalla *House of Lords* nella sentenza *Al-Jedda*[131].

[127] Decisione della Grande Camera del 2 maggio 2007, ricorsi n. 71412/01 e 78166/01, disponibile sul sito *www.echr.coe.int*. L'impostazione di questa decisione è stata seguita dalla Corte europea in successive pronunce, sulle quali cfr. P. DE SENA, M.C. VITUCCI, *The European Courts and the Security Council: Between* Dédoublement Fonctionnel *and Balancing of Values*, cit., p. 206 ss.

[128] Per la ricostruzione delle diverse posizioni che la Corte europea potrebbe assumere e per ulteriori riferimenti anche dottrinali cfr. A. CIAMPI, *The Potentially Competing Jurisdiction of the European Court of Human Rights and the European Court of Justice*, in *Yearbook of European Law*, 2009, p. 601 ss.; J.-F. FLAUSS, *La primauté de la Charte et la Convention européenne des droits de l'homme*, in *Sanzioni "individuali" del Consiglio di sicurezza*, cit., p. 71 ss.

[129] Punto 151 della sentenza citata. In dottrina, per questa opinione cfr. ad es. P. DE SENA, *Sanzioni individuali del Consiglio di sicurezza, Art. 103 della Carta delle Nazioni Unite e rapporti fra sistemi normativi,* cit., pp. 45 ss., 49 ss.

[130] Punti 144 s., 147 ss., sentenza cit.

[131] Nel cercare precedenti circa il rapporto tra Convenzione europea e Carta, la corte riprende la sentenza *Al-Jedda* della *House of Lords* nella parte in cui essa a sua volta si rifà alla sentenza *Behrami, Saramati* (opinione di Lord Bingham, par. 34 ss., in particolare par. 36). Sentenza della *Supreme Court*, cit., opinione di Lord Hope, par. 71 ss.

Altre argomentazioni sottolineano in senso opposto che nell'affare *Behrami* la Corte europea, seppure ha ritenuto di dover affrontare la questione del rapporto della CEDU con la Carta ONU, ha motivato però la decisione di inammissibilità in base alla sua incompetenza *ratione personae*. La Corte ha ritenuto che le condotte in causa non fossero riconducibili agli Stati parte della CEDU, ma alle Nazioni Unite. Questa motivazione non può essere applicata ad atti nazionali o dell'Unione di attuazione delle sanzioni[132]. Nel caso *Bosphorus* (2005)[133] – richiamato *a contrariis* dalla stessa Corte nella decisione *Behrami, Saramati*[134] – la Corte europea non ha negato la riconducibilità allo Stato parte degli atti adottati in mera attuazione[135] di atti comunitari, a loro volta esecutivi di sanzioni del Consiglio di sicurezza aventi come destinatari Stati. La Corte europea ha qui affermato che la tutela dei diritti nel sistema dell'Unione europea poteva essere considerata equivalente (comparabile) nelle garanzie sia sostanziali che procedurali a quella offerta dalla Convenzione; nel caso concreto, ritenendo giustificate e corrispondenti alla Convenzione le limitazioni apportate al diritto di proprietà e la tutela giurisdizionale offerta, aveva applicato allo Stato, che si era limitato a dare esecuzione agli obblighi derivanti dalla sua partecipazione all'Unione, la presunzione di non aver violato la Convenzione[136].

A fronte di atti degli Stati parte di esecuzione del *listing*, la Corte europea potrebbe ora distinguere e non applicare quanto affermato nella decisione *Behrami*, perché questa concerneva missioni militari[137] e non l'applicazione di sanzioni, come invece l'affare *Bosphorus*. Sulla base di

[132] Come ha rilevato la Corte di giustizia nella sentenza *Kadi*, cit., punti 312-313.

[133] Sentenza della Grande Camera del 30 giugno 2005, ricorso n. 45036/98.

[134] Decisione citata, punto 151.

[135] La Corte dichiara di applicare la presunzione di equivalenza se lo Stato "does no more than implement legal obligations flowing from its membership of the organisation" (par. 156); la Corte afferma anche che nel caso concreto "the impugned interference was not the result of an exercise of discretion by the Irish authorities … but rather amounted to compliance by the Irish State with its legal obligations flowing from Community law" (par. 148).

[136] Sentenza cit., paragrafi 73 ss., 152 ss., 155-156.

[137] Peraltro autorizzate e non decise, come osservato da P. DE SENA, M.C.VITUCCI, *The European Courts and Security Council*, cit., p. 205. Secondo G.GAJA, *The Review by the European Court of Human Rights of Member States' Acts Implementing European Union Law*, cit., p. 519: "Conduct of a State organ is to be attributed to an international organization only if that organ has been 'placed at the disposal ' of that organization and that organization 'exercises effective control' over the conduct of the same organ. An example may be that of national forces put at the disposal of the United Nations for establishing a peacekeeping force under UN command. The situation of a State organ implementing an act of the European Union is clearly not analogous, because the State organ is not removed from the structure of the State of which it is a part".

quest'ultima pronuncia la Corte potrebbe mettere in dubbio la presunzione di conformità degli atti statali alla Convenzione e valutare l'equivalenza alla Convenzione del sistema di protezione dei diritti nel quadro delle Nazioni Unite[138]. Poiché i ricorsi pendenti concernono la Svizzera e questo Stato ha aderito alle Nazioni Unite successivamente alla ratifica della Convenzione europea, troverebbe applicazione quel requisito della protezione equivalente enunciato dalla Corte europea che fa riferimento a trasferimenti di competenze ad organizzazioni internazionali successive alla partecipazione alla Convenzione[139]. La Corte potrebbe anche ritenere che gli Stati conservino una misura di discrezionalità nel dare esecuzione alle sanzioni del Consiglio di sicurezza – aspetto che non era venuto in rilievo riguardo ad azioni militari –, una prospettiva, come si è vista, valorizzata da più istanze[140]. Nel fare propria questa conclusione, la Corte europea potrebbe richiamare l'esigenza di interpretare la Convenzione europea "nel contesto" delle altre norme internazionali applicabili, contesto non limitato alla Carta Nazioni Unite, ma comprendente le altre norme sui diritti umani e così seguire l'impostazione del Comitato dei diritti umani nell'affare *Sayadi*[141]. L'esigenza di tenere

[138] Nonostante in effetti la Corte abbia affermato nella decisione *Behrami* l'esistenza di "a fundamental distinction between the nature of the international organisation and of the international cooperation with which the Court was there concerned and those in the present cases" (par. 151). D'altra parte, al par. 156 della sentenza *Bosphorus* la Corte europea aveva sostenuto che "any such presumption [di tutela conforme nell'organizzazione cui partecipa lo Stato parte rispetto alla Convenzione europea] can be rebutted if, in the circumstances of a particular case, it is considered that the protection of Convention rights was manifestly deficient. In such cases, the interest of international cooperation would be outweighed by the Convention's role as a 'constitutional instrument of European public order' in the field of human rights". A favore di tale valutazione, tra gli altri, P. DE SENA, M.C.VITUCCI, *The European Courts and Security Council: Between* Dédoublement fonctionnel *and Balancing of Values*, cit., p. 218 ss. Ove la Corte europea si ponesse in questa prospettiva, essa dovrebbe considerare anche l'esistenza nell'organizzazione di meccanismi adeguati di controllo dei diritti in causa (par. 155 sentenza *Bosphorus*, cit.), ciò che, come si è visto, appare poco probabile in relazione alle tutele predisposte circa il *listing* e *delisting.*

[139] Su questo aspetto, J.-F. FLAUSS, *La primauté de la Charte et la Convention européenne des droits de l'homme*, cit., p. 78.

[140] Cfr. I.CAMERON, *The European Convention on Human Rights, Due Process and United Nations Security Council Counter-Terrorism Sanctions*, cit., p. 26 ss.; J.-F. FLAUSS, *La primauté de la Charte et la Convention européenne des droits de l'homme*, cit., pp. 85-86. Tuttavia nella decisione *Behrami*, cit., par. 149, la Corte aveva affermato che se essa avesse valutato il rispetto dei diritti tutelati dalla Convenzione da parte degli Stati, avrebbe imposto "conditions on the implementation of a UNSC Resolution which were not provided for in the text of the Resolution itself".

[141] A favore di una tale impostazione, con alcune precisazioni, J.-F. FLAUSS, *La primauté de la Charte et la Convention européenne des droits de l'homme*, cit., pp. 71, 72, 76 ss., 82 ss. Più in generale cfr. P.WACHSMANN, *Les méthodes d'interpretation des*

conto del contesto potrebbe anche portare la Corte ad individuare un obbligo degli Stati parte della CEDU di operare nell'ambito delle Nazioni Unite in modo da risolvere un conflitto che non è affatto connaturato o necessario al mantenimento della pace[142]. Sottolineando invece il proprio ruolo deputato all'accertamento delle violazioni della Convenzione, la Corte potrebbe in una diversa prospettiva riaffermare che la Convenzione è lo "strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo"[143] e non sottrarsi all'accertamento della violazione pur constatando l'esistenza di obblighi confliggenti derivanti dalla Carta.

Al momento, queste sono solo speculazioni. Poiché l'argomentazione dell'incompetenza *ratione personae* non può trovare applicazione nell'affare *Nada*[144], sembra in ogni caso difficile che la Corte non affronti nel merito il rapporto tra Convenzione e Carta.

Nonostante i limiti soggettivi della pronuncia, la sentenza della Corte europea non potrà essere irrilevante per l'Unione. Ove la Corte europea riconoscesse la responsabilità dello Stato parte che ha dato esecuzione alle sanzioni del Consiglio di sicurezza per violazione di diritti protetti dalla Convenzione, nonostante quanto previsto nella Carta, la giurisprudenza della Corte di giustizia ne verrebbe naturalmente rafforzata. In caso contrario, il particolare ruolo rivestito dalla CEDU nel sistema dell'Unione richiederà di tener conto dell'interpretazione data alle norme della Convenzione dalla Corte europea, quanto alle limitazioni giustificate dall'adempimento di obblighi derivanti dalla Carta. La giurisprudenza dell'Unione non potrebbe ignorare quell'interpretazione invocando la natura meramente internazionale di quelle norme ed il carattere fondamentale delle norme interne sui diritti umani, poiché queste vengono determinate proprio sulla base della Convenzione europea[145].

conventions internationales relatives à la protection des droits de l'homme, in *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international*, *SFDI, Colloque de Strasbourg*, Paris, 1998, pp. 157 ss., 168 ss.

[142] Per questa osservazione, cfr. ancora I.CAMERON, *The European Convention on Human Rights,* cit., p. 28.

[143] Citazione tratta dalla sentenza sulle eccezioni preliminari *Loizidou v. Turkey* del 23 marzo 1995, serie A, n. 310, pp. 27-28, par. 75, riprodotta in *Rivista di diritto internazionale*, 1995, pp. 759 ss, p. 777.

[144] E nemmeno, a seguire l'opinione della *House of Lords*, nel caso *Al-Jedda*: sentenza cit., opinione di Lord Bingham, punti 18 ss.

[145] Non sembra possibile invocare in senso contrario i punti 315 ss. della sentenza del 3 settembre 2008, ove la Corte afferma che la decisione *Behrami* si pone in un contesto completamente diverso da quello in cui essa è tenuta a pronunciarsi. La Corte di giustizia faceva qui riferimento all'incompetenza *ratione personae* e al fatto che la questione della competenza della Corte era completamente diversa da quella che si era trovata ad affrontare la Corte europea, quale giurisdizione di natura internazionale, rispetto ad atti di organi internazionali.

L'art. 52, par. 3, della Carta dei diritti fondamentali non preclude, tuttavia, che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa di quella garantita dalla CEDU. La protezione più estesa non costituirebbe una violazione della Convenzione europea. Un'eventuale responsabilità internazionale degli Stati membri dell'Unione europea per violazione della Carta – al momento, come si è visto, poco discussa – sarebbe questione estranea alla Convenzione e alla competenza della Corte europea.

Al momento attuale, il parametro rappresentato dalla Convenzione europea offre un quadro ancora incerto circa i limiti alla protezione dei diritti ivi previsti motivati dall'esigenza di dare esecuzione a decisioni del Consiglio di sicurezza.

6. Il diritto internazionale generale

Il rispetto del diritto internazionale consuetudinario da parte dell'Unione europea è un principio che la giurisprudenza ha più volte ribadito[146] e che trova il proprio fondamento, innanzitutto, nella personalità internazionale dell'Unione. Proprio in quanto soggetto internazionale, l'Unione non si limita d'altra parte all'applicazione di questo tipo di norme internazionali, ma contribuisce anche al loro sviluppo progressivo. L'art. 3, par. 5 del TUE coglie questi aspetti ponendo all'Unione come obiettivo nelle relazioni con il resto del mondo il contribuire "alla rigorosa osservanza e allo *sviluppo* del diritto internazionale"[147]. Nello stesso senso il già ricordato art. 21, par. 1, dichiara che l'azione esterna dell'Unione "si fonda sui principi che ne hanno informato la creazione … [tra i quali vi sono] …universalità e indivisibilità dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, rispetto della dignità umana", oltre al rispetto dei principi della Carta delle Nazioni Unite e del diritto internazionale. Queste disposizioni del Trattato attribuiscono, come già si è detto[148], carattere primario all'obbligo di rispettare il diritto internazionale, compreso quello consuetudinario.

La giurisprudenza ha tratto dal carattere vincolante del diritto consuetudinario per la Comunità la conseguenza che esso fa parte del suo

[146] Sentenze del Tribunale di primo grado, *Opel Austria*, causa T-115/94, 22 gennaio 1997, in *Raccolta*, II-39, punto 90; della Corte di giustizia negli affari *Poulsen e Diva*, causa C-286/90, 24 novembre 1992, in *Raccolta*, I-6019, punto 9; *Racke*, causa C-162/96, 16 giugno 1998, in *Raccolta*, I-3655, punti 45-46; *Walz*, causa C-63/09, 6 maggio 2010, punto 22, non ancora pubblicata.

[147] Corsivo di chi scrive.

[148] *Supra*, par. 5.

ordinamento giuridico[149]; a tal proposito le corti hanno impiegato le stesse formule usate a proposito dei trattati conclusi dalla Comunità. Era rimasto tuttavia imprecisato quale rapporto intercorresse tra il diritto comunitario e il diritto internazionale generale[150] e quale rango fosse attribuito al diritto generale o alle norme di adattamento ad esso nel sistema delle fonti comunitarie. Il Trattato di Lisbona ha dato solo alcune risposte in merito. Circa il primo aspetto, ed in mancanza di indicazioni desumibili dalle norme dei trattati, si può osservare che l'impostazione pluralista fatta propria dalla Corte di giustizia con la sentenza *Kadi* del 2008, per la nettezza con cui ha affermato l'autonomia del sistema dell'Unione, non pare circoscrivibile alle sole norme internazionali pattizie; essa esprime una prospettiva generale dualista sui rapporti tra diritto dell'Unione e diritto internazionale che deve trovare applicazione anche al diritto consuetudinario.

Piuttosto, la sentenza *Kadi*, affermando la prevalenza dei principi costituzionali dell'Unione su obblighi derivanti per la Comunità/Unione da *accordi internazionali*[151] potrebbe aver lasciato impregiudicata la questione della posizione del diritto consuetudinario, o delle norme di adattamento ad esso, tra le fonti di diritto dell'Unione[152]. Oggi per il diritto consuetudinario valgono, tuttavia, le osservazioni già compiute con riguardo ai trattati conclusi dall'Unione[153]. Affinchè sia adempiuto l'obbligo primario di rispettare anche queste norme internazionali, sarà necessario attribuire alle norme di adattamento un rango che permetta loro di non essere dichiarate illegittime se in contrasto con altre norme dell'Unione, in linea di principio un rango quindi primario. Anche alle norme di adattamento al diritto internazionale generale possono comunque essere applicate le constatazioni già compiute, e tratte dall'argomentazione della Corte di giustizia, circa la loro possibile soccombenza in un conflitto con altre norme primarie di natura assolutamente fonda-

[149] Ad es., sentenza *Racke*, cit., punto 46.

[150] L'opinione maggioritaria riteneva che il rapporto fosse da considerarsi di tipo monista.

[151] Sentenza del 3 settembre 2008, cit., punto 285.

[152] Mentre la giurisprudenza aveva affermato la possibile illegittimità di atti di diritto derivato per contrasto con norme consuetudinarie (in particolare sentenze *Opel Austria* e *Racke*, cit.), non vi era stata occasione per precisare se le norme di esecuzione di obblighi consuetudinari avessero rango intermedio, analogamente a quanto sostenuto per i trattati delle Comunità, tra trattati istititutivi e diritto derivato, oppure rango primario.

[153] Ancora *supra*, par. 5.

mentale. Una possibile eccezione potrebbe essere data dalle norme internazionali cogenti[154].

Ai fini dell'indagine in corso, l'individuazione di norme internazionali consuetudinarie rilevanti nella lotta al terrorismo non è agevole. Il diritto internazionale generale non può offrire una risposta diretta circa il rilievo di norme consuetudinarie sui diritti umani in contrasto con decisioni del Consiglio di sicurezza. Elementi in proposito potrebbero trarsi dal contenuto dei diritti protetti o dalla natura inderogabile delle norme in causa. Dubbia è l'esistenza di una norma consuetudinaria che garantisca il diritto di proprietà, forse individuabile a livello regionale[155]. Maggiori elementi potrebbero darsi per una norma sul diritto al giusto processo, che potrebbe però avere natura, contenuti e sviluppi diversi in materia civile/amministrativa e penale[156]. Le norme di diritto cogente sono

[154] Per più ampie osservazioni su questi aspetti, si rimanda ad A. GIANELLI, *Customary International Law in the European Union*, in *International Law as Law of the European Union*, a cura di E. Cannizzaro, P. Palchetti, R. A. Wessel, Leiden, 2011.

[155] Considerato in particolare che i Patti delle Nazioni Unite del 1966 non prevedono il diritto. Possibilisti nel senso dell'emergenza di una norma consuetudinaria che vieti la confisca arbitraria C.TOMUSCHAT, nota alle sentenze del Tribunale di primo grado del 21 settembre 2005, in *Common Market Law Review*, 2006, p. 536 ss., pp. 547-548; M.L.PADELLETTI, *Gli effetti delle sanzioni del Consiglio di sicurezza sul diritto di proprietà*, in *Sanzioni "individuali" del Consiglio di sicurezza e garanzie processuali fondamentali*, cit., p. 221 ss., in particolare pp. 229-230; per l'influenza delle norme sul trattamento degli stranieri nella determinazione del contenuto del diritto di proprietà previsto nel Primo protocollo cfr. ID., *La tutela della proprietà nella Convenzione europea dei diritti* dell'uomo, Milano, 2003, p. 188 ss.. Più cauti F.SALERNO, *Il rispetto delle garanzie processuali nell'attuazione delle misure del Consiglio di sicurezza contro il terrorismo internazionale*, in *Sanzioni "individuali" del Consiglio di sicurezza*, cit., pp. 161 ss., 182-184; J. ALVAREZ, *The Security Council's War on Terrorism: Problems and Policy Options*, cit., p. 129 ss.; D. HALBERSTAM, E. STEIN, *The United Nations, The European Union, and the King of Sweden*, cit., p. 27.

[156] Nel più volte ricordato *General Comment* n. 29, par. 11, il Comitato dei diritti umani ha affermato che "States parties may in no circumstances invoke article 4 of the Covenant as justification for acting in violation of humanitarian law or peremptory norms of international law, for instance … by deviating from fundamental principles of fair trial, including the presumption of innocence". Nel *General Comment* n. 32, CCPR/C/GC/32 del 23 agosto 2007, dedicato all'art. 14 del Patto sull'equo processo, lo stesso Comitato ha affermato (par. 5) che "(w)hile reservations to particular clauses of article 14 may be acceptable, a general reservation to the rights to a fair trial would be incompatible with the object and purpose of the Covenant" e che (par. 6) " (w)hile article 14 is not included in the list of non-derogable rights of article 4, paragraph 2 of the Covenant … (t)he guarantees of fair trial may never be made subject to measures of derogation that would circumvent the protection of non-derogable rights … (d)eviating from fundamental principles of fair trial, including the presumption of innocence, is prohibited at all times". Circa la natura e la specificazione del diritto all'equo processo nel Patto, quanto in particolare al suo nucleo non derogabile, cfr. le osservazioni del Relatore speciale M. Scheinin nel suo Rapporto del 2008, A/63/223, 6 agosto 2008, par. 8 ss. Si

per definizione norme consuetudinarie. Tuttavia l'identificazione operata dal Tribunale di primo grado, se non è stata sconfessata apertamente dalla Corte di giustizia, ha incontrato le critiche di Stati membri[157], di altre corti[158], nonché della dottrina[159]. La giurisprudenza europea ha in realtà sempre individuato le norme consuetudinarie vuoi sulla base di convenzioni di codificazione, vuoi di pronunce della Corte internazionale di giustizia. Circa la tutela dei diritti in causa, le corti europee si sono invece trovate senza una ricostruzione autorevole cui fare riferimento. L'incertezza della materia non permette perciò di condividere le critiche rivolte alla Corte per non aver valorizzato lo standard costituito dalle norme internazionali consuetudinarie quale fondamento del giudizio di illegittimità del regolamento in causa[160].

Sotto un diverso punto di vista, le osservazioni compiute dal Tribunale di primo grado in tema di norme cogenti potevano costituire un tentativo di sviluppo progressivo della nozione e soprattutto del suo contenuto[161]. L'Unione e in particolare la sua giurisprudenza potrebbero con-

veda inoltre I. CAMERON, *The European Convention on Human Rights, Due Process etc.*, cit., pp. 3, 7 ss., 10 ss. e *passim*. Circa la formazione di un diritto consuetudinario al *due process* B. FASSBENDER, *Targeted Sanctions Imposed by the UN Security Council and Due Process Rights*, cit., p. 457 ss. Sul punto cfr. anche F.SALERNO, *Il rispetto delle garanzie processuali nell'attuazione delle misure del Consiglio di sicurezza contro il terrorismo internazionale*, cit. p. 182 ss.; ID. *Quale "comunità di diritto" per il signor Kadi?*, cit., p. 113. Tuttavia nel senso dell'esistenza di una norma cogente in tema di equo processo, in particolare in ambito penale, cfr. E. DE WET, *The Role of Human Rights in Limiting the Enforcement Power of the Security Council: a Principled View*, cit., pp. 22-23; E. CANNIZZARO, *A Machiavellian Moment? The UN Security Council and the Rule of Law*, cit., pp. 203, 215; L.M. HINOJOSA MARTÍNEZ, *Bad Law for Good reasons: The Contradictions of the* Kadi *Judgment*, cit., p. 349 ss.

[157] Si vedano le posizioni di Francia, Paesi Bassi e Regno Unito innanzi alla Corte di giustizia nella causa *Kadi*, sentenza cit., punto 265.

[158] Cfr. la sentenza del Tribunale federale svizzero del 14 novembre 2007, *Youssef Mustapha Nada c. SECO*, cit., punto 7.3 della decisione.

[159] Per i riferimenti si rinvia a S. POLI, M. TZANOU, *The* Kadi *Rulings: A Survey of the Literature*, cit., p. 552 ss., cui *adde* J.-F. FLAUSS, *La primauté de la Charte et la Convention européenne des droits de l'homme*, cit., pp. 81-82. La Commissione del diritto internazionale nelle sue *Conclusions of the work of the Study Group on the Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law*, cit., punto 33 pp. 419-420, non ha citato la tutela di nessuno dei diritti in causa come esempio di norma imperativa, ma ha affermato che molti obblighi concernenti "basic rights of the human person" sono obblighi *erga omnes* non previsti da norme inderogabili (punto 38 pp. 421-422).

[160] D. HALBERSTAM, E. STEIN, *The United Nations, The European Union, and the King of Sweden*, cit., p. 72; R. PAVONI, *Freedom to Choose the Legal Means for Implementing UN Security Council Resolutions and the ECJ* Kadi *Judgment*, cit., p. 629 ss.

[161] Secondo E. CANNIZZARO, *Security Council Resolutions and EC Fundamental Rights: Some Remarks on the ECJ Decision in the* Kadi *case*, cit., pp. 599-600, la Corte ha perso una preziosa opportunità per contribuire allo sviluppo dello *jus cogens*.

tribuire allo sviluppo del diritto internazionale consuetudinario facendosi promotrici di una ricostruzione di norme generali di tutela di questi particolari diritti, ciò che oggi è conforme ad uno degli scopi primari dell'Unione[162]. Per far ciò è però necessario che, a fronte di una relativa incertezza normativa, le corti europee forniscano argomentazioni convincenti circa l'evoluzione delle norme, argomentazioni che dovrebbero essere particolarmente incisive se svolte a favore dell'affermazione di norme cogenti[163].

Non è detto che l'unico od il più efficace modo per favorire lo sviluppo di norme ancora incerte nel diritto internazionale consuetudinario sia quello di affermarne la vigenza. L'indisponibilità dell'Unione all'esecuzione di obblighi in contrasto con quei diritti costituisce una condotta che, seppure determinata dal modo di essere dell'ordinamento dell'Unione, rileva sul piano del diritto internazionale e contribuisce all'individuazione e protezione di valori generali[164]. Le decisioni giudiziarie dell'Unione, che di quella condotta rappresentano un aspetto, costituiscono in altre parole prassi rilevante ai fini dell'emergenza o della chiarificazione anche del contenuto di norme consuetudinarie.

7. Il ruolo dell'Unione Europea nello sviluppo del diritto internazionale in tema di protezione dei diritti umani nella lotta al terrorismo

La sentenza della Corte di giustizia del 3 settembre 2008 è stata criticata da più parti quale forma di un rinnovato imperialismo giuridico, che porta l'Unione a rinchiudersi in se stessa nell'affermazione di valori determinati unilateralmente[165]. A conclusione della breve indagine con-

[162] Rimane da chiedersi cosa dedurre dal Trattato nel caso in cui lo sviluppo entri in conflitto con il rispetto del diritto internazionale. Potrebbe risultare determinante la compresenza nell'uno o nell'altro di scopi ulteriori previsti per l'Unione dal TUE, come la stessa tutela dei diritti umani.

[163] C.TOMUSCHAT, nota alle sentenze del Tribunale di primo grado del 21 settembre 2005, cit., p. 547 ss. Auspica cautela nel rinvenire norme cogenti in tema di diritti umani, ad es., E.KLEIN, *Menschenrechte und Ius Cogens*, in *Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte, Festschrift für Georg Ress*, München, 2005, p. 151 ss.

[164] In senso analogo, F.FRANCIONI, Kadi *and the Vicissitueds of Access to Justice*, cit., p. 29.

[165] Tra i molti, cfr. ad es. C. TOMUSCHAT, *The* Kadi *Case: What Relationship is there between the Universal Legal Order under the Auspices of the United Nations and the EU Legal Order?*, cit., p. 655 ss., il quale osserva anche che però la sentenza potrebbe indurre il Consiglio di sicurezza a mutare condotta; E. CANNIZZARO, *Security Council Resolutions and EC Fundamental Rights: Some Remarks on the ECJ Decision in the* Kadi *case*, cit., p. 600; R. PAVONI, *Freedom to Choose the Legal Means for Implementing UN Security Council Resolutions and the ECJ* Kadi *Judgment*, cit.; L.M. HINO-

dotta, si può piuttosto affermare che quella giurisprudenza si inserisce e contribuisce in maniera rilevante ad un più ampio movimento che ha visto partecipi altri Stati ed organi delle Nazioni Unite nell'affermazione a livello internazionale di standards di tutela di diritti umani nella lotta al terrorismo cui non può sottrarsi nemmeno il Consiglio di sicurezza[166]. È particolarmente significativo che questa prassi richieda il rispetto da parte del Consiglio di sicurezza – o da parte degli Stati nell'esecuzione di decisioni del Consiglio – di diritti non generalmente protetti da norme internazionali imperative, nonostante il previo accertamento dell'esistenza di una minaccia alla pace.

Le Corti europee, come altre corti statali, si sono trovate in materia ad affrontare antinomie già tra obblighi internazionali. Le diverse conclusioni cui sono giunti giurisprudenze interne ed organi di controllo internazionali circa il rapporto tra gli obblighi derivanti dalla Carta e quelli posti da accordi internazionali dimostra l'incertezza dei parametri internazionali di riferimento per l'Unione[167]. La tensione tra l'applicazione del criterio di priorità formale gerarchica, costituito dall'art. 103 della Carta, e l'affermazione dei valori sostanziali di protezione dei diritti umani ha rappresentato un problema relativamente nuovo nel panorama dei rapporti tra norme internazionali[168]. È in effetti in atto un notevole sforzo di coordinamento dei diversi sistemi, sollevato proprio dagli Stati che si trovano soggetti ad obblighi confliggenti. La possibilità di ricorrere agli strumenti ermeneutici per risolvere l'antinomia è una via che si

JOSA MARTÍNEZ, *Bad Law for Good reasons: The Contradictions of the* Kadi *Judgment*, cit., p. 344 ss.; A. GATTINI, *Case Law, Joined Cases C-402/05P & 415/05 P*, cit.

[166] Per considerazioni analoghe cfr. M. SCHEININ, *Is the ECJ Ruling in* Kadi *Incompatible with International Law?*, cit., p. 648; Y. MOINY, *Aperçu de la jurisprudence communautaire dévéloppée dans le cadre de la lutte contre le financement du terrorisme international*, cit., pp. 53-54. Cfr. anche E. CANNIZZARO, *A Machiavellian Moment? The UN Security Council and the Rule of Law*, cit., p. 204 e *passim*, nonchè ID., *Security Council Resolutions and EC Fundamental Rights*, cit.

[167] In questo senso P. DE SENA, *Sanzioni individuali del Consiglio di sicurezza, Art. 103 della Carta delle Nazioni Unite e rapporti fra sistemi normativi*, cit., pp. 55-56 nota 35.

[168] Sul punto non sembrano fornire molti lumi neppure i lavori della Commissione del diritto internazionale in tema di *Fragmentation of International Law*, di cui si sono già citate le conclusioni. Al punto 42 di tali conclusioni (A/61/10, p. 423), la Commissione afferma che "[c]onflicts between rules of international law should be resolved in accordance with the principle of harmonization … In the case of conflict between one of the hierarchically superior norms referred to in this section [tra cui l'art. 103 della Carta] and another norm of international law, the latter should, to the extent possible, be interpreted in a manner consistent with the former. In case this is not possible, the superior norm will prevail". L'indicazione della Commissione sembra portare ad un risultato opposto a quello individuato dalla prassi esaminata.

apre solo nel momento in cui è riconosciuto il principio dell'esigenza di rispetto dei diritti dei singoli da parte del Consiglio di sicurezza[169], ciò che soltanto recentemente e proprio in seguito alle sollecitazioni degli Stati sembra essere accettato dal Consiglio, in misura ancora incerta.

La condotta dell'Unione, indotta dalla sua giurisprudenza e fondata su motivazioni di ordine interno, finisce per determinare sul piano internazionale una contestazione delle risoluzioni del Consiglio di sicurezza che assume sempre più le forme di una contestazione di illegittimità[170]. Quali che siano state le motivazioni impiegate dalla Corte, nel quadro delle Nazioni Unite l'Unione richiama infatti l'esigenza di rispettare gli obblighi internazionali in tema di diritti umani nell'attuazione delle sanzioni[171]. D'altra parte, in materia di protezione dei diritti umani il ruolo delle corti interne è centrale e dipende dalla loro essenziale funzione di garanzia negli ordinamenti statali rispetto a decisioni spesso attribuibili agli esecutivi, a livello nazionale od internazionale[172]. In altri termini, il modo di essere degli ordinamenti interni, se non può essere invocato come circostanza di esclusione dell'illiceità rispetto alla violazione di obblighi derivanti dalla Carta, tuttavia può determinare una prassi statale che insiste sul rispetto degli obblighi internazionali in materia. Il fatto che corti di diversa natura ed ordine si pronuncino sulla questione del rapporto tra gli obblighi internazionali in causa può condurre ad interpretazioni e conclusioni non omogenee[173]; è però anche possibile che in questo scenario si delinei una tendenza che via via assuma carattere generale, come potrebbe essere il caso per l'impostazione seguita nella sentenza del 3 settembre 2008 in particolare quanto all'individuazione di un margine di discrezionalità degli Stati nel dare attuazione alle decisioni del Consiglio di sicurezza.

[169] A. BIANCHI, *Assessing the Effectiveness of the UN Security Council's Anti-Terrorism Measures*, cit., p. 881 ss., p. 916.

[170] Circa il potere degli Stati membri di rifiutare l'esecuzione di decisioni ritenute illegittime oltre in generale a B. CONFORTI, *Le Nazioni Unite*[7], Padova, 2005, p. 315 ss. e *passim*, si veda quanto alle sanzioni del Consiglio E. DE WET, *The Role of Human Rights in Limiting the Enforcement Power of the Security Council: a Principled View*, cit., p. 24 ss.; ID. *The Chapter VII Powers of the United Nations Security Council*, cit., p. 375 ss.

[171] *Supra*, par. 4.

[172] Sull'importanza delle corti statali nel sindacare la legittimità delle decisioni del Consiglio di sicurezza o comunque costituire un pungolo per ottenere il rispetto dei diritti umani anche nel caso delle sanzioni individuali, cfr. L. CONDORELLI, *Le Conseil de Sécurité, les sanctions ciblées et le respect des droits de l'homme*, in *Challenging the EU-Counter-Terrorism through the Courts*, cit., pp. 131 ss.; A. REINISCH, *Should Judges Second-Guess the UN Security Council?*, in *International Organizations Law Review*, 2009, p. 257 ss.

[173] P. DE SENA, *Sanzioni individuali del Consiglio di sicurezza*, cit., p. 68; A. REINISCH, *Should Judges Second-Guess the UN Security Council?*, cit., p. 286 ss.

La condotta finora tenuta dall'Unione si inserisce pienamente in quanto previsto agli articoli 3, par. 5 e 21, par. 1 del Trattato sull'Unione europea, come modificato dal Trattato di Lisbona. Le disposizioni richiedono infatti all'Unione, oltre alla rigorosa osservanza anche lo sviluppo del diritto internazionale nel senso della promozione dei suoi valori (art. 3, par. 5), valori tra cui risalta l'universalità e indivisibilità dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e il rispetto della dignità umana (art. 21, par. 1). L'affermazione di tali valori sul piano internazionale è dunque oggi uno degli scopi dell'Unione. Se si riflette sul fatto che quei valori sono stati individuati sulla base degli strumenti internazionali pattizi cui gli Stati membri partecipano, oltrechè delle tradizioni costituzionali loro comuni, l'accusa di unilateralismo appare poco confacente. La nozione di universalità dei diritti umani, come individuati dagli strumenti internazionali, è in realtà centrale nella concezione dell'Unione. Come risulta dai dibattiti nell'ambito delle Nazioni Unite, Paesi della più varia estrazione condividono le preoccupazioni emerse nell'Unione[174].

Dal punto di vista del diritto dell'Unione, la diversa rilevanza che le norme internazionali assumono al suo interno tende a privilegiare le soluzioni che potranno essere accolte nel quadro della Convenzione europea, ma non può certo trascurare le indicazioni che provengono dagli altri ambiti. Sempre nella prospettiva interna, colpisce che la Corte di giustizia abbia attribuito carattere fondante dell'ordinamento a diritti come quello di proprietà, pur se variamente circoscritto. La Corte sembra avere in questa occasione tralasciato gli spunti in altri casi espressi a favore di una categoria di diritti assoluti all'interno dei diritti fondamentali[175], con la rilevante conseguenza che tutti i diritti sembrano così appartenere al nucleo essenziale dei principi fondanti l'Unione stessa. Questo potrebbe in un futuro creare problemi di raccordo con la tutela internazionale riconosciuta solo a pochi diritti, vuoi perchè tutelati da norme generali inderogabili, che perché ricompresi tra quei diritti non suscettibili di deroga neppure in situazioni di emergenze nazionali

[174] Si veda ad esempio quanto sostenuto al dibattito tenutosi al Consiglio di sicurezza nel 2006 (S/PV.5474, 22 giugno 2006) sul tema *Strengthening international law: rule of law and maintenance of international peace and security*, cit., da Argentina (pp. 19-20), Quatar (p. 21), Ghana (pp. 25-26), Venezuela (S/PV5474 Resumption 1, p. 17).

[175] Su cui si veda A. TANCREDI, *L'emersione dei diritti fondamentali "assoluti" nella giurisprudenza comunitaria*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2006, p. 644 ss., nonché alcune osservazioni di L.S. ROSSI, *How Fundamental are Fundamental Principles? Primacy and Fundamental Rights after Lisbon*, in *Yearbook of European Law*, 2008, p. 65 ss., p. 81 ss.

ENVIRONMENTAL RIGHTS STANDARDS. THE EU's SELF PROCLAIMED GLOBAL 'GREEN' LEADERSHIP IN QUESTION?

Marc PALLEMAERTS[*], Armelle GOURITIN[**]

SOMMARIO: 1. Introduction. – 2. Background: Linking human rights and environmental protection. – 3. Environmental procedural rights: EU standards as both a model for and reflection of public international law's development. – 4. Environmental standards designed to protect a viable and healthy environment: EU standards are considerably more elaborate and enforceable than international standards. – 5. Autonomous right: EU standards lagging behind Council of Europe standards.

1. Introduction

As the Treaty of Lisbon makes amply clear, the EU's self-proclaimed global leadership in environmental policy, sustainable development and human rights has become an important element of the Union's very identity and argument used to legitimate its action. The provisions of the modified Treaty on European Union (TEU) laying down the values and objectives of the Union now contain multiple references to human rights and sustainable development. According to Article 2 TEU, "[t]he Union is founded on the values of respect for human dignity, freedom, democracy, equality, the rule of law and respect for human rights." Article 3 TEU provides that the EU "shall work for the sustainable development of Europe based on [*inter alia*] a high level

[*] Professor of European environmental law, University of Amsterdam and Université Libre de Bruxelles.

[**] Doctoral Research Fellow, Institute for European Studies, Vrije Universiteit Brussel.

of protection and improvement of the quality of the environment." It also enshrines the EU's ambitions in the field of global sustainable development and human rights by stating that "in its relations with the wider world", the EU "shall contribute to [*inter alia*] the sustainable development of the Earth [and] the protection of human rights". Article 6 TEU gives the provisions of the EU Charter of Fundamental Rights "the same legal value as the Treaties" and lays the legal basis for the accession of the Union to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Under the heading "Environmental protection", Article 37 of this Charter proclaims:

"A high level of environmental protection and the improvement of the quality of the environment must be integrated into the policies of the Union and ensured in accordance with the principle of sustainable development."

It can be noted that the EU's claim of 'green' leadership has recently been given credence by the International Court of Justice that has considered respect by a non EU State of EU environmental standards an argument for ruling that the State in question (Uruguay) had not violated its environmental obligations towards its neighbouring and fellow riparian State (Argentina) by authorising the construction of two pulp mills on an international river. Uruguay argued before the Court that the main mill at issue was, "by virtue of the technology employed there, one of the best pulp mills in the world, applying best available techniques and complying with European Union standards, among others, in the area."[1] The Court rather uncritically accepted the European Commission's December 2001 "Integrated Pollution Prevention and Control Reference Document on Best Available Techniques in the Pulp and Paper Industry" (IPPC-BAT), an outdated, non-binding technical document with no legal status whatsoever in EU law, as setting the relevant industry standard in the sector and defining, also for the purpose of settling a dispute under public international law between two non-member States of the Union, what could be considered as "best available techniques".

This paper is aimed at questioning the EU's self-proclaimed and widely assumed leadership. We will find that if the EU is in some respects a leader when it comes to the recognition of environmental rights, it is also, in other respects, lagging behind public international

[1] I.C.J., Judgment of 20 April 2010, Case Concerning Pulp Mills on the River Uruguay, *Argentina v. Uruguay*, paras. 220-225. Available at < *http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&code=au&case=135&k=88* > (accessed 10 January 2011).

law, especially Council of Europe law, more specifically as regards the recognition of an autonomous and substantive human right to a healthy environment.

2. Background: Linking human rights and environmental protection

Political perspective: a sensitive issue. During this first decade of the 21st century, the manifold links between environmental issues and the protection of human rights have become increasingly clear.[2] While civil society, the scientific community and indigenous peoples are well aware of such connections and highlight them through their activities and demands, most governments on the other hand are still fairly reluctant to give explicit recognition to these links, as the debate on the issue at the 2002 World Summit on Sustainable Development demonstrated.

In the WSSD's Johannesburg Programme of Implementation, it proved impossible to move beyond a general clause affirming that "respect for human rights and fundamental freedoms, including the right to development, as well as respect for cultural diversity, are essential for achieving sustainable development and ensuring that sustainable development benefits all."[3] An EU proposal to "acknowledge the importance of the interrelationship between human rights promotion and protection and environmental protection for sustainable development"[4] was watered down into a clause merely "acknowledging the consideration being given to the *possible* relationship between

[2] This thesis is not without critics. E.g., some scholars criticise the inherent individual character of the human rights approach. See among others F. Francioni, "International Human Rights in an Environmental Horizon", *EJIL*, Vol. 21, Issue 1, pp. 41-55

[3] Plan of Implementation of the World Summit on Sustainable Development, UN Doc. A/CONF.199/20 (2002), pp. 7-77 (hereafter referred to as 'PoI'), para. 5. *Cf. ibid*., paras. 62(a) and 138.

[4] EU Council Conclusions, 'From Monterrey to Johannesburg: Preparation for the World Summit on Sustainable Development', 30 May 2002, EU Council Doc. 8958/02 (Presse 147), p. 12, para. 6.5. The EU proposal was inspired by the conclusions of an expert meeting organised jointly by UNEP and the Office of the High Commissioner for Human Rights (OHCHR) at the request of the UN Commission on Human Rights (Decision 2001/111) in January 2002 and suggested that the WSSD "invite further consideration of these issues in the relevant fora, including by continued cooperation between UNEP and UNHCHR." See *Human Rights and the Environment*, Conclusions of a Joint OHCHR-UNEP Meeting of Experts on Human Rights and the Environment, Geneva (January 2002), UN Doc. HR/PUB/02/2.

environment and human rights, including the right to development".[5] Lately, the debate has flared up again in the United Nations Human Rights Council (HRC), which recognised "that climate change poses an immediate and far-reaching threat to people and communities around the world and has implications for the full enjoyment of human rights",[6] in the run-up to the unsuccessful Copenhagen climate change conference in 2009. A subsequent HRC resolution on "human rights and climate change"[7] was "noted" in the preamble to the recent Cancún Agreements.[8]

Legal perspective: more or less classical operation of the rights. The fundamental rights generally canvassed when establishing links between environmental protection and human rights range from the right to health to the right to life, also including the rights to property, private life, human dignity or well-being, or cultural rights. When referring to rights in this paper, we will refer to rights as opposed to interests, political will, or labels. In other words, the focus will be on rights as being justiciable, enforceable entitlements.

Environmental rights and the autonomous human right to a healthy environment are clearly distinct. While the concept of environmental rights will be used in this paper to refer to the rights granted to individuals and organisations within the ambit of environmental law, the autonomous substantive right to a healthy environment (hereafter referred to as "the autonomous right") is conceived as a fundamental right that would exist on a par with other, well-recognised fundamental rights, such as the right to life. When reference is made in the legal literature or in legal and political documents to such an autonomous right, different formulations may be used: right to a 'clean', 'healthy', 'safe', 'ecologically balanced', 'stable', 'viable', 'sustainable', or 'protected' environment. The wording is not without consequences. Indeed, it could be contended that the right to a healthy environment could refer to the right to an environment of a quality that does not put human health at risk, whereas the right to an ecologically balanced environment would reflect a more ecocentric approach. In this paper,

[5] PoI, *supra* n. 3, para. 169 (emphasis added).

[6] Human Rights Council Resolution 7/23, 20 March 2008, UN Doc. A/HRC/7/L.11/Add.1, 28 March 2008, p. 9.

[7] Human Rights Council Resolution 10/4, 25 March 2009, UN Doc. A/HRC/10/29, 9 November 2009, pp. 11-13.

[8] Decision 1/CP.16 of the Conference of the Parties to the United Nations Framework Convention on Climate Change, "Outcome of the work of the Ad Hoc Working Group on long-term Cooperative Action under the Convention", 11 December 2010, 7th preambular para.

reference will be made to "the autonomous right to a healthy and protected environment".

This paper will build upon the classical distinction between procedural and substantive rights. We will pinpoint EU standards and compare them with international standards. The paper will address three aspects. First, procedural environmental rights. It will be seen that EU standards in this area are both a model for and the reflection of international standards (I). Second, substantive environmental standards designed to guarantee the right to a viable and healthy environment. It will be contended that such EU standards are considerably more elaborate and enforceable than international standards (II). Third and finally, the autonomous right to a healthy and protected environment. It will be argued that, in this field, EU standards are lagging behind the standards derived from Council of Europe conventions (III).

3. Environmental procedural rights: EU standards as both a model for and reflection of public international law's development

In this part we will see that the interplay between the EU and international standards is not static, but dynamic.

The Aarhus Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters[9] was signed by 35 member states of the United Nations Economic Commission for Europe (UNECE) and by the European Community at the "Environment for Europe" ministerial conference in the Danish city of Aarhus on 25 June 1998. It entered into force on 30 October 2001 and now has 44 contracting parties, including the European Union – which succeeded to the European Community – and all its Member States (except Ireland) as well as most countries in transition from Eastern Europe, Central Asia and the Caucasus (except Russia and Uzbekistan). Though the Aarhus Convention explicitly recognises the autonomous right to a healthy environment in both its preamble and operative provisions (albeit only in its Article 1, entitled "Objective"), the latter provisions focus exclusively on the implementation of the procedural rights set out in Principle 10 of the Rio Declaration.

In fact, the protection of the autonomous right is presented as an

[9] UN Doc. Sales No. E/F/R.98.II.E.27. The Convention text is available online in different languages at < *http://www.unece.org/env/pp/treatytext.htm* >.

objective to which the Convention is intended to contribute; not as a substantive obligation distinct from the specific obligations with respect to access to information, public participation and access to justice, which the Convention imposes on its contracting parties. It is striking that the fundamental right to live in a healthy and protected environment, at the very moment of its legal recognition in a pan-European treaty, finds itself immediately reduced to its procedural dimensions. Nevertheless, the Aarhus Convention marked a very significant step in the development of individual rights in international environmental law, which influenced the further development of environmental law not only within the wider Europe but also beyond.[10] In this presentation we will focus on the dynamic interactions between the Convention and EU law.

First step: EU law as a source of inspiration. On the one hand, through the activism of some of its Member States, with the passive support of the European Commission, the EU was a key actor in the negotiations leading to the adoption of the Aarhus Convention within the forum of the UNECE in 1998. Prior to the launch of those negotiations in 1996, the EU had already enacted, in its internal environmental law, rather detailed provisions on access to environmental information[11] as well as limited forms of public participation in certain environmental decision-making procedures, such as environmental impact assessment (EIA)[12] and integrated environmental permitting (IPPC),[13] which served as a model for corresponding provisions in the Aarhus Convention.

[10] See generally M. Pallemaerts, "The Aarhus Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters: Engaging the Disenfranchised through the Institutionalization of Procedural Rights?", in: J.C. Green & W.B. Chambers (eds.), *The Politics of Participation in Sustainable Development Governance*, United Nations University Press, Tokyo/New York, 2006, pp. 179-203. See also the Guidelines for the development of national legislation on access to information, public participation and access to justice in environmental matters adopted by the UNEP Governing Council in its decision SS.XI/5 of 26 February 2010, Part A, UN Doc. UNEP/GCSS.XI/11, 3 March 2010, pp. 11-15.

[11] Council Directive 90/313/EEC of 7 June 1990 on the freedom of access to information on the environment, OJ No L 158, 23.6.1990, p. 56.

[12] Council Directive 85/337/EEC of 27 June 1985 on the assessment of the effects of certain public and private projects on the environment, OJ No L 175, 5.7.1985, p. 40, as amended by Council Directive 97/11/EC of 3 March 1997, OJ No L 73, 14.3.1997, p. 5.

[13] Council Directive 96/61/EC of 24 September 1996 concerning integrated pollution prevention and control, OJ No L 257, 10.10.1996, p. 26, later codified and repealed by Directive 2008/1/EC of the European Parliament and of the Council of 15 January 2008 concerning integrated pollution prevention and control, OJ No L 24, 29.1.2008, p. 8.

Second step: EU law triggered by international standards. On the other hand, the public participation provisions of the EIA and IPPC Directives influenced the international negotiations with an unexpected "boomerang effect", because the young democracies of Central and Eastern Europe, which at that time were in the process of preparing for accession to the EU, had domestic standards which were higher than the then prevailing EU standards and successfully put forward their legislation as the standard for the international convention under negotiation. As a result of the outcome of those negotiations, the EU had to adapt both Directives in order to be in line with the new international standard.

A similar process occurred with respect to the "first pillar" of the Aarhus Convention, access to environmental information, which led to a full-scale review of Directive 90/313/EEC and its replacement by Directive 2003/4/EC[14] which, in some respects, even goes beyond the requirements of the Convention. Thus, EU law helped trigger the development of international standards, which in turn triggered an improvement of EU standards.

Remaining problem: implementation of international standards by the EU itself. However, the implementation in the EU legal order of the Aarhus environmental procedural rights is far from perfect. Notwithstanding the adoption of the EU "Aarhus Regulation",[15] some serious issues of concern remain when considering both the Regulation's provisions and the European Commission's practice. Some scholars[16] and other critics[17] contend that the EU does not fully meet all Aarhus

[14] Directive 2003/4/EC of the European Parliament and of the Council of 28 January 2003 on public access to environmental information and repealing Council Directive 90/313/EEC, OJ No L 41, 14.2.2003, p. 26.

[15] Regulation 1367/2006/EC of the European Parliament and of the Council of 6 September 2006 on the application of the provisions of the Aarhus Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters to Community Institutions and Bodies, OJ No. L264, 25.9.2006, p. 13.

[16] Among others, see *e.g.* T. Crossen and V. Niessen, "NGO Standing in the European Court of Justice – Does the Aarhus Regulation Open the Door?", *RECIEL* 16 (3) 2007, pp. 332-340; S. de Abreu Ferreira, "The Fundamental Right of Access to Environmental Information in the EC: A Critical Analysis of WWF-EPO v. Council", *JEL* (2007) Vol. 19 No 3, pp. 399–408; M. Pallemaerts, *Compliance by the European Community with its obligations on access to justice as a Party to the Aarhus Convention*, Institute for European Environmental Policy, Brussels/London, June 2009, available at < *http://www.ieep.eu/publications/pdfs/2009/aarhus_report.pdf* > (page accessed 10 January 2011).

[17] See *e.g.* the Resolution adopted by the European Parliament on 25 November 2010, where the Parliament condemns the Commission for obstructing the disclosure of

standards, especially in the area of access to justice. Several studies underline this aspect. Also, a submission by an NGO against the EU, alleging failure of the Union to comply with its obligations on access to justice under Article 9 of the Aarhus Convention, is currently pending before the Aarhus Convention Compliance Committee.[18] The failure of the EU institutions to enshrine the procedural environmental rights as set out in the Aarhus Convention in the EU Charter of Fundamental Rights, the Union's overarching human rights normative text, should also be noted here. So, while EU law may have served as a source of inspiration for the development of certain international standards, this does not necessarily imply that the EU is itself beyond reproach when it comes to environmental procedural rights.

4. Environmental standards designed to protect a viable and healthy environment: EU standards are considerably more elaborate and enforceable than international standards

Environmental rights cannot be reduced to their procedural aspects, as the Aarhus Convention deliberately does. When it comes to setting substantive, technical norms for the protection of vital elements of the environment with a clear nexus with the protection of human life, health and well-being,[19] EU law, as a general rule, is considerably more

environmental information requested by an NGO, "[c]onsider[ing] that the Commission's uncooperative attitude in this and other cases risks eroding citizens' trust in the Commission and undermining the ability of the European Ombudsman and the European Parliament to adequately and effectively supervise the Commission, and that it as such, runs counter to the very principle of the rule of law upon which the European Union is founded." In his report which gave rise to this resolution, the Ombudsman refers to good administration as a fundamental right flowing from the EU Charter of Fundamental Rights which has binding value. The Resolution and Special Report from the European Ombudsman to the European Parliament following the draft recommendation to the European Commission in Complaint 676/2008/RT (According to Rule 205(2), 1st part) are available at < *http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2010-0436+0+DOC+XML+V0//EN&language=EN* > (page accessed 10 January 2011).

[18] The case has been brought by the NGO ClientEarth. Documents are available on the Aarhus Convention website at < *http://www.unece.org/env/pp/compliance/Compliance%20Committee/32TableEC.htm* > (page accessed 10 January 2011).

[19] On this approach see *e.g.* Kristof Hectors, "The Chartering of Environmental Protection: Exploring the Boundaries of Environmental Protection as Human Right", *European Energy and Environmental Law Review* June 2008, p. 165: "In general, four approaches have been used in legal practice", and in n. 7, p. 166: "4) regulatory

advanced than international law. This is the case, for instance, as regards air and water quality standards.

Substantive environmental quality standards. Starting with water quality, rather detailed EU norms regulate the quality of groundwater, surface waters, bathing waters and drinking water, *inter alia* with a view to protecting human health. This is indeed one of the explicit objectives of EU environmental policy, as stated in Article 191(1) TFEU, and reiterated in the preambles of the relevant Directives. At the international level, hardly any binding, quantified technical standards of this kind exist.[20] To the extent that quantified standards for the freshwater environment exist, they are generally embodied in soft law instruments. The much more advanced character of EU standards can be exemplified by Directive 2006/118/EC on the protection of groundwater against pollution and deterioration.[21] Annex I on groundwater quality standards lays down harmonized legally binding standards for "groundwater chemical status" limiting the concentration of certain pollutants of special concern in groundwater bodies, such as nitrates and "active substances in pesticides, including their relevant metabolites, degradation and reaction products". The latter standard applies to active substances used in plant protection products and biocidal products. No single substance may be present in a concentration exceeding 0,1 μg/l, while the "sum of all individual pesticides detected and quantified in the monitoring procedure" may not exceed 0,5 μg/l. As to nitrates, their presence in groundwater is limited to 50 mg/l.

By contrast, the Helsinki Convention on the Protection and Use of Transboundary Watercourses and International Lakes adopted under the auspices of the UNECE in 1992 and even its 1999 Protocol on Water and Health do not set such specific, legally binding water quality

approach: integration of environmental protection in many policy fields (this approach is the only non rights-based approach)"

[20] With a few exceptions, like some of the water quality standards laid down by or pursuant to particular regional treaties for the protection of the marine environment or international rivers, such as the Convention for the Protection of the Rhine Against Chemical Pollution, the Helsinki Convention for the Protection of the Marine Environment of the Baltic Sea, and the Athens Protocol on Land-Based Sources to the Barcelona Convention for the Protection of the Marine Environment of the Mediterranean. For a detailed discussion, see M. Pallemaerts, *Toxics and Transnational Law: International and European Regulation of Toxic Substances as Legal Symbolism*, Hart Publishing, Oxford/Portland, Oregon, 2003.

[21] Directive 2006/118/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on the protection of groundwater against pollution and deterioration, OJ No. L 372, 27.12.2006, pp. 19–31

standards.[22] Article 3(3) of the Convention leaves it to individual Parties to "define, where appropriate, water-quality objectives and adopt water-quality criteria for the purpose of preventing, controlling and reducing transboundary impact." Annex III to the Convention merely provides "general guidance for developing such objectives and criteria". This guidance is formulated in vague and non-prescriptive terms, such as, for example, the provision that "[w]ater-quality objectives and criteria shall (…) [a]im at the reduction of average pollution loads (in particular hazardous substances) to a certain degree within a certain period of time."[23] Even the obligations of Parties to the 1999 Protocol on Water and Health are hardly more specific. They are committed to "tak[ing] all appropriate measures for the purpose of ensuring", *inter alia*, "[e]ffective protection of water resources used as sources of drinking water, and their related water ecosystems, from pollution from other causes, including agriculture, industry and other discharges and emissions of hazardous substances".[24] The measures to be taken include the setting, by each Party individually, of "national and/or local targets for the standards and levels of performance that need to be achieved or maintained for a high level of protection against water-related disease".[25] Parties must also "establish and maintain a legal and institutional framework for monitoring and enforcing standards for the quality of drinking water",[26] but the Protocol does not specify the pollutants to be covered by such standards, nor, *a fortiori*, quantify the maximum acceptable concentration levels. The Meeting of the Parties to the Protocol can only "adopt *guidelines and recommendations* which promote the implementation of the provisions of this Protocol",[27] but does not have the power to lay down legally binding water quality standards.

The same is true for air quality standards. Here too, EU norms setting quantified ambient air quality limit values for a significant number of major air pollutants have been in force for a long time. They

[22] UNECE Convention on the protection and use of transboundary watercourses and international lakes, done at Helsinki, on 17 March 1992. The text of the Convention is available on the UNECE website at < *http://www.unece.org/env/water/pdf/watercon.pdf* > (page accessed 11 January 2011)

[23] Convention on the Protection and Use of Transboundary Watercourses and International Lakes, Annex III, para. (b).

[24] Protocol on Water and Health to the 1992 Convention on the Protection and Use of Transboundary Watercourses and International Lakes, done in London, 17 June 1999, art. 4(2)(c).

[25] *Ibid.*, art. 6(2).

[26] *Ibid.*, art. 6(5)(c).

[27] *Ibid.*, art. 16(3)(i) (emphasis added).

were recently reviewed and consolidated in Directive 2008/50/EC of 21 May 2008 on ambient air quality and cleaner air for Europe.[28] It is fairly exceptional to find such limits and air quality requirements in international law.

As a point of comparison, Article 6 of the UNECE 1979 Geneva Convention on Long-Range Transboundary Air Pollution (LRTAP)[29] only requires Contracting Parties "to develop the best policies and strategies including air quality management systems and, as part of them, control measures compatible with balanced development, in particular by using the best available technology which is economically feasible and low- and non-waste technology." Since the entry into force of the LRTAP Convention, eight additional Protocols have been signed – all of them now in force though not ratified by all Parties to the framework Convention – which contain more specific substantive obligations for their Parties, in terms of reducing emissions of particular air pollutants and applying emission control measures to specified sources of those pollutants. The application of the measures provided for by these Protocols is designed to achieve significant reductions in total emission levels of the pollutants concerned throughout the UNECE region, with a view to reducing the adverse impact of transboundary air pollution on human health and ecosystems. Though they lay down quantified obligations whose implementation by Parties may contribute to guaranteeing the fundamental right to a healthy and viable environment, these international legal instruments are clearly not designed to confer substantive rights on individuals. They do not make use of ambient air quality standards as a regulatory tool.

Legal value of technical environmental standards in the EU legal order. EU Directives setting water and air quality standards are considered by the European Court of Justice as granting rights to individuals. According to the Court, such standards generate enforceable rights that are to be protected by national courts and can form the basis of claims brought by individuals. This was recently confirmed in the context of air quality in the 2008 *Janecek* case[30] that concerned the 1996 Directive on ambient air quality assessment and management, the

[28] Directive 2008/50/EC of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on ambient air quality and cleaner air for Europe, OJ No. L 152, 11.6.2008, pp. 1-44.

[29] Available on the UNECE website at < *http://www.unece.org/env/lrtap/full%20text/1979.CLRTAP.e.pdf* > (page accessed 11 January 2011)

[30] European Court of Justice (Second Chamber), Preliminary ruling, *Dieter Janecek v Freistaat Bayern*, Case C-237/07, [2008] ECR I-6221.

predecessor of the above-mentioned 2008 air quality Directive. In this case, referred to the ECJ by a German administrative court, it was held that:

"Article 7(3) of Directive 96/62 must be interpreted as meaning that, where there is a risk that the limit values or alert thresholds may be exceeded, *persons directly concerned must be in a position to require the competent national authorities to draw up an action plan*, even though, under national law, those persons may have other courses of action available to them for requiring those authorities to take measures to combat atmospheric pollution".[31]

"A similar illustration of the legal nature and consequences of environmental quality standards in EU water law is provided in the 2007 *Commission v. Ireland* case.[32] This dispute related to that Member State's failure to designate certain shellfish waters, to establish pollution-reduction programmes and to set control parameters according to the requirements of Directive 79/923/EEC of 30 October 1979 on the quality required of shellfish waters. The Court ruled":

"Furthermore, it must be recalled that one of the objectives of the directive in question is to *protect human health* through the monitoring of the quality of waters which support, or could support, shellfish 'directly edible by man', according to the wording of Article 1 of Directive 79/923 (…)".

"In those circumstances, it is particularly important that directives are transposed by measures whose mandatory nature is undeniable. *In every case in which the failure to comply with the measures imposed by a directive could endanger human health the persons concerned must be in a position to rely on mandatory rules in order to be able to assert their rights*. (…)".[33]

All in all, in respect of the legal recognition and protection of substantive environmental rights through the adoption of technical provisions, EU standards are clearly more advanced than those laid down by international environmental law. However, it should be pointed

[31] *Ibid*., para. 42 (emphasis added).
[32] European Court of Justice (Fourth Chamber), *Commission of the European Communities v Ireland*, Case C-148/05, 14 June 2007, [2007] ECR I-82
[33] *Ibid*., paras. 67-68 (emphasis added).

out that, even though the EU is legitimately seen as a leader in this field, its environmental legislative activity is, quite ironically, not perceived by the EU legislator itself as designed to advance the general cause of environmental human rights.

5. Autonomous right: EU standards lagging behind Council of Europe standards

Not yet going beyond political statements. While there are no legally binding provisions recognising the autonomous right to a healthy environment in EU law, that right has been duly acknowledged in a high-level political declaration of the European Council twenty years ago. In their Dublin Declaration on 'The Environmental Imperative', adopted on 7 July 1990, the Heads of State and Government of the Member States of the then European Community proclaimed that the objective of Community action for the protection of the environment "must be to guarantee citizens the right to a clean and healthy environment." This political statement was, however, never translated into a binding provision of primary or secondary EU law.

The EU Charter of Fundamental Rights – which was originally proclaimed in Nice on 7 December 2000, but became legally binding only upon the entry into force of the Treaty of Lisbon nine years later – includes a provision on environmental protection (Article 37) in its Chapter IV, entitled 'Solidarity'. However, this clause was deliberately phrased as an objective of public policy rather than an individual human right.[34] Though some members of the Convention which elaborated the Charter proposed the recognition of the autonomous right in this instrument, such a step was not acceptable to all and there was an obvious refusal to recognise even procedural environmental rights within a human rights instrument. So, what is the added value of Article 37? It is very limited, as its wording is essentially a restatement of language taken from existing Treaty provisions, especially the former Article 6 EC, now Article 11 TFEU. Also, the Charter's wording falls short of the recognition of the autonomous right resulting from the most recent case-law of the European Court of Human Rights. The latter indeed

[34] For a critique of the Charter from an environmental perspective, see Henri Smets, "Une Charte des droits fondamentaux sans droit à l'environnement", in: Conseil européen du droit de l'environnement, *Le droit à l'environnement, un droit fondamental dans l'Union européenne,* Funchal, June 2001, pp. 7-50.

recognised in the *Tatar* case the right to a healthy and protected environment. This case-law will be further discussed below.

Incremental but incoherent developments within the framework of the Council of Europe. The European regional system for the protection of human rights, developed under the auspices of the Council of Europe and based on the 1950 Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR) and its additional protocols, does not presently include any express provisions recognising environmental rights. However, this has not prevented the development of a significant and still growing case-law in which the European Court of Human Rights has firmly established a link between certain serious forms of environmental impairment and the violation of rights explicitly protected by the Convention, of which some important examples are mentioned below.[35]

Interestingly, the recent developments in international environmental law in Europe, in particular the success of the Aarhus Convention, have prompted the primary regional forum for human rights, the Council of Europe, to reconsider its own role in addressing the relationship between environmental protection and human rights. The Parliamentary Assembly of the Council of Europe has repeatedly called for new initiatives in this field.

Twenty years ago, in its draft European Charter and Convention on the Environment and Sustainable Development, the Assembly proposed to include a provision stating that "[e]very person has the fundamental right to an environment and living conditions conducive to his good health, well-being and full development of the human personality."[36] In 1999, the Parliamentary Assembly specifically recommended "drafting an amendment or an additional protocol to the European Convention on Human Rights concerning the right of individuals to a healthy and viable environment".[37] It should be noted, however, that the Committee of Ministers of the Council of Europe did not act on the Assembly's

[35] For a more detailed analysis, see, e.g. Daniel García San José, *Environmental protection and the European Convention on Human Rights*, Human Rights File No. 21, Council of Europe, Strasbourg, 2005; Nukhet Yilmaz Turgut, "The European Court of Human Rights and the Right to the Environment", *Ankara Law Review*, Vol. 4 (2007), pp. 1-24; Francis Haumont, "Le droit fondamental à la protection de l'environnement dans la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales", *Aménagement-Environnement* (2008) , n° spécial, pp. 9-55.

[36] Recommendation 1130 (1990) on the formulation of a European charter and a European convention on environmental protection and sustainable development, 28 September 1990, para. 1.

[37] Recommentation 1431 (1999) on future action to be taken by the Council of Europe in the field of environmental protection, 4 November 1999, para. 11(b).

recommendation to initiate intergovernmental negotiations for the elaboration of a legally binding instrument of this nature, "not[ing] that the recognition of the individual and legally enforceable nature of the human right to a healthy and viable environment meets at present certain difficulties, legal and conceptual."[38]

In 2003, following the WSSD in Johannesburg, the Parliamentary Assembly again adopted a recommendation on environment and human rights, in which it called on governments of member states to "recognise a *human right to a healthy, viable and decent environment*, including the objective obligation for states to protect the environment, in national laws, preferably at constitutional level", and furthermore specifically recommended that the Committee of Ministers "draw up an additional protocol" to the ECHR "concerning recognition of the individual *procedural* rights, intended to strengthen environmental protection, as set out in the Aarhus Convention".[39]

The Committee of Ministers, for its part, was not prepared to go that far, but instead instructed the organisation's Committee of Experts for the Development of Human Rights (DH-DEV) to draft a 'manual' on human rights and environment summarising the principles emerging from the case-law of the European Court of Human Rights (ECtHR). This task was completed in October 2005, and the manual published the following year.[40]

The political debate within the Council of Europe is however far from closed. In 2008, the new President of the Parliamentary Assembly declared his support for an additional protocol to the ECHR.[41] The Assembly followed suit by adopting, in September 2009, a new recommendation on a "draft additional Protocol to the European

[38] Reply from the Committee of Ministers to Recommendation 1431 (1999) adopted at the 729th meeting of the Ministers' Deputies, 15 November 2000.

[39] Recommendation 1614 (2003) on environment and human rights, 27 June 2003, paras. 9(b) & 10(a) (emphasis added).

[40] *Manual on Human Rights and the Environment – Principles Emerging from the Case-Law of the European Court of Human Rights*, Council of Europe, Strasbourg, 2006. Available at: < *http://www.coe.int/t/e/human_rights/cddh/1._publications/Environment_manual-_final_EN.pdf*>

[41] Lluis Maria de Puig, Président de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Discours à l'occasion de la 4e session plénière de l'Assemblée parlementaire euro-méditerranéenne, Athens, 28 March 2008. Available at: < *http://assembly.coe.int//Mainf.asp?link=http://assembly.coe.int/President/dePuig/Discours/2008/20080327_EMPA-Athenes.htm* >.

Convention on Human Rights on the right to a healthy environment".[42] This very last attempt to adopt an additional Protocol that would add the right to a healthy and viable environment to the catalogue of human rights guaranteed by the European Convention cannot be expected to be more successful than the previous ones. The reluctance of the member states to adopt such a Protocol was expressed as soon as one month later, in the DH-DEV meeting of October 2009.[43] "Reservations" were reiterated during the subsequent meeting of the Steering Committee on Human Rights (CDDH) in late November 2009.

Current legal standards under the ECHR. The ECtHR has recently recognised the right to a "healthy and protected" environment in the *Tatar* case.[44] Nevertheless, even though the Court has acknowledged the existence of such a right, no obligations binding on States have yet been clearly recognized by it as specifically flowing from the substantive right in question. This is why the recognition of the autonomous right can only be said to be partial. The *Tatar* case did not specify any clear normative content or consequences of this right. This is a central and recurrent conundrum of the right's recognition, be it at the national, regional or international level. It thus calls for prospective, *de lege ferenda* considerations.

If such an autonomous substantive right to a healthy and protected environment is taken as reflecting an 'eco-centric' approach to the environment, its centre of gravity would be the intrinsic value of the environment, i.e. the opposite of a utilitarian approach, even a 'mild' one focusing on the effects of environmental degradation on human health. The ECtHR has implicitly accepted this intrinsic value reflecting the 'eco-centric' approach to the environment in other cases. For example, the Court recognised such value in the *Depalle* case in the following terms: "The relevant provisions on unlawful interference with maritime public property no longer refer essentially to navigation but take account of the protection of coastal areas for their own sake."[45] This ruling

[42] Recommendation 1885 (2009), Parliamentary Assembly, Council of Europe. Adopted by the Assembly on 30 September 2009 (32nd sitting). Source: *http://assembly.coe.int.*

[43] As reported in "Overview of the recent case-law of the European Court of Human Rights and the European Committee of Social Rights on the environment", document elaborated by the Secretariat, Council of Europe Doc. DH-DEV(2010)02, 26 March 2010, p. 3.

[44] ECtHR, *Tatar v. Romania*, 29 January 2009, paras. 107, 112. On the *Tatar* case, see S. Nadaud & J.-P. Marguénaud, "Chronique des arrêts de la CEDH 2008-2009", *RJE* 2009, pp. 61-74, and more specifically pp. 62-67.

[45] ECtHR, *Depalle v. France*, 29 March 2010, Grand Chamber, para. 39.

acknowledges the environment's intrinsic value, without any reference to the social or economic interests connected with activities in coastal areas, such as tourism.

Council of Europe standards triggering EU ones: giving impetus to the EU legislator. The Council of Europe has triggered the recognition of the environment's intrinsic value at the EU level in several instances. In some cases, it can be argued that Council of Europe law-making activities have actually steered, or at least impelled the EU legislative process. This happened in the field of environmental liability as a result of the 1993 Lugano Convention on Civil Liability for Damage Resulting from Activities Dangerous to the Environment[46] and the 1998 Strasbourg Convention on the Protection of the Environment through Criminal Law.[47]

Both these Conventions were elaborated under the auspices of the Council of Europe. They will probably never come into force, lacking the necessary ratifications. It can be said that these international legal instruments endorse the environment's intrinsic value in as much as they recognise the legal significance of environmental damage *per se*. That is to say, environmental damage that affects the environment as such, without entailing any negative effects for the health or property of human beings.

These Council of Europe Conventions were followed by the adoption at the EU level of secondary law inspired by them: Directive 2004/35/EC on environmental liability with regard to the prevention and remedying of environmental damage[48] and Directive 2008/99/EC on the protection of the environment through criminal law.[49] Nevertheless, this "translation" of Council of Europe law into EU law is far from a literal

[46] Council of Europe, Convention on Civil Liability for Damage Resulting from Activities Dangerous to the Environment, Lugano, 21 June 1993, available at < *http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/150.htm* >and explanatory report available at: < *http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/150.htm* >.

[47] Council of Europe Convention on the protection of the environment through criminal law, Strasbourg, 4 November 1998, CETS No 172, available on the Council of Europe's website, page visited 5 September 2009: < *http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/172.htm* >.

[48] Directive 2004/35/CE of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 on environmental liability with regard to the prevention and remedying of environmental damage, OJ L 143, 30.4.2004, pp. 56–75.

[49] Directive 2008/99/EC of the European Parliament and of the Council of 19 November 2008 on the protection of the environment through criminal law, OJ L 328, 6.12.2008, pp. 28–37

transposition.[50] Some substantive differences exist, for example as regards the definition of damage. Thus, Directive 2008/99/EC does not consider damage to protected cultural monuments whereas the 1998 Council of Europe Convention does.[51] Similarly, the 1993 Lugano Convention also covers damage to landscapes and historical monuments,[52] which are not within the scope of Directive 2004/35/EC.

Council of Europe standards triggering EU ones: interplay between the EU and Council of Europe legal orders. On the other hand, the above-mentioned recognition of the right to a healthy and protected environment in the *Tatar* case and gradual recognition of the autonomous right within the framework of the European Convention on Human Rights could ultimately influence Union law.

Firstly, the human rights as guaranteed by the ECHR and interpreted by the ECtHR can be regarded as part of EU law on several grounds. On the one hand, they are general principles of EU law. This is provided in Article 6(3) TEU, as amended by the Lisbon Treaty.[53] On the other hand, while the EU Charter of Fundamental Rights has acquired legaly binding force pursuant to Article 6(1) TEU,[54] the rights guaranteed by the Charter that correspond to rights guaranteed by the ECHR must have the

[50] This is particularly true when it comes to the Directive 2004/35/EC on environmental liability. Initially a main source of inspiration, the Lugano Convention subsequently became much less influential given the different approach that was chosen during the legislative process.

[51] In Article 2(1)(1)(b). For more details, see A. Gouritin & P. De Hert, "Directive 2008/99/EC: A new start for criminal law in the European Community?", ELNI Review, No 1/2009 and A. Gouritin & P. De Hert, "La Directive relative à la protection de l'environnement par le droit pénal: première réalisation du "nouveau" système de droit pénal européen". *Journal de Droit Européen*, Bruxelles, June 2009, N° 160, pp. 164-170.

[52] Article 2(10), 2nd and 3rd indent.

[53] Article 6(3) TEU reads as follows, as amended by the Lisbon Treaty:

"Fundamental rights, as guaranteed by the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and as they result from the constitutional traditions common to the Member States, shall constitute general principles of the Union's law."

[54] Article 6(1) TEU reads as follows, as amended by the Lisbon Treaty:

"The Union recognises the rights, freedoms and principles set out in the Charter of Fundamental Rights of the European Union of 7 December 2000, as adapted at Strasbourg, on 12 December 2007, which shall have the same legal value as the Treaties.

The provisions of the Charter shall not extend in any way the competences of the Union as defined in the Treaties.

The rights, freedoms and principles in the Charter shall be interpreted in accordance with the general provisions in Title VII of the Charter governing its interpretation and application and with due regard to the explanations referred to in the Charter, that set out the sources of those provisions."

same meaning and scope as they have under the ECHR.[55] This does not prevent the EU from providing more extensive protection,[56] and EU law cannot make use of this provision to lower the protection it currently provides.[57]

Secondly, the EU is currently engaged in the process of acceding to the European Convention on Human Rights as a contracting party. The Union's accession to the ECHR is not a new topic. As early as 1979, the Commission of the European Communities raised the issue in a Memorandum.[58] The European Commission presented another Communication on the subject in 1990. On 28 March 1996, the Court of Justice negatively answered the following question put to it by the Council: "Would the European Community adhesion to the ECHR be compatible with the EC Treaty?"[59] According to the Court, the European Community lacked the competence to enter into the Convention.[60] For the Community to be able to accede to the ECHR, the EC Treaty had to be modified. This was eventually achieved by the Lisbon Treaty. Indeed, the Union's accession to the European Convention is now not only possible, but even required under Article 6(2) TEU, which provides:

"The Union shall accede to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Such accession shall not affect the Union's competences as defined in the Treaties".

Meanwhile, the ECHR itself has also been modified in order to make EU accession possible.[61] Though the accession process is yet to be

[55] Charter of Fundamental Rights of the EU, Article 52(3): "In so far as this Charter contains rights which correspond to rights guaranteed by the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, the meaning and scope of those rights shall be the same as those laid down by the said Convention. This provision shall not prevent Union law providing more extensive protection."

[56] EU Charter, Article 52(3)

[57] This is the so-called "standstill effect".

[58] See the European Parliament Resolution Embodying the Opinion of the European Parliament on the Memorandum from the Commission of the European Communities on the Accession of the European Communities to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, OJ No. C 304, 22.11.1982, p. 253.

[59] ECJ, Opinion of the Court of 28 March 1996, Accession by the Community to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Opinion 2/94, [1996] ECR I-1759.

[60] Contrary to what the European Commission was arguing in its 1979 Memorandum, Article 308 (ex Article 235) TEC was not a proper legal basis to enter into such an agreement.

[61] Article 59 ECHR, as amended by Article 17(1) of Protocol No. 14 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Amending the Control System of the Convention, Council of Europe Treaty Series No. 194. This Protocol entered into force on 1 June 2010.

legally completed, the future role to be played by the EU as a contracting party to the ECHR in any further discussions on the proposed adoption of a supplementary Protocol to the ECHR recognising the human right to a healthy and protected environment will be most interesting. One may already venture to speculate that it will not be easy for the Union, despite its reputation of global leadership in environmental policy and law, to come to a common position on whether or not to support such a Protocol. In any event, whatever its possible future position on this question, the EU, once it will have become a contracting party to the ECHR, will at any rate implicitly have recognised the existence of the autonomous right, as derived from the existing provisions of the Convention by the European Court of Human Rights. In this instance, it will have been a follower rather than a leader.

STANDARD LAVORATIVI, PROTEZIONE DEI CONSUMATORI E COMMERCIO INTERNAZIONALE

Michele VELLANO*

SOMMARIO: 1. Premessa: due prospettive, un'unica finalità di tutela. – 2. La protezione delle aspettative e delle esigenze, rispettivamente, dei lavoratori e dei consumatori dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. – 3. Il rilievo che tale protezione assume rispetto al libero esplicarsi del commercio all'interno e al di fuori dell'Unione europea. – 3.1. *Segue*. In relazione alla protezione degli standard lavorativi. – 3.2. *Segue*. In relazione alla protezione dei consumatori. – 4. Il tentativo dell'Unione europea di estendere a Stati terzi il contenuto e la portata della sua protezione nei confronti dei lavoratori e dei consumatori: resistenze e collaborazioni. – 5. Conclusioni: l'esperienza di sintesi e di mediazione elaborata nell'ambito dell'Unione europea è riproponibile a livello mondiale?

1. *Premessa: due prospettive, un'unica finalità di tutela*

Indagare e riflettere sul tema della protezione dei diritti, da un lato, dei lavoratori e, dall'altro, dei consumatori, collegandoli al commercio dei beni, significa accettare una sfida davvero impegnativa.

Si tratta, infatti, di mettere a fuoco problemi ampi e complessi legati, per un verso, alle modalità di produzione di quei beni e, per altro verso, al loro consumo. È poi difficile resistere alla tentazione di allargare ulteriormente la prospettiva, in modo da prendere in considerazione anche la posizione, rispettivamente, dei prestatori di servizi e degli utilizzatori degli stessi, sia pure correndo il rischio di perdere l'orientamento, soprattutto qualora l'indagine non si limiti a concentrarsi su quanto ac-

* Ordinario di Diritto internazionale, Università della Valle d'Aosta.

cade all'interno dell'Unione europea ma si estenda anche a ciò che avviene al di fuori di essa.

Eppure, come si cercherà di dimostrare nel corso di questa indagine, l'abbinamento ha certamente una sua ragione d'essere ed, anzi, la tutela del lavoratore/prestatore e del consumatore/utilizzatore si trova, in entrambi i casi, a dover convivere, in modo speculare, con le stesse esigenze di salvaguardia del libero esplicarsi del commercio di beni e della prestazione di servizi tra Stati alla perenne ricerca di un equilibrio non certamente scontato. Infatti, l'elaborazione di un alto livello di tutela riferito tanto alla fase della produzione quanto a quella del consumo, per non tradursi in un freno o in un vero e proprio ostacolo al libero scambio tra gli Stati di beni e di servizi, deve mirare, allo stesso modo, ad una equilibrata elaborazione di regole (in questo caso standard) condivisi e universalmente applicabili. Solo così, tale tutela può rappresentare la premessa ad una crescita di lungo periodo del commercio tra gli Stati e, in definitiva, ad un aumento del benessere complessivo della popolazione mondiale.

Non vi è dubbio, del resto, che la sfera dei diritti dei lavoratori come, a maggiore ragione, quella dei diritti dei consumatori siano riconducibili ad una tutela di fascia alta e, per certi versi, sofisticata rispetto alla protezione accordata ad altri diritti, rientranti nella categoria dei diritti economici, sociali e culturali, ancora non del tutto garantiti in molte parti del mondo (si pensi, per citarne solo alcuni, al diritto all'alimentazione, all'abitazione salubre e all'istruzione primaria)[1]. Al punto che potrebbe sembrare irrealistico proporre (o imporre) il loro rispetto in contesti in cui manca totalmente (o anche solo parzialmente) la garanzia dei diritti fondamentali prioritari appena ricordati.

A ben vedere, però, i diritti dei lavoratori e dei consumatori intersecano e coinvolgono anche diritti per così dire primari, come il diritto alla salute, e, soprattutto per quel che concerne i lavoratori, coinvolgono prioritariamente i soggetti più esposti agli abusi e ai soprusi in ragione della minore età o del sesso.

La spinta verso la creazione di un unico mercato planetario[2] è, del

[1] Per una rassegna ed un esame della tutela accordata, a livello internazionale, a tali diritti ci si liomita a rinviare al recente volume di F. BESTAGNO (a cura di), *I diritti economici, sociali e culturali. Protezione e tutela nella comunità internazionale*, Milano, 2009. Più in generale, cfr. L. PINESCHI (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani. Norme, garanzie, prassi*, Milano, 2006. In precedenza cfr. anche A. EIDE, C. KRAUSE, A ROSAS (edited by), *Economic, Social and Cultural Rights*, Dordrecht/Boston/London, 2001.

[2] Nel quadro di un fenomeno che viene comunemente identificato con il termine "globalizzazione" ed è stato indagato, e continua a esserlo, sotto ogni profilo (in primo

resto, talmente forte e il processo di trasformazione talmente rapido che il coinvolgimento della popolazione di tutti gli Stati è crescente quanto inevitabile. Ovviamente, l'intensità di tale coinvolgimento, per quanto riguarda la salvaguardia dei diritti qui presi in considerazione, non può che essere graduata e commisurata al rispettivo livello di benessere primario e di sviluppo sociale presente nei singoli Stati, ma non vi è dubbio che la direzione è tracciata e che non sono contemplabili (salvo casi limite) eccezioni alla regola.

Vi è da dire, per altro, che se la tendenza all'affermazione della tutela dei diritti fondamentali dei lavoratori e dei consumatori è in via di consolidamento su scala mondiale non mancano disparità di approccio e, dunque, di modelli alternativi, soprattutto per quanto riguarda la tutela dei consumatori. Infatti, con riferimento alla portata e alla estensione della tutela dei loro diritti, esistono visioni anche molto differenti che sottendono, in definitiva, modelli culturali e sociali di base in forte competizione tra loro.

L'Unione europea ha elaborato nel tempo, in entrambi i settori presi in esame, un'esperienza molto articolata di mediazione della tradizione e dell'approccio dei propri Stati membri che potrebbe rappresentare, sotto molti profili, un modello esportabile anche al di fuori dei suoi confini. Le modalità di trasferimento e di recepimento del modello appaiono, però, controverse, posto che il risultato potrebbe essere raggiunto, congiuntamente o disgiuntamente, attraverso un mero fenomeno imitativo, su base spontanea o indotta, oppure, in via concertata, nell'ambito delle organizzazioni internazionali allo scopo deputate, sicuramente non attraverso un'imposizione unilaterale.

In ogni caso, il percorso, quale che sia la direzione seguita, si presenta, come vedremo, piuttosto complesso ed impegnativo.

2. *La protezione delle aspettative e delle esigenze, rispettivamente, dei lavoratori e dei consumatori dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*

Una rassegna, anche solo sommaria, della disciplina adottata a livello di Unione europea ovvero internazionale a tutela, rispettivamente, dei lavoratori e dei consumatori non è, in questa sede, proponibile.

Tale disciplina è, infatti, estremamente vasta ed eterogenea e copre

luogo, economico e del diritto). In proposito, si veda, ad esempio, F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005.

ambiti molto ampi e tra loro diversi (si pensi, ad esempio, alla ripartizione rispetto alle misure volte a consentire la libera circolazione dei lavoratori e la politica sociale vera e propria). Anche solo passare in rassegna le linee evolutive e i tratti salienti dell'approccio adottato, da un lato, dall'Unione europea e, dall'altro, dalle organizzazioni internazionali, rispetto a ciascun versante, richiederebbe uno sforzo di sintesi che rischierebbe di essere, almeno in questo contesto, fuorviante e, soprattutto, superfluo, posto che esistono opere, facilmente consultabili, che soddisfano egregiamente questa esigenza[3].

Preferiamo, allora, concentrare la nostra attenzione e sviluppare alcune brevi considerazioni sulle possibili conseguenze dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona con riferimento ad entrambi i versanti, tenuto conto della prospettiva che adotteremo espressamente nel successivo paragrafo, vale a dire rispetto al libero esplicarsi del commercio all'interno e al di fuori dell'Unione europea.

Come è ampiamente noto, l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, il 1° dicembre 2009, ha reso vincolante, sulla base dell'art. 6 TUE, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000 (di seguito, la Carta), adottata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, con «lo stesso valore dei trattati». In questo modo, si è, infine, perfezionato un *iter*, piuttosto travagliato, iniziato, appunto, a Nizza nel 2000, allorquando gli Stati membri non si sentirono pronti a fare proprio il solenne testo

[3] Si rinvia ad opere più generali e sistematiche dedicate, rispettivamente, ai due ambiti qui indagati. Per quanto riguarda gli standard lavorativi, limitandosi alle opere più recenti, si rinvia, ad esempio, sul versante dell'Unione europea a I. VIARENGO, F. POCAR, *Diritto comunitario del lavoro*, 2 ed., Padova, 2001; M. ROCCELLA, T. TREU, *Diritto del lavoro della Comunità europea*, 5 ed., Padova 2009, U. CARABELLI, *Europa dei mercati e conflitto sociale*, Bari, 2009 e D. IZZI, M. ROCCELLA, *Lavoro e diritto dell'Unione Europea*, Padova, 2010 e sul versante internazionale a P. ALSTON (ed.), *Labour Rights as Human Rights*, Oxford, 2005, p. 85 ss.; A. ZANOBETTI PAGNETTI, *Il diritto internazionale del lavoro*, Bologna, 2005 e C. DI TURI, *Globalizzazione dell'economia e diritti umani fondamentali in materia di lavoro: il ruolo dell'OIL e dell'OMC*, Milano, 2007. Un tentativo di sintesi è contenuto nel recente volume curato da N. ALIPRANTIS, I. PAPAGEORGIOU, *Social Rights – Challenges at European, Regional and International Level*, Bruxelles, 2010. Per quanto riguarda la tutela dei consumatori, sempre limitandosi alle opere di carattere generale e più recenti, si rinvia a C. IURILLI (a cura di), *Manuale di diritto dei consumatori*, Torino, 2005; S. WEATHERILL, *EU Consumer law and Policy*, Cheltenham, 2005 e R. ZACCARIA, *Commentario breve al diritto dei consumatori*, Padova, 2010. Per quanto riguarda il particolare profilo legato agli alimenti, cfr. L. GRADONI, *La protezione del consumatore nel diritto internazionale del commercio*, in L.S. ROSSI (a cura di), *Commercio internazionale sostenibile? WTO e Unione Europea*, Bologna, 2003, p. 143 ss. e P. PUOTI, *Libera circolazione delle merci nei sistemi CE e GATT/OMC e sicurezza alimentare: il ruolo dell'armonizzazione*, in F. FRANCIONI, F. LENZERINI, M. MONTINI, *OMC e Diritto della Comunità europea nella prospettiva della risoluzione delle controversie*, Milano, 2005, p. 251 ss.

che, in quell'occasione, venne sottoscritto soltanto dai vertici delle istituzioni[4].

Gli attuali due trattati, TUE e TFUE, rinominati e consolidati ad esito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, sono, dunque, completati dal testo della Carta a cui è attribuita il loro stesso valore giuridico[5].

Per vero, però, sempre sulla base dell'articolo 6 TUE, si afferma che «le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati». Siamo in presenza, come è evidente, di una precisazione di capitale importanza, perché, sulla base della stessa, dobbiamo immaginare che gli interpreti dovranno compiere uno sforzo ermeneutico non semplice, sempre teso a riportare nel corretto rapporto la disciplina contenuta nei due trattati TUE e TFUE con quanto solennemente enunciato nella Carta.

Ma l'aspetto più delicato, di cui già si sono percepiti significativi segnali prima dell'equiparazione del valore giuridico della Carta a quello dei trattati avvenuto con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona[6], è rappresentato, evidentemente, dal raffronto tra le disposizioni del diritto derivato rispetto alla proclamazione dei diritti fondamentali enunciati nella Carta[7].

[4] La Carta è stata oggetto di approfondite analisi da parte della dottrina. Si rinvia, in particolare, a L.S. ROSSI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione dell'Unione europea*, Milano, 2002 e 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. 73 ss. Recentemente, dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, cfr. B. FAVREAU (a cura di), *La Charte des droits fondamentaux de l'Unione Européenne après le Traité de Lisbonne*, Bruxelles, 2010.

[5] L. DANIELE, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e Trattato di Lisbona*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2008, p. 655 ss.

[6] In proposito, cfr. già G. GAJA, *Aspetti problematici della tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in *RDI*, 1988, p. 574 ss. e, più recentemente, A. TANCREDI, *L'emersione dei diritti fondamentali assoluti nella giurisprudenza comunitaria*, in *RDI*, 2006, p. 644 ss. e F. SEATZU, *La Carta dei diritti fondamentali: un nuovo parametro di legittimità degli atti comunitari?*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2007, p. 377 ss.

[7] Per alcuni primi commenti si rinvia agli scritti di M. DOUGAN, *The Treaty of Lisbon 2007: Winning Minds, Not Hearts*, in *Common Market Law Review*, 2008, p. 661 ss.; L.S. ROSSI, *How fundamental are fundamental principles? Primacy of the EU law, principles of National Constitutions and fundamental rights after Lisbon*, in *Diritti individuali e giustizia internazionale, Liber Pocar*, Milano, 2009, p. 801 ss.; L. DANIELE, *La protezione dei diritti fondamentali nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona: un quadro di insieme* e 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. 645 ss.; S. KOUKOULIS-SPILIOTOPOULOS, *Les droits sociaux: droits proclamés ou droits invocables? Un appel à la vigilance*, in B. FAVREAU (a cura di), *La Charte des droits fondamentaux* , op. cit., p. 265 ss.

Al riguardo è essenziale riferirsi al combinato disposto degli articoli 51 e 52 della stessa Carta dedicati, rispettivamente, all'*Ambito di applicazione* e alla *Portata e interpretazione dei diritti e dei principi*. Si precisa, così, con l'articolo 51 che le disposizioni della Carta si applicano «alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà, come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione» e che, in base all'articolo 52, quelle «che contengono dei principi possono essere attuate da atti legislativi e esecutivi adottati da istituzioni, organi e organismi dell'Unione e da atti di Stati membri allorché essi danno attuazione al diritto dell'Unione, nell'esercizio delle loro rispettive competenze. Esse possono essere invocate dinanzi a un giudice solo ai fini dell'interpretazione e del controllo della legalità di detti atti».

L'esito più probabile potrebbe essere, allora, l'interpretazione del diritto derivato, e delle eventuali norme statali di recepimento, in materia di diritti sociali e del consumatore in termini aderenti e coerenti con l'enunciato della Carta con un approccio ermeneutico più sensibile e aperto, rispetto a quanto avvenuto in passato[8], ai diritti del singolo individuo (lavoratore e consumatore) invece che alle esigenze delle imprese e, ancora più in generale, del mercato. Previsione evidentemente ancora vaga (anche se verosimile) che necessiterà di essere verificata alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea[9] e delle Corti nazionali[10].

[8] Benché, come ampiamente noto, il ruolo della Corte di giustizia in tema di difesa dei diritti fondamentali sia da tempo consolidato. Si veda, da ultimo, la sentenza 3.9.2008 nelle cause riunite C-402/05 e C-415/05 con il commento di F. SALERNO, *Quale "comunità" di diritto" per il signor Kadi*, in *RDI*, 2009, p 110 ss.

[9] Altri riferimenti alla Carta, dopo il 1 dicembre 2009, sono contenuti nelle sentenze della Corte di giustizia 10.12.2009, nel procedimento C-323/08, in materia di perdita del lavoro a seguito del decesso del datore di lavoro e 22.4.2010, nel procedimento C-486/08, sul principio di parità di trattamento tra lavoratori a tempo determinato e/o parziale e lavoratori a tempo indeterminato e/o a tempo pieno.

[10] In un settore diverso da quelli in esame, quello della tutela dell'ambiente, la Corte Costituzionale, con sentenza n. 28 del 28.1.2010, ha preso a esplicito riferimento la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ai fini della sua decisione. La Corte ha fatto rifermento al suo art. 49 e al principio in esso enunciato secondo cui «Se, successivamente alla commissione del reato, la legge prevede l'applicazione di una pena più lieve, occorre applicare quest'ultima». Trattasi, secondo la Corte, «dell'applicazione del principio del *favor rei*, che caratterizza l'ordinamento italiano e che oggi trova conferma e copertura europea nell'art. 49» della Carta. Nel caso specifico il riferimento alla Carta deve, perciò, considerarsi incidentale e meramente confermativo di un principio vigente nell'ordinamento italiano ma è significativo che, in chiusura della sentenza, la Corte di fatto affianchi (e forse equipari) i principi «di cui all'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, all'art. 25, secondo comma, Cost. ed all'art. 2, quarto comma, del codice penale». Ulteriori riferimenti, meramente incidentali alla Carta, suc-

Un primo esempio di questa tendenza si può già ravvisare nella sentenza della Corte di giustizia del 19 gennaio 2010, nel procedimento C-555/07, con la quale la Corte, chiamata a pronunciarsi in via pregiudiziale sulla portata dell'art. 2 della direttiva 2000/78 in materia di non discriminazione sulla base dell'età, si richiama espressamente, ai fini della sua decisione, all'art. 21, n. 1 della Carta («va del pari rilevato che l'art. 6, n. 1 TUE enuncia che la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ha lo stesso valore giuridico dei trattati. Ai sensi dell'art. 21, n. 1, di tale Carta, "è vietata qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, (…) sull'età"»). La Corte di giustizia opportunamente precisa che «affinché il principio di non discriminazione in base all'età possa applicarsi in una fattispecie come quella di cui alla causa principale, è anche necessario che tale fattispecie rientri nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione». Circostanza che la Corte di giustizia rinviene nel caso specifico e che la porta a concludere che il diritto dell'Unione europea osta ad una normativa, come l'art. 622, n. 2, secondo comma, del BGB, che, ai fini del calcolo del termine di preavviso di licenziamento, non prende in considerazione i periodi di lavoro compiuti dal dipendente prima di avere raggiunto il venticinquesimo anno d'età e precisando che è compito del giudice nazionale disapplicare qualsiasi disposizione nazionale che sia in contrasto con l'applicazione dell'enunciato (dalla Carta e dalla direttiva in questione) principio di non discriminazione sulla base dell'età.

È parimenti illuminante la recente sentenza della Corte di giustizia del 16 settembre 2010, nel procedimento C-149/10, con la quale la Corte si è espressa sulla delicata questione del congedo parentale in caso di nascita di gemelli (in pratica se i genitori abbiano diritto o meno ad un congedo parentale per ogni figlio nato). La Corte, per interpretare la direttiva 96/34/CE disciplinante la materia, ha fatto riferimento all'art. 33

cessivamente al 1° dicembre 2009, sono contenuti nelle sentenze n. 4 del 14.1.2010 (in materia di elezioni regionali); n. 80 del 26.2.2010 (sull'assistenza a scuola dei disabili); n. 93 del 12.3.2010 (in materia di udienze giudiziali aperte al pubblico) e n. 138 del 15.4.2010 (in materia di matrimoni tra persone dello stesso sesso). Si ricava l'impressione che la Carta, indipendentemente dai limiti posti dagli artt. 51 e 52 della stessa, sia presa a riferimento dalla Corte Costituzionale, sia pure incidentalmente e in termini confermativi, come parametro di legittimità equiparato, impropriamente, alla Carta costituzionale. Particolarmente interessante, in proposito, la sentenza n. 138/2010 dove si legge: «Non occorre, ai fini del presente giudizio, affrontare i problemi che l'entrata in vigore del Trattato pone nell'ambito dell'ordinamento dell'Unione e degli ordinamenti nazionali, specialmente con riguardo all'art. 51 della Carta, che ne disciplina l'ambito di applicazione. Ai fini della presente pronuncia si deve rilevare che l'art. 9 della Carta (come, del resto, l'art. 12 della CEDU), nell'affermare il diritto di sposarsi rinvia alle leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio».

della Carta là dove prevede «il diritto a un congedo di maternità retribuito e a un congedo parentale dopo la nascita o l'adozione di un figlio» e, pur non pervenendo alla conclusione che la direttiva riconosca il diritto ad un congedo per ciascuno dei gemelli nati, ha, nondimeno, ritenuto, anche alla luce dei principi enunciati nella Carta, sussistere l'obbligo in capo al legislatore nazionale di «istituire un regime di congedo parentale che, in funzione della situazione esistente nello Stato membro interessato, garantisca ai genitori di gemelli un trattamento che tenga debitamente conto delle loro particolari esigenze».

In questo modo, il nuovo assetto delle fonti, con l'aggiunta della Carta (sia pure nel rispetto dei limiti appena ricordati), potrebbe, dunque, generare risultati inattesi e sorprendenti proprio rispetto ai settori oggetto di questo approfondimento.

Il timore di una possibile evoluzione, particolarmente forte nel settore dei diritti sociali, in tale direzione è, del resto, alla base della richiesta, poi soddisfatta, di Regno Unito e della Polonia di un apposito Protocollo, il n. 30, al Trattato di Lisbona nel quale si afferma che «in particolare e per evitare dubbi, nulla nel titolo IV della Carta crea diritti azionabili dinanzi a un organo giurisdizionale applicabili alla Polonia o al Regno Unito, salvo nella misura in cui la Polonia o il Regno Unito abbiano previsto tali diritti nel rispettivo diritto interno»[11].

La Carta, infatti, contiene, specialmente nel suo titolo IV, numerosi e dettagliati enunciati che riguardano i lavoratori in modo diretto e, talvolta indiretto. Certamente si tratta di un testo, nel suo complesso, particolarmente attento alla dimensione sociale ed economica dei diritti fondamentali in ogni loro aspetto[12].

Il titolo IV della Carta, dedicato alla solidarietà (articoli 27-38), enuncia, così, i diritti classici dei lavoratori (all'informazione e alla consultazione nell'ambito dell'impresa; al negoziato e alle azioni collettive;

[11] Più in generale, nel primo comma dell'art. 1, si afferma che «la Carta non estende la competenza della Corte di giustizia dell'Unione europea o di qualunque altro organo giurisdizionale della Polonia o al Regno Unito a ritenere che le leggi, i regolamenti o le disposizioni, le pratiche o l'azione amministrativa della Polonia o del Regno Unito non siano conformi ai diritti, alle libertà e ai principi fondamentali che essa riafferma». Più ampiamente, per i problemi posti dal Protocollo, si rinvia a S. AMADEO, *Il Protocollo n. 30 sull'applicazione della Carta di Polonia e Regno Unito e la tutela "asimmetrica" dei diritti fondamentali: molti problemi, qualche soluzione*, e a P. SIMONE, *Gli accordi internazionali di salvaguardia dei diritti sociali e del lavoratore e il Protocollo n. 30 sull'applicazione della Carta dei diritti fondamentali alla Polonia e al Regno Unito*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2009, rispettivamente p. 720 ss. e p. 742 ss.

[12] Per una rassegna si rinvia a S. GIUBBONI, *I diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario. Una rilettura alla luce della Carta di Nizz*a, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2003, p. 325 ss.

all'accesso ai servizi di collocamento; alla tutela in caso di licenziamento ingiustificato e alle condizioni di lavoro giuste ed eque) ma si estende anche a profili più specifici quali il divieto del lavoro minorile e la protezione dei giovani sul luogo di lavoro, fino alla tutela dell'equilibrio familiare in considerazione della maternità e, come si è appena ricordato, del congedo parentale dopo la nascita o l'adozione di un figlio.

Una previsione specifica è poi dedicata al tema della sicurezza sociale e dell'assistenza sociale.

Altri riferimenti al lavoro sono contenuti in altre parti della Carta, come nell'articolo 5 in cui viene fatto divieto di costringere qualcuno a compiere un lavoro forzato o obbligatorio, ovvero nell'articolo 23 in cui si precisa che la parità tra donne e uomini deve essere assicurata in tutti i campi, così anche in materia di occupazione, di lavoro e di retribuzione o nell'articolo 26 dedicato al diritto delle persone con disabilità di beneficiare di misure intese a garantire l'autonomia, l'inserimento sociale e professionale e la partecipazione alla vita della comunità.

La Carta si ispira, con riferimento al suo titolo IV, esplicitamente all'elaborazione dei diritti sociali contenuta, per un verso nella Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali adottata a Strasburgo il 9 dicembre 1989 e, per altro verso, tiene conto della Carta sociale del Consiglio d'Europa nel testo attualmente in vigore dal 1° luglio 1999.

Quello che è certo è che l'enunciato della Carta pur rispecchiando, in buona sostanza, i diritti esplicitati in norme del TFUE (tra tutti, quelli citati dall'articolo 156, già 140 TCE, e quello, enunciato all'art. 157, già 141 TCE, che «assicura l'applicazione del principio della parità di retribuzione tra lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore») offre un supporto più sistematico e chiaro che amplia considerevolmente la prospettiva rispetto alla quale dovrà essere vagliata la legittimità del diritto derivato.

Molto più sintetico il riferimento contenuto nell'articolo 38 della Carta alla protezione dei consumatori: «Nelle politiche dell'Unione è garantito un livello elevato di protezione dei consumatori»[13]. Un enunciato che, come chiarito, nelle spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali elaborato dal *Praesidium* alla Convenzione che ha predisposto il testo della Carta, si ispira, in sostanza, al contenuto dell'articolo 153 TCE, ora articolo 169 TFUE: «Al fine di promuovere gli interessi dei consumatori ed assicurare un livello elevato di protezione dei consumatori, l'Unione contribuisce a tutelare la salute, la sicurezza e gli interessi

[13] Per un commento a tale articolo si rinvia a A. LUCARELLI, in BIFULCO, CARTABIA, CELOTTO, *L'Europa dei diritti*, Bologna, 2001.

economici dei consumatori nonché a promuovere il loro diritto all'informazione, all'educazione e all'organizzazione per la salvaguardia dei propri interessi». Dunque, l'enunciato contenuto nel TFUE è più preciso e ampio di quanto non lo sia quello dell'articolo 38 della Carta.

In entrambi i casi, comunque, si tende a rinviare a principi di portata piuttosto estesa, già sostanzialmente coperti sulla base di altri diritti fondamentali quali, in particolare, quelli alla salute e alla sicurezza (rispetto alla propria integrità fisica e psichica). Nondimeno, nel campo della prevenzione dei pericoli per la salute dei consumatori la direttiva sulla sicurezza generale dei prodotti ha puntato, in modo originale e peculiare, sull'importanza di standard qualitativi recepiti in norme legislative precettive[14].

Inoltre, resta espressamente contemplato, assumendo rilievo autonomo, il diritto all'informazione (oltre a quello all'educazione e all'organizzazione per la salvaguardia dei propri interessi)[15]. L'informazione, assunta tramite modalità sempre più accessibili e chiare, è il presupposto ineludibile per consentire al consumatore di prendere le proprie scelte in modo consapevole e critico. Come vedremo, è il modo migliore per chiudere il processo produttivo e renderlo coerente al rispetto dei diritti fondamentali in tutte le sue fasi.

Nel complesso vi sono, dunque, tutti i presupposti per il verificarsi di un'ulteriore evoluzione della giurisprudenza tesa a ridimensionare l'impostazione tradizionale già, almeno in parte superata, dell'attività lavorativa e, in generale, produttiva come rilevante in quanto funzionale all'integrazione economica e dei mercati a favore di una concezione più attenta a valutarne e a valorizzarne i profili di tutela legati al singolo individuo lavoratore e/o consumatore.

Curiosamente è in atto, in sede internazionale, un percorso per molti aspetti inverso a quello appena descritto in seno all'Unione europea (almeno per quanto riguarda i diritti dei lavoratori).

Ci si è mossi, infatti, inizialmente dalla tutela dei diritti fondamentali dei lavoratori in quanto tali e solo più di recente, come si vedrà meglio nel successivo paragrafo, si è presa in considerazione la loro rilevanza (e

[14] Cfr., ad esempio, quanto contenuto nella direttiva 2001/95/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 3.12.2001 relativa alla sicurezza generale dei prodotti in GU L 11 del 15.1.2002, p. 4 ss. riguardante: il miglioramento della rintracciabilità dei prodotti; il funzionamento della sorveglianza del mercato e le attività di standardizzazione.

[15] Cfr, ad esempio, quanto previsto dalla direttiva 2002/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23.9.2002, concernente la commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori in GU L 271 del 9.10.2002, p. 16 ss. o, ancora prima, la direttiva sul "timesharing" (godimento a tempo parziale di immobili) 94/47/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26.10.1994 in GU L 280 del 29.10.1994, p. 83 ss.

la loro tutela) sulla base di considerazioni economiche e commerciali fino a ipotizzare (ma non ancora a disciplinare) eventuali ricadute destinate a realizzare una vera e propria distorsione della concorrenza tra imprese.

Non è qui il caso di dare conto in modo dettagliato di questo percorso, per altro ancora in atto. Sia sufficiente fare riferimento, a livello di proclamazione universale, al contenuto dell'articolo 23 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 9 dicembre 1948, in base al quale «ogni individuo ha diritto al lavoro, alla libera scelta dell'impiego, a giuste e soddisfacenti condizioni di lavoro ed alla protezione contro la disoccupazione», poi esplicitato e dettagliato nel Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali del 16 dicembre 1966[16] e, soprattutto, all'adozione di numerose Convenzioni, dedicate a singoli aspetti, in seno all'Organizzazione internazionale del lavoro (OIL) già a partire dal 1919 e poi proseguita negli anni e ancora oggi in atto (per la precisione, 188 convenzioni e 199 raccomandazioni dedicate ai più importanti diritti fondamentali dei lavoratori)[17]. È risaputo che nonostante la formale ratifica da parte di numerosi Stati (ma non di tutti i più importanti) delle singole convenzioni, adottate nell'ambito dell'OIL, la tutela dei diritti ivi solennemente enunciati resta più teorica che reale posto che occorre dare recepimento alle suddette convenzioni negli ordinamenti interni e, soprattutto, provvedere alla loro applicazione e rispetto in concreto. Salvo che per settori specifici, come quello del divieto del lavoro in età infantile o del divieto del lavoro forzato (con riferimento ai quali sono stati raggiunti risultati importanti e diffusi), l'approccio utilizzato non ha portato i benefici auspicati.

Molto più recente è l'attenzione prestata alla tutela dei consumatori in sede di organizzazioni internazionali a vocazione universale.

Solo nel 1985 l'Assemblea generale delle Nazioni Unite adottò alcune *Guidelines for Consumer Protection* poi aggiornate nel 1999[18] basate su alcuni fondamentali diritti: alla salute; ad essere informato; alla libera scelta; ad essere ascoltato; alla soddisfazione dei bisogni primari; al reclamo; ad un'educazione al consumo e ad un ambiente salutare.

Oggi il diritto dei consumatori si colloca ancora tra quelli, prevalen-

[16] Entrambi possono essere letti in R. LUZZATTO, F. POCAR, *Codice di diritto internazionale pubblico*, 4 ed., Torino, 2006, p. 159 ss. e p. 177 ss.

[17] Tutte consultabili a partire dal sito *www.ilo.org/normes*. Si vedano anche le voci di G. GAJA, "Lavoro (diritto internazionale pubblico)" e "Organizzazione internazionale del lavoro", in *Enc. del Diritto*, Milano, rispettivamente, vol. 23 e vol. 31, p. 620 ss. e p. 336 ss.

[18] Le nuove *Guidelines* sono state adottate con decisione 54/449 dell'Assemblea generale.

temente economici, che soffrono di un complesso di inferiorità rispetto a quelli civili e politici e per i quali è prevista una tutela purché non a discapito di altri ritenuti prioritari[19].

L'Unione europea, sotto il profilo considerato, è decisamente più avanti rispetto al grado di elaborazione e anche di affermazione della tutela dei consumatori e il margine di differenza rispetto all'elaborazione assunta a livello internazionale è molto più consistente di quello presente con riferimento alla tutela dei diritti dei lavoratori.

Basti considerare che nell'art. 12 del TFUE si afferma che «Nella definizione e nell'attuazione di altre politiche o attività dell'Unione sono prese in considerazione le esigenze inerenti alla protezione dei consumatori». Ciò significa che gli interessi dei consumatori sono tenuti presenti in modo orizzontale con riferimento ad una molteplicità di profili[20].

3. Il rilievo che tale protezione assume rispetto al libero esplicarsi del commercio all'interno e al di fuori dell'Unione europea

Non vi è dubbio che il contenuto e, dunque, il differente livello di protezione dei diritti, rispettivamente, dei lavoratori e dei consumatori comporti significative ricadute con riguardo al commercio di beni e dei servizi tra Stati. L'entità di tali ricadute varia considerevolmente in rapporto al concorso di una molteplicità di fattori e di circostanze, al punto che risulta estremamente difficile quantificarne con esattezza l'incidenza in termini strettamente economici[21].

In linea molto generale, l'approccio comunemente seguito, per quanto riguarda il tema del lavoro, mette in evidenza come l'esistenza di una legislazione esigente (o, comparativamente, più rigorosa) si traduca, per le imprese che operano in quell'ordinamento, in maggiori costi e, in definitiva, nella necessità di praticare prezzi più alti o di ridurre e, in alcuni casi, annullare i profitti.

Per quanto riguarda, invece, le conseguenze dell'esistenza di una legislazione attenta e intransigente rispetto alla tutela dei diritti dei consumatori, si evidenzia comunemente la ricaduta, anche in questo caso, che essa produce in termini di maggiori costi per le imprese ma si sottolinea

[19] Vedi I. VIARENGO, *Deroghe e restrizioni alla tutela dei diritti umani nei sistemi internazionali di garanzia*, in *RDI*, 2005, p. 955 ss.

[20] Per una rassegna cfr. S. FARO, *La tutela del consumatore*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di Diritto amministrativo*, Milano, 2003, p. 4049 ss.

[21] Cfr, ad esempio, A. ANDREONI, *Lavoro, diritti sociali e sviluppo economico*, Torino, 2006.

anche come essa possa tradursi in concreto in un ostacolo, diretto o indiretto, all'ingresso sul mercato di merci (o di servizi) provenienti dall'estero.

Se volessimo essere estremamente sintetici, correndo il rischio di semplificare temi molto complessi, potremmo dire che il livello di protezione dei diritti dei lavoratori coinvolge la capacità competitiva delle imprese locali tanto nel mercato domestico quanto nei mercati stranieri (essenzialmente per effetto dei maggiori costi di produzione) mentre il livello di protezione dei diritti dei consumatori tende a limitare le sue conseguenze nel mercato domestico in termini, per un verso, onerosi (maggiori costi) ma, per altro verso, anche di protezione rispetto all'ingresso e/o alla crescita di concorrenti stranieri (sotto una pluralità di profili).

Procedendo con ordine, ci concentreremo prima sui rapporti tra standard lavorativi e commercio e, successivamente, tra tutela dei diritti dei consumatori e commercio, avendo cura, in entrambi i casi, di prestare attenzione a quanto accade all'interno e al di fuori dell'Unione europea.

3.1. Segue. *In relazione alla protezione degli standard lavorativi*

La Commissione europea, nel Libro bianco del 1994 dedicato alla politica sociale europea, rilevava come «standard minimi sono necessari per preservare la coesione dell'Unione considerata la diversità dei bisogni e dei sistemi nazionali e i punti di forza propri delle economie dei diversi Stati membri», e, ancora, che «la definizione di un'impalcatura di standard minimi di base (…) costituisce un baluardo contro l'impiego di standard sociali quali strumento per una competizione economica sleale»[22]. Un'attenzione simile è stata espressa, lo stesso anno, dal Consiglio che con una risoluzione del 6 dicembre 1994, intitolata, "Alcune prospettive di una politica sociale dell'Unione europea: contributo alla convergenza economica e sociale dell'Unione", ha sottolineato come «le norme minime costituiscono uno strumento idoneo per realizzare gradualmente, tenendo conto dell'efficienza economica degli Stati membri, la convergenza economica e sociale. Saranno così soddisfatte le aspettative dei lavoratori dell'Unione europea e si placheranno i timori circa lo smantellamento sociale e il *dumping* sociale nell'Unione europea».

Il percorso di armonizzazione della materia, compiuto da allora ad

[22] Commissione europea, *Libro bianco sulla politica sociale europea*, COM (94) 333 def. del 27.7.1994, p. 12. Sia consentito rinviare per maggiori dettagli a M. VELLANO, *L'Unione europea e il dumping sociale: aspetti interni e relazioni esterne*, in *Il Diritto dell'economia*, 1999, p. 167 ss.

oggi, è stato per molti versi straordinario (anche se non è possibile darne qui dettagliatamente conto). Resta da dire che il progressivo allargamento dell'Unione europea con l'ingresso di alcuni Stati sprovvisti di una legislazione (o, quanto meno, di una sua rigorosa applicazione) specialmente nel settore della prevenzione degli infortuni sul lavoro, della tutela della maternità e dell'inserimento dei lavoratori diversamente abili ha contribuito a mantenere attuale la controversa questione del *dumping* sociale intracomunitario.

Del resto, in passato come oggi, i fattori che incidono di gran lunga di più sul costo del lavoro sono quello retributivo e, parallelamente, quello fiscale e quello previdenziale. Conseguentemente la portata e il contenuto dei contratti collettivi di lavoro, vigenti nei diversi ordinamenti, possono assumere un rilievo decisivo rispetto alla competitività delle imprese[23].

L'Unione europea ha elaborato, come è noto, una prima risposta alle diverse esigenze in gioco adottando la direttiva 96/71/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 dicembre 1996, relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi[24]. Si tratta, evidentemente, di una risposta parziale perché prende in considerazione unicamente l'ipotesi di «imprese stabilite in uno Stato membro che, nel quadro di una prestazione di servizi transnazionale, distacchino lavoratori» nel territorio di un altro Stato membro. In virtù di detta norma gli Stati membri sono chiamati a provvedere affinché le imprese garantiscano ai propri dipendenti distaccati in altro Stato le condizioni minime ivi garantite ai lavoratori del medesimo settore relativamente ai più importanti aspetti del rapporto di lavoro (a cominciare da quello salariale)[25].

La Corte di giustizia è intervenuta più volte sul tema con alcune sentenze che hanno affrontato il delicato bilanciamento tra le esigenze dell'esercizio della libera prestazione di servizi e la tutela di standard lavorativi minimi e del riflesso che tale bilanciamento riverbera sulla concorrenza tra imprese alla luce di quanto disposto, da un lato, dall'art. 49 del Trattato CE (oggi art. 56 del TFUE) e, dall'altro lato, della citata direttiva 71/96.

[23] Lo aveva intuito e spiegato tra i primi G.F. MANCINI, *L'incidenza del diritto comunitario sul diritto del lavoro degli Stati membri*, in *Riv. Dir. Eur.*, 1989 e anche in ID., *Democrazia e costituzionalismo nell'Unione Europea*, Bologna, 2004, p. 159 ss.

[24] La direttiva è pubblicata in GU L 18 del 21.1.1997, p. 1 ss. Cfr. C. MORVIDUCCI, *La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione Europea*, Torino, 2009.

[25] Ma anche, i periodi massimi di lavoro e minimi di riposo; la durata minima delle ferie annuali retribuite; la sicurezza, la salute e l'igiene sul lavoro e la parità di trattamento fra uomo e donna.

Nel caso *Laval*, sentenza del 18 dicembre 2007 (causa C-341/05)[26], la Corte di giustizia ha riconosciuto, in termini generali, 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 garantite dal Trattato». Infatti, prosegue la Corte, poiché «la Comunità non ha soltanto una finalità economica ma anche una finalità sociale, i diritti che derivano dalle disposizioni del Trattato CE relative alla libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali devono essere bilanciati con gli obiettivi perseguiti dalla politica sociale, tra i quali figurano in particolare, come risulta dall'art. 136 CE, il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, che consenta la loro parificazione nel progresso, una protezione sociale adeguata e il dialogo sociale». Tuttavia, nel caso specifico, la Corte non ha ravvisato nel blocco operato dalle rappresentanza sindacali svedesi, atto a impedire il libero estrinsecarsi della prestazione di servizi da parte di una società (la *Laval*, appunto), di diritto lettone, che applicava ai propri operai, distaccati in Svezia, un contratto collettivo meno favorevole per i lavoratori di quello applicato dalle società svedesi[27], una condotta giustificata. Infatti, la società *Laval* si è dovuta confrontare con «un contesto nazionale caratterizzato dall'assenza di disposizioni, di qualsivoglia natura, sufficientemente precise e accessibili da non rendere in pratica impossibile o eccessivamente difficile la determinazione, da parte di tale impresa, degli obblighi cui dovrebbe conformarsi in materia di minimi salariali»[28].

Nel caso *Dirk Rüffert*, causa C-346/06 del 20 settembre 2006[29], la Corte di giustizia si è espressa, non condividendo le opinioni espresse

[26] Pubblicata in raccolta della giurisprudenza 2007, pagina I-11767 e riportata in P. MANZINI, *Casi difficili. Libertà fondamentali e globalizzazione nella giurisprudenza europea*, Torino, 2008, p. 209 ss. con un breve commento.

[27] La questione pregiudiziale nasceva dall'interpretazione dell'art. 49 Trattato CE e delle direttiva 96/71 che disciplina l'apprestamento di una tutela minima per i lavoratori distaccati all'estero. Cfr. anche le conclusioni dell'avvocato generale Prof. Paolo Mengozzi in relazione a detta causa raccolta della giurisprudenza 2007 p. I-1767.

[28] La Corte ha preso posizione, in maniera analoga anche se con esiti diversi in relazione al caso di specie, con la sentenza dell'11 dicembre 2007 nel caso *Viking Lines ABP*, (causa C438-05), pubblicata in raccolta della giurisprudenza 2007 pagina I-10779. Per un approfondimento sui casi *Laval* e *Viking*, con particolare riferimento alla questione della legittimità dello sciopero a fini contrattuali, si rinvia a U. CARABELLI, *op. cit*., p. 143 ss. e a M.V. BALLESTRERO, *Le sentenze* Viking *e* Laval*: la Corte di giustizia "bilancia" il diritto di sciopero*, in *Lavoro e diritto*, 2008, p. 371 ss.

[29] Riportata anch'essa in P. MANZINI, *op. cit*., 2008, p. 213 ss.

dall'avvocato generale Bot nelle sue conclusioni, nel senso dell'incompatibilità di una norma nazionale rispetto alle prescrizioni contenute nell'art. 49 Trattato CE e della direttiva 96/71 che «imponga agli enti pubblici aggiudicatori di attribuire gli appalti relativamente a lavori edili esclusivamente alle imprese che, all'atto della presentazione delle offerte, si impegnino per iscritto a corrispondere ai propri dipendenti, impiegati per l'esecuzione dei lavori oggetto di appalto, una retribuzione non inferiore a quella minima prevista dal contratto collettivo nel luogo dell'esecuzione dei lavori in questione».

Infine, nel caso *Commissione c. Lussemburgo*, causa C 319/06 del 19 giugno 2008, la Corte di giustizia ha preso posizione contro un'imposizione volta ad accertare il rispetto delle intese contenute in un accordo collettivo in materia di riposo settimanale con modalità che si estrinsecavano in un'indebita restrizione alla libera circolazione dei prestatori di servizi.

Resta, comunque, scoperta la situazione, in realtà ancora più rilevante, delle notevoli discrasie, che si riverberano sui costi di produzione, in conseguenza del quadro normativo presente negli ordinamenti dei diversi Stati membri quando la produzione, specialmente quella industriale, si realizzi in loco.

Inoltre, indipendentemente dal fenomeno delle produzioni nazionali, assistiamo, ancora oggi, al fenomeno della ri-dislocazione nell'ambito dell'Unione europea della produzione industriale in contesti più favorevoli, proprio al fine di abbattere i costi di realizzazione dei prodotti, da parte di società che hanno la loro origine e sede storica in Stati dotati di un quadro normativo particolarmente esigente e, di conseguenza, oneroso[30].

Infatti, non vi è dubbio, che il rispetto di standard minimi di tutela nei diversi ambiti rilevanti (specialmente, ma non solo, in quello della sicurezza sul luogo di lavoro) produce a carico delle imprese significativi e non trascurabili costi aggiuntivi indiretti.

[30] Recenti notizie di cronaca evidenziano come la tendenza a delocalizzare la produzione da parte di grandi gruppi industriali nell'ambito dell'Unione europea sulla base della convenienza economica legata alla riduzione dei costi di lavoro permanga ancora oggi. Così, se nel 1997 è venuta agli onori della cronaca la vicenda della chiusura dello stabilimento Renault di Vilvoord in Belgio a favore di un maggiore sforzo produttivo in Spagna, oggi si discute dell'eventualità della chiusura dello stabilimento FIAT di Termini Imerese, bilanciato dal potenziamento della produzione degli stabilimenti industriali a Tychy in Polonia. Per un'illustrazione specifica della situazione nell'Europa centro-orientale v. G. AJANI, *Il fenomeno del dumping sociale nei rapporti fra l'Unione europea e i Paesi dell'Europa centro-orientale*, in *Il Diritto dell'economia*, 1999, p. 21 ss.

Le differenze si riflettono non solo con riferimento al costo del singolo bene prodotto ma anche in relazione alla quantità di beni prodotti.

Il raffronto della produzione, su base annua, di autovetture negli stabilimenti di uno stesso gruppo, dislocati in diversi Stati europei, evidenzia, per esempio, la significativa disparità del numero complessivo di unità prodotte (al di là del costo di produzione della singola autovettura)[31]. Tale disparità trova una sua giustificazione in conseguenza (almeno in parte) della durata dell'orario di lavoro e delle pause durante lo stesso, del numero di giorni riservati alle ferie, dell'estensione del periodo di aspettativa per maternità e di assistenza alla prima infanzia o per motivi di studio e così via. In breve, è dettato da un livello di standard di tutela, più o meno alto, di alcuni tra i diritti primari dei lavoratori.

Del resto, allargando ulteriormente la prospettiva, si potrebbe evidenziare come alcuni costi indiretti nella fase della produzione (o della prestazione del servizio) sono la conseguenza della positiva intromissione, in ambito lavorativo, della tutela prestata a favore di diritti fondamentali che, evidentemente, esistono, e vanno tutelati, autonomamente e indipendente da tale realtà, come, per fare solo alcuni esempi, nel caso della maternità e dell'istruzione primaria.

Naturalmente, una diversa intensità di salvaguardia in tali settori si riflette nella formulazione delle norme poste espressamente a tutela dei diritti dei lavoratori con ciò rafforzando ulteriormente le differenze tra i sistemi e la competizione tra essi.

A questo proposito, può valere la pena sottolineare come il lavoratore, nel raffronto dei sistemi di tutela, trovi naturalmente la sua ideale collocazione nell'ordinamento in cui il livello di salvaguardia sia il più alto in assoluto a condizione, però, che, in ragione della spietata competizione praticata nel mercato unico, ciò non si traduca … nella perdita del posto di lavoro (perché, in tale evenienza, verrebbe meno, evidentemente, lo *status* stesso di lavoratore).

I profili appena delineati e sommariamente trattati con riferimento a quanto accade all'interno dell'Unione europea sono gli stessi che ritroviamo, notevolmente potenziati, al di fuori di essa.

La circostanza è tanto nota quanto pacifica e deriva dall'esistenza di differenze ancora molto significative in termini di tutela dei diritti fondamentali non solo del lavoratore ma, più in generale, della persona umana nei diversi Stati.

Di conseguenza, i riflessi economici di tali differenze, in termini sia di costi di produzione sia di incentivazione al trasferimento dell'attività

[31] Dati messi a disposizione dalla FIAT S.p.a.

produttiva negli ordinamenti meno esigenti, sono, con ogni evidenza, considerevolmente superiori.

Per altro verso, abbiamo già sommariamente riferito nel precedente paragrafo delle fonti internazionali e della loro (limitata) capacità precettiva in materia di salvaguardia dei diritti fondamentali dei lavoratori.

Non ci resta, allora, che proporre alcune sintetiche riflessioni sulla ampiamente nota e dibattuta questione della possibilità di gestire l'esistenza di queste differenze, e dei vantaggi comparativi che esse recano a determinati Stati, con strumenti legittimi e compatibili con l'appartenenza ad organizzazioni internazionali a carattere economico, a cominciare dall'Organizzazione Mondiale del Commercio (OMC).

Non è qui il caso di soffermarci sul fondamento giuridico e di ripercorrere lo sviluppo del dibattito sul *dumping* sociale a livello mondiale[32].

Neppure ci sembra necessario riprendere le posizioni espresse in dottrina rispetto alla possibilità di ricorrere alle norme del GATT 1994 per autorizzare il ricorso a misure restrittive del commercio internazionale sulla base delle eccezioni stabilite dall'art. XX lett. a (tutela della moralità pubblica), b (protezione della salute e della vita delle persone), e (beni fabbricati nelle prigioni), perché ampiamente note, anche se non recepite nella prassi decisoria dei *panels* e dell'Organo d'appello dell'OMC[33].

Gli organi deputati alla soluzione delle controversie tra gli Stati membri dell'OMC si sono attenuti, infatti, ad un approccio rigoroso che esclude un'applicazione delle norme richiamate nel settore qui preso in considerazione non solo in ossequio all'oggettiva assenza di fondamento giuridico esplicito (salvo il caso limite del riferimento ai beni fabbricati dai prigionieri) ma, più in generale, rifacendosi all'approccio interpretativo che nega, anche con riferimento ad altri settori rilevanti come quello della tutela dell'ambiente e degli animali in via di estinzione, le modalità seguite per la preparazione/fabbricazione/coltivazione/allevamento/pesca del bene in questione.

Tale scelta interpretativa nasce dall'implicito (e, per certi versi, comprensibile anche se non condivisibile) convincimento che, diversamente operando, essi avrebbero scoperchiato il classico vaso di Pandora. Infatti, proprio come nel caso del racconto tramandato da Esiodo, non

[32] In argomento esiste ormai un'ampia produzione scientifica italiana e straniera. L'opera monografica più recente e completa è quella, già citata, di C. DI TURI, *op. cit.*, che contiene anche un'ampia bibliografia alla quale facciamo rinvio.

[33] Per una ricognizione di tali problemi interpretativi sia consentito rinviare a M. VELLANO, *Full Employment and Fair Labour Standards in the Framework of the WTO*, in P. MENGOZZI (ed.), *International Trade Law on the 50th Anniversary of the Multilateral Trade System*, Milano, 1999, p. 379 ss.

tarderebbero a venire in evidenza tutti i mali del mondo e tra essi quelli che caratterizzano, in almeno alcuni degli Stati membri dell'OMC, le condizioni di fabbricazione delle merci e della prestazione dei servizi.

Del resto, nonostante il tentativo di alcune delegazioni di Stati particolarmente attenti (o interessati) ai *core labour standards*[34], non è stato possibile, ad oggi, anche solo porre ufficialmente all'ordine del giorno dei negoziati multilaterali, nella cornice dell'OMC, l'inserimento, nell'ambito degli accordi vincolanti per gli Stati membri, di un'apposita clausola sociale che preveda, e disciplini, la possibilità dell'adozione di misure compensative, sul modello di quelle comunemente utilizzate nel caso del *dumping* tradizionale[35], o decisamente restrittive rispetto all'importazione dei prodotti interessati.

L'opposizione, in particolare, degli Stati emergenti e, più in generale, di tutti gli Stati non occidentali (o allineati su posizioni occidentali) a una tale eventualità è netta e risoluta. Al punto che anche un invito ad una auspicata e abbastanza generica più stretta collaborazione tra l'OMC e l'OIL, in tema di verifica del rispetto delle Convenzioni internazionali in materia, è rimasto, nei fatti, senza seguito concreto e tale rimarrà, con ogni probabilità, nel prossimo futuro[36].

Per altro verso, l'OIL non ha mutato il suo tradizionale approccio che ha tenuto distinto il tema del rispetto delle Convenzioni adottate nel suo ambito a tutela dei diritti dei lavoratori e il commercio e si è limitata ad affidare la questione, nemmeno *ex professo*, ad una Commissione di esperti che ha prodotto, nel 2004, un rapporto, meramente ricognitivo e in parte propositivo, intitolato "*A Fair Globalization: Creating Opportunities for All*"[37].

[34] Tra esse ricordiamo, in particolare, la delegazione degli Stati Uniti che già a Marrakech, in occasione della firma dell'accordo istitutivo dell'OMC e dei relativi allegati, aveva cercato, invano, di aprire il dibattito sul tema. Anche la Commissione europea ha preso posizione e ha manifestato, in più di un'occasione, la sua intenzione di affrontare, nella cornice dell'OMC, la delicata questione. Si veda, in proposito, la comunicazione della Commissione intitolata "Promozione delle norme fondamentali del lavoro e miglioramento della *governance* sociale nel quadro della globalizzazione", COM 2001 (416) del 18 luglio 2001.

[35] È appena il caso di ricordare che la pratica del *dumping* consiste nella vendita di un prodotto ad un prezzo inferiore a quello considerato, in base a parametri oggettivi, normale.

[36] Si veda quanto contenuto nel documento WT/GC/W/382, *WTO'forward Work Program: proposed establishment of a working group on trade and labour* e WT/GC/W/383, *Proposals for a joint ILO/WTO standing working forum on trade, globalization and labour issues*, entrambi del 1999. Questi auspici fanno seguito alla Dichiarazione assunta al termine dei lavori della Conferenza ministeriale, tenutasi a Singapore nel 1996, dell'OMC.

[37] Il rapporto è consultabile a partire dal sito *www.ilo.org*.

In breve, permangono fiere resistenze a legare giuridicamente il tema del rispetto di standard lavorativi minimi alle regole, e alla verifica del loro rispetto, del commercio internazionale.

3.2. Segue. *In relazione alla protezione dei consumatori*

Il rapporto tra la tutela del consumatore e le regole del libero esplicarsi del commercio all'interno dell'Unione europea appare, ad una ricognizione generale, non conflittuale o, comunque, non certamente ai livelli del contrasto effettivo, ovvero anche solo potenziale, in precedenza analizzato per quanto riguarda gli standard lavorativi e il loro rispetto.

Tale constatazione si spiega, almeno in parte, sulla base di alcune ragioni concorrenti. La tutela dei consumatori si realizza sotto profili e in settori molto diversi tra loro ed è percepita, in ogni caso, come baluardo a salvaguardia, contemporaneamente, dei singoli e della collettività. Del resto, la categoria dei consumatori coincide con quella dell'intera popolazione dell'Unione europea posto che ciascun cittadino, per il solo fatto di vivere, consuma, quanto meno, i generi di prima necessità. Sempre, per astrazione generale, una disciplina che individui standard minimi di tutela del consumatore rispetto, in particolare, alla sua salute e alla sua sicurezza, piuttosto che al suo diritto di essere debitamente informato, non può che essere accolta positivamente.

È pacifica la convinzione che l'approccio sistematico e organizzato per l'adozione di una legislazione dell'Unione europea, al contempo generale e specifica, con al centro la tutela del consumatore trovi i suoi maggiori sostenitori negli Stati nord-europei (a cominciare da quelli scandinavi) ma, come testimoniato da quanto affermato nel Libro verde, predisposto dalla Commissione europea, sulla revisione dell'*acquis* relativo ai consumatori, adottato l'8.2.2007, è oggi tangibile e diffuso un generalizzato consenso sull'opportunità di un potenziamento della politica a tutela dei consumatori. Anche perché la contrapposizione tende a polarizzarsi tra imprese produttrici e associazioni a difesa dei consumatori in modo trasversale attraverso gli Stati[38].

La situazione è decisamente diversa al di fuori dell'Unione europea. Sul piano internazionale la stessa figura del consumatore non è, del resto, pacificamente accolta e non trova una disciplina sistematica in fonti

[38] Per un riferimento a un caso specifico ma con implicazioni di carattere generale cfr. P. ACCONCI, *La libera circolazione dei prodotti alimentari di origine animale e dei medicinali veterinari nel mercato interno comunitario: tra tutela della salute dei consumatori e tutela degli interessi dei produttori operanti come gruppo "internazionale" di società*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1999, p. 1191 ss.

di diritto internazionale a carattere cogente, salvo che, come vedremo, in trattati bilaterali.

Tra le fonti internazionali non cogenti, a livello universale, abbiamo già ricordato le *Guidelines for Consumer Protection*, approvate dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite nel 1985 e successivamente aggiornate nel 1999.

Non sono mancate nell'ambito di organizzazioni, o semplici associazioni, di Stati, a carattere prevalentemente economico, elaborazioni, generali e settoriali, di linee guida a favore della tutela del consumatore nel quadro di contesti tipicamente commerciali. Particolarmente attiva, in questo senso, si è dimostrata l'OCSE che, soprattutto a partire dal 1999 in poi, ha elaborato diverse *Guideline*s riferite a una pluralità di settori e così in tema di *Eletronic Commerce* (1999); *Fraudulent and Deceptive Commercial Practices Across Borders* (2003); *Consumer Dispute Resolution and Redress* (2007); *Communication Service* (2008) e *Mobile Commerce* (2008) ma esempi di *Guidelines* si rinvengono anche altrove, per esempio nei *Voluntary Online Consumer Protection Principles* (2007) elaborati in seno all'*Asia Pacific Economic Cooperation* (APEC).

Le persistenti resistenze all'adozione di una convenzione, con portata generale e vincolante, dedicata alla tutela dei diritti dei consumatori in un contesto a vocazione universale sono chiaramente riconducibili agli Stati emergenti, forti esportatori di merci destinate a largo consumo (tanto nel settore agricolo quanto in quello industriale).

Ancora una volta, ed in modo analogo a quanto già rappresentato con riferimento all'eventuale imposizione del rispetto di standard a tutela dei lavoratori, si teme che una legislazione mirata al rispetto di standard minimi individuati per dare tutela ai consumatori nasconda, in modo surrettizio, il tentativo di abbattere (o ridurre) le capacità competitive degli Stati emergenti nelle loro esportazioni verso gli Stati caratterizzati da un livello economico-sociale elevato e quindi con cittadini fortemente propensi al consumo (spesso all'eccesso).

La questione è, in realtà, più complessa e variegata rispetto a quella che interessa gli standard lavorativi e, a differenza di quella, potrà essere affrontata (e forse) risolta in sede all'OMC. Con ogni probabilità, la soluzione rispetto alle opposte posizioni si rinviene, in primo luogo, nella ricostruzione e nel rilievo che assume il diritto del consumatore ad essere informato rispetto a ciò che consuma (*in primis* gli alimenti e i farmaci) e che utilizza e riceve (*in primis* i prodotti e i servizi) nel presupposto che egli possa maturare le sue scelte consapevolmente e a ragion veduta. Il diritto, in sostanza, ad un'informazione chiara, precisa e completa. Po-

sto che tutti gli Stati sono disposti a riconoscere l'esistenza di tale diritto, vi sono Stati che chiedono che sia garantita una informazione estesa e quelli, per ora in maggioranza, che vorrebbero circoscriverla e, in particolare, evitare informazioni non direttamente connesse al prodotto o al servizio in sé (escludendo persino l'indicazione del luogo di origine).

Se il tema del rispetto degli standard lavorativi è stato, come si è visto, lasciato fuori dall'OMC praticamente sotto ogni profilo, ben diversa è la situazione per ciò che riguarda il diritto dei consumatori ad essere informati. Non manca, a questo riguardo, una certa casistica, anche se non copiosa, nell'ambito del sistema di soluzione delle controversie di cui pare utile, sia pure sinteticamente, dare conto[39].

Anche nel caso in esame, il tema non può che essere affrontato a partire da uno dei granitici capisaldi del sistema multilaterale che amministra il commercio mondiale di beni e servizi, vale a dire, l'assunto secondo il quale lo Stato non è autorizzato a prendere le sue decisioni in merito all'importazione di un determinato prodotto sulla base di altri elementi che non siano intrinsecamente presenti nel prodotto stesso (secondo la nota tesi dell'irrilevanza del processo produttivo ai fini considerati)[40].

Tenuto conto di tale impostazione sono stati censurati i provvedimenti di restrizione unilaterale posti in essere dagli Stati sulla base di fattori esogeni rispetto al prodotto in sé ma, come vedremo, è stata ammessa la possibilità per gli Stati di imporre, in modo non discriminatorio e senza dissimulare una restrizione all'importazione, sintetiche ma rilevanti informazioni destinate al consumatore anche non immediatamente inerenti ai «*products as such*».

L'apertura alla possibilità di informare i consumatori si è realizzata

[39] Cfr. anche E. BARONCINI, *Il diritto di informazione del consumatore nel GATT 1994 e nell'Accordo TBT: l'approccio dell'Unione Europea*, in G. VENTURINI, G. COSCIA, M. VELLANO, *Le nuove sfide dell'OMC a dieci anni dalla sua istituzione*, Milano, 2005, p. 287 ss. e, in termini più generale, Id., *L'articolo XX GATT e i metodi di produzione non collegati ai prodotti*, in L.S. ROSSI (a cura di), *Commercio internazionale sostenibile? WTO e Unione Europea*, op. cit., p. 51 ss.

[40] Tesi approfondita ed esemplificata in HUDEC, *The Product-Process Doctrine in GATT/WTO Jurisprudence*, in BRONCKERS, QUICK (eds), *New Directions in International Economic Law*, Dordrecht, 2000, 192 ss. «if the product itself meets all the requirements of the importing country, it will be admitted to the market». L'attualità di tale questione è testimoniata dal numero di controversie che vengono portate davanti al sistema di soluzione delle controversie dell'OMC ancora recentemente. Tra queste segnaliamo quella, ancora in discussione, *DS400 EC – Measures Prohibiting the Importation and Marketing of Seal Products* in cui l'Unione europea è stata chiamata in causa dal Canada (novembre 2009) con la richiesta di consultazione rispetto al regolamento n. 1007/2009 del 16.9.2009 sul commercio di prodotti derivati dalla foca e sulle misure conseguenti. Si rinvia, per ulteriori considerazioni in proposito, a *infra*.

già in vigenza del GATT 1947 e si può leggere in almeno due celebri *reports*, quello dedicato alla controversia sull'importazione di sigarette in Thailandia[41] e quello (il primo) che ha affrontato la nota vicenda della pesca del tonno messicano con modalità penalizzanti per i delfini[42]. Nel primo dei due casi citati[43] il *panel*, in modo incidentale, sottolinea come sarebbe stato possibile legittimamente perseguire l'obiettivo della lotta al tabagismo, invece che con un divieto secco di importazione delle sigarette, con un sistema di etichette in grado di informare il consumatore dei pericoli per la sua salute derivanti dal consumo delle sigarette in questione. Nel secondo caso, il *panel* ha accertato la compatibilità rispetto alle disposizioni GATT della norma statunitense che disciplinava l'apposizione del marchio *Dolphin-Safe* per contraddistinguere le scatolette di tonno pescato con modalità non pregiudizievoli per la vita dei delfini nel Golfo del Messico[44]. Specialmente in questo secondo caso, è emerso con evidenza la legittimità di informare (indirettamente) il consumatore su aspetti non intrinsecamente riferiti al prodotto in sé (il tonno) bensì riferiti alle modalità di pesca dello stesso (senza pregiudizio per i delfini).

L'ampiezza e i contorni del diritto dei «consumers to be fully and accurately informed» sono stati ulteriormente definiti, spesso incidentalmente, anche successivamente all'entrata in vigore dell'accordo istitutivo dell'OMC in altrettanti celebri *reports* di *panels* e/o dell'Organo d'appello. Tra i più noti, ricorderemo quello sulla complessa vicenda della carne agli ormoni[45], quello sui prodotti contenti amianto[46], quello in materia di importazione di sardine[47]. In particolare, in quest'ultimo caso, l'Organo d'appello ha riconosciuto espressamente che tra i diritti meritevoli di tutela delle norme amministrate dall'OMC rientra quello del consumatore di essere adeguatamente e puntualmente informato.

[41] DS10/R*, Thailand – Restrictions in Importation of and Internal Taxes on Cigarettes* del 7.11.1990 in *BISD* 37S/200.

[42] *United States – Restrictions on Imports of Tuna* del 16.8.1991 (non adottato), in *ILM*, 1991, p. 1594 ss.

[43] Per maggiori dettagli si rinvia a E. BARONCINI, *Il diritto di informazione del consumatore nel GATT 1994 e nell'Accordo TBT: l'approccio dell'Unione Europea*, cit., p. 297 ss.

[44] Come noto, sebbene il *report* contenesse statuizioni favorevoli al Messico e di condanna del divieto di importazione del tonno messicano da parte degli Stati Uniti, il Messico non richiese la formale adozione del *report* da parte delle Parti Contraenti.

[45] WT/DS26-48/AB/R, *EC – Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones)* del 16.1.1998.

[46] WT/DS135 *EC – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containining Products* del 28.5.1998.

[47] WT/DS231/AB/R, *EC – Trade Description of Sardines* del 26.9.2002.

Suscitano particolare interesse e attesa due casi, attualmente pendenti davanti al sistema di soluzione delle controversie dell'OMC e non ancora definiti.

Il primo porta all'attenzione del *panel*, costituito il 14 dicembre 2009, la già richiamata vertenza che contrappone il Messico agli Stati Uniti ancora con riferimento all'apposizione del marchio *Dolphine-Safe* e lamenta una perdurante discriminazione nei confronti del tonno messicano[48]. Il secondo caso, iniziato dal Canada (e da altri Stati) contro gli Stati Uniti riguarda una norma del luglio del 2008, il *Farm Bill*, che è intervenuta in materia di etichettatura di prodotti alimentari stabilendo la necessità di indicare lo Stato di origine dei prodotti[49]. Ciò che è stato censurato dai ricorrenti, in questa specifica vertenza, riguarda, in particolare, la disposizione che subordina il rilascio di una particolare etichetta destinata ad essere apposta sulle confezioni di carne di bovino e di suino che ne attesta l'origine statunitense a condizione che gli animali, da cui proviene la carne, siano nati, cresciuti e macellati negli Stati Uniti[50]. Secondo la ricostruzione offerta dal Canada tale norma sarebbe illegittima perché violerebbe una pluralità di disposizioni di accordi amministrati dall'OMC a cominciare da quello sul divieto di un trattamento meno favorevole rispetto a quello riservato ai prodotti nazionali[51].

È una fattispecie in cui il diritto all'informazione del consumatore sarà certamente dibattuto e, forse, meglio individuato di quanto non sia accaduto finora.

Si è, invece, già conclusa con un rapporto del *panel* un'altra nota controversia, questa volta incentrata sulla tutela preventiva della salute e, solo indirettamente, sul diritto del consumatore ad essere informato. Si tratta della vertenza sulle misure relative all'approvazione e al commercio di organismi geneticamente modificati[52] che si è chiusa con

[48] In realtà, il Messico non sembrerebbe mettere in discussione la legittimità del marchio in sé ma la circostanza che esso non venga apposto sulle scatolette di tonno messicano pur in presenza del rispetto delle norme previste dall'apposita legge statunitense. Caso *DS 381 United States – Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products*.

[49] Si tratta del caso *DS384 United States – Certain Country of Origin Labelling (COOL) Requiremens*.

[50] Il 19.11.2009 è stato istituito il *panel* deputato ad occuparsi e decidere il caso in questione e il procedimento è attualmente in corso.

[51] Le norme violate sarebbero, secondo il Canada, gli artt. III.4, IX.4, X.3 del GATT 1994; l'art. 2 dell'accordo sul divieto di ostacoli tecnici e l'art. 2 dell'accordo sulle regole di origine.

[52] *EC- Measure Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products* (DS291), rapporto del *panel* del 29.6.2006. Tra i molti commenti in dottrina segnaliamo quello di A. GIANSANTI, *La tutela di interessi non economici nel sistema OMC*, Napoli,

l'accertamento dell'illegittimità di alcune misure restrittive poste in essere dall'Unione europea perché non debitamente sorrette da evidenza scientifica ma facendo salvo il diritto dei consumatori ad essere informati sotto il profilo considerato.

Ad oggi, e salvo quanto sarà puntualizzato in futuro, siamo portati a ritenere che sia compatibile con il sistema di libero commercio garantito dall'OMC non solo il diritto all'informazione con riferimento al prodotto in sé ma anche a significativi aspetti che ne caratterizzino la produzione (ad esempio, utilizzo di OGM) o facciano riferimento al suo luogo di provenienza.

Alla base di questo convincimento è posta la libertà del consumatore di orientarsi nella scelta di acquisto, evidentemente ispirato da sentimenti e/o da esigenze personalissime, come egli meglio ritenga [53]. Del resto, l'Organo d'appello, nel celebre caso *EC- Asbestos*[54], ha basato la sua interpretazione dell'articolo III.4 del GATT 1994 di prodotto simile prendendo in considerazione, come fattore decisivo, le abitudini del consumatore le quali, evidentemente, debbono potersi formare sulla base di informazioni chiare e complete con riferimento al prodotto stesso[55].

Per questo suscita non poche perplessità il regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio n. 1007/2009[56] del 16 settembre 2009 sul commercio dei prodotti derivanti dalla foca con il quale l'Unione europea, invece che ricorrere all'imposizione di etichette che dettagliassero la provenienza di un determinato prodotto dalla foca (eventualmente con la precisazione che la caccia alla foca era stata condotta secondo metodi tradizionali praticati dagli Inuit o da altre comunità indigene o meno) ha inteso porre un divieto secco di immissione nel mercato (salvo alcune deroghe molto restrittive) di prodotti derivanti da questo animale. Alla luce di questa scelta, l'esito del procedimento di soluzione della controversia, subito iniziato dal Canada nei confronti dell'Unione europea, attualmente pendente innanzi all'OMC, sarà, a nostro giudizio, molto verosimilmente favorevole al ricorrente[57].

2008, p. 192 ss. Si veda anche A. ODDENINO, *Soluzione delle controversie nell'OMC e valori non commerciali*, in A. COMBA, *Neoliberismo internazionale e Global Economic Governance*, Torino, 2008, p. 153 ss.

[53] Sentimenti ed esigenze che in un bilanciamento soggettivo di pro e contro conducano alla scelta finale in modo consapevole e libero.

[54] Caso WT/DS135 *EC – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products*. Cfr. Il rapporto dell'Organo d'appello WT/DS135/AB/R del 12.3.2001.

[55] Sul punto si rinvia alle considerazioni di C. DORDI, *La discriminazione commerciale nel diritto internazionale*, 2002, p. 171 ss.

[56] Pubblicato in GU L 286 del 31.10.2009, p. 36 ss.

[57] Si tratta del caso *DS 400 EC – Measures Prohibiting the Importation and Marketing of Seal Products* del 2.11.2009 e attualmente pendente. E' interessante notare

4. Il tentativo dell'Unione europea di estendere a Stati terzi il contenuto e la portata della sua protezione nei confronti dei lavoratori e dei consumatori: resistenze e collaborazioni

L'Unione europea ha ripetutamente posto in sede multilaterale i temi del rispetto di standard minimi di tutela per quanto riguarda i diritti sia dei lavoratori sia dei consumatori ma, come si è visto, la resistenza attuata dagli Stati emergenti a trattare e disciplinare in modo cogente i due ambiti ha fortemente limitato, se non del tutto impedito, il raggiungimento di risultati significativi, duraturi e tangibili.

Pur non rinunciando a riproporre la necessità di affrontare e risolvere le questioni nel contesto multilaterale e con specifico riferimento all'OMC, l'Unione europea ha, parallelamente, condotto una sua politica, su entrambi i versanti, in sede di accordi bilaterali o multilaterali ma senza vocazione universale.

Per quanto riguarda, in particolare, il rispetto di standard minimi nell'attività lavorativa, l'Unione europea si è attenuta nel tempo, nell'ambito delle sue relazioni commerciali con gli Stati emergenti, ad un *carrot-and-stick approach* basato, da un lato, sulla richiesta dell'incondizionato rispetto dei diritti fondamentali primari (ad esempio, divieto del lavoro forzato, come enunciato nelle Convenzioni nn. 29 e 105 dell'OIL) e, dall'altro lato, nell'offerta di trattamenti tariffari preferenziali a fronte del documentato rispetto di altri diritti fondamentali più "sofisticati" (ad esempio, la libertà di associazione sindacale e la libertà di contrattazione collettiva, come tutelate dalle Convenzioni nn. 87 e 98 dell'OIL).

In particolare, con il regolamento (CE) n. 732/2008 del Consiglio, del 22 luglio 2008, relativo all'applicazione di un sistema di preferenze tariffarie generalizzate per il periodo dal 1 gennaio 2009 al 31 dicembre 2010[58], l'Unione europea ha, come noto, varato un sistema di incentivazione per lo sviluppo e il buon governo che subordina un regime tariffario doganale particolarmente favorevole su una serie importante di prodotti a condizione che i singoli Stati interessati abbiano ratificato «ed ef-

come nei considerando del regolamento in questione venga fatto riferimento alla possibilità di ricorrere, per raggiungere lo scopo perseguito (quello di limitare al minimo le sofferenze inflitte alle foche) ad un sistema di etichettatura. Tale opzione viene lasciata cadere principalmente perché rappresenterebbe un notevole onere a carico degli operatori economici e un costo sproporzionato nei casi in cui i prodotti derivati dalla foca rappresentano solo una parte minore del prodotto in questione.

[58] Il regolamento richiamato modifica i regolamenti (CE) n. 552/97 e (CE) n. 1933/2006 e i regolamenti della Commissione (CE) n. 1100/2006 e (CE) n. 964/2007 ed è pubblicato in GU L 211 del 6.8.2008, p. 1 ss.

fettivamente applicato» (accettando controlli a tale scopo effettuati) alcune convenzioni, ritenute fondamentali, rispetto alla tutela dei diritti umani e, per quanto qui interessa particolarmente, dei diritti dei lavoratori[59]. L'effettività del meccanismo di controllo di rispetto delle convenzioni indicate dal regolamento appena richiamato è provata dai procedimenti di verifica attuati dall'Unione europea. In un caso (quello rispetto alla Repubblica dello Sri Lanka)[60] il procedimento si è concluso con la sospensione del regime tariffario favorevole e in un altro (quello rispetto alla Repubblica di El Salvador)[61], dedicato proprio all'accertamento dell'osservanza della Convenzione OIL n. 87 sulla libertà sindacale, ha portato a rimediare la situazione di illegittimità che si era venuta a creare.

Vi sono poi gli accordi, su base bilaterale, conclusi dall'Unione europea con singoli Stati dove è espressamente menzionata la tutela dei diritti fondamentali dei lavoratori. Non ci pare, però, utile una mera rassegna dei singoli accordi in cui viene fatta menzione dei *core labour standards* e dei meccanismi previsti per verificarne il rispetto, perché esistono, anche in questo caso, valide opere che assolvono egregiamente questa funzione[62].

Ci sembra, invece, utile, tenuto conto che si tratta di un settore meno frequentato dagli studiosi del diritto internazionale, dare, sia pure molto sinteticamente, conto degli accordi di cooperazione commerciale conclusi dall'Unione europea con diversi Stati in cui viene dato un qualche rilievo alla figura del consumatore.

Tra i più recenti si possono ricordare gli accordi di cooperazione e partenariato conclusi dall'Unione europea con il Sud Africa[63],

[59] Sono menzionate espressamente le Convenzioni OIL nn. 138; 182; 105; 29; 100; 11; 87 e 98. Inoltre, è citata la Convenzione sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione delle donne e la Convenzione sui diritti del fanciullo.

[60] Regolamento di esecuzione (UE) n. 143/2010 del Consiglio, del 15.2.2010 che revoca temporaneamente il regime speciale di incentivazione per lo sviluppo sostenibile e il buon governo previsti dal regolamento (CE) n. 732/2008 nei confronti della Repubblica democratica dello Sri Lanka.

[61] Cfr. l'avviso, ai sensi dell'articolo 19, paragrafo 2, del regolamento (CE) n. 732/2008 del Consiglio, relativo alla chiusura di un'inchiesta in merito alla protezione della libertà sindacale e del diritto sindacale nella Repubblica di El Salvador.

[62] Si rinvia, ad esempio, a A. LUCCHINI, *Cooperazione e diritto allo sviluppo nella politica esterna dell'Unione Europea*, Milano, 1999; A. PERULLI, *Diritto del lavoro e globalizzazione. Clausole sociali, codici di condotta e commercio internazionale*, Padova, 1999 e a E. RADIGHIERI, *I diritti fondamentali dei lavoratori nel commercio internazionale*, in L.S. ROSSI (a cura di), *Commercio internazionale sostenibile? WTO e Unione Europea*, op. cit., p. 97 ss.

[63] Accordo pubblicato in GU L 311 del 4.12.1999, p. 3 ss. In base all'art. 64, le Parti si impegnano ad avviare una cooperazione nel settore della politica dei consumatori

l'Egitto[64], il Pakistan[65], l'Algeria[66] e il Libano[67], che contengono appositi articoli dedicati alla politica dei consumatori e alla protezione della salute dei consumatori con un contenuto, però, eminentemente programmatico e volto a disciplinare, in particolare modo, lo scambio di informazioni (anche in vista di sistemi di allerta rapida) e un sostegno alla formazione e all'assistenza tecnica in loco. In altri casi il riferimento alla tutela dei consumatori è ancora più esiguo e merita poco più di una citazione (è il caso dell'accordo con l'Africa centrale)[68].

Viceversa, il vincolo è decisamente più preciso e stringente nel caso di accordi conclusi tra l'Unione europea e Stati europei o prossimi all'Europa come, accaduto recentemente, con l'Accordo di associazione con l'Albania[69] e con l'Accordo di partenariato con la Repubblica del Tagikistan[70]. Nel primo caso, in base all'articolo 76, le parti contraenti si

e della protezione della loro salute, perseguendo, tra l'altro, i seguenti obiettivi: a) realizzare sistemi di informazione reciproca sui prodotti pericolosi vietati sui rispettivi territori; b) informare meglio i consumatori, soprattutto in materia di prezzi, di caratteristiche dei prodotti e di prestazione di servizi; c) aumentare la compatibilità delle politiche e dei sistemi di tutela dei consumatori; d) notificare reciprocamente l'applicazione delle leggi in materia e collaborare nelle inchieste sulle politiche commerciali pericolose o sleali.

[64] Accordo pubblicato in GU L 304 del 30.9.2004, p. 39 ss. In base all'articolo 61, la cooperazione in questo campo dovrebbe cercare di rendere compatibili i sistemi di tutela dei consumatori dell'Unione europea e dell'Egitto e così migliorare la compatibilità delle legislazioni in materia onde evitare gli ostacoli al commercio, istituire e sviluppare sistemi di reciproca informazione sui prodotti alimentari e industriali pericolosi e attuare programmi di formazione e assistenza tecnica.

[65] Accordo pubblicato in GU L 378 del 23.12.2004, p. 23 ss. In base all'art. 6, lett. a) le parti si impegnano a creare in Pakistan un contesto economico favorevole alla competitività, agevolando l'accesso al know-how e alla tecnologia comunitari, anche a livello di progettazione, imballaggio e norme, quali le norme a tutela dei consumatori.

[66] Accordo pubblicato in GU L 265 del 10.10.2005, p. 2. In base all'art. 65 le Parti si impegnano a cercare di rendere compatibili i loro sistemi di tutela dei consumatori anche attraverso una serie di misure concrete volte a dare sostegno e assistenza all'Algeria in questo strategico settore di tutela.

[67] Accordo pubblicato in GU L 143 del 30.5.2006, p. 2. Le disposizioni contenute nell'art. 58 sono analoghe a quelle, ricordate nella nota precedente, contenute nell'art. 65 dell'accordo con l'Algeria.

[68] Accordo pubblicato in GU L 57 del 28.2.2009. Il riferimento agli interessi dei consumatori è limitato, nel caso specifico, alle modalità di trattamento dei dati personali.

[69] Accordo pubblicato in GU L 107 del 28.4.2009, p. 166 ss. In base all'art. 76, denominato tutela dei consumatori, le Parti contraenti si impegnano a garantire «una politica attiva di protezione dei consumatori, conforme alla normativa comunitaria; l'armonizzazione della legislazione albanese in materia di protezione dei consumatori; un'efficace protezione giuridica dei consumatori per migliorare il livello qualitativo dei beni di consumo e osservare requisiti di sicurezza adeguati; un controllo delle norme da parte di organismi competenti e l'accesso alle istanze giudiziarie in caso di controversia».

[70] Accordo pubblicato in GU L 350 del 29.12.2009, p. 3 ss. In base all'art. 62, dedicato alla tutela dei consumatori, la cooperazione tra le Parti contraenti può comprendere

impegnano a collaborare «per allineare le norme dell'Albania in materia di tutela dei consumatori» a quelle dell'Unione europea. Nel secondo caso, in base all'articolo 62, l'Unione europea e la Repubblica del Tagikistan si obbligano a cooperare strettamente «per rendere compatibili i rispettivi sistemi di tutela dei consumatori». È evidente la diversa portata degli impegni presi nei due casi: nel primo l'Albania dovrà portare il suo sistema di tutela in conformità a quello vigente nell'Unione europea, nel secondo, si cercherà, su un piano di reciprocità, una «compatibilità» tra i due sistemi (destinati a rimanere uno diverso dall'altro).

Maggiore rilievo pratico assumono, comunque, le disposizioni contenute in accordi conclusi dall'Unione europea con Stati terzi in settori commerciali specifici. In questi casi, infatti, le misure di tutela dei consumatori sono dettagliate e viene preso l'impegno di renderle compatibili, se non uniformi, con modalità concordate e tempi preventivati (ad esempio, recentemente, nel settore del commercio del vino negli accordi con gli Stati Uniti e con l'Australia)[71].

5. Conclusioni: l'esperienza di sintesi e di mediazione elaborata nell'ambito dell'Unione europea è riproponibile a livello mondiale?

A conclusione di questa indagine possiamo affermare che il livello di tutela garantito nell'Unione europea, tanto sul versante dei diritti dei lavoratori quanto su quello dei diritti dei consumatori, è certamente alto e persino superiore, in alcuni casi, rispetto a quello richiesto come minimo dalle fonti normative internazionali.

Specialmente nel settore della tutela dei diritti dei consumatori l'Unione europea ha elaborato una normativa cogente all'avanguardia rispetto ad una molteplicità di settori, con particolare riferimento alla sicurezza degli individui, e, più in generale, attuando qualsiasi politica e attività in modo coerente rispetto alle esigenze dei consumatori (così

«scambi di informazioni sull'elaborazione delle leggi e sulla riforma istituzionale, la creazione di sistemi permanenti di informazione reciproca sui prodotti pericolosi, il miglioramento dell'informazione fornita ai consumatori, in particolare per quanto riguarda i prezzi, le caratteristiche dei prodotti e i servizi offerti, lo sviluppo degli scambi tra coloro che rappresentano gli interessi dei consumatori, una maggiore compatibilità delle politiche dei consumatori, l'organizzazione di seminari e cicli di formazione».

[71] Accordo con gli Stati Uniti sul commercio del vino, in GU L 87 del 24.3.2006, p. 2 ss.; accordo con l'Australia sul commercio del vino in GU L 28 del 30.1.2009; accordo con la Repubblica di Serbia in merito al riconoscimento, alla protezione e al controllo reciproci delle denominazioni di vini, bevande spiritose e vini aromatizzati in GU L 28 del 30.1.2010.

come prescritto dall'art. 12 del TFUE). Il confronto tra tale produzione normativa, ricca, estesa e vincolante rispetto a quanto elaborato in sede multilaterale internazionale (essenzialmente, come si è visto, *Guidelines* non vincolanti) è di per sé più che eloquente.

Nel settore della salvaguardia dei diritti dei lavoratori, l'Unione europea è molto avanti anche se, in questo caso, non mancano certo le convenzioni internazionali multilaterali, assunte nel quadro OIL, che provano un grado di elaborazione e sistemazione della materia, a livello internazionale, significativo e di alto profilo. Il positivo riscontro circa l'avvenuta ratifica di tutte le convenzioni OIL ritenute essenziali (le nn. 29, 87, 98, 100, 105, 111, 138 e 182) da parte di tutti gli Stati membri dell'Unione europea[72] non sarebbe di per sé significativa se non si accompagnasse ad una coerente produzione normativa tanto a livello di Unione europea quanto a livello nazionale. Ovviamente, permangono ancora differenze non trascurabili in termini di effettività e rapidità della garanzia dei diritti del singolo lavoratore a seconda che questo si trovi in uno piuttosto che in un altro Stato membro dell'Unione europea. Alcuni lavoratori, soprattutto gli immigrati provenienti da Stati terzi, possono, poi, trovarsi più esposti di altri a violazioni dei propri diritti. Nondimeno, sotto il profilo del rispetto dei diritti fondamentali dei lavoratori, l'Unione europea è certamente punto di riferimento avanzato e ha maturato un'esperienza che può rappresentare un modello di ispirazione in contesti multilaterali più ampi, a livello sia continentale sia, con maggiori difficoltà, universale.

Ciò che rappresenta l'aspetto più convincente del modello di elaborazione degli standard nell'ambito dell'Unione europea, con riferimento ai diritti tanto dei lavoratori quanto dei consumatori, è rappresentato principalmente, a nostro giudizio, dal riuscito bilanciamento con le esigenze del libero esplicarsi del commercio tra gli Stati membri mettendo in pratica un "commercio sostenibile"[73].

Sotto l'aspetto appena considerato, quello del bilanciamento tra i diversi interessi e le differenti esigenze in gioco, ha certamente avuto un ruolo decisivo l'attenzione per la sfera dei diritti dei consumatori, a cominciare dal diritto ad una informazione chiara e completa non solo sul prodotto in sé ma anche sul luogo di origine e, talvolta, sui processi di

[72] La verifica dello stato delle ratifiche può essere agevolmente compiuto a partire dal *database on line* dell'ILO, ILOLEX , *Database of International Labour Standards*.

[73] In proposito cfr. L.S. ROSSI, *Verso una nuova etica del commercio internazionale?* In Id. (a cura di), *Commercio internazionale sostenibile? WTO e Unione Europea*, op. cit., p. 21 ss. che già mette in risalto la possibilità, ed anzi la necessità, per l'Unione europea di farsi paladina di questa «filosofia di mercato» nel contesto multilaterale e, *in primis*, in seno all'OMC.

produzione (specialmente con riferimento ai prodotti alimentari) secondo un approccio di consumo consapevole e critico.

Non ci sembra, allora, eccessivamente azzardato, a fronte delle difficoltà ad imporre direttamente il rispetto dei diritti fondamentali dei lavoratori in virtù di norme internazionali, agire per compiere passi in avanti significativi, per così dire indotti, puntando sul pieno riconoscimento, in sede internazionale (nelle convenzioni multilaterali così come nell'OMC), di un diritto del consumatore di essere informato anche con riferimento ai processi produttivi.

Se le scelte dei consumatori, in alcuni casi assunte a livello planetario, possono facilmente orientare il successo o il fallimento di grandi industrie (specialmente in alcuni settori più esposti all'opinione pubblica), è, quanto meno, ragionevole ipotizzare che il diritto del consumatore all'informazione commerciale possa rappresentare una solida leva per contribuire a innalzare e migliorare le condizioni in cui operano i lavoratori quanto meno negli Stati c.d. emergenti. Questi ultimi, del resto, dispongono, come si è visto, di minori strumenti e argomenti giuridici per opporsi all'affermazione e all'effettiva tutela di un tale diritto all'informazione rispetto ai classici diritti riconosciuti ai lavoratori.

Si tratta, ovviamente, di un percorso complesso e certamente di medio lungo periodo ma probabilmente più vantaggioso, in termini di estensione e portata di soggetti beneficiati, di quanto garantisca il tradizionale approccio, fin qui seguito, basato sulla tutela astratta dei diritti fondamentali che prescinde, ed anzi si tiene bel lontano, da logiche di mercato.

GLI STANDARD DI TUTELA DELL'UE A CONFRONTO CON GLI STANDARD INTERNAZIONALI: LA PROPRIETÀ INTELLETTUALE

Manlio FRIGO*

SOMMARIO: 1. L'art. 17.2 della Carta dei diritti fondamentali: una nuova base giuridica per l'attività dell'Unione in materia di proprietà intellettuale? – 2. L'ampiezza della protezione e la definizione delle competenze comunitarie in materia di proprietà intellettuale. – 3. Il richiamo ai diritti fondamentali e il ruolo dell'art. 6. 1 TUE. – 4. Gli standard internazionali di protezione dei diritti fondamentali e la proprietà intellettuale: il tema della compatibilità con i diritti fondamentali e la libertà di ricerca scientifica. – 5. Conflitto o coesistenza tra tutela della proprietà intellettuale e protezione dei diritti fondamentali. – 6. Gli standard internazionali in tema di protezione della proprietà intellettuale e il rapporto con gli standard di tutela dell'Unione europea.

1. L'art. 17.2 della Carta dei diritti fondamentali: una nuova base giuridica per l'attività dell'Unione in materia di proprietà intellettuale?

Con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e l'efficacia vincolante da esso conferita alla Carta dei diritti fondamentali dall'art. 6.1 del TUE si pone il problema di determinare se il mutato quadro normativo produca effetti di qualche rilievo in ordine alla disciplina della proprietà intellettuale. Come è noto, infatti, l'art. 17.2 della Carta stabilisce che "La proprietà intellettuale è protetta". Si deve osservare al riguardo che non solo la formula utilizzata è del tutto inedita, ma anche che, più in generale, per la prima volta una norma primaria di diritto dell'Unione fa propria in modo assertivo una dichiarazione di principio in un settore fin

* Ordinario di Diritto internazionale e dell'Unione europea, Università degli Studi di Milano.

qui oggetto di un'attenzione prevalentemente strumentale rispetto a finalità di carattere diverso e più direttamente tutelate da altre norme comunitarie.

A tale riguardo due questioni preliminari vanno brevemente affrontate. Si tratta di verificare, in primo luogo, quale nozione di proprietà intellettuale viene presa in considerazione dalla norma. In secondo luogo, ci si può chiedere se sia lecito ritenere che l'art. 17.2 della Carta configuri una nuova base giuridica sulla quale fondare la tutela della proprietà intellettuale.

Per quanto attiene al primo aspetto, si deve rilevare che, pur in assenza di una definizione precisa di carattere generale, la stessa prassi normativa comunitaria fa riferimento ad una nozione ampia di proprietà intellettuale, sul modello della definizione di cui all'art. 2, § (viii) della Convenzione di Stoccolma istitutiva dell'Organizzazione Mondiale della Proprietà Intellettuale, o dell'art. 1, § 2 dell'accordo TRIP's. In attesa che la Corte di giustizia elabori una nozione autonoma di proprietà intellettuale, può dunque ritenersi che la nozione comunitaria comprenda il diritto d'autore, i marchi, i brevetti, le indicazioni geografiche, il design, le topografie e i semiconduttori, le informazioni riservate[1].

Quanto poi alla seconda questione sembra di potersi agevolmente escludere l'ipotesi che l'art. 17.2 della Carta possa davvero costituire una nuova base giuridica autonoma, anche perché il nuovo art. 6.2 TUE, dopo avere equiparato il valore della Carta a quello dei trattati, specifica altresì che "Le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati". Il che, naturalmente, vale

[1] L'assenza di una definizione di proprietà intellettuale alla stregua di un concetto generale anche nelle legislazioni nazionali costituisce un aspetto alquanto noto; v. BASEDOW, *Foundations of Private International Law in Intellectual Property*, in BASEDOW, KONO, METZGER (Eds.), *Intellectual Property in the Global Arena*, Tübingen, 2010, p. 6. Cfr. l'art. 2 (viii) della Convenzione di Stoccolma del 14 luglio 1967 che in proposito enumera una lista che "includes rights relating to literary, artistic, and scientific works; performances of performing artists, phonograms and broadcasts; inventions in all fields of human endeavour; scientific discoveries; industrial designs; trade-marks, service marks, and commercial names and designations; protection against unfair competitions and all others resulting from intellectual activity in the industrial, scientific, literary and artistic fields". Cfr. inoltre l'art. 1§ 2 Accordo sugli aspetti dei diritti di proprietà intellettuale attinenti al commercio:"Ai fini del presente accordo l'espressione "proprietà intellettuale" comprende tutte le categorie di proprietà intellettuale di cui alla Parte II, sezione da 1 a 7" "For the purposes of this Agreement, the term "intellectual property" refers to all categories of intellectual property that are subject of Sections 1 though 7 of Part II". Nella normativa comunitaria derivata v. l'art. 1 della Direttiva 2004/48 del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004 sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale, che si limita a chiarire che "… Ai fini della presente direttiva i termini "diritti di proprietà intellettuale" includono i diritti di proprietà industriale".

quanto dire che la base giuridica delle norme poste a protezione della proprietà intellettuale può essere ricavata esclusivamente da altre norme primarie del diritto dell'Unione, non potendosi far leva sulle norme della Carta per l'attribuzione di competenze diverse da quelle già presenti nei trattati.

Se dunque, sotto il profilo considerato, l'affermazione dell'efficacia vincolante della Carta non pare apportare novità clamorose, vale invece la pena di chiedersi quale sia l'ampiezza della protezione garantita alla proprietà intellettuale nell'ambito del diritto dell'Unione, alla luce dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale di questi anni, senza con ciò sottovalutare la portata dell'affermazione di principio di cui all'art. 17.2 della Carta.

2. *L'ampiezza della protezione e la definizione delle competenze comunitarie in materia di proprietà intellettuale*

L'intento di determinare l'ampiezza della tutela garantita alla proprietà intellettuale implica la necessità di affrontare il tema delle competenze attribuite all'Unione in materia dai trattati.

A tale proposito si deve subito rilevare come l'esame della prassi comunitaria mostri una notevole ricchezza di manifestazioni alle quali fanno peraltro difetto una chiarezza di fondo e soprattutto una univocità di indicazioni proprio in ordine alla questione che qui ci riguarda.

E infatti già la direttiva 2004/48 sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale, sembra attribuire un rilievo considerevole alla protezione proclamata dalla Carta, se è vero che il suo considerando 32 richiama il rispetto della Carta e del suo art. 17.2 in particolare, benché si trattasse, all'epoca, di una norma sfornita di efficacia vincolante[2].

La Corte di giustizia, inoltre, già nel parere 1/94 e poi con la sentenza *Paesi Bassi c. Parlamento Europeo* del 2001 ha ribadito non solo che "è in funzione dell'oggetto principale di un atto che occorre determinare la base giuridica sul cui fondamento esso deve essere adottato", ma anche che la Comunità dispone in materia di proprietà intellettuale di una competenza di armonizzazione delle legislazioni nazionali in virtù dell'art. 94 (vecchio art.100A) – ora 115 TFUE – e può basarsi sull'art.

[2] Cfr. Direttiva 2004/48 del 29 aprile 2004 sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale, il cui considerando 32 afferma che "La presente direttiva rispetta i diritti fondamentali e osserva i principi riconosciuti segnatamente nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Essa mira in particolare ad assicurare il pieno rispetto della proprietà intellettuale in conformità all'articolo 17, paragrafo 2, di tale Carta".

305 (vecchio 235) – ora 352 TFUE – per creare nuovi titoli che si sovrappongono a quelli nazionali[3].

Tuttavia, già il regolamento 40/94 sul marchio comunitario – richiamato dalla Corte nella sentenza di cui sopra – nei considerando, da un lato esprime la funzione sociale del regolamento medesimo e il suo carattere strumentale in relazione agli obiettivi comunitari (in particolare il buon funzionamento del mercato interno), mentre d'altro lato denuncia l'insufficienza del ravvicinamento delle legislazioni quale metodo per rimuovere "l'ostacolo della territorialità dei diritti che le legislazioni nazionali degli Stati membri conferiscono ai titolari dei marchi "e individua nell'art. 235 (ora 352 TFUE) la base giuridica in assenza di "poteri d'azione specifici"[4].

Non mancano peraltro, nella prassi normativa e giurisprudenziale comunitaria, manifestazioni di segno quasi opposto, nel senso cioè di un apprezzamento della portata e del ruolo che deve essere riconosciuto ai diritti di proprietà intellettuale nell'ambito del diritto comunitario. Così, ad esempio, la citata direttiva 2004/48 sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale afferma la necessità di assicurare l'applicazione effettiva nella Comunità del "diritto sostanziale in materia di proprietà intellettuale, oggi ampiamente parte dell'*acquis* comunitario"[5], mentre la Corte di giustizia nella sentenza *Productores de Mùsica de España (Promusicae)* e *Telefònica de España* del 2008, sottolinea, anche sulla scorta della sua precedente giurisprudenza, il carattere di principio generale del diritto

[3] Cfr. Parere 1/94 del 15 dicembre 1994, in *Racc giur. Corte*, 1994, p. I-5627 e Corte giust. 9 ottobre 2001, causa C-377/98, *Regno dei Paesi Bassi c. Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea*, in *Racc. giur. Corte*, 2001, p. I-7079. In questo secondo caso la Corte, ha respinto il ricorso dei Paesi Bassi volto all'annullamento della direttiva sulla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche che garantisce tali invenzioni tramite il diritto nazionale degli Stati membri, ha in particolare respinto l'eccezione secondo la quale la direttiva non avrebbe rispettato i limiti di contenuto di una misura per il ravvicinamento delle legislazioni in quanto avrebbe istituito un titolo nuovo distinto dai titoli già riconosciuti. La Corte, richiamandosi al parere 1/94, ha riaffermato la competenza della Comunità in tema di armonizzazione delle legislazioni nazionali e può basarsi sull'art. 235 del trattato per creare titoli nuovi che si sovrappongono ai titoli nazionali, come è stato già il caso del regolamento 40/94 sul marchio comunitario. Peraltro, secondo la Corte, la direttiva in questione non avendo come oggetto né come effetto quello di istituire un brevetto comunitario, non introduce alcun titolo nuovo (cfr. §§ 24-27).

[4] V. Regolamento (CE) n. 40/94 del Consiglio del 20 dicembre 1993 sul marchio comunitario. Si osservi che anche il nuovo regolamento (CE) 207/2009 del 26 febbraio 2009 sul marchio comunitario, ai considerando 4 e 5, ripropone in modo identico i medesimi concetti.

[5] Cfr. direttiva 2004/48 del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004 sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale, considerando 3.

comunitario che deve essere attribuito ai diritti di proprietà intellettuale in quanto rientranti nell'ambito del "diritto fondamentale di proprietà"[6].

Pur in presenza di tali altalenanti e contraddittorie manifestazioni della prassi si deve osservare come, in realtà, la dottrina abbia messo in luce non solo la mancanza di un sistema completo di diritto industriale comunitario, ma anche l'assenza di una vera politica comunitaria specifica. Al riguardo è stato sottolineato il carattere frammentario, ancorché non certo episodico, degli interventi sul piano normativo, caratterizzati da una molteplicità di disposizioni volte a perseguire finalità diverse e non sempre omogenee[7].

E in effetti tale assenza di una competenza specifica e di una norma generale di tutela in via autonoma attributiva di tale competenza è confermata proprio dalla pluralità di norme primarie richiamate e di quelle individuate come base giuridica posta a fondamento dell'attività normativa derivata. Talché può dirsi che la protezione della proprietà intellettuale si pone di volta in volta come indiretta e strumentale alla realizzazione di altre finalità di carattere generale, quali l'instaurazione del mercato interno, la libera circolazione delle merci, la tutela della concorrenza, la ricerca scientifica, la politica agricola, il progresso dell'industria, la diffusione della cultura ecc. [8]. E la stessa base giuridica varia di volta in volta spaziando – secondo la numerazione attualmente in vigore – dall'art. 207 TFUE in tema di politica commerciale comune[9], all'art. 114

[6] Cfr. Corte giust., 29 gennaio 2008, causa C-275/06, *Productores de Mùsica de España (Promusicae) e Telefònica de España SAU, p. 62* laddove – richiamando la propria giurisprudenza (12 settembre 2006, causa C-479/04, *Laserdisken*, in *Racc. giur. Corte*, p. I-8089, p. 65) – cita i diritti di proprietà intellettuale insieme al principio di tutela giurisdizionale effettiva.

[7] V. CONTALDI, *Le fonti*, in *Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, (*AIDA*) XVI- 2007, p. 6 ss. e 31. Il carattere ancillare della proprietà intellettuale in relazione alla realizzazione di altri obbiettivi di carattere più generale è bene rappresentato nell'opera di SEVILLE, *EU Intellectual Property Law and Policy*, Cheltenham-Northampton, 2009.

[8] Cfr. ad esempio l'elenco delle principali direttive e regolamenti comunitari in CONTALDI, *Le fonti*, cit., p. 7, il quale sottolinea come, per contro, dalla prassi giurisprudenziale della Corte di giustizia non risulti confermata la lettura del vecchio art. 295 TCE (oggi art. 345 TFUE) quale norma che limiterebbe l'esercizio di competenze normative comunitarie in materia di proprietà intellettuale (ivi, p. 4).

[9] Cfr. ad es. regolamento (CE) 1383/2003 del Consiglio del 22 luglio 2003 relativo all'intervento dell'autorità doganale nei confronti di merci sospettate di violare taluni diritti di proprietà intellettuale e alle misure da adottare nei confronti di merci che violano tali diritti, regolamento (CE) 816/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 maggio 2006, concernente la concessione di licenze obbligatorie per brevetti relativi alla fabbricazione di prodotti farmaceutici destinati all'esportazione verso paesi con problemi di salute pubblica.

TFUE in tema di ravvicinamento delle legislazioni[10], all'art. 53 TFUE[11] fino al frequente ricorso all'art. 352 TFUE[12].

E del resto il carattere tradizionalmente ancillare dei diritti di proprietà intellettuale rispetto alle finalità e alle politiche perseguite dalla Comunità e oggi dall'Unione, pare ben rappresentato dal principio dell'"esaurimento comunitario" elaborato dalla Corte di giustizia e volto a limitare possibili restrizioni della libera circolazione delle merci. Tale principio, come è noto, consiste nel divieto per il titolare di un diritto di proprietà intellettuale di invocare l'applicazione della legislazione del Paese in virtù della quale gli è stato conferito tale diritto per impedire l'importazione nel territorio di uno Stato membro di un prodotto messo in commercio in un altro Stato membro dallo stesso titolare o con il suo consenso[13].

In definitiva, non pare che l'affermazione di principio contenuta nell'art. 17.2 della Carta alteri in misura sensibile la precedente situazione, ma possa costituire, tutt'al più, un argine supplementare alla portata applicativa delle norme statuali o dell'Unione, la cui ampiezza continuerà ad essere valutata, di volta in volta, all'esito di una verifica delle posizioni giuridiche soggettive da tutelare alla luce dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità.

3. Il richiamo ai diritti fondamentali e il ruolo dell'art. 6. 1 TUE

Passando ora ad un confronto con gli standard internazionali di tutela, va ricordato come la questione della protezione della proprietà intellettuale sia ormai comunemente considerata alla luce dei principi e delle norme in materia di tutela dei diritti fondamentali.

Una prima cerniera con gli standard di tutela garantiti dall'ordinamento internazionale in tema di diritti fondamentali può essere indivi-

[10] Cfr. ad es. Direttiva 98/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 6 luglio 1998 sulla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche, direttiva 2004/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004 sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale, direttiva 2009/24/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 aprile 2009 relativa alla tutela giuridica dei programmi per elaboratore.

[11] Cfr. ad es. il regolamento (CE) 92/100 del Consiglio del 19 novembre 1992 sul diritto di noleggio, il diritto di prestito e taluni diritti connessi al diritto d'autore in materia di proprietà intellettuale.

[12] Cfr. ad es. il regolamento (CE) 6/2002 del Consiglio del 12 dicembre 2001 su disegni e modelli comunitari, il regolamento (CE) 207/2009 del Consiglio del 26 febbraio 2009 sul marchio comunitario, sostitutivo del precedente reg. 40/94 in pari materia.

[13] V. sul punto L.C. UBERTAZZI, *Commentario breve alle leggi su Proprietà intellettuale e concorrenza*, 4 ed., Padova, p. 141.

duata nel vecchio art. 6.2 TUE, in virtù del richiamo alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, oltre alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri in quanto principi generali del diritto comunitario. Costituisce un dato del tutto pacifico che, in virtù del richiamo alla Convenzione, trovi qui applicazione l'art. 1 del Primo Protocollo addizionale alla Convenzione in tema di tutela del diritto di proprietà, nel quale deve farsi rientrare anche la proprietà intellettuale.

Naturalmente oggi non solo, come si ricordava, il nuovo art. 6.1 TUE determina in modo non equivoco il valore giuridico della Carta dei diritti fondamentali il cui art. 17. 2 stabilisce che la proprietà intellettuale è protetta. Si deve, infatti, aggiungere che il suo art. 52. 3 in tema di portata e interpretazione dei diritti e dei principi, nell'equiparare il significato e la portata dei diritti fondamentali a quelli conferiti dalla Convenzione europea, viene interpretato nel senso di prescrivere la considerazione non del solo testo della Convenzione (e dei relativi protocolli) ma anche segnatamente della "giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia dell'Unione europea"[14].

E d'altronde è appena il caso di ricordare come, almeno dalla metà degli anni '70, la Corte di giustizia, anticipando il tenore dello stesso art. 6 TUE, e almeno fino alla giurisprudenza *Tocai* del 2005, si sia pronunciata in relazione a pretese violazioni del diritto di proprietà derivanti da atti comunitari affermando almeno tre principi fondamentali.

In primo luogo, secondo la Corte, i diritti fondamentali, tra i quali quello di proprietà, formano parte integrante dei principi generali di diritto comunitario di cui la Corte garantisce l'osservanza.

In secondo luogo, per tutelare tali diritti la Corte ritiene di doversi ispirare alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, nonché ai trattati internazionali relativi alla tutela dei diritti dell'uomo cui gli Stati membri hanno cooperato o aderito e, in particolare, alla Convenzione europea sui diritti dell'uomo e all'art. 1 del suo Primo Protocollo addizionale.

In terzo luogo, le esigenze derivanti dalla tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario vincolano le istituzioni *e* gli Stati membri allorché essi agiscono in settori rientranti nell'ambito di applicazione del diritto comunitario[15].

[14] Cfr. le Spiegazioni del Praesidium della Convenzione relativa all'articolo 52 della Carta– Portata e interpretazione dei diritti e dei principi.

[15] Queste, in sintesi, le affermazioni della Corte a partire dalla sentenza *Nold* del 14 maggio 1974, in causa 4/73 in Raccolta, p. 491 ss., § 13, , per proseguire con le sentenze *Wachauf* e *Schräder* del 1989, *Kühn* del 1992, *Repubblica federale di Germania c. Consiglio* del 1994, *Bosphorus* e *Duff* del 1996, *Kremzow*, *SAM Schiffahrt* e *Annibaldi* del 1997, *Metronome* del 1998, *Konle* del 1999, attraverso il fondamentale passaggio

A ciò si aggiunga che la stessa Corte di giustizia ha avuto occasione di affermare che la proprietà intellettuale è parte integrante del diritto di proprietà tutelato dall'art. 1 del Primo Protocollo addizionale della CEDU[16], coerentemente con quanto più volte sostenuto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo in applicazione della medesima norma[17].

Proprio il richiamo alla assimilazione tra proprietà intellettuale e proprietà in senso tradizionale e la loro riconducibilità nel novero dei diritti fondamentali – alla luce dell'art.1 del Primo Protocollo – consente di mettere in luce come la medesima giurisprudenza richiamata abbia più volte sottolineato il carattere non assoluto di tale diritto, suscettibile di subire limitazioni e compressioni in funzione di superiori interessi di tipo pubblicistico.

4. Gli standard internazionali di protezione dei diritti fondamentali e la proprietà intellettuale: il tema della compatibilità con i diritti fondamentali e la libertà di ricerca scientifica

Per quanto riguarda il versante internazionale e prima di prendere in considerazione le fonti in tema di tutela dei diritti fondamentali, è appena il caso di ricordare che la stessa Unione europea è parte, talora anche insieme agli Stati membri, di alcuni accordi internazionali rilevanti in materia di proprietà intellettuale che arricchiscono il quadro normativo. Si

della pronuncia *Hauer* del 1979. V. FRIGO, *Le limitazioni dei diritti patrimoniali privati nel diritto internazionale*, Milano, 2000, p. 193 ss. Cfr. anche Corte giust. 12 maggio 2005, in causa C-347/03, *Regione Autonoma Friuli-Venezia Giulia e Agenzia regionale per lo sviluppo rurale c. Min. politiche agricole e forestali* (caso *Tocai*), in *Raccolta*, p. 3785, p. 119.

[16] Cfr. Corte giust. 13 dicembre 1994, in causa C-306/93 *SMW Wiinzersekt*, in *Raccolta*, p. I-5555, p. 22, 15 luglio 2004, in cause riunite C-37/02 e C-38/02, *Di Lenardo* e *Dilexport*, in *Raccolta*, p. I-06911 punto 82, *Tocai*, cit., p. 119 ss.

[17] Cfr. Corte europea, *Dima c. Romania*, App. 58472/00 (2005), *Anheuser Busch Inc c. Portogallo* (*Budweiser)*, (2007), nella quale tra l'altro la Corte europea ha ritenuto che anche la posizione di chi abbia semplicemente presentato una domanda di registrazione di un marchio, in quanto crea una "legittima aspettativa", corrisponda ad interessi tutelati di natura proprietaria e rientri pertanto nell'ambito di applicazione della norma, *Balan c. Moldova* (2008). V. in dottrina PADELLETTI, *La tutela della proprietà nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2003, p. 60 ss., HELFER, *The New Innovation Frontier? Intellectual Property and the European Court of Human Rights*, in TORREMANS (ed), *Intellectual Property and Human Rights*, Alphen aan den Rijn, 2008, p. 25 ss.; GEIGER, *The Constitutional Dimension of Intellectual Property*, ivi, p. 101 ss., CONTALDI, *La tutela delle invenzioni nel sistema OMC*, Milano, 2009, p. 12 ss., DE SENA, *Valori economici e non economici nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di proprietà*, in VENTURINI, BARIATTI (a cura di) *Diritti individuali e giustizia internazionale*, *Liber Fausto Pocar*, Milano, 2009, p. 263 ss.

pensi in primo luogo all'accordo TRIP's – che per inciso recepisce espressamente agli artt. 1, 2, 3 e 9 il regime di trattamento contenuto nelle principali convenzioni in materia di proprietà intellettuale nella loro versione più recente – nel cui ambito andrebbe approfondito il rilievo dell'art. 27 in tema di facoltà dei contraenti in ordine all'esclusione della brevettabilità di invenzioni per motivi di interesse pubblico, di metodi diagnostici e terapeutici, di animali e vegetali, nonché agli altri accordi negoziati nell'ambito dell'Organizzazione Mondiale per la proprietà intellettuale[18].

A tale riguardo va tuttavia almeno considerato che l'accordo TRIP's presenta, ai nostri fini, alcune peculiarità da non sottovalutare.

In primo luogo, contrariamente all'accordo GATT del 1947 che conteneva una menzione della proprietà intellettuale solo in quanto eccezione al generale divieto di introdurre e mantenere ostacoli al commercio internazionale (art. XX, lett. d), l'accordo TRIP's mira a riportate l'attenzione sull'importanza delle limitazioni agli scambi che derivano dalla inadeguata tutela della proprietà intellettuale e a conferirle almeno una "pari dignità" nell'ambito delle norme internazionali relative agli scambi commerciali.

In secondo luogo l'accordo TRIP's, più che avere ad oggetto la tutela e l'uniformazione internazionale dei diritti di proprietà intellettuale mira a garantire la liberalizzazione degli scambi riguardanti le opere dell'ingegno attraverso la riduzione delle barriere che tale liberalizzazione ostacolano[19]. Sotto altro profilo si pensi inoltre alla Convenzione di Rio de Janeiro del 5 giugno 1992 sulla diversità biologica, oggetto tra l'altro di un'importante pronuncia della Corte di giustizia in tema di compatibilità della direttiva comunitaria sulla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche con tale convenzione[20].

È tuttavia agli strumenti internazionali posti a tutela dei diritti fondamentali che conviene ora volgere l'attenzione per trovare conferma da un lato dell'inclusione della proprietà intellettuale nel novero dei diritti fondamentali, ma dall'altro anche della accennata suscettibilità a subire quelle limitazioni che fossero giustificate da motivi di pubblico interesse, al pari di altri diritti a contenuto economico.

E, in effetti, anche dall'esame dei principali testi normativi interna-

[18] V. CONTALDI, *Le fonti*, cit., p. 5, che richiama gli accordi WCT e WPPT.

[19] V. LUPONE, *Gli aspetti della proprietà intellettuale attinenti al commercio internazionale*, in VENTURINI (a cura di), *L'Organizzazione Mondiale del Commercio*, Milano, 2000, p. 113 ss., a p. 129 e SQUILLANTE, *L'Accordo concernente gli aspetti del commercio connessi alla proprietà intellettuale (TRIPs)*, in PICONE, LIGUSTRO (a cura di), *Diritto dell'Organizzazione Mondiale del Commercio*, Padova, 2002, p. 414 ss.

[20] Sulla sentenza del 9 ottobre 2001, in causa C-377/98 cfr. *supra* la nota 4.

zionali rilevanti emerge – in forte analogia con l'impostazione segnalata nella giurisprudenza "europea" – una concezione della proprietà intellettuale come diritto fondamentale inerente alla persona, ma la cui esigenza di tutela è da ricollegarsi ad un interesse della collettività che, talora, può addirittura divenire prevalente. Basti considerare in questo senso, oltre al già citato art. 1 del Primo Protocollo addizionale alla Convenzione europea, il tenore dell'art. 27 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, ovvero dell'art. 15 del Patto sui diritti economici, sociali e culturali del 1966[21].

Ma vi è un secondo profilo di interesse che emerge dall'analisi della prassi convenzionale internazionale e che si riverbera sull'individuazione delle funzioni che i diversi gruppi di norme si trovano ad assolvere sul piano strutturale. Si tratta della circostanza che le garanzie predisposte con riguardo al rispetto dei diritti di proprietà intellettuale trovano un ulteriore limite nella compatibilità con taluni valori di cui la Comunità internazionale – e per parte sua anche l'Unione europea – si fa portatrice. Si tratta dei valori relativi alla ricerca scientifica e allo sviluppo tecnologico.

Ci riferiamo qui alla rilevazione dell'interesse proprio della Comunità internazionale a garantire il libero svolgimento della ricerca scientifica, tutelando la posizione giuridica dell'individuo non solo in quanto beneficiario, ma anche come oggetto della ricerca medesima. Oltre che una protezione della scienza e della ricerca, si deve parlare in proposito dell'esigenza di garantire una protezione dalla scienza e dalla ricerca, delle quali si intende, in ogni caso, tutelare la libertà di svolgimento. Come abbiamo già osservato in passato, si tratta di un obbiettivo articolato che postula un bilanciamento di interessi non sempre perseguito in modo lineare sul piano interno e internazionale, anche a causa dell'oggettiva difficoltà di trovare una sintesi di posizioni tra loro assai lontane[22].

Basti pensare ai temi della bioetica e delle biotecnologie e al loro rapporto con i diritti umani e con i diritti di proprietà intellettuale (oltre che con le norme poste a tutela dell'ambiente). Il legame tra tali temati-

[21] Ai sensi dell'art. 27 della Dichiarazione "everyone has the right freely…to share in scientific advancement and its benefits. Everyone has the right to the protection of the moral and material interests resulting from any scientific, literary or artistic production of which he is the author". L'art. 15 del Patto stabilisce che "the States parties to the present Covenant recognize the right of everyone …b) to enjoy the benefits of scientific progress and its applications, c) to benefit from the protection of the moral and material interests resulting from any scientific, literary or artistic production of which he is the author".

[22] Ci permettiamo di rinviare a quanto già osservato in FRIGO, *La protezione di arte, scienza, ricerca e cultura (una prospettiva internazionale)*, in *AIDA*, 2005, p. 80 ss.

che e la tutela internazionale dei diritti della persona trova un'efficace espressione nella Dichiarazione universale sul genoma umano adottata dalla Conferenza generale dell'UNESCO l'11 novembre 1997 e poi approvata dall'Assemblea generale dell'ONU il 9 dicembre 1998, proprio nel quadro delle celebrazioni per il cinquantenario della Dichiarazione universale[23]. A tali esempi si deve aggiungere la già citata Convenzione sulla diversità biologica conclusa a Rio de Janeiro il 5 giugno 1992 che tocca, come è noto, il problema del riconoscimento di diritti di proprietà intellettuale su piante, animali e risorse genetiche e che, tra l'altro, contiene all'art. 22 una disposizione che pone il principio della prevalenza delle sue disposizioni rispetto a quelle contenute in altre convenzioni[24].

5. Conflitto o coesistenza tra tutela della proprietà intellettuale e protezione dei diritti fondamentali

Il carattere "necessariamente" conflittuale tra garanzie poste a tutela dei diritti fondamentali e diritti di proprietà intellettuale costituisce, come è noto, un dato che non solo viene dato troppo spesso per scontato, ma che viene addirittura talora assunto quale presupposto nell'indagine volta ad esplorarne i rispettivi ambiti. Non solo, infatti, gli sforzi di armonizzazione sul piano internazionale non hanno fin qui prodotto risultati omogenei, specie ce si mettono a confronto i risultati ben più avanzati nella disciplina dei diritti d'autore rispetto a quella relativa ai diritti di proprietà industriale. Di più, sono note le divergenze a livello internazionale sulla definizione di cosa sia suscettibile di brevettabilità o meno, come testimonia lo stesso tenore dell'art. 27. 3 dell'Accordo TRIP's e le

[23] Cfr. A/RES/53/152 del 9 dicembre 1998. Si tratta del primo strumento a carattere universale nell'ambito della bioetica che contiene i principi etici e giuridici che devono ispirare la ricerca genetica e le sue applicazioni allo scopo di raggiungere un equilibrio tra libertà della ricerca e protezione della dignità umana. Per alcune considerazioni circa il genoma umano come patrimonio dell'umanità v. BYK, *La déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme*, in *Clunet*, 1998, p. 675 ss. e, circa la sua duplice dimensione collettiva e individuale, v. CAMPIGLIO, *Procreazione assistita e famiglia nel diritto internazionale*, Padova, 2003, p. 213 ss., nonché BOSCHIERO, *Bioetica e biotecnologie nel diritto internazionale e comunitario. Questioni generali e tutela della proprietà intellettuale*, Torino, 2006.

[24] La Convenzione che è stata approvata a nome della Comunità europea con decisione del Consiglio del 25 ottobre 1993 (GUCE n. L 309 del 13 dicembre 1993) dispone all'art. 22 "Le disposizioni della presente Convenzione non modificano i diritti e gli obblighi che una parte contraente ha precedentemente assunto aderendo ad un accordo internazionale, a meno che l'esercizio di questi diritti o l'adempimento di questi obblighi possa causare gravi danni alla diversità biologica o possa porla in pericolo".

numerose eccezioni da esso poste al principio generale che stabilisce la brevettabilità di qualsiasi invenzione; né si possono nascondere, sempre in ambito TRIP's, le divergenze su questioni quali la brevettabilità delle risorse genetiche, i problemi riguardanti l'accesso ai medicinali brevettati, ovvero il grado di tutela da accordare alle conoscenze e ai saperi tradizionali[25].

Nei limiti in cui sia consentito affrontare in termini globali tale discorso – e sia dunque giustificato trattare i diritti di proprietà intellettuale e i diritti fondamentali senza neppure accennare alle rispettive, profonde differenze al loro interno – a noi pare che sia opportuno rifuggire da contrapposizioni tanto immediate quanto semplicistiche.

E infatti una rappresentazione in termini di esclusiva contrapposizione tra una tutela di situazioni "per definizione" di esclusivo rilievo individuale che mirano alla sola massimizzazione di benefici economici quali il diritto d'autore, o la brevettabilità di un prodotto, e la tutela di altri e diversi interessi individuali e collettivi, pare davvero poco o per nulla giustificata[26]. Soprattutto non pare oggi seriamente sostenibile una visione sostanzialmente manichea secondo la quale da un lato si collocherebbero i diritti di proprietà intellettuale volti alla tutela di interessi egoistici e dal lato opposto si troverebbero i diritti fondamentali almeno potenzialmente pregiudicati dai primi.

In primo luogo sarebbe forse opportuno specificare quali sarebbero le aree di irrimediabile conflitto. E in effetti, in dottrina, è stato bensì proposto un vero e proprio catalogo dei diritti di proprietà intellettuale (essenzialmente diritto d'autore, marchi e brevetti) e dei diritti fondamentali in conflitto, benché allo scopo di negare che tale conflittualità

[25] Cfr. SAMBUC, *La protection internationale des savoirs traditionnels. La nouvelle frontière de la propriété intellectuelle*, Paris, 2003, p. 40 ss. Nella dottrina italiana v. BOSCHIERO, *Il principio di territorialità in materia di proprietà intellettuale*, in *AIDA* 2007, p. 34 ss., a p. 61 ss., MEZZETTI, *Biotecnologie e diritti di proprietà intellettuale*, in ROSSI (a cura di), *Commercio internazionale sostenibile? WTO e Unione europea, ,* Bologna, 2003, p. 211 ss., PAVONI, *Biodiversità e biotecnologie nel diritto internazionale e comunitario*, Milano, 2004, VEZZANI, *Normative brevettuali e accesso alle risorse biologiche e genetiche: ripartizione giusta ed equa dei vantaggi o "biorazzia"?*, in BOSCHIERO, *Bioetica e biotecnologie*, cit., p. 261, BONFANTI, *La brevettabilità delle invenzioni biotecnologiche legate al corpo umano e la tutela dei diritti fondamentali dell'uomo*, ivi, p. 199 ss., VEZZANI, *Sciamani e cacciatori di geni". Proprietà intellettuale e diritti dei popoli indigeni*, in PAPANICOLOPULU (a cura di), *Atti del V incontro di studio dei giovani cultori delle materie internazionalistiche*, Milano, 2008, p. 85 ss.

[26] V. CHAPMAN, *The Human Rights Implications of Intellectual Property Protection*, in *Journal of International Economic Law*, 2002, p. 861 ss., a p. 867, HELFER, *Toward a Human Rights Framework for Intellectual Property*, in *U.C. Davis Law Review*, 2007, p. 971 ss.

esista davvero[27] . Senonché a noi pare che anche questo secondo approccio "ottimista" secondo il quale, in realtà, proprietà intellettuale e diritti umani fondamentali devono "imparare a convivere"[28] parta da premesse non del tutto condivisibili.

Negare il ruolo della proprietà intellettuale come potente fattore di sviluppo e di progresso anche in virtù dei benefici economici che ne ricava chi ha investito nel lavoro e nella ricerca, così come non riconoscere taluni effetti problematici e iniqui ai quali può condurre una sorda difesa dei diritti di privativa – si pensi al caso dell'accesso ai farmaci essenziali o della tutela dei metodi tradizionali di coltivazione delle risorse naturali alla luce delle eccezioni di cui all'art. 27 § 3 TRIP's[29]– è il frutto di visioni verosimilmente aprioristiche e preconcette dei problemi in gioco. E del resto, un approccio dottrinale meno superficiale ha consentito di mettere in luce le potenzialità dell'Accordo TRIP's che, sia pure ispirato a criteri di libero scambio e anzi concepito come strumento di liberalizzazione commerciale, presenta interessanti aperture in ordine al riconoscimento della funzione sociale della proprietà intellettuale[30].

[27] SI tratta di tre gruppi di norme; in primo luogo il diritto d'autore e diritti connessi (inclusi i diritti sui dati personali) in conflitto con il diritto alla libertà di espressione di cui all'art. 19 della Dichiarazione universale e all'art. 10 della Convenzione europea, diritto alla vita privata (di cui all'art. 8 della Convenzione europea), diritto alla salute (art. 25 Dichiarazione universale), diritto all'educazione (art. 26 Dichiarazione universale); in secondo luogo i brevetti e diritti connessi, in conflitto con il diritto alla vita, il diritto alla libertà e alla sicurezza personale, i diritto di godere dei progressi scientifici e dei suoi benefici, il diritto alla salute e allo sviluppo. In terzo luogo i marchi in conflitto con il diritto di libertà di espressione, il diritto alla vita privata, il diritto a non subire discriminazioni. V. sul punto, in senso critico, DERCLAYE, *Intellectual Property Rights and Human Rights: Coinciding and Cooperating*, in TORREMANS (ed), *Intellectual Property and Human Rights*, cit., p.133 ss., a p. 141.

[28] V. GERVAIS, *Intellectual Property and Human Rights: Learning to Live Together*, in TORREMANS (ed), *Intellectual Property and Human Rights*, cit., p.3 ss.

[29] Su questi aspetti dell'art. 27, § 3 dell'Accordo TRIP's che permette agli Stati membri di escludere dalla brevettabilità a) i metodi diagnostici , terapeutici e chirurgici per il trattamento di persone o animali, b) piante e animali diversi dai microrganismi e processi essenzialmente biologici per la produzione di piante o animali diversi dai processi non biologici e microbiologici, v. DI BLASE, *I diritti di proprietà intellettuale applicabili alla cultura indigena e tradizionale*, in *Comunicazioni e Studi*, vol. XXIII, Milano, 2007, p. 511 ss., a p. 540.

[30] V. in questo senso le osservazioni di DI BLASE, *Human-Right-Related Aspects in the settlement of International Disputes on Intellectual Property Rights*, in *Liber Fausto Pocar*, cit., p. 275 ss., a p. 277 che dopo avere osservato che "IPR rights cannot be considered only as the rights to recognition of the paternity of a work or to obtain an adequate compensation, but also as instruments to encourage creativity and innovative production for the benetfit of the whole society", nota come "such strict connection has not yet been considered in the practice of TRIP's, though the public policy objectives of national systems for the protection of intellectual property have been recognized in its

L'esempio recente della Convenzione Unesco del 2003 sulla protezione del patrimonio culturale intangibile mostra come sia talora molto difficile soddisfare l'esigenza di bilanciare la tutela di interessi degni di protezione ma difficilmente conciliabili quali le conoscenze e i saperi tradizionali spesso oggetto di forme di appropriazione e di usurpazione di diritti (si pensi all'appropriazione delle conoscenze biomediche c.d. biopirateria nel linguaggio dell'OMPI) che apparterrebbero a "comunità" della quali tuttavia la Convenzione stessa non fornisce neppure una definizione [31].

E d'altronde, senza per questo peccare di relativismo, non si può non ricordare come la stessa nozione universalistica della categoria dei diritti umani fondamentali quale emerge dai principali atti internazionali a partire dalla Dichiarazione universale del 1948, sia oggetto di critiche e ripensamenti. Il successo di strumenti quali la Dichiarazione universale sulla diversità culturale del 2001, la Convenzione sulla salvaguardia del patrimonio culturale intangibile del 2003, la Convenzione sulla protezione e la promozione della diversità culturale del 2005 impongono di considerare come la diversità si ponga per la prima volta come una categoria contrapposta all'universalità[32].

Ci pare che il tema del rapporto tra tutela della proprietà intellettuale e salvaguardia dei diritti fondamentali vada impostato più semplicemente non solo alla luce dell'inquadramento in tali diritti fondamentali, ma più in particolare considerandone sia l'esigenza di tutela della sfera pura-

Preamble". V. inoltre MORGESE, *L'accordo sugli aspetti dei diritti di proprietà intellettuale attinenti al commercio (TRIP's)*, Bari, 2009, p. 147 ss. e VEZZANI, *Sciamani e cacciatori di geni*, cit., p. 119 laddove sottolinea come il riconoscimento delle conoscenze tradizionali come proprietà intellettuale apra prospettive nuove circa la possibilità di estendere ad esse la protezione garantita alla proprietà intellettuale dalle principali convenzioni internazionali in tema di salvaguardia di diritti umani, quali il Patto delle Nazioni Unite sui diritti economici, sociali e culturali o la Convenzione interamericana dei diritti umani.

[31] OMPI, *Savoirs traditionnels: besoins et attentes en matière de propriété intellectuelle*, *Rapport de l'OMPI sur les missios d'enquête consacrées à la propriété intellectuelle et aux savoirs traditionnels (1998-1999)*, Genève, 2001. La necessità di un contemperamento tra esigenze di protezione della proprietà intellettuale e sfruttamento sostenibile della biodiversità anche in seno ai principali fori internazionali – *in primis* l'OMC – è sottolineata da VEZZANI, *Normative brevettuali e accesso alle risorse biologiche,* cit., p. 261 ss.

[32] Il che non impedisce, beninteso, di ricordare come proprio l'art. 2 della Convenzione sulla protezione e la promozione della diversità culturale imponga, sulla scorta dell'art. 4 della Dichiarazione universale sulla diversità culturale, il rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali quali consacrati dalla Dichiarazione universale del 1948 o garantiti dal diritto internazionale come limite ai diritti garantiti dalla Convenzione.

mente individuale[33], sia la funzione sociale di strumento di innovazione e di progresso a beneficio della collettività. Tale duplice carattere quale emerge proprio dalla giurisprudenza delle due Corti europee, induce a sottolineare come, analogamente ad altre forme di proprietà, la tutela della sfera individuale incontri necessariamente il proprio limite nella salvaguardia degli interessi della collettività. Anzi, come si dirà tra poco, gli stessi standard di tutela della proprietà intellettuale desumibili dalla prassi internazionale e comunitaria con riguardo alla disciplina materiale riguardano tanto la sfera individuale quanto quella della sua funzione sociale[34]. E del resto, posto che è proprio della proprietà intellettuale garantire al titolare anche lo sfruttamento economico della propria attività creativa con il diritto di escluderne i terzi, corrisponde ad un interesse altrettanto riconosciuto la garanzia di una diffusione adeguata delle invenzioni e delle conoscenze a beneficio della collettività.

6. Gli standard internazionali in tema di protezione della proprietà intellettuale e il rapporto con gli standard di tutela dell'Unione europea

La protezione e il rispetto della proprietà intellettuale sono fondamentali per la capacità dei soggetti economici dell'Unione europea di operare in concorrenza nell'ambito di un'economia globalizzata. In considerazione del fatto che la capacità competitiva europea si basa sull'innovazione e sul valore aggiunto ai prodotti derivante da elevati livelli di creatività, la crescita e il mantenimento dei livelli occupazionali possono subire gravi pregiudizi dalle pratiche di pirateria e di contraffazione che hanno l'ulteriore effetto di colpire la sicurezza e la salute dei

[33] Cfr. in questo senso l'orientamento della Corte europea dei diritti dell'uomo che ha considerato in alcune occasioni i diritti di proprietà intellettuale suscettibili di limitare il diritto di espressione, garantito dall'art. 10 della Convenzione europea. In particolare v. la decisione del 7 dicembre 2006 nel caso *Österreichischer Rundfunk v. Austria*, con riguardo alla pretesa violazione del diritto all'immagine garantito dalla legge austriaca relativa al diritto d'autore a causa della pubblicazione in una emissione televisiva di immagini fotografiche di un soggetto all'uscita dal carcere dove era stato detenuto e la sentenza del 14 dicembre 2006, nel caso *Verlagsgruppe News GMBH v. Austria* relativo ad una analoga pubblicazione di immagini fotografiche di un imprenditore sospettato di frode fiscale su organi si stampa.

[34] Giustamente a tale riguardo viene sottolineato in dottrina come la stessa nozione di proprietà intellettuale negli strumenti internazionale a tutela dei diritti dell'uomo sia una nozione funzionale, cioè "di un diritto protetto non in via autonoma, ma in quanto mezzo per il raggiungimento di un bene collettivo", il che comporta la necessità di "tenere conto di tale finalità pubblicistica" nella lettura delle norme internazionali di riferimento; cfr. CONTALDI, *La tutela delle invenzioni*, cit., p. 20.

cittadini europei. Pertanto i diritti di proprietà intellettuale e dunque l'esigenza di tutela di marchi, brevetti, disegni, diritti d'autore, indicazioni geografiche è sempre più importante per gli inventori e gli operatori economici europei; tali diritti consentono loro di impedire uno sfruttamento non autorizzato delle opere del loro ingegno e dei loro segni distintivi, o quanto meno di consentirne lo sfruttamento a condizione di ottenerne in cambio un'idonea remunerazione economica

È la stessa Commissione europea che, nell'illustrare l'importanza dei diritti di proprietà intellettuale in un'ottica eminentemente concorrenziale, usa toni analoghi a quelli sopra sintetizzati per sottolineare le iniziative sul piano internazionale mettendo in risalto soprattutto il ruolo di punta dell'Unione nell'ambito dell'Accordo TRIP's e nello svolgimento dei negoziati relativi alla conclusione dell'Anti Counterfeiting Trade Agreement, a tutela degli interessi europei[35].

Tuttavia, a dispetto di tale approccio relativamente aggressivo, del resto giustificato dall'ambito di integrazione regionale e dalla finalità evidentemente promozionale dell'attività istituzionale, è ora opportuna una breve verifica degli standard di tutela europei e internazionali in materia di proprietà intellettuale che verrà svolta in termini di reciproco rapporto più che di vero e proprio confronto.

Certo, nell'ambito di un confronto con l'ampiezza della disciplina posta a livello internazionale la dottrina non ha mancato di sottolineare il carattere iperprotettivo della disciplina comunitaria quanto meno con riguardo a taluni settori della proprietà intellettuale[36], così come, con riguardo alla disciplina delle denominazioni geografiche di qualità e di marchi, si è osservato come l'Unione europea tenda bensì a distinguere le due discipline, salvo offrire una maggiore protezione alle prime in confronto all'Accordo TRIP's che tende più che altro a tutelarle in funzione della loro rilevanza commerciale[37] .

E in realtà, più che fare un confronto tra standard europei e standard internazionale ci si potrebbe interrogare sul ruolo che l'Unione europea e i Paesi membri esercitano sulla scena internazionale nelle circostanze in cui è in gioco il rapporto tra diritti fondamentali e protezione della proprietà intellettuale. Non vi è infatti dubbio che l'Unione europea, agisce in tali sedi prima di tutto quale organizzazione regionale impegnata a di-

[35] Cfr, Direzione generale per il commercio della Commissione in *http://ec.europa.eu/trade/creating-opportunities/trade-topics/intellectual-property.*

[36] V. CONTALDI, *Le fonti*, cit., p. 24.

[37] V. COSCIA, *I rapporti fra sistemi internazionali e comunitari sulla protezione delle indicazioni di qualità*, in B. UBERTAZZI, E. MUNIZ ESPADA (a cura di) *Le indicazioni di qualità degli alimenti*, Milano, 2009., p. 53 ss. Cfr. sul punto anche RUBINO, *Le denominazioni di origine dei prodotti alimentari*, Alessandria, 2007, p 53 ss.

fendere diritti, interessi e prerogative dei suoi Stati membri, dei suoi operatori economici e dei suoi cittadini-consumatori, talora anche violando le norme internazionali[38].

Un primo spunto di riflessione riguarda il tema del giusto equilibrio tra interessi da tutelare e, più in particolare, tra diritti fondamentali astrattamente meritevoli di tutela ma anche di reciproca limitazione, tema che ricorre come è noto nella giurisprudenza internazionale, con particolare riguardo alla Corte europea dei diritti dell'uomo. Da questo punto di vista, beninteso, una sintesi piuttosto precisa di tale esigenza di contemperamento può rinvenirsi nella già richiamata giurisprudenza *Tocai* laddove viene efficacemente ribadito come il diritto di proprietà (intellettuale) lungi dall'essere una prerogativa assoluta trovi per contro un limite nella sua funzione sociale[39].

Sotto questo profilo si può rilevare che la Corte di giustizia nella sua giurisprudenza recente in tema di "*keyword advertising*" ha mostrato un piglio deciso quando si è trattato di interpretare la prima direttiva 89/104 sul ravvicinamento delle legislazioni in materia di marchi d'impresa e il regolamento 40/94 sul marchio comunitario. La Corte ha, infatti, ritenuto vietata l'attività pubblicitaria di un inserzionista su Internet il quale a partire da una parola chiave identica ad un marchio registrato da un terzo, faccia pubblicità a prodotti o servizi identici a quelli per i quali il marchio è stato registrato senza il consenso del titolare e in modo tale da rendere impossibile o molto difficile all'utente medio sapere se i prodotti o servizi provengono dal titolare del marchio medesimo[40].

Il compito si è presentato più difficile allorché, nell'interpretazione della direttiva 90/220 sull'emissione deliberata nell'ambiente di organismi geneticamente modificati, la Corte si è trovata a valutare le finalità generali di ravvicinamento delle legislazioni e alla tutela della salute umana e dell'ambiente in relazione, da un lato, all'obbligo per gli Stati membri di rendere accessibili al pubblico informazioni su tutte le emissioni di OGM sul loro territorio e, dall'altro, al divieto imposto dall'art.

[38] Come è stato il caso, tra gli altri, del regolamento 2081/92 sulle indicazioni geografiche e le denominazioni di origine per i prodotti agricoli e alimentari che, ad avviso di Australia e Stati Uniti, violava gli impegni dell'accordo TRIP's in relazione all'applicazione del principio del trattamento nazionale, come in effetti avrebbe poi accertato il Dispute Settlement Body nel 2005. A seguito di tale pronuncia fu poi adottato il regolamento 510/2006 del 31 marzo 2006 in pari materia. V. diffusamente ECHOLS, *Geographical Indications for Food Products*, London, 2008 e SEVILLE, *EU Intellectual Property*, cit., p. 294 ss.

[39] Cfr. Corte giust., sentenza *Tocai*, cit., p. 119.

[40] Cfr. Corte giust., 23 marzo 2010, in cause riunite C-236/08 e C-238/08 *Google France c. Louis Vuitton e al.*, Corte giust. 25 marzo 2010, in causa C-278/08 *Die Berg Sprechte Outdoor Reisen c. Günther Guni e al.*, non ancora pubblicate.

25 della direttiva alla Commissione di comunicare a terzi le informazioni riservate notificate o scambiate in base alla direttiva, ricevute in ossequio al dovere di tutelare la proprietà intellettuale. Eppure la Corte non ha avuto esitazioni nel garantire la protezione ai diritti di proprietà intellettuale relativi ai dati in questione e tutelati dall'art. 25 della direttiva in quanto prevalente sul generale obbligo/diritto di informazione[41].

Il tema del conflitto tra diritti fondamentali e della scelta ispirata al criterio del "giusto equilibrio" tra i diversi diritti fondamentali tutelati dall'ordinamento comunitario e affidata ad una soluzione sul piano interpretativo ad opera delle singole giurisdizioni nazionali è stato, del resto, affrontato e così risolto dalla Corte con specifico riguardo al conflitto tra diritti fondamentali quali il diritto di proprietà (intellettuale), il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva e, di nuovo, il diritto alla tutela dei dati personali. Nel caso in questione, riguardante la direttiva 2001/31 sul commercio elettronico in relazione ad altre direttive concernenti il rispetto dei diritti di proprietà intellettuale e la vita privata e le comunicazioni elettroniche, la Corte ha sottolineato come tali norme non impongano agli Stati membri di istituire un obbligo di comunicare dati personali per garantire l'effettiva tutela del diritto d'autore, ma che tuttavia i medesimi Stati nel trasporre tali direttive "abbiano cura di fondarsi su un'interpretazione delle medesime tale da garantire un giusto equilibrio tra i diversi diritti fondamentali tutelati dall'ordinamento giuridico comunitario. Inoltre, in sede di attuazione delle misure di recepimento delle dette direttive, le autorità e i giudici degli Stati membri devono non solo interpretare il loro diritto nazionale in modo conforme a tali direttive, ma anche evitare di fondarsi su un'interpretazione di esse che entri in conflitto con i detti diritti fondamentali o con gli altri principi generali del diritto comunitario come, ad esempio, il principio di proporzionalità"[42].

Un secondo motivo di riflessione riguarda la tendenza all'omogeneizzazione degli standard mediante il trasferimento di valori giuridici tra ordinamenti diversi. Si tratta, in questo caso, di uno scambio biunivoco che è possibile verificare prendendo in considerazione alcuni esempi desumibili dalla prassi normativa e giurisprudenziale.

E infatti si è già ricordata la sintonia tra giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di tutela della proprietà intellettuale, che ha condotto, come si è visto, a quell'atteggiamento di sostanziale apertura da parte della Corte di giusti-

[41] Cfr. Corte giust. 17 febbraio 2009, in causa C-552/07, *Commune de Sausheim c. Pierre Azelvandre*, non ancora pubblicata.

[42] Cfr. Corte giust., 29 gennaio 2008, *Productores de Musica de España*, cit, punti 62-68.

zia circa la portata attribuita in via interpretativa all'art. 1 del Primo Protocollo della Convenzione europea, in larga parte coincidente con quello della Corte europea dei diritti dell'uomo, talché può parlarsi di vero e proprio trasferimento di valori dall'uno all'altro contesto[43].

A tale proposito va altresì dato conto del passaggio di valori dal sistema dell'Accordo TRIP's a quello dell'Unione europea. E ciò è quanto si è verificato, dopo l'approccio al riguardo più timido della giurisprudenza *Dior*, che aveva comunque affermato la competenza della Corte ad interpretare gli accordi OMC, nella successiva pronuncia *Merck Genéricos* del 2007 con riferimento al tema della durata della tutela brevettuale e alla diretta applicabilità da parte del giudice nazionale delle norme TRIP's (nella specie l'art. 33) in assenza di norme di diritto comunitario[44].

Ulteriori tracce di comunicazione di modelli (se non di valori) sono ancora desumibili sempre dal sistema TRIP's all'ordinamento comunitario, come testimonia la definizione dell'eccezione dell'ordine pubblico di cui alla direttiva 98/44 del 6 luglio 1998 sulla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche, sostanzialmente negli stessi termini dell'art. 27, § 2 dell'Accordo TRIP's.

Ma un analogo trasferimento di valori può dirsi operato verso l'ordinamento dell'Unione europea anche dalla Convenzione dell'Unione internazionale per la protezione delle varietà vegetali (UPOV) i cui contenuti sono travasati nel regolamento 2100/94 del 27 luglio 1994 concernente la privativa comunitaria per ritrovati vegetali. Proprio in relazione all'attività di tale organizzazione e al ruolo dell'Unione europea sulla scena internazionale nella materia considerata, è interessante rilevare la posizione contraria espressa in ordine alle proposte di modifica dell'art. 27, § 3 dell'Accordo TRIP's al fine di renderlo più favorevole alla possibilità per gli Stati di prevedere altre limitazioni volte a favorire talune pratiche agricole tradizionali[45] .

Vi è poi un terzo aspetto che vale la pena di sottolineare, consistente

[43] Ci permettiamo sul punto di rinviare a FRIGO, *Le limitazioni*, cit., p. 210 ss.

[44] Cfr. Corte giust., 14 dicembre 2000, in cause riunite C-300/98 e C-392/98 *Dior*, in *Raccolta*, I-11307 e Corte giust. 11 settembre 2007, in causa C-431/05 *Merck Genéricos-Produtos Farmacéuticos Lda*, in *Raccolta* I-7001, specie p. 31-48. V. sul punto COSCIA, *I rapporti fra sistemi internazionali e comunitari sulla protezione delle indicazioni di qualità*, cit., p. 43 ss.

[45] L'Unione Internazionale per la protezione delle varietà vegetali è un'organizzazione internazionale;alla convenzione stipulata nel 1961 e poi emendata nel 1978 e nel 1991 aderiscono oggi 68 Stati, inclusa la Comunità europea che è membro dal 2005. Cfr. il sito *www.upov.int* e v. DI BLASE, *I diritti di proprietà intellettuale*, cit., p. 542 e p. 554 ss.

nella verifica di una tendenza che vede taluni standard internazionali diventare addirittura parametro di compatibilità e di legittimità dell'azione comunitaria. In quanto tale questa tendenza costituisce addirittura un superamento di quella testé riferita.

La dottrina ha rilevato ed esaminato questo carattere individuando in particolare nell'atteggiamento talora palesato della Corte di giustizia con l'intento di andare oltre una mera lettura della norma comunitaria alla luce della norma internazionale (nella specie si trattava di norme dell'Accordo TRIP's), per giungere ad una vera e propria verifica di compatibilità della prima rispetto alla seconda. Tale tendenza, verosimilmente dovuta alla preoccupazione di evitare forme di responsabilità internazionale a carico dell'Unione e/o degli Stati membri, è altresì individuabile, sul piano della produzione normativa, come può rilevarsi dal richiamo al rispetto e all'applicazione delle norme dell'Accordo TRIP's in particolare dalla direttiva 2004/48 sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale, ma anche dalla stessa direttiva 2009/24 relativa alla tutela giuridica dei programmi per elaboratore, con riferimento invece all'applicazione della Convenzione di Berna sulla tutela delle opere letterarie e artistiche[46]. E invero può dirsi che la stessa giurisprudenza della Corte di giustizia ha fornito più esempi dell'atteggiamento segnalato ove si consideri che, in più occasioni, essa ha sottolineato come le norme comunitarie che disciplinano il settore della proprietà intellettuale, nella misura del possibile, vadano interpretate alla luce degli artt. 41, 42 e 47 dell'Accordo TRIP's che disciplinano la materia[47].

Sotto il profilo del contenuto materiale della tutela offerta nell'ambito dell'ordinamento dell'Unione europea si deve aggiungere che se è vera l'analisi di quella parte della dottrina che ha rilevato la tendenza nella prassi convenzionale dedicata specificamente alla proprietà intellettuale a concentrare la protezione sugli aspetti patrimoniali (con particolare riguardo al diritto d'autore), mentre la tutela degli interessi e dei diritti morali è da rinvenirsi quasi esclusivamente negli strumenti tradizionali, ciò significa che proprio l'ordinamento dell'Unione europea è in grado di offrire una tutela completa grazie al richiamo di entrambi i tipi di fonti. E infatti, anche a prescindere dal valore attuale dell'art. 17, § 2 della Carta dei diritti fondamentali, mentre gli aspetti patrimoniali trove-

[46] Cfr. in questo senso CONTALDI, *Le fonti*, cit., p. 24 che cita a titolo di esempio un passaggio della nota giurisprudenza *Tocai*, cit., punto 115 e che fa risalire all'Accordo TRIP's la segnalata tendenza della legislazione derivata comunitaria all'iperprotezione di taluni diritti di proprietà intellettuale.

[47] Cfr. sentenza *Dior*, cit. p. 47, sentenza *Merck Genéricos*, cit., p. 35, sentenza *Productores de Mùsica*, cit., p. 60.

rebbero applicazione grazie al richiamo alle convenzioni internazionali di cui è parte anche la Comunità (e oggi l'Unione), gli aspetti non patrimoniali troverebbero in ogni caso applicazione in ambito europeo in virtù del richiamo alle tradizioni costituzionali comuni e ai trattati in materia di diritti dell'uomo che tutelano espressamente i diritti morali[48].

Vi è tuttavia un ultimo rilievo, al quale si può qui solo accennare, che riguarda l'ampiezza della tutela offerta nell'ambito dell'ordinamento dell'Unione europea. Gli standard di trattamento garantiti in seno all'Unione europea operano infatti sia sul piano materiale che processuale. Più precisamente si deve specificare che la tutela offerta copre anche l'ambito della determinazione della legge applicabile e, nello spazio giudiziario europeo, l'individuazione della competenza giurisdizionale e il riconoscimento delle decisioni in materia civile e commerciale.

Sotto il primo profilo basti pensare, sul piano delle obbligazioni contrattuali, alla disciplina internazionalprivatistica contenuta nel regolamento 593/2008 del 17 giugno 1008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (*Roma I*), nonché per quanto attiene alle obbligazioni extracontrattuali, a quella di cui al regolamento 864/2007 dell'11 luglio 2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali (*Roma II*) e segnatamente agli artt. 8 in materia legge applicabile alla violazione dei diritti di proprietà intellettuale, 14 in materia di libertà di scelta e 15 circa l'ambito della legge applicabile[49].

Sotto il secondo profilo si deve almeno fare un cenno al regolamento 44/2001 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, il cui art. 22.§ 4 che determina quale foro di competenza esclusiva in materia di registrazione o di validità di brevetti, marchi, disegni e modelli e di altri diritti analoghi, quello del giudice dello Stato membro nel cui territorio il deposito o la registrazione sono stati richiesti, e il cui art. 5, § 3 in tema di foro alternativo rispetto a quello generale del convenuto[50], sono af-

[48] V. in questo senso MASTROIANNI, *Proprietà intellettuale e costituzioni europee*, in *AIDA*, 2005, P. 9 ss., a p. 16, che opta per un'interpretazione dell'art. 17 § 2 della Carta nel senso di sottolineare la posizione autonoma della proprietà intellettuale rispetto alla disciplina generale di cui al primo comma, con il risultato di limitare l'ambito di applicazione dell'art. 17 § 1 della Carta al solo diritto di proprietà e di includere invece il diritto morale d'autore nell'art. 17, § 2, ivi, p. 19.

[49] V. BARIATTI, *La legge applicabile alle garanzie sui diritti di proprietà intellettuale*, in *AIDA*, 2009, p. ? Sui delicati problemi di coordinamento anche con riferimento al regolamento Bruxelles I (art. 5 § 1) v. BOSCHIERO, *I contratti relativi alla proprietà intellettuale alla luce della nuova disciplina comunitaria di conflitto. Analisi critica e comparatistica*, in BOSCHIERO (a cura di), *La nuova disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti (Roma I)*, Torino, 2009, p. 463 ss.

[50] In virtù dell'art. 5, § 3 in materia di illeciti dolosi o colposi la persona domiciliata

fiancati dalla disposizione generale di cui all'art. 6, § 1 relativa alla scelta della giurisdizione competente nell'ipotesi di pluralità di convenuti.

Il tenore di queste norme e l'interpretazione fornita dalla Corte di giustizia con particolare riguardo alla portata dell'art. 16 n. 4 della Convenzione di Bruxelles (corrispondente al citato art. 22 § 4 del regolamento 44/2001)[51] e dell'art. 6 § 1 della Convenzione (corrispondente all'art. 6 § 1 del regolamento)[52], nonostante le critiche che hanno ricevuto sotto altri profili, non possono non essere considerate quanto meno alla stregua di un punto a favore dell'affermazione del principio di certezza del diritto in ambito processuale. Questa autentica *rara avis* – più volte evocata quale obbiettivo delle norme europee e troppo spesso tradita nella pratica – oltre a rientrare tra i principi generali di diritto dell'ordinamento comunitario[53] costituisce un carattere irrinunciabile del diritto fondamentale all'equo processo. A dispetto del diffuso pessimismo che talora emerge alla luce delle vicende altalenanti del processo di inte-

in uno Stato membro può essere convenuta in un altro Stato membro davanti al giudice del luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto o può avvenire.

[51] Cfr. Corte giust., 13 luglio 2006, in causa C-4/03 *GAT c. Luk*, in *Raccolta*, p. I-6509 che ha stabilito che la norma sulla competenza esclusiva di cui all'art. 16, § 4 della Convenzione di Bruxelles riguarda tutte le controversie riguardanti la registrazione o la validità del brevetto, indipendentemente dal fatto che la questione venga sollevata mediante azione o eccezione, con la conseguenza che per la duplice decisione circa la validità e la contraffazione è esclusivamente competente il giudice del luogo in cui è stato depositato o registrato il diritto di proprietà intellettuale.

[52] Cfr. Corte giust., 13 luglio 2006, in causa C-539/03, *Roche Nederland BVe a. c. Frederick Primus e Milton Goldenberg*, in *Raccolta*, p. I-06535, che ha stabilito che l'art. 6, § 1 della Convenzione di Bruxelles non si applica nel caso di un'azione per contraffazione del brevetto europeo proposta nei confronti di più società stabilite in Stati contraenti diversi, per fatti che sarebbero stati commessi nel territorio di uno o più degli Stati medesimi, anche nelle ipotesi in cui tali società abbiano agito in modo identico o analogo, conformemente ad una politica comune elaborata da una sola di esse. V. sul punto BOSCHIERO, *Il principio di territorialità in materia di proprietà intellettuale*, cit., p. 102 che sottolinea come "Nello spazio giudiziario europeo le controversie in materia di proprietà intellettuale restano sottoposte ai normali criteri di giurisdizione comunitari, a motivo del fatto che una competenza esclusiva è prevista soltanto in materia di validità e registrazione delle privative industriali, ossia per le controversie che possono interferire con l'atto che esprime la sovranità dello Stato straniero che ha concesso il diritto di privativa industriale". V. inoltre le osservazioni critiche di FUMAGALLI, *Litigating Intellectual Property Rights Disputes Cross-Border; Jurisdiction and Recognition of Judgments Under the Brussels I Regulation*, in BARIATTI (ed.), *Litigating Intellectual Property Rights Cross-Border: EU Regulations, ALI Principles, CLIP Project*, Padova, 2010, p. 15 ss. e HEINZE, *A Framework for International Enforcement of Territorial Rights: The CLIP Principles on Jurisdiction*, in BASEDOW, KONO, METZGER, *Intellectual Property in the Global Arena*, cit., p.53 ss., in ordine all'interpretazione estensiva conferita dalla Corte alla norma di deroga di cui all'art. 22§4

[53] Cfr. Corte giust. 22 febbraio 1984, in causa 70/83, *Kloppenburg*, Corte giust., 16 giugno 1993, in causa C-325/91, *Francia c. Commissione*

grazione europea, non si può non esprimere, almeno a questo riguardo, una nota di (cauta) soddisfazione.

SECONDA SESSIONE

SISTEMI DI TUTELA DELL'UE E DELLA CEDU:
CONCORRENZA O CONVERGENZA?

PRESIDENTE

Prof. Benedetto CONFORTI

COEXISTENCE OU CONCURRENCE DANS LE DOMAINE DES DROIT DE L'HOMME. DROIT DE L'UNION EUROPEENNE ET CONVENTION EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME

Jean Paul JACQUÉ*

SOMMARIO: 1. Introduction – 2. Le pluralisme tempéré – 2.1 L'œuvre de Luxembourg – 2.2 L'apport de Strasbourg – 3. L'incorporation de la Convention dans le droit de l'Union – 4. La hiérarchisation – 4.1 Quel corpus de règles retenir pour l'adhésion? – 4.2 La prise en compte des spécificités de l'Union – 5. Conclusion

1. Introduction

L'étude de la dialectique des rapports entre l'ordre juridique de l'Union et la Convention européenne des droits de l'homme est loin d'être nouvelle. Depuis les années 1970, cette question est abordée dans tous les colloques consacrés aux droits fondamentaux en Europe. La prétention d'apporter des vues nouvelles sur une question aussi rebattue est donc vaine, mais, après l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, il n'est peut-être pas inutile de porter un regard extérieur sur l'évolution qui s'est produite durant plus d'un demi-siècle.

Mais auparavant, il convient de rappeler l'objet exact de notre étude tant l'inépuisable rhétorique politique propre aux droits fondamentaux peut contribuer à brouiller les repères. Le droit de l'Union impose aux institutions et aux Etats membres de respecter les droits fondamentaux dans le seul champ d'application du droit de l'Union. Quoique ce champ puisse être étendu, il n'est pas illimité. Cette situation a pour conséquence que les dispositions de l'Union relatives aux droits

* Università di Stasburgo.

fondamentaux ne peuvent s'appliquer aux actes purement internes des Etats membres. Il faut bien entendu faire exception des cas dans lesquels on est présence d'une violation grave et persistante de nature à mettre en œuvre les dispositions de l'article 7 TUE. Pour le reste, le respect des droits fondamentaux garantis par les traités n'est opposable qu'aux institutions de l'Union ainsi qu'aux Etats lorsque ils mettent en œuvre le droit de l'Union. Même si cette dernière formule doit être interprétée de manière large à la lumière de la jurisprudence de la Cour, elle n'implique pas un contrôle de l'ensemble de l'action des Etats membres. Il convient de se garder d'employer des formules par trop générales comme celles de la Commissaire Reding qui indiquait qu'elle ferait preuve d'une « tolérance zéro » à l'égard des Etats membres donnant ainsi l'impression que l'Union exercerait un contrôle complet sur tous les comportements nationaux. Donner l'illusion d'un contrôle complet ne peut qu'entraîner des désillusions et une perte de crédibilité lorsque, du fait des limites posées par les traités, les actes de l'Union ne pourront être à la hauteur des promesses par trop imprudentes. En ce quí concerne les rapports entre l'Union et la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH), jusqu'au traité de Lisbonne, l'article 6 du TUE imposait seulement à l'Union une obligation de respect de la Convention européenne dans le domaine des compétences de l'Union[1].

Pour en revenir à la question de la coexistence ou de la divergence, il est possible de parler d'une convergence des valeurs, mais avec des risques de divergences dans leur mise en œuvre. La convergence des valeurs est évidente dans l'article 2 TUE qui mentionne les droits fondamentaux parmi celles-ci. On pourrait estimer que le protocole sur la situation de la Pologne et du Royaume-Uni par rapport à la Charte remet en cause cette situation. Cependant, il s'agit moins d'un protocole d'opting out qui remettrait en cause les valeurs communes que d'une proposition d'interprétation de la Charte[2]. La convergence semble complète, mais pour l'Union comme pour les parties à la Convention, les risques de divergences se manifestent dans l'interprétation ou l'application. C'est particulièrement le cas lors qu'apparaissent des conflits de valeurs comme ceux qui résultent de la nécessité d'établir une balance entre la sécurité et la liberté dans la lutte contre le terrorisme ainsi que des difficultés qui peuvent apparaître dans l'analyse des restrictions aux droits liées au recours à la notion d'intérêt général. Comme le rappelle

[1] Avis 2/94 du 28 mars 1996, rec. I-1759.

[2] Voir notre article, *les droits fondamentaux dans l'Union européenne*, European Yearbook on Human Rights, 2010, p. 123 et Florence Benoit-Rohmer, *Completing the transformation : Values and Fundamental Rights in the Treaty of Lisbon*, id, p.49.

dans un article récent l'avocat général Mengozzi, la spécificité de l'Union impose de tenir compte du particularisme de l'Union qui constitue en quelle sorte son identité constitutionnelle. L'interprétation des droits doit respecter la nature et les objectifs de l'Union[3]. Cette situation n'a rien d'anormal, mais, jusqu'à l'adhésion de l'Union à la CEDH, elle permet à la Cour de justice d'arbitrer en dernier ressort d'éventuels conflits.

Dans ces cas, ces conflits de système peuvent être résolus de trois manières différentes. La solution peut résider dans l'acceptation du pluralisme juridique, par l'incorporation des normes d'un système dans l'autre ou par une hiérarchisation des systèmes. Toutes ces solutions ont été envisagées par l'Union. La hiérarchisation à travers l'adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme a été proposè par la Commission dès les années 1970, mais devant les échecs répétés concrétisés par l'avis 1/94[4], la pratique s'est orientée vers un pluralisme ordonné sur le modèle Solange II, puis vers l'incorporation.

2. Le pluralisme tempéré

Le pluralisme repose sur l'existence de systèmes juridiques différents qui s'appliquent dans le même espace et qui ne sont pas hiérarchisés. Le pluralisme se distingue du cosmopolitisme juridique auquel l'ancien président de la Cour constitutionnelle italienne, le Professeur Zagrebelski, avait consacré un discours. En effet, dans ce dernier cas, il s'agit simplement de la propension du juge à rechercher dans d'autres ordres juridiques des solutions aux problèmes auxquels il est confronté en dehors de toute obligation juridique. Dans l'hypothèse du pluralisme, on est en présence de normes d'origine, diverse, qui ont fait l'objet d'une certaine forme de reconnaissance par l'ordre dans lequel elles sont amenées à s'appliquer qu'il s'agisse de traités régulièrement ratifiés ou de normes coutumières, voir de règles internes de différentes origines. Le système de l'Union est très illustratif de cette situation. Les Etats membres doivent appliquer le droit de l'Union qui peut entrer en conflit avec le droit interne, mais aussi la Convention européenne qui peut entrer en conflit non seulement avec le droit interne, mais aussi avec le droit de l'Union. Certes, de manière générale, la similitude des normes existant dans les différents systèmes juridiques en

[3] *Les caractéristiques spécifiques de l'Union européenne dans la perspective de son adhésion à la CEDH*, Il diritto dell'Unione europea, 2010, p. 231.

[4] Avis 2/94 précité.

matière de droits fondamentaux évite toute situation conflictuelle, mais il est possible que des difficultés naissent lorsque ces systèmes contiennent des normes qui font l'objet d'une interprétation contradictoire ou qu'il est impossible d'appliquer simultanément. Le problème n'est pas nouveau et la doctrine internationale, divisée entre dualisme et monisme, a tenté depuis longtemps d'y apporter une réponse s'agissant des conflits entre droit international et droit interne. De même, dans le cas de conflits entre normes résultant de traités internationaux, les règles de la Convention de Vienne sur les traités successifs offrent une méthodologie susceptible d'apporter des solutions en jouant sur la relativité des traités qui ne créent d'obligation que pour les parties. Il est donc possible en cas de contradiction d'appliquer un traité entre certaines parties et un autre entre les autres parties, mais malheureusement cette règle ne joue pas en ce qui concerne les traités relatifs aux droits fondamentaux qui sont considérés comme des traités intégraux[5].

Dans ces conditions, les rapports entre les traités communautaires et la Convention européenne des droits de l'homme ne pouvaient trouver de solution que dans le cadre d'une coexistence pacifique instaurée par les juridictions compétentes. Cette coexistence est le fruit des efforts conjugués de la Cour de l'Union et de la Cour européenne des droits de l'homme.

2.1 L'œuvre de Luxembourg

Paradoxalement, c'est le conflit entre droit constitutionnel national et droit communautaire qui va faire entrer la Convention européenne des droits de l'homme dans le système communautaire. En effet, après l'arrêt Solange I de la Cour constitutionnelle allemande, la Cour de justice, afin d'écarter la menace que faisait peser cette jurisprudence sur primauté du droit communautaire, va reconnaître que les droits fondamentaux font partie du droit communautaire en tant que principes généraux du droit. Mais il reste à définir le contenu de cette protection et, dans la mesure où il n'existe pas de catalogue propre à la Communauté, à faire appel à un catalogue extérieur qui sera importé dans la Communauté.

Dans son arrêt du 17 décembre 1970, elle affirmait que le respect des droits fondamentaux faisait partie des principes généraux du droit dont elle assurait le respect et qu'il convenait de s'inspirer en ce qui concerne la définition de ces droits des traditions constitutionnelles

[5] Voir article 30 de la Convention de Vienne sur le droit des traités et les travaux de la Commission du droit international.

communes aux États membres (11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, rec. 1125). Puis, en 1974, elle affinait sa jurisprudence en faisant référence aux instruments internationaux auxquels les États membres ont coopéré ou adhéré et en particulier à la Convention européenne des droits de l'homme (arrêt du 14 mai 1974, 4/73, *Nold*, rec. 491). La situation pouvait être résumée dans la formule, maintes fois répétée de l'arrêt *Wachhauf*, « … En vertu d'une jurisprudence constante établie notamment par l'arrêt du 13 décembre 1979 (*Hauer*, 44/79, rec. p. 3727), les droits fondamentaux font partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour assure le respect. En assurant la sauvegarde de ces droits, la Cour est tenue de s'inspirer des traditions constitutionnelles communes aux États membres, de telle sorte que ne sauraient être admises dans la Communauté des mesures incompatibles avec les droits fondamentaux reconnus par les constitutions de ces États. Les instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme auxquels les États membres ont coopéré ou adhéré, peuvent également fournir des indications dont il convient de tenir compte dans le cadre du droit communautaire » (arrêt du 13 juillet 1989, 5/88 rec. 2609).

Or il était plus simple pour la Cour de faire référence aux droits consacrés par un texte écrit, la Convention à laquelle tous les Etats membres sont parties, que de se livrer à des recherches comparatives dans les droits constitutionnels nationaux. Ce n'est que lorsqu'un droit invoqué ne se trouvait pas consacré dans la Convention qu'une telle recherche devenait nécessaire. Le contenu matériel de la Convention se trouvait ainsi incorporé dans le droit communautaire[6]. Bien entendu, dans l'ordre juridique communautaire, la Cour de justice détenait en dernier ressort le pouvoir d'interpréter la Convention.

Il restait cependant à déterminer la place des droits fondamentaux dans la hiérarchie des normes propre à l'Union. Si nul ne doutait de la suprématie sur le droit dérivé[7], les hésitations étaient permises en ce qui concernait le droit primaire. Que se passerait-il en cas de conflit entre un droit fondamental reconnu en tant que principe général du droit et une règle de droit primaire, comme l'une des quatre libertés. La réponse était

[6] Pierre Pescatore avait proposé de recourir à une technique différente, celle de la succession. Selon lui, la Cour aurait dû admettre que, comme elle l'avait jugé pour le GATT, la Communauté avait succédé aux Etats membres comme partie à la Convention pour ce qui concernait ses compétences. Cette solution se heurtait cependant à l'époque au fait que la France n'était pas partie à la Convention.

[7] En effet, dans le cas contraire, la reconnaissance des droits fondamentaux comme principes généraux du droit n'aurait eu guère d'intérêt.

implicitement donnée dans l'affaire *Schmidberger*[8]. En présence d'un conflit entre la libre circulation des marchandises et la liberté d'expression, la Cour se gardait de tout raisonnement fondé sur une quelconque hiérarchie et plaçait sur le même plan les deux principes en s'efforçant de régler leur coexistence. Elle considérait que la libre circulation et la liberté d'expression ne constituaient, ni l'une ni l'autre, des principes absolus. Dans ce contexte, des dérogations à la libre circulation au nom de la liberté d'expression étaient possibles dès lors que le principe de proportionnalité était respecté. Plus tard, la Cour clarifiait sa position dans l'affaire *Kadi* en considérant que le respect des droits fondamentaux était un principe constitutionnel de l'Union[9] avant de reconnaître ce caractère à l'ensemble des principes généraux du droit[10].

Il résulte de la jurisprudence que les droits consacrés dans la Convention européenne des droits de l'homme étaient reconnus dans l'Union avec le rang de droit primaire. Bien entendu, cette reconnaissance n'exclut pas tout risque de conflit puisque la Cour de Luxembourg conserve la maîtrise de l'interprétation de la Convention à son niveau et que des divergences d'interprétation entre Strasbourg et Luxembourg demeurent toujours possibles[11].

2.2 L'apport de Strasbourg

La Cour européenne des droits de l'homme ne pouvait se désintéresser de l'Union européenne et considérer que, puisqu'elle n'était pas (et ne pouvait pas être à l'époque) partie à la Convention, son activité échappait complètement à son contrôle. En effet, il était difficile d'admettre que des domaines ne relevaient plus de ce contrôle parce qu'ils avaient fait l'objet d'un transfert de compétences au profit de la Communauté. Cela aurait signifié que la construction communautaire conduisait à restreindre le droit des particuliers à bénéficier d'un contrôle externe de compatibilité des actes qui leur étaient applicables avec la Convention. Cela aurait également voulu dire que la création d'une organisation internationale permettait d'échapper aux obligations de la

[8] Arrêt du 12 juin 2003, affaire C-112/00, rec. I-5659.

[9] Arrêt du 3 septembre 2008, affaire C- 402 et 415/05 P, rec. I-6351.

[10] « Les principes généraux du droit se situent au rang constitutionnel » arrêt du 15 octobre 2009, *Audiolux*, affaire C-101/08, rec. I-9823.

[11] La doctrine s'est toujours plu à souligner les conflits potentiels notamment s'agissant de la protection du domicile professionnel dans le cadre des enquêtes en droit de la concurrence ou du statut de l'avocat général devant la Cour au regard du droit à un procès équitable.

Convention dans le champ des compétences de cette organisation. La Cour ne pouvait accepter de telles conséquences, mais ne pouvait exercer un contrôle direct sur les actes de la Communauté. La solution consistait à exercer un contrôle indirect sur le droit communautaire par l'intermédiaire des mesures nationales de mise en œuvre. Dans l'arrêt *Cantoni c/ France*, elle acceptait de contrôler un acte national qui transposait une directive[12]. Mais la solution était intellectuellement peu élaborée et la Cour ne justifiait guère sa position. D'ailleurs, dans de nombreux cas, elle évitait de se prononcer par le biais de l'irrecevabilité. Un premier pas important est franchis dans l'affaire Matthews lorsque la Cour juge les Etats responsables des règles de droit primaire contraire à la Convention[13]. Cette solution n'a rien de choquant puisque ces actes qui échappent au contrôle de la Cour de justice ne sont pas des actes communautaires, mais sont imputables aux Etats membres.

En ce qui concerne le droit dérivé, la Cour de Strasbourg décidait en 2005 de franchir le pas et de soumettre à son contrôle les actes des États membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit communautaire. Dans l'arrêt de principe *Bosphorus*[14], elle examine la conformité de mesures irlandaises d'application d'un règlement bien que le droit communautaire ne laissait en l'espèce aucune marge d'appréciation à l'Irlande. Cependant, le contrôle n'est pas complet et la position adoptée est fort proche de celle retenue par la Cour constitutionnelle allemande dans *Solange II*. En effet, la Cour de Strasbourg indique que, si de telles requêtes sont en principe, recevables, elle n'exercera son contrôle que lorsque le droit de l'Union n'offrira pas une protection équivalente à celle garantie par la Convention européenne des droits de l'homme. Pour la Cour, équivalence ne signifie pas identité, aussi les requêtes ne seront recevables que dans le cas d'une insuffisance manifeste de protection. Le droit de l'Union bénéficie donc d'une présomption de conformité qui peut être écartée si la protection garantie est insuffisante au regard de la Convention. La solution retenue revient à laisser entre les mains de la Cour européenne des droits de l'homme le soin de décider de l'adéquation de la protection au sein de l'Union. La pratique montre que la Cour fait preuve d'une grande souplesse dans l'application de sa jurisprudence *Bosphorus* et n'exerce qu'un contrôle minimal[15] de telle sorte que des comportements qui seraient sanctionnés s'ils étaient

[12] Arrêt du 15 novembre 1996.
[13] Arrêt du 18 février 1999.
[14] Arrêt du 30 juin 2005.
[15] Voir Florence Benoit-Rohmer, *Les enfants de Bosphorus*, Revue trimestrielle des droits de l'homme, 2010, p.18.

imputables à un Etat partie échappent à la censure lorsqu'ils relèvent de l'Union[16].

Si la Cour a accepté de se déclarer compétente dès lors qu'un État membre met en œuvre le droit communautaire, il n'en va pas de même s'agissant des actes internes, imputables à la seule Communauté. Dans ces cas, la Cour décline sa compétence au motif que la Communauté n'est pas partie à la Convention[17].

Pendant cette période de pluralisme ordonné, les jurisprudences de Luxembourg et de Strasbourg ont su organiser la coexistence du droit communautaire et de la Convention. Certes, comme toujours en ce type de solution, la situation n'est pas parfaite et n'offre pas de garantie absolue quant à l'absence de conflits. Cependant, l'expérience a montré que, même en cas de solutions divergentes quant à l'interprétation à donner aux droits garantis, celles-ci pouvaient rapidement faire l'objet de corrections. Cependant, le système n'est parfait tant pour le particulier que pour l'Union. S'agissant des particuliers, le cheminement d'une affaire d'un tribunal national à Strasbourg en passant par Luxembourg est complexe. Il est également incertain puisque la Cour n'exerce qu'un contrôle minimum et que la recevabilité est de ce fait difficile à apprécier. Quant à l'Union, elle ne peut lorsque ses actes sont en cause se comporter comme une partie puisque le défendeur est un Etat membre et qu'elle est seulement partie intervenante.

3. L'incorporation de la Convention dans le droit de l'Union

Le traité de Maastricht n'apporte pas de nouveauté par rapport à la jurisprudence de la Cour qu'il reproduit fidèlement. La Convention est incorporée dans le droit primaire comme l'une des sources des droits fondamentaux lesquels conservent la valeur de principes généraux du droit. Le traité d'Amsterdam confirme la justiciabilité des droits fondamentaux en incorporant l'article 6 TUE parmi les articles de ce traité applicables par la Cour de Justice. L'évolution essentielle quant à l'incorporation de la Convention résulte du traité de Lisbonne.

En effet, la Convention fait l'objet de nombreuses références dans ce traité. Tout d'abord, selon l'article 6 TUE, elle demeure l'une des sources de principes généraux du droit, même si, en raison de l'élévation de la Charte au niveau du droit primaire, les principes généraux du droit

[16] Décision sur la recevabilité du 20 janvier 2009, *Cooperatieve Producentenorganisatie Van de Nederlandse Kokkelvisserij U.A.*, requête no 13645/05.

[17] Décision sur la recevabilité du 9 septembre 2008, *Boivin*, requête no 7325/01.

n'occupent plus qu'une place subsidiaire en tant que source des droits fondamentaux.

Ensuite, l'article 53 de la Charte accorde à la Convention la place d'un standard minimum en dessous duquel la protection des droits fondamentaux dans l'Union ne saurait aller. À ce titre, le contenu matériel de la Convention est incorporé par le canal de l'article 53 dans le droit primaire de l'Union. Cette dernière doit respecter les droits garantis par la Convention, mais elle peut offrir une protection plus élevée.

Mais les auteurs de la Charte ont eu le souci d'imposer la cohérence entre les droits garantis par la Charte et ceux qui résultent de la Convention afin d'assurer une interprétation identique à des droits similaires. D'où l'article 52, paragraphe 3, de la Charte qui impose qu'en présence de droits identiques, il leur soit accordé le même sens et la même portée que dans la Convention toujours avec la réserve que la protection offerte par l'Union puisse être plus étendue. Ici, la Convention ne devrait plus constituer un standard minimum, mais s'appliquer directement. L'identification de ces droits n'est pas aisée. Il existe en effet des droits qui sont totalement identiques, des droits qui ont un sens plus large que celui des droits garantis par la Convention et enfin des droits qui, bien qu'identiques, ont un champ d'application plus large, comme la règle non bis in idem ou les droits syndicaux. L'appréciation de l'identité conditionne la reprise par la Cour de Luxembourg de la jurisprudence de Strasbourg. Cette application éventuelle de la Convention porte pas simplement d'ailleurs sur la définition des droits, mais également sur le régime des limitations puisque le régime de limitation prévu par l'article 52, paragraphe 1, n'est pas identique à celui de la Convention. Aussi, en cas d'identité entre les droits, le régime de limitation prévu par la Convention s'appliquera. Dans les autres cas, le régime applicable sera celui de l'article 52 pour autant qu'il ne conduise pas à une protection inférieure à celle que prévoit la Convention. La rédaction de l'article 52 a fait, lors de la rédaction de la Charte, l'objet de larges débats opposant les partisans de l'autonomie du droit communautaire aux défenseurs d'une application intégrale de la Convention européenne des droits de l'homme. Les premiers soutenaient que la formule du standard minimum accordé à la Convention par l'article 53 était suffisante tandis que les seconds plaidaient pour l'existence d'une système unique de protection au niveau européen afin d'éviter que le juge national se trouve dans l'obligation d'appliquer simultanément des normes différentes à un même droit. Un accord n'a pu être trouvé qu'au dernier moment grâce à la formule de l'article 53,

paragraphe 3, de la Charte. La Cour de justice a été amenée à se pencher sur la correspondance entre les dispositions de la Charte relatives au traitement des données personnelles et l'article 8 CEDH relatif à la vie privée[18]. Elle semble estimer que le régime de limitation prévu par la Charte est compatible avec celui prévu en ce cas par la Convention. Mais, la question sera en grande partie réglée par l'adhésion de l'Union à la Convention prévue à l'article 6, paragraphe 2, du traité.

En tout cas, la Charte, portée au rang de droit primaire par le traité de Lisbonne, réalise une incorporation des dispositions de la Convention dans le droit de l'Union. Ceci ne signifie pas que tous problème soit évité puisque la Cour de justice reste l'ultime interprète de la Convention, même si, en vertu de la jurisprudence *Bosphorus*, la Cour de Strasbourg pourrait être saisie d'une requête contre un Etat membre en cas d'insuffisance manifeste de protection au regard des droits garantis par la Convention.

4. La hiérarchisation

Elle est l'œuvre du traité de Lisbonne dont l'article 6, paragraphe 2, impose à l'Union d'adhérer à la Convention. Le protocole n°8 vient préciser certains aspects liés à cette adhésion. Le résultat de l'adhésion sera de soumettre le droit de l'Union au contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme.

L'article 6 ne se limite pas en effet à constituer une base juridique en vue de l'adhésion, mais en employant l'impératif, il impose sans doute possible à l'Union d'adhérer à la Convention. Un manquement à cette obligation justifierait une action en carence devant la Cour de justice puisque le texte français du traité sur l'Union européenne indique que « [l]'Union adhère » à la CEDH.

Sur le plan procédural, l'accord d'adhésion devra recueillir l'unanimité des membres du Conseil et l'approbation du Parlement européen. La Constitution prévoyait la majorité qualifiée, mais l'unanimité lui a été substituée à la demande danoise. Ceci ne modifie guère la situation puisque de toute façon l'accord d'adhésion devra être ratifié par toutes les parties à la CEDH lesquelles incluent tous les membres de l'Union. De la même manière, l'exigence de ratification par les Etats membres de la décision d'adhésion rencontre la nécessité pour

[18] Arrêt du 9 novembre 2010, *Volker et Markus Scheke BGR*, affaires C-92 et 93/09, non encore publié au recueil.

les parties contractantes à la Convention de ratifier le protocole d'adhésion.

Ceci ne signifie pas pour autant que le processus suit aisé, car il implique que tous les membres de l'Union, après s'être mis d'accord au printemps 2010 sur le mandat de négociation, approuvent les résultats obtenus. Même si le protocole relatif à l'adhésion fournit un certain encadrement, il laisse ouvert un grand nombre de questions sur lesquelles il n'est pas aisé de trouver un accord. Elles sont liées à la spécificité de l'Union ainsi qu'à la participation de celle-ci aux instances de Strasbourg.

Certes le protocole 14 à la CEDH, entré en vigueur le 1er juin 2010, règle au moins l'une d'entre elles puisqu'il contient un article 17 qui amende la Convention en prévoyant l'adhésion de l'Union. La question de principe est donc réglée, mais il reste d'importantes questions à trancher.

L'adhésion étendra le champ du contrôle juridictionnel des droits fondamentaux. En effet, l'article 275 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) exclut expressément du contrôle exercé par la Cour de justice les activités de l'Union au titre de la politique étrangère et de sécurité commune à l'exception des mesures restrictives prises à l'égard des particuliers. Mais la convention européenne des droits de l'homme s'applique à toutes les questions qui relèvent de la juridiction des parties contractantes. Il en résulte que la Cour de Strasbourg pourrait être conduite à connaître d'actes effectués dans le cadre d'interventions de l'Union européenne à l'extérieur. Mais ce n'est qu'un des aspects de la situation. D'autres retiennent davantage l'attention

4.1 Quel corpus de règles retenir pour l'adhésion?

Si le traité prévoit l'adhésion de l'Union à la convention, rien n'est dit en ce qui concerne les protocoles. Diverses solutions sont envisageables. Il serait possible de ne faire adhérer l'Union qu'aux protocoles déjà ratifiés par tous les Etats membres. Cependant rien n'impose ce parallélisme. Les protocoles ratifiés ne s'imposeront qu'à l'Union et non aux Etats membres lesquels ne seront touchés que dans la mesure où ils mettent en oeuvre le droit communautaire. En outre, dans certains cas, cela impliquerait une régression dans la protection qui sera offerte. Ainsi, le droit de l'Union répond déjà avec les obligations qui résultent du protocole n° 12 relatif à la non-discrimination. Il n'existe aucune raison pour exclure ce protocole même s'il n'est pas ratifié par tous les Etats membres. Il en va de même des protocoles relatifs à la peine de mort. Celle-ci est déjà prohibée par l'article 2 de la Charte.

On pourrait suggérer de ne retenir que les protocoles qui correspondent aux compétences de l'Union. Mais ce serait tomber dans la confusion entre la compétence pour agir et l'obligation de respecter les droits fondamentaux. Ce n'est pas parce que l'Union n'aurait pas compétence pour statuer sur la peine de mort qu'elle ne pourrait porter atteinte au droit à la vie sous cet aspect particulier. Que l'on songe par exemple à la conclusion d'un accord d'extradition avec un Etat membre qui pratique la peine de mort. Si une disposition interdisant l'extradition au cas où la peine de mort serait prononcée n'y était introduite, l'Union pourrait porter atteinte au droit à la vie. La sagesse impose donc de choisir une vision large quant aux protocoles et, pour le moins, d'adhérer à tous les protocoles qui se réfèrent à des droits garantis par la Charte ce n'est pas la solution retenue par le *mandat* de négociations adopté par le conseil qui, en fait, recherche à atblir une équivalence entre les engagements de l'Union et ceux des etats membres.

4.2 La prise en compte des spécificités de l'Union

Deux éléments présentent une importance particulière: la préservation de la répartition des compétences entre l'Union et les Etats membres et la protection de la place et du rôle de la Cour de justice dans l'ordre juridique de l'Union.

a) Sur le premier point, il s'agit d'éviter, en cas de recours individuel, qu'à travers l'appréciation du choix du défendeur par l'auteur de la requête, la Cour de Strasbourg puisse être amenée à se prononcer sur la répartition des compétences entre l'Union et ses Etats membres. En estimant qu'une requête dirigée contre un Etat ou contre l'Union est irrecevable par ce que le comportement reproché n'est pas imputable au défendeur, la Cour pourrait s'immiscer dans la répartition des compétences entre l'Union et ses Etats membres. Or cette question ne peut être laissée à la Cour de Strasbourg puisqu'elle relève de choix effectués par les auteurs des traités sur lesquels la Cour n'a aucun contrôle à effectuer. Il n'est pas toujours aisé pour un requérant individuel de déterminer lequel de l'Union ou de l'Etat membre est responsable d'une violation de ses droits, notamment lorsque le droit de l'Union laisse une certaine marge d'appréciation aux Etats. Dans ce cas, il faut décider si la violation est intervenue ou non dans le cadre de cette marge. Laisser ce choix à la Cour EDH reviendrait à la laisser juge de la répartition des compétences entre l'Union et ses Etats membres. La solution envisagée consiste à mettre en place un système dit de « coresponsabilité » qui permettrait à l'Union ou à un Etat membre de se porter « codéfendeur »

à côté du destinataire de la requête. En cas de violation, la condamnation serait solidaire et il appartiendrait à l'Union de décider qui est le véritable auteur de la violation et devra donner suite à l'arrêt.

b) Plus important encore est la préservation de l'exclusivité du pouvoir d'interprétation du droit de l'Union par la Cour de justice. Cette exigence a été rappelée avec vigueur par la Cour de justice dans son avis sur l'Espace économique européen[19]. Or, certains craignent que la Cour de Strasbourg ne soit amenée à interpréter une disposition du droit de l'Union afin d'en déterminer la conformité de celle-ci avec la Convention, portant ainsi atteinte au monopole d'interprétation de la Cour de justice. En fait, la question ne se pose pas pour les actes de l'Union qui peuvent faire l'objet d'un recours direct devant la Cour de justice par les particuliers. La règle d'épuisement des recours internes leur imposent d'exercer leur droit de recours à Luxembourg avant de saisir Strasbourg. Dans ce cas, la Cour européenne des droits de l'homme disposera de l'interprétation du droit de l'Union donnée par la Cour de justice et elle se refuse de se substituer aux autorités nationales lorsqu'il s'agit d'interpréter tant le droit national (en l'espèce le droit de l'Union) qu'un traité[20]. Elle devrait donc s'en remettre à l'interprétation donnée par la Cour de justice.

Le problème est différent lorsque l'invalidité de l'acte pour non

[19] Avis 1/91 du 14 décembre 1991, rec. I-6079: « Il s'ensuit que la compétence attribuée à la Cour EEE en vertu des articles 2, sous c), 96, paragraphe 1, sous a), et 117, paragraphe 1, de l'accord, est susceptible de porter atteinte à l'ordre des compétences défini par les traités et, partant, à l'autonomie du système juridique communautaire dont la Cour de justice assure le respect, en vertu de l'article 164 du traité CEE. Cette compétence exclusive de la Cour de justice est confirmée par l'article 219 du traité CEE selon lequel les États membres s'engagent à ne pas soumettre un différend relatif à l'interprétation ou à l'application de ce traité à un mode de règlement autre que ceux prévus par celui-ci. L'article 87 du traité CECA comporte une disposition dans le même sens. L'attribution de cette compétence à la Cour EEE est, dès lors, incompatible avec le droit communautaire ».

[20] Comme elle le déclarait récemment dans une décision d'irrecevabilité: « The Court reiterates that it is primarily for the national authorities, notably the courts, to interpret and apply domestic law. More specifically, it is not for the Court to rule on the validity of national laws in the hierarchy of domestic legislation (see also Kruslin v. France, 24 April 1990, § 29,Series A no. 176-A). This also applies where international treaties are concerned; it is for the implementing party to interpret the treaty, and in this respect it is not the Court's task to substitute its own judgment for that of the domestic authorities, even less to settle a dispute between the parties to the treaty as to its correct interpretation (see Slivenko v. Latvia [GC], no. 48321/99, § 105, ECHR 2003-X)». Cette obligation est rappelée dans les conclusions de la réunion de 2010 à Interlaken : « Eviter de réexaminer des questions de fait ou du droit interne qui ont été examinées et décidées par les autorités nationales, en accord avec sa jurisprudence selon laquelle elle n'est pas un tribunal de quatrième instance ».

respect des droits garantis par la Convention est invoquée devant un juge national. Si le particulier demande un renvoi préjudiciel et que le juge national y donne suite, la Cour de justice aura l'occasion de se prononcer. Si le particulier n'a pas sollicité pas de renvoi préjudiciel, la Cour européenne des droits de l'homme pourrait rejeter une requête ultérieure pour non épuisement des voies de recours internes. Par contre, si un tel renvoi a été demandé, mais que le juge national n'y a pas donné suite, il paraîtrait injuste de faire jouer le non épuisement puisque la responsabilité du requérant n'est pas en cause. Mais, dans cette hypothèse, la Cour de Strasbourg pourrait être amenée à se prononcer alors que la Cour de justice n'a pas eu auparavant l'occasion d'examiner la question. Or, comme l'écrit cette dernière : « il importe d'éviter que la Cour européenne des droits de l'homme soit amenée à statuer sur la conformité d'un acte de l'Union avec la Convention sans que la Cour de justice ait pu, au préalable, se prononcer définitivement à cet égard »[21].

Il existe deux moyens de remédier à cette situation. Le premier, qui semble le plus logique, consisterait à renforcer la discipline du renvoi préjudiciel et à compléter la jurisprudence *Photoforst*[22] en demandant aux juridictions nationales de procéder à un renvoi préjudiciel dans tous les cas dans lesquels la contrariété entre un acte de l'Union et la Convention est invoquée et non pas dans les seuls cas où celles-ci estiment que la requête est fondée. Après tout, le traité impose clairement aux juridictions statuant en dernier ressort de saisir la Cour et ce n'est que par dérogation que la Cour de justice assoupli cette obligation. Rien n'interdit donc dans ce cas d'en revenir à une application plus rigoureuse du traité. On conçoit que la Cour de justice redoute de voir son prétoire encombré de tels renvois. Mais est-il vraiment nécessaire de chercher une solution à un problème qui peut être résolu dans le cadre interne de l'Union en introduisant des dispositions spécifiques dans l'accord d'adhésion à la CEDH?

En effet, c'est cette voie que semble poursuivre la Cour de justice lorsqu'elle fait référence à la nécessité « de disposer, afin de respecter le principe de subsidiarité inhérent à la Convention et d'assurer en même temps le bon fonctionnement du système juridictionnel de l'Union, d'un mécanisme susceptible de garantir que la Cour de justice puisse être saisie, de manière effective, de la question de la validité d'un acte de l'Union avant que la Cour européenne des droits de l'homme ne statue

[21] Document de réflexion de la Cour de justice de l'Union européenne sur certains aspects de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 5 mai 2010.

[22] Arrêt du 22 octobre 1987, affaire 315/85, rec. 4199.

sur la conformité de cet acte avec la Convention »[23]. Le juge Timmermans préconise à cette fin que la Commission soit habilité à saisir la Cour de justice d'une demande préjudicielle lorsqu'il apparaîtrait que, dans un cas déclaré recevable par la Cour européenne des droits de l'homme, la Cour de justice n'a pas eu l'occasion de se prononcer[24]. La procédure serait suspendue à Strasbourg et terminée si la Cour de justice constate une violation. Dans le cas contraire, elle se poursuivrait après l'arrêt de Luxembourg. On s'est demandé si une telle solution peut être envisagée sans révision du traité. Est-il possible de mettre en place un tel système de renvoi sur la seule base d'un accord d'adhésion ? Il appartiendra à la Cour de le dire si elle est saisie, comme il est probable, d'une demande d'avis sur le futur accord et nul n'est besoin d'être grand clerc pour deviner sa réponse. Par contre, il faut souligner le caractère exceptionnel d'une voie de droit par laquelle la Cour déclarerait invalide un acte que, par voie de jugement avec autorité de chose jugée, les plus hautes instances judiciaires nationales ont déclaré valide. Mais il semble que ce soit le prix à payer pour l'adhésion.

c) Enfin, il convient de rappeler qu'à la différence de la Cour de justice, la Cour de Strasbourg n'a pas le pouvoir d'annuler un acte de l'Union. Elle se limite à déclarer l'incompatibilité de celui avec la Convention dans un jugement déclaratoire laissant le soin à l'Union d'en tirer les conséquences. L'appréciation des conséquences de l'arrêt relève donc de la compétence de l'Union ce qui permet à celle-ci de conserver la pleine maîtrise du droit de l'Union à condition qu'il soit conforme à la Convention.

Certains ont estimé que le contrôle du droit primaire par Strasbourg devrait être exclu. Il faut y voir un mauvais souvenir de l'affaire *Matthews*[25]. Il s'agirait de revenir sur la jurisprudence selon laquelle les Etats membres sont responsables des violations de la Convention par le droit primaire. À vrai dire, il sera difficile de retenir une telle position qui constitue un recours en arrière par rapport à la situation existante et qui n'est pas spécifique à l'Union puisque la Cour de Strasbourg applique le principe du contrôle à toutes les organisations internationales.

D'autres souhaitaient que la solution retenue dans l'arrêt *Bosphorus*, c'est-à-dire celle d'un contrôle du droit de l'Union uniquement en cas d'insuffisance manifeste de la protection, soit maintenue. En fait, après

[23] Idem.

[24] Audition devant la Commission institutionnelle du Parlement européen, 18 mars 2010.

[25] Précitée.

l'adhésion, la situation sera différente. Il ne s'agira plus d'un recours contre un acte d'un Etat membre qui met en œuvre un acte de l'Union ne lui laissant aucune marge d'appréciation, mais d'un recours relatif à l'incompatibilité d'un acte de l'Union avec la Convention. Dans ces conditions, il n'existe guère de raison pour que l'Union soit traitée différemment des autres parties contractantes. On arguera que l'Union a bénéficié dans l'arrêt *Bosphorus* d'une présomption de protection équivalente à celle offerte par la Convention. Mais on voit mal pourquoi cette situation spécifique devrait persister. Les Etats parties à la Convention pourraient d'ailleurs également revendiquer une telle protection. Dans la mesure où le contrôle exercé sur ces derniers est complet, il n'existe aucune raison de soumettre l'Union à un régime de protection allégé. L'argument selon lequel l'Union n'est pas un Etat n'a guère de valeur dans la mesure où l'effet de ses actes est comparable à celui d'une législation nationale.

5. Conclusion

Le long chemin parcouru par la jurisprudence et les traités a conduit à passer d'une coexistence pacifique entre le droit communautaire et le droit de la Convention à une intégration de cette dernière dans le droit de l'Union, puis à une hiérarchisation entre celle-ci et ce même droit. Cela marque-t-il la victoire de Kelsen sur Anzilotti ? Plus sérieusement ne s'agit-il pas d'un mouvement habituel dans l'Union. Si l'on considère, par exemple, la question contestée des rapports entre le droit constitutionnel national et le droit de l'Union, on a assisté au développement d'un pluralisme ordonné par le dialogue des juges. Puis le traité de Lisbonne a intégré dans ses articles 2 et 4 TUE certaines des valeurs constitutionnelles nationales ce qui devrait à terme faire disparaître bien des difficultés puisqu'un acte de l'Union contraire à ces valeurs fondatrices de l'identité nationale sera invalide au regard du droit de l'Union. Dans ce contexte et à long terme, les obstacles à la hiérarchie, en l'espèce la primauté pourraient disparaître. Un passage progressif du pluralisme à la hiérarchie, n'est-ce pas la lente voie de l'intégration?

TEST GENETICI
E TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI IN EUROPA

Francesco COSTAMAGNA*

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Test genetici e tutela della dignità umana. – 2.1 La dignità umana quale valore fondamentale del sistema europeo. – 2.2. Consenso informato e diritto a non sapere. – 3. I test genetici venduti direttamente ai consumatori: quale tutela per i diritti fondamentali? – 3.1 Profilo di una pratica altamente problematica – 3.2. I (primi) tentativi di disciplinare la pratica: l'azione del Consiglio d'Europa e dell'Unione europea – 4. Test genetici e divieto di discriminazione. – 4.1. I rischi derivanti dall'utilizzo dei dati genetici da parte di attori privati: il caso di imprese assicurative e datori di lavoro. – 4.2 Il divieto di discriminazione genetica negli strumenti del Consiglio d'Europa e nell'ordinamento dell'Unione europea: luci ed ombre. 5. Osservazioni conclusive

1. Introduzione

Gli enormi passi in avanti compiuti dalla ricerca genetica nel corso dell'ultimo decennio hanno aperto nuovi e sconfinati orizzonti dal punto di vista epistemologico. Una pietra miliare di tale processo evolutivo è senz'altro rappresentata dal completamento della mappatura dei geni umani per quanto riguarda la sequenza nei singoli cromosomi, avvenuta agli inizi degli anni 2000[1]. Il sequenziamento del genoma umano ha, in-

* Ricercatore non confermato, Università degli Studi di Torino.

[1] Si fa riferimento in questa sede al cd. Programma Genoma Umano, un progetto internazionale di ricerca iniziato nel 1990 e giunto a definitiva conclusione nel 2003 con la produzione di una sequenza di riferimento del genoma umano. Grandissime polemiche erano sorte dopo che ad analogo risultato, ma con un budget decisamente più limitato rispetto a quello messo a disposizione dai governi per il Progetto Genoma Umano, era giunto anche un progetto parallelo condotto da una società privata, la Celera Corporation.

fatti, contribuito ad una migliore comprensione delle funzioni dei singoli geni e del loro impatto sull'insorgenza di alcune patologie[2].

I successi ottenuti sul piano scientifico hanno avuto ricadute importanti sullo sviluppo dei test genetici[3], contribuendo ad incrementare il loro utilizzo in diversi settori[4]. Questo tipo di evoluzione è particolarmente evidente soprattutto nella pratica medica, un ambito nel quale i progressi relativi alla conoscenza del genoma umano si sono tradotti nell'aumento del numero di malattie genetiche suscettibili di essere individuate tramite questo tipo di analisi. Dinamiche per molti versi simili si registrano anche dal lato della domanda: gli importanti risultati ottenuti sul piano scientifico, unitamente alla crescente attenzione dedicata dai mezzi di comunicazione al tema, hanno, infatti, contribuito alla creazione di grandi aspettative nell'opinione pubblica e ad un conseguente aumento nella richiesta di tali servizi. D'altra parte, è di tutta evidenza come si tratti di uno strumento dotato di enormi potenzialità sotto il profilo terapeutico. I test genetici si prestano, infatti, ad essere utilizzati per finalità diagnostiche, prognostiche e, soprattutto, predittive, consentendo, pur in assenza di sintomatologia, di individuare quei genotipi suscettibili di portare, o semplicemente contribuire, allo sviluppo di determinate patologie[5]. Una caratteristica quest'ultima in grado di rivoluzionare il tradizionale paradigma dell'intervento medico, modificandone i tempi e le modalità.

[2] Il sequenziamento del genoma umano consente, infatti, di indagare con maggior cognizione di causa i legami statistici tra determinate mutazioni genetiche e l'insorgenza di alcune patologie specifiche.

[3] Secondo la definizione datane dall'Istituto superiore di sanità, per test genetico "si intende l'analisi a scopo clinico di DNA, RNA, cromosomi, proteine, metaboliti o altri prodotti genici per evidenziare genotipi, mutazioni, fenotipi o cariotipi correlati o meno con patologie ereditabili umane" (ISS, *Linee guida per test genetici*, Rapporto tecnico del Gruppo di lavoro, 19 maggio 1998, p. 10).

[4] A tale proposito, basti rilevare come l'analisi del DNA costituisca uno strumento sempre più utilizzato anche nella lotta contro la criminalità. Il cd. *DNA profiling* consente, infatti, di rilevare l''impronta genetica' di un soggetto, la quale potrà, poi, essere comparata con le tracce biologiche rinvenute sulla scena del reato, rendendo, così, più agevole l'individuazione dell'autore del fatto. Questo tipo di utilizzo dei test genetici non sarà oggetto di analisi specifica nel presente lavoro; sui problemi sollevati da tale pratica in termini di rispetto dei diritti fondamentali si rimanda al contributo di I. COLUSSI nel presente volume.

[5] Si deve distinguere tra le malattie monogeniche, le quali dipendono dall'alterazione di un singolo gene, da quelle, decisamente più diffuse, multifattoriali, la cui insorgenza è legata alla complessa interazione tra fattori genetici e ambientali. Nel primo caso, l'individuazione dell'esistenza della mutazione attraverso un test genetico consente di predire con certezza la futura insorgenza della malattia. Nel secondo, invece, l'alterazione genetica è solo una delle cause che potrebbe portare a sviluppare la patologia e, di conseguenza, ogni previsione non può che essere espressa in termini di mera probabilità.

Nel contempo, non può trascurarsi come l'utilizzo dei test genetici, soprattutto di quelli predittivi, abbia implicazioni che vanno ben oltre la mera dimensione tecnica, sollevando importanti questioni di carattere etico, sociale e giuridico. Si tratta, infatti, di uno strumento altamente invasivo della sfera personale, consentendo l'accesso a dati molto sensibili, quali, ad esempio, quelli relativi alla salute del soggetto, non solo in riferimento allo stato attuale, ma anche in ottica futura. Un'intrusione che, tra l'altro, non riguarda soltanto la persona che si sottopone al test, ma anche soggetti terzi, quali i suoi consanguinei. Vi è, poi, il rischio che i dati genetici siano utilizzati per finalità discriminatorie, potendo talvolta ingenerare veri e propri fenomeni di stigmatizzazione nei confronti di taluni gruppi sociali.

Si tratta di rischi che appaiono oggi aggravati dalla maggior accessibilità dei test genetici, determinata dalla sensibile riduzione dei costi ottenuta grazie ai progressi scientifici e al sempre maggiore utilizzo delle tecnologie informatiche in questo ambito. Un'evoluzione che, per quanto sicuramente positiva sotto molti punti di vista, ha contribuito alla creazione di un vero e proprio 'mercato dei test genetici', al quale partecipano in modo sempre più consistente anche soggetti privati che agiscono secondo logiche imprenditoriali. Diventa, quindi, sempre più urgente l'elaborazione di un quadro normativo in grado di offrire adeguata tutela ai diritti fondamentali degli individui coinvolti. Un compito che non pare più potersi assolvere solo a livello nazionale, stante l'esigenza di rispondere a quella che l'OCSE definisce "the 'internationalization' of genetic testing"[6].

Il presente contributo si concentra sulle risposte elaborate nel contesto europeo, analizzando, prima di tutto, gli strumenti adottati dal Consiglio d'Europa, essendo questa l'organizzazione che ha tradizionalmente dedicato maggiore attenzione ai temi in esame. Un punto di riferimento importante in questo senso è rappresentato dalla Convenzione sui diritti dell'uomo e la biomedicina, firmata ad Oviedo il 4 aprile 1997 ('Convezione di Oviedo')[7]. Trattandosi di una convenzione-quadro[8], non sor-

[6] *OECD Guidelines for Quality Assurance in Molecular Genetic Testing*, 2007, p. 5.

[7] *Convenzione per la protezione dei diritti dell'uomo e della dignità dell'essere umano nei confronti delle applicazioni della biologia e della medicina*, CETS n. 164, firmata a Oviedo il 4 aprile 1997.

[8] Per un'analisi complessiva dello strumento si vedano, per tutti, G. CATALDI, *La Convenzione del Consiglio d'Europa sui diritti dell'uomo e la biomedicina*, in L. CHIEFFI (a cura di), *Bioetica e diritti dell'uomo*, Torino, 2000, pp. 267-280; R. SAPIENZA, *La Convenzione europea sui diritti dell'uomo e la biomedicina*, in Rivista di diritto internazionale, 1998, pp. 457-470.

prende che l'atto si limiti ad enunciare solo alcuni principi generali, lasciando il compito di elaborare una disciplina più dettagliata ad altri strumenti, quali, per ciò che concerne i test genetici, il Protocollo del 2005 sulla ricerca biomedica[9] e quello del 2008 sui test genetici a fini medici[10].

L'analisi prende in considerazione anche l'ordinamento dell'Unione europea, dove, almeno per il momento, il tema del rapporto tra i test genetici e la tutela dei diritti fondamentali è stata affrontata in maniera meno organica. Vi sono, però, alcune disposizioni, soprattutto nella Carta dei diritti fondamentali[11], che meritano di essere attentamente esaminate, rappresentando il primo tentativo di affrontare un tema che pone questioni fondamentali per il futuro di un processo integrativo sempre più proiettato oltre l'originaria dimensione economica.

2. Test genetici e tutela della dignità umana

2.1 La dignità umana quale valore fondamentale del sistema europeo

La tutela della dignità umana costituisce l'obiettivo primario dell'intero sistema normativo elaborato nell'ambito del Consiglio d'Europa. L'importanza fondamentale di tale valore è già evidente nel titolo della Convenzione di Oviedo, dove si chiarisce come lo strumento miri alla "protezione dei diritti dell'uomo e della *dignità dell'essere umano* riguardo alle applicazioni della biologia e della medicina"[12]. Il Preambolo dell'atto ribadisce "l'importanza di assicurare la […] dignità [dell'essere umano]", la quale, come osservato nel considerando successivo, potrebbe essere messa in pericolo "da un uso improprio della biologia e della medicina". L'impostazione trova definiva consacrazione nella parte dispositiva della Convenzione, il cui articolo 1 stabilisce che l'obiettivo primario dell'atto è garantire la protezione dell'essere umano "nella sua dignità e nella sua identità". Analoga attenzione nei confronti della tutela

[9] *Additional Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine Concerning Biomedical Research*, CETS n. 195, signed in Strasbourg on 25 January 2004.

[10] *Additional Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine Concerning Genetic Testing for Health Purposes*, CETS n. 203, signed in Strasbourg on 27 November 2008.

[11] *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, proclamata il 12 dicembre 2007, in GUUE C 303 del 14.12.2007, pp. 1-16.

[12] Corsivo aggiunto.

della dignità si ritrova, per quanto riguarda nello specifico i test genetici, anche nei Protocolli del 2005 e del 2008.

L'enfasi posta sulla dignità umana intende esprimere la centralità della persona umana in quanto essere dotato di un valore intrinseco ed assoluto. Al di là delle difficoltà e delle critiche che accompagnano il concetto[13], il suo utilizzo in questo contesto vuole rimarcare come in nessun caso l'uomo possa essere considerato quale semplice mezzo della tecnica e del progresso scientifico, dovendone piuttosto rappresentare il fine ultimo[14]. Corollario di tale impostazione è il riconoscimento del primato dell'essere umano rispetto, come stabilito sia nella Convenzione di Oviedo[15] sia nei Protocolli successivi[16], al "solo interesse della società o della scienza".

L'importanza conferita alla dignità nel sistema normativo elaborato dal Consiglio d'Europa in materia di biomedicina ha portato parte della dottrina ad affermare che "è lecito far[…] assurgere [tale valore] al ruolo di unico, possibile, autentico fondamento di una bioetica europea"[17].

Affermazione che sembrerebbe trovare riscontro anche in riferimento all'ordinamento dell'Unione europea, ambito nel quale, come si evince dalla Carta dei diritti fondamentali, la dignità gode di una posizione di assoluta centralità nel suo sistema valoriale. Più nello specifico, la Carta chiarisce come la dignità costituisca, insieme a libertà, uguaglianza e solidarietà, uno dei valori indivisibili ed universali su cui si fonda l'Unione. Lo strumento dedica alla dignità il Titolo I[18], riaffermando,

[13] In questo senso si vedano, da prospettive diverse, D. FELDMAN, *Human Dignity as a Legal Value – Part II*, in Public Law, 2000, 75; H. KUHSE, *Is There a Tension Between Autonomy and Dignity?*, in R. KEMP, J. RENDTORFF (eds), *Bioethics and Biolaw, vol. II, Four Ethical Principles*, Copenhagen, 2000, p. 74.

[14] Secondo la concezione della dignità elaborata da I. KANT, *Fondazione della metafisica dei costumi*, traduzione italiana di V. Mathieu, Milano, 1994, p. 141. In un passo del paragrafo intitolato "Dottrina della virtù", si legge "ma l'uomo considerato come persona è elevato al di sopra di ogni prezzo, perché come tale egli deve essere riguardato non come mezzo per raggiungere i fini degli altri e nemmeno i suoi propri, ma come un fine in sé; vale a dire egli possiede una dignità (un valore interiore assoluto), per mezzo della quale costringe al rispetto di se stesso tutte le altre creature ragionevoli del mondo ed è questa dignità che gli permette di misurarsi con ognuna di loro e di stimarsi loro uguale".

[15] Art. 2 Convenzione di Oviedo.

[16] Art. 3 Protocollo 2008 e art. 3 Protocollo 2005.

[17] F. D'AGOSTINO, *Bioetica e dignità dell'essere umano*, in C.M. MAZZONI (a cura di), *Un quadro europeo per la bioetica*, Firenze, 1998, p. 153. Più in generale sul tema di vedano, inoltre, D. BEYLEVELD, R. BROWNSWORD, *Human Dignity in Bioethics and Biolaw*, Oxford, 2001.

[18] Sulla scelta di collocarla all'inizio della Carta si veda M. OLIVETTI, *Art. 1. Dignità umana*, in R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna, 2001, p.

all'articolo 1, la sua inviolabilità, nonché l'obbligo che questa sia tutelata e rispettata. In questo contesto, la dignità non rappresenta solo un valore meritevole di tutela *per se*, ma, come chiarito nella spiegazione all'articolo 1 della Carta, essa "costituisce la base stessa dei diritti fondamentali". A ben vedere, si tratta di un'impostazione niente affatto originale, rappresentando una costante in tutti i principali strumenti internazionali adottati in materia di tutela dei diritti umani[19] e che ha trovato accoglimento anche in alcune costituzioni nazionali[20]. Alla luce di quanto precede, risulta appropriata l'osservazione fatta da alcuni autori, secondo i quali la dignità costituisce "il fondamento oggi più accreditato dei diritti"[21].

2.2. Consenso informato e diritto a non sapere

Per quanto riguarda più nello specifico l'oggetto del presente lavoro, si deve segnalare come proprio nel Titolo che la Carta dei diritti fondamentali dedica alla dignità si trovi la disposizione più rilevante per la questione dei test genetici. Si tratta dell'articolo 3 della Carta, dedicato ad uno degli elementi essenziali della dignità umana, vale a dire il diritto all'integrità fisica e psichica della persona. La norma prevede che, per quanto riguarda nello specifico l'ambito della medicina e della biologia, tale diritto importi l'obbligo di rispettare "il consenso libero ed informato della persona interessata"[22].

In questo contesto viene, dunque, riconosciuto al consenso un ruolo

41. L'A. osserva come la scelta non sia casuale, mirando, piuttosto, a stabilire fin da subito "la tonalità ideologica complessiva" dello strumento.

[19] A conferma di ciò, basti il riferimento al primo considerando della *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo*, 10 dicembre 1948, A/RES/217 A (III), o il secondo considerando del *Patto internazionale sui diritti civili e politici*, 16 dicembre 1966, in UNTS, vol. 999, p. 171 e del *Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali*, 16 dicembre 1966, in UNTS, vol. 993, p. 3 dove si riconosce che i "diritti derivano dalla dignità inerente alla persona umana". Il testo in italiano di tali strumenti è disponibile in R. LUZZATTO, F. POCAR, *Codice di diritto internazionale pubblico*, 4° ed., Torino, 2006.

[20] Per una ricognizione ad ampio raggio si veda S. HENNETTE-VAUCHEZ, *A Human* Dignitas*? The Contemporary Principle of Human Dignity as a Mere Reappraisal of an Ancient Legal Concept*, EUI Working Paper Law no. 2008/18; A. BOMPIANI; A. LORETI BERGHÈ, L. MARINI, *Bioetica e diritti dell'uomo nella prospettiva del diritto internazionale e comunitario*, Torino, 2001, pp. 25-41. Sul punto si vedano, inoltre, le considerazioni svolte in O. SCHACHTER, *Human Dignity as a Normative Concept*, in American Journal of International Law, 77, 1983, pp. 848-854.

[21] U. VINCENZI, *Diritti e dignità umana*, Bari, 2009, p. 91.

[22] Sulla disposizione si veda R. BIFULCO, *Art. 3 Diritto all'integrità della persona*, in R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO (a cura di), *op. cit.*, pp. 51-60.

di assoluta centralità nella tutela della dignità umana, in quanto strumento in grado di garantire la capacità di ciascun individuo di autodeterminarsi, vale a dire di adottare in piena autonomia decisioni che riguardano, come nel caso della scelta di sottoporsi ad un test genetico, la sua sfera personale. Questo comporta, come osservato in dottrina, "che non ci debbano essere autorità superiori che si arroghino il diritto di dare forma all'esistenza dei singoli, privandoli del diritto di scegliere ciò che ritengono essere un bene per se stessi, in particolare riguardo alle questioni relative alla propria salute, vita e morte"[23]. Il riferimento al principio di autodeterminazione individuale fa emergere, dunque, una concezione in negativo del concetto di dignità, qui intesa come 'santuario' o, in altre parole, come "'zona extraterritoriale' nel quale poteri esterni – pubblici o privati – non possono in alcun modo avere accesso"[24]. Essa si sostanzia in un obbligo di *non facere*, diretta espressione dell'inviolabilità della dignità umana enfatizzata dall'articolo 1 della Carta.

La valorizzazione del ruolo del consenso quale strumento essenziale per la tutela della dignità umana *vis-à-vis* le applicazioni biomediche non costituisce una novità introdotta dalla Carta, riprendendo, infatti, quanto già espresso dai documenti elaborati in seno al Consiglio d'Europa. L'articolo 5 della Convenzione di Oviedo prevede, ad esempio, che di regola nessun intervento nel campo della salute possa essere effettuato "se non dopo che la persona interessata abbia dato consenso libero ed informato".

Per quanto riguarda nello specifico i test genetici, quest'obbligo si sostanzia in una serie di disposizioni contenute nel Protocollo del 2008[25]. L'atto disciplina in modo puntiglioso le modalità con cui debba prestarsi il consenso e, soprattutto, gli obblighi di informazione gravanti sugli specialisti[26]. Questo in ossequio alla regola secondo la quale il consenso è valido solo se 'informato'[27], solo, cioè, se il paziente sia stato messo

[23] N. BOSCHIERO, *Le biotecnologie tra etica e principi generali del diritto internazionale*, in N. BOSCHIERO (a cura di), *Bioetica e biotecnologie nel diritto internazionale e comunitario*, Torino, 2006, p. 52.

[24] M. OLIVETTI, *op. cit.*, p. 43.

[25] Sul punto L. MARINI, *Il diritto internazionale e comunitario della bioetica*, Torino, 2006, p. 374. L'A. osserva come la necessità di una tutela rafforzata dell'autonomia individuale si giustifica soprattutto rispetto ai i test predittivi, i quali "a causa delle loro peculiari finalità, ampliano i confini del rapporto tradizionale tra medico e paziente fino ad investire il rapporto, più articolato e di diverso spessore problematico, tra medico e cittadino".

[26] Artt. 9-10 Protocollo 2008. Analoga attenzione nei confronti dell'istituto è presente anche nel Protocollo 2005 per quanto riguarda i test condotti a fini di ricerca (artt. 13-14).

[27] Sul punto si veda S. RODOTÀ, *Repertorio di fine secolo*, Roma-Bari, 1992, p. 225.

nelle condizioni di scegliere in modo consapevole. Disposizioni specifiche riguardano, poi, il caso in cui la persona sottoposta al test non sia in grado di prestare autonomamente il suo consenso. Il Protocollo del 2008 prevede che, in tali circostanze, il test possa essere effettuato solo dopo aver ottenuto il consenso, anch'esso 'informato', di chi ne esercita la tutela, e solo qualora l'operazione abbia un beneficio diretto per l'interessato[28] o, a determinate condizioni, per uno dei suoi familiari[29]. Al fine di ricostruire la volontà della persona incapace, è previsto l'obbligo di tenere in considerazione le direttive da questo espresse quando ancora era nel pieno delle sue facoltà cognitive e volitive[30], valorizzando, così, una modalità di manifestazione del consenso che, sebbene indiretta, è comunque considerata valida espressione del diritto di autodeterminazione individuale[31].

Il dovere di rispettare la sfera personale delle persone interessate dai test genetici e la loro capacità di autodeterminarsi presenta articolazioni ulteriori e, in un certo senso, di segno contrario rispetto alle precedenti. Accanto all'obbligo di fornire tutte le informazioni di cui i soggetti coinvolti necessitano prima e dopo l'esecuzione del test sussiste, infatti, il dovere di rispettare la loro volontà a non essere informati[32]. Il 'diritto a non sapere'[33] era già stato teorizzato negli anni '70 dal filosofo tedesco Hans Jonas, il quale di fronte all'ampliamento dell'orizzonte epistemologico determinato dal progresso scientifico aveva invocato tale precetto a difesa della libera costruzione e definizione del senso di sé[34]. Tale diritto assume una pregnanza ancora maggiore di fronte agli scenari aperti dai test genetici predittivi. Questo tipo di strumenti consente, infatti,

L'A. non condivide l'idea secondo cui la locuzione 'consenso informato' costituirebbe un nonsenso giuridico. Egli ritiene, infatti, che l'espressione stia ad indicare la "relazione informativa tra due soggetti, in base alla quale i costi dell'informazione gravano su una parte sola; di conseguenza devono essere fornite ad un determinato soggetto informazioni che in altri casi avrebbe egli stesso l'onere di procurarsi".

[28] Artt. 10-12 Protocollo 2008.

[29] Art. 13 Protocollo 2008.

[30] Art. 12(2), comma 2, Protocollo 2008.

[31] Interessanti a questo proposito sono le considerazioni espresse dalla Corte suprema federale tedesca in una decisione del 17 marzo 2003 (BGH XII ZB 2/03), nella quale è stata riconosciuta la natura vincolante della *Patientenverfügung*, in quanto espressione del diritto all'autodeterminazione personale, a sua volta componente essenziale della dignità umana. Sul punto si veda C. CASONATO, *Il consenso informato. Profili di diritto comparato*, in Diritto pubblico comparato e europeo, 2009, p. 1054.

[32] R. ANDORNO, *The Right not to Know: An Authonomy Based Approach*, in Journal of Medical Ethics, 30, 2004, pp. 435-439.

[33] S. RODOTÀ, *La vita e le regole: tra diritto e non diritto*, Milano, 2006, p. 198.

[34] H. JONAS, *Philosophical Essays. From Ancient Creed to Technological Man*, Chicago, 1974.

l'accesso ad informazioni che riguardano il futuro, potendo rivelare, ad esempio, non solo la suscettibilità a sviluppare una certa malattia[35], ma, come nel caso delle malattie monogenetiche[36], la presenza di una mutazione genetica in grado di determinare la futura insorgenza della patologia. È evidente come il venire in possesso di tali informazioni, soprattutto se in giovane età e in assenza di terapie in grado di contrastare la malattia, sia un fattore destinato ad incidere pesantemente sulla vita della persona, influenzando la percezione futura di sé da un punto di vista personale, professionale ed affettivo.

Il diritto a non sapere è stato oggetto di forti critiche, essendone stati messi in dubbio i fondamenti etici e la compatibilità operativa con altri principi che regolano la pratica medica, quale, ad esempio, il dovere ad informare che grava su ogni medico[37]. Critiche che, però, non hanno impedito al diritto di trovare pieno riconoscimento anche a livello internazionale, come dimostrano, tra gli altri[38], gli strumenti adottati dal Consiglio d'Europa. Sia nella Convenzione di Oviedo[39] che, per quanto attiene più nello specifico ai test genetici, nel Protocollo del 2008[40] il diritto a non sapere è tutelato nell'ambito delle norme tese a salvaguardare la riservatezza delle persone.

Peraltro, entrambi questi strumenti prevedono la possibilità per gli Stati di introdurre delle restrizioni al godimento del diritto, ma solo nell'interesse del soggetto interessato. Deve, perciò, escludersi la possibilità di invocare la clausola di deroga per tutelare gli interessi di soggetti terzi, anche se direttamente coinvolti, quali i membri del suo gruppo biologico. Così come chiarito nell'*Explanatory Report* allegato al Protocollo, la previsione di una simile facoltà di deroga intende contemperare il diritto del paziente a non sapere e il dovere del medico ad informare,

[35] Come nel caso delle cd. malattie multifattoriali, per le quali la predisposizione genetica è solo una delle cause, insieme ad altri fattori ambientali, che può portare all'insorgenza della patologia.

[36] È questo il caso, ad esempio, della Corèa di Huntington, malattia degenerativa che determina gravissimi disturbi del movimento, cognitivi e del comportamento. Essa è dovuta alla mutazione del gene IT-15 che può essere individuata attraverso un test genetico ben prima della sua età di esordio che si colloca intorno ai 40-50 anni.

[37] In questo senso J. HARRIS, K. KEYWOOD, *Ignorance, Information and Autonomy*, in Theoretical Medecin and Bioethics, 22, 2001, pp. 415-436.

[38] Art. 5(c) della *Dichiarazione universale sul genoma umano e sui diritti umani*, adottata dalla Conferenza generale dell'UNESCO l'11 novembre 1997. Sulla Dichiarazione si veda A.A.YUSUF, *The UNESCO Declarations on Bioethics: Emerging Principles and Standards of an "International Biolaw"?*, in N. BOSCHIERO (a cura di), *op cit.*, pp. 132-136.

[39] Art. 10(2) Convenzione di Oviedo.

[40] Art. 16(3) Protocollo 2008.

quando la conoscenza della suscettibilità a sviluppare una certa malattia sia funzionale alla predisposizione di cure preventive in grado di impedirne o ritardarne l'insorgenza. Tale precisazione sembrerebbe voler escludere la possibilità di adottare misure restrittive del diritto a non sapere in assenza di terapie di cura in grado di contrastare efficacemente la patologia. Si tratta, però, solo di un'indicazione di massima, visto che il Protocollo lascia alla discrezionalità degli Stati l'individuazione dei criteri utili ad individuare i casi in cui il dovere ad informare debba prevalere sul diritto a non sapere.

3. I test genetici venduti direttamente ai consumatori: quale tutela per i diritti fondamentali?

3.1 Profilo di una pratica altamente problematica

Per molto tempo, uno degli ostacoli principali all'utilizzo dei test genetici è stato il loro costo molto elevato. Nel corso degli ultimi anni si è, però, assistito ad una sensibile riduzione nei costi dei test[41]. Si tratta di un'evoluzione in larga misura dovuta agli enormi progressi compiuti in ambito scientifico, i quali, combinati all'utilizzo delle tecnologie informatiche, hanno portato allo sviluppo di nuovi strumenti di analisi, meno complessi e costosi rispetto a quelli usati in passato[42].

La riduzione dei costi ha contribuito ad ampliare l'offerta di test genetici, consentendo a nuovi soggetti, per lo più imprese private, di entrare in quello che viene ormai definito il 'mercato dei test genetici'. Soggetti che operano al di fuori dei tradizionali canali di offerta, proponendo il loro servizio direttamente al consumatore, soprattutto attraverso internet[43]. Si parla, in questi casi, di *direct–to–consumer genetic testing*, facendo riferimento ad una pratica nata negli Stati Uniti nei primi anni 2000, ma che, grazie alle tecnologie della comunicazione e alla sempre maggiore accessibilità dei test genetici, è destinata ad espandersi anche

[41] In argomento si vedano i dati forniti in European Parliament (Directorate General for Internal Policies), *Direct to Consumer Genetic Testing*, IP/A/STOA/2007-11, Bruxelles, 2009, p. 17 il costo di un test varia oggi tra i 200 e 2000 euro.

[42] È questo il caso dei cd. *microarray* di DNA, uno strumento costituito da un insieme di sonde di DNA microscopiche, attaccate ad una superficie solida – vetro, plastica o un chip di silicio – formanti un raggruppamento (*array*). Essi consentono di esaminare il profilo di espressione di un gene o per identificare la presenza di un gene o di una breve sequenza all'interno di un insieme di migliaia di geni.

[43] Sul punto European Parliament (Directorate General for Internal Policies), *Direct to Consumer Genetic Testing*, cit., p. 35.

in Europa. Le tipologie di test offerte ai consumatori sono molteplici e vanno dai cosiddetti *lifestyle-related genetic tests* – destinati, ad esempio, ad individuare il tipo di dieta o di sport più 'adatto' al proprio profilo genetico[44] –, ad altri che invece riguardano l'individuazione della suscettibilità a sviluppare patologie, quali, tra le altre, il tumore alla mammella, al colon, al polmone o, ancora, malattie cardiovascolari[45].

Ciò che caratterizza la pratica in esame è la mancanza di assistenza specialistica prima e dopo lo svolgimento del test. Per sottoporsi a questo tipo di analisi, infatti, è sufficiente che il consumatore invii un campione di materiale organico – solitamente saliva – all'impresa, la quale, dopo averlo fatto analizzare in laboratorio, sarà in grado di comunicare i risultati direttamente al soggetto interessato via e-mail, telefono, posta o internet. Tale caratteristica costituisce, come facile intuire, uno dei principali motivi di preoccupazione destati dalla pratica in esame. La presenza di uno specialista costituisce, infatti, un importante fattore di garanzia per l'individuo, risultando necessario per, prima di tutto, valutare l'utilità clinica del test nonché, successivamente, interpretarne correttamente i risultati e indirizzare le scelte del paziente. Un'esigenza tanto più evidente nel momento in cui i test offerti direttamente al consumatore consentano di individuare la possibilità per il soggetto di sviluppare patologie anche molto gravi, quali tumori o malattie cardiovascolari e sono, quindi, destinati ad avere un forte impatto sulle sue scelte di vita[46].

Un secondo aspetto problematico relativo alla pratica del *direct–to–consumer genetic testing* riguarda la qualità dei servizi offerti. È stato rilevato, infatti, come molti dei test venduti direttamente ai consumatori non soddisfino i requisiti minimi di validità scientifica[47] e di validità clinica[48] generalmente accettati a livello internazionale, rendendo, quindi, inattendibili i loro risultati[49].

[44] In questo caso, le imprese sono solite offrire anche suggerimenti per come risolvere i propri problemi, proponendo al cliente, ad esempio, l'acquisto di prodotti dietetici.

[45] Un'ulteriore tipologia di test offerta da imprese private è quella per l'accertamento della paternità.

[46] European Parliament (Directorate General for Internal Policies), *Direct to Consumer Genetic Testing*, cit., p. 55.

[47] Indica la percentuale di campioni positivi al test sul totale dei campioni che effettivamente contengono l'analita che si vuole ricercare; permette quindi di valutare i risultati 'falsi negativi'. Definizione tratta da glossario dell'ISS, disponibile su *http://www.iss.it/cnmr/tege/docu/cont.php?id=103&lang=1&tipo=11*.

[48] Probabilità che il test sia negativo in individui senza la patologia in esame. Definizione tratta da glossario dell'ISS, disponibile su *http://www.iss.it/cnmr/tege/docu/cont.php?id=103&lang=1&tipo=11*.

[49] European Parliament (Directorate General for Internal Policies), *Direct to Consumer Genetic Testing*, cit., pp. 52-55.

Il rischio è che il perseguimento di uno scopo di lucro porti a trascurare le enormi implicazioni di carattere etico e sociale che caratterizzano le attività in esame[50]. Una diffusione non adeguatamente regolata di simili pratiche potrebbe, inoltre, avere ripercussioni di carattere più generale, incidendo negativamente sul funzionamento del sistema sanitario nazionale, il quale potrebbe essere chiamato a far fronte all'incertezza ingenerata da test genetici condotti senza adeguate garanzie per il paziente[51].

3.2 I (primi) tentativi di disciplinare la pratica: l'azione del Consiglio d'Europa e dell'Unione europea

Trattandosi di una pratica relativamente recente, non sorprende che i problemi ingenerati dai *direct–to–consumer genetic tests* abbiano ricevuto scarsa attenzione a livello normativo, soprattutto per quanto riguarda l'ordinamento internazionale[52]. Un'eccezione importante è rappresentata dagli strumenti elaborati in seno al Consiglio d'Europa. Già l'articolo 12 della Convenzione di Oviedo vietava, infatti, di "procedere a test predittivi di malattie genetiche o che permettano sia di identificare il soggetto come portatore di un gene responsabile di una malattia, sia di rivelare una predisposizione o una suscettibilità genetica a una malattia se non a fini medici o di ricerca medica, e *sotto riserva di una consulenza genetica appropriata*"[53]. Lo stesso rigore caratterizza anche il Protocollo del 2008, il cui articolo 7 vieta di procedere a test genetici a fini terapeutici, se non sotto "individualized medical supervision". L'articolo 8 impone, inoltre, agli Stati di predisporre un servizio di consulenza genetica in grado di fornire ai soggetti interessati "prior appropriate information in particular on the purpose and the nature of the test, as well as the implications of the results".

La previsione congiunta di simili obblighi sembrerebbe, di fatto,

[50] A questo proposito Klaus Bartram, già direttore dell'Istituto di genetica umana all'Università di Heidelberg, ha avuto modo di osservare come "the market for useless tests is steadily growing and operates according to the mantra: send us some saliva but don't forget the cheque" (in Lab Times, 2007, p. 15)

[51] European Parliament (Directorate General for Internal Policies), *Direct to Consumer Genetic Testing*, cit., p. 56.

[52] La situazione non appare più definita neppure sul piano nazionale: sono ancora pochi gli Stati che hanno disciplinato tale pratica. Tra questi la Svizzera e l'Austria e, sebbene la situazione appaia ancora meno chiara, la Francia. Sul punto European Parliament (Directorate General for Internal Policies), *Direct to Consumer Genetic Testing*, cit., p. 57. Si veda, inoltre, J. KAYE, *The Regulation of Direct-to-Consumers Genetic Tests,* in Human Molecular Genetics, 17, 2008, pp. R180-R183.

[53] Corsivo aggiunto.

condurre all'imposizione del divieto di vendere test genetici direttamente ai consumatori in assenza di supervisione medica, almeno per quanto riguarda quelli utilizzati a fini terapeutici[54]. Un divieto che non ha, però, un carattere assoluto, posto che il secondo comma dell'articolo 7 Protocollo del 2008 prevede la possibilità per gli Stati di derogarvi, consentendo la vendita di test direttamente ai consumatori sul loro territorio.

Il ricorso alla clausola di deroga risulta, però, sottoposto al rispetto di una serie di condizioni piuttosto rigorose, in coerenza con il garantismo che caratterizza tutti gli strumenti adottati dal Consiglio d'Europa in ambito biomedico. In prima battuta, al secondo comma dell'articolo 7 del Protocollo del 2008 è previsto che l'esercizio della facoltà di deroga debba comunque risultare conforme alle altre disposizioni dell'atto. Tra queste, vi sono le norme poste a tutela della qualità dei test, le quali prevedono l'obbligo per gli Stati di garantire la validità scientifica e clinica degli strumenti di analisi, di adottare "a quality assurance programme" e di assicurare che le persone incaricate di fornire il servizio abbiano i requisiti necessari[55]. Inoltre, il comma terzo del medesimo articolo vieta ogni possibilità di deroga nel caso in cui il test possa avere implicazioni importanti per la salute delle persone coinvolte, dei loro familiari o, ancora, ripercussioni sulle loro scelte riproduttive. Una precisazione che, se intesa in senso rigoroso, potrebbe portare alla messa al bando dei *direct-to-consumer genetic tests* in Europa[56], almeno per quanto riguarda quelli per la valutazione della suscettibilità o della predisposizione genetica a sviluppare una certa patologia.

Decisamente meno sviluppato appare il quadro normativo elaborato dall'Unione europea. Uno dei pochi aspetti problematici del *direct-to-consumer genetic testing* oggetto di specifica normazione è quello della qualità degli strumenti utilizzati per l'esecuzione dei test. I "dispositivi per test autodiagnostico" rientrano, infatti, nell'ambito applicativo della Direttiva 98/79/CE relativa ai dispositivi medico-diagnostici *in vitro*[57]. L'atto prevede alcuni requisiti generali ed altri relativi alla progettazione

[54] Si tratta, però, di un limite problematico, posto che tutte le imprese che vendono i test on-line, affermano, in via preventiva, che il loro servizio non è "intended to substitute for professional medical advice, diagnosis or treatment". Si veda ad esempio www.navigenics.com

[55] Art. 5 Protocollo 2008.

[56] In argomento P. BORRY, *Europe to Ban Direct-to-Consumer Genetic Tests?*, in Nature Biotechnology, 26, 2008, pp. 736-737.

[57] Direttiva 98/79/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 ottobre 1998, relativa ai dispositivi medico-diagnostici in vitro, in GU L 331 del 07.12.1998, p. 1. Da ultimo modificata dal Regolamento (CE) n. 596/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio del 18 giugno 2009, in GU L 188 del 18.07.2009, p. 14.

e alla fabbricazione dei dispositivi[58]. È questo l'ambito in cui sono presi in considerazione in modo specifico i dispositivi per test autodiagnostici, prevedendo che la loro progettazione e fabbricazione debba avvenire in modo che possano essere "facilmente utilizzat[i] da un 'profano' in tutte le [loro] fasi", riducendo, inoltre, "il rischio di errori degli utilizzatori nella manipolazione del dispositivo e nell'interpretazione dei risultati". Si tratta di disposizioni che disciplinano aspetti fondamentali relativi alla tutela della dignità e dei diritti delle persone coinvolte, sebbene, a differenza di quanto avviene per le norme elaborate dal Consiglio d'Europa, non sia questo il loro obiettivo primario. La Direttiva, adottata sulla base dell'allora articolo 100 A TCE (oggi articolo 114 TFUE), mira, infatti, ad eliminare le disparità normative e regolamentari tra i diversi Stati membri per quanto riguarda l'immissione in commercio e la messa in servizio dei dispositivi medico-diagnostici *in vitro*[59]. Una situazione che dimostra, una volta di più, di come la tutela dei diritti fondamentali possa, talvolta essere assicurata anche attraverso strumenti destinati a migliorare il funzionamento del mercato interno, a dispetto di ogni tentativo di ricostruire il rapporto tra queste due dimensioni in chiave rigidamente antagonistica[60].

4. Test genetici e divieto di discriminazione

4.1 I rischi derivanti dall'utilizzo dei dati genetici da parte di attori privati: il caso di imprese assicurative e datori di lavoro

L'accresciuta disponibilità dei test genetici impone una maggiore attenzione quanto all'utilizzo dei dati, così da evitare che le informazioni

[58] Allegato 1 della Direttiva 98/79/CE.

[59] A questo fine, la Direttiva introduce, inter alia, la marcatura CE (art. 16) per i dispositivi che risultino conformi ai requisiti fissati dall'atto stesso.

[60] Sul punto S. HENNETTE-VAUCHEZ, *L'émergence d'un droit communautaire de la biomédicine*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 45, 2009, pp. 39-45. L'A. afferma come "que la logique du marché ne soit pas nécessariament le démon qu'un certain angélisme des droits fondamentaux veut parfois faire croire n'est guère difficile à démontrer". D'altra parte, così come magistralmente osservato da G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, 6° ed., Padova, 2010, p. 396, il mercato interno "va al di là della realizzazione di uno spazio in cui sono garantite la piena mobilità di beni, servizi e fattori produttivi, nonché la sostanziale parità delle condizioni di concorrenza per le imprese. Il mercato interno è di sicuro tutto questo, ma è anche molto di più di questo. Unitamente alle politiche cd. di accompagnamento, cui è inscindibilmente connesso, il mercato interno è infatti il quadro giuridico complessivo, su scala europea, dello svolgimento dei rapporti economici. Come tale, esso dà corpo e tutela all'insieme degli interessi, delle esigenze e dei valori che a quei rapporti si collegano".

tratte da questo tipo di analisi possano essere utilizzate in modo inappropriato, mettendo a rischio i diritti delle persone coinvolte. Uno degli esempi più preoccupanti in tal senso è dato dalla possibilità di derive discriminatorie ingenerate da un utilizzo non corretto dei dati genetici da parte di operatori economici, quali le compagnie di assicurazione o i datori di lavoro. Un'eventualità che non ha carattere meramente teorico, trovando ormai numerosi riscontri nella realtà, soprattutto negli Stati Uniti[61] e, anche se in misura più limitata, in alcuni Paesi europei[62].

Per quanto riguarda il settore assicurativo, l'accesso a dati che riguardano la futura situazione di salute del cliente consente alle compagnie assicurative di imporre nei confronti dei cd. 'rischi cattivi', vale a dire soggetti portatori di mutazioni genetiche in grado di dare corso allo sviluppo di gravi patologie, condizioni meno favorevoli, quali premi più elevati, quando non addirittura escluderli *in toto*[63] dalla copertura assicurativa[64]. In ambito lavorativo, invece, le informazioni genetiche si prestano ad essere utilizzate in diversi modi. Da un lato, possono, infatti, servire a tutelare la salute del lavoratore, consentendo di affrontare in via preventiva eventuali rischi derivanti dall'interazione tra le mutazioni genetiche di cui è portatore e l'ambiente di lavoro[65]. Dall'altro, vi è, però, il rischio che le informazioni in parola siano utilizzate per la selezione del personale, al fine di escludere quei soggetti che si ritengono meno adatti allo svolgimento delle mansioni lavorative, perché, ad esempio, presentano una più elevata predisposizione a sviluppare patologie fortemente invalidanti[66].

[61] Dove l'utilizzo dei test nei rapporti di lavoro è diffuso fin dagli anni '70.

[62] Un esempio è fornito dallo *screening* per l'anemia falciforme compiuto in Gran Bretagna dal Ministero della Difesa per selezionare i componenti delle compagnie aeree. I portatori del gene responsabile di tale patologia rischiano, infatti, di subire gravi danni in condizioni di carenza di ossigeno. Lo *screening* ha, però, ricevuto forti critiche, in ragione dei suoi effetti discriminatori nei confronti delle comunità afro-caraibiche, le quali presentano una più alta predisposizione a sviluppare l'anemia falciforme.

[63] N.E. KASS, *The Implication of Genetic Testing for Life and Health Insurance*, in M.A. ROTHSTEIN (ed.), *Genetic Secrets: Protecting Privacy and Confidentiality in the Genetic Era*, New Haven, 1997, pp. 297-305.

[64] Sull'incidenza dei test predittivi sui meccanismi che regolano l'elezione e la classificazione del rischio, nonché il rapporto tra le parti nel settore assicurativo si veda Gruppo misto CNB – CNBBSV, *Test genetici e assicurazioni*, Roma, 2008, pp. 7-8 e 11-19.

[65] N.J. KING, S. PILLAY, G.A. LASPROGATA, *Workplace Privacy and Discrimination Issues Related to Genetic Data: A Comparative Law Study of the European Union and the United States*, in American Business Law Journal, 43, 2006, pp. 90-93.

[66] Per un'analisi ad ampio raggio dei rischi determinati da tale pratica si vedano P.W. BARNDT-RAUF, S.I. BARNDT-RAUF, *Genetic Testing in the Workplace: Ethical, Social and Legal Implications*, in Annual Review of Public Health, 25, 2004, pp. 139-153.

4.2 Il divieto di discriminazione genetica negli strumenti del Consiglio d'Europa e nell'ordinamento dell'Unione europea: luci ed ombre

L'utilizzo discriminatorio delle informazioni genetiche da parte di soggetti economici privati suscita forti preoccupazioni sotto diversi profili. Non sorprende, quindi, che un numero sempre maggiore di Paesi[67], tra i quali gli stessi Stati Uniti[68], abbia provveduto a sanzionare simili pratiche[69]. Anche se solo in tempi piuttosto recenti, la questione della discriminazione genetica[70] è oggetto di attenzione anche a livello internazionale[71]. Dapprima, nella Dichiarazione universale sul genoma umano, adottata dall'UNESCO nel 1997, era stato previsto il divieto di pratiche discriminatorie "based on genetic characteristics". Disposizione ripresa e confermata anche nella successiva Dichiarazione sui dati genetici umani del 2003, nella quale viene fatto divieto di comunicare i dati genetici a soggetti terzi, quali, in particolare, "employers, insurance companies, educational institutions"[72].

Analoga attenzione nei confronti del fenomeno è rinvenibile nel contesto europeo e, più in particolare, negli atti del Consiglio d'Europa. In primo luogo, merita di essere richiamato l'articolo 1 del Protocollo 12 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo ('CEDU')[73]. La disposi-

[67] Sul punto si veda E. STEFANINI, *Dati genetici e diritti fondamentali: profili di diritto comparato ed europeo*, Padova, 2008, pp. 30-80.

[68] Con l'adozione del *Genetic Information Nondiscrimination Act*, Pub. L. 110-233, 122 Stat. 881, enacted 21 May 2008.

[69] È questo il caso della Francia (artt. 226-25 Code Penal) e del Belgio (Loi n. 2003-239 du 18 mars 2003 per quanto riguarda l'utilizzo dei test genetici sul luogo di lavoro).

[70] È importante definire cosa si intende con questa locuzione, posto che, se intesa in senso estensivo, finirebbe con il ricomprendere una serie molto ampia di pratiche discriminatorie, quali, per limitarci ad un esempio, alcune forme di discriminazione fondate sulla disabilità. A tale proposito, viene qui accolta l'impostazione proposta da parte della dottrina, secondo la quale il concetto serve ad identificare solo quei comportamenti discriminatori fondati sulle caratteristiche genetiche, vale a dire su "quegli elementi individuali che solo i test genetici sono in grado di rilevare, e che soltanto in parte sono legati ad attuali situazioni patologiche o disabilitanti". In questo senso C. CAMPIGLIO, *Il principio di non discriminazione genetica nella recente prassi internazionale*, in G. VENTURINI, S. BARIATTI (a cura di), *Diritti individuali e giustizia internazionale.* Liber *Fausto Pocar*, Milano, 2009, p. 53.

[71] Si veda, per tutti, C. CAMPIGLIO, *op. cit.*, pp. 51-64.

[72] Art. 14 della Dichiarazione.

[73] Protocollo n. 12 alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, STCE n. 177, firmata a Roma il 4 novembre 2000. Ad oggi, il Protocollo è stato ratificato solo da 18 Stati. Sulle difficoltà che hanno caratterizzato il processo di ratifica del Protocollo si veda R. WINTEMUTE, *Filling the Ar-*

zione, pur senza modificare il catalogo di motivi vietati già previsti dall'articolo 14 CEDU – tra i quali non figurano le caratteristiche genetiche[74] –, ha ampliato la portata del principio di non discriminazione, rendendone possibile l'applicazione anche nel caso in cui la situazione non rientri in nessuno dei diritti previsti dalla Convenzione[75]. Una modifica che potrebbe contribuire a rafforzare la posizione di tutti quei motivi di discriminazione, tra i quali proprio le caratteristiche genetiche, che, non riguardando una scelta compiuta dall'individuo[76], non trovano sanzione in altre disposizioni della Convenzione e non possono, quindi, essere fatti rientrare nell'ambito applicativo dell'articolo 14 CEDU[77].

Ineludibile appare, poi, il riferimento all'articolo 11 della Convenzione di Oviedo, il quale vieta "ogni forma di discriminazione nei confronti di una persona in ragione del suo patrimonio genetico"[78]. Il divieto

ticle 14 Gap: Government Ratification and Judicial Control of Protocol no. 12 ECHR: Part 2, in European Human Rights Law Review, 2004, pp. 484-499. Per una presentazione a più ampio raggio dell'atto F. SEATZU, *Il Protocollo n. 12 alla Convenzione europea per la protezione dei diritti dell'uomo: uno strumento giuridico efficace per la tutela dell'uguaglianza e per l'eliminazione delle discriminazioni?*, in Jus, 2000, pp. 483-540.

[74] Si tratta, tuttavia, di un catalogo aperto e, come ribadito a più riprese dalla Corte in riferimento all'art. 14 CEDU, che non può essere inteso come esaustivo. Si veda, in questo senso, *Engel e al. c. Paesi Bassi*, sentenza dell'8 giugno 1976, Serie A n. 22, par. 72.

[75] L'art. 14 CEDU prevede, infatti, che il divieto di discriminazione sussista solo "[n]el godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione".

[76] A differenza di quanto avviene, ad esempio, per la discriminazione religiosa o quella fondata sull'appartenenza politica. Fanno parte di quelli che sono definiti "non-choice ground of discrimination" anche, tra gli altri, l'età, la disabilità e la razza. In argomento R. WINTEMUTE, *Filling the Article 14 Gap: Government Ratification and Judicial Control of Protocol no. 12 ECHR: Part 1*, in European Human Rights Law Review, 2004, p. 372.

[77] Questo perchè, in alcuni casi, la Corte, per determinare se la situazione risulti coperta da uno dei diritti della CEDU e possa, quindi, darsi applicazione all'art. 14 CEDU, guarda anche al motivo su cui si fonda la discriminazione. Rilevante, a tale proposito, è la sentenza *Thlimmenos c. Grecia* (n. 34369/97, sentenza del 6 aprile 2000, parr. 39-42), relativa al caso di un soggetto al quale era stato negato l'accesso ad un posto nell'amministrazione pubblica per una condanna subita per essersi rifiutato, obbedendo alle sue convinzioni religiose, di sottostare al servizio di leva. La Corte ha stabilito che, nonostante l'opportunità che era stata negata al soggetto – l'ottenimento del posto di lavoro – non fosse coperta da alcuno dei diritti della Convenzione, l'art. 14 CEDU dovesse comunque ritenersi applicabile, essendo il comportamento discriminatorio fondato sulle scelte religiose del soggetto e, come tale, rientrante nell'ambito applicativo dell'art. 9 CEDU sulla libertà di religione.

[78] Il divieto ha carattere assoluto, facendo parte di quelli previsti come non derogabili dall'art. 26(2) della Convenzione di Oviedo. Sull'art. 11 della Convenzione di Oviedo si veda A. HENDRIKS, *Protection against Genetic Discrimination and the Biomedecine Convention*, in J.K.M. GEVERS, E.H. HONDIUS, H.J. HUBBEN (eds), *Health Law, Human Rights and the Biomedecine Convention*, Leiden, 2005, pp. 207-218.

è ribadito, ed ampliato, dal Protocollo del 2008. L'articolo 4(1) dell'atto prevede, infatti, che sia vietata ogni forma di discriminazione nei confronti di una persona "either as an individual or as a member of a group". In questo caso, il divieto di discriminazione genetica è associato, così come avviene in altri documenti internazionali più recenti, a quello di stigmatizzazione[79]. I due concetti, sebbene strettamente correlati, non sono perfettamente coincidenti[80]. Come chiarito nel Rapporto esplicativo del Protocollo del 2008, la stigmatizzazione non attiene, infatti, all'esercizio di un singolo diritto, riguardando piuttosto il modo in cui un individuo o un gruppo sono percepiti all'esterno. Essa si traduce in parole o comportamenti "that negatively label a person or group of persons on account of their known or supposed characteristics".

Il rischio di stigmatizzazione è particolarmente forte nei confronti dei gruppi, specialmente se deboli dal punto di vista sociale[81], coinvolti in programmi di *screening*[82] atti ad individuare la presenza di talune caratteristiche genetiche ricollegabili a particolari patologie. Fondamentale, perché la messa in atto di tali programmi non finisca con il 'segnare' coloro che vi partecipano, è la corretta informazione circa gli obiettivi e il significato dello *screening*. La stigmatizzazione, come molti dei fenomeni che attengono alla percezione dell'altro da sé come 'diverso', deve, infatti, essere combattuta sul piano dell'informazione e dell'educazione, più ancora che su quello giuridico[83].

Tornando ora al tema della discriminazione, sorprende rilevare come il Protocollo del 2008 non preveda norme specifiche sulla possibilità per soggetti privati di utilizzare i dati genetici per finalità diverse da quelle mediche. La questione era stata oggetto di attenzione nell'ambito della Raccomandazione R(92)3 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa[84]. In questa sede si era stabilito che "the admission to, or the

[79] Si veda, ad esempio, l'art. 11 della *Dichiarazione universale sulla bioetica e i diritti umani*, adottata dalla Conferenza Generale dell'UNESCO il 19 ottobre 2005.

[80] Sul punto C. CAMPIGLIO, *op. cit.*, p. 61.

[81] Si veda, ad esempio, per quanto riguarda il caso della minoranza ispanica negli Stati Uniti, D. GRIMM, *The Demographics of Genetic Surveillance: Familial DNA Testing and the Hispanic Community*, in Columbia Law Review, 107, 2007, pp. 1164-1194.

[82] Secondo la definizione datane dal Nuffield Council on Bioethics (*Genetic Screening: a Supplement to the 1993 Report by the Nuffield Council on Bioethics*, London, July 2006, p. 3) lo screening genetico "involves testing members of a population (or sub-population) for a defect or condition, usually where there is no prior evidence of its presence in individuals or their relatives, and as part of a public health service". La pratica è disciplinata all'art. 19 del Protocollo 2008.

[83] C. CAMPIGLIO, *op. cit.*, p. 60.

[84] Recommendation No. R(92)3 of the Committee of Ministers to Member States, *on Genetic Testing and Screening for Health Care Purposes*, adopted on 10 February

continued exercise of, certain activities, especially employment, should not be made dependent on the undergoing of genetic tests or screening"[85], facendo, però, salvo il caso in cui questo tipo di esami siano svolti per tutelare la salute del soggetto o di un suo familiare. Un'altra disposizione[86] del medesimo atto esclude, poi, la possibilità per le compagnie assicurative di imporre l'esecuzione di un test genetico quale condizione per la conclusione del contratto. Il tema doveva essere affrontato anche dal Protocollo del 2008, il cui ambito applicativo, come chiarito dall'articolo 1 della bozza elaborata nel 2003, doveva estendersi fino ad includere "the applications of genetics in the field of health, including research, as well as in the fields of employment and insurance"[87]. Tuttavia, nel 2006, il Comitato direttivo per la bioetica[88] ha deciso di escludere dal Protocollo la disciplina dei test predittivi utilizzati nell'ambito delle relazioni di lavoro e nel settore assicurativo, ritenendo preferibile l'adozione di uno specifico strumento per disciplinare una questione tanto delicata. Un intendimento che, almeno fino ad oggi, non si è ancora tradotto in alcun atto concreto.

Le derive discriminatorie derivanti da un uso improprio dei dati genetici hanno costituito oggetto di forte dibattito anche all'interno dell'Unione europea. Già nel 1989, il Parlamento europeo aveva affrontato la questione, adottando una risoluzione sui problemi etici e giuridici della manipolazione genetica[89]. L'atto chiedeva, prima di tutto, di "vietare in forma giuridicamente vincolante la selezione dei lavoratori sulla base di criteri genetici" e, in seconda battuta, stabiliva che "le assicurazioni non hanno alcun diritto di chiedere, prima o dopo la stipulazione di un contratto assicurativo, l'esecuzione di analisi genetiche, né la comunicazione dei risultati relativi ad analisi genetiche già effettuate"[90]. Pari-

1992.

[85] Art. 6(a) Recommendation No. R(92)3.

[86] Art. 7 Recommendation No. R(92)3.

[87] CDBI Working party on Human Genetics, *Working Document on the application of genetics for health purposes*, CDBI/INF (2003) 3, 7 February 2003. Sul punto si veda C. CAMPIGLIO, *op. cit.*, pp. 58-59.

[88] Organo creato nel 1992 sotto l'autorità diretta del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa.

[89] Risoluzione del Parlamento europeo del 16 marzo 1989 *sui problemi etici e giuridici della manipolazione genetica*, in GUCE C 96 del 17 aprile 1989, p. 116.

[90] Considerazioni analoghe sono state espresse anche in Articolo 29 – Gruppo di lavoro per la tutela dei dati personali, *Documento di lavoro sui dati genetici*, 1217803/IT, 17 marzo 2004, p. 10. In questo documento è stato ribadito come i dati genetici rientrino nell'ambito applicativo della Direttiva 95/46/CE del Parlamento 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 GU L 281 del 23.11.1995, pp. 31-50, dovendo essere trattati, in ragione della loro natura, come dati particolarmente

menti importanti risultano le opinioni espresse dal Gruppo europeo sull'etica nelle scienze e nelle nuove tecnologie nel documento del 2003 relativo ai problemi etici derivanti dall'utilizzo dei test genetici nei luoghi di lavoro[91]. In un passaggio del documento si legge come "the use of genetic screening in the context of the medical examination, as well as the disclosure of previous genetic tests is not ethically acceptable" e, pertanto, dovrebbe essere vietato.

Con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, il divieto di discriminazione genetica assume, nell'ordinamento dell'Unione, "lo stesso valore dei Trattati"[92], essendo esplicitamente previsto dall'articolo 21 della Carta dei diritti fondamentali. La disposizione, innovando rispetto ad altri strumenti di tutela dei diritti umani, introduce, infatti, le "caratteristiche genetiche" tra i motivi di discriminazione vietati[93]. Ai fini del presente lavoro, merita di essere sottolineato che, come chiarito nella Spiegazione all'articolo 21, l'innovazione "si ispira […] all'articolo 11 della Convenzione sui diritti dell'uomo e la biomedicina".

Sebbene indubbiamente molto importante, si tratta, però, di una novità che rischia di avere un impatto limitato nel caso in cui la discriminazione sia conseguenza dell'attività di soggetti privati, quali, per l'appunto, datori di lavoro o compagnie assicurative. La Spiegazione[94] relativa all'articolo in esame chiarisce, infatti, che la disposizione "tratta soltanto delle discriminazioni ad opera delle istituzioni e degli organi dell'Unione […] e ad opera degli Stati membri quando danno attuazione al diritto dell'Unione", escludendo, quindi, la possibilità di riconoscere al divieto efficacia diretta in senso orizzontale.

Un limite che potrebbe, però, essere superato nel caso in cui il divieto di discriminazione genetica fosse considerato anch'esso un principio

sensibili ai sensi dell'art. 8(1) della Direttiva (*Documento di lavoro*, cit., p. 5).

[91] European Group on Ethics in Science and New Technologies, *Ethical Aspects of Genetic Testing in the Workplace*, no. 18, 28 July 2003.

[92] Art. 6(1) TUE.

[93] Per un commento dell'articolo si veda A. CELOTTO, *Art. 21 Non discriminazione e Art. 22 Diversità culturale, religiosa e linguistica*, in R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO (a cura di), *op. cit.*, pp. 171-178.

[94] Le Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali erano state inizialmente elaborate sotto l'autorità del *presidium* della Convenzione che aveva redatto la Carta e successivamente aggiornate sotto la responsabilità del *presidium* della Convenzione europea. Intesi solo come "un prezioso strumento d'interpretazione", i chiarimenti contenuti in questo documento sembrano avere assunto una portata diversa nel momento in cui sono stati richiamati dall'art. 6 TUE, il quale prevede che l'interpretazione delle disposizioni della Carta debba avvenire "tenendo in debito conto le spiegazioni cui si fa riferimento nella Carta". Per una lettura fortemente critica di tale previsione L. DANIELE, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e Trattato di Lisbona*, in Il Diritto dell'Unione europea, 2008, p. 665.

generale del diritto dell'Unione[95]. L'analisi della giurisprudenza dimostra, infatti, come la Corte abbia ammesso la possibilità che i principi generali trovino applicazione anche nei rapporti tra privati. Un'impostazione che, sebbene non priva di alcuni aspetti problematici, si è progressivamente consolidata soprattutto nell'ambito dei diritti fondamentali e, più in particolare, proprio per quanto riguarda il divieto di talune forme di discriminazione[96]. Già nel caso *Defrenne II*, ad esempio, i giudici di Lussemburgo avevano inteso chiarire come il principio della parità di retribuzione tra uomini e donne costituisse "uno dei principi fondamentali della Comunità"[97] e, come tale, valesse "non solo [nei confronti del]le pubbliche autorità, ma […] del pari per tutte le convenzioni che disciplinano in modo collettivo il lavoro subordinato, come pure per i contratti tra singoli"[98].

Più di recente, il ragionamento è stato esteso anche al divieto di discriminazione in ragione dell'età. Nel caso *Mangold*[99], la Corte, dopo aver rilevato come anche questa forma di discriminazione debba considerarsi "un principio generale del diritto comunitario"[100], ha sancito che il "giudice nazionale, investito di una controversia che metta in discussione il principio di non discriminazione in ragione dell'età, [è tenuto ad] assicurare, nell'ambito di sua competenza, la tutela giuridica che il diritto comunitario attribuisce ai soggetti dell'ordinamento, garantendone la piena efficacia e disapplicando ogni contraria disposizione di legge nazionale"[101]. Obbligo che grava sul giudice nazionale a prescindere dalle

[95] Il conferimento di un valore vincolante alla Carta non priva la Corte della possibilità di continuare ad utilizzare tale strumento per garantire il pieno riconoscimento dei diritti fondamentali nell'ordinamento dell'Unione. Anche nella sua nuova versione, l'articolo 6(3) TUE ribadisce come i diritti fondamentali, almeno quelli derivati dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e dalle tradizioni costituzionali degli Stati membri, facciano parte "del diritto dell'Unione in quanto principi generali". La possibilità di fare riferimento anche ai principi generali conferisce ai giudici di Lussemburgo un più ampio margine di manovra nella tutela dei diritti fondamentali, consentendo loro, come osservato da autorevole dottrina, di aggirare gli eventuali limiti posti dai redattori della Carta. Sul punto L. DANIELE, *op. cit.*, pp. 666-667. Si veda, inoltre, J. BAQUERO CRUZ, *What's Left of the Charter? Reflections on Law and Political Mithology*, in Maastricht Journal of European and Comparative Law, 15, 2008, pp. 67-68. L'A. mette in luce come questo modo di procedere, per quanto positivo sotto altri punti di vista, abbia l'effetto di rendere più complesso l'intero sistema.

[96] Tra gli altri, merita di essere quanto meno menzionato il divieto di discriminazioni basate sulla cittadinanza, vero e proprio pilastro su cui si fonda l'intero processo di integrazione. Sul punto G. TESAURO, *op. cit.*, p. 122.

[97] Sentenza dell'8 aprile 1976, causa 43/75, *Defrenne II*, in Racc., p. 455, punto 12.

[98] Ivi, punto 39.

[99] Sentenza del 22 novembre 2005, causa C-144/04, *Mangold*, in Racc., p. I-9981.

[100] Ivi, punto 75.

[101] Ivi, punto 77. Sul punto G. TESAURO, *op. cit.*, pp. 123-124.

condizioni di applicabilità della direttiva che ne assicura l'attuazione[102] e, dunque, come nel caso di specie, anche nell'ipotesi in cui non sia neppure scaduto il termine per la trasposizione dell'atto[103]. L'impostazione è stata ribadita anche nel caso *Kücükdeveci*[104], nel quale la Corte, sempre facendo leva sull'"esistenza di un principio di non discriminazione in base all'età [da considerarsi] un principio generale del diritto dell'Unione", ha inteso confermare come il divieto, quale espresso nella Direttiva 2000/78/CE relativa alla parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro[105], possa trovare applicazione anche nei rapporti tra privati.

Il riconoscimento di tale caratteristica anche nei confronti del divieto di discriminazione genetica impone, però, di determinare se anche questa dimensione dell'obbligo della parità di trattamento possa considerarsi un principio generale di diritto dell'Unione. Nonostante l'atteggiamento poco rigoroso tradizionalmente adottato dai giudici di Lussemburgo nell'effettuare tale ricognizione[106], l'esito dell'operazione appare,

[102] Si tratta della Direttiva 2000/78/CE del Consiglio del 27 novembre 2000 *che stabilisce un quadro per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro*, in GUCE L 303 del 02.12.2000, pp. 16-22.

[103] Le conclusioni cui sono pervenuti i giudici di Lussemburgo in questo caso sono state oggetto di un intenso dibattito e sono state, almeno in parte, sconfessate dalla Corte stessa in alcune pronunce successive (sentenza del 23 settembre 2008, causa C-427/06, *Bartsch*, in Racc., p. I-7245, punto 25). Vi è chi ritiene che il ragionamento seguito in *Mangold* rischi, nella misura in cui costituisca un modo per conferire efficacia diretta anche in senso orizzontale alle disposizioni di una direttiva non ancora trasposta, di mettere in crisi il delicato equilibrio che sta alla base della "no horizontal effect rule". In questo senso Editorial Comments, *Horizontal Direct Effects – A Law of Diminishing Coherence?*, in Common Market Law Review, 43, 2006, pp. 7-8.

[104] Sentenza del 19 gennaio 2010, causa C-555/07, *Kücükdeveci*, non ancora pubbl. in Racc.

[105] Si deve precisare che, come ribadito nella sentenza in esame (punto 20), la Direttiva "non sancisce essa stessa il principio della parità di trattamento in materia di occupazione e lavoro, principio che trova la sua fonte in vari strumenti internazionali e nelle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri".

[106] Un atteggiamento che è emerso in modo molto chiaro proprio nel caso *Mangold*, nel quale la Corte si è limitata ad affermare, senza dimostrare in modo inoppugnabile, il fatto che il divieto di discriminazione per ragioni di età dovesse considerarsi un principio del diritto comunitario. La soluzione è stata oggetto di forti critiche, tanto che della questione è stata investita anche la Corte costituzionale tedesca, la quale, nel caso *Honeywell* (BVerfG, 2 BvR 2661/06 vom 6.7.2010, Absatz-Nr. (1 - 116)), è stata chiamata a determinare se le conclusioni alle quali la Corte UE era giunta nel caso Mangold per quanto riguarda lo status del divieto di discriminazione in base all'età fossero *ultra vires* e, dunque, invalide. I giudici tedeschi, pur confermando la propria competenza a valutare il rispetto del principio delle competenze di attribuzione da parte delle istituzioni europee, hanno, però, escluso che nel caso concreto la Corte UE fosse andata oltre il suo ambito di competenza. In senso critico sulle modalità attraverso le quali avviene la ricognizione dei principi generali del diritto dell'Unione, si veda R. MASTROIANNI, *Efficacia "orizzon-*

almeno allo stato attuale, niente affatto scontato. Il carattere relativamente recente del fenomeno, infatti, fa sì che gli appigli normativi ai quali ancorare tale riconoscimento siano ancora scarsi e spesso poco solidi. Una situazione che caratterizza l'ordinamento internazionale – ivi compreso l'apparato normativo elaborato nell'ambito del Consiglio d'Europa[107] –, i sistemi nazionali e che si ritrova anche nell'ordinamento dell'Unione. A tale ultimo proposito, appare sintomatica la mancata previsione di tale tipologia di discriminazione tra quelle che, ai sensi dell'articolo 19 TFUE, possono giustificare un intervento di contrasto da parte del legislatore europeo.

D'altro canto, come si è avuto modo di osservare in precedenza, non mancano i segnali di una crescente attenzione, anche sul piano normativo, verso questo tipo di fenomeno. Un'inversione di tendenza che appare confermata dal numero crescente di atti adottati nell'ultimo periodo, i quali, sebbene non tutti dotati di efficacia vincolante, mirano a contrastare l'insorgenza di simili pratiche. Per quanto riguarda, più nello specifico, l'ordinamento dell'Unione, un segnale importante in questo senso è senza dubbio rappresentato dall'inclusione del divieto di discriminazione genetica nell'articolo 21 della Carta. Una scelta che dimostra la volontà di riconoscere al divieto lo stesso status, almeno dal punto di vista giuridico, di cui godono le altre ipotesi di violazione del principio di uguaglianza.

5. Osservazioni conclusive

Il quadro normativo europeo relativo alla tutela dei diritti fondamentali nell'ambito delle applicazioni della genetica appare in forte divenire, sospinto dalla crescente attenzione riservata dall'opinione pubblica a questi temi e dalla necessità di offrire risposte adeguate alle sfide di carattere etico, sociale e giuridico poste dall'utilizzo di strumenti sempre più invasivi. Il principale punto di riferimento è rappresentato dal Consiglio d'Europa, nel cui ambito è stata adottata una serie di atti i quali costituiscono il primo nucleo di quella che, con grande cautela, è possibile definire la bioetica europea. Alcuni dei principi elaborati in questo con-

tale" del principio di eguaglianza e mancata attuazione nazionale delle direttive comunitarie, in Diritti, mercati, lavori, 2006, pp. 456-458.

[107] Non si può trascurare che, come si vedrà meglio nel prossimo paragrafo, gli atti elaborati in questo ambito che prevedono il divieto di discriminazione genetica, tra i quali spicca la Convenzione di Oviedo, sono stati ratificati da un numero ancora molto limitato di Stati.

testo sono stati recepiti anche nell'ordinamento dell'Unione europea, dando, così, inizio ad un processo di graduale convergenza tra i due sistemi.

Il regime normativo elaborato sotto gli auspici del Consiglio d'Europa costituisce, almeno per quanto riguarda l'ordinamento internazionale, il tentativo ad oggi più avanzato di arrivare ad una disciplina organica del rapporto tra test genetici e diritti fondamentali. Esso trova nella tutela della dignità umana il suo fondamento ultimo, ponendo la persona umana in una posizione di primazia rispetto agli interessi della scienza. Il quadro giuridico fondato sulla Convenzione di Oviedo, sebbene non privo di alcuni aspetti critici, affronta molte delle questioni più problematiche. Purtroppo, però, l'efficacia e la portata di tali norme risultano fortemente menomate da alcuni limiti che caratterizzano l'intero sistema. Come noto, infatti, la Convenzione di Oviedo, così come i Protocolli analizzati nel presente lavoro, scontano la mancata partecipazione di molti degli Stati membri del Consiglio d'Europa, tra i quali spiccano alcuni dei Paesi più attivi in materia di ricerca genetica[108]. Un secondo elemento di oggettiva debolezza del sistema è rappresentato dal meccanismo di controllo, il quale si fonda sull'esercizio da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo di una competenza solo consultiva e sulla possibilità per il Segretario generale del Consiglio d'Europa di richiedere agli Stati parte la presentazione di un rapporto periodico[109].

Elementi questi che dimostrano la volontà degli Stati di mantenere un forte controllo su questioni molto sensibili sotto diversi profili – etico, morale, politico e, non ultimo, economico –, ma che, al tempo stesso, privano le istituzioni internazionali della possibilità di approntare risposte adeguate a sfide non aventi più carattere meramente nazionale. Una situazione che sembrerebbe caratterizzare anche l'Unione europea, la cui attenzione verso questi temi manca ancora della necessaria organicità. Un esempio importante in tal senso è fornito dalla scelta di non includere le caratteristiche genetiche tra i motivi di discriminazione che, ai sensi dell'articolo 19 TFUE, possono giustificare l'intervento del legislatore europeo. Tale lacuna caratterizzava già il vecchio articolo 13 TCE e aveva portato alla mancata inclusione della discriminazione genetica tra quelle coperte dalla Direttiva 2000/78/CE, l'atto che stabilisce un quadro

[108] La Convenzione è stata ratificata, fino a questo momento, da 26 Stati, tra i quali mancano, *inter alios*, Austria, Belgio, Francia, Germania, Gran Bretagna, Irlanda, Russia e Italia. Proprio il nostro Paese è stato protagonista di una vicenda poco chiara a questo proposito, avendo il Parlamento adottato la legge di autorizzazione alla ratifica (Legge 28 marzo 2001, n. 145, in GU n. 45 del 24 aprile 2001), senza, però, procedere al deposito dello strumento della ratifica, né adottare i decreti attuativi.

[109] Artt. 29-30 della Convenzione di Oviedo.

generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e condizioni di lavoro. Il mancato intervento correttivo da parte dei redattori del Trattato di Lisbona non può certo essere salutato con favore, rendendo più difficoltosa l'elaborazione da parte dell'Unione, di un quadro normativo più coerente ed efficace per il contrasto di un fenomeno discriminatorio che riguarda la sfera più intima della persona.

TUTELA DELLA LIBERTÀ RELIGIOSA, PLURALISMO RELIGIOSO E PRINCIPIO DI LAICITÁ NEI SISTEMI DI GARANZIA EUROPEI

Claudia MORINI*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Considerazioni generali sulla tutela della libertà religiosa nell'àmbito dell'Unione europea. – 3. L'art. 9 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. – 4. Il contributo del principio di laicità alla tutela della libertà religiosa. – 5. Considerazioni conclusive: concorrenza o convergenza dei sistemi di tutela UE e Cedu?

1. Premessa

Il Continente europeo si presenta oggi come uno spazio aperto e multiculturale in cui gli Stati sono costantemente chiamati a riconoscere, proteggere e rispettare il principio del pluralismo[1]. Ad esso oggi è anche riconosciuto un ruolo di primo piano nei Paesi membri dell'Unione europea, tant'è che lo stesso art. 2 del Trattato sull'Unione europea (d'ora innanzi TUE) ribadisce che «[l]'Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze. Questi valori sono comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal *pluralismo*, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini».

* Assegnista di ricerca in Diritto internazionale e dell'Unione Europea, Università degli Studi di Bari 'Aldo Moro'.

[1] In questo scritto ci si riferirà al pluralismo nella sua accezione di 'pluralismo religioso'.

In questo contesto, l'aumento del numero delle religioni professate da un popolo europeo sempre più eterogeneo nella sua composizione, ha accresciuto l'attenzione delle autorità pubbliche statali in merito alla necessità di tutelare non solamente la *libertà religiosa dei singoli individui*, ma il concreto realizzarsi di quel *pluralismo religioso* che implica non solo che tutti possono praticare una religione o una convinzione – seppure entro certi limiti – ma che tutti possano praticarla in condizioni di parità, affinché possa meglio essere garantita l'integrazione sociale e la pacifica convivenza tra i consociati. Nondimeno è parimenti tutelato il diritto di non professare alcuna convinzione religiosa.

Un ruolo importante, seppure diverso quanto ai fini, nell'affermazione e protezione della libertà religiosa, sia nella sua dimensione individuale che collettiva, è da riconoscersi all'ordinamento giuridico dell'Unione europea e al sistema di garanzia istituito dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (d'ora innanzi Cedu)[2].

In un contesto che oggi spesso vede la società europea quasi 'impaurita' dalla diversità, uno dei contributi che l'azione dei due sistemi di garanzia europei potrebbe apportare è quello di 'rafforzare' il sentimento di unità dei popoli europei, senza incidere negativamente sulle differenze religioso-culturali.

2. Considerazioni generali sulla tutela della libertà religiosa nell'àmbito dell'Unione europea

Tra i principî fondanti dell'Unione europea vi è il rispetto della diversità. Ciò si evince, oltre che dal seppur non ufficiale motto della stessa – Unita nella diversità! – dal tenore dell'art. 3 TUE nella parte in cui si afferma che l'Unione «[…] rispetta la ricchezza della sua diversità culturale […] e vigila sulla salvaguardia e sullo sviluppo del patrimonio culturale europeo», dell'art. 4, par. 2 TUE, in base al quale «[l]'Unione *rispetta* l'uguaglianza degli Stati membri davanti ai trattati e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale […]» e dell'art. 22 della Carta dei diritti fondamentali del-

[2] In generale, sulla Convenzione europea dei diritti dell'uomo vedi, tra gli altri, V. STARACE, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'ordinamento italiano*, Bari, 1992; S. BARTOLE – B. CONFORTI – G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001; I. CAMERON, *An Introduction to the European Convention on Human Rights*, Uppsala, 2002; S. GREER, *The European Convention on Human Rights: Achievements, Problems and Prospects*, Cambridge, 2006.

l'Unione europea (d'ora innanzi Carta di Nizza) laddove è ribadito che «[l]'Unione rispetta la diversità culturale, religiosa e linguistica»[3].

È nota l'evoluzione che ha portato il processo di integrazione europea a concretizzarsi, partendo da una comunità prettamente economica, in una comunità di diritto. L'adozione prima e l'annessione al Trattato di Lisbona poi della Carta di Nizza, è il risultato della volontà di dare finalmente un'anima 'valoriale' all'Unione.

L'avvenuta affermazione di un principio tanto dirompente quale è

[3] Corsivo nostro. Questa norma costituisce un'ulteriore affermazione del principio di non discriminazione – contenuto nel precedente art. 21 – con specifico riferimento alla tutela del *principio di differenziazione*, in sé connaturato all'idea di sistema comunitario che è come tale imprescindibilmente fondato sulla tutela della differenziazione in quanto originante dall'unione di più Stati nazionali. L'utilizzo del verbo 'rispettare', implica che sul punto non si possa parlare di impegno a tenere comportamenti positivi che tutelino o garantiscano la diversità, come invece sarebbe stato se si fossero utilizzate forme verbali più impegnative. Spetterà dunque alla Corte di giustizia nell'applicare tale norma valorizzarne o sminuirne la portata, facendone così una norma di fondamentale importanza per la tutela delle minoranze o relegandola ad una mera affermazione di principio. La Carta di Nizza, proclamata solennemente l'8 dicembre 2000, è stata nuovamente proclamata a Strasburgo il 13 dicembre 2007 alla vigilia della sottoscrizione del Trattato di Lisbona. Sul punto vedi E. PACIOTTI, *La 'seconda proclamazione' della Carta dei diritti e il Trattato di riforma*, in *www.europeanrights.eu*, dicembre 2007. In generale sulla Carta vedi, tra gli altri, R. ADAM, *Da Colonia a Nizza: la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *DUE*, 2000, p. 888 ss.; R. BIFULCO – M. CARTABIA – A. CELOTTO (a cura di), *Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'UE*, Bologna, 2001; F. POCAR, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in ID. (a cura di), *Commentario breve ai Trattati della Comunità europea e dell'Unione europea*, Padova, 2001, p. 1181 ss.; A. BARBERA, *La Carta europea dei diritti: una fonte di ricognizione?*, in *DUE*, 2002, p. 241 ss.; C. DI TURI, *La prassi giudiziaria relativa all'applicazione della Carta di Nizza*, in *DUE*, 2002, p. 681 ss.; R. MASTROIANNI, *Il contributo della Carta europea alla tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 1873 ss.; L.S. ROSSI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione dell'Unione europea*, Milano, 2002; L.S. ROSSI , *La Carta dei diritti come strumento di costituzionalizzazione dell'ordinamento dell'UE*, in *Quad. Cost.*, 2002, p. 567 ss.; A. CELOTTO - G. PISTORIO, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Rassegna giurisprudenziale (2001-2004)*, in *Giur. it.*, 2005, p. 88 ss.; L. DANIELE, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e Trattato di Lisbona*, in *DUE*, 2008, p. 655 ss. Da ultimo sulla Carta vedi la *Strategia per l'attuazione effettiva della Carta dei diritti fondamentali dell'UE da parte dei Paesi membri* adottata dalla Commissione europea il 19 ottobre 2010, il cui testo in lingua inglese è reperibile al link *http://ec.europa.eu/justice/news/intro/doc/com_2010_573_4_en.pdf*. Con essa la Commissione si è posta l'obiettivo di ampliare la valutazione d'impatto che le nuove proposte normative avranno sui diritti fondamentali garantiti dalla Carta. A tal fine sarà necessario istituire un sistema di monitoraggio grazie al quale i servizi della Commissione potranno individuare i diritti fondamentali che la proposta rischia di violare, proponendo, in questi casi, versioni alternative. Inoltre, nella *Strategia* si legge che la Commissione vuole diffondere gli strumenti a disposizione dei cittadini dell'Unione attivabili nei casi di violazione della Carta, ferma restando la competenza *ratione materiae* di Bruxelles.

quello del primato del diritto comunitario, non poteva non mettere in risalto la 'lacuna' di una necessaria tutela anche in àmbito comunitario di diritti fondamentali già riconosciuti e garantiti sia nei singoli Stati membri sia a livello regionale attraverso l'operato della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Tra i diritti meritevoli di tutela rileva appunto il diritto alla libertà religiosa, sia come diritto dei singoli individui di credere (*forum internum*) che come diritto degli stessi di manifestare il loro credo (*forum externum*)[4].

Nel sistema UE l'iniziale assenza di espliciti riferimenti nei Trattati istitutivi a specifiche disposizioni in materia di libertà fondamentali è stata invero colmata dall'attività pretoria della Corte di giustizia.

La prima volta nella quale i giudici di Lussemburgo hanno preso in considerazione l'interazione tra diritto comunitario e libertà religiosa è stata nel 1974 con la sentenza *Van Duyn*[5].

Il caso di specie vedeva il ricorso di una cittadina olandese, fedele della Chiesa di *Scientology*, contro la decisione del Ministero dell'Interno britannico di negarle l'ingresso del Regno Unito proprio in ragione della sua appartenenza a tale Chiesa. In base alle norme britanniche vigenti all'epoca, le autorità amministrative, pur non potendo impedire l'esercizio del culto ne potevano invero limitare la diffusione in quanto questa era ritenuta dannosa per la società e contraria all'ordine pubblico interno. A tal fine era possibile vietare l'ingresso di stranieri adepti e negare il permesso di lavoro agli stranieri che si recavano nel Regno Unito al fine di prestare la propria attività lavorativa per la suddetta Chiesa.

La questione era di rilevanza comunitaria in quanto la normativa britannica, di fatto, comportava una limitazione alla libera circolazione

[4] Per una ricostruzione storica del diritto alla libertà religiosa a livello internazionale vedi, da ultimo, C. FOCARELLI, *Evoluzione storica e problemi attuali del diritto alla libertà religiosa*, in *Diritti umani e diritto internaz.*, 2008, p. 229 ss. Sul nesso tra religione e diritti umani vedi invece, per tutti, V. POSSENTI (a cura di), *Diritti umani e libertà religiosa*, Soveria Mannelli, 2010.

[5] CGCE, sentenza *Yvonne Van Duyn c. Home Office*, 4 dicembre 1974, causa 41-74, in «Raccolta», 1974, p. 1337 ss. Vedi più di recente il caso *Association Église de Scientologie Paris e Scientology International Reserves Trust c. Repubblica francese* del 14 marzo 2000, laddove la Corte ha invece ritenuto che un'attività che non costituisce oggetto di restrizione nei confronti dei propri cittadini non può costituire una minaccia per l'ordine pubblico. Sulle vicende della Chiesa di *Scientology* si rimanda alla ricostruzione operata da G. CARBONE, *L'affaire di Scientology. La qualificazione in via giudiziaria di una confessione nel contesto 'europeo' della libertà di religione*, in *www.statoechiese.it*, aprile 2008.

delle persone nel territorio comunitario e una disparità di trattamento tra cittadini di uno Stato membro e cittadini di altri Stati membri.

Nella sua decisione, la Corte di giustizia ha ritenuto i provvedimenti restrittivi adottati dalle autorità britanniche compatibili con il diritto comunitario affermando che «uno Stato membro, il quale intenda adottare provvedimenti restrittivi per motivi di ordine pubblico, può ritenere elemento costitutivo del comportamento personale dell'interessato l'appartenenza ad un gruppo o a una organizzazione [la Chiesa di Scientology], le cui attività sono considerate antisociali, ma non sono vietate a norma di legge. Tali provvedimenti sono leciti anche quando nessuna restrizione viene imposta dallo Stato ai propri cittadini intenzionati a svolgere nell'ambito del citato gruppo od organizzazione un'attività analoga a quella che desidera svolgere il cittadino d'un altro Stato membro» (p. 1352).

Il caso grazie al quale la libertà di religione ha però fatto 'irruzione' nell'ordinamento giuridico comunitario ed è stata esplicitamente inclusa dalla Corte di giustizia tra i diritti riconosciuti e tutelati anche in àmbito comunitario è quello sfociato nella sentenza *Prais* del 27 ottobre 1976[6].

Vivien Prais era una cittadina britannica di religione ebraica, candidata in un concorso finalizzato all'accesso alla funzione pubblica comunitaria. La ricorrente aveva richiesto all'autorità competente un rinvio delle prove d'esame perché queste coincidevano parzialmente con il primo giorno di una festa ebraica (*Chavouot*), giornata nella quale è tra l'altro vietato viaggiare e scrivere. A seguito del mancato accoglimento di tale richiesta la signora Prais, avendo ravvisato in tale diniego una lesione del proprio sentimento religioso, aveva presentato innanzi alla Corte di giustizia un ricorso per annullamento della decisione comunitaria.

La Corte, pur avendo respinto il ricorso perché la richiesta di rinvio delle prove non era stata tempestiva, non aveva invero negato aprioristicamente la rilevanza delle 'motivazioni religiose' addotte; anzi, essa aveva riconosciuto in modo esplicito sia il divieto di discriminazione per motivi religiosi che il più generale diritto di libertà religiosa, così come formulato dall'art. 9 della Cedu ed aveva affermato che «se un candidato comunica all'autorità che ha il potere di nomina che, per ragioni d'indole religiosa, egli non potrà presentarsi agli esami ad una certa data, l'autorità dovrà tenerne conto e cercare di evitare di stabilire in quella data le prove d'esame». Ciò al fine di impedire che per partecipare a un

[6] CGCE, sentenza *Vivien Prais c. Consiglio delle Comunità europee*, 27 ottobre 1976, causa 130-75, in «Raccolta», 1976, p. 1589 ss.

concorso pubblico «un candidato infranga un precetto religioso» (p. 1598)[7].

Un altro caso interessante è quello nato dal ricorso presentato nel 1992 dal sig. Konstantinidis[8], un cittadino greco che aveva contratto matrimonio in Germania e che ivi si era stabilito. Egli aveva lamentato la lesione della propria identità culturale e delle proprie convinzioni religiose cristiano-ortodosse in ragione di una non corretta translitterazione del proprio nome in caratteri latini nei registri di Stato civile tedeschi. Il nome, infatti, era stato trascritto con una grafia non conforme alla trascrizione fonetica e da 'Christos' era divenuto 'Hréstos', perdendo così, a suo avviso, il proprio peculiare significato religioso.

Sebbene nelle sue conclusioni l'Avvocato generale Jacobs avesse messo in rilevo la gravità del danno subito dal ricorrente quale conseguenza della violazione dei suoi diritti morali in generale e dei suoi sentimenti religiosi in particolare, poiché in ragione della non corretta translitterazione il carattere cristiano del nome sarebbe stato definitivamente «distrutto», in questo caso la Corte di giustizia, pur accogliendo il ricorso, non aveva però fondato la sua decisione sulla rivendicata lesione della libertà religiosa, bensì su un più generico rischio di 'confusione' che una non corretta trasposizione del nome avrebbe potuto ingenerare in potenziali clienti del ricorrente (a venire in rilievo era, infatti, la libertà di stabilimento e di prestazione di servizi garantita dagli artt. 48, 52 e 60 del Trattato CE).

Volendo offrire una parziale valutazione della giurisprudenza della Corte di giustizia testé richiamata e concernente fattispecie a vario titolo incidenti sulla libertà di religione, è possibile affermare che in alcune decisioni la Corte, nel 'fingere' di non vedere le possibili conseguenze delle proprie pronunce su una libertà fondamentale quale quella religiosa, ha dato l'impressione «di voler limitare la portata dei propri interventi in modo da evitare o almeno da ridurre, la possibilità di conflitti»[9]; la Corte di giustizia, infatti, ogni volta che ha potuto, ha formulato le sue conclu-

[7] A simili risultati la Corte è giunta anche nel caso *D. Strack c. Parlamento europeo* del 27 novembre 1986, causa C-155/85, in «Raccolta», 1986, p. 3561 ss.

[8] CGCE, sentenza *Christos Konstantinidis c. Stadt Altensteig-Standesamt e Landratsamt Calw-Ordnungsamt*, 30 marzo 1993, causa 168/91, in «Raccolta», 1993, p. 1191 ss. Sulla sentenza in esame vedi J.-F. FLAUSS, *La protection de l'integrité du nom par le droit communautaire*, in *Revue trimestrelle des droits de l'homme*, 1994, p. 455 ss.

[9] Vedi E. PAGANO, *I diritti fondamentali nella Comunità europea dopo Maastricht*, in *DUE*, 1996, p. 180.

sioni avendo come punto focale la tutela di un principio comunitario generale[10].

Con ciò non si vuole certo esprimere un parere negativo circa l'operato della Corte la quale, anzi, a fronte di una formale incompetenza in materia di libertà religiosa, difficilmente avrebbe potuto soffermarsi in via esclusiva sull'elemento religioso presente nelle fattispecie che essa doveva esaminare.

La prassi giurisprudenziale in materia di libertà fondamentali ha trovato un positivo riscontro con il Trattato di Maastricht (1992) prima e con quello di Amsterdam (1997) poi. Con il primo si è affermato l'impegno al rispetto, in quanto principî generali del diritto comunitario, dei diritti fondamentali riconosciuti nelle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri e garantiti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (art. F, par. 2). Il Trattato di Amsterdam, invece, oltre a confermare con alcune modifiche il contenuto dell'art. F, par. 2, ha introdotto con l'art. 13 TCE la possibilità per le istituzioni comunitarie di intraprendere le opportune azioni al fine di combattere le discriminazioni fondate, tra l'altro, anche sulla religione[11].

L'introduzione di tale articolo ha permesso alla Commissione europea di presentare nel luglio del 2008 una proposta di *Direttiva recante applicazione del principio di parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale*[12]. Ad oggi, infatti, mancava uno strumento per contrastare ad ampio raggio la discriminazione in esame, essendo la tutela all'interno del territorio dell'Unione per persone vittime di discriminazione fondata sulla religione operante solo nella sfera lavorativa e della formazione professionale[13].

[10] In proposito è necessario tenere fermo un punto: i diritti fondamentali di cui la Corte di giustizia assicura la tutela sono sì libertà fondamentali, ma in quanto strumentali alla realizzazione degli obiettivi e delle finalità dei Trattati.

[11] La norma così dispone: «Fatte salve le altre disposizioni del presente trattato e nell'ambito delle competenze da esso conferite alla Comunità, il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo, può prendere i provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali».

[12] Vedi COM/2008/0426 def.

[13] Vedi *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* serie L 303 del 2 dicembre 2000, pp. 16-22. Per gli atti di diritto comunitario derivato che hanno un'incidenza diretta o potenziale su interessi religiosamente qualificati, vedi per tutti D. LOPRIENO, *La libertà religiosa*, Milano, 2009, p. 176 ss.

L'approdo del percorso che ha portato all'integrazione nell'ordinamento comunitario della tutela della libertà religiosa è costituito dall'adozione della già citata Carta di Nizza, in particolare dell'art. 10.

Nel primo paragrafo, dedicato alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione, si riproduce pressoché fedelmente il testo dell'art. 9, par. 1 della Cedu. Nel secondo paragrafo, invece, viene introdotta una novità sul piano della codificazione internazionale dei diritti umani, ossia il riconoscimento, seppure nei limiti e alle condizioni previste dalle leggi o dalle prassi nazionali, del diritto all'obiezione di coscienza[14]. Si tratta di un'importante innovazione sintomatica di un'accettazione da parte dell'Unione europea che non solo un individuo è libero di credere, ma anche che egli possa manifestare e far valere le proprie convinzioni religiose e, in casi eccezionali, farle «prevalere sulle scelte politiche della maggioranza»[15]. La differenza maggiore tra le già esistenti garanzie costituzionali di questo diritto proprie di alcuni Stati membri e la portata riconosciutagli nella Carta, sta nel fatto che ad essere tutelata non è più solo l'obiezione rispetto all'espletamento del servizio militare obbligatorio, bensì qualsiasi obiezione di coscienza, anche quindi se fondata su motivazioni più marcatamente religiose.

Continuando l'esame delle due disposizioni, è possibile rilevare che a differenza di quanto previsto dall'art. 9, par. 2 Cedu, l'art. 10 della Carta di Nizza nulla dice in merito alle possibili limitazioni cui potrebbe andare incontro la libertà religiosa, rinviando implicitamente all'art. 52 della Carta che definisce in maniera generale la portata di tutti i diritti in essa inclusi[16]. Mentre però la disposizione della Cedu prevede un limite

[14] Nella Convenzione europea l'obiezione di coscienza è contemplata dall'art. 4, par. 3, lett. *b*, solo ai fini della sua esclusione dalla nozione di 'lavoro forzato'. Per la giurisprudenza più recente in materia di obiezione di coscienza si rinvia alla sentenza *Bayatyan c. Armenia* del 27 ottobre 2009; il caso è attualmente pendente innanzi la Grande Camera della Corte (la decisione di accettazione della richiesta di rinvio è del 10 maggio 2010).

[15] Vedi J. LUTHER, *Le frontiere dei diritti culturali in Europa*, in G. ZAGREBELSKY (a cura di), *Diritti e Costituzione nell'Unione europea*, Roma-Bari, 2003, p. 231.

[16] Il testo dell'art. 52 così dispone: «1. Eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui. 2. I diritti riconosciuti dalla presente Carta che trovano fondamento nei trattati comunitari o nel trattato sull'Unione europea si esercitano alle condizioni e nei limiti definiti dai trattati stessi. 3. Laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente dis-

solo rispetto alla libertà di manifestazione esterna del proprio credo religioso, la clausola limitativa generale contenuta nell'art. 52 della Carta di Nizza comporta un limite decisamente più intenso, che potrebbe dunque anche toccare il *forum internum* dell'individuo.

Una specie di 'salvacondotto' è però da rinvenirsi nel successivo art. 53 della Carta, che individua il livello minimo di protezione dei diritti da essa garantiti in quello offerto, tra gli altri strumenti internazionali, proprio dalla Cedu[17]; pertanto, la portata dei diritti relativi all'esercizio della libertà religiosa garantiti dall'art. 10 della Carta dovrà essere letta e interpretata anche alla luce dell'art. 9 Cedu e, di conseguenza, della giurisprudenza della Corte di Strasburgo e le limitazioni dovrebbero comunque incidere solo sulla libertà di manifestare la propria religione.

posizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa». Per un'analisi della norma in questione e delle problematiche ad essa connesse, vedi H.C. KRÜGER - J. POLAKIEWICZ, *Proposals for a Coherent Human Rights Protection System in Europe. The European Convention on Human Rights and EU Charter on Fundamental Rights*, in *Hum. Rts. L. J.*, 2001, p. 1 ss.; P. MANZINI, *La portata dei diritti garantiti dalla Carta dell'Unione europea: problemi interpretativi posti dall'art. 52*, in L.S. ROSSI (a cura di), *op. cit.*, p. 127 ss. Più in generale, sul rapporto tra Convenzione europea dei diritti dell'uomo e Carta di Nizza vedi, tra gli altri, A. TAMIETTI, *La nuova Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: quali rapporti con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Cronache e battaglie*, 2000, nn. 1-2, p. 69 ss.; B. CONFORTI, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in L.S. ROSSI (a cura di), *op. cit.*, p. 8 ss.; U. VILLANI, *I diritti umani fondamentali tra Carta di Nizza, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e progetto di Costituzione europea*, in ID., *Studi su La protezione internazionale dei diritti umani*, Roma, 2005, p. 129 ss.

[17] L'art. 53 così dispone: «Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione, la Comunità o tutti gli Stati membri sono parti contraenti, in particolare la convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dalle costituzioni degli Stati membri». Gli artt. 52 e 53 vanno letti anche alla luce delle cd. *Spiegazioni relative al testo della Carta dei diritti fondamentali* (pubblicate nella versione aggiornata in *GUUE* C 303 del 14 dicembre 2007, p. 17 ss.), così come disposto dall'art. 6, primo comma, terzo paragrafo TUE. Ad oggi il valore giuridico delle *Spiegazioni* e, in particolare, l'intensità del vincolo che esse rappresentano per l'interprete risultano alquanto ambigui. Sul punto, il Preambolo delle *Spiegazioni* dispone espressamente che «benché non abbiano di per sé *status* di legge, [le spiegazioni] rappresentano un prezioso strumento d'interpretazione destinato a chiarire le disposizioni della Carta».

3. L'art. 9 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali

La giurisprudenza della Corte di giustizia, l'art. 6 TUE e la stessa Carta di Nizza individuano la Cedu quale parametro essenziale per l'interpretazione in àmbito comunitario dei diritti umani fondamentali.

Questo strumento, così come interpretato e applicato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, si è rivelato fondamentale nel conseguire una sorta di 'armonizzazione' a livello europeo del concetto di libertà religiosa. Nonostante ciò, alcuni aspetti di questa libertà non hanno ancora trovato una soluzione univoca e scevra da polemiche.

Come già ricordato, la libertà religiosa è tutelata nell'art. 9, par. 1 Cedu; le restrizioni a tale libertà sono invece previste nel successivo paragrafo. Esse devono essere stabilite per legge e costituire misure necessarie in una società democratica. Le motivazioni che possono giustificare limitazioni sono la sicurezza, l'ordine, la salute e la morale pubblica, nonché la protezione dei diritti e delle libertà altrui. Le restrizioni di cui sopra, designano una vera e propria sfera di discrezionalità nella quale ogni Stato membro del Consiglio d'Europa può determinare il rapporto tra diritti individuali ed esigenze della collettività, discrezionalità che trova, però, la sua delimitazione nell'esistenza di tre limiti posti a garanzia della libertà individuale: legalità, necessità e democraticità della misura limitativa statale.

La Corte di Strasburgo ha definito la libertà di religione, di coscienza e di pensiero come uno dei fondamenti del pluralismo democratico: «quale protetta dall'art. 9, la libertà di pensiero, di coscienza e di religione rappresenta uno dei fondamenti di una 'società democratica' nel senso della Convenzione. Essa figura, nella sua dimensione religiosa, tra gli elementi più essenziali dell'identità dei credenti e della loro concezione di vita, ma è anche un bene prezioso per gli atei, gli agnostici, gli scettici e gli indifferenti. Da essa dipende quel pluralismo inseparabile dalla società democratica che è stato conquistato a caro prezzo nel corso dei secoli»[18].

Una delle caratteristiche dell'attività giurisdizionale della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di libertà religiosa[19], è quella

[18] Cedu, *Kokkinakis c. Grecia*, ricorso n. 14307/88, sentenza del 25 maggio 1993, par. 31. In dottrina vedi T. SCOVAZZI, *Libertà di religione e testimoni di Geova secondo due sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Quad. dir. pol. eccles.*, 1994, p. 719 ss.; N. LERNER, *Proselytism, Change of Religion and International Human Rights*, in *Emory Int'l L. Rev.*, 1998, p. 477 ss.

[19] In generale, tra le pronunce della Corte più rilevanti in materia di libertà religiosa, oltre a quella menzionata nella nota precedente, ricordiamo: *Kjeldesen, Busk*

dell'aver spesso applicato l'art. 9 in maniera ancillare rispetto ad altri articoli della Convenzione. In proposito vi è chi ha affermato che «è come se tale libertà sia considerata subordinata agli altri diritti e libertà»[20].

La *ratio* alla base di tale atteggiamento ci pare possa essere spesso rinvenibile in una generale volontà dei giudici di Strasburgo di evitare nei limiti del possibile le molte rivendicazioni che solitamente sono connesse alla lamentata violazione del diritto garantito dall'art. 9. Tale risultato è stato anche ottenuto mediante un atteggiamento di *self-restraint* della Corte, operato attraverso il frequente ricorso alla cd. dottrina del margine statale di apprezzamento[21].

Tale dottrina implica che la Corte, di fronte a misure statali ritenute lesive di una norma convenzionale, ammetta che gli Stati possano fare

Maden, Pedersen c. Danimarca del 7 dicembre 1976; *X c. Regno Unito* del 12 marzo 1981 (decisione sulla ricevibilità); *Hoffman c. Austria* del 23 giugno 1993; *Otto-Preminger Institut c. Austria* del 20 settembre 1994; *Kalaç c. Turchia* del 1° luglio 1997; *Buscarini e altri c. San Marino* del 18 febbraio 1999; *Dahlab c. Svizzera* del 15 febbraio 2001; *Refah Partisi e altri c. Turchia* del 31 luglio 2001; *Chiesa metropolitana di Bessarabia c. Moldova* del 13 dicembre 2001; *Şahin c. Turchia* del 10 novembre 2005 (decisione sulla ricevibilità); *Sezione moscovita dell'Esercito della salvezza c. Russia* del 5 ottobre 2006; *Folgerø e altri c. Norvegia* del 29 giugno 2007; *Mann Singh c. Francia* del 13 novembre 2008; *Dogru c. Francia* del 4 dicembre 2008; *Aktas c. Francia* del 30 giugno 2009; *Lautsi c. Italia* del 3 novembre 2009; *Dimitras e altri c. Grecia* del 3 giugno 2010. In dottrina vedi, tra i tanti, J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *La giurisprudenza degli organi di Strasburgo sulla libertà religiosa*, in *Riv. internaz. dir. uomo*, 1993, p. 335 ss.; A. CANNONE, *Gli orientamenti della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia religiosa*, ivi, 1996, p. 264 ss.; C. EVANS, *Freedom of Religion under the European Convention on Human Rights*, Oxford, 2001; T. MASSIS – C. PETTITI (éd), *La liberté religieuse et la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 2004; M. PERTILE, *La libertà di pensiero, di coscienza e di religione*, in L. PINESCHI (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani. Norme, garanzie, prassi*, Milano, 2006, p. 409 ss.; M. PEDRAZZI, *Sviluppi della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani in tema di libertà religiosa*, in *Studi in onore di Vincenzo Starace*, I, Napoli, 2008, p. 645 ss.

[20] Vedi B. CONFORTI, *La tutela internazionale della libertà religiosa*, in *Riv. internaz. dir. uomo*, 2002, p. 269 ss., in specie p. 273.

[21] Su questa dottrina vedi, tra gli altri, R. SAPIENZA, *Sul margine di apprezzamento statale nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. internaz.*, 1991, p. 571 ss.; S.C. PREBENSEN, *The Margin of Appreciation and Articles 9, 10 and 11 of the Convention*, in *Hum. Rts. L. J.*, 1998, p. 13 ss.; M.R. HUTCHINSON, *The Margin of Appreciation Doctrine in the European Court on Human Rights*, in *Int'l & Comp. L. Q.*, 1999, p. 638 ss.; Y. ARAI-TAKAHASHI, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the European Court on Human Rights*, Oxford, 2002; N. LERNER, *How Wide the Margin of Appreciation? The Turkish Headscarf Case, the Strasbourg Court, Secularist Tolerance*, in *Willamette J. Int'l L. & Dispute Res.*, 2005, p. 65 ss.; R. NIGRO, *Il margine di apprezzamento e la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sul velo islamico*, in *Diritti umani e diritto internaz.*, 2008, p. 71 ss.

uso di un certo margine di discrezionalità in ordine alla portata delle deroghe previste dalla Convenzione europea. Il ricorso al margine di apprezzamento, dunque, è uno strumento che dal punto di vista pratico permette di ricondurre all'alveo della legalità misure che hanno comunque come effetto quello di limitare, di fatto, una libertà tutelata dalla Convenzione, mentre sul piano teorico risolve il possibile conflitto tra il delicato compito di garantire la protezione internazionale dei diritti umani e il legittimo rispetto delle peculiarità giuridiche, sociali e culturali degli ordinamenti degli Stati contraenti.

Quale argine alla possibile deriva di un eccessivo ricorso alla dottrina del margine di apprezzamento rileva la necessaria valutazione di proporzionalità delle limitazioni imposte dagli Stati rispetto al fine che attraverso le stesse si vuole perseguire. Comunque, in linea generale, può dirsi che la regola utilizzata dalla Corte in materia di riconoscimento od esclusione della discrezionalità statale è quella del rapporto inversamente proporzionale tra consenso e margine di apprezzamento e direttamente proporzionale tra consenso ed estensione del controllo della Corte stessa. Pertanto, l'assenza di convergenza nella posizione degli Stati membri del Consiglio d'Europa rispetto ad alcune tematiche particolarmente delicate, tra le quali rileva appunto la materia della libertà religiosa, ha spesso spinto la Corte ad effettuare un 'controllo minimale' sull'operato statale, espandendo invece la portata del sindacato delle autorità nazionali.

Nella vasta giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sulla libertà religiosa, un filone che si presta ad una verifica delle conseguenze dell'applicazione di questa dottrina, è quello attualissimo relativo alla disputa sull'ostentazione dei simboli religiosi quale elemento 'conflittuale' del rapporto tra principio di laicità dello Stato e libertà religiosa[22]. Sarà poi proprio rispetto a questo rapporto che si potrà anche tentare un confronto concreto tra i due sistemi di garanzia europei.

4. Il contributo del principio di laicità alla tutela della libertà religiosa

La questione dalla quale è necessario partire è la seguente: è possibile delineare un modello europeo di relazioni tra Stato e confessioni religiose che renda più efficace e soprattutto coerente l'azione dei due sistemi di garanzia rispetto alla tutela della libertà religiosa? E inoltre, i

[22] G. GONZALEZ (a cura di), *Laïcité, liberté de religion et Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 2006.

sistemi UE e Cedu operano in maniera concorrente o convergente rispetto al fine di tutelare la libertà in esame?

Uno dei principî ispiratori sia degli ordinamenti statali sia di quelli europei è quello della laicità delle istituzioni[23]. Quando però si fa riferimento a questo concetto come 'valore comune', esso dovrebbe essere 'depurato' dalle specifiche connotazioni che lo caratterizzano nei diversi ordinamenti nazionali e costituire un minimo comune denominatore, ispirato alla neutralità e imparzialità dei pubblici poteri, su cui fondare in primo luogo la garanzia del diritto individuale alla libertà religiosa.

Tra le sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di simboli religiosi e loro compatibilità con uno Stato laico, bisogna ricordare la decisione di irricevibilità nel caso *Dhalab c. Svizzera* in cui, com'è noto, un'insegnante di una scuola elementare pubblica rivendicava il suo diritto a indossare il velo islamico anche durante le lezioni[24].

In questo caso, la Corte ha avallato la proibizione imposta dalle autorità elvetiche a tutti gli insegnanti di indossare qualsiasi simbolo di qualsiasi religione che identificasse la loro appartenenza religiosa, sottolineando, tra l'altro, che il velo rappresenta un 'segnale religioso forte' e che come tale potrebbe influenzare la formazione della personalità dei minori. Ad avviso della Corte, il Governo elvetico, dunque, ha correttamente agito per tutelare la neutralità dell'ambiente scolastico ed evitare ogni tipo di influenza religiosa sugli alunni, avvalendosi del margine di apprezzamento di cui ogni Paese contraente della Convenzione gode. I giudici di Strasburgo, infatti, hanno respinto l'istanza dell'insegnante assserendo che «weighing the right of a teacher to manifest her religion against the need to protect pupils by preserving religious harmony, the Court considers that, in the circumstances of the case and having regard, above all, to the tender age of the children for whom the applicant was responsible as a representative of the State, the Geneva authorities did not exceed their margin of appreciation and that the measure they took was therefore not unreasonable» (p. 13).

Altro caso rilevante ai fini del nostro studio è *Şahin c. Turchia*, deciso dalla Grande Camera, con il quale si è statuita la legittimità del divieto imposto alle studentesse delle università turche di accedere ai plessi universitari indossando il velo islamico; ad avviso della Corte, tale di-

[23] H. PENA-RUIZ, *Histoire de la Laïcité: Genèse d'un Idéal*, Paris, 2005; S. PRISCO, *Laicità, un percorso di riflessione*, II ed., Torino, 2009.

[24] Vedi, tra gli altri, J.M. WESTERFIELD, *Behind the Veil: an American Perspective on the European Headscarf Debate*, in *Am. J. Comp. L.*, 2006, p. 637 ss.; K. BENNOUNE, *Secularism and Human Rights: a Contextual Analysis of Headscarves, Religious Expression and Equality under International Law*, in *Colum. J. Trans. L.*, 2007, p. 367 ss.

vieto non costituiva una violazione dei diritti e libertà enunciati agli artt. 8, 9, 10 e 14 della Convenzione europea dei diritti umani, e all'art. 2 del Protocollo n. 1[25]. In particolare, la Corte ha affermato che «[i]n the light of the foregoing and having regard to the Contracting States' margin of appreciation in this sphere, the Court finds that the interference in issue was justified in principle and proportionate to the aim pursued. Consequently, there has been no breach of Article 9 of the Convention» (par. 122).

In questa sentenza, per giungere alle sue conclusioni, la Corte ha fatto leva proprio sul principio di laicità, affermando che «[…] it is the principle of *secularism*, as elucidated by the [Turkish] Constitutional Court […], which is the paramount consideration underlying the ban on the wearing of religious symbols in universities. In such a context, where the values of pluralism, respect for the rights of others and, in particular, equality before the law of men and women are being taught and applied in practice, it is understandable that the relevant authorities should wish to preserve the *secular* nature of the institution concerned and so consider it contrary to such values to allow religious attire, including, as in the present case, the Islamic headscarf, to be worn» (par. 116 – corsivi nostri).

In questi due casi, la Corte, così generosa nel concedere agli Stati un ampio margine di apprezzamento riguardo alle politiche in materia religiosa, è stata invece univoca nell'attribuire a un simbolo espressione di una data fede o tradizione religiosa – il velo islamico appunto – una connotazione negativa, senza preoccuparsi di accertare come tale simbolo sia, di fatto, percepito e vissuto da chi lo indossa o dalle persone che con questi entrano in relazione.

Se il modello di laicità abbracciato in questi casi dalla Corte è quello che ha come finalità la difesa della neutralità dello spazio pubblico, con il conseguente divieto di indossare liberamente simboli religiosi nei luoghi in cui le persone sono direttamente sotto il controllo o la responsabilità delle autorità pubbliche (proprio di Stati come la Francia e la Turchia), a maggior ragione tale divieto avrebbe dovuto estendersi anche alle ipotesi di esposizione autoritativa di simboli religiosi da parte di uno Stato, in quegli stessi luoghi[26].

Così è stato e, infatti, la 'ghigliottina' del modello di 'laicità fonda-

[25] Vedi, tra gli altri, C. SKACH, *Leyla Şahin v. Turkey: "Teacher Headscarf" Case*, in *Am. J. Int'l L.*, 2006, p. 186 ss.

[26] In merito al dibattito sull'esposizione dei simboli religiosi nei luoghi pubblici vedi, tra gli altri, I. RORIVE, *Religious Symbols in the Public Sphere: in Search for an European Answer*, in *Cardozo L. Rev.*, 2009, p. 2669 ss.

mentalista' fatto proprio dalla Corte di Strasburgo si è abbattuta anche su un altro simbolo e su un altro Paese: il crocifisso e l'Italia.

Nell'ormai noto caso *Lautsi c. Italia*, la seconda sezione della Corte ha ritenuto all'unanimità che l'esposizione obbligatoria nelle aule della scuola pubblica di un simbolo proprio di una determinata confessione religiosa limiti il diritto dei genitori di istruire i propri figli secondo le proprie convinzioni nonchè il diritto dei bambini di credere o non credere[27].

Ad avviso della Corte, la presenza del crocifisso – simbolo che, di fatto, è impossibile non osservare nelle aule scolastiche – può facilmente essere interpretata da allievi di qualsiasi età come un segno religioso 'forte' ed essi avranno la convinzione di essere istruiti in un ambiente scolastico identificato e influenzato da una determinata religione. Questo, secondo i giudici, può essere sì incoraggiante per allievi di religione cattolica, ma può anche costituire fattore di turbamento per allievi di altre religioni, in particolare se appartengono a minoranze religiose, o per gli studenti atei. Quanto a questi ultimi, i giudici della seconda sezione hanno affermato che la libertà di non credere in alcuna religione (inerente com'è risaputo alla stessa libertà di religione garantita dalla Convenzione), non si limita alla garanzia dell'assenza di servizi religiosi o dell'insegnamento religioso, ma si estende anche alle pratiche ed ai simboli che esprimono una credenza, una religione o l'ateismo. Ad avviso della Camera, questa libertà meriterebbe una protezione particolare in quei casi in cui è lo stesso Stato che esprime una credenza e nelle ipotesi in cui la persona è messa in una situazione in cui o non può esercitare liberamente le proprie convinzioni o lo può fare soltanto accollandosi degli sforzi e dei sacrifici sproporzionati.

[27] In dottrina vedi M. CASTELLANETA, *Il crocefisso esposto nelle scuole pubbliche viola la libertà di scegliere l'educazione dei figli*, in *Guida al diritto*, n. 48, 5 dicembre 2009, p. 108 s.; S. BARTOLE, *Simbolo religioso, simbolo passivo, simbolo civile: le metamorfosi forensi del Crocifisso*, in *Diritti umani e diritto internaz.*, 2010, p. 65 ss.; M. CROCE, *La "sana" laicità capitola a Strasburgo: la Corte europea dei diritti dell'uomo giudice di costituzionalità sulle fonti non primarie?*, in *Foro it.*, 2010, IV, 67 ss.; N. GIBSON, *Right to Education in Conformity with Philosophical Convictions: Lautsi v. Italy*, in *Eur. Hum. Rts. L. Rev.*, 2010, p. 208 ss.; M. LUGATO, *Simboli religiosi e Corte europea dei diritti dell'uomo: il caso del crocifisso*, in *Riv. dir. internaz.*, 2010, p. 402 ss.; S. MANCINI, *The Crucifix Rage: Supranational Constitutionalism Bumps Against the Counter-Majoritarian Difficulty*, in *Eur. Constitutional L. Rev.*, 2010, p. 6 ss.; L. MARATEA, *Il Crocifisso nelle aule scolastiche. Un illecito senza danno*? (*Qualche riflessione in margine al caso Lautsi c. Italia*), in *Riv. coop. giur. internaz.*, 35/2010, p. 89 ss.; F.M. PALOMBINO, *Laicità dello Stato ed esposizione del crocifisso nella sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso* Lautsi, in *Riv. dir. internaz.*, p. 134 ss.; R. SAPIENZA, *Il crocifisso nelle aule scolastiche italiane: una questione ancora aperta*, in *Diritti umani e diritto internaz.*, 2010, p. 75 ss.

Il caso *Lautsi* è ora pendente innanzi alla Grande Camera e le udienze sono iniziate lo scorso 30 giugno[28]; alla decisione sono ovviamente particolarmente interessati sia l'opinione pubblica italiana che quella di altri Stati contraenti con popolazione prevalentemente cattolica.

In conclusione, nel sistema di garanzia istituito dalla Cedu, il filo conduttore di tutte le pronunce della Corte testé esaminate è la preferenza per un principio di laicità dello Stato rigorosamente inteso: un principio al quale la stessa libertà di manifestare una fede religiosa può essere sacrificata, nei limiti in cui si tratta di salvaguardare la neutralità dello Stato e delle istituzioni pubbliche; una laicità che, è stato osservato, è «poco compatibile con le posizioni di contiguità tradizionalmente mantenute da alcuni Stati europei nei confronti della fede dominante, sia ad essa riconosciuto o meno un ruolo formale di religione di Stato»[29].

Veniamo ora a ricostruire come si pone il rapporto tra principio di laicità e tutela della libertà religiosa nel sistema dell'Unione europea. In esso, la questione della laicità si è presentata in un primo momento in materia di riposo settimanale dei lavoratori.

Nella sentenza *Council of the City of Stoke-on-Trent e Norwich City Council c. B&Qplc* del 16 dicembre 1992, la Corte aveva affermato il principio del rispetto dell'autonomia statale nella determinazione del riposo settimanale, affermando che «le discipline nazionali che limitano l'apertura domenicale degli esercizi commerciali costituiscono l'espressione di determinate scelte, rispondenti alle peculiarità socio-culturali nazionali o regionali. Spetta agli Stati membri effettuare queste scelte attenendosi alle prescrizioni del diritto comunitario, in particolare del principio di proporzionalità».

Successivamente, però, con la sentenza *Regno Unito e Irlanda del Nord c. Consiglio dell'Unione europea* del 12 novembre 1996, la Corte

[28] Il Presidente della Corte ha autorizzato l'intervento di Armenia, Bulgaria, Cipro, Grecia, Lituania, Malta, Monaco, Romania, Federazione russa, San Marino, oltre a 33 membri del Parlamento europeo e diverse organizzazioni non governative. Il testo della memoria presentata per questa udienza dal Governo italiano è reperibile al link *http://www.governo.it/Presidenza/CONTENZIOSO/comunicazione/allegati/LAUTSI_difesa_italia_20100630.pdf*. Per il testo del ricorso del Governo alla Grande Camera si veda, invece, il link *http://www.governo.it/Presidenza/CONTENZIOSO/comunicazione/-allegati/LAUTSI_ricorso_italia.pdf*. Alla data di chiusura di questo lavoro (11 dicembre 2010) la sentenza della Grande Camera non è ancora stata resa.

[29] Vedi M. PEDRAZZI, *op. cit.*, p. 657. Considerata la diversità di approccio dei diversi Stati, forse bisognerebbe prendere atto dell'assenza di una dimensione europea del principio di laicità, accettando invece l'idea che la disciplina della libertà religiosa sia fatta di «tanti modelli ad alterne velocità» (cfr. G.B. VARNIER, *Laicità, radici cristiane e regolamentazione del fenomeno religioso nella dimensione dell'UE*, in *www.statoechiese.it*, giugno 2008).

aveva invece annullato l'art. 5, par. 2 della Direttiva 93/104/CE in materia di organizzazione dell'orario di lavoro in base al quale «[...] Il periodo minimo di riposo di cui al primo comma comprende in linea di principio la domenica». I giudici di Lussemburgo avevano, infatti, rilevato come, pur avendo la direttiva lasciato, in definitiva, «all'apprezzamento degli Stati membri» la scelta della (cristiana) domenica come giorno di riposo settimanale e «tenuto conto, specialmente, della diversità dei fattori culturali, etnici e religiosi nei diversi Stati membri», tale previsione era carente di giustificazione logica, poiché non spiegava in che cosa la domenica, come giorno di riposo settimanale, presentasse un legame più stretto con la salute e la sicurezza dei lavoratori rispetto ad un altro giorno.

Il 12 dicembre 1996, come reazione alla sopra citata sentenza, il Parlamento europeo adottava una Risoluzione sul lavoro domenicale nella quale si invitavano «gli Stati membri e le parti sociali a tenere in debito conto, nel trasporre in norme di diritto nazionale la direttiva sull'orario di lavoro, delle tradizioni e delle esigenze culturali, sociali, religiose e familiari dei loro cittadini e a riconoscere il carattere particolare della domenica come giorno di riposo, giacché di solito in tale giorno tutti i membri della famiglia sono liberi». La Risoluzione mirava inoltre a salvaguardare «la particolare posizione di coloro che sollevano un'obiezione di coscienza al lavoro domenicale», invitando però, al contempo, gli Stati membri a «riconoscere che in una società multiculturale vi sono anche comunità religiose che possono preferire un altro giorno settimanale per il riposo». Il dibattito sulla scelta della domenica quale giorno di riposo 'preferenziale', oggetto delle sentenze richiamate, è ancora molto acceso[30].

Un altro elemento importante per la ricostruzione del rapporto tra laicità e libertà religiosa nell'Unione europea è l'elaborazione della *Dichiarazione sullo status delle chiese e delle organizzazioni non confessionali (n. 11)* allegata al Trattato di Amsterdam, con la quale l'Unione si era impegnata a rispettare e a non pregiudicare «lo *status* previsto nelle legislazioni nazionali per le chiese e le associazioni o comunità religiose degli Stati membri», equiparando ai soggetti confessionali «le organizzazioni filosofiche e non confessionali».

Il valore giuridico di questa Dichiarazione era alquanto incerto; il suo contenuto è però oggi positivizzato e ampliato nell'art. 17 del Tratta-

[30] Vedi da ultimo la Dichiarazione scritta presentata il 2 febbraio 2009 da alcuni parlamentari europei: *Written declaration on the protection of a work-free Sunday as an essential pillar of the European Social Model and a part of the European cultural heritage*.

to sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE). Tale disposizione, che potremmo definire una 'clausola di riserva di competenza dei singoli Stati in materia religiosa', non eleva, sia pure nell'àmbito del solo diritto dell'Unione europea, la soglia della tutela offerta a livello statale. Dalla lettura della norma, però, si deduce un principio di neutralità dell'Unione, tipico di un'impostazione laica di matrice liberale, che implica il riconoscimento dell'«identità» delle diverse entità e del «contribuito specifico» da esse dato, riconoscimento alla base della regola per la quale «l'Unione mantiene un dialogo aperto, trasparente e regolare con tali chiese e organizzazioni». In questo modo l'Unione ha certamente scelto la strada del dialogo e della collaborazione e senza rinunciare alla propria connotazione laica – ispirata al concetto di 'laicità di astensione' delle istituzioni – ha deciso di riconoscere l'importanza dello specifico contributo che le confessioni religiose possono offrire alla vita democratica dell'Unione[31].

In proposito è stato affermato che «l'Unione si è dunque dichiarata neutrale, rispettando e non pregiudicando gli status e non potrà premiare una qualche religione in particolare o, addirittura elevarla a religione di Stato, ma neppure potrà imporre ad alcuni dei suoi Stati membri o futuri di rinunciare alle particolarità del proprio diritto ecclesiastico»[32].

Infine, nella già richiamata recente proposta di Direttiva sulla lotta alla discriminazione, all'art. 3, par. 4, è precisato che l'adozione della stessa «non pregiudica la legislazione nazionale che garantisce la laicità dello Stato, delle istituzioni e degli organismi statali, dell'istruzione o riguardanti lo *status* e le attività delle organizzazioni fondate su una religione o convinzione. […]». In base a tale disposizione, dunque, l'Unione europea rimanda ai singoli ordinamenti nazionali per quanto concerne il contenuto del principio di laicità.

Da ciò si può desumere una dichiarata 'rinuncia' delle istituzioni dell'Unione rispetto all'individuazione di un contenuto univoco del principio in esame.

Tutti gli elementi sopra richiamati fanno propendere per l'affermazione di un'Unione europea che abbraccia una nozione di laicità mirante ad assicurare la neutralità dell'autorità pubblica, ma che al contempo si preoccupa della tutela del pluralismo religioso, del riconosci-

[31] Vi è chi però ha offerto un'altra possibile lettura dell'art. 17 TFUE. D. LOPRIENO, infatti, ha rilevato come «[o]ve, però, attraverso una lettura conservatrice dell'art. 17 TFU si volesse consolidare e potenziare a livello dell'Unione la capacità di *lobbying* e di mobilitazione delle chiese tradizionali e, per questa via, rileggere in chiave confessionista la laicità e la neutralità delle istituzioni europee, chiaramente a risentirne sarebbero, *in primis*, i diritti di libertà religiosa a livello individuale» (*op. cit.*, p. 202).

[32] J. LUTHER, *op. cit.*, p. 231.

mento delle chiese e della libertà religiosa di ogni individuo, contribuendo così a rafforzare l'idea di una società europea caratterizzata dalla non discriminazione e dalla tolleranza.

Come è stato osservato in dottrina, infatti, «parlare di laicità quale valore comune ai paesi dell'Unione, e come valore dell'Unione stessa, è possibile solo utilizzando del termine un'accezione più ampia e anche meno specifica di quella elaborata nei diversi paesi»[33]. In essi, infatti, i contenuti del principio di laicità risultano maggiormente e inevitabilmente plasmati dallo specifico regime dei culti ivi vigente, frutto a sua volta di una specifica storia e dell'identità culturale propria del singolo Paese.

5. Considerazioni conclusive: concorrenza o convergenza dei sistemi di tutela UE e Cedu?

Volendo rispondere al secondo quesito che ci si era posti nel paragrafo precedente, ovvero se i sistemi di tutela UE e Cedu si trovano in concorrenza o convergono rispetto al fine perseguito, ebbene a nostro avviso in materia di libertà religiosa, nonostante il diverso approccio relativamente al rapporto sinteticamente esaminato (e a nostro avviso quello preferibile è quello tenuto dall'Unione europea), la coesistenza dei due sistemi di garanzia avrà come auspicabile risultato il rafforzamento della tutela della libertà religiosa in Europa[34].

Le due Corti opereranno attraverso un criterio di complementarietà, laddove la Corte di giustizia, in campi del diritto dell'Unione che sempre più però investono questioni di diritti umani, applicherà la Carta di Niz-

[33] M. VENTURA, *La laicità dell'Unione europea. Diritti, Mercato, Religione*, Torino, 2001, p. 106. In questo senso, secondo l'A., una 'laicità europea' sarebbe configurabile come insieme di alcuni elementi caratterizzanti il comune sentire dei diversi Stati, ossia la separazione del potere politico da quello religioso, l'affermazione dell'indipendenza dello Stato e dell'individuo rispetto all'autorità religiosa, la separazione tra norme giuridiche e norme morali (tra reato e peccato dunque), l'imputazione della sovranità alla volontà popolare e non a quella divina, la strutturazione dei pubblici poteri e delle istituzioni pubbliche in senso inclusivo e non discriminante, equidistanti (seppure coinvolti) dagli interessi e dalle credenze degli individui e dei gruppi (pp. 106-107).

[34] Ricordiamo, tra l'altro, senza però poter in questa sede approfondire il tema, che il 4 giugno 2010, i Ministri della Giustizia dell'UE hanno dato alla Commissione il mandato di condurre i negoziati per l'adesione dell'Unione europea alla Cedu (vedi *http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/jha/114900.pdf*). Il 26 maggio 2010, invece, il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa aveva conferito un mandato *ad hoc* al suo Comitato direttivo per i Diritti dell'Uomo per elaborare con l'UE lo strumento giuridico richiesto in vista dell'adesione dell'UE alla Cedu (vedi *http://www.coe.int/t/dc/files/themes/eu_and_coe/default_it.asp*).

za, tenendo conto del rinvio che essa fa alla Convenzione e alla giurisprudenza della Corte europea, mentre quest'ultima potrà fornire il necessario controllo esterno al sistema dell'Unione.

Come affermato da parte della dottrina, «l'Unione e le sue istituzioni non si porranno diversamente da quanto ora avviene per gli Stati, la loro normativa nazionale e, in particolare, le loro Corti costituzionali o supreme. E la Corte CEDU ha sempre ritenuto che, salvo eccezioni macroscopiche, i giudici interni siano in una posizione migliore per correttamente interpretare il diritto interno. Non c'è ragione di pensare che la Corte assuma un atteggiamento diverso rispetto alle questioni interpretative che si porranno alla Corte UE ed ai giudici nazionali nella materia del diritto dell'Unione»[35].

I due sistemi, a nostro avviso, sebbene 'concorrenti', ma nell'accezione positiva del termine, potrebbero influenzarsi a vicenda e convergere verso lo smussamento delle posizioni estreme, ossia negare 'copertura giurisdizionale' europea sia al confessionalismo che alla separazione ostile tra spazio pubblico e fenomeno religioso.

In conclusione, quanto al modello 'europeo' di relazioni tra Stato e religioni che possa rendere più efficace e coerente l'azione dei due sistemi rispetto alla tutela della libertà religiosa, ci pare di poter considerare quale valido punto di riferimento quanto affermato dallo scrittore e accademico Predrag Matvejević, ovvero che in Europa «[s]arebbe sbagliato di ricercarvi una laicità uniforme o conformista, obbligatoria per tutte e tutti. Si tratta di affermare una laicità plurale in un'Europa pluralista»[36].

[35] Vedi G. ZAGREBELSKY, *La prevista adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *www.europeanrights.eu*, dicembre 2007, p. 7.

[36] P. MATVEJEVIĆ, *La gioventù di fronte alla religione, alla tolleranza e alla laicità*, Bruxelles, 24-25 maggio 2004.

L'INFLUENZA DELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO SULLO SVILUPPO DEL DIRITTO DELL'UE IN MATERIA DI TRATTAMENTO DELLE COPPIE OMOSESSUALI

Chiara RAGNI*

SOMMARIO: 1. Il riconoscimento giuridico delle coppie omosessuali in Europa: l'opportunità di ridefinire il concetto di famiglia alla luce del diffondersi di un pluralismo di modelli familiari. – 2. La definizione da parte della Corte di giustizia dell'Unione europea degli status familiari: considerazioni sulla possibilità di ritenere l'appartenenza ad un'unione non tradizionale quale presupposto giuridico per l'applicazione di norme comunitarie. – 3. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani in materia di trattamento delle unioni omosessuali: l'esclusione dalla nozione di matrimonio e il progressivo evolversi della nozione di "vita familiare". – 4. Il diverso trattamento delle unioni non tradizionali etero ed omosessuali: compatibilità con il principio di non discriminazione. L'influenza esercitata dalla Corte europea dei diritti umani sulle scelte del giudice e del legislatore dell'Unione europea. – 5. Il contributo della giurisprudenza della Corte europea all'elaborazione delle norme comunitarie in materia di tutela dei diritti umani. Il significato del rimando alle legislazioni nazionali come parametro di riferimento nella definizione degli status e delle relazioni familiari nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e nella CEDU. – 6. Considerazioni conclusive.

1. *Il riconoscimento giuridico delle coppie omosessuali in Europa: l'opportunità di ridefinire il concetto di famiglia alla luce del diffondersi di un pluralismo di modelli familiari*

Nel corso degli ultimi anni in ambito europeo si è assistito al diffondersi di rapporti di convivenza per così dire familiare che, pur non fondati sul matrimonio, ne condividono alcune importanti caratteristiche in

* Ricercatore di Diritto internazionale, Università degli Studi di Milano.

termini di stabilità affettiva e abitativa, nonché di reciproco sostegno morale e materiale fra i loro componenti. I membri di tali unioni, tra le quali rientrano anche quelle omosessuali, rivendicano una equiparazione alla famiglia tradizionale, cui la maggior parte degli Stati europei ha risposto con il riconoscimento giuridico e istituzionale di relazioni diverse da quelle tra coniugi[1]. Con particolare riguardo alle coppie formate da persone del medesimo sesso, in alcuni Paesi questo riconoscimento si è tradotto nell'estensione ad esse del diritto di sposarsi[2]; in altri sono stati previsti istituti, come le *registered partnerships*[3], i PACS o le unioni so-

[1] In generale, per una rassegna delle legislazioni degli Stati membri dell'Unione europea sul tema della tutela delle coppie non tradizionali si vedano BRUNETTA D'USSEAUX, *Il diritto di famiglia nell'Unione europea. Formazione, vita e crisi della coppia*, Cedam, Padova, 2005; BOELE WOELKI-A. FUCHS (a cura di), *Legal Recognition of Same-Sex Couples in Europe*, Intersentia, Antwerp, 2003; BOELE WOELKI, *Common Core and Better Law in European Family Law*, Intersentia, Antwerp, 2005, pp. 243 ss.; WAALDIJK, *Comparaison entre le mariage, le partenariat enregistré, et le concubinage dans neuf États: niveaux de conséquences juridiques*, in CADORET ET AL. (dir.), *Homoparentalités. Approches scientifiques et politiques*, Parigi, 2006, p. 379 ss. ; ID., *Others May Follow: the Introduction of Marriage, Quasi-Marriage, and Semi-Marriage for Same-Sex Couples in European Countries*, in *New England Law Review*,2004, p. 569 ss.; COESTER, *Same-Sex Relationships: A Comparative Assessment of Legal Developments Across Europe*, in *European Journal of Family Law*, 2002, p. 589 ss.; CALÒ, *Le convivenze registrate in Europa*, Milano, 2000.

[2] Allo stato attuale gli Stati parte dell'Unione europea che prevedono per le coppie omosessuali la possibilità di contrarre matrimonio sono: i Paesi Bassi (dove, il 1° aprile 2001 è entrata in vigore una legge, la prima in Europa, che consente alle persone del medesimo sesso di costituire tra di loro una unione coniugale con effetti giuridici del tutto equivalenti a quelle derivanti dal matrimonio tra uomo e donna; cfr. BOELE WOELKI, *The Evaluation of Same-Sex Marriage and Registered Partnerships in the Netherlands*, in *Yearbook of Private International Law*, 2006, p. 27 ss.); il Belgio (dal 30 gennaio 2003, dove tuttavia non era inizialmente previsto il diritto per le persone del medesimo sesso di adottare minorenni, riconosciuto solo successivamente, nell'aprile del 2006); la Spagna, che con la legge n. 13 del 2005, entrata in vigore il 3 luglio 2005 ha modificato il proprio codice civile, estendendo alle coppie omosessuali il diritto a contrarre matrimonio civile alle medesime condizioni e con effetti equivalenti a quelli discendenti dalla unione coniugale fra uomo e donna; la Svezia, in cui il matrimonio tra persone dello stesso sesso è ammesso a partire dal 1° maggio 2009; il Portogallo infine dove è stata di recente approvata (il 17 maggio 2010) la legge che estende alle coppie omosessuali il diritto di sposarsi.

[3] A fronte dell'esiguo numero di Paesi che hanno introdotto nel proprio ordinamento il diritto per le coppie omosessuali di contrarre matrimonio, si sta invece ampliando il novero di quelli che prevedono per esse la possibilità di registrare la propria unione davanti all'autorità civile. Fra essi gli Stati appartenenti all'area scandinava hanno da tempo (la Danimarca nel 1989, la Svezia nel 1994, la Finlandia nel 2001) previsto la possibilità per le sole coppie omosessuali di registrare la propria unione e ottenere così diritti e vantaggi del tutto equiparabili a quelli discendenti dal matrimonio, salvo per ciò che concerne la possibilità di adottare minorenni o di ottenerne l'affidamento. La Germania ha adottato nel 2001 una legge che prevede e disciplina il diritto delle coppie

lidali[4], in molti casi accessibili anche a persone di sesso diverso, aventi la finalità di rimuovere o quantomeno ridurre situazioni di disuguaglianza sociale ed economica. Restano infine Paesi, come l'Italia, che non hanno previsto un riconoscimento giuridico generalizzato di unioni diverse da quelle coniugali, limitandosi a intervenire a livello settoriale nell'attribuzione di alcuni ben circoscritti effetti giuridici ai rapporti di convivenza *more uxorio*, nei quali rientrano quelli costituiti fra persone del medesimo sesso[5].

omosessuali di accedere a *partnerships* registrate, dalle quali discendono effetti più limitati rispetto al matrimonio; lo stesso dicasi per la Slovenia che nel 2005 ha adottato la legge sulle unioni registrate, ma il cui Parlamento ha approvato in prima lettura nel marzo del 2010 un provvedimento volto ad estendere ai partner omosessuali il diritto di contrarre matrimonio. Anche l'ordinamento britannico è fra quelli che prevedono per i soli soggetti del medesimo sesso l'acceso a unioni registrate, dalle quali discendono diritti e vantaggi del tutto comparabili a quelli discendenti dall'unione coniugale. Recentissima, come meglio si dirà in seguito, l'entrata in vigore (avvenuta nel 2010) dell'*Austrian Registered Partnership Act*, che tuttavia prevede, quanto agli effetti che ne conseguono, differenze significative tra l'unione registrata e il matrimonio. Esistono infine Stati, come la Spagna e i Paesi Bassi che hanno più o meno contestualmente previsto la possibilità per tutte le coppie, a prescindere dal sesso o dall'orientamento sessuale dei partner, di scegliere fra il matrimonio e l'unione registrata, con effetti in larga misura coincidenti. Per un approfondimento e un confronto della situazione esistente nei Paesi membri dell'Unione europea sia consentito il riferimento a RAGNI, *La disciplina della convivenza in Europa alla prova del pluralismo dei modelli familiari*, in DE CESARI (a cura di), *Persona e famiglia*, in AJANI, BENACCHIO (dir.), *Trattato di diritto privato dell'Unione europea*, Vol. II, Torino, 2008, 349-399.

[4] A differenza della maggior parte degli Stati che hanno previsto per le coppie omosessuali la possibilità di registrare la propria unione, ve ne sono alcuni, come la Francia, che hanno istituito la possibilità di concludere accordi di convivenza (come ad esempio i francesi *Pacte civile de solidaritè* (meglio noti come PACS), introdotti con legge del 15 novembre 1999), per certi versi molto simili a negozi di tipo contrattuale, fatta eccezione per i requisiti per potervi accedere, che ricalcano per molti aspetti la disciplina del matrimonio. Essi prevedono a carico di coloro che li stipulano l'obbligo di reciproca assistenza morale e materiale, nonché quello di far fronte solidalmente ai debiti contratti per le necessità della vita quotidiana e per le spese relative all'alloggio comune. Accordi analoghi possono essere conclusi ai sensi della legislazione belga. Sugli accordi di convivenza cfr. FLAUSS-DIEM, FAURÉ, *Du Pacs aux nouvelles conjugalités : où en est l'Europe?*, Paris, 2005 ed in particolare il contributo di FULCHIRON, *Du Pacs aux nouvelles conjugalités : rapport de synthèse*, p. 185 ss.

[5] Sulla equiparazione delle coppie omosessuali a quelle formate da uomo e donna quanto ai benefici derivanti dall'esistenza di un rapporto di convivenza *more uxorio* cfr. Tribunale di Milano, 15 dicembre 2009; più di recente la Corte Costituzionale è stata chiamata a intervenire sulla questione se il diniego opposto alle coppie omosessuali di contrarre matrimonio in Italia costituisca una violazione del principio di non discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale. Con la sentenza n. 138 del 15 aprile 2010 la Consulta, pur riconoscendo ai membri di una relazione omosessuale «il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone – nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con i connessi

L'eterogeneità degli interventi legislativi posti in essere dagli Stati europei ha dato luogo al diffondersi di un pluralismo di modelli familiari, che ha messo in discussione la concezione classica di famiglia, secondo cui essa troverebbe fondamento nella cellula composta da uomo e donna uniti in matrimonio. A livello comunitario questo fenomeno ha comportato la necessità di ridefinire *status*, come quelli di coniuge, partner o familiare, che nel diritto dell'Unione europea sono assunti come presupposto per il godimento di vantaggi o diritti che da esso discendono. Il problema è alla base di diversi ricorsi presentati alla Corte di giustizia comunitaria, che in più di un'occasione si è trovata a dover decidere se la circostanza dell'essere parte di unioni non tradizionali potesse essere equiparata, in via pregiudiziale e ai fini degli scopi perseguiti dal diritto comunitario, allo *status* dalla cui esistenza esso fa discendere l'acquisizione di determinate posizioni soggettive, e se, in assenza di una tale assimilazione, si fosse in presenza di situazioni discriminatorie vietate dal diritto dell'Unione europea[6].

Nell'ambito invece del sistema della Convenzione per la salvaguardia dei diritti umani, si è trattato di stabilire se anzitutto il diritto di sposarsi, garantito dall'art. 12, debba intendersi esteso anche alle coppie omosessuali o se, in subordine, queste possono trovare comunque tutela nei confronti dello Stato in forza dell'art. 8, nella parte in cui esso preve-

diritti e doveri», esclude «che l'aspirazione a tale riconoscimento … possa essere realizzata soltanto attraverso una equiparazione delle unioni omosessuali al matrimonio».

[6] Le pronunce cui si fa riferimento riguardavano in particolare l'interpretazione delle norme che attribuiscono al cittadino di uno Stato membro, o allo straniero, appartenente ad un Paese con il quale l'Unione europea abbia concluso accordi in materia di libera circolazione dei lavoratori, il diritto di farsi seguire dal coniuge o da altri familiari (cfr. Corte di giustizia, 17 aprile 1986, 59/85, *Paesi Bassi* c. *Anne Florence Reed*) o a vedere estesi ad essi determinati benefici derivanti dal proprio *status* (Corte di giustizia, 17 febbraio 1998, C-249/96, *Lisa Jacqueline Grant* c. *South West Train Ltd*; 22 giugno 2000, C-65/98, *Safet Eyüp* c. *Landesgeschäftstelle des Arbeitsmarktservice Vorarlberg*); di quelle che tutelano i familiari dei rifugiati o dei richiedenti asilo; di quelle, ancora, contenute nello Statuto del personale in servizio presso le istituzioni europee, che attribuiscono benefici di carattere economico al soggetto legato al funzionario da un rapporto familiare (Tribunale di primo grado, sez. IV, 17 giugno 1993, T-65/92, *Monique Arauxo-Dumay* c. *Commissione delle Comunità europee* relativa a una coppia eterosessuale; Corte di giustizia, 31 maggio 2001, C-122/99 e C-125/99, *P., D. e Regno di Svezia* c. *Consiglio* concernente invece una coppia omosessuale). Interessante sull'argomento che qui interessa è infine la più recente pronuncia della Grande Sezione della Corte di giustizia relativa all'interpretazione di alcuni articoli della direttiva del Consiglio 200/78/CE del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro (Corte di giustizia, 1°aprile 2008, C-276/06, *Tadao Maruko* c. *Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, relativa al diritto per il membro di un'unione solidale di ottenere una pensione di reversibilità in seguito al decesso del partner del medesimo sesso).

de il diritto al rispetto della vita familiare; concetto questo la cui definizione è stata appunto oggetto, come vedremo, di una prassi giurisprudenziale, in continua evoluzione, fortemente condizionata dai mutamenti socio-giuridici intervenuti in gran parte degli Stati europei.

2. *La definizione da parte della Corte di giustizia dell'Unione europea degli* status *familiari: considerazioni sulla possibilità di ritenere l'appartenenza ad un'unione non tradizionale quale presupposto giuridico per l'applicazione di norme comunitarie*

La disciplina del diritto materiale della famiglia, largamente condizionata dalle concezioni e dalle tradizioni proprie dello Stato, è in linea di principio esclusa dalle competenze dell'Unione europea; ciononostante la creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, la predisposizione di norme che tutelano diritti e libertà fondamentali, la ricerca, anche e soprattutto ad opera della giurisprudenza, di soluzioni che incoraggino la libera circolazione delle persone sono fattori che influiscono, in misura più o meno estesa, sul settore familiare.

Nel campo della libera circolazione delle persone la tutela comunitaria della famiglia è attuata in modo indiretto: gli *status* familiari vengono infatti assunti come presupposto per il godimento di diritti e vantaggi funzionali al perseguimento degli obiettivi dell'Unione europea, come quello della rimozione degli ostacoli che si frappongono all'esercizio delle libertà comunitarie. La differente qualificazione da parte degli Stati membri delle relazioni non matrimoniali, conseguente al diffondersi di un pluralismo di modelli familiari rileva sotto un duplice profilo. Da un lato da essa discende la difficoltà di definire in modo uniforme il contenuto di espressioni utilizzate per indicare posizioni derivanti dalla costituzione di rapporti di famiglia (come quella di coniuge), dall'altro essa condiziona lo spostamento della coppia da un Paese comunitario ad un altro, laddove ciò comporti la perdita di diritti derivanti da uno *status* acquisito altrove.

Quanto al primo dei problemi prospettati, in presenza di atti comunitari, che ad esempio garantiscono al partner del lavoratore migrante il diritto al ricongiungimento familiare o il godimento di vantaggi di natura previdenziale e patrimoniale, si è posto il problema di stabilire l'estensione dell'ambito di applicazione soggettivo di tali privilegi[7]. La

[7] Vedremo che le norme del diritto dell'Unione europea cui si fa riferimento sono state prevalentemente modificate mediante interventi legislativi volti a tutelare anche la posizione dei membri delle unioni non tradizionali. In particolare il regolamento (CEE)

Corte di giustizia comunitaria venne a tal fine chiamata a chiarire se situazioni soggettive riconducibili all'essere parte di una relazione di coppia atipica potessero essere comprese nella nozione di "familiare" secondo il diritto dell'Unione europea[8].

Pur nella diversità delle pronunce rese, dalla prima giurisprudenza della Corte di giustizia in materia può evincersi un primo orientamento di carattere generale, secondo cui i termini utilizzati negli atti comunitari, soprattutto in quelli aventi natura regolamentare e come tali applicabili direttamente e in modo automatico in tutti gli Stati membri, dovrebbero essere interpretati in modo autonomo. Verificata l'assenza di una nozione condivisa di *matrimonio* o di *famiglia* e quindi l'impossibilità di individuare una nozione comunitaria di tali espressioni, il loro significato andrebbe ricercato, secondo il ragionamento della Corte, muovendo dai c.d. principi generali comuni agli ordinamenti degli Stati membri. Il contenuto di tali principi deve essere anzitutto accertato a partire dall'analisi delle tradizioni costituzionali comuni dei Paesi parte dell'Unione europea e dall'evoluzione sociale in essi intervenuta, anche alla luce delle indicazioni fornite dai trattati internazionali relativi alla tutela dei diritti umani alla cui formazione ed entrata in vigore essi abbiano contribuito; tra questi, in particolare, la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) e la giurisprudenza che su di essa si è formata ad opera della Corte europea di Strasburgo[9].

n. 1612/68 del Consiglio del 15 ottobre 1968 relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità (in *G.U.C.E.* n. L 257 del 19 ottobre 1968, pp. 2-19, oggi modificato dalla direttiva 2004/38/CE, su cui v. *infra*, par. 5) prevedeva, all'art. 10, solo per il coniuge e per i membri della famiglia legittima (ascendenti o discendenti) il diritto di raggiungere il familiare, cittadino europeo, che svolgesse un'attività lavorativa sul territorio di uno Stato membro diverso da quello della nazionalità; i regolamenti relativi allo statuto e al trattamento previdenziale dei funzionari dell'Unione europea e gli atti in materia di ricongiungimento familiare (su cui *infra*, par. 5) sono stati, come vedremo, modificati nel medesimo senso.

[8] Sulla definizione di famiglia all'interno dell'Unione europea cfr. DE Cesari, *Il diritto della famiglia nell'Unione europea. Fondamenti e prospettive*, in DE CESARI (a cura di), *Persona* cit., TOMASI, *La nozione di famiglia negli atti dell'Unione europea e della Comunità europea*, in BARIATTI, *La famiglia nel diritto internazionale comunitario*, Milano, 2007, p. 47 ss.; sulla giurisprudenza comunitaria in materia cfr. C. RICCI, *The Interpretation of Family Law Notions by the EC Courts*, Capitolo 2 di TOMASI, RICCI, BARIATTI, *Characterization in family matters for purposes of european private international law*, in MEEUSEN, STRAETMANS, PERTEGAS, SWENNEN (a cura di), *International Family Law for the European Union*, p. 341 ss. e della stessa A., *La «famiglia» nella giurisprudenza comunitaria*, in BARIATTI (a cura di), *La famiglia* cit., pp. 91-151.

[9] L'appartenenza della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti umani e delle libertà fondamentali ai principi generali comuni, sostenuta dalla giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia a partire da (cfr. tra le altre Corte di giustizia, 14 maggio 1974, *Nold*, 4/73; 18 maggio 1989, *Commissione* c. *Germania*, 249/86), è oggi

In un primo momento questa impostazione portò la Corte a escludere, in mancanza di un orientamento unanime degli Stati, la possibilità di interpretare in modo evolutivo i concetti di *coniuge* o di *familiare* fino a comprendervi le unioni non tradizionali[10], nonché a differenziare le coppie eterosessuali da quelle composte da persone del medesimo sesso, sotto il profilo della tutela ad esse accordata; tale distinzione è peraltro di massima conforme con l'indirizzo che sembra prevalere nell'ambito di molti degli ordinamenti degli Stati membri dell'Unione europea, nei quali i maggiori segnali di apertura verso le coppie non sposate si registrano nei confronti di quelle formate fra uomo e donna, permanendo rispetto alle altre alcune significative differenze di trattamento[11].

D'altra parte una distinzione in questo senso è, come vedremo, rin-

espressamente sancita dal Trattato di Lisbona (cfr. art. 6 par. 3, che prevede che «i diritti fondamentali, garantiti dalla CEDU» (e quindi, l'interpretazione che di essi è stata data dalla Corte europea dei diritti dell'uomo) «e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali»).

[10] Cfr. in materia di trattamento delle coppie eterosessuali conviventi *more uxorio*: Corte di giustizia, 17 aprile 1986, *Reed* cit., par. 14 ss., relativa all'interpretazione dell'art. 19 del regolamento (CEE) n. 1612/68 (*supra* nota 7); Tribunale di primo grado, 17 giugno 1993, T-65/92, *Arauxo-Dumay* cit., par. 30, relativa all'interpretazione del regolamento (CECA, CEE, Euratom) n. 3518/85 del Consiglio del Consiglio, del 12 dicembre 1985 che istituisce provvedimenti speciali per la cessazione definitiva dal servizio di funzionari delle Comunità europee, in occasione dell'adesione della Spagna e del Portogallo (in *G.U.C.E.* n. L 335 del 13 dicembre 1985, pp. 56-58), il quale prevede il diritto alla pensione di reversibilità a favore del coniuge superstite di un funzionario che abbia cessato il suo ervizio presso la Commissione.

44 Tribunale di primo grado, sez. IV, 17 giugno 1993. In dottrina in senso critico rispetto al ragionamento della Corte cfr. P. PALLARO, *Coppie di fatto e ricongiungimento familiare nell'ordinamento comunitario: un nuovo indirizzo della Corte di giustizia?*, in *Dir. comunitario e scambi internaz*., 2001, p. 261 ss., spec. p. 271.

[11] Corte di giustizia, 17 febbraio 1998, C-249/96, *Lisa Jacqueline Grant* c. *South West Train Ltd*, in *Racc*., 1998, I, p. 621, relativa alla controversia portata davanti ai giudici inglesi da una cittadina britannica, la quale riteneva che il rifiuto opposto dal datore di lavoro di estendere alla sua convivente *more uxorio* le indennità di viaggio previste a favore dei dipendenti integrasse una discrimnazione vietata ai sensi dell'art. 119 del Trattato CE e dalle norme comunitarie in materia di parità lavorativa fra uomo e donna, su cui *infra*, par. 4; Corte di giustizia, 31 maggio 2001, C-122/99 e C-125/99, *P., D. e Regno di Svezia* c. *Consiglio*, in *Racc*., 2001, I, p. 4319 ss, concernente la possibilità di interpretare estensivamente a favore del *partner* omosessuale convivente registrato di un funzionario della Comunità l'art. 1 n. 2 dell'allegato VII dello Statuto del personale delle Comunità (oggi modificato dal regolamento (CE) n. 723/2004, su cui *infra*, par. 5), che prevedeva l'attribuzione di un assegno familiare a favore del coniuge a carico del funzionario. In particolare il ricorrente riteneva che l'interpretazione estensiva della norma comunitaria fosse giustificata dal fatto che l'unione con il proprio partner era stata registrata ai sensi della legge svedese che equipara il convivente registrato al coniuge sotto il profilo della tutela patrimoniale e previdenziale; egli invocava quindi il principio di unicità dello *status* (su cui torneremo; v. *infra*¸ par. 5) e la violazione del divieto di discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale.

venibile anche nell'ambito del sistema europeo di tutela dei diritti umani; la CEDU, ma anche la giurisprudenza che su di essa si è formata, prevedono un differente grado di tutela delle unioni non tradizionali a seconda della identità sessuale dei loro membri, pur affermando l'opportunità di proteggere il diritto per chiunque di ottenere dallo Stato la protezione della propria vita privata senza alcuna discriminazione e della possibilità, che in essa si concretizza, di esprimere liberamente il proprio orientamento sessuale.

Per quanto quindi si sia obbiettato alla più risalente giurisprudenza della Corte di giustizia di non aver tenuto adeguatamente in considerazione i principi emersi dal sistema di Strasburgo, pur in presenza di esplicite richieste in tal senso, si ritiene che una più significativa presa in considerazione della giurisprudenza della Corte europea si sarebbe tradotta in una maggiore tutela dei componenti delle unioni non tradizionali formate da uomo e donna, da tempo incluse nella nozione di "vita familiare"[12]; in gran parte immutata, ai fini del diritto dell'Unione europea, sarebbe probabilmente rimasta la posizione delle coppie omosessuali, la cui inclusione nel concetto di "famiglia" ai sensi della CEDU è stata ammessa, come vedremo, solo da una recentissima pronuncia della Corte europea.

3. *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani in materia di trattamento delle unioni omosessuali: l'esclusione dalla nozione di matrimonio e il progressivo evolversi della nozione di "vita familiare"*

A differenza del giudice comunitario, la Corte europea dei diritti umani, in assenza di un atteggiamento univoco degli Stati in tema di regolamentazione del fenomeno delle coppie non tradizionali, ha in un più di un'occasione dato rilievo alla nozione di famiglia, che, da un esame

[12] A conferma di tale ragionamento la sentenza resa dalla Corte di giustizia nel caso *Eyüp*, in cui il giudice comunitario, probabilmente influenzato dalla giurisprudenza della CEDU, richiamata sia dalla ricorrente che dall'Avvocato Generale, si discostò dal proprio precedente orientamento nell'interpretazione della nozione di familiare; sulla base di un principio di effettività venne infatti riconosciuta l'estensione di alcuni privilegi tradizionalmente riservati ai coniugi anche ai membri di unioni non tradizionali eterossuali conviventi *more uxorio* da un significativo periodo di tempo, equiparabili ai fini dell'attribuzione del beneficio richiesto ai componenti di una coppia sposata. Diversamente una discriminazione continuava ad esistere, come si è detto, nei confronti dei membri delle unioni omosessuali, cui non era generalmente riconosciuta la possibilità di beneficiare dei vantaggi previsti a favore delle persone coniugate sia nella ipotesi di conviventi *more uxorio*, che in quella diversa delle unioni registrate.

comparato delle diverse legislazioni, risultava essere quella prevalente[13]. In essa rientrano certamente le unioni fra coniugi per il solo fatto del matrimonio, istituto la cui tutela è garantita dall'art. 12 CEDU che attribuisce all'uomo e alla donna il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali che ne regolano l'esercizio; la norma, secondo la giurisprudenza costante della Corte europea dei diritti umani, in virtù del tenore letterale della sua formulazione, in considerazione del periodo storico cui la sua elaborazione risale ed in conseguenza di un esame comparato delle posizioni assunte dagli ordinamenti degli Stati parte alla convenzione sulla materia, tutelerebbe la sola famiglia fondata sul matrimonio, inteso come relazione istituzionalizzata fra persone di sesso opposto[14]. Tale impostazione è rimasta immutata anche in seguito al ricorso proposto da due cittadini austriaci del medesimo sesso, i quali ritenevano che il diniego ad essi opposto di contrarre matrimonio in Austria integrasse anzitutto una violazione dell'art. 12 CEDU; essi sostenevano in particolare che, tenuto conto del carattere vivente della Convenzione, ribadito a più riprese dalla giurisprudenza della Corte, e della conseguente necessità che essa sia interpretata in modo evolutivo alla luce dei cambiamenti intervenuti negli ordinamenti degli Stati parte[15], dall'art. 12 dovrebbe oggi ricavarsi il diritto di sposarsi anche per le coppie omosessuali e il conseguente obbligo di darvi attuazione. Secondo la Corte dall'esame delle leggi che negli Stati parte alla CEDU disciplinano il matrimonio, non è tuttavia possibile ricavare un orientamento condiviso sull'opportunità di estendere alle coppie omosessuali il diritto di accedere all'istituto.

Per quanto concerne invece le relazioni non tradizionali, ovvero quelle che non si fondano su un legame coniugale, sulla base dell'applicazione di un criterio di effettività, i giudici di Strasburgo hanno già da tempo ammesso che nell'ambito di applicazione dell'art. 8 par.1 CEDU, che tutela la vita familiare, possono essere fatti rientrare i rapporti affettivi costituititi da persone di sesso diverso, conviventi *more*

[13] Il ragionamento riflette la tecnica interpretativa utilizzata dalla Corte, che da sempre privilegia il ricorso ad una lettura dinamica delle disposizioni della CEDU, che tenga conto delle concezioni degli Stati che ne sono parte e della loro evoluzione (cfr. ad es. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Johnston* c. *Irlanda*, 18 dicembre 1986).

[14] Corte europea dei diritti umani, *Rees* c. *Regno Unito*, ricorso n. 9532/81, sentenza del 17 ottobre 1986, par. 49; *Cossey* c. *Regno Unito*, ricorso n. 10843/84, sentenza del 27 settembre 1990, par. 43; per un commento sull'art. 12 e sulla giurisprudenza della Corte europea si veda ad esempio COUSSIRAT-COUSTÈRE, *Famille et Convention européenne des Droits de l'Homme*, in MAHONEY ET AL. (eds.), *Protection des droits de l'homme: la perspective européenne*, Köln-Berlin-Bonn-Munchen, 2000, p. 281 ss.

[15] Corte europea dei diritti umani, *Goodwin* c. *Regno Unito*, ricorso n. 28957/95, sentenza dell'11 luglio 2002, par. 74-75.

uxorio per un certo periodo di tempo, caratterizzati da un sufficiente carattere di stabilità e dalla volontà di costituire una famiglia[16].

Per quanto invece concerne le coppie omosessuali la tutela si è realizzata per altre vie; in particolare la Corte ha sostenuto che l'espressione del proprio orientamento sessuale, anche nell'ambito della coppia, rientri tra i diritti garantiti dall'art. 8 CEDU, che protegge, accanto a quella familiare, la vita privata dell'individuo[17]. Essa ha quindi affermato che costituisce obbligo dello Stato garantire che la tutela delle coppie omosessuali sotto questo profilo avvenga senza nessuna discriminazione e che le azioni volte a tutelare interessi pubblici non si traducano in una ingiustificata ingerenza nella libertà dei membri della coppia di vivere liberamente la loro relazione, a prescindere dal proprio orientamento sessuale.

Un ulteriore importantissimo progresso verso una più significativa tutela delle coppie omosessuali viene compiuto dalla Corte solo di recente; nella pronuncia del giugno 2010, emessa in seguito al menzionato ricorso presentato contro l'Austria, la Corte, preso atto dei mutamenti intervenuti a partire dal 2001 in gran parte degli Stati membri della CEDU e alla luce delle norme comunitarie che di essi sono espressione, sottolinea come sia del tutto "artificial" ritenere che l'unione di due soggetti del medesimo sesso, che vivono una relazione stabile di coppia, sia essa registrata o meno, non rientri "within the notion of "family life", just as the relationship of a different-sex couple in the same situation would" (par. 94 della sentenza in commento); per la prima volta la Corte europea riconosce che la relazione affettiva, costituita stabilmente tra due soggetti del medesimo sesso, rientra nella sfera della "vita familiare", al pari dei rapporti costituiti da uomo e una donna conviventi *more uxorio.* La

[16] Cfr. ad es. Corte europea dei diritti umani, *Johnston e a.* c. *Irlanda*, ricorso n. 9697/82, sentenza del 18 dicembre 1986; *Keegan* c. *Irlanda*, ricorso n. 16969/90, sentenza del 26 maggio 1994; Commissione europea dei diritti umani, *Roosli* c. *Germania*, ricorso n. 28318/95, decisione del 15 maggio 1996, dove si afferma che alla base della famiglia, tutelata dall'art. 8 CEDU, si pone la cellula composta da un uomo e una donna che abbiano costituito un rapporto coniugale o un'altra relazione affettiva ad esso equiparabile; Corte europea dei diritti dell'uomo, *Merckx* c. *Belgio*, 13 giugno 1979; *X.* c. *Regno* Unito, ricorso n. 15817/89, sentenza del 14 maggio 1986.

[17] Commissione europea dei diritti umani, *X. e Y.* c. *Regno Unito*, ricorso n. 9369/81, decisione del 3 maggio 1983, in *D.R.* 32, p. 220, spec. par. 7; *S.* c. *Regno Unito*, ricorso n. 11716/85, decisione del 14 maggio 1986, in *D.R.* 47, p. 274; *Roosli* c. *Germania*, ricorso n. 28318/95, decisione del 15 maggio 1996; tale posizione è stata da ultimo esplicitamente ribadita in Corte europea dei diritti umani, *Mata Estevez* c. *Spagna*, ricorso n. 56501/00, decisione del 10 maggio 2001, in cui si stabilisce che il rifiuto di concedere al convivente omosessuale gli stessi benefici di cui gode il coniuge è giustificato dal legittimo scopo di tutela della famiglia tradizionale, fondata sul matrimonio.

pronuncia è tuttavia attualmente all'esame della Grande Camera, che potrebbe anche non confermare tale impostazione.

4. *Il diverso trattamento delle unioni non tradizionali etero ed omosessuali: compatibilità con il principio di non discriminazione. L'influenza esercitata dalla Corte europea dei diritti umani sulle scelte del giudice e del legislatore dell'Unione europea*

Uno degli aspetti comuni e dei punti convergenza della giurisprudenza della Corte di giustizia e di quella europea dei diritti umani risiede nella diversità di trattamento accordata alle coppie omosessuali e a quelle formate da uomo e donna. Si tratta evidentemente di un approccio che riflette le concezioni unanimi o comunque prevalenti degli Stati europei nella materia. La mancata inclusione delle coppie omosessuali nella nozione di famiglia, a lungo condivisa dalla giurisprudenza delle due Corti, ha tuttavia prodotto effetti diversi a seconda che si trattasse del sistema di tutela dei diritti umani ovvero di quello comunitario.

Nella prassi comunitaria l'esclusione delle unioni tra persone del medesimo sesso dal concetto di famiglia si traduceva nell'impossibilità per i membri della coppia di godere di vantaggi e diritti derivanti dal proprio *status*, e quindi nell'assenza di qualsivoglia forma di tutela; nell'ambito del sistema di Strasburgo le relazioni fra persone del medesimo sesso sono state ritenute, come si è detto, meritevoli di una protezione, il cui ambito si è andato progressivamente espandendo grazie all'opera ermeneutica della Corte.

In ambito comunitario la differenza di trattamento tra coppie omosessuali ed eterosessuali fu anzitutto rilevata, seppure attraverso ragionamenti non sempre convincenti, nel 1998 con il ricorso relativo alla controversia fra una cittadina britannica, la signora Grant, e il suo datore di lavoro, la South West Train Ltd[18]. In seguito al rifiuto della società presso cui prestava servizio di dar seguito alla richiesta di estendere alla sua convivente *more uxorio* le indennità di viaggio previste a favore dei coniugi dei dipendenti, la ricorrente lamentava che tale possibilità era stata in passato concessa alla convivente di sesso diverso di un dipendente della South West Train, ravvisando in ciò una discriminazione vietata sia dall'art. 119 del Trattato CE, che vietava le discriminazioni basate sul genere sessuale, che dalle norme comunitarie in materia di parità lavora-

[18] Corte di giustizia, 17 febbraio 1998, C-249/96, *Lisa Jacqueline Grant* c. *South West Train Ltd*, in *Racc.*, 1998, I, p. 621.

tiva fra persone di sesso maschile e femminile[19]. La Corte di giustizia ritenne una discriminazione, nel senso ipotizzato dalla ricorrente, sarebbe stata ravvisabile nel caso in cui fosse stato dimostrata una disparità di trattamento fra uomini e donne e non, come nell'ipotesi ricorrente nella specie, quando l'estensione di determinati benefici al *partner* convivente dello stesso sesso fosse stata negata a tutti indifferentemente. La Corte osservava che, sulla base delle indicazioni provenienti dalla maggior parte degli Stati membri, non era possibile equiparare la situazione delle coppie omosessuali e di quelle eterosessuali conviventi al di fuori del matrimonio, in quanto le prime erano destinatarie di diritti in una certa misura diversi rispetto alle seconde.

Tale orientamento, in linea con la giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani per quanto concerne la distinzione tra coppie etero e omosessuali sotto il profilo della loro inclusione nel concetto di famiglia, se ne discostava tuttavia quanto alle conclusioni raggiunte rispetto agli atteggiamenti discriminatori, non necessariamente riferiti alla sfera familiare, ravvisabili nei confronti delle coppie omosessuali. Secondo i giudici di Strasburgo una discriminazione sarebbe riscontrabile anche qualora diversità di trattamento, attuate in assenza di significative ed importanti ragioni di tutela di un interesse pubblico, siano determinate non solo dal genere, ma anche dall'orientamento sessuale dei soggetti coinvolti (principio questo che trova oggi formale riconoscimento in ambito comunitario nell'art. 21 par. 1 della Carta di Nizza, di cui si dirà).

La Corte europea ha peraltro affermato che la tutela da parte dello Stato delle coppie omosessuali ai sensi dell'art. 8 par. 1 CEDU deve essere attuata, ai sensi dell'art. 14 CEDU, senza alcuna discriminazione, anche attraverso l'adozione di misure positive nei confronti del soggetto meritevole di protezione. Per tale via essa si è successivamente spinta ad affermare che le azioni statali, che abbiano come effetto quello di discriminare le coppie omosessuali rispetto a quelle eterosessuali, anche laddove preposte all'interesse (astrattamente meritevole di tutela) di salvaguardare la famiglia tradizionale, devono essere ragionevolmente pro-

[19] La ricorrente faceva in particolare riferimento alla Direttiva 75/117/CEE del Consiglio, del 10 febbraio 1975, in materia di riavvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative all'applicazione del principio di parità delle retribuzioni tra i lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile (in *G.U.C.E.* n. L 45 del 19 febbraio 1975, p. 19 s.) e alla Direttiva 76/207/CEE del Consiglio, del 9 febbraio 1976 relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento tra gli uomini e le donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro (in *G.U.C.E.* n. L 39 del 14 febbraio 1976, p. 40 ss.).

porzionate allo scopo perseguito[20]. È quindi opportuno un bilanciamento tra interesse pubblico e privato, che non comporti un restringimento del secondo al di là di ciò che è necessario per il conseguimento del primo. In particolare, la Corte europea ha sottolineato che, qualora si tratti di apprezzare la necessità di interventi pubblici che concretino una violazione dell'art. 14 CEDU, il controllo dovrà essere particolarmente rigoroso e all'autorità dello Stato sarà richiesto di provare la proporzionalità della misura rispetto al fine con essa perseguito, l'esistenza di un interesse nazionale molto forte per la sua adozione, nonché la mancanza di strumenti alternativi in vista del conseguimento del medesimo risultato[21].

Le indicazioni provenienti dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani sono state ad oggi recepite dal legislatore comunitario che ad esempio nell'elaborazione della Carta dei diritti fondamentali, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 (successivamente inserita nella Parte II del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, la cui approvazione ha conferito ad essa carattere vincolante; ai sensi dell'art. 6 par. 1 del Trattato di Lisbona, infatti, alla Carta viene riconosciuto lo stesso valore giuridico dei trattati)[22], ha previsto il divieto di qualunque forma di discriminazione, ivi comprese quelle fondate sull'orientamento sessuale.

[20] In tal senso Corte europea dei diritti umani (prima sezione), *Karner* c. *Austria*, ricorso n. 40016/98, sentenza del 24 luglio 2003, relativa a un caso di successione del convivente omosessuale nel contratto di locazione intestato al partner deceduto.

[21] Cfr. ad esempio Corte europea dei diritti umani (prima sezione), *Karner* c. *Austri* cit., par. 41 ss.; (terza sezione), *Fretté* c. *Francia*, ricorso n. 36515/97, sentenza del 26 maggio 2002 e [GC], *E.B.* c. *Francia*, ricorso n. 43546/02, decisione del 22 gennaio 2008, spec. par. 91, in materia di adozione di minori da parte di persona singola legata affettivamente ad un partner del medesimo sesso.

[22] Benchè all'atto della sua proclamazione la Carta fosse priva di valore giuridico vincolante, già prima della entrata in vigore del Trattato di Lisbona vi era un ampio consenso in dottrina sul fatto che essa potesse incidere sulla giurisprudenza e sull'attività legislativa comunitaria. Cfr. DE WITTE, *The Legal Status of the Charter: Vital Queston or Non-Issue?*, in *Maasticht Journal*, 2001, p. 81 ss., spec. p. 84 ss.; FALLON, *Le droits fondamentaux liés à la citoyenneté de l'Union européenne, sous les regard croisés du Traité CE et de la Charte*, in CARLIER, DE SCHUTTER (dir.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Bruxelles, 2002, p. 149 ss., spec. p. 171 s.; L. S. ROSSI, *«Costituzionalizzazione» dell'UE e dei diritti fondamentali*, in L. S. Rossi (a cura di), *Carta dei dirittifondamentali e Costituzione dell'Unione europea*, Milano, 2002, p. 249 ss., spec. p. 267 ss.

5. *Il contributo della giurisprudenza della Corte europea all'elaborazione delle norme comunitarie in materia di tutela dei diritti umani. Il significato del rimando alle legislazioni nazionali come parametro di riferimento nella definizione degli status e delle relazioni familiari nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e nella CEDU*

L'influenza esercitata sull'ordinamento dell'Unione europea dalla CEDU e dalla giurisprudenza che su di essa si è formata risulta evidente sia nella prassi più recente della Corte di giustizia, sia e soprattutto nella formulazione e nel contenuto delle norme in materia di diritti umani adottate dal legislatore comunitario.

Si pensi anzitutto alla già menzionata Carta dei diritti fondamentali, la quale, riprendendo in larga misura il contenuto della CEDU e tenuto conto dei mutamenti sociali e giuridici intervenuti in molti Stati europei, sembra distinguere, all'art. 9, il diritto di sposarsi da quello di fondare una famiglia, prevedendo in ogni caso che entrambi sono garantiti dalle leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio; nessun riferimento viene operato alla identità sessuale dei membri della coppia, da cui evidentemente è ammesso prescindere. Nel testo esplicativo della norma si chiarisce infatti che la sua formulazione è stata aggiornata rispetto a quella dell'art. 12 CEDU (che invece precisa che il diritto di contrarre matrimonio spetta all'uomo e alla donna in possesso dei requisiti di età richiesti per accedere all'istituto), onde tener conto della eterogeneità delle soluzioni normative elaborate dagli Stati in materia. Viene poi chiarito che la norma «non vieta né impone la concessione dello *status* matrimoniale a unioni tra persone dello stesso sesso». Il diritto di sposarsi «è pertanto simile a quello previsto dalla CEDU, ma la sua portata può essere più estesa qualora la legislazione nazionale lo preveda»[23]. Il richiamo delle legislazioni nazionali, peraltro contenuto anche nelle corrispondenti norme della CEDU, può essere inteso in un duplice significato, ovvero

[23] *Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali*, in *GUCE* n. C 303 del 14 dicembre 2007. L'art. 52 par. 3 della Carta prevede peraltro che: «laddove la … Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa». Sul rapporto tra Carta dei diritti fondamentali e CEDU cfr. CONFORTI, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e la Convenzione europea dei diritti umani*, in L. S. ROSSI (a cura di), op. cit., p. 3 ss.; GAJA, *Carta dei diritti fondamentali e Convenzione europea: una relazione complessa*, in DE SIERVO (a cura di), *La difficile Costituzione europea*, Bologna, 2002, p. 211 ss.

come rimando alle scelte operate dallo Stato chiamato a dare attuazione ai diritti della cui tutela si tratta, ovvero a qelle del Paese d'origine della coppia.

La prima lettura sembra essere confortata sia dai dati ricavabili nell'ambito del diritto dell'Unione europea, sia dalle conclusioni raggiunte dalla più recente giurisprudenza comunitaria, che sembrano orientati nel senso di una maggiore apertura nei confronti delle coppie non tradizionali. In particolare, a livello normativo, si registrano diversi atti in materia di asilo, ricongiungimento familiare e libera circolazione delle persone, che per lo più utilizzano il criterio secondo cui la valutazione della validità dello *status* personale, ai fini dell'attribuzione dei diritti che da essi discendono, va effettuata alla luce delle determinazioni dello Stato di destinazione, ovvero di quello interessato dalla richiesta di applicazione della norma[24]; è prevista pertanto la possibilità per il compo-

[24] In materia di libera circolazione delle persone, la Direttiva 2004/38/CE che modifica il regolamento (CEE) n. 1612/68 prevede che il diritto a soggiornare e circolare liberamente all'interno del territorio comunitario spetti anche al *partner* del cittadino comunitario con cui questi abbia «contratto … un'unione registrata sulla base della legislazione di uno Stato membro, qualora la legislazione dello Stato membro ospitante equipari l'unione registrata al matrimonio e nel rispetto delle condizioni previste dalla pertinente legislazione dello Stato membro ospitante» (in *G.U.U.E.* n. L 158 del 30 aprile 2004 su cui cfr. la puntuale analisi di TOMASI, *Status familiare e libera circolazione dei cittadini dell'unione*, in BARUFFI (a cura di), *La Costituzione europea: quale Europa dopo l'allargamento?*, Padova, 2006, pp. 191 ss.). In materia di rifugiati e richiedenti asilo la Direttiva 2003/9/CE del Consiglio sull'accoglienza negli Stati membri dell'Unione dei soggetti richiedenti asilo (in *G.U.C.E.* n. L del 6 febbraio 2003) prevede il diritto di beneficiare degli standard minimi di trattamento in essa stabiliti anche a favore dei familiari dell'interessato, a condizione però che si tratti di vincoli costituitisi nel Paese di origine. Nella nozione di familiare sono compresi anche i partner del richiedente asilo, che abbiano con questi una relazione stabile «qualora la legislazione o la prassi dello Stato membro interessato assimili la situazione delle coppie di fatto a quelle sposate nel quadro della legge sugli stranieri» (art. 2, lett. *i*). Analoghe previsioni sono contenute nella Direttiva 2004/83/CE del Consiglio, del 29 aprile 2004 sull'attribuzione dello *status* di rifugiato o di persona internazionalmente protetta (in *G.U.C.E.* n. L 304 del 30 settembre 2004), la quale prevede che devono considerarsi familiari ai fini della sua applicazione anche il partner non sposato del beneficiario che abbia con questi una relazione stabile, se la legislazione o la prassi dello Stato membro interessato equipara le coppie non sposate a quelle sposate nel quadro della legge sugli stranieri (art. 1, lett. *h*). In tema di ricongiungimento familiare va segnalata la Direttiva 2003/86/CE del Consiglio relativa al diritto di ricongiungimento familiare (in *G.U.C.E.* n. L 251 del 3 ottobre 2003), la quale dispone che spetta agli Stati membri decidere se riconoscere o meno, ai fini dell'attribuzione della tutela e dei diritti da essa garantiti, lo stesso trattamento previsto per i coniugi, anche al «*partner* non coniugato cittadino di un Paese terzo che abbia una relazione stabile duratura debitamente comprovata con il soggiornante, o del cittadino di un Paese terzo legato al soggiornante da una relazione formalmente registrata» (art. 4 par. 3); tale valutazione sarà effettuata alla luce delle considerazioni espresse dalle legislazioni interne, tenuto conto però dell'obbligo di protezione della famiglia e del ris-

nente di una coppia omosessuale di vedersi attribuiti vantaggi e diritti spettanti, in virtù della disciplina comunitaria, al *coniuge* o al *familiare* del cittadino di un Paese membro o ad esso collegato da altro significativo legame, qualora lo Stato chiamato ad applicare la norma equipari la sua situazione a quella del soggetto avente un legame matrimoniale, o altro equivalente, con un partner eterosessuale. Il medesimo ragionamento trova riscontro anche nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia, la quale nel 2008 fu ad esempio chiamata a pronunciarsi sul diritto alla pensione di reversibilità rivendicato dal componente omosessuale di una unione solidale, costituita secondo la legislazione tedesca, in seguito al decesso del proprio *partner*[25]. Il ricorrente in particolare lamentava che il diniego del trattamento pensionistico costituiva una violazione della direttiva comunitaria 2000/78, che mira a stabilire un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro e a rimuovere al riguardo ogni tipo di discriminazione, tra cui quelle fondate sulle tendenze sessuali. Secondo la Corte di giustizia è compito del giudice *a quo* verificare se, secondo il proprio diritto nazionale, l'unione solidale pone i suoi membri in posizione analoga ai coniugi con riferimento al diritto di godere del trattamento previdenziale riservato ai partner superstiti e se pertanto essa costituisce presupposto equivalente al matrimonio per l'attribuzione di tale beneficio pensionistico.

La tutela delle coppie omosessuali, sotto il profilo della equiparazione a quelle tradizionali, può quindi essere attuata nei casi in cui l'ordinamento dello Stato, cui compete l'attribuzione di un diritto o di un vantaggio normalmente riservato al coniuge, equipari, quanto agli effetti che da essa discendono, la situazione dei soggetti uniti in matrimonio con quella delle coppie registrate o dei conviventi *more uxorio*, a prescindere dall'orientamento sessuale dei membri dell'unione; resta invece immutata la posizione delle coppie non coniugate (anche nel caso in cui il matrimonio sia ad esse precluso) negli Stati che non prevedono alcuna forma di tutela giuridica a loro favore.

petto della vita familiare, consacrato in numerosi strumenti di diritto internazionale, quali la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (e in particolare il suo art. 8) e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Infine anche il Regolamento (CE) n. 723/2004 che ha modificato lo Statuto dei funzionari (in *G.U.U.E.* n. L 124 del 27 aprile 2004), dà rilievo, ai fini dell'applicazione delle disposizioni in essa contenute, alle sole coppie che abbiano formalizzato il proprio rapporto mediante la costituzione di una *registered partnership*, a condizione però che lo Stato di accoglienza assimili tali situazioni al legame coniugale.

[25] Corte di giustizia delle Comunità europee, *Tadao Maruko* c. *Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen* cit.

La soluzione fatta propria dal legislatore e dal giudice dell'Unione europea, pur dando luogo a un rafforzamento dei diritti e della tutela della coppia non tradizionale, non consente peraltro la piena rimozione degli ostacoli alla libera circolazione delle persone, determinati dalla eterogeneità normativa, che tuttora permane nella disciplina della materia, a seconda dello Stato in considerazione. La piena attuazione di tale fondamentale obiettivo comunitario comporta infatti la ricerca di soluzioni che, pur non ponendosi in contrasto con le tradizionali prerogative statali nel settore familiare, consentano all'individuo di muoversi liberamente nel territorio dell'Unione europea senza con ciò dover rinunciare alla tutela di legami e situazioni personali acquisiti altrove. Secondo alcuni è questa la direzione in cui si starebbe muovendo anche la Corte di giustizia; dalla sua giurisprudenza recente sembrerebbe infatti trapelare l'affermazione di un principio, quello della unicità degli *status* personali e familiari, che sostanzialmente consiste della rielaborazione e applicazione al settore in esame del c.d. principio di mutuo riconoscimento, utilizzato dalla Corte di giustizia per la prima volta nel 1979 nella celebre pronuncia *Cassis de Dijon*, al fine di rimuovere gli ostacoli al libero commercio delle merci, derivanti dal diverso contenuto della legislazione interna dei singoli Stati membri[26].

Nella materia che qui interessa, secondo parte della dottrina[27], si sta delineando nella giurisprudenza comunitaria un principio, quello dell'unicità di *status* del cittadino comunitario, che può essere visto come un'applicazione, al settore familiare, del mutuo riconoscimento. In

[26] In tale pronuncia viene sancito che il Paese di destinazione di una merce non può impedirne l'ingresso e la commercializzazione nel proprio territorio, qualora essa sia stata lecitamente prodotta e messa in commercio nello Stato d'origine, in forza di ragioni basate sulla disparità delle disposizioni contenute nel proprio ordinamento. Corte di giustizia, 20 febbraio 1979, 120/78, «*Cassis de Dijon*», in *Racc.*, 1979, p. 649. Il principio del mutuo riconoscimento non è una elaborazione originale della Corte di giustizia comunitaria, ma la novità della pronuncia citata sta nella sua applicazione al problema della libera circolazione e degli ostacoli che ad essa si oppongono. Sugli aspetti innovativi dell'elaborazione della Corte e per una più approfondita analisi del principio del mutuo riconoscimento, alla luce della giurisprudenza e della legislazione comunitarie, si vedano ROSSOLILLO, *Mutuo riconoscimento e tecniche conflittuali*, Padova, 2002; NICOLIN, *Il mutuo riconoscimento tra mercato interno e sussidiarietà*, Padova, 2005 e la dottrina ivi citata.

[27] Cfr. BARATTA, *Verso la "comunitarizzazione" dei principi fondamentali del diritto di famiglia*, in *Rivista di diritto processuale privato e processuale* 2005, p. 573 e ss.; ID., *Scioglimento e invalidità del matrimonio nel diritto internazionale privato*, Milano, 2004, p. 213 ss.; CAFARI PANICO, *Divorzi stranieri tra riconoscimento e trascrizione*, in *Riv. dir. int. priv.e proc.*, 2002, p. 5 ss., spec. pp. 16-18; ROSSOLILLO, *Mutuo riconoscimento e tecniche conflittuali*, Padova, 2002; TOMASI, *La tutela degli* status *familiari nel diritto dell'Unione europea*, Padova, 2007 e la dottrina ivi citata.

particolare le pronunce cui si fa riferimento sono quelle che affermano l'esistenza di un diritto al riconoscimento in tutto il territorio comunitario di *status* personali (nella specie si trattava del diritto al nome) legittimamente acquisiti nello Stato di origine, la cui legislazione sarebbe quindi il parametro di riferimento rilevante anche nella valutazione della portata dei diritti spettanti al componente di una unione omosessuale[28].

Applicato alla materia in esame, tale ragionamento comporterebbe l'obbligo per gli Stati membri di riconoscere, sulla base di un principio di reciproca fiducia, gli *status* legittimamente acquisiti da un soggetto nel proprio Paese di origine (la cui individuazione è uno degli aspetti problematici di questa soluzione interpretativa)[29], a meno che non vi si oppongano esigenze di carattere imperativo che giustifichino l'adozione di misure funzionali alla salvaguardia di interessi pubblicistici (tra cui, peraltro, la protezione della famiglia tradizionale); in ogni caso la tutela dei valori connaturati ad un ordinamento e dei principi fondamentali su cui esso si fonda, particolarmente evidenti nella disciplina del diritto di famiglia, non dovrebbe spingersi, anche alla luce dei criteri proposti dal-

[28] Cfr. Corte di giustizia, 2 ottobre 2003, C-148/02, *Carlos Garcia Avello* c. *Stato belga*; 30 marzo 1993, C-168/91, *Christos Konstantinidis* c. *Stadt Altensteig*in; 2 dicembre 1997, C-336/94, *Eftalia Dafeki* c. *Landesversicherungsanstalt Württemberg*; 14 ottobre 2008, C-356/06, *Grunkin-Paul* c. *Standesamt Niebüll.*

[29] Secondo ciò che emerge dai primi orientamenti della Corte di giustizia, assunti dalla dottrina a fondamento dell'estensione del principio del mutuo riconoscimento alla materia familiare, si evince lo stretto collegamento tra tale principio e la tutela dei legami e dei valori che al cittadino europeo derivano dall'appartenenza al Paese di nazionalità. Volendosi muovere nel solco delle argomentazioni della giurisprudenza comunitaria ed in particolare delle sentenze *Dafeki* e *Avello*, lo Stato di origine dello *status* andrebbe identificato con quello di cui il soggetto possiede la cittadinanza. Ciò ammettendo, però, il principio del mutuo riconoscimento verrebbe privato di molte delle potenzialità espansive teorizzate in dottrina ed espresse ad esempio nella proposta del Gruppo europeo di diritto internazionale privato (Si veda la proposta elaborata all'esito della quattordicesima riunione del Gruppo europeo, tenutasi a Tenerife dal 17 al 19 settembre 2004, reperibile al sito *http://www.drt.ucl.ac.be/gedip/reunionstravail/gedip-reunions-14t-fr.html*), secondo cui anche il vincolo, più debole, della residenza di uno dei membri della coppia nello Stato membro di registrazione giustificherebbe l'obbligo per gli altri di riconoscere la situazione giuridica ivi costituitasi. Più convincente sembra tuttavia la proposta formulata da parte della dottrina, secondo cui il Paese di origine andrebbe individuato in quello dove la coppia ha registrato la propria unione, la cui legislazione andrebbe anche ritenuta, sotto il profilo internazionalprivatistico, competente a disciplinare i profili relativi alla costituzione, agli effetti e alla validità del rapporto in discussione. Così BOSCHIERO, *Les unions homosexuelles à l'épreuve du droit international privé italien*, in *Riv. dir. int.*, 2007, pp. 30 ss., spec. P. 60 e 110 ss.; ROSSOLILLO, *Registered partnerships*, cit., p. 389; in questo senso anche HENNERON, *New forms of cohabitation: private international law aspects of registered partnerships*, in BOELE-WOELKI, *Perspectives for the Unification and Armonisation of Family Law in Europe*, Antwerp, 2000, p. 462 ss., spec. p. 469 s.

la Corte europea dei diritti dell'uomo, al di là dell'adozione da parte dello Stato di misure proporzionate allo scopo perseguito, sempre che non esistano alternative per ottenere il medesimo risultato e che non vengano violati i principi irrinunciabili dell'ordinamento europeo, quali in particolare, nel settore che interessa, quello di non discriminazione.

L'indicazione della legislazione nazionale come parametro orientativo per stabilire l'esistenza di uno *status* o di una situazione familiare, contenuto sia nella Carta di Nizza che nella CEDU, andrebbe quindi inteso, in linea con la lettura qui proposta, come riferito non tanto allo Stato cui spetta l'attribuzione del vantaggio o del diritto rispetto al quale la dimostrazione dell'esistenza di un certo tipo di relazione costituisce un presupposto, quanto piuttosto a quello d'origine della coppia, che, a nostro parere, andrebbe individuato nel luogo dove essa ha formalmente istituzionalizzato la propria unione, nelle forme ivi ammesse. Tale ragionamento incontra tuttavia da un lato, come detto, il limite della tutela dell'interesse pubblico dello Stato richiesto (la cui protezione tuttavia non può spingersi al di là dei confini della necessità e della proporzionalità della misura rispetto al fine perseguito), dall'altro quello dell'assenza in certi ordinamenti di qualsivoglia forma di tutela per le coppie omosessuali.

6. *Considerazioni conclusive*

Alla luce della rassegna condotta ci sembra di poter quindi concludere che, pur attraverso ragionamenti e strumenti diversi, la Corte di giustizia comunitaria e quella europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo abbiano raggiunto alcuni risultati e conclusioni comuni laddove interpellate in materia di tutela delle coppie non tradizionali e, in particolare, per quello che qui interessa, di quelle formate da persone del medesimo sesso.

Anzitutto un dato sui cui occorre riflettere è il vincolo, da cui entrambe non possono prescindere, alle considerazioni e alle scelte degli Stati parte da un lato dell'Unione europea, dall'altro della CEDU, nella materia qui considerata. In assenza di un atteggiamento unanime sul trattamento e sul tipo di tutela da accordare alle unioni fra persone del medesimo sesso, entrambe le Corti hanno deciso di adottare un approccio prudente, lasciando trapelare l'opportunità di rispettare le scelte discrezionali dei singoli Stati, quali emergono dai loro ordinamenti, sulla qualificazione delle coppie omosessuali e sulla possibilità di una loro equiparazione a quelle coniugali. È d'altra parte questa la direzione che sem-

brano suggerire le norme, elaborate sia in ambito comunitario che nel sistema CEDU, che rimandano alle scelte operate dal legislatore nazionale laddove si tratti di definire il significato e la portata di certi diritti appartenenti al settore familiare. Una lettura ermeneutica del dato normativo che valorizzi il punto di vista dello Stato in cui la coppia ha formalizzato il proprio *status* potrebbe essere la direzione in cui muovere in vista del conseguimento di una più ampia tutela dei diritti delle coppie omosessuali.

La difesa delle prerogative statali, che nel settore familiare, condizionato dalle tradizioni giuridiche e culturali di ciascun Paese, trovano una delle loro massime espressioni, non dovrebbe peraltro potersi spingere fino a vanificare o comunque a pregiudicare obiettivi più largamente condivisi alla cui realizzazione lo Stato si sia internazionalmente impegnato: da un lato l'attuazione delle libertà comunitarie, dall'altro la tutela dei diritti umani senza alcuna discriminazione. La parziale coincidenza delle finalità perseguite dal sistema comunitario e da quello di tutela dei diritti umani rende particolarmente significativo ed importante che la Corte di giustizia dell'Unione europea e qualla europea dei diritti umani indirizzino la propria attività (anche nell'ottica di una *cross fertilization* tra la giurisprudenza da esse prodotta) nel senso di una più ampia collaborazione in vista del perseguimento di risultati comuni, tra cui la ricerca di soluzioni ermeneutiche che facilitino la tutela di obiettivi, quali quello della tutela delle coppie omosessuali, funzionali al raggiungimento dei fini cui è il sistema entro cui operano è preposto.

L'ACCESSO ALLA GIUSTIZIA IN MATERIA AMBIENTALE NELL'ORDINAMENTO DELL'UNIONE A SEGUITO DELL'ENTRATA IN VIGORE DEL TRATTATO DI LISBONA: PROBLEMATICHE ATTUALI E PROSPETTIVE *DE JURE CONDENDO*

Guglielmo CANTILLO*

SOMMARIO: 1. L'accesso alla giustizia in materia ambientale nell'ordinamento dell'Unione: considerazioni introduttive. – 2. La giurisprudenza delle Corti dell'Unione sui criteri di ricevibilità dei ricorsi ambientali ai sensi dell'art. 230, comma 4, del Trattato CE. – 3. La disciplina dell'accesso alla giustizia in materia alla stregua del nuovo articolo 263, comma 4, del TFUE. – 4. La tutela giudiziale del diritto fondamentale all'ambiente salubre nell'ordinamento dell'Unione.

1. L'accesso alla giustizia in materia ambientale nell'ordinamento dell'Unione: considerazioni introduttive.

L'accesso alla giustizia si inserisce nel novero dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e, come tale, è espressamente garantito dall'articolo 47 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'UE, ma in concreto la tutela, in ragione del noto principio di sussidiarietà, compete innanzitutto ai singoli Stati membri, secondo la disciplina dagli stessi prevista, e può formare oggetto di denunzia agli organi giurisdizionali dell'Unione[1] solo nei casi e con le modalità ora previsti dalle pertinenti

* Dottore di ricerca in Diritto internazionale e Diritto interno in materia internazionale, Università degli Studi di Salerno.

[1] Com'è noto, a partire dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, i termini "la Comunità" e/o "la Comunità Europea" sono sostituiti da "l'Unione", ed i termini "delle Comunità Europee" o "della CEE", sono sostituiti da "dell'Unione Europea", mentre

disposizioni del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE).

In passato, il ricorso di persone fisiche o giuridiche, volto all'annullamento di atti delle istituzioni europee ritenute in contrasto con il diritto dell'UE, era proponibile direttamente alle Corti comunitarie nelle forme e con le modalità di cui all'art. 230, comma 4, del Trattato CE, poi riformulato nell'attuale art. 263 del TFUE. In base a tale disposizione le possibilità di ricorso diretto erano circoscritte ai soggetti nei cui confronti era stata adottata la decisione da impugnare ovvero ai soggetti che, pur non apparendo formalmente destinatari dell'atto, erano, "direttamente ed individualmente" lesi o, comunque, interessati dalla decisione o dall'atto di cui denunciavano l'illegittimità.

Se nessun particolare problema era sorto in merito alla verifica della legittimazione ad agire in giudizio degli individui formalmente destinatari della decisione[2], un vivace dibattito si era avuto, invece, in ordine all'interpretazione dell'ultima parte del citato comma 4 dell'articolo 230 TCE, che appunto prevedeva la necessaria presenza di un *interesse diretto ed individuale* quale pre-requisito per l'accesso alla giustizia da parte di coloro che non fossero destinatari diretti dell'atto comunitario. E si vedrà più oltre come il dibattito non abbia perso di attualità in conseguenza della sostituzione di detta norma con il nuovo articolo 263, comma 4, del TFUE, a causa sia della limitata portata innovativa della novella e sia dell'influenza che nell'esegesi della stessa conserva la giurisprudenza comunitaria sino ad oggi formatasi in ordine ai criteri di ricevibilità dei ricorsi ambientali.

A voler accennare agli aspetti particolarmente censurabili di quel-

l'aggettivo "comunitario", comunque declinato, è sostituito da "dell'Unione". Inoltre, il titolo del Trattato istitutivo della Comunità Europea è stato sostituito con "Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea". Ciò detto, nel testo si è deciso di utilizzare talvolta ancora l'aggettivo comunitario, in quanto corrispondente alla terminologia in vigore al momento in cui venivano rese le sentenze delle Corti dell'Unione oggetto di commento.

[2] Al riguardo, occorre ricordare che le norme del Trattato prevedono due distinte categorie di soggetti legittimati all'azione di annullamento: le Istituzioni Europee e gli Stati membri, ai quali è attribuito lo status di ricorrenti privilegiati ed in capo ai quali si presume la sussitenza di un interesse sufficiente ad agire in giudizio, e le persone fisiche e giuridiche, qualificate come ricorrenti ordinari il cui accesso diretto alle Corti UE è limitato ad ipotesi specifiche e predeterminate. Mentre, infatti, ai sensi dell'attuale articolo 263 del TFU il Parlamento, il Consiglio, la Commissione, gli Stati membri – ma anche, a condizione che si tratti di ricorsi volti a salvaguardare le proprie prerogative, la Corte dei Conti, la BCE ed il Comitato delle Regioni – possono impugnare senza restrizioni tutti gli atti giuridici asseritamente illegittimi, le persone fisiche e giuridiche possono, come si è detto richiedere l'annullamento diretto ai Giudici dell'Unione soltanto al ricorrere delle condizioni sancite dal quarto comma del medesimo articolo 263 del Trattato UE.

l'orientamento, va detto che, stante la particolare natura degli interessi sottesi alla materia ambientale, la lettura restrittiva del requisito del co-involgimento individuale e diretto – che ne è stata offerta dalle Corti dell'Unione in modo pressoché costante sin dal noto caso *Plaumann* [3] – ha costituito, e tuttora costituisce, un ostacolo quasi insormontabile alla possibilità per le associazioni operanti nel campo di promuovere procedimenti di natura giurisdizionale volti ad ottenere il rispetto della normativa ambientale. E, in effetti, i ricorsi delle associazioni ambientaliste, sono stati per lo più dichiarati irricevibili proprio per l'assenza di un interesse *individuale* ad impugnare le misure comunitarie ritenute illegittime.

Ogni qual volta si è discusso in merito alla legittimazione a ricorrere contro decisioni da parte di soggetti diversi dai loro destinatari, le Corti hanno applicato alle fattispecie sottoposte al loro esame quel che è stato definito, per l'appunto, il "*Plaumann test*", ovvero la massima sancita nell'omonimo caso dai Giudici di Lussemburgo, in base alla quale: "*I soggetti diversi da quelli ai quali la decisione è rivolta possono pretendere di essere individualmente coinvolti soltanto se quella decisione li riguarda in ragione di certe prerogative che sono peculiari della loro situazione, o in virtù di circostanze di fatto che li differenzino rispetto ad ogni altro individuo, proprio come se fossero la persona direttamente interessata*"[4].

Analogamente, quanto all'impugnabilità dei Regolamenti, la Corte di Giustizia ha sancito nella medesima sentenza e, poi, successivamente ribadito, che un atto di portata generale come un regolamento può riguardare individualmente persone fisiche o giuridiche solo se esse sono colpite a motivo di determinate qualità loro peculiari o di una circostanza di fatto che le distingua da chiunque altro e perciò le identifichi in modo analogo al destinatario.

Ai fini della legittimazione ad agire *ex* art. 230, comma 4, del TCE, si è ritenuto necessario, quindi, un interesse personale ed immediato, correlato a qualità o situazioni individualizzanti che valessero a differenziare la posizione del soggetto istante da quella della generalità dei consociati, pertanto idonee ad identificarlo alla stessa stregua dei destinatari, in assenza delle quali la giurisprudenza comunitaria ha escluso la ricevibilità dei ricorsi in materia ambientale (così precludendo in pratica, si ripete, le possibilità di azione diretta da parte delle associazioni di tutela ambientale).

[3] *Plaumann & Co. contro Commissione*, causa C- 25/62, sentenza del 15 luglio 1963, in *Raccolta*, 1963, p. 197.

[4] Caso *Plaumann & Co*., cit., *supra*, nota 5, par. 42.

Le Decisioni rivolte a singole persone fisiche o giuridiche sono state, infatti, estremamente rare[5], essendo normalmente gli Stati membri i soli destinatari di tali atti, cosicché l'onere di sottoporre i provvedimenti ritenuti illegittimi al giudizio delle Corti dell'Unione è stato – ed è ancora – sostanzialmente rimesso alle competenti autorità dei singoli Stati, oltre che alle medesime Istituzioni dell'UE.

In pratica, il compito di far rispettare il diritto ambientale risulta affidato principalmente alle autorità pubbliche interne, che lo svolgono in misura più o meno efficace in dipendenza di molteplici fattori, fra i quali le risorse finanziarie stanziate, il quadro normativo e, non ultimi, l'importanza politica attribuita alla tutela dell'ambiente e le proprie convenienze economiche. È appena il caso di sottolineare, al riguardo, che diversamente da quanto accade in altri settori del diritto dell'Unione (come il mercato interno o la concorrenza), la tutela della materia ambientale sconta la limitata presenza di forti interessi economici privati tesi ad esigere la corretta applicazione delle norme vigenti; e ciò, nonostante l'indiscutibile rilevanza pubblica (si pensi alla tutela della salute, che è direttamente legata alla salubrità ambientale) e le conseguenze negative che livelli differenti di protezione ambientale indubbiamente comportano nell'equilibrio dei rapporti tra i medesimi Stati membri.

In tale contesto, come pure è stato da tempo rilevato dalle stesse autorità dell'Unione[6], i soggetti privati, ed in particolar modo le associazioni di protezione ambientale, possono assumere un ruolo prezioso nel migliorare il rispetto della normativa europea in materia. Ed un tale obiettivo sarebbe più efficacemente perseguito se venisse agevolato l'accesso alla giustizia ambientale e, quindi, consentito a dette associazioni di promuovere in via diretta azioni volte a contestare innanzi alle

[5] Cfr.: M. PALLEMAERTS, *Compliance by the European Community with Its Obligations on Access to Justice as a Party to the Aarhus Convention*, Institute for European Environmental Policy, Londra/Brussel, 2009. L'Autore sottolinea (pag. 28) come le Decisioni siano rivolte agli Stati (o meglio ai loro organi competenti) anche in quelle ipotesi in cui la Commissione agisca su impulso di operatori privati al fine di regolamentare l'immissione sul mercato di determinati prodotti o sostanze pericolosi. Un'eccezione (oltre a quelle indicate nel testo) riguarda il controllo delle importazioni nel territorio della Comunità di sostanze qualificate dal relativo Regolamento comunitario (2037/2000) come nocive per lo strato d'ozono. Tale fonte normativa prevede, infatti, che la Commissione fissi delle quote massime di importazione suddivise per operatore; e ciò, attraverso una Decisione resa annualmente ed indirizzata direttamente ai medesimi operatori i quali, in tal caso, potrenno senz'altro "superare" il Plaumann test ed essere ammessi ad impugnare innanzi ai Giudici comunitari l'atto loro indirizzato.

[6] Si confronti il preambolo ed il testo della Decisione n.1600/2002/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 22 luglio 2002, che istituisce il Sesto programma comunitario di azione in materia di ambiente.

autorità giurisdizionali dell'UE la legittimità di Decisioni, Direttive o Regolamenti ritenuti in contrasto con il diritto ambientale dell'Unione.

2. La giurisprudenza delle Corti dell'Unione sui criteri di ricevibilità dei ricorsi ambientali ai sensi dell'art. 230, comma 4, del Trattato CE

La forte limitazione all'accesso alla giustizia comunitaria per le associazioni ambientaliste, ed anche per altri operatori privati, è evidenziata in concreto da varie sentenze delle Corti dell'Unione, a partire dal noto caso *Greenpeace*[7], sino alla recente sentenza *Arcelor SA*[8].

Nel caso *Greenpeace* il Tribunale dichiarò irricevibile il ricorso per annullamento proposto dalla sede spagnola di tale associazione ambientalista, volto a fare dichiarare l'invalidità di una Decisione della Commissione[9] con la quale si disponeva il finanziamento da parte della Comunità, mediante risorse dei fondi strutturali europei, di due progetti finalizzati alla costruzione di altrettante centrali elettriche nel territorio delle Isole Canarie (Spagna), in particolare nelle località di Gran Canaria e Tenerife. Alla base del ricorso vi era un'asserita omissione della valutazione di impatto ambientale, obbligatoriamente prescritta dalla Direttiva CE n. 85/337, che rendeva illegittima, ai sensi dell'articolo 7 del Regolamento comunitario n. 2052/1988, la predetta Decisione di aiuto economico verso la Spagna[10]. Nello specifico, il Tribunale ritenne che le eventuali conseguenze negative presenti o future riconducibili alla denunciata illegittimità (danni all'ambiente, alla pesca ed al turismo), non potessero considerarsi sufficienti per conferire la legittimazione ad agire in capo agli individui ed alle associazioni ricorrenti, posto che i danni la-

[7] *Stitching Greenpeace Council ed altri contro Commissione*, causa T-585/93, ordinanza del 9 agosto 1995, in *Raccolta*, 1995, p. II-2205. (1995); *Stitching Greenpeace Council* (*Greenpeace International*) *contro Commissione*, causa C-321/95, sentenza del 2 aprile 1998, in *Raccolta*, 1998, p. I-1651.

[8] *Arcelor SA contro Parlamento Europeo e Consiglio dell'Unione Europea*, causa T-16/04, sentenza del 2 marzo 2010, non ancora pubblicata in Raccolta.

[9] Decisione n. C(91)440 della Commissione Europea del 7 marzo 1991.

[10] Regolamento CE n. 2052/1988 del Consiglio, del 24 giugno 1988 relativo alle missioni dei Fondi a finalità strutturali, alla loro efficacia e al coordinamento dei loro interventi e di quelli della Banca europea per gli investimenti degli altri strumenti finanziari esistenti. In particolare, l'Articolo 7 (Compatibilità e controllo), comma 1, del Regolamento n. 2052/1998, dispone: "1. Le azioni che sono oggetto di un finanziamento da parte dei Fondi strutturali o di un intervento della BEI o di un altro strumento finanziario esistente debbono essere conformi alle disposizioni dei trattati e degli atti emanati in base a questi ultimi nonché alle politiche comunitarie, comprese quelle concernenti le regole di concorrenza, la stipulazione di contratti di appalti pubblici e la protezione dell'ambiente."

mentati potevano, a detta del Tribunale, "*riguardare, in modo generale ed astratto, un vasto numero di soggetti che non potrebbero essere determinati ex ante, così da poter essere individuati in maniera analoga a quella del destinatario di una decisione*"[11]. Ciò posto, in applicazione del menzionato "*Plaumann test*", i Giudici comunitari valutarono i ricorrenti non direttamente ed individualmente interessati dalla Decisione oggetto del ricorso e, pertanto, non legittimati ad adire la Corte nelle forme prescritte dall'allora articolo 173, comma 4 del Trattato CE[12]. Analogamente, il Tribunale escluse che lo scopo statutario di *Greenpeace*, ovvero la protezione degli interessi collettivi dei suoi membri, potesse considerarsi elemento sufficiente a rendere l'associazione direttamente ed individualmente interessata dalla Decisione impugnata e, quindi, legittimata ad adire in via diretta il Tribunale.

Le lacune del sistema di controllo della legittimità degli atti comunitari da parte dei privati si manifestarono, poi, per quanto riguarda specificamente il *corpus* del diritto europeo dell'ambiente, nel successivo caso *Unión de Pequeños Agricultores*[13] (U.P.A.), in cui un'associazione di categoria che riunisce piccole imprese agricole spagnole si rivolse direttamente ai Giudici di Lussemburgo per ottenere l'annullamento del Regolamento del Consiglio n. 136/66/CEE, con il quale si disponeva una riforma dell'organizzazione comune del mercato dell'olio d'oliva, comportante la soppressione di una serie di aiuti finanziari in favore dei piccoli produttori. Pur riconoscendo in via teorica la possibilità che un atto normativo comunitario (come il Regolamento comunitario) potesse essere – al ricorrere di determinate condizioni – oggetto di un ricorso per annullamento diretto innanzi ai Giudici comunitari, il Tribunale dichiarò irricevibile il ricorso non ravvisando in capo all'associazione ricorrente una posizione distintiva tale da permetterle di superare il requisito del *direct and individual concern*[14].

[11] *Stitching Greenpeace Council ed altri contro Commissione*, causa T-585/93, par. 51.

[12] Come noto, poi divenuto articolo 230, comma 4 nella numerazione introdotta dal Trattato di Amsterdam e, attualmente, articolo 263, comma 4 nella nuova formulazione successiva al Trattato di Lisbona.

[13] *Unión de Pequeños Agricultores contro Consiglio dell'Unione Europea*, causa T-173/98, ordinanza del 23 novembre 1999, in *Raccolta*, 1999, p. II-3357.

[14] In particolar modo, il Tribunale rilevò al punto 47 dell'ordinanza che la ricevibilità dei ricorsi proposti da associazioni è ammessa in almeno tre fattispecie tipiche: quando una disposizione di natura normativa riconosca espressamente alle associazioni professionali una serie di facoltà di carattere procedurale; quando l'associazione rappresenti gli interessi di imprese che, dal canto loro, siano legittimate ad agire e, inoltre, quando l'associazione sia identificata individualmente per il pregiudizio arrecato ai propri interessi in quanto associazione, in particolare in quanto la sua posizione di negoziatrice sia

Nel successivo giudizio di appello innanzi alla Corte di Giustizia, l'U.P.A. sostenne ancora che la declaratoria di irricevibilità, conseguenza dell'interpretazione restrittiva dell'articolo 173, comma 4, concretasse una violazione del diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva[15]. La natura regolamentare dell'atto oggetto della domanda di annullamento non richiedeva, infatti, a parere dell'U.P.A., l'emissione di alcun provvedimento attuativo da parte dello Stato spagnolo, ciò che si traduceva nella impossibilità formale e sostanziale per la ricorrente di chiedere, all'interno del sistema giuridico spagnolo, l'annullamento di un atto nazionale connesso alle disposizioni regolamentari. E tale situazione escludeva *in nuce*, all'evidenza, anche l'eventualità di un rinvio pregiudiziale volto ad accertare la validità delle (inesistenti) norme interne, nonché paradossalmente la stessa possibilità da parte dell'associazione o singolarmente di suoi aderenti di violare le disposizioni interne per poi contestare, anche davanti al giudice comunitario, la validità della sanzione applicata.

A queste censure la Corte rispose riconoscendo la centralità nel sistema comunitario del diritto ad una tutela effettiva, quale postulato dei principi giuridici generali derivanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, espressamente contemplato nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. Tuttavia, ritenne che l'asserita assenza di strumenti di rimedio effettivi all'interno degli Stati membri non potesse per ciò solo comportare una forzatura del sistema di tutela giurisdizionale disegnato dal Trattato per garantire il controllo della legittimità degli atti comunitari[16]. E per questa ragione la Corte concluse per il rigetto dell'appello, confermando il difetto di legittimazione ad agire in capo all'organizzazione ricorrente.

L'approccio particolarmente restrittivo circa i requisiti di accesso di-

stata pregiudicata dall'atto di cui è richiesto l'annullamento. A parere del Tribunale, tuttavia, nel caso di specie l'U.P.A. non poteva "far leva su alcuna di queste tre situazioni per dimostrare la ricevibilità del suo ricorso" (cfr.: punto 48 dell'ordinanza).

[15] *Unión de Pequeños Agricultores contro Consiglio dell'Unione Europea*, causa C-50/00, sentenza del 25 luglio 2002, in *Raccolta*, 2002, p. I-6677.

[16] Per cui spetta, comunque, agli Stati membri il compito di prevedere al proprio interno "*un sistema di rimedi giurisdizionali e di procedimenti inteso a garantire il rispetto del diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva*". Le persone fisiche e giuridiche possono, quindi, impugnare gli atti dell'Unione direttamente di fronte ai Giudici dell'U.E. solo qualora ricorrano le condizioni di cui all'articolo 230, comma 4 (ora art. 263). In assenza di tali presupposti, è concessa loro la possibilità far valere l'invalidità degli atti, vuoi in via incidentale in forza dell'art. 241 del Trattato, vuoi compulsando i giudici nazionali che non sono competenti ad accertare direttamente l'invalidità, a rivolgersi alla Corte di Giustizia in via pregiudiziale. In ogni caso, non potrebbe essere imposto alla Corte di Giustizia

retto alla giustizia dell'Unione, osservato nei casi *Greenpeace* e *U.P.A.*, è stato, in seguito, ripetutamente confermato in altre controversie attinenti all'applicazione di norme riconducibili al diritto ambientale comunitario, con la sola, pur rilevante, eccezione del caso *Jégo-Quéré*[17]. L'importanza di tale pronuncia si coglie soprattutto nei punti in cui i giudici manifestarono l'intenzione di superare il precedente indirizzo restrittivo della legittimazione ad agire dei singoli, rimarcando la necessità di adeguare il sistema dei rimedi giurisdizionali e dei procedimenti stabilito dal Trattato con il sovraordinato principio di carattere costituzional-comunitario di garantire ai singoli una tutela giurisdizionale effettiva. Il principio si concreterebbe nell'attribuzione ai singoli di un diritto di azione di intensità tale da permettere di contestare la legittimità di disposizioni comunitarie di portata generale, direttamente incidenti sulla loro sfera giuridica. In tale ottica, il Tribunale di prima istanza, discostandosi dalle proprie precedenti pronunce, affermò il principio per cui "*una persona fisica o giuridica deve ritenersi individualmente interessata da una disposizione comunitaria di portata generale che la riguarda direttamente, ove la disposizione di cui trattasi incida, in maniera certa ed attuale, sulla sua sfera giuridica limitando i suoi diritti ovvero imponendole obblighi*"[18].

Con tale, condivisibile, ragionamento i Giudici del caso *Jégo-Quéré*, in concreta applicazione del principio fondamentale di cui si discute, ritennero che il Regolamento oggetto di impugnazione incidesse "in modo certo ed attuale" sulla posizione del ricorrente e, pertanto, respinse l'eccezione di irricevibilità sollevata dalla Commissione.

Tuttavia, come si è detto, la sentenza del Tribunale nel caso *Jégo-Quéré*, rappresenta, ad oggi, l'unica apertura dei Giudici dell'Unione ad una lettura meno restrittiva dei requisiti di accesso dei singoli alle relative Corti.

Nel giudizio d'appello del medesimo caso *Jégo-Quéré* la Corte di Giustizia ribaltò, infatti, la precedente statuizione dei Giudici di prime cure e, riprendendo pedissequamente le argomentazioni già svolte nel pregresso giudizio *Unión de Pequeños Agricultores*, annullò la sentenza del Tribunale[19]. Nel passaggio centrale di tale pronuncia la Corte dissentì esplicitamente dalla precedente statuizione, affermando che "*anche se il requisito secondo cui una persona fisica o giuridica può presentare ricorso contro un regolamento solo qualora sia interessata non solo diret-*

[17] *Jégo-Quéré et Cie SA contro Commissione*, causa T-177/01, sentenza del 3 maggio 2002, in *Raccolta*, 2002, p. II-2365.

[18] *Jégo-Quéré et Cie SA contro Commissione*, causa T-177/01, paragrafo 51.

[19] *Commissione delle Comunità Europee contro Jégo-Quéré et Cie SA*, causa C-263/2002, sentenza del 1° aprile 2004, in *Raccolta*, 2004, p. I-3425.

tamente, ma anche individualmente, deve essere interpretato alla luce del principio di una tutela giurisdizionale effettiva, tenuto conto delle diverse circostanze atte a individuare un ricorrente, tale interpretazione non può condurre ad escludere il requisito medesimo, espressamente previsto dal Trattato. In caso contrario i giudici comunitari andrebbero oltre le competenze loro attribuite dal Trattato stesso" [20].

Successivamente, come detto, le Corti comunitarie hanno ribadito detto criterio ermeneutico in vertenze analoghe, tra le quali meritano di essere menzionate, per la loro rilevanza, quella promossa dall'*European Environmental Bureau* (E.E.B.)[21] – finalizzata all'annullamento di una Direttiva comunitaria (2003/112/CE) che aveva, tra l'altro, disposto l'inclusione di un potente erbicida[22] nella lista delle sostanze idonee ad essere utilizzate per l'immissione in commercio di prodotti fitosanitari - nonché le controversie *WWF-UK Ltd. contro Commissione*[23], *Região Autónoma dos Açores contro Consiglio*[24], *Arcelor SA contro Parlamento Europeo e Consiglio dell'Unione Europea*[25].

Anche in questi casi il Tribunale dichiarò irricevibili i ricorsi adducendo la mancanza di una posizione distinta dei ricorrenti rispetto alla generalità di soggetti potenzialmente interessati dagli atti impugnati, così da ritenerli sprovvisti dei requisiti di legittimazione di cui all'articolo 230, comma 4 del TCE. In particolare, per quanto qui interessa, il Tribunale considerò le associazioni di protezione ambientale o di salute pubblica ricorrenti od intervenute nei su menzionati giudizi "*alla stessa stregua di qualsiasi altro soggetto che si trovi nella stessa situazione*" [26].

[20] *Commissione delle Comunità Europee contro Jégo-Quéré et Cie SA*, causa C-263/2002, paragrafo 36.

[21] *European Environmental Bureau ed altri contro Commissione*, causa T-94/04, ordinanza del 28 novembre 2005, in *Raccolta*, 2005, p. II-4919.

[22] Denominato "paraquat".

[23] *WWF-UK Ltd. contro Commissione*, causa T-91/07, ordinanza del 2 giugno 2008, in *Raccolta*, 2008, p. II-81.

[24] *Região Autónoma dos Açores contro Consiglio*, causa T-37/04, sentenza del 1° luglio 2008, in *Raccolta*, 2008, p. II-103.

[25] *Cit*., vedi, *supra*, nota 10.

[26] Si leggano, in proposito, i paragrafi 53-55 del caso *European Environmental Bureau ed altri contro Commissione*: "53. *A prescindere da quale sia o quali siano le disposizioni che, ad avviso dei ricorrenti, costituiscono una grave lesione degli interessi da essi difesi in forma di regresso della protezione di tali interessi* […], *occorre necessariamente constatare che quelle disposizioni li riguardano nella loro obiettiva qualità di enti attivi nella protezione dell'ambiente o della salute dei lavoratori […], alla stessa stregua di qualsiasi altro soggetto che si trovi nella stessa situazione. 54 Orbene, come risulta dalla giurisprudenza, questa qualità da sola non basta a dimostrare che i ricorrenti sono individualmente interessati dall'atto impugnato* […]. 55 *Da quanto precede risulta che i pretesi gravi effetti negativi dell'atto impugnato sugli interessi e i diritti di*

Né, analogamente, alcuna posizione distintiva sufficiente a superare il requisito del *direct and individual concern* venne riconosciuta in capo alla Regione Autonoma delle Azzorre, che aveva impugnato un Regolamento comunitario ritenendolo fortemente penalizzante per l'incolumità del proprio ambiente marino[27].

Numerose e qualificate sono state le critiche rivolte al Tribunale ed alla Corte di Giustizia per avere mantenuto l'indirizzo interpretativo fin qui esposto. Accanto alle diffuse perplessità manifestate dalla dottrina[28], significative prese di posizione favorevoli all'adozione di criteri di maggiore apertura in tema di legittimazione ad agire dei singoli si sono avute dalla stessa Avvocatura generale presso la Corte di Giustizia. In partico-

proprietà dei ricorrenti non consentono di dimostrare che essi sono individualmente interessati dall'atto impugnato."

[27] Menzionando un proprio precedente, la Corte affermò, infatti, (parr. 54 e 55) che: "*Even if that provision (i.e.: l'articolo 299, comma 2, del Trattato CE) could be interpreted not only as permitting the Council to provide for derogations specific to the outermost regions but also as requiring it to adopt such derogations or, at the very least, as prohibiting the Council from adopting measures which would exacerbate the disadvantages suffered by those regions, the protection which it gives is not sufficient to establish that the applicant is individually concerned by the contested provisions.* […]. *It follows from Nederlandse Antillen v Council, cited in paragraph 39 above, that the fact that a regional authority is entitled to specific protection under Community law is not sufficient to give it standing to bring proceedings for the purposes of the fourth paragraph of Article 230 EC* […]"

[28] Si leggano, tra gli altri, i contributi di: J. EBBESSON, *Access to Justice in Environmental Matter in the EU*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2002, pp. 49 - 100; N. DE SADELEER, *Environmental Principles: from Political Slogans to Legal Rules*, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 275 – 289; P. MANZINI, *Ricorso di annullamento: riforma e controriforma*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, vol. 7/2002, pp. 717 - 737 ; C. IANNONE, *Commento all'art. 230 TCE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione Europea e della Comunità europea*, *Le Fonti del diritto italiano*, Giuffré, Milano, 2004, pp. 1074 e ss.; S. DODELLER, M. PALLEMAERTS, *L'Accés des Particuliers à la Cour de Justice et au Tribunal de Première Instance des Communautés Européennes en Matière d'Environnement: Bilan du Droit Positif et de Prespectives d'évolution*, in S. DODELLER, M. PALLEMAERTS (eds.), *L'Accès à la Justice en Matière d'Environnement*, pp. 287 - 316, Bruylant, Brussel, 2005; F.G. JACOBS, *The Role of the European Court of Justice in the Protection of the Environment*, in *Journal of Environmental Law*, 2006, pp. 185 - 205; P. WENNERAS, *The Enforcement of EC Environmental Law*, Oxford University Press, Oxford, 2007, pp. 216 – 250; D. SHELTON, *Human Rights and the Environment: Problems and Possibilities*, in *Environmental Policy and Law*, 38 (1/2), 2008, pp. 41 - 49; J. H. JANS, H.H.B. VEDDER, *European Environmental Law*, Europa Law Publishing, Groningen, 2008, pp. 71 e ss.; M. MONTINI, *Accesso alla giustizia per ricorsi ambientali*, in F. FRANCIONI, M. GESTRI, N. RONZITTI, T. SCOVAZZI, *Accesso alla giustizia dell'individuo nel diritto internazionale e dell'Unione Europea*, pp. 316 - 339, Milano, Giuffré, 2008; L. KRAMER, *Environmental Justice in the European Court of Justice*, in J. EBBESSON, P. OKOWA (eds.), *Environmental Law and Justice in Context*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, pp. 195 - 210; M. PALLEMAERTS, *cit*., *supra*, nota 6.

lare, in più di un parere reso nell'ambito di alcuni dei casi suesposti, l'Avvocato Generale Jacobs sottolineò come la giurisprudenza relativa alla legittimazione ad agire dei privati, riesaminata nella sentenza *Greenpeace*, "*in qualunque modo la si voglia interpretare, sia incompatibile con il principio dell'effettiva tutela giurisdizionale*"[29], ragion per cui si renderebbe ormai necessaria un'interpretazione in senso maggiormente aperto e dinamico del concetto di interesse individuale, così da ampliare le possibilità dirette di accesso individuale alla giustizia.

Le frequenti affermazioni della Corte in ordine alla sufficienza e completezza del sistema di tutela giurisdizionale disegnato dai Trattati[30], sono poste in crisi dall'orientamento restrittivo, non potendosi negare che si incorra in un vero e proprio diniego di giustizia in tutti quei casi in cui sia difficile o impossibile per un singolo impugnare indirettamente un atto di portata generale (per esempio, quando non vi siano misure di attuazione impugnabili o quando il singolo dovrebbe violare la legge per poter impugnare le conseguenti sanzioni[31]). Inoltre, al di là della ricostruzione proposta dalla Commissione (e fatta propria dal Tribunale), il tradizionale procedimento del rinvio pregiudiziale ha evidenziato carenze e limiti di non poco conto quanto alle possibilità di controllo pieno ed efficace degli atti comunitari di portata generale. Attraverso il rinvio pregiudiziale, sostenne l'Avvocato Generale Jacobs, "*i singoli non hanno il diritto di decidere se effettuare il rinvio, quali atti sottoporre al sindacato della Corte o quali motivi di invalidità prospettare; inoltre, il giudice nazionale non ha, dal canto suo, il potere di decidere autonomamente nel senso auspicato dai singoli, ossia dichiarando l'invalidità dell'atto di portata generale oggetto del ricorso*" [32].

D'altra parte, occorre considerare i rilevanti svantaggi di tipo procedurale connessi alla proposizione di ricorsi per il tramite del rinvio pregiudiziale ai sensi dell'attuale art. 267 del TFUE, il quale comporta una notevole dilatazione dei tempi necessari per ottenere giustizia. E ciò nella materia ambientale rischia di comportare una menomazione sostanzia-

[29] Cfr. il paragrafo 49 delle conclusioni dell'Avvocato Generale Jacobs del 21 marzo 2002 rese nel procedimento C-50/00, *Unión de Pequeños Agricultores contro Consiglio dell'Unione Europea*.

[30] Cfr., al riguardo K. LENAERTS, *The Legal Protection of Private Parties under the EC Treaty : A Coherent and Complete System of Judicial Review?*, in *Scritti in onore di G.F. Mancini*, Giuffré, Milano, 1998, pp. 591 - 624.

[31] Sul punto, cfr. : J.P. JACQUE, *Charte des droits fondamentaux et droit à un recours effectif. Dialogue entre le juge et le "constituant"*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, vol. 7/2002, p. 1 - 15.

[32] *Ibidem*, paragrafo 102. Sul punto si veda anche lo scritto di F.G. JACOBS, *Effective Judicial Protection of Individuals in the European Union, Now and in the Future*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, vol. 7/2002, p. 203 - 213.

le delle stesse ragioni che hanno spinto ad avviare un'azione giudiziaria, essendo evidente l'importanza che riveste un'efficace e pronta azione di tutela di fronte a danni ambientali per i quali un intervento tardivo rischia di rivelarsi del tutto inutile[33].

Infine, non può non essere sottolineata l'intrinseca irrazionalità di tale indirizzo interpretativo, che conduce al paradossale risultato per cui l'impugnabilità diretta da parte delle persone fisiche o giuridiche degli atti dell'Unione è, di fatto, inversamente proporzionale alla idoneità degli stessi di incidere sulla situazione giuridica dei singoli: quanto più un atto potrà, anche solo potenzialmente, pregiudicare un elevato numero di persone, tanto meno esso potrà efficacemente essere oggetto di un ricorso diretto.

3. La disciplina dell'accesso alla giustizia in materia alla stregua dell'articolo 263, comma 4, del TFUE

I problemi connessi agli stretti parametri di ricevibilità dei ricorsi individuali ai sensi dell'articolo 230, comma 4 del Trattato CE, non sembrano destinati ad essere in breve tempo superati a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, che, com'è noto, ha sostituito l'articolo 230, comma 4 con l'attuale articolo 263 del TFUE, ai sensi del quale "*Qualsiasi persona fisica o giuridica può proporre.. un ricorso contro gli atti adottati nei suoi confronti o che lo riguardano direttamente ed individualmente, e contro gli atti regolamentari che la riguardano direttamente e che non comportano alcuna misura d'esecuzione*"[34].

[33] Come pure è stato sottolineato dall'Avvocato Generale Jacobs nelle conclusioni rese dinanzi alla Corte di Giustizia nel procedimento U.P.A., il sistema di rinvio pregiudiziale presenta anche dei limiti in ordine alla possibilità di avvalersi di efficaci provvedimenti provvisori. Si legga al riguardo quanto affermato al paragrafo 44 delle citate conclusioni "[...] Anche se i giudici nazionali hanno la facoltà di sospendere un provvedimento nazionale basato su un atto comunitario o di accordare un provvedimento provvisorio nell'attesa di una pronuncia pregiudiziale da parte della Corte, l'esercizio di tale facoltà è soggetto a innumerevoli condizioni e, malgrado lo sforzo della Corte per fornire orientamenti riguardo alla loro applicazione, dipende in certa misura dalla discrezionalità dei giudici nazionali. In ogni caso, i provvedimenti provvisori concessi da un giudice nazionale sarebbero limitati allo Stato membro in questione e pertanto i ricorrenti potrebbero essere costretti a promuovere ricorsi in più di uno Stato membro. Ciò renderebbe possibili decisioni contrastanti da parte dei giudici di Stati membri diversi, pregiudicando l'uniforme applicazione del diritto comunitario e, in casi estremi, sovvertendola totalmente."

[34] In generale, sul nuovo articolo 263 del TFUE si vedano, tra gli altri, i contributi di S. M. CARBONE, *Le procedure innanzi alla Corte di giustizia a tutela delle situazioni*

Rispetto al precedente articolo 230, comma 4, l'attuale enunciato normativo non prevede più necessariamente il requisito dell'interesse *diretto ed individuale* al fine di proporre ricorso, in quanto l'ultima parte della disposizione attribuisce al singolo il potere di ricorrere avverso un atto regolamentare che lo riguardi solo *direttamente* e non già anche *individualmente.* L'introduzione di una tipologia di ricorso che potremmo atecnicamente definire agevolata rispetto a quella che richiede necessariamente il duplice requisito del *direct and individual concern* è, in effetti, indicativa di un processo di ripensamento da parte delle istituzioni dell'Unione dei parametri di ricevibilità sinora adottati. Ciò che, del resto, risulta dai *lavori preparatori*, i quali confermano che attraverso il superamento del tradizionale doppio requisito del *direct and individual concern*, il nuovo Trattato si propone di porre rimedio alle evidenti limitazioni all'accesso diretto alla giustizia (e, conseguenzialmente, all'impugnabilità di determinati atti comunitari) emerse in occasione dei procedimenti prima ricordati dinanzi alle Corti dell'Unione.

Tuttavia, nonostante le positive intenzioni dichiarate dal legislatore comunitario in relazione alla nuova disposizione, l'enunciato testuale non sembra consentire, allo stato, di formulare previsioni sicuramente ottimistiche circa un sostanziale allargamento delle maglie per adire la Corte in via diretta.

L'efficacia della modifica andrà valutata, anzitutto, in relazione all'intensità che il Tribunale e la Corte attribuiranno al requisito dell'interesse *diretto*, imprescindibilmente previsto dal nuovo articolo 263, comma 4. L'eliminazione del criterio dell'imputazione individuale rischierebbe di essere sostanzialmente inutile qualora il parametro della "diretta" incidenza dell'atto da impugnare nella sfera giuridica dei ricorrenti fosse a sua volta oggetto di un'interpretazione particolarmente formalistica.

I dubbi in ordine all'indirizzo che al riguardo assumeranno le Corti dell'Unione sono alimentati anche dalle posizioni più volte manifestate dal Consiglio e dalla Commissione, che, ad esempio, nel caso *WWF-UK contro Commissione*[35] contestarono la legittimazione ad agire

giuridiche individuali dopo il Trattato di Lisbona, in *Studi sull'integrazione europea*, 2008, n. 2, pp. 239 - 254; M. CONDINANZI - R. MASTROIANNI, *Il contenzioso dell'Unione europea*, Torino, 2009; A. ADINOLFI, *La Corte di giustizia dell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, in *Rivista di dirito internazionale*, 2010, n. 1, pp. 45 - 64; J. BAST, *European Union: Legal Instruments and Judicial Protection*, in *Principles of European Constitutional Law*, 2010, pp. 345 - 397; R. BARENTS, *The Court of Justice after the Treaty of Lisbon*, in *Common Market Law Re*view, 2010, n. 3, pp. 709 - 728.

[35] Si legga l'Ordinanza del Tribunale di prima istanza del 2 giugno 2008, nel caso T-91/07 (WWF-UK contro Commissione).

dell'associazione ambientalista in quanto ritennero che essa né individualmente, né direttamente, fosse interessata dalla misura oggetto di impugnazione. In particolare, riguardo al requisito dell'interesse diretto, dette istituzioni comunitarie posero in discussione l'esistenza di un idoneo interesse ad agire in capo agli enti esponenziali di matrice ambientale, osservando che le associazioni, ove pure fossero risultate vittoriose in giudizio, non avrebbero comunque ricavato alcun vantaggio dalla declaratoria di invalidità degli atti impugnati; e ciò, proprio in ragione della mancata incidenza diretta di tali atti nella sfera giuridica dei ricorrenti. Non è da escludere, quindi, che in una fattispecie analoga, anche alla luce della nuova normativa, la Commissione richiederebbe alla Corte di pronunciarsi per l'irricevibilità del ricorso, stante l'asserita inidoneità dell'atto impugnato ad incidere in via immediata sulla posizione giuridica del ricorrente. Sarà allora necessario che in vicende simili il Tribunale e la Corte riconoscano alle organizzazioni i cui statuti promuovano la tutela dell'ambiente – inteso nell'accezione più ampia possibile – la capacità di essere titolari di interessi qualificati per intervenire nei processi decisionali ed avere accesso alla giustizia. L'interesse di un'associazione ambientalista ad impugnare misure suscettibili di pregiudicare il proprio oggetto sociale, dovrà, in sostanza, essere considerato del tutto speculare a quello che muove imprese commerciali a contrastare atti che incidono sui propri obiettivi economici. Approccio, codesto, pienamente in linea con le indicazioni contenute nella Convenzione di Aarhus sull'accesso alle informazioni, la pubblica partecipazione e l'accesso alla giustizia in materia ambientale, su cui si tornerà più avanti. Ma non si può tacere che non contribuisce a fare chiarezza al riguardo la circostanza che in talune occasioni (si pensi al caso *Regione autonoma delle Azzorre*) la Corte sia giunta a pronunce che non differenziano in modo netto i due concetti di interesse individuale e di interesse diretto.

In secondo luogo, occorre sottolineare che il nuovo articolo 263, comma 4, restringe la ricorribilità, svincolata dall'interesse individuale, alla categoria degli "atti regolamentari", senza, però, chiarire cosa debba intendersi con tale sintagma, che mai è stato usato in passato nei testi dei Trattati[36].

[36] In realtà la definizione di "*regulatory acts*" trae origine dall'attività svolta dal secondo gruppo di lavoro incaricato di redigere la Convenzione per l'Europa, il cui mandato era finalizzato a studiare le modalità e le conseguenze scaturenti da un'eventuale incorporazione della Carta dei diritti fondamentali nei Trattati, nonché ad esaminare l'impatto di un'eventuale adesione dell'Unione alla CEDU. Nel corso dei lavori del secondo gruppo vennero anche approfondite le criticità connesse ai requisiti di accesso diretto alla Corte per le singole persone ai sensi del precedente articolo 230, comma 4 del Trattato Ce. Nel corso delle varie sessioni di lavoro i Presidenti della Corte di Giustizia e

Una possibile, quanto attendibile, risposta è stata tuttavia fornita di recente dalla Commissione, la quale, invitata (insieme al Consiglio) dal Tribunale, nell'ambito di alcune controversie attualmente sottoposte al suo vaglio[37] a pronunciarsi sull'ambito del nuovo articolo 263, ha circoscritto la suddetta categoria agli atti non legislativi di portata generale, così come precisato nei lavori preparatori[38]. Rientrerebbero pertanto in questa categoria le misure adottate ai sensi dell'art. 43(3) del Trattato sul Funzionamento dell'Unione (tra le quali vi sono, ad es., quelle relative alla individuazione e ripartizione delle possibilità di pesca), nonché le misure di cui all'art. 109 in materia di aiuti di Stato e quelle di cui all'art. 215, che prevedono restrizioni verso persone fisiche o giuridiche, gruppi od altre entità non statali in caso di riduzione o limitazione di relazioni economiche e finanziarie con uno o più Paesi terzi. La categoria in esame includerebbe, inoltre, gli atti adottati dalla Commissione o, in casi specifici, dal Consiglio ai sensi del nuovo articolo 291, qualora sia necessario introdurre condizioni uniformi di esecuzione degli atti giuridicamente vincolanti dell'Unione. E, per quanto qui interessa, rivestono particolare importanza gli atti delegati previsti dal nuovo articolo 290 del TFUE, che sono atti amministrativi di portata generale, finalizzati ad integrare o modificare elementi non essenziali dell'atto legislativo di delega.

Questa opinione della Commissione, che include tali tipologie nella categoria degli atti regolamentari, *ex* art. 263, comma 4, non sembra, tuttavia, trovare una sicura conferma nel testo del Trattato.

del Tribunale di prima istanza (all'epoca rispettivamente Gil Carlos Rodriguez e Bo Vesterdorf) proposero di introdurre una distinzione tra gli atti legislativi ed atti non-legislativi, mantenendo sostanzialmente un approccio restrittivo all'accesso individuale alla giustizia riguardo agli atti legislativi. Allo stesso tempo venne, tuttavia, proposto di consentire ai singoli la possibilità di avviare ricorsi diretti avverso i c.d. atti regolamentari (*regulatory acts*), laddove con tale definizione si intendeva indicare la categoria degli atti non-legislativi di applicazione generale. Le divergenze all'interno del gruppo di lavoro condussero ad una proposta di articolo che lasciava alla Convenzione la scelta in concreto dell'utilizzo dell'espressione "*regulatory acts*" ovvero di quella più ampia "*acts of general application*"; e, come noto, la scelta fu, infine, quella di inserire nella bozza finale del testo elaborato dalla Convenzione – e poi trasfuso nel Trattato di Lisbona – la prima delle due opzioni.

[37] Si vedano, al riguardo, i casi *Norilsk Nickel ed Umicore contro Commissione* (T-532/08) e *Etimine ed Ab Etiproducts contro Commissione* (T-539/08).

[38] Si vedano, in proposito, le note relative al punto di cui si discute, inviate dal Praesidium ai membri della Convenzione in data 12 maggio 2003, reperibili al sito internet http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/03/cv00/cv00734.en03.pdf, nonché il report finale inviato il 25 marzo 2003 dal Presidente del Discussion Circle sulla Corte di Giustizia ai membri della Convenzione Europea, reperibili al sito internet http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/03/cv00/cv00636.en03.pdf.

Gli atti in esame, infatti, se fossero adottati mediante procedura legislativa, dovrebbero essere considerati, in forza dell'articolo 289, comma 3, alla stregua di "atti legislativi" e, come tali, non sarebbero ricorribili attraverso la prova del solo interesse diretto (e non anche individuale).

Inoltre, occorre considerare che gli atti regolamentari sono direttamente ricorribili sempre che non debbano essere integrati da alcuna misura di esecuzione interna; e ciò limita ancor di più le possibilità di accesso diretto ed individuale alla giustizia nella materia ambientale, settore in cui i pur non frequenti regolamenti richiedono spesso misure di dettaglio che sono rimesse alle determinazioni delle autorità nazionali. Al riguardo, basti pensare alle necessarie indicazioni che i singoli Stati membri debbono fornire in ordine alle varie autorità interne di protezione ambientale competenti a vigilare sul rispetto delle norme sovranazionali, ad esempio in materia di emissioni inquinanti, trattamento dei rifiuti, commercio di specie in pericolo di estinzione, etc.; od ancora, alle determinazioni dei vari governi in ordine alla concreta ripartizione delle quote massime di pesca tra le singole imbarcazioni.

Per queste ragioni, in assenza di sicuri parametri di riferimento, si può con fondamento prevedere che, non diversamente da quanto accaduto in passato, l'entità di effettiva incidenza del nuovo articolo 263, comma 4, sull'accesso alla giustizia, rimarrà affidata all'orientamento che nell'esegesi della disposizione assumeranno i giudici delle Corti UE. E ciò autorizza ad affermare che, allo stato, il sistema di tutela giudiziale dell'Unione, malgrado la modifica legislativa in senso ampliativo, si presenta nel complesso ancora insufficiente ad assicurare, soprattutto nella materia ambientale, un pieno controllo della legittimità degli atti comunitari, persistendo preclusioni ed incertezze ai fini di un efficace ed effettivo accesso alla giustizia dell'Unione da parte dei singoli individui e delle associazioni per la salvaguardia dell'ambiente.

4. La tutela giudiziale del diritto fondamentale all'ambiente salubre nell'ordinamento dell'Unione

L'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e la consequenziale equiparazione ai Trattati della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, rende ancora più stringente, per converso, l'esigenza di garantire formalmente e sostanzialmente il rispetto del diritto ad una tutela giurisdizionale effet-

tiva[39]. E trovano in ciò nuova linfa le molteplici critiche manifestate dal mondo accademico ed istituzionale in ordine alla compatibilità del sistema di rimedi giurisdizionali dell'UE con tale diritto fondamentale, soprattutto se rapportato alla materia ambientale[40].

Con la decisione dell'Unione di aderire alla Convenzione Europea per la Salvaguardia dei Diritti e delle Libertà Fondamentali[41] si sono poste le basi per realizzare un vero spazio costituzionale europeo, caratterizzato dalla piena integrazione tra il sistema dell'Unione ed il sistema della CEDU, ciò che *de jure condendo* lascia inoltre intravedere la istituzionalizzazione di rapporti diretti e formali tra le rispettive Corti[42]. Infatti, a seguito dell'accettazione della giurisdizione della Corte di Strasburgo, l'Unione sarà soggetta, al pari dei suoi Stati membri, al controllo e-

[39] Sul punto cfr.: M. PANEBIANCO, *A proposito dell'idea europea di costituzione e diritto alla giustizia*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, n. 2/2002, pp. 409 – 417; M. GESTRI: *Portata e limiti del diritto individuale di accesso alla giustizia nell'ordinamento dell'Unione europea*, in F. FRANCIONI, M. GESTRI, N. RONZITTI, T. SCOVAZZI, *Accesso alla giustizia dell'individuo nel diritto internazionale e dell'Unione Europea*, pp. 316 - 339, Milano, Giuffré, 2008; J.P. JACQUÉ, *cit. supra*, nota 32.

[40] Si vedano i riferimenti bibliografici indicati *supra*, nota 29.

[41] In merito alla prevista adesione dell'UE alla CEDU ed alle ripercussioni sul sistema di tutela dei diritti umani nell'UE cfr., tra i numerosi contributi: F. CAPOTORTI, *Sull'eventuale adesione della Comunità alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1980, pp. 5 – 28; L.S. ROSSI, *Il parere 2/94 sull'adesione della Comunità Europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 1996, pp. 839 – 861; U. VILLANI, *Diritti Fondamentali tra Carta di Nizza, Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e progetto di Costituzione Europea*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 2004, pp. 73 – 116; G. CAGGIANO, *Verso l'adesione dell'unione Europea alla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, in A. CELOTTO, *Processo costituente europeo e diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2004; F.G. JACOBS, *The European Convention on Human Rights, the EU Charter of Fundamental Rights and the European Court of Justice. The impact of European Union accession to the European Convention on Human Rights*, in I. PERNICE – J. KOKOTT – C. SAUNDERS (eds.): *The Future of the European Judicial System in a Comparative Perspective*, Nomos, Baden-Baden, 2006, pp. 291-307; V. ZAGREBELSKY, *La prevista adesione dell'Unione Europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, articolo pubblicato *on line* il 19.12.2007 per la rivista *Europenrights.eu*; L. S. ROSSI, *Il rapporto fra Trattato di Lisbona e Carta dei diritti fondamentali dell'UE*, in G. BRONZINI, F. GUARRIELLO, V. PICCONE (a cura di) *Le scommesse dell'Europa, Diritti, Istituzioni, Politiche*, Ediesse, Roma, 2009, pp. 73 – 89; A. GIANELLI, *L'adesione dell'Unione Europea alla CEDU secondo il Trattato di Lisbona*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, n. 3/2009, pp. 678 e ss; A. BULTRINI, *I rapporti fra Carta dei diritti fondamentali e la CEDU dopo Lisbona: una straordinaria occasione per lo sviluppo della tutela dei diritti umani in Europa*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, n. 3/2009, pp. 700 e ss.

[42] Cfr.: O. POLLICINO, *Corti europee e allargamento dell'Europa: evoluzioni giurisprudenziali e riflessi ordinamentali*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, vol. 14/2009, pp. 1 - 45.

sterno di tale organo giurisdizionale, anche se le condizioni concrete con cui sarà strutturato il rapporto tra le due Corti restano ad oggi non chiaramente definite[43]. Non è questa la sede per approfondire modalità, tempi e conseguenze della prevista adesione dell'UE alla CEDU – il cui negoziato è stato appena avviato[44] – ma il dato dell'espressa previsione normativa di per sé rappresenta una novità sostanziale e di sicura rilevanza storica, che sancisce la centralità e la peculiare strutturazione della tutela dei diritti umani nel continente europeo e nell'ambito dell'Unione Europea in modo particolare. La prevista nascita di un collegamento organico tra gli standards di tutela dei diritti umani nel sistema dell'UE e della CEDU rappresenta, del resto, un'ulteriore indicazione di un profondo cambiamento strutturale della comunità internazionale che, in particolar modo nel continente europeo, si presenta sempre più integrato nei processi di enucleazione di interessi e valori fondamentali, tra i quali tra i quali rientra a pieno titolo anche la tutela dell'ambiente[45]. Analogamente, il processo di integrazione tra diversi ordinamenti si manifesta anche attraverso l'istituzione condivisa di meccanismi multilivello di tutela giurisdizionale e para-giurisdizionale dei diritti fondamentali, sovente

[43] Si vedano sul punto le proposta di direttive di negoziato per l'adesione dell'UE alla CEDU elaborate dalla Commissione, reperibili al sito www.europa.eu.

[44] I colloqui ufficiali tra l'Unione Europea (rappresentata dalla Commissione, a cui i Ministri della Giustizia degli Stati membri hanno conferito il mandato per condurre i negoziati) – ed il Consiglio d'Europa (rappresentata dal Comitato Direttivo per i Diritti dell'Uomo) hanno avuto inizio lo scorso 7 luglio.

[45] Al riguardo, con particolare riferimento ai processi di integrazione tra ordinamenti, funzionali ad una gestione sempre più condivisa delle funzioni di produzione, accertamento ed attuazione di norme regolanti ampi settori della vita sociale, cfr., G. ZICCARDI CAPALDO, *Diritto globale*, pp. 27 – 47, Giuffré, Milano, 2010. Sui processi di integrazione cfr, anche: A. DEL VECCHIO, *Giurisdizione Internazionale e Globalizzazione*, Giuffré, Milano, 2003, pp. 12 – 22; S. CASSESE, *Oltre lo Stato*, Laterza, Roma-Bari, 2006; M. PANEBIANCO, *Diritto Internazionale Pubblico*, ESI, Napoli, 2009; ID. (a cura di) *Il G8 2009, Sistema multi-regionale di Stati*, ESI, Napoli, 2010. In ordine all'evoluzione dell'ordinamento internazionale, con particolare riferimento alla tutela dell'ambiente, si vedano, tra gli altri i contribute di: J.L.DUNOFF, *From Green to Global, Toward the Transformation of International Environmental Law*, in *Harvard Environmental Law Review*, n. 19/1995, pp. 241 e ss; E. BROWN WEISS, *The Changing Structure of International Law*, in *Mélanges en hommage à Alexandre Kiss*, 1998, Frison-Roche, Parigi, pp. 3 – 15; P.W.BIRNIE, A.E. BOYLE, *International Law & the Environment*, Oxford University Press, Oxford, 2002; L. BOISSON DE CHAZOURNES, *La protection de l'environnement global et les visages de l'action normative internationale*, in *Pour un droit commun de l'environnement. Mélanges en l'honneur de Michel Prieur*, 2007, Dalloz, Parigi, pp. 41 – 57.

accessibili anche a soggetti non-statali, in una tendenza all'espansione della garanzie[46].

Per quanto qui interessa, occorre in particolar modo sottolineare l'importanza di quelle disposizioni di tipo orizzontale contenute nell'art. 52 (segnatamente al paragrafo 3 del testo) e nell'art. 53 della Carta dei Diritti Fondamentali UE, dirette ad assicurare la coerenza dei due strumenti normativi laddove si tratti di diritti riconosciuti in entrambi gli ordinamenti. Va ricordato, infatti, che in tal caso, ai sensi dell'art. 52, par. 3, *cit*., e dei relativi chiarimenti interpretativi forniti dal *Praesidium* che redasse la Carta, qualora i diritti da questa previsti corrispondano a diritti garantiti anche dalla CEDU, il loro significato e la loro portata sono identici a quelli previsti nella Convenzione, avuto riguardo non solo al testo delle disposizioni che li sanciscono, ma anche al modo in cui essi sono stati interpretati dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo. L'ultima proposizione è finalizzata a consentire all'Unione di assicurare una protezione più ampia, cosicché quella accordata dalla Carta in nessun caso può situarsi ad un livello inferiore a quello garantito dalla Convenzione. I chiarimenti del *Praesidium* riconoscono, in pratica, la perfetta corrispondenza tra l'articolo 47 della Carta, paragrafi 2 e 3, con l'articolo 6 della CEDU – relativo al diritto ad un processo equo (o giusto processo) – per altro estendendone significativamente la tutela, in quanto si esclude la limitazione alle controversie su diritti ed obblighi di carattere civile o in materia penale. Similmente, l'esegesi dell'articolo 47 della medesima Carta di Nizza elaborata dal *Praesidium*, riconosce che il primo comma di tale disposizione si basa sull'articolo 13 della CEDU – relativo al diritto ad un ricorso effettivo – in più aggiungendo che nel diritto dell'Unione la tutela è più estesa proprio perché garantisce il diritto ad un ricorso effettivo dinanzi ad un giudice.

Tuttavia, è evidente che se la Corte di Giustizia dovesse continuare ad adottare criteri di ricevibilità particolarmente rigidi, le garanzie contenute nella Carta di Nizza in materia di accesso alla giustizia e diritto ad un ricorso effettivo, rischierebbero di essere svuotate di sostanza e destinate a rimanere meri enunciati formali, ciò che porrebbe, di fatto, l'UE sicuramente al di sotto degli standard di tutela garantiti nel sistema di Strasburgo. Infatti, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha recentemente sviluppato, proprio in riferimento ad alcune controversie di tipo ambientale, un indirizzo interpretativo particolarmente aperto circa

[46] Sul punto si veda ancora G. ZICCARDI CAPALDO, *Diritto globale*, pp. 430 - 440, *cit*., *supra*, nota 42, nonché ID., *Terrorismo internazionale e garanzie collettive*, Giuffré, Milano, 1990.

l'azionabilità di ricorsi individuali ai sensi dell'articolo 34 della CEDU[47]. L'interesse ad agire, che – com'è noto – si ricollega ai sensi di tale norma allo status di vittima di un'azione od omissione imputabile allo Stato contro cui si agisce in giudizio, si è ritenuto sussistente in fattispecie in cui oggetto del ricorso erano eventi di degrado ambientale suscettibili di recare grave nocumento non solo ai ricorrenti, bensì anche ad intere comunità. In alcune pronunce – ed in particolare nel caso *Collectif national d'information et d'opposition à l'usine melox - Collectif stop melox et mox contro Francia*[48] – la Corte di Strasburgo ha, ad esempio, riconosciuto alle associazioni ambientaliste che agivano per contestare la legittimità di un'autorizzazione amministrativa inerente alla costruzione di una centrale nucleare, la titolarità di un diritto di carattere civile ai sensi dell'articolo 6 della CEDU, sancendo la ricevibilità del ricorso proposto dall'associazione medesima. L'interesse alla protezione ambientale è stato, quindi, ritenuto idoneo, in circostanze di particolare gravità, a legittimare un'azione individuale o collettiva dinanzi alla Corte di Strasburgo, ciò che è indicativo del carattere dinamico ed evolutivo della giurisprudenza della Corte, tesa ad adeguare le disposizioni alla cui tutela essa è preposta ai valori ed alle preoccupazioni maggiormente condivisi nei vari momenti storici.

Non è quindi un caso che a partire dalla metà degli anni '90, nel momento in cui la questione ambientale cominciò a manifestarsi compiutamente, divenendo in breve una delle grandi emergenze globali che la comunità internazionale è chiamata a fronteggiare con urgenza, anche l'approccio dei Giudici di Strasburgo cominciò ad essere maggiormente sensibile alle ripercussioni che eventi di forte inquinamento hanno sul godimento dei diritti umani.

Muovendo da una concezione particolarmente restrittiva, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha, infatti, gradualmente dato sempre maggiore rilievo alla tutela dell'ambiente, contribuendo in modo determinante a fornire nuovi spunti al dibattito in merito alla sussistenza ed al contenuto, quantomeno nell'ambito regionale europeo, del diritto all'ambiente salubre[49]. Si menzionano, al riguardo, i casi *Lopez-Ostra*

[47] Si veda S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, Padova, 2001.

[48] *Collectif national d'information et d'opposition à l'usine melox - Collectif stop melox et mox contro Francia*, application n. 75218/01, sentenza del 12 giugno 2007. Reperibile *on line* presso il database ufficiale della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo al sito internet http://www.echr.coe.int/echr/en/hudoc.

[49] In generale, su tale argomento, nonché per un commento delle sentenze rese dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo sul tema in esame, cfr: M. R. ANDERSON - A. E.

contro Spagna[50], *Guerra ed altri contro Italia*[51], *Fadeyeva contro Russia*[52], *Giacomelli contro Italia*[53], laddove la Corte ritenne che episodi di degrado ambientale potessero concretare una violazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare tutelato dall'articolo 8 della CEDU, individuando proprio in tale articolo la cornice giuridica all'interno della quale sussumere le denunce dei diritti convenzionali originati da fenomeni ambientali. Questo orientamento ha trovato conferma in due recenti pronunce (casi *Bacila contro Romania*[54] e *Tatar contro Romania*[55]) in

BOYLE, *Human Rights Approaches to Environmental Protection*, Oxford, New York, 1998; M. POSTIGLIONE, *Giustizia ed Ambiente Globale*, Giuffré, Milano, 2001; M. PALLEMAERTS, M. DÉJEANT-PONS, *Human rights and the environment*, Council of Europe Publishing, Strasburgo, 2002; D. SHELTON, *The Environmental Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, 2003-2004; in G. ZICCARDI CAPALDO (ed.), *The Global Community. Yearbook of International Law and Jurisprudence*, 2004-I, pp. 301 e ss, Oceana Publs, New York, 2005; Id., *Human Rights and the Environment: Problems and Possibilities*, in *Environmental Policy and Law*, n. 38 (1/2), 2008, pp. 41 - 49; S. NEGRI., *Interpreting the European Convention on Human Rights in Harmony with International Law and Jurisprudence: what Lessons from Ocalan Vs Turkey*, in G. ZICCARDI CAPALDO (ed.), *The Global Community Yearbook of International Law and Jurisprudence*, pp. 243 e ss, 2004-II, New York, 2005; D. GARCÍA SAN JOSÉ, *Environmental protection and the European Convention on Human Rights* (*Human Rights File No. 21*), Council of Europe Publishing, Strasburgo, 2005; S. KRAVCHENKO – J. BONINE, *Human Rights and the Environment*, Durham-North Carolina, Carolina Academic Press, 2008; F. HAUMONT, *Le droit fondamental à la protection de l'environnement dans la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, in *L'environnement, object d'un droit fondamentale*, Kluwer Law Internaltional, Alphen aan den Rijn, 2008; A. GALINSOGA, *European Court of Human Rights, Introductory Note*, in G. ZICCARDI CAPALDO (ed.), *The Global Community. Yearbook of International Law and Jurisprudence*, pp. 1349 e ss, 2008-II, Oceana Publs., New York, 2009.

[50] *Lopez-Ostra contro Spagna*, application n. 16798/90, sentenza del 9 dicembre 1994. Reperibile on line presso il database della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo al sito internet http://www.echr.coe.int/echr/en/hudoc.

[51] *Guerra ed altri contro Italia*, application n. 14967/89, sentenza del 19 febbraio 1998. Reperibile on line presso il database della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo al sito internet http://www.echr.coe.int/echr/en/hudoc.

[52] *Fadeyeva contro Russia*, application n. 55723/00, sentenza del 9 giugno 2005. Reperibile on line presso il database della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo al sito internet http://www.echr.coe.int/echr/en/hudoc. Sentenza massimata da R. GILES-CARNERO in *The Global Community. Yearbook of International Law and Jurisprudence*, cit., 2006 (II), pp. 1270 e ss.

[53] *Giacomelli contro Italia*, application n. 59909/00, sentenza del 2 novembre 2006. Reperibile on line presso il database della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo al sito internet http://www.echr.coe.int/echr/en/hudoc.

[54] *Bacila contro Romania*, application n. 19234/04, sentenza del 30 marzo 2010. Reperibile on line presso il database della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo al sito internet http://www.echr.coe.int/echr/en/hudoc.

[55] *Tatar contro Romania*, application n. 67021/01, sentenza del 27 gennaio 2009. Reperibile on line presso il database della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo al sito internet http://www.echr.coe.int/echr/en/hudoc.

cui la Corte è giunta per la prima volta a ricomprendere espressamente – sia pure in *obiter dictum* – all'interno delle posizioni soggettive tutelate dall'articolo 8 della CEDU il diritto "*à la jouissance d'un environnement sain et protégé*[56]", così aprendo le porte all'inclusione all'interno dei diritti garantiti dalla CEDU del diritto umano ad un ambiente salubre, nonostante un simile diritto non sia, com'è noto, espressamente indicato tra i diritti fondamentali tutelati dalla medesima Convenzione.

Ciò posto, anche in considerazione della volontà del legislatore europeo di dotare l'UE di un catalogo di diritti fondamentali che si ponga su di un piano di tutela non inferiore a quello garantito dalla CEDU, non è senza fondamento ritenere che il diritto all'ambiente salubre sia ugualmente compreso tra i diritti sanciti nella Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea. Tale opinione deriva dalla constatazione che l'articolo 8 della CEDU – la disposizione a cui, come si è visto, più frequentemente si è fatto ricorso per includere la protezione ambientale tra le posizioni giuridiche tutelate dalla Convenzione – corrisponde esattamente all'articolo 7[57] della Carta dei diritti fondamentali dell'UE. Di conseguenza, le medesime considerazioni svolte in ordine ai profili sistematici del diritto all'ambiente nella CEDU sembravano valide per affermarne l'esistenza anche nell'UE, quale autonoma posizione giuridica soggettiva rientrante tra i diritti fondamentali dell'ordinamento dell'Unione. La quale conclusione consente anche di dare un senso di concretezza alla previsione contenuta nell'articolo 37 della Carta, rubricata "*Tutela dell'Ambiente*"[58], la cui inclusione all'interno di detto strumento normativo rischierebbe di non avere, diversamente opinando, alcuna rilevanza pratica.

È significativo sottolineare, poi, come nel processo di enucleazione del diritto all'ambiente salubre, la giurisprudenza di Strasburgo abbia ricompreso, tra le garanzie annoverabili in detto articolo, anche il diritto di accedere a procedure di ricorso interne che consentano la revisione di atti del processo decisionale prodromici al provvedimento ritenuto in contra-

[56] Così al Par. 112 della sentenza Tatar contro Romania: "*La Cour conclut que les autorités roumaines ont failli à leur obligation d'évaluer au préalable d'unemanière satisfaisante les risques éventuels de l'activité en question et de prendre des mesures adéquates capables de protéger le droits de intéressés au respect de leur vie privée et de leur domicile et, plus généralement, à la jouissance d'un environnement sain et protégé*".

[57] Rubricato "*Rispetto della vita privata e familiare*": "*Ogni individuo ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e delle sue comunicazioni*".

[58] Così recita l'art. 37 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'U.E.: "*Un livello elevato di tutela dell'ambiente e il miglioramento della sua qualità devono essere integrati nelle politiche dell'Unione e garantiti conformemente al principio dello sviluppo sostenibile*".

sto con le norme convenzionali (cfr., il caso *Taskin contro Turchia*)[59], così individuando nell'accesso alla giustizia uno strumento fondamentale per difendere interessi di individui ed associazioni di matrice ambientale.

Attraverso l'interpretazione estensiva dell'articolo 8 della CEDU, la Corte ha inteso, quindi, porre rimedio anche a situazioni non adeguatamente tutelate sul piano interno a causa di ostacoli all'accesso alla giustizia oppure della mancanza di sistemi di ricorso effettivi.

La maggiore sensibilità dimostrata dalla Corte di Strasburgo in ordine al modo di intendere il principio della difesa giurisdizionale effettiva di interessi individuali e collettivi meritevoli di tutela giuridica alla stregua delle ragioni fondative della Convenzione da essa presidiata, emerge anche sotto un altro profilo, che, specularmente, ancor più evidenzia i già menzionati limiti del procedimento del rinvio pregiudiziale di cui all'attuale articolo 267 del TFUE. In alcune di dette pronunce, la Corte ha, infatti, significativamente respinto le eccezioni di irricevibilità formulate dai vari Governi convenuti in giudizio deducendo il mancato esaurimento delle vie di ricorso interne. Pur riscontrando in più di un'occasione che, effettivamente, i ricorrenti non avevano utilizzato tutte le possibilità teoricamente offerte dai sistemi giudiziari statali per ottenere giustizia a livello interno, la Corte ha fatto prevalere il dato sostanziale su quello formale ed ha affermato che l'obbligo sancito dall'articolo 35 della CEDU di esaurire le vie di ricorso nazionali, in tanto possa dirsi valido in quanto i rimedi messi a disposizione dagli Stati ai soggetti che reclamano giustizia siano "*efficaci, adeguati ed accessibili*"[60]. Ed è di tutta evidenza che nell'adottare tale canone ermeneutico – che può dirsi ormai *jus receptum* presso la Corte – i giudici di Strasburgo abbiano assunto quale pietra angolare del proprio processo decisionale appunto la necessità di garantire il diritto fondamentale ad una tutela giurisdizionale effettiva, quale precondizione per giungere, poi, ad una valutazione sul merito in ordine alla fondatezza delle lesioni denunciate di altri diritti e libertà riconosciuti nella CEDU. Sebbene i poteri conferiti alle Corti dei due sistemi (UE e CEDU) siano notoriamente diversi, la difforme attitudine manifestata dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo non pare di poco conto, considerando la rilevanza che la sua giurisprudenza ha ormai

[59] *Taskink ed altri contro Turchia*, application n. 46117/99, sentenza del 10 novembre 2004. Reperibile on line presso il database della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo al sito internet http://www.echr.coe.int/echr/en/hudoc.

[60] Al riguardo cfr., *ex multis*, la pronuncia *Akdivar e altri contro Turchia*, application n. 21893/93, sentenza del 16 settembre 1996, in particolare al paragrafo 66; *Giacobbe e altri contro Italia*, application n. 16041/02, sentenza del 15 dicembre 2005, par. 63. Entrambe le pronunce sono reperibili *on line* presso il database della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo al sito internet http://www.echr.coe.int/echr/en/hudoc.

normativamente assunto al fine di plasmare il contenuto del diritto dell'Unione Europea.

Analogamente, appare sempre più difficile negare il conflitto tra l'attuale sistema dell'Unione di accesso diretto alla giustizia per le persone fisiche e giuridiche, rispetto agli obblighi convenzionali assunti dall'allora Comunità Europea con la ratifica della "Convenzione sull'accesso alle informazioni, la pubblica partecipazione ai processi decisionali e l'accesso alla giustizia in materia ambientale" (Convenzione di Aarhus)[61], tanto che il *Compliance Committee*[62] istituito a suo presidio, si sta attualmente occupando proprio di una denuncia proposta da alcune associazioni ambientaliste che hanno lamentato l'incompatibilità

[61] "*Convention on Access to Information, Public Partecipation in Decision Making and Access to Justice in Environmental Matters*", firmata ad Aarhus (Danimarca), il 25 giugno 1998. Quanto alla letteratura sulla citata Convenzione, si vedano, tra gli altri, i contributi di: S.T. MCALLISTER, *The Convention on Access to Information, Public Partecipation in Decision Making and Access to Justice in Environmental Matters*, in *Journal of InternationalEnvironmental Law & Policy*, 10-1999, pp. 187 e ss.; M. PRIEUR, *La Convention d'Aarhus, instrument universel de la démocratie environnementale*, in *Revue Juridique de l'Environnement*, 9-1999 pp. 87 ess.; J. JENDROSKA, *Aarhus Convention: Towards New Era in Granting Individual Rights in International Environmental Law*, in *Environmental Rights in the Aarhus Convention*, atti del *Meeting dell'Avosetta Group*, 2001; M. PALLEMAERTS, *Proceduralizing environmental rights: the Aarhus Convention on Access to Information, Public Partecipation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters in a Human Rights Context*, in *Human Rights and the Environment*, Atti della tavola rotonda del *Geneva Environment Network*, Luglio 2004, consultabile presso la biblioteca *on line* dell'U.N.E.C.E. al sito www.unece.org; E. MORGERA, *An Update on the Aarhus Convention and Its Continued Global Relevance*, in *Review of European Community and International Environmental Law*, 14 (2) 2005, pp. 138 e ss.; J. WATES, *The Aarhus Convention. A Driving Force for Environmental Democracy*, in *Journal for European Environmental & Planning Law*, n. 2/2005, pp. 2 – 12; S. STEC, J. JENDROSKA, *The Aarhus Convention: An Implementation Guide*, testo consultabile presso la biblioteca on line dell'U.N.E.C.E. al sito *www.unece.org*.; M. PALLEMAERTS, *Compliance by the European Community with Its Obligations on Access to Justice as a Party to the Aarhus Convention*, *cit.*, *supra*, nota 6.

[62] In merito alle modalità operative del Compliance Commitee ed alla sua giurisprudenza, si veda il relativo sito internet all'indirizzo http://*www.unece.org/env/pp/ccBackground.htm*. Cfr, altresì, S. KRAVCHENKO, *The Aarhus Convention and Innovations in Compliance with Multilateral Environmental Agreements*, in *Colorado Journal of International Environmental Law & Policy*, n. 18/2007, pp. 1 - 50; C. PITEA, *Procedures and Mechanisms for Review of Compliance under the 1998 Aarhus Convention on Access to Information, Public Participation and Access to Justice in Environmental Matters*, in T. TREVES, A.TANZI, L.PINESCHI, C.PITEA, C.RAGNI, F.ROMANIN JACUR (eds.), *Non-Compliance Procedures and Mechanisms and the Effectiveness ofì International Environmental Agreements*, TMC Asser Press, The Hague, 2009, pp. 221 – 250; V. Koester, *The Compliance Mechanisms of the Aarhus Convention and the Cartagena Protocol on Biosafety: A Comparative Analysis of the Negotiation Histories and their Outcomes*, in T. TREVES, A.TANZI, L.PINESCHI, C.PITEA, C.RAGNI, F.ROMANIN JACUR, *cit*, pp. 277 – 302.

sia del precedente articolo 230, comma 4 del Trattato, sia dell'attuale art. 263, comma 4, del TFUE, con l'articolo 9 della Convenzione di Aarhus, che si occupa specificamente dell'accesso alla giustizia ambientale. Va sottolineato, inoltre, che in attuazione della Decisione n. 2005/370, con cui la Convenzione di Aarhus è divenuta ufficialmente parte integrante della normativa dell'Unione, il Consiglio ha riconosciuto espressamente la necessità di provvedere ad adeguare ad essa il diritto dell'Unione. Tuttavia, mentre i primi due pilastri della Convenzione (accesso alle informazioni e pubblica partecipazione ai processi decisionali) sono stati puntualmente recepiti nell'ordinamento dell'Unione mediante alcune specifiche Direttive[63], ad oggi le disposizioni convenzionali sull'accesso alla giustizia non sono state ancora fatte oggetto di legislazione derivata, posto che sulla proposta di Direttiva sull'accesso alla giustizia in materia ambientale, la cui discussione è ferma ormai al 2004[64]; e proprio in relazione a tali disposizioni si registrano i maggiori ritardi ed incertezze da parte dell'Unione per una piena attuazione della citata Convenzione. Infatti, anche il Preambolo del Regolamento n. 1367/2006, con cui le disposizioni di Aarhus sono state attuate nei confronti delle Istituzioni e degli Organi dell'Unione, si rivela sotto diversi profili non in linea con la Convenzione cui intende dare attuazione e, soprattutto, per quanto qui interessa, largamente insufficiente a consentire un efficace ed effettivo accesso alla giustizia da parte dei soggetti non-statali[65]. Riteniamo, allora, che le Corti dell'Unione possano, e, probabilmente, debbano, superare l'attuale approccio ermeneutico al fine di eliminare le suddette situazioni di criticità che impediscono il pieno dispiegarsi di alcuni dei diritti sanciti della Carta dei Diritti Fondamentali dell'UE, quale l'articolo 7 (stante – si ripete – la sua corrispondenza con l'articolo 8 della CEDU, così come interpretato dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo), l'articolo 47 (diritto ad un ricorso effettivo e a un giudice imparziale), nonché, l'articolo 37, disposizione a cui si deve ricondurre il diritto all'ambiente salubre quale autonomo diritto fondamentale dell'Unione.

[63] Quanto all'accesso del pubblico alle informazioni ambientali, si veda la Direttiva n. 2003/4/CE; quanto alla pubblica partecipazione ai processi decisionali cfr. la Direttiva n. 2003/35/CE.

[64] Cfr. il testo di tale proposta di Direttiva al sito internet http://*eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2003:0624:FIN:IT:PDF.*

[65] Al riguardo, cfr. M. PALLEMAERTS, *cit.*, *supra*, nota 6.

DATI GENETICI E FORZE DI POLIZIA: INTERSEZIONI EUROPEE

Ilaria Anna COLUSSI*

SOMMARIO: 1. Il "testimone silenzioso", ovvero l'impiego del DNA in ambito criminale: *DNA profiling and databasing* – 2. La sentenza *S. and Marper v. UK* (Corte europea dei Diritti dell'Uomo) – 2.1 La nozione di *privacy*. – 2.2 Quando giustificare le interferenze alla *privacy*. – 3. Gli effetti della sentenza *S. and Marper v. UK* sul diritto dell'Unione europea. – 3.1 … sul piano della *privacy*. – 3.2 … sul piano delle interferenze alla *privacy* per scopi investigativi. – 4. Uno sguardo alla situazione italiana. – 4.1 Il rapporto tra il sistema CEDU e gli Stati nazionali: il caso italiano. – 4.2 La legge n. 85/2009 e l'impatto della sentenza *S. and Marper*. – 5. Conclusioni.

1. Il "testimone silenzioso", ovvero l'impiego del DNA in ambito criminale: DNA profiling and databasing

Dall'ormai lontano 1953, quando gli scienziati Watson e Crick, individuando la struttura a doppia elica del DNA, dichiararono di aver scoperto "*the secret of life*"[1], molti anni sono trascorsi e in quest'arco temporale, in cui si è lentamente costruita l'era genomica attuale, una serie crescente di studi in ambito genetico, sia a livello teorico sia sotto il profilo delle applicazioni pratiche, ha visto la luce. Le implicazioni del DNA, al di fuori dei confini del sapere propriamente teorico scientifico, si sono tradotte nel tempo nel suo trasversale impiego nel campo della ricerca, della sanità o nel settore assicurativo, lavoristico, di proprietà intellettuale, di diritto di famiglia per la risoluzione di aspetti spinosi ine-

* Dottoranda di ricerca in Studi Giuridici Comparati ed Europei, Università degli Studi di Trento.

[1] J. D. WATSON – F. H. C. CRICK, *Molecular Structure of Nucleic Acids*, in *Nature*, n. 4356, 25.04.1953, p. 737 ss.

renti all'accertamento dei rapporti parentali, all'identificazione personale, alla ricerca delle persone scomparse o disperse in seguito a conflitti o disastri di massa. In seno alla politica criminale è stata, poi, l'individuazione della cosiddetta "impronta (digitale) genetica" (*DNA fingerprinting*), ovvero della variazione del DNA che rende unico ciascun individuo, rilevata negli anni Ottanta dal genetista Alec Jeffreys, ad aver introdotto il più solido e indiscutibile mezzo di prova scientifica, impiegato da un lato a livello investigativo per risalire in breve tempo all'identità dell'autore di un reato a partire dalle tracce trovate sulla scena del crimine; dall'altro, chiamato in causa nelle aule di giustizia in funzione di ausilio all'accusa o di sostegno per la difesa, in uno scenario di una vera e propria "*search for truth*"[2].

L'applicazione del DNA in una sfera di tipo investigativo e processuale penale – in qualità di "testimone silenzioso"[3], come è stato definito agli inizi del Novecento da Edmond Locard con un brillante ossimoro – accanto ai benefici che apporta al sistema "giustizia", solleva al contempo il problema dell'accesso ai dati personali degli individui cui appartengono i campioni biologici (sottoposti ad analisi per la codificazione dei profili genetici) e cui sono riferite le informazioni ricavate dai dati genetici. L'esigenza di accesso ai dati da parte delle forze di polizia, motivata dal perseguimento di finalità di tutela della sicurezza e dell'ordine pubblico, si scontra, cioè, inevitabilmente con il non trascurabile bisogno di garantire la *privacy* dei soggetti titolari di quei dati, riportando così in luce una questione "classica" della dottrina giuridica e politica dello Stato nazionale moderno: quella del bilanciamento tra riservatezza individuale e sicurezza pubblica.

I profili di DNA, per loro natura, chiamano in causa la riservatezza,

[2] U.S. Department of Justice – Office of Justice Programs – National Institute of Justice, *Convicted by Juries, Exonerated by Science: case studies in the use of DNA evidence to establish innocence after trial*, Research Report, 1996, p. 1.

[3] Tale espressione, riferita al DNA e ai dati genetici, è stata elaborata da Edmond Locard, uno scienziato francese, che nell'ormai lontano 1911, in una fase peraltro in cui le immense potenzialità del DNA a scopo investigativo non erano state ancora scoperte, coniò il *principio di interscambio*, in base al quale: "In qualsiasi luogo egli [*i.e.* ogni persona] cammini, qualsiasi cosa tocchi o lasci, anche inconsciamente, servirà come **testimone silenzioso** [*ndA:* grassetto nostro] contro di lui" (cfr. E. LOCARD, *Traité de criminalistique; les empreintes et les traces dans l'enquête criminelle*, Desvigne, Lyon, 1931). Questo fondamentale principio, che guida tutte le azioni della polizia scientifica e di ogni investigatore e operatore della giustizia penale, sta a significare che in ogni luogo ciascuno di noi lascia tracce di sé, anche senza averne consapevolezza ed esse, quindi, giocano un ruolo fondamentale in sede penale, valendo proprio da muti testimoni del nostro passaggio in un dato contesto. Per il concetto di "testimone silenzioso" cfr. G. GENNARI, *Identità genetica e diritti della persona,* in *Riv. critica dir. privato,* 2005 (4), p. 623 ss.

intesa non solo come un mero "*excludere alios*" (in senso statico) o "*right to be let alone*", nell'originaria accezione formulata da Warren e Brandeis nel lontano 1890[4], ma come un meccanismo dinamico di protezione e controllo della circolazione dei dati. In particolare, ad essere coinvolta è la *privacy*, *sub specie* di "*genetic* e *informational privacy*", nonché di "*informational self-determination*" (che include i diritti di libertà, autonomia, segretezza, anonimato). Si tratta di un tipo di riservatezza che concerne sia il singolo individuo cui si riferiscono i campioni biologici e i profili genetici da essi desunti, sia la sfera della sua famiglia biologica, con cui il singolo condivide parte delle informazioni genetiche. I profili, allora, sono dati non "neutrali", ma unici, personali e finanche condivisi, esposti al rischio di gravi abusi e violazioni della *privacy*.

Se, poi, i profili vengono impiegati dalle forze di polizia a scopo investigativo e addirittura catalogati in raccolte sistematiche, attraverso l'istituzione di banche dati, le questioni si allargano e si complicano. Nel *databasing* dei profili del DNA il concetto di *privacy* emerge sotto un duplice profilo. Per un verso, rileva come diritto alla tutela della sfera privata del cittadino in quanto tale, indipendentemente dal fatto che vi sia un processo e che esso sia a suo carico: è il caso del cittadino i cui dati siano stati raccolti per altro reato oppure il caso dei *terzi non estranei*[5] o quello del cittadino prosciolto che, come tale, rientra nella condizione della generalità degli altri soggetti. Per altro verso, la riservatezza riguarda la tutela della sfera personale dello stesso imputato, dal momento che la condizione di imputato non implica la privazione totale della *privacy*, ma solo quelle limitazioni che sono strettamente necessarie ai fini del processo stesso.

Nell'esperienza dei diversi Paesi si è assistito, in alcuni casi, alla istituzione di banche *ad hoc*, create per uno specifico caso, di solito di particolare gravità (come nel caso italiano di Dobbiaco)[6] e, in altri casi

[4] S. WARREN – L. D. BRANDEIS, *The right of privacy,* in *Harvard Law Review,* 1890, 4, 193. Sul tema in generale cfr. anche AA.VV., *Jus solitudinis*, Giuffrè, 1993.

[5] Per approfondimenti cfr. Cfr. A. SANTOSUOSSO – G. GENNARI, *Il prelievo coattivo di campioni biologici e i terzi. A proposito del disegno di legge governativo 12 ottobre 2006,* in *Dir. pen. proc*., 2007 (3), p. 395 ss.

[6] Si tratta di un caso di omicidio, verificatosi nel 2003, ai danni di un'anziana donna, Anna Maria Fronthaler, il cui assassino fu individuato grazie alla prova del DNA, sulla base di una catalogazione dei profili, raccolti su base esclusivamente volontaria, tra gli abitanti del paesino. In tale caso, infatti, la polizia (comparto dei RIS dei Carabinieri), non potendo avvalersi di una banca nazionale, realizzò una raccolta *ad hoc* di dati, ottenuti dalla codificazione dei campioni consegnati su base volontaria, e, tramite le comparazioni tra i profili inseriti nel *database* e quello rinvenuto sulla scena del crimine, si giunse all'identificazione del colpevole, riconosciuto in Andreas Kristler, militare in

(come nel Regno Unito e negli USA), al sorgere già di tempo a catalogazioni sistematiche e organizzate a livello nazionale, le quali sono articolate solitamente in un laboratorio di analisi dei campioni biologici (tratti dalla scena del reato o appartenenti a soggetti già condannati) e in una banca dati contenente unicamente i profili, sotto forma di numeri e codici a barre, separata dal punto di vista materiale e organizzativo da quella con i dati sulle persone, da consultarsi solo in caso di corrispondenza, effettuando una decriptazione dei codici a barre.

Quanto ai tipi di ricerche investigative condotte dalle forze di polizia tramite l'impiego del DNA si evidenziano principalmente[7] le "*individual* o *personal* o *speculative searches*" (nel caso in cui si ricerchi la corrispondenza perfetta tra il profilo ricavato in sede di reato e quello già catalogato)[8] e le "*familial searches*" (che, fondandosi sulla nozione di "gruppo biologico", puntano ad individuare il colpevole in maniera indiretta, cercando la coincidenza parziale, e non totale, del suo profilo con quello di altri inseriti nella banca e già noti alle forze dell'ordine).

2. La sentenza S. and Marper v. UK *(Corte europea dei Diritti dell'Uomo)*

Per analizzare le complesse problematiche relative all'accesso ai dati personali (genetici) degli individui da parte dei corpi investigativi, giova prendere ad esempio una sintomatica sentenza pronunciata dalla Corte europea dei Diritti dell'Uomo sul finire del 2008 (4 dicembre), sentenza che ha rappresentato il primo intervento giurisprudenziale europeo inerente all'istituzione e alla gestione delle banche del DNA a scopo investigativo penale: si tratta della pronuncia sul caso *S. and Marper v. UK*[9].

licenza a Dobbiaco per le vacanze di Pasqua (tra l'altro, individuato non direttamente, ma grazie al profilo del padre con il quale il soggetto condivideva parte del patrimonio genetico).

[7] Esistono anche tipologie minori di ricerca, basate sul cromosoma Y (e dunque riferibile solo alla popolazione maschile) o fondate sul genoma mitocondriale, sulla base della matrilinearità dell'ereditarietà del DNA del mitocondrio.

[8] Ad oggi negli Stati Uniti il *match* per avere la massima probabilità che un certo profilo ricavato sulla scena del crimine corrisponda a quello contenuto nella banca dati è fissato dal sistema CODIS in 13 STRs; in altri Stati d'Europa (come nel Regno Unito), invece, è sufficiente una corrispondenza di 10 STRs.

[9] Sentenza *S. and Marper v. United Kingdom,* 2008, n. 30562/04; 30566/04, ECHR-GC, 04.12.2008, consultabile sul sito Internet all'indirizzo *http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en* (consultato il 30.09.2010). A conferma dell'importanza della sentenza S. and Marper in materia di banche del DNA

Il caso, che ha ad oggetto la legislazione inglese, la quale prevede che nel *database* genetico nazionale di polizia siano conservati per un tempo illimitato i profili genetici dei cittadini posti in connessione con un reato (come indagati, condannati o semplici sospettati), ovvero anche dopo la dichiarazione della loro eventuale innocenza, sollecita a riflettere sul tema dell'accesso ai dati personali sia da parte dei titolari sia da parte di terzi.

Tale sentenza, inoltre, al di là dello specifico *thema*, rappresenta l'occasione per valutare i rapporti tra l'ordinamento comunitario e quello internazionale, dal momento che la pronuncia si inserisce all'interno di un "magma" di strutture e regolamentazioni differenti, chiamando in causa materie comunitarie e internazionali, nonché un aspetto importante dei diritti umani, di cui la CEDU è storicamente la massima espressione europea e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (nota come Carta di Nizza) costituisce una recente riformulazione nell'ambito della Unione europea. La sentenza *S. and Marper,* quindi, può costituire un modo di cogliere il punto al quale è giunto lo sviluppo costituzionale europeo e di meditare sulla possibile convergenza o concorrenza tra le discipline adottate dall'UE e dalla CEDU. Più precisamente, l'ottica da cui porsi per compiere tali riflessioni riguarda, da un lato, la materia della *privacy* in riferimento ai dati genetici e, dall'altro, le regole sull'impiego e lo scambio dei dati genetici tra le forze di polizia, con annesso il tema del diritto di accesso ai dati personali (in tal caso genetici) degli individui coinvolti in relazione all'attività di polizia.

e della sua capacità di costituire un "precedente vincolante" per la Corte di Strasburgo stessa, si osserva che la medesima *ratio decidendi* è stata adottata anche nella risoluzione di un caso successivo: il caso *W. v. Netherlands* (causa *W. v. the Netherlands*, 2009, n. 20689/08, ECHR, 20.012009) che ha visto coinvolto un minore, dichiarato colpevole di violenza fisica e sottoposto a prelievo di materiale biologico e codificazione del suo profilo genetico sulla base del *DNA Testing (Convicted Persons) Act* olandese. Dopo essere stato condannato da un Tribunale minorile, il soggetto aveva fatto ricorso alla Corte di Strasburgo, richiamando l'art. 40 della Convenzione sui Diritti del Fanciullo (ONU, 1989) e l'art. 8 CEDU, invocando un bilanciamento tra i diritti del minore e gli interessi di sicurezza sociale ed eccependo che la sua età all'epoca dei fatti, la tenuità del reato commesso e le circostanze in presenza delle quali il reato si era verificato non fossero state adeguatamente considerate dal PM e dai Tribunali interni. La Corte sovranazionale, dichiarando la questione inammissibile e contraria rispetto alle vicende di cui al caso *S. and Marper*, ribadisce che, nel caso sottoposto, si trattava di soggetto condannato e non semplicemente arrestato e che l'*Act* olandese contiene misure proporzionate in base alla gravità dei crimini, allo *status* dei soggetti e alla tempistica di conservazione dei dati.

2.1 La nozione di privacy

I giudici di Strasburgo ragionano innanzitutto considerando l'articolo 8 della Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali[10], articolo che tutela della *privacy* in tutte le sue forme e che viene richiamato sia per individuare nella mera detenzione di campioni cellulari e profili di DNA un'evidente interferenza con il diritto alla riservatezza e con l'autodeterminazione informativa, sia per ammettere casi eccezionali di intromissione nell'intimità delle persone coinvolte, in virtù di rigorosi criteri.

La Corte incardina il proprio discorso intorno ad un "diritto plurifunzionale che risponde a molteplici finalità e offre tutela a diverse sfaccettature della persona"[11], una "nozione ombrello"[12] che racchiude al suo interno "una costellazione di diritti"[13], individuati con un approccio casistico, quali il diritto all'integrità fisica e psicologica (caso *Pretty v. UK* e *Y.F. v. Turchia*)[14], all'identità fisica e sociale (caso *Mikulič v. Croazia*)[15], all'identificazione del genere, del nome, dell'orientamento e della vita sessuale (caso *Bensaid v. UK* e *Peck v. UK*)[16], all'identificazione personale e familiare (caso *Burghartz v. Svizzera* e *Ünan Tekeli v. Turchia*)[17], al controllo delle informazioni circa i propri dati personali (anche con riferimento ai dati detenuti da autorità pubbliche, come emerso nel caso

[10] L'art. 8 CEDU, rubricato "Diritto al rispetto della vita privata e familiare", recita: "1. Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza. 2. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui". Per il testo della Convenzione europea cfr. *http://conventions.coe.int/treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=005&CL=ITA* (consultato il 30.09.2010).

[11] S. RODOTÀ, *Persona, riservatezza, identità. Prime note sistematiche sulla protezione dei dati personali*, in *Riv. critica dir. privato*, 1997, p. 583.

[12] C. DE GIACOMO, *Diritti, libertà e privacy nel mondo della comunicazione globale*, Giuffrè, 1999, p. 16.

[13] F. MODUGNO, *I «nuovi diritti» nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, 1995, p. 20.

[14] Causa *Pretty v. UK*, 2002, n. 2346/02, ECHR-III e causa *Y.F. v. Turchia,* 2003, n. 24209/94, ECHR-IX.

[15] Causa *Mikulič v. Croazia*, 2002, n.53176/99, ECHR-I.

[16] Causa *Bensaid v. UK,* 2001, n. 44599/98, ECHR-I e causa *Peck v. UK*, 2001, n. 44647/98, ECHR-I.

[17] Causa *Burghartz v. Svizzera,* 1994, n. 16213/90, in 280-B, Series A, 1994 e causa *Ünan Tekeli v. Turchia*, 2004, n. 29865/96, ECHR-X.

Leander v. Svezia)[18], il diritto alla tutela delle informazioni relative allo stato di salute (caso *Z. v. Finlandia*)[19], all'appartenenza etnica, allo sviluppo della propria personalità, all'attitudine a stabilire relazioni con altri esseri umani e con il mondo esterno (caso *Friedl v. Austria*)[20], il diritto a proteggere la propria immagine (caso *Sciacca v. Italia*)[21]. Per completezza, inoltre, va detto che il medesimo articolo 8 CEDU ha rappresentato pure la "chiave" con cui elaborare il diritto all'ambiente salubre, inteso come "prolungamento del diritto alla riservatezza della vita privata e familiare" e come "presupposto per il godimento effettivo di alcuni diritti": se nel caso *Powell e Rayner v. UK*[22] l'esigenza di mantenere operativa un'attività aeroportuale veniva ammessa in funzione di un interesse pubblico, nonostante essa provocasse ripercussioni negative sull'ambiente e sulla vita dei singoli, nel caso *Lòpez Ostra v. Spagna*[23] viene fissata una relazione tra danni alla persona e alterazione dell'ambiente di tutto rispetto, delineando un sistema di protezione del singolo anche dalle intrusioni indirette. L'attività di un impianto di smaltimento di rifiuti industriali e l'inquinamento provocato da essa possono compromettere il benessere delle persone e rappresentare una intrusione nella loro sfera personale a causa delle emissioni subite. Ciò determina, allora, una responsabilità delle autorità pubbliche non solo di rispettare la *privacy* dei cittadini, ma anche di proteggerla attivamente, come già espresso nella sentenza *Gül v. Svizzera*[24] con l'affermazione dell'esistenza di un'obbligazione positiva per lo Stato, nonché nel caso *X e Y v. the Netherlands*[25], ove si è riconosciuta nell'astensione ingiustificata da parte dello Stato nel porre in essere misure attuative e promozionali della riservatezza una violazione del'articolo 8 § 1.

Dopo aver chiarito la nozione di *privacy* in termini generali, l'articolo 8 § 1 viene applicato alla fattispecie in questione. I giudici devono comprendere, in via preliminare, quale sia l'oggetto della causa e la natura di esso, per poi individuare quale tipologia di *privacy* emerga nel caso *S. and Marper.* L'attenzione dei magistrati, quindi, si colloca sulle tre tipologie di informazioni personali menzionate dai ricorrenti, ovvero

[18] Causa *Leander v. Svezia,* 1987, n. 9248/81, in 116, Series A, 1987.

[19] Causa *Z. v. Finlandia*, 1997, n. 22009/93, in *Reports of Judgments and Decisions* 1997-I.

[20] Causa *Friedl v. Austria*, 1995, n. 15225/89, in 305-B, Series A, 1995.

[21] Causa *Sciacca v. Italia,* 2005 n. 50774/99, ECHR-I.

[22] Causa *Powell and Rayner v. UK*, 1990, n. 9310/81, ECHR-GC.

[23] Causa *Lòpez Ostra v. Spagna*, 1994, n. 16798/90, ECHR-GC.

[24] Causa *Gül v. Svizzera*, 1996, n. 23218/94 in *Reports of Judgments and Decisions* 1996-I.

[25] Causa *X e Y v. the Netherlands,* 1985, n. 8978/80, in Series B n.74.

le impronte digitali, i profili di DNA, i campioni cellulari. La Corte si rifà alla decisione sulla vicenda *Van der Velden v. the Netherlands*[26], che rappresenta il precedente più significativo da cui i giudici di Strasburgo partono nell'elaborare la *ratio decidendi* che caratterizza la sentenza *S. and Marper*. È opportuno farne un rapido cenno. Si tratta della vicenda relativa ad un soggetto, condannato per estorsione, che era stato sottoposto a prelievo di materiale biologico, da cui era stato ricavato il suo profilo genetico. Il PM, in virtù del *DNA Testing (Convicted Persons) Act,* aveva ordinato il prelievo e l'immissione dei dati nel *database* nazionale olandese, mentre il ricorrente si era opposto a tale comando, ritenendo che il suo DNA non avesse mai svolto alcun ruolo nel quadro investigativo ed eccependo la violazione dell'articolo 7 della CEDU (nella misura in cui l'ordine del PM aveva rappresentato una pena ulteriore che non era possibile comminare all'epoca in cui i fatti di cui al capo di imputazione si erano verificati), dell'art. 8 (violazione della *privacy*) e dell'art. 14 (misura discriminatoria). Nel caso di specie, la Corte di Strasburgo, pur rigettando il richiamo all'art.7 in quanto incompatibile *ratione materiae*, accoglieva le eccezioni relative all'art. 8, affermando che la detenzione di materiale biologico non è neutrale e di per sé rappresenta un'interferenza alla vita privata dei cittadini. Veniva, inoltre, enucleata una distinzione tra campioni cellulari e profili di DNA, da un lato, e impronte digitali, dall'altro, sulla base di considerazioni relative al possibile impatto sull'utilizzo delle informazioni personali risultanti.

Nella vicenda *S. and Marper*, i giudici riprendono, come si accennava poc'anzi, il dettato della sentenza *Van der Velden*, sottolineando come il materiale cellulare e genetico sia idoneo a suscitare paure circa i rischi su un futuro utilizzo di quelle informazioni private da parte delle autorità pubbliche e, considerate le evoluzioni della scienza e della genetica, non sia possibile anticipare oggi con precisione tutti i possibili sviluppi di tale settore. La Corte, pertanto, conferma il suo precedente e anzi aggiunge che il materiale genetico racchiude informazioni non solo relative alla sfera dell'individuo, ma anche a quella della sua famiglia biologica.

Guardando alla categoria delle impronte digitali, la Corte sviluppa un ragionamento più elaborato, in quanto tali forme di tracce non contengono informazioni così numerose come quelle genetiche. Anche in tal caso viene effettuato un richiamo a decisioni pregresse, in particolare al caso *McVeigh, O'Neill and Evans v. UK*[27] che per primo affrontò la que-

[26] Causa *Van der Velden v. the Netherlands,* 2006, n. 29514/05, ECHR-III.

[27] Causa *McVeigh, O'Neill and Evans v. UK,* 1981, n. 8022/77, 8025/77, 8027/77, *Report of the Commission,* 18.03.1981, DR 25.

stione dell'utilizzo delle impronte in sede investigativa, ai casi *Kinnunen v. Finlandia* e *Friedl v. Austria*[28] sull'uso di fotografie in sede processuale, al caso *P.G. and J.H. v. UK*[29] sulle registrazioni vocali, casi menzionati al fine di concludere per una sostanziale equivalenza tra impronte digitali, fotografie e *voice samples* (campioni vocali, ovvero il contenuto delle intercettazioni) e per desumere come tutti questi dati, analogamente ai profili di DNA, siano di carattere estremamente personale, contengono informazioni uniche e individuali, tutt'altro che neutre o insignificanti, le quali rappresentano un'interferenza con il diritto alla riservatezza e con l'autodeterminazione informativa.

2.2 Quando giustificare le interferenze alla privacy*?*

L'art. 8 della CEDU non vieta le ingerenze nella sfera privata in modo assoluto, ma ammette casi eccezionali di intromissione nell'intimità delle persone coinvolte: tali previsioni di interferenza sono racchiuse nel § 2 del medesimo articolo, che si pone in un rapporto di eccezione o limitazione rispetto alla regola generale, enucleata nel primo comma.

Il primo requisito per poter ammettere interferenze alla vita privata è di tipo formale ed è sintetizzabile nel *principio di legalità* ("*in accordance with the law*"), secondo il quale ogni misura che incida sulla riservatezza deve essere prevista dalla legge. Secondo l'interpretazione estensiva della clausola, fatta propria dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo[30], il termine "legge" non è riferibile in senso stretto all'atto legislativo emanato dal Parlamento, ma abbraccia, indipendentemente dal *nomen juris*, tutte le disposizioni aventi valore o forza di legge, anche i documenti di tipo regolamentare, governativo, amministrativo, i precedenti giudiziali, le fonti di diritto non scritto, il diritto internazionale. Tale fonte deve possedere, poi, determinate caratteristiche, quali l'*accessibilità pubblica* (non si può considerare "*law*" un atto segreto o interno ad un organo, come semplici *Guide Lines* dello *Home Office*), la *prevedibilità* (devono essere evidenti le conseguenze delle previsioni, le sanzioni, gli effetti della sua applicazione)[31], la *chiarezza* (la legge deve essere sufficientemente comprensibile a tutti), la *precisione* (le regole contenute nella legge devono essere dettagliate, prevedendo così

[28] Causa *Kinnunen v. Finlandia,* 1996, n. 24950/94, *Commission decision,* e causa *Friedl v. Austria* n.15225/89, cit.

[29] Causa *P.G. and J.H. v. UK,* 2001, n. 44787/98, ECHR-IX.

[30] Causa *Kruslin v. Francia*, 1990, n. 11801/85, ECHR-GC.

[31] Causa *Malone v. UK*, 1984, n. 8691/79, ECHR-C.Plenary.

un'adeguata difesa dall'arbitrio)[32], la *completezza* delle disposizioni e la tassatività, in modo da evitare o limitare il più possibile interpretazioni estensive.

Il secondo requisito, di tipo teleologico, è il *principio di finalità*. Nel § 2 sono indicati gli scopi della restrizione della riservatezza, da considerarsi rigorosamente tassativi, ovvero obiettivi legittimi, determinati, espliciti e pertinenti, quali la sicurezza nazionale; l'ordine pubblico; il benessere economico del Paese; la prevenzione dei reati; la protezione della salute o della morale; la protezione dei diritti e delle libertà altrui.

Il terzo requisito, di tipo assiologico, è sintetizzabile nella "*necessità nella società democratica*", secondo il quale è ammissibile un'interferenza nella vita privata solo se, per raggiungere un determinato scopo, non siano possibili mezzi diversi o meno lesivi di quello prescelto, con la conseguente esclusione di tutti i mezzi eccessivi e ridondanti. Esso si estrinseca in una serie di parametri "rivelatori", come la *pressing social need*, ossia l'esigenza sociale rilevante, il bisogno sociale imperativo che presuppone un'attenta lettura del reale e della società per poter legittimare una compressione delle libertà e della riservatezza (e che sottolinea come l'ingerenza corrisponda a stringenti esigenze di natura pubblica o collettiva)[33]; la *proporzionalità allo scopo legittimo*, intesa come un giusto equilibrio tra lo scopo perseguito dallo Stato e il diritto riconosciuto dal § 1, proporzionalità che si raggiunge nella scelta di tempi, strumenti e modi adeguati alle finalità da raggiungere, secondo un ragionevole bilanciamento tra obiettivi e mezzi; la *rilevanza*, la *pertinenza* e la *sufficienza* delle ragioni addotte per motivare le interferenze, ovvero l'adeguatezza delle medesime (*suitability test*) in relazione al caso visto nel suo complesso[34].

Stabilito che le interferenze alla vita privata siano ammissibili solo alla luce dei tre principi delineati dal § 2 dell'art. 8 CEDU e che i profili genetici in sé rientrino nella nozione di *privacy*, di cui al § 1, il passo successivo del ragionamento della Corte di Strasburgo consiste nel delineare in quale modo e in virtù di quali garanzie sia giustificabile, in via di eccezione, una compressione della *genetic privacy*, quale emerge nel

[32] Anche nella concessione di potere discrezionale si devono precisare l'estensione e le modalità di tali concessioni, come emerge dai casi *Goodwin v. UK* (Causa *Goodwin v. UK*, 1996, n. 17488/90, ECHR-GC), *Wingrove v. UK* (Causa *Wingrove v. UK*, 1996, n. 17419/90, ECHR-GC), *Eriksson v. Svezia* (Causa *Eriksson v. Svezia*, n. 11373/85, Commissione, 1988). Inoltre, il livello di precisione della legge dipende dall'ambito che copre la quantità e la qualità dei destinatari, come indicato dal caso *Vogt v. Germania* (causa *Vogt v. Germania*, 1995, n. 17851/91, ECHR-GC).

[33] Causa *Chapman v. UK*, 2001, n. 27238/95, ECHR-I.

[34] Causa *Olsson v. Svezia,* 1992, n. 13441/87, ECHR-GC.

caso delle banche del DNA a scopo investigativo. Applicando i *principi di legalità, finalità e necessità nella società democratica*, i giudici ritengono anzitutto che il ruolo assunto dall'analisi del DNA negli ultimi anni in funzione della lotta al crimine organizzato e della prevenzione dei reati non vada trascurato, ma necessiti di regolamentazioni precise ed accurate e di limitazioni ponderate. In materia di profili genetici e campioni cellulari il *principio di legalità* si potrebbe, allora, tradurre[35] nella necessità di definire chiaramente (con legge accessibile, univoca e non contraddittoria) i poteri affidati alle autorità, lo scopo della discrezionalità assegnata, le modalità di esercizio del potere, gli strumenti di cui avvalersi, il numero, le categorie e lo *status* dei soggetti coinvolti. Tale normativa, poi, dovrebbe essere legata a scopi legittimi, espressi e ben individuati, come gli scopi di sicurezza nazionale, ordine pubblico e prevenzione dei reati (stando al *principio di finalità*) e dovrebbe, infine, essere proporzionata alle finalità previste.

Alla luce di questi criteri, quindi, i giudici valutano il sistema legislativo inglese, come già avevano fatto con riferimento alla normativa olandese nella vicenda *Van der Velden*. In quel caso, l'evidente interferenza alla *privacy* del cittadino imputato era stata ammessa, dal momento che il prelievo di DNA era richiesto solo a soggetti condannati della commissione di gravi reati, nel rispetto della proporzionalità. La disciplina inglese, invece, risulta aver violato le previsioni dell'art. 8 CEDU, in quanto le norme hanno un contenuto impreciso, indeterminato, vago; le finalità sono usate come una sorta di "copertura" per giustificare qualsiasi azione arbitraria e indiscriminata da parte delle forze di polizia; lesa è soprattutto la proporzionalità, non essendo state considerate per il prelievo né la gravità dell'offesa, né l'età dei soggetti, né il loro *status* (semplici sospettati o già condannati) né tanto meno i limiti temporali alla conservazione. La Corte, pertanto, indica quale debba essere il contenuto di una legge nazionale in materia di banche dati del DNA, puntualizzando che il prelievo e la conservazione di campioni e profili vadano modulati in relazione a criteri di tipo oggettivo (come la tipologia e la natura del reato commesso), di tipo soggettivo (cioè in base al soggetto sottoposto a prelievo) e di tipo temporale (secondo una chiara delimitazione della tempistica).

Collegato alla violazione della *proporzionalità*, è il rischio di stigmatizzazione sociale: se, infatti, non vengono distinte dalla legge differenti categorie di soggetti suscettibili di essere sottoposti a prelievo, ma

[35] Causa *Rotaru v. Romania*, 2000, n. 28341/95, ECHR-V; causa *Amann v. Svizzera*, 2000, n. 27798/95, ECHR-II; causa *Hasan and Chaush v. Bulgaria,* 2000, n. 30985/96, ECHR-XI.

la polizia possiede facoltà di esercizio di tali poteri in modo indiscriminato, viene lesa la presunzione di innocenza e sorge il pericolo di livellare la popolazione sotto una comune etichetta di "sospettati", producendo un'equiparazione tra soggetti innocenti e condannati. E questo rischio cresce in relazione alla figura dei minori.

Con una metafora, si potrebbe così sintetizzare la regola di giudizio adottata dalla Corte: la "porta" di ingresso e quella di uscita dalla banca del DNA devono avere la medesima ampiezza, e non è quindi ammissibile che vi sia un "portone" di ingresso nel *database* (ovvero per un gran numero di tipologie di profili) e una minuscola "porticina" di uscita (cioè la cancellazione solo per una minima porzione di dati)[36].

3. Gli effetti della sentenza S. and Marper v. UK *sul diritto dell'Unione europea*

Per delineare una corretta e bilanciata regolamentazione della banche del DNA a scopo penale, la Corte di Strasburgo utilizza fonti diverse per provenienza, matrice, livello di vincolatività ed estensione territoriale e in questo sta, come anticipato, l'importanza della sentenza *S. and Marper*, assai utile per verificare la convergenza tra sistema CEDU e UE.

Al fine di verificare l'impatto della pronuncia sovranazionale nel panorama dell'UE, giova fare qualche cenno relativamente ai rapporti, in via generale, che si osservano tra i due "attori" istituzionali europei (Consiglio d'Europa e UE) e gli atti da essi promanati.

In premessa va detto che, poiché l'oggetto di precipua attenzione del Consiglio d'Europa è dato dal perseguimento di adeguata tutela ai diritti umani, la relazione tra la CEDU e il diritto dell'UE va considerata su questo fronte.

È noto che, se inizialmente l'Unione europea si prefiggeva finalità puramente economiche, nel corso del tempo l'attenzione nei riguardi dei diritti è andata crescendo. Già nel Trattato di Maastricht (1992) l'art. F[37],

[36] Per un approfondimento su questi temi cfr. A. SANTOSUOSSO - I. A. COLUSSI, *Riservatezza e uso del DNA in ambito investigativo penale,* che apparirà nel volume a cura di R. KOSTORIS – R. ORLANDI, in commento alla legge n.85/09, in corso di stampa presso l'editore Giappichelli, Torino.

[37] Nel Trattato di Maastricht la tutela dei diritti umani compare sia in senso indiretto, in quanto la formulazione del concetto di cittadinanza europea implica la protezione di libertà e diritti per i cittadini, sia in senso diretto all'art. F. Va precisato, inoltre, che l'obbligo di tutela dei diritti umani sembra ricadere non solo sulla CE, ma anche sull'UE, in quanto dal combinato disposto degli articoli A e C si desume che l'art. F possa essere annoverato tra le disposizioni comuni valevoli per tutti i "pilastri". Ciò vi-

ribadito successivamente ad Amsterdam (1997), aveva per la prima volta individuato il valore dei diritti umani nel contesto dell'Unione europea, quali "principi generali del diritto comunitario", aventi come fonti sia la CEDU sia le tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri.

Il riferimento espresso alla CEDU e all'importanza dei diritti umani nel contesto dell'UE è oggi ancor più significativo, alla luce dell'entrata in vigore del recente Trattato di Lisbona (1 dicembre 2009), il quale, all'art. 1 punto 8, delinea il nuovo art. 6 TUE[38]. Esso afferma il valore giuridico vincolante della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, prevede il rinvio per l'interpretazione della Carta sia alle disposizioni del titolo VII (segnatamente agli art. 52 e 53)[39] sia alle Spiegazioni

ene ribadito nell'art. J.1 al paragrafo 2, che tra gli obiettivi della PESC fissa "lo sviluppo e il consolidamento della democrazia e dello Stato di diritto, nonché il rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali"; nell'art. K 2 paragrafo 1, sul settore GAI; nell'art. 130 U che modifica il TCE di Roma, in riferimento al settore di cooperazione e sviluppo. Per il testo del Trattato di Maastricht cfr. *http://eur-lex.europa.eu/it/treaties/dat/11992M/htm/11992M.html* (consultato il 30.09.2010).

[38] L'art. 6 TUE, riformulato con il Trattato di Lisbona, si esprime in questi termini: "1. L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati. Le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati. I diritti, le libertà e i principi della Carta sono interpretati in conformità delle disposizioni generali del titolo VII della Carta che disciplinano la sua interpretazione e applicazione e tenendo in debito conto le spiegazioni cui si fa riferimento nella Carta, che indicano le fonti di tali disposizioni. 2. L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati. 3. I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali". Per il testo del Trattato di Lisbona cfr. *http://europa.eu/lisbon_treaty/index_it.htm* (consultato il 30.09.2010).

[39] L'art. 52 della Carta di Nizza, rubricato "Portata dei diritti garantiti", recita: "1. Eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui. 2. I diritti riconosciuti dalla presente Carta che trovano fondamento nei trattati comunitari o nel trattato sull'Unione europea si esercitano alle condizioni e nei limiti definiti dai trattati stessi. 3. Laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa". L'art. 53, rubricato "Livello di protezione", recita: "Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazion-

della Carta, elaborate dal *Praesidium*, sancisce la futura adesione dell'Unione alla CEDU e al Consiglio d'Europa e conferma, come "norma di chiusura", il carattere dei diritti fondamentali quali principi generali del diritto comunitario, che informano la disciplina e l'approccio a ogni politica dell'Unione. Inoltre, il riconoscimento ai diritti contemplati nella Carta di Nizza dello stesso valore e della stessa portata dei diritti contemplati nella CEDU (art. 52, § 3 della Carta di Nizza) ha permesso un'integrazione reciproca tra i due cataloghi dei diritti, integrazione rafforzata altresì dal richiamo al criterio del "maggior livello di protezione" (art. 53), grazie al quale far prevalere, nel caso di antinomie, la fonte che assicura il più elevato livello di tutela dei diritti.

Il quadro che ne esce sembra rendere visibile l'interconnessione e la convergenza di tutele nel contesto europeo, ossia l'"osmosi"[40] tra i diversi cataloghi di diritti, secondo un criterio assiologico anziché gerarchico[41], e la "*multilevel protection of human rights*"[42].

Peraltro, il rapporto tra il sistema CEDU e il sistema UE che si instaura sul piano delle fonti è affiancato, di pari passo, dal rapporto visibile sul piano giurisprudenziale, in quanto è proprio attraverso l'opera dei giudici che i diritti trovano attuazione e concretezza. E anche in tal senso va detto che il Trattato di Lisbona, prevedendo la futura adesione dell'UE alla CEDU[43], ponendo così fine a quell'antica ostilità riassunta soprattutto nella posizione della Corte di Giustizia CE che con il parere 2/94[44] aveva negato la competenza della Comunità ad aderire alla Convenzione, poiché, "allo stato attuale del diritto comunitario", si sarebbe determinato l'inserimento della CE in un diverso sistema istituzionale,

ali delle quali l'Unione, la Comunità o tutti gli Stati membri sono parti contraenti, in particolare la convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dalle costituzioni degli Stati membri". Per il testo della Carta di Nizza cfr. *http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_it.pdf* (consultato il 30.09.2010).

[40] R. CONTI, *Impronte digitali e diritti umani. In ricordo di Rosario Livatino,* in *Pol. dir.*, 2008 (4), p. 606.

[41] Cfr., a tiolo di esempio, A. RUGGERI, *Alla ricerca del fondamento dell'interpretazione conforme*, Intervento al Convegno del Gruppo di Pisa su *Interpretazione conforme e tecniche argomentative,* Milano, 06-07.06.2008, p. 11, in *http://www.forumcostituzionale.it,* consultato il 30.09.2010.

[42] M. CARTABIA, *The multilevel protection of fundamental rights in Europe: the European Pluralism and the need for a judicial dialogue,* in C. CASONATO (a cura di), *The protection of fundamental rights in Europe: lessons from Canada,* Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche, Università degli Studi di Trento, 2003, p. 399.

[43] Sulla complessa questione della adesione della UE alla CEDU, cfr., tra gli altri, Vladimiro Zagrebelsky (V. ZAGREBELSKY, *La prevista adesione dell'Unione Europea alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, 2007, in *http://www.europeanrights.eu,* consultato il 30.09.2010).

[44] Parere del 28.03.1996 in *Racc.* 1996, p. I-1759 s.

rafforza il "dialogo" tra le Corti. Il recente Trattato, infatti, apre "le porte" alle possibilità di replica della Corte CE davanti alla Corte EDU, nonché all'eventualità di disporre di un giudice presso la Corte di Strasburgo e ai ricorsi individuali dei cittadini europei presso la Corte europea per far valere le lesioni da parte della UE, evitando, però, di ridurre l'autonomia del diritto comunitario. Ciò significa che, a seguito dell'adesione, probabilmente la Corte CE continuerà a restare l'unico arbitro supremo delle questioni attinenti al diritto e alla validità degli atti dell'Unione, e, tramite l'adesione, sarà altresì autorizzata, anche sulla base del valore giuridico conferito alla Carta di Nizza, a tenere conto del rinvio che la Carta di Nizza fa alla Convenzione europea e alla relativa giurisprudenza della CEDU. D'altro canto, la Corte di Strasburgo, configurata come un tribunale specializzato nei diritti fondamentali e non come organo giurisdizionale supremo d'Europa, eserciterà un controllo esterno sugli obblighi di diritto internazionale dell'Unione derivanti dalla sua adesione, intervenendo secondo le consuete norme del previo esaurimento delle vie di ricorso interne (sulla base del principio di sussidiarietà), ossia dopo che tutti i ricorsi siano esperiti in sede di UE[45], arricchendo la Corte CE di quel controllo "esterno" che le manca. Simili prospettive avvallano, quindi, la dottrina del "diritto transnazionale"[46] e determinano, in modo sempre più rilevante, l'immagine di una nuova Europa, "condivisa e coordinata dalla giurisprudenza delle due Corti, in cui i *fundamental rights* diventano la *policy* preminente"[47].

3.1 ... sul piano della privacy

Osservato il rapporto che intercorre in via generale tra la CEDU e l'UE, alla luce delle recenti modifiche normative, è maggiormente comprensibile l'impatto che la sentenza *S. and Marper* possa avere in ambito comunitario, con riferimento sia al tema della tutela della riservatezza sia

[45] Questi profili sono sottolineati particolarmente dal Gruppo "Carta", istituito nell'ambito della redazione della cosiddetta "Costituzione europea" con l'incarico di occuparsi dei problemi relativi all'incorporazione della Carta di Nizza nei trattati e, al contempo, di affrontare, la questione relativa all'adesione dell'UE alla CEDU (cfr., in particolare, la "Relazione finale" del Gruppo II, del 22.10.2002 (CONV 354/02), sul sito Internet all'indirizzo *http://european-convention.europa.eu/doc_wg.asp?lang=IT*, consultato il 30.09.2010). In dottrina di simile parere è Sergio Panunzio (cfr. S. PANUNZIO, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, in S. PANUNZIO [a cura di], *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Jovene, 2005, p. 70 ss.).

[46] Cfr. A. SPERTI, *Il dialogo tra le Corti costituzionali ed il ricorso alla comparazione giuridica nell'esperienza più recente*, in *Riv. dir. cost*., 2000, p. 125 ss.

[47] G. BRONZINI – V. PICONE, *Le giurisprudenze europee in movimento. Luci e ombre nel processo di costruzione di uno jus commune,* in *Quest. Giust*., 2007 (1), p. 131.

a quello dell'impiego e dello scambio dei dati genetici tra le forze di polizia.

Nel caso *S. and Marper* a venire in rilievo sul piano della *privacy*, oltre all'art. 8 CEDU, sono gli articoli 7 e 8 della Carta di Nizza, che hanno ad oggetto l'inedito diritto alla protezione dei dati personali, accanto al tradizionale diritto al rispetto della vita privata e familiare. L'art. 7 della Carta di Nizza volutamente si rifà alla CEDU e ad altre Carte internazionali[48], ma con alcune particolarità, in primo luogo introducendo, rispetto alla CEDU, il diritto al rispetto delle "comunicazioni", che prende il posto del diritto al rispetto della "corrispondenza", allo scopo di tenere conto delle evoluzioni tecnologiche e di consentire un allargamento non irrilevante della nozione e, in secondo luogo, non riproducendo il § 2 dell'art. 8 CEDU, che individua i limiti del diritto al rispetto della vita privata. L'art. 8 della Carta di Nizza, poi, è altamente innovativo, perché riconosce espressamente a ogni soggetto, in un'ottica di controllo "attivo" delle informazioni, il diritto alla protezione dei dati personali che lo riguardano (e non solo una tutela generica o diritto a tenere lontani gli altri dalla propria sfera privata). Esso fissa altresì le condizioni in presenza delle quali è ammesso il trattamento dei dati personali, ribadendo i principi di *lealtà* (*fairness*) e *finalità*, la necessità del consenso o di un altro fondamento previsto dalla legge, lasciando alla discrezionalità del legislatore la scelta dei margini di deroga al consenso dell'interessato, e sancendo il diritto individuale di accesso ai dati raccolti e di rettifica.

Sia la CEDU sia la Carta di Nizza considerano, dunque, la vita privata come un bene giuridico degno di protezione e degno di essere assunto a un rango che si può definire "costituzionale". Quanto alle giustificazioni delle interferenze nella vita privata, in mancanza di indicazioni in tal senso nella Carta di Nizza, la CEDU potrebbe "offrire" regole di

[48] Tra le Carte internazionali, fonte di ispirazione per la stesura dell'art. 7, si richiamano la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (art. 12), il Patto internazionale sui diritti civili e politici (art. 17) e la CEDU (art. 8), come precisato dalle Spiegazioni della Carta di Nizza redatte dal *Praesidium* (per le quali, cfr. *http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2007:303:0017:0035:IT:PDF*, consultato il 30.09.2010). Segnatamente, l'art. 7 della Carta di Nizza, rubricato "Rispetto della vita privata e della vita familiare", recita: "Ogni individuo ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e delle sue comunicazioni". L'art. 8, che porta in rubrica "Protezione dei dati di carattere personale" afferma: "1. Ogni individuo ha diritto alla protezione dei dati di carattere personale che lo riguardano. 2. 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 individuo ha il diritto di accedere ai dati raccolti che lo riguardano e di ottenerne la rettifica. 3. Il rispetto di tali regole è soggetto al controllo di un'autorità indipendente".

possibile integrazione, facendo riferimento alla giurisprudenza della Corte EDU e a quella della Corte CE[49] o trovando una "copertura" testuale all'"ingresso" dell'art. 8 § 2 CEDU tramite l'art. 52, § 3 della Carta di Nizza.

La sentenza *S. and Marper*, quindi, consolida il quadro europeo in materia di *privacy*, ponendo su una linea comune le norme "costituzionali" della CEDU e della Carta di Nizza e ciò permette di dare per raggiunta la formazione di un quadro europeo comune in tema di accesso ai dati personali.

Ma non solo sul piano "costituzionale" si evince la convergenza tra i due sistemi. La Corte di Strasburgo richiama, infatti, la Direttiva 95/46/CE[50] e la affianca alla Convenzione 108/1981 del Consiglio d'Europa[51], dando conferma ulteriore della convergenza e del consolidamento trasversale di principi comuni tra i due sistemi sul fronte della *privacy* e dei diritti degli interessati all'accesso e al controllo dei dati che

[49] La Corte CE è intervenuta in tema di *privacy* in diverse occasioni: nella prima sentenza in materia di diritti umani, che ha avuto ad oggetto proprio questioni di riservatezza (sentenza *Stauder v. City of Hulm* del 12.11.1969, causa n. 29/69, ECR 419/1969); in riferimento a controversie tra funzionari comunitari e organi di appartenenza, richiamando l'art. 8 CEDU (cfr. sentenza *Scaramuzza v. Commissione* del 20.10.1994, causa 76/93 P, in *Racc*. 1994, p. I – 5173; sentenza *N v. Commissione* del 16.07.1998, causa 252/97 P, in *Racc*. 1998, p. I – 4871 e sentenza *Varec* del 14.02.2008, causa 450/06); contemplando il diritto alla protezione dei dati personali, anche se non ancora codificato e redigendo una sorta di *corpus* normativo sui rapporti di lavoro (sentenza *Stanley Adams v. Commissione* del 07.11.1985, causa 145/83, in *Racc*. 1985, p. 3539). Importanti sono stati pure gli interventi in materia di diritto alla salute (sentenza *X v. Commissione* del 05.10.1994, causa 404/92 in *Racc.* 1994, p. I – 4737) o di controlli delle persone alle frontiere (sentenza *Watson e Belmann* del 07.07.1976, causa 118/75 in *Racc.* 1976, p. 1185) o di mancata applicazione del diritto alla *privacy* per le persone giuridiche (sentenza *National Panasonic UK v. Commissione* del 26.06.1980, causa 136/79 in *Racc.* 1980, p. 2033 e la sentenza *AKZO Chemie v. Commissione* del 23.09.1986, causa 5/85 in *Racc.* 1986, p. 25) o in tema di tutela della corrispondenza (sentenza *Niemetz v. Germania* del 16.12.1992 in *Racc.* Serie A n.251). Per le sentenze della Corte di Giustizia CE cfr. *http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=it* (consultato il 30.09.2010).

[50] Direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 24.10.1995, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati, approvata il 25.07.1995, adottata dal Consiglio in via definitiva – dopo la procedura di co-decisione con il Parlamento Europeo – il 24.10.1995 e pubblicata in GUCE L 281/1995. Per i testi del diritto dell'UE citati nel prosieguo cfr. il sito Internet all'indirizzo *http://eur-lex.europa.eu* (consultato il 30.09.2010).

[51] Si tratta della "Convenzione per la protezione delle persone in relazione all'elaborazione automatica dei dati a carattere personale", detta anche "Convenzione di Strasburgo", n. 108/1981, approvata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa il 22.09.1980 ed entrata in vigore il 01.10.1985, consultabile sul sito Internet all'indirizzo *http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeTraites.asp?CM=8&CL=ITA* (consultato il 30.09.2010).

li riguardino direttamente, anche se va precisato che i due documenti sono portatori di diversa prospettiva e impostazione: mentre, infatti, la normativa internazionale punta ad un'armonizzazione minimale per poter garantire almeno *standard* elementari e paritari tra tutti i numerosi Stati che fanno parte del Consiglio d'Europa, la disciplina comunitaria ambisce all'armonizzazione della legislazioni e il novero delle garanzie pare superare quello elaborato dal Consiglio d'Europa.

3.2… sul piano delle interferenze alla privacy *per scopi investigativi*

Guardando al profilo relativo alle possibili interferenze alla *privacy,* giustificabili per esigenze pubbliche stringenti, come nel caso dell'impiego del DNA per il fine investigativo e dello scambio dei dati genetici tra le forze di polizia, la Corte sovranazionale prende in considerazione, ancora una volta, fonti internazionali ed europee, in particolare la Raccomandazione R (87) 15 e R (92) 1 del Consiglio d'Europa[52] e, in ambito UE, il Trattato di Prüm[53], adottato da alcuni Paesi membri dell'Unione europea, al di fuori del suo quadro giuridico, ma divenuto parte del diritto dell'UE (mediante le Decisioni 615 e 616 del 2008/GAI)[54] e la Decisione quadro

[52] Raccomandazione R (87) 15 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa sull'uso dei dati a carattere personale nel settore della polizia del 17.09.1987 e Raccomandazione R (92) 1 del Consiglio d'Europa sull'uso delle analisi del DNA nel quadro del sistema di giustizia penale del 10.02.1992, consultabili sul sito Internet all'indirizzo *http://www.coe.int/t/cm/adoptedTexts_en.asp#P43_2297* (consultato il 30.09.2010).

[53] Il Trattato di Prüm, composto da 52 articoli e articolato in 8 capitoli, è reperibile in Doc. 10900/05 CRIMORG 65 ENFOPOL 85 MIGR 30 e in Doc. 16382/06 CRIMORG 194 ENFOPOL 216 MIGR 172. (cfr. *http://www.governo.it/-GovernoInforma/Dossier/pacchetto_sicurezza/trattato_prum.pdf,* consultato il 30.09.2010). Si tratta di un Trattato sottoscritto il 27 maggio 2005 nella piccola cittadina tedesca di Prüm da parte di Belgio, Lussemburgo, Paesi Bassi, Germania, Francia e Austria, nel quadro di una sorta di "cooperazione rafforzata", con il fine di rafforzare la cooperazione interstatale per una più efficace lotta contro il terrorismo, la criminalità transnazionale e l'immigrazione illegale. Il Trattato, denominato anche Schengen III, si propone, di potenziare soprattutto lo scambio delle informazioni, tra cui quelle relative alle impronte digitali e ai dati genetici, tra i soggetti competenti in funzione della cattura dei delinquenti, della repressione e prevenzione dei crimini, della tutela della sicurezza collettiva.

[54] Si tratta delle cosiddette "Decisioni di Prüm", ovvero della Decisione 2008/615/GAI del Consiglio sul potenziamento della cooperazione transfrontaliera, soprattutto nella lotta al terrorismo e alla criminalità transfrontaliera e della Decisione 2008/616/GAI del Consiglio, relativa all'attuazione della decisione 2008/615/GAI, recante le disposizioni amministrative e tecniche in vista dell'armonizzazione degli *standards* tra gli Stati, entrambe del 23.06.2008 e pubblicate in GUUE L 210/2008. Tali Decisioni rispondono alla necessità di dare attuazione al *principio di disponibilità*, divenuto

2008/977/GAI[55] sulla protezione dei dati personali in relazione alle attività di polizia (in seno all'ormai soppresso "terzo pilastro").

Le norme del Trattato di Prüm[56] e delle Decisioni GAI di integrazione nel sistema UE[57] prevedono, in estrema sintesi, che le Parti Contraenti si impegnino a dar vita e a gestire una banca dati nazionale di analisi del DNA in ambito criminale, regolata dalla legge nazionale, e che lo scambio di informazioni sia attuato innanzitutto nella possibilità per le autorità di contrasto al crimine di ciascuno Stato di accedere alle informazioni delle banche di altri Stati, mediante consultazione automatizzata tramite la comparazione dei profili di DNA. Il sistema, poi, prevede una struttura di raffronto dei profili anonimi non identificati con quelli provenienti dai dati indicizzati degli altri schedari nazionali, nella quale i dati supplementari a carattere personale sono scambiati solo dopo una risposta positiva di corrispondenza (sistema *hit/no hit*): infatti, lo Stato membro che effettua la consultazione in modo diretto (*on line*) può chiedere in un secondo tempo allo Stato membro che gestisce lo schedario i dati personali specifici corrispondenti[58], i quali saranno trasmessi attraverso i punti di contatto nazionali.

Dalla lettura congiunta di tali norme e delle statuizioni della Corte di Strasburgo si osserva come le previsioni del sistema Prüm siano vaghe e carenti rispetto agli *standard* indicati dalla sentenza in oggetto.

Considerando il *principio di legalità*, risulta che il Trattato di Prüm trascura di indicare i soggetti coinvolti e le tipologie di reati per le quali poter avviare il trattamento, la conservazione e lo scambio dei dati. Il Trattato rimettendo *in toto*, e in modo eccessivo, generico e vago, la di-

operativo a partire dal 1° gennaio 2008 e introdotto dal *Programma dell'Aja: rafforzamento della sicurezza, della liberà e della giustizia nell'Unione europea*, adottato dal Consiglio europeo del 04-05.11.2004 come programma valido per gli anni 2005-2010. Esso è stato pubblicato in GUCE C 53/2005 e incorporato in una Comunicazione della Commissione europea, intitolata "*Programma dell'Aja: dieci priorità per i prossimi cinque anni. Partenariato per rinnovare l'Europa nel campo della libertà, sicurezza e giustizia*", COM (2005) 184 def., reperibile sul sito Internet all'indirizzo *http://ue.eu.int/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/it/ec/82551.pdf* (consultato il 30.09.2010).

[55] Decisione quadro 2008/977/GAI del Consiglio sulla protezione dei dati personali nel quadro della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale del 27.11.2008, pubblicata in GUUE L 350/2008 del 30.12.2008.

[56] Cfr., in particolare, il Titolo II sulla creazione di banche dati per la raccolta del DNA, delle impronte digitali e di altri dati, nonché la trasmissione e lo scambio di tali informazioni tra le autorità nazionali.

[57] Cfr., in particolare, il capo 2 della Decisione 615/2008.

[58] Si prevede, inoltre, che entro l'agosto 2011 il sistema di consultazione dei dati sia del tutto automatizzato.

sciplina agli Stati nazionali, pretermette totalmente i diritti dei titolari dei dati e lascia trasparire l'idea per cui i dati siano di proprietà degli Stati.

Quanto al *principio di finalità*, la vaghezza delle disposizioni del Trattato di Prüm fa intravvedere il serio rischio di abusi da parte delle forze di polizia; inoltre, nella Decisione 615 è introdotto il *principio di finalità limitata*, in virtù del quale è sancito il divieto di utilizzare i dati per fini diversi da quelli per i quali erano stati trasmessi, ma sono al contempo ammesse deroghe, nel caso in cui la legislazione nazionale dello Stato che gestisce la banca dati lo consenta[59].

È sotto il profilo della *proporzionalità* che emergono le maggiori carenze del Trattato in esame rispetto alla sentenza *S. and Marper:* la limitata durata della conservazione o i criteri di *entrata* e di *uscita* dei dati, ancorati all'elemento oggettivo della gravità dei reati o all'elemento soggettivo della categoria dei soggetti o all'elemento temporale, sono del tutto tralasciati dal Trattato di Prüm, diversamente dalle Raccomandazioni R (87) 15 e R (92) 1, che subordinano la cancellazione al verificarsi di determinate condizioni (conclusione di un'inchiesta per un certo caso; pronuncia di una decisione definitiva di assoluzione; riabilitazione; prescrizione; amnistia; età della persona interessata; categoria particolare di dati) o comunque non ammettono la conservazione oltre il tempo necessario ad assolvere lo scopo per il quale l'analisi viene utilizzata.

Nonostante il sistema Prüm[60] preveda, quindi, che gli Stati siano tenuti a garantire un livello di protezione dei dati personali da trasmettere o già trasmessi corrispondente almeno a quello stabilito dalla Convenzione 108/1981, nonché dal suo Protocollo addizionale del 2001[61], e dalla Raccomandazione n. R(87)15, permangono diversi aspetti problematici nella tutela.

Considerando, inoltre, le disposizioni della Decisione quadro 2008/977/GAI e raffrontandole con il dettato sovranazionale, osserviamo che, benché la Decisione vada accolta favorevolmente, in quanto rappresenta il primo strumento giuridico di carattere generale sulla protezione dei dati in seno alla cooperazione di polizia e giudiziaria penale, essa è insufficiente, dal momento che concerne solo il "*cross-border exchange*" e tralascia la questione del trattamento di dati all'interno degli Stati membri (che, invece, viene contemplato dalla Direttiva 95/46/CE, la quale, però, non opera in seno all'ex "terzo pilastro"). La Decisione, poi, richiamando la Convenzione 108/1981, rimanda al medesimo tipo di tutele, perseguendo solo un livello minimo di armonizzazione delle norme

[59] Art. 26 della Decisione 615/2008.
[60] Art. 25 della Decisione 615/2008.
[61] Protocollo n. 181, firmato a Strasburgo l'08.11.2001.

di protezione dei dati che necessiterebbe di ulteriori integrazioni. Inoltre, mancano norme che distinguano le diverse categorie di dati in base al loro grado di esattezza e affidabilità, in base alla riferibilità a fatti o a opinioni o valutazioni personali, nonché in base alle persone interessate (autori di reato, indiziati, vittime, testimoni, ecc.), in modo da fornire garanzie specifiche per i dati relativi a persone non sospette (come, invece, si legge ai principi 2 e 3 della Raccomandazione R (87) 15). Simili carenze vanno chiaramente a scapito di un adeguato esercizio dei diritti individuali[62].

In conclusione, si può affermare che le previsioni ad oggi in vigore nel territorio europeo in materia di trasmissione e scambio dei dati di DNA tra le forze di polizia e le autorità giudiziarie siano difettose rispetto alle indicazioni della Corte EDU.

La sentenza *S. and Marper*, pertanto, potrebbe rappresentare una fonte preziosa di integrazione delle carenze che ancora sussistono a livello UE e l'Unione europea, d'altro canto, potrebbe servirsi delle statuizioni sovranazionali per migliorare la disciplina in materia, a maggior ragione nella fase attuale in cui la rigida separazione tra pilastri non ha più alcuna ragion d'essere, essendo stata abolita dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. Il valore vincolante della Carta di Nizza (in particolare degli artt. 7 e 8), l'importanza dei diritti fondamentali enucleati nella CEDU e dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, l'esigenza di pervenire alla realizzazione di un «regime globale di protezione dei dati»[63], ossia un regime di tutela unico per tutti gli ambiti di competenza dell'Unione europea, la cui base giuridica è rinvenibile nell'art. 16 TFUE[64] e auspicata anche dal recente Programma di Stoccolma[65], sono

[62] Tali considerazioni sono riscontrabili anche nella Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale europeo e al Comitato delle Regioni, COM (2010) 609 def., elaborata a Bruxelles il 04.11.2010, nella quale si sottolinea l'importanza di un approccio globale alla protezione dei dati personali nell'UE, ossia una normativa unica e non frammentaria in materia di *privacy*.

[63] Così il Garante europeo per la protezione dei dati personali, *Parere sulla Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio dal titolo "Uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia al servizio dei cittadini"*, in GUUE C 276/2009, p. 8-20, parr. 26-37.

[64] L'art. 16 TFUE conferisce a Parlamento europeo e Consiglio la competenza ad adottare, attraverso la procedura legislativa ordinaria, atti per la protezione dei diritti individuali con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle istituzioni, degli organi e degli organismi dell'Unione, nonché da parte degli Stati membri nell'esercizio di attività che rientrano nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione.

[65] Programma pluriennale 2010-2014 in materia di libertà, sicurezza e giustizia (programma di Stoccolma), Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio dal titolo "*Uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia al servizio. dei cittadini"*, COM(2009) 262 del 10.06.2009 in GUUE C 115/2010. Tra l'altro, si noti come

tutti fattori che depongono a favore di un auspicato intervento dell'Unione in materia di banche del DNA a scopo investigativo penale, al fine di rendere sempre più tangibile lo spazio europeo di scambio, disponibilità e collaborazione tra le forze di polizia e le autorità competenti alle indagini.

4. Uno sguardo alla situazione italiana

Il rilevo della sentenza *S. and Marper* sul diritto dell'UE è stato delineato.

Spostando il punto di vista dall'ottica del diritto degli Stati nazionali, ci si può domandare se la pronuncia sia in grado di esplicare alcuni effetti pure nei riguardi degli Stati non direttamente destinatari di essa. Anche in tal caso, come nell'analisi del rapporto tra sistema CEDU e sistema UE, giova fare alcune considerazioni generali circa l'impatto delle decisioni sovranazionali della Corte di Strasburgo sul diritto nazionale, per poi considerare, a titolo esemplificativo, il caso italiano relativo alla recente legge istitutiva delle banche del DNA a scopo investigativo penale.

4.1 Il rapporto tra il sistema CEDU e gli Stati nazionali: il caso italiano

Gli effetti delle sentenze che la Corte europea dei Diritti dell'Uomo pronuncia nei riguardi di uno Stato si manifestano anche nei confronti degli altri Stati membri del Consiglio d'Europa, in virtù della loro adesione all'organizzazione internazionale, del recepimento della CEDU e dell'accettazione della giurisprudenza della Corte EDU, che ora, in forza del Preambolo della Carta dei diritti fondamentali dell'UE si vede, come detto, riconosciuto il rango di fonte del diritto costituzionale europeo.

In via generale, l'ingresso degli Stati nel sistema del Consiglio d'Europa avviene sotto due profili: uno "statico", inerente al diritto costituzionale di gerarchia delle fonti (visibile nel fatto che la CEDU è stata, il più delle volte, recepita nel sistema delle fonti interne tramite un

anche la Dichiarazione n. 21 relativa alla protezione dei dati personali nel settore della cooperazione giudiziaria in materia penale e della cooperazione di polizia, allegata al Trattato di Lisbona, riconosca «che potrebbero rivelarsi necessarie, in considerazione della specificità dei settori in questione, norme specifiche sulla protezione dei dati personali e sulla libera circolazione di tali dati nel settore della cooperazione giudiziaria in materia penale e della cooperazione di polizia».

atto di recepimento, secondo il fenomeno dell'"adattamento o adeguamento" del diritto interno al diritto internazionale convenzionale[66], avvenuto nei diversi Paesi seguendo una via legislativa, costituzionale o super-legislativa/paracostituzionale)[67] e un livello "dinamico", relativo alle modalità con cui le norme sovranazionali vengono recepite a livello giurisprudenziale interno, nel cui caso la CEDU ha costituito parametro di costituzionalità nei giudizi di legittimità costituzionale (ove recepita a livello costituzionale) o "norma interposta" tra la Costituzione e la legge ordinaria (nel sistema in cui è adottata in forma super-legislativa) o, ancora, norma pari alla legge ordinaria, sottoposta ad un criterio cronologico di successione delle leggi nel tempo (ove adottata in forma legislativa).

In Italia, in particolare, la CEDU avrebbe rango legislativo, visto il suo recepimento nell'ordinamento interno tramite la Legge n. 848/1955. Tuttavia, la Corte costituzionale ha cercato di assicurare un maggiore livello alla fonte in questione, assegnandole un livello "superlegislativo" che pone la Convenzione a un livello intermedio (dall'ottica gerarchica e statica) tra la Costituzione italiana e la legge primaria. Individuando nell'art. 117 (modificato dalla Legge costituzionale n. 3/2001) – che contempla un obbligo in capo sia al legislatore nazionale sia a quello regionale di rispettare i vincoli internazionali – la norma capace di offrire "copertura" costituzionale all'ingresso delle disposizioni internazionali nel nostro ordinamento[68], la Consulta con le sentenze n. 348 e 349 del

[66] Si fa riferimento al fenomeno per cui ogni Stato sceglie le procedure con le quali dare attuazione agli obblighi assunti in sede internazionale, secondo l'ottica adottata da Benedetto Conforti, il quale si fonda sulla prospettiva dualistica degli ordinamenti: in base a questa prospettiva esistono due ordinamenti distinti – l'ordinamento nazionale e quello internazionale – che per entrare in relazione tra loro necessitano di particolari modalità, come l'adattamento speciale o automatico (caratterizzato dal rinvio alla fonte che determina l'introduzione nel diritto interno di tutte le norme prodotte in un dato ordinamento sovranazionale, senza necessità di "traduzione" in atti interni) o l'adattamento ordinario (che avviene tramite riscrittura o riformulazione dell'atto internazionale in un atto interno). Cfr. B. CONFORTI, *Diritto internazionale,* VII ed., Editoriale Scientifica, 2006.

[67] Tali espressioni sono state adottate, tra gli altri, da Montanari e Colella (cfr. L. MONTANARI, *I diritti dell'uomo nell'area europea tra fonti internazionali e fonti interne,* Giappichelli, 2002 e A. COLELLA, *Verso un diritto comune delle libertà in Europa. Riflessioni sul tema dell'integrazione della CEDU nell'ordinamento italiano*, 2006, in *http://www.forumcostituzionale.it,* consultato il 30.09.2010).

[68] Anche la dottrina ha cercato, nel tempo, un ancoraggio normativo di "costituzionalizzazione" della CEDU tramite l'art. 2 della Costituzione italiana e il principio personalista racchiuso in tale disposizione, al quale ricondurre tutti i diritti contemplati nella CEDU (Cfr. F. BRICOLA, *Prospettive e limiti della tutela penale della riservatezza,* in *Riv. it. dir. e proc. pen.,* 1967, p. 1097; A. LA PERGOLA, *L'adeguamento dell'ordinamento interno alle norme del diritto internazionale dei diritti umani*, in AA.VV., *I diritti umani a 40 anni dalla Dichiarazione Universale,* atti del Convegno organizzato

2007[69] ha mutato il paradigma fino a quel momento esistente in tema di rapporto tra l'ordinamento interno e internazionale. Essa ha attribuito alle norme di origine pattizia la funzione di norme interposte nel giudizio di costituzionalità, prevedendo innanzitutto l'onere per il giudice nazionale di ricorrere all'"interpretazione conforme", ossia al tentativo di risolvere il contrasto in via interpretativa, adottando un significato della norma interna orientato e conforme al testo ed allo spirito della CEDU; in secondo luogo, ha chiarito che, ove il giudice interno non riesca a rispettare l'obbligo di interpretazione adeguatrice e a comporre l'antinomia fra norma interna e CEDU per via ermeneutica, si debba fare ricorso al giudizio accentrato della Consulta, ponendo una questione di costituzionalità della disciplina interna in raffronto al parametro costituzionale dell'art. 117, il quale consente il "rinvio mobile" alla CEDU e la rende "norma interposta"[70].

L'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e il riconoscimento del valore giuridico della Carta di Nizza hanno determinato, poi, un nuovo "cambio di rotta" nella natura formalmente legislativa che la CEDU avrebbe.

dal Centro di Studi e formazione dei diritti dell'uomo e dei popoli, Università di Padova, CEDAM, 1989, p. 40; F. COCOZZA, *Diritto comune delle libertà in Europa. Profili costituzionali della Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo*, Giappichelli, 1994, p. 55); oppure richiamando l'art. 10, I comma, il "trasformatore permanente" che di per sé permette l'ingresso nel nostro ordinamento delle consuetudini internazionali, ma che, stando a una prima ipotesi, conferirebbe valore costituzionale anche ai Trattati (Cfr. R. QUADRI, *Diritto Internazionale pubblico*, Editoriale Scientifica, 1968, p. 64), mentre altra parte della dottrina ha ritenuto che, siccome molte norme contenute nella Convenzione europea richiamano consuetudini internazionali, la CEDU sia sussumibile nell'art. 10 (Cfr. P. PUSTORNO, *Sull'applicabilità diretta e la prevalenza della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano,* in *Riv. internaz. dir. uomo,* 1995, p. 34); in base ad una terza impostazione, invece, il richiamo all'art. 10 nascerebbe dal fatto che, esistendo nell'ordinamento internazionale la regola consuetudinaria del *pacta sunt servanda* ed essendo la CEDU un trattato internazionale, tramite l'art. 10 si verificherebbe l'adattamento automatico della Convenzione con valore costituzionale (Cfr. P. BARILE, *Rapporti tra norme primarie, comunitarie e norme costituzionali e primarie italiane*, in *Comunità internaz*., 1966, p. 15); per altri ancora si dovrebbe richiamare l'art. 11 sulle limitazioni alla sovranità in nome della realizzazione di un ordinamento che assicuri al pace e la giustizia, ritenendo che l'adesione dell'Italia a un'organizzazione internazionale, quale quella rappresentata dal Consiglio d'Europa, rientri tra le limitazioni di sovranità previste dalla norma in esame.

[69] Per le sentenze della Corte costituzionale italiana cfr. *http://www.giurcost.-org/decisioni/index.html* (consultato il 30.09.2010).

[70] La Corte costituzionale ha così chiarito come nei riguardi del diritto convenzionale CEDU non possa trovare applicazione la prassi della "disapplicazione" della normativa interna in contrasto, come, invece, accade in riferimento al diritto comunitario. Tale prassi era diffusa soprattutto tra la giurisprudenza di merito e quella di Cassazione (cfr., ad esempio, la decisione della Cassazione, S.U., n. 28597 del 2005).

Iniziando dal versante di diritto delle fonti, si osserva che la Carta, facendo parte del diritto comunitario, trova la "porta di entrata" nell'art. 11 e prevale sulla normativa interna (anche costituzionale, ma col limite del "nucleo duro" dei diritti fondamentali). Visto che, poi, la Carta di Nizza richiama espressamente la CEDU, si potrebbe azzardare che anche la CEDU entri nel nostro ordinamento, mediante la Carta di Nizza e per le norme che siano da questa richiamate, sulla base del medesimo art. 11. La CEDU, quindi, sarebbe in grado di assumere un rango costituzionale tramite la sua "comunitarizzazione". Tra la giurisprudenza più recente emerge tale tendenza ad argomentare la diretta applicabilità delle norme CEDU nell'ordinamento interno sulla base dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona[71], dimenticando che l'adesione dell'Unione alla CEDU, che comunque deve ancora avvenire, non comporta l'equiparazione delle norme convenzionali al diritto comunitario, in quanto, se così fosse, l'equiparazione sarebbe effettuata da parte dell'Unione in qualità di soggetto di diritto internazionale senza alcun intervento dello Stato italiano a consentire le limitazioni di sovranità di cui all'art. 11 della Costituzione tali da legittimare "il principio del primato"[72].

Inoltre, a livello problematico, si segnala che il richiamo alla CEDU contenuto nella Carta di Nizza e la sua acquisizione di un rango "costituzionale" dovrebbe valere solo per le norme della CEDU che siano richiamate in ambito UE, col rischio, dunque, che si creino due categorie di diritti CEDU: quelli che entrano nell'ordinamento tramite l'art. 11, veicolati dal diritto comunitario e aventi diretta applicabilità, e quelli che restano "ancorati" all'art. 117, in quanto non corrispondenti ai diritti UE, che conservano il carattere di "norme interposte"[73].

Per evitare tali conseguenze di scindere in due categorie i diritti della CEDU nel loro rapporto con l'ordinamento italiano, si può segnalare l'effetto prodotto, sempre a partire dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, dagli art. 52 e 53 della Carta di Nizza che consentono di effettuare un richiamo alla CEDU, di conferire ai diritti della CEDU un'uguale portata e significato nei casi di corrispondenza con i diritti della Carta di Nizza, nonché di assegnare al giudice nazionale, che as-

[71] Si vedano, ad esempio, le sentenze n. 1220 del 2010 del Consiglio di Stato e n. 11984 del 2010 del TAR Lazio.

[72] Per tali considerazioni cfr. A. CELOTTO, *Il Trattato di Lisbona ha reso la CEDU direttamente applicabile nell'ordinamento italiano?* (in margine alla sentenza n. 1220/2010 del Consiglio di Stato), sul sito Internet all'indirizzo *http://www.giustamm.it* (consultato il 30.09.2010).

[73] Cfr. R. CAFARI PANICO – L. TOMASI, *Il futuro della CEDU tra giurisprudenza costituzionale e diritto dell'Unione europea,* in *Riv. dir. pubbl. comp. eur.,* 2008 (1), p. 186 ss.

sume le vesti di un "giudice dai tre cappelli"[74], un ruolo di interpretazione del diritto interno conformemente al dato costituzionale, alle norme comunitarie e al diritto convenzionale della CEDU. Il giudice nazionale è chiamato così a compiere un bilanciamento tra diritti secondo il canone della "maggior protezione" che lo legittima, a questo punto, a far prevalere non solo le norme di provenienza UE, ma anche quelle CEDU su quelle nazionali, ove chiaramente la tutela garantita dalle prime due categorie sia maggiore di quella assicurata dalle ultime.

Con riferimento, poi, al valore delle sentenze emesse dalla Corte EDU, è noto come esse costituiscano "diritto vivente" della CEDU e siano "il mezzo più immediato e incisivo per garantire il rispetto dei diritti"[75], specie nel caso delle sentenze della *Grand Chamber* che sono definitive e non più soggette a impugnazione (*ex* art. 44 CEDU), mentre sugli Stati incombe l'obbligo di esecuzione delle pronunce, secondo uno schema di obbligazione di risultato e libertà di mezzi (art. 46 CEDU).

Secondo i giudici di Strasburgo, le loro sentenze hanno un valore essenzialmente dichiarativo e si attagliano al caso esaminato, senza obbligo di *stare decisis* per la Corte medesima o un'applicazione delle sue statuizioni al di fuori dei "confini" delineati dalla vicenda considerata. Tuttavia l'importanza della Corte nell'ambito della tutela internazionale dei diritti è tale che, da un lato, è la Corte medesima a non esimersi dallo stigmatizzare gli orientamenti nazionali ritenuti lesivi della CEDU e a rifarsi ai propri precedenti. Per altro verso, sono gli Stati stessi ad aver mutato il loro rapporto con l'ordinamento sovranazionale rappresentato dalla Corte: il valore dichiarativo delle sentenze viene, infatti, meno nel momento in cui i giudici di Strasburgo affrontano casi spinosi e su cui è acceso il dibattito in tutta Europa, per cui gli Stati, anche non direttamente coinvolti nelle cause affrontate dalla Corte, si appellano a quelle statuizioni per valutare che il loro ordinamento non rechi lesioni ai diritti umani o per correggere eventuali violazioni commesse. Se, dunque, gli effetti diretti delle decisioni europee si producono solo a livello dello Stato coinvolto, gli effetti indiretti condizionano l'azione e il diritto di molti Paesi presso i quali "a rigor di logica il *decisum* della Corte non dovrebbe esplicare effetto alcuno"[76].

Le sentenze della Corte di Strasburgo, allora, circolano all'interno

[74] R. CONTI, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale ed il ruolo del giudice: l'interpretazione conforme,* in *Pol. dir.* 2007 (3), p. 378.

[75] G. ROMANO – P. GENITO, *Efficacia delle sentenze di condanna della Corte di Strasburgo ed esecuzione delle stesse*, in AA.VV., *La tutela dei diritti e delle libertà nella CEDU*, supplemento a *Giur. merito*, vol. XL, 2008 (12), p. 32.

[76] A. GARDINO CARLI, *Stati e Corte europea di Strasburgo nel sistema di protezione dei diritti dell'uomo*, Giuffrè, 2005, p. 139.

dell'Europa e fanno il loro ingresso negli ordinamenti nazionali, dando luogo al superamento delle barriere nazionali e realizzando quell'integrazione reciproca tra gli ordinamenti che oggi avviene grazie al "formidabile collante rappresentato dai diritti fondamentali"[77].

Guardando al caso italiano, la sentenza n. 349/2007 della Corte costituzionale, poc'anzi richiamata, ha reso esplicitamente un omaggio formale alla giurisprudenza della Corte EDU e al diritto convenzionale vivente[78], affermando che la CEDU abbia istituito un sistema di tutela uniforme dei diritti fondamentali e che le decisioni di Strasburgo si impongano a tutti gli attori operanti nell'ordinamento, investendo in prima battuta i giudici nazionali del ruolo di "giudici comuni della Convenzione" e riservando l'ultima parola sull'interpretazione della Carta alla Corte di Strasburgo, per cui nessun giudice interno può contraddire il "diritto vivente" della giurisprudenza europea. Inoltre, essendo entrato in vigore il Trattato di Lisbona e, di conseguenza, avendo assunto operatività la Carta di Nizza, si può dire che, nella ricerca della "maggior protezione" da assicurare ai diritti umani, potrebbero essere applicate nel nostro ordinamento disposizioni di rango comunitario o internazionale, così come le interpretazioni che di quelle disposizioni sono date dagli organi giurisdizionali competenti. In tal modo, allora, le sentenze della Corte di Strasburgo, che rappresentano la massima interpretazione della CEDU, assumerebbero nel nostro ordinamento – per il tramite dell'art. 11 della nostra Carta costituzionale, dell'art. 53 e del Preambolo della Carta di Nizza – un valore prevalente e vincolante[79].

[77] A. RUGGERI, *Carte internazionali dei diritti, Costituzione europea, Costituzione nazionale: prospettive di ricomposizione delle fonti in sistema,* Relazione all'incontro di studio "*La giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'Uomo*", organizzato dal Consiglio Superiore della Magistratura, Roma, 28.02-02.03.2007, p. 1-2, in *http://www.forumcostituzionale.it,* consultato il 30.09.2010.

[78] Anche altre recenti sentenze della Corte costituzionale hanno ribadito tale posizione. Ad esempio, cfr. decisione n. 39 del 2008, sentenze nn. 311 e 317 del 2009, pronunce nn. 187 e 196 del 2010, nonché, da ultima, la recente n. 80 del 2011. Per un commento cfr. 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?*; A. RUGGERI, *Conferme e novità di fine anno in tema di rapporti tra diritto interno e CEDU (a prima lettura di Corte cost. nn. 311 e 317 del 2009*). Per entrambi gli interventi cfr. *http://www.forumcostituzionale.it* (consultati il 30.09.2010). Si veda altresì F. POLACCHINI, *CEDU e diritto dell'Unione europea nei rapporti con l'ordinamento costituzionale interno. Parallelismi e asimmetrie alla luce della più recente giurisprudenza costituzioanle*, in *http://www.giurcost.org/studi/index.html* (consultato il 30.03.2011).

[79] Va detto, però, che sussistono "resistenze" da parte della giurisprudenza italiana nei riguardi della vincolatività dell'interpretazione che la Corte di Strasburgo dia della CEDU. Ciò è ravvisabile nel fatto che spesso le autorità giudiziarie operano un filtro

4.2 La legge n. 85/2009 e l'impatto della sentenza S. and Marper

In Italia, fino al giugno 2009, è mancata una legge che regolasse la banca del DNA nazionale a scopo investigativo e si è oscillato tra forme di archiviazione attivate a livello dei singoli corpi di polizia ("ufficialmente" confinate a singole indagini), redazione di numerosi progetti di legge genetica (caduti nel vuoto), attività di analisi forense diffuse tra i laboratori (ma senza alcun coordinamento per lo scambio di dati tra i laboratori delle forze di polizia e degli Istituti di medicina legale), assenza di "coperture normative" dinanzi a situazioni di fatto già esistenti e legittimate da una giurisprudenza, che sembra non aver voluto vedere l'esistente, né effettuare un'adeguata "messa a punto" dei vari diritti "in gioco"[80].

Attualmente è stata elaborata la legge n. 85/2009, frutto di un travagliato *iter,* la quale prevede a) l'adesione della Repubblica italiana al Trattato di Prüm; b) l'istituzione della banca dati nazionale del DNA e del laboratorio centrale per la banca dati nazionale del DNA; c) il conferimento della delega al Governo per l'istituzione dei ruoli tecnici del Corpo di polizia penitenziaria; d) le modifiche al codice di procedura penale in materia di accertamenti tecnici idonei ad incidere sulla libertà personale, ovvero in tema di prelievo coattivo (materia che finora ha conosciuto solo interventi settoriali[81] e la cui

giudiziale che limita le scelte di sollevare questioni di legittimità costituzionale sulla legge interna; in secondo luogo, si nota il ricorso allo strumento del *distinguishing*, che permette al giudice di sottrarsi alla soggezione a un determinato precedente vincolante dichiarando che il caso concreto in quel momento al suo esame non presenta le stesse circostanze di fatto che avevano giustificato la precedente decisione. Per un approfondimento cfr. C. DOMENICALI, *Il seguito della giurisprudenza costituzionale sul ruolo della CEDU nell'ordinamento italiano,* 15.09.2010 (Relazione presentata al Convegno "*Lo strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo*", Accademia delle Scienze, Bologna, 5 marzo 2010), in *http://www.forumcostituzionale.it,* consultato il 30.09.2010.

[80] Cfr., a titolo di esempio, la sentenza della Cass. Pen., Sez. V, n. 4430, 2007, in cui è stata dichiarata l'utilizzabilità della prova acquisita grazie alla comparazione del codice genetico ritrovato su alcuni oggetti con il codice detenuto in un archivio informatico gestito (in via di fatto) da una forza di polizia in esito ad un procedimento penale rimasto senza individuazione del presunto colpevole; o la sentenza della Cass. Pen., Sez. Feriale n. 34294, 2008, che si è pronunciata sulla legittimità dell'uso delle informazioni contenute nella banca dati del DNA di un altro Stato membro ai fini della concessione del mandato d'arresto europeo, a prescindere dalla possibilità o meno di accesso da parte dell'Italia nel *database* straniero.

[81] Tra queste norme speciali sul prelievo biologico rilevano quelle in materia di codice della strada per i reati di guida in stato di ebbrezza o sotto l'influsso di sostanze stupefacenti (accertamenti qualitativi non invasivi, di cui agli art. 186 e 187 del Decreto Legislativo n. 285/1992) e le norme sull'accertamento invasivo compiuto mediante prelievo ematico in ambito di violenza sessuale (di cui alla legge n. 66/1996). Anche la

regolamentazione è stata sollecitata dalla Corte costituzionale sin dal 1996)[82].

Volgendo lo sguardo alle previsioni contemplate dalla legge per quanto attiene alla materia di cui tratta la Corte EDU nella sentenza *S. and Marper*, le nome che maggiormente rilevano sono quelle relative alla durata e ai presupposti della conservazione dei dati (art. 13) e ai caratteri della fonte che disciplina la concreta operabilità del sistema di catalogazione (art. 16).

Se si prendono in considerazione i tre criteri fissati dalla pronuncia di Strasburgo emerge come essi non siano stati del tutto rispettati dalla normativa italiana.

Innanzitutto il *principio di legalità* non è stato correttamente seguito, avuto riguardo del rinvio del legislatore a regolamenti di attuazione (i quali rientrano nel novero delle fonti del diritto di rango secondario) per la trattazione di questioni importanti, quali il trattamento dei dati, l'analisi e le modalità di rimozione, come pure per maggiori indicazioni circa i tempi di conservazione dei campioni e dei profili. Inoltre, in riferimento ai connotati di chiarezza, precisione, prevedibilità, accessibilità che la legge dovrebbe avere, al di là del suo *nomen juris*, nel testo italiano potrebbe essere carente l'aspetto della "precisione", se si prende in esame il parametro indicato per il calcolo dei termini massimi di conservazione dei dati, ovvero la formula "all'ultima circostanza che ne ha determinato l'inserimento (per i profili) e il prelievo (per i campioni)"[83]. È evidente come tale formula renda complesso per l'operatore risalire al "*dies a quo*" in virtù del quale calcolare i tempi di conservazione e lasci incerti sul tipo di circostanza a cui si faccia riferimento.

Il *principio di finalità* non risulta, invece, violato, visto che l'intero

legge "antiterrorismo" n. 155/2005 rientra tra queste norme speciali, avendo aggiunto un comma II *bis* all'art. 349 c.p.p. che riconosce il potere discrezionale del PM al prelievo coattivo, a fini identificativi e di indagine, in caso di rifiuto del soggetto sospettato. Essa, poi, innova l'art. 354 c.p.p. al III comma, estendendo la possibilità del prelievo coattivo anche al caso di accertamenti e rilievi urgenti da parte della polizia, urgenza che si rileva dal pericolo di alterazione di luoghi e cose o dal fatto che il soggetto potrebbe non rendersi reperibile o disponibile.

[82] Si tratta della sentenza n. 238 del 09.07.1996 della Corte costituzionale, pronunciata in riferimento all'episodio della Madonnina di Civitavecchia, ossia al caso di rinvenimento di una statua della Madonna che lacrimava sangue. In quell'occasione la polizia aveva chiesto di effettuare il prelievo ematico coattivo di un soggetto sospettato (il sagrestano) e dei suoi familiari, al fine di codificarne il DNA e di confrontarlo con il profilo ricavato dalla statuetta. La Consulta, nel riconoscere il rifiuto del sagrestano al prelievo, ha rinviato al legislatore l'onere di precisare i casi e i modi di intromissione nella sfera privata e nell'integrità fisica dei cittadini.

[83] Art. 13, comma 4, legge n. 85/2009.

testo di legge è permeato dal fine di tutelare la sicurezza dei cittadini, anche se, come precisato dalla Corte, non basta una formula vaga per legittimare qualsiasi azione.

Quanto al terzo criterio – il *principio di necessità nella società democratica* – diversi sono i profili critici della legge italiana. La regola fissata dalla Corte di Strasburgo, secondo la quale non si possono conservare i profili di persone innocenti, non trova esatto riscontro nel testo legislativo in esame, in quanto le formule assolutorie, in presenza delle quali dar luogo alla cancellazione dei profili e alla distruzione dei campioni, non sono tutte quelle contemplate dal nostro codice di rito (mancano quelle relative all'archiviazione[84], alle sentenze anticipate di proscioglimento al termine della fase istruttoria[85], alla sentenza di non luogo a procedere, pronunciata al termine dell'udienza preliminare[86], o alle sentenze di proscioglimento nella fase dibattimentale)[87]. Risulta palese, allora, come il fatto di prevedere la possibilità di "uscita" dalla banca del DNA per alcuni soggetti prosciolti, e non per tutti, rafforzi la stigmatizzazione sociale e crei distinzioni entro la stessa categoria di persone, incrementando l'idea di "sospettati permanenti" e violando altresì principi cardine del nostro ordinamento come il principio di uguaglianza, di cui all'art. 3 della Costituzione, e l'art. 27 circa la presunzione di non colpevolezza.

Oltre alle criticità inerenti alle formule assolutorie, un ulteriore aspetto problematico è rappresentato dalla previsione sulla cancellazione disposta *d'ufficio* nei casi previsti, senza riconoscere all'imputato la facoltà di richiedere la rimozione dei dati che lo riguardano. Ciò riduce i diritti del singolo e chiaramente è in contrasto con il dettato della Corte e con i vari testi internazionali (come la Convenzione 108/1981) o comunitari (come la Direttiva CE/95/46), i quali conferiscono largo spazio alle facoltà di intervento, di informazione, di rettifica e cancellazione dei dati da parte del soggetto interessato. La mancata previsione di tale facoltà individuale lede, poi, il principio di "parità delle armi" su cui si è orientato il nostro legislatore nel 1988, a partire dalla riforma Vassalli del codice di procedura penale, in chiave tendenzialmente accusatoria, e mal si relaziona con gli art. 391 *bis* e segg. del codice di rito in merito alle in-

[84] Art. 408 c.p.p., rubricato "Richiesta di archiviazione per infondatezza della notizia di reato"; l'art. 410, rubricato "Opposizione alla richiesta di archiviazione"; l'art. 411, rubricato "Altri casi di archiviazione".

[85] Art. 469 c.p.p.

[86] Art. 425 c.p.p.

[87] Si fa riferimento al proscioglimento per improcedibilità *ex* art. 529 c.p.p. e art. 531 c.p.p. e alla sentenza di assoluzione nel merito *ex* art. 530 c.p.p..

dagini difensive (introdotti dalla Legge n. 397/2000, al fine di concedere alle parti in causa armi pari e mezzi identici di indagine).

In aggiunta, il fatto che il Pubblico Ministero abbia il potere di chiedere la cancellazione dei dati in favore dell'imputato assolto conferma lo "sbilanciamento", operato dalla legge, tra l'organo dell'accusa e la persona dell'imputato. Se si considera che questo regime rende impossibili nel nostro ordinamento richieste di cancellazione come quelle avanzate da S. e da Marper, risulta chiarissimo il rischio (ma verrebbe da dire certezza) di un ricorso individuale direttamente a Strasburgo a denuncia della normativa italiana, a causa della preclusione di esperire il ricorso in sede nazionale.

Passando, alle disposizioni che regolano i tempi di conservazione, è di tale evidenza l'eccessiva ampiezza dei tempi massimi previsti: i termini di venti e quarant'anni risultano, infatti, sproporzionati alla luce della finalità da raggiungere mediante l'instaurazione della banca, il che rende sempre più difficile "l'uscita" dalla banca dati per un gran numero di persone.

Infine, i criteri in base ai quali distinguere il prelievo e la successiva conservazione dei profili genetici (gravità dei reati e/o pericolosità del soggetto) sono assenti nella legge n. 85/2009, nella quale[88], si enucleano diverse categorie di soggetti unicamente per la fase del prelievo biologico e della tipizzazione del DNA, mancando una modulazione di durata in funzione della conservazione dei dati nella banca.

In conclusione, il dettato dei giudici di Strasburgo è stato trascurato dalla legge italiana e questo è tanto più grave, se si tiene presente il valore significativo che la CEDU e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo assumono nel nostro ordinamento, alla luce del quadro delineato dalla Corte costituzionale e dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona.

5. Conclusioni

La pronuncia *S. and Marper*, come si è visto, è rilevante sia sotto un profilo sostanziale, ossia quanto alle indicazioni che ha offerto in tema di banche del DNA nell'ottica di un corretto bilanciamento tra esigenze pubbliche elibertà individuali, sia sotto un profilo "strutturale", ovvero in materia di diritto delle fonti, visto il suo impatto e la sua fitta "rete" di relazioni con i diversi sistemi giuridici esistenti in Europa. Essa si rap-

[88] Cfr. art. 9 (che individua le categorie di soggetti da sottoporre a prelievo in relazione ai reati) e art.10 (sui casi dei profili reperiti nel corso dei procedimenti).

porta, infatti, sia con il sistema UE e con gli Stati nazionali (anche non diretti destinatari delle statuizioni), al punto che per cui il valore giuridico delle sentenze della Corte EDU non ammette più atteggiamenti di "chiusura" entro i confini nazionali.

Tale complessa interazione con i differenti attori, in questione conferma il "*transnational flow of legal standards*"[89], ossia quel fenomeno di "dialogo", intersezione e convergenza di vedute tra il sistema CEDU e UE (in particolare in tema di accesso ai dati genetici e di tutela della riservatezza), avente per effetto la produzione di un flusso di *standard* giuridici comuni, il quale costituisce il futuro "ad una sola voce" verso cui si muove la dimensione del diritto europeo.

[89] A. SANTOSUOSSO, *The Worldwide Law-Making Process in the Field of Science and Law: A Laboratory Bench (IBLARC)*, in *Journal of International Biotechnology Law*, 2009 (6), p. 1

TERZA SESSIONE

L'ADESIONE DELL'UE ALLA CEDU:
IL "NODO GIUDIZIARIO"

PRESIDENTE

Prof. Paolo MENGOZZI

"SUSSIDIARIETÀ" E VIE INTERNE DA ESAURIRE. A PROPOSITO DELL'ADESIONE DELLA UE ALLA CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

Vladimiro ZAGREBELSKY*

SOMMARIO: 1. Le vie interne al sistema UE. – 2. Il ruolo della Corte di Giustizia – 3. Il richiamo alla "sussidiarietà". – 4. Il destino della giurisprudenza *Bosphorus*.

1. Le vie interne al sistema UE

Dei numerosi aspetti della adesione della UE alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che meriterebbero di essere discussi, tratterò brevemente, poiché l'ora è ormai tarda, soltanto la questione dell'esaurimento delle vie interne e quella del destino della giurisprudenza *Bosphorus* una volta che l'Unione sia divenuta parte contraente.

Muovo da una constatazione ovvia, che non è tuttavia senza significato alla luce di certe discussioni che sono in corso nell'ambito della trattativa tra UE e Consiglio d'Europa: è l'Unione che aderisce a un sistema ormai in vigore da decenni e che riguarda quarantasette Stati; non è il sistema della Convenzione che muta per rendersi compatibile con le esigenze dell'Unione.

La necessità di tenere nel debito conto la particolare natura dell'Unione non può dunque snaturare il sistema della Convenzione, né assegnare all'Unione uno *status* privilegiato rispetto agli Stati che ne sono parte. Si tratta di principio non contestato e riconosciuto anche dall'Unione.

Ora uno dei cardini del sistema della Convenzione poggia

* Giudice della Corte europea dei diritti dell'uomo.

sull'obbligo di ciascuna parte contraente di istituire nel proprio sistema interno un insieme di ricorsi accessibili ed efficaci che siano idonei a riconoscere e riparare le violazioni dei diritti riconosciuti dalla Convenzione (art.13). A ciò corrisponde l'obbligo di ciascun ricorrente di esaurire i ricorsi interni disponibili ed efficaci prima di ricorrere alla Corte europea. In difetto di tale esaurimento il ricorso è irricevibile (art.35).

Lo scopo di tale complesso di disposizioni convenzionali – articoli 13 e 35 combinati – è quello di consentire/obbligare le parti contraenti a esaminare e risolvere in sede interna le questioni sollevate che riguardino i diritti convenzionali. In tal modo (e solo in tal senso) l'intervento della Corte europea è sussidiario.

Il primo quesito cui occorre dare risposta, quindi, riguarda la compatibilità del sistema dei ricorsi previsti nell'ordinamento dell'Unione con le esigenze dell'articolo 13 della Convenzione (nella interpretazione datane dalla giurisprudenza della Corte europea). Mi riferisco ai casi che riguardano l'azione di uno Stato membro in esecuzione (più o meno vincolata) di normativa dell'Unione.

Si può supporre che i ricorsi previsti in ognuno degli Stati membri dell'Unione (da tempo ormai tutti parte contraente della Convenzione) siano in linea generale adeguati. In ogni caso quindi un potenziale ricorrente alla Corte europea ha a sua disposizione (e deve quindi utilizzare) vie di ricorso accessibili ed efficaci per esaminare le questioni che, in materie che coinvolgono competenze dell'Unione, riguardano i diritti previsti dalla Convenzione.

Ma la risposta al quesito posto sopra non sembra essere altrettanto sicura e positiva se si considera la possibilità di ricorso alle istanze giudiziarie dell'Unione. Anche dopo il Trattato di Lisbona, infatti, l'accesso alla Corte di giustizia dell'Unione è notevolmente limitato.

Una prima valutazione del complesso sistema dell'Unione potrebbe condurre a ritenere che i ricorsi nazionali siano sufficienti, rispetto alle esigenze poste dall'articolo 13 della Convenzione. Nelle procedure di cui si tratta i giudici nazionali agiscono come giudici comuni del diritto dell'Unione e agiscono quindi nell'ambito del sistema dell'Unione.

2. Il ruolo della Corte di Giustizia

Ma una simile costruzione non riflette una esigenza, propria del sistema comunitario fin dall'origine e sviluppata dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, legata alla necessità di assicurare la coerenza ed eguale applicazione del diritto dell'Unione in tutti gli Stati membri. A tale e-

sigenza risponde lo strumento del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia previsto dall'art.267 TFUE: rinvio che possono o devono utilizzare, a seconda dei casi, i giudici nazionali quando esaminano questioni che richiedono l'applicazione del diritto dell'Unione.

Si tratta di un ricorso incidentale che si è dimostrato particolarmente efficace rispetto alla necessità di uniformità nella applicazione del diritto dell'Unione, tramite il monopolio interpretativo riconosciuto alla Corte di giustizia. Dal punto di vista del sistema della Convezione europea, tuttavia, tale ricorso non ha un particolare rilievo (anche se in alcune ipotesi il rifiuto del giudice di attivarlo può porre un problema di equità della procedura). Infatti esso non è capace di risolvere la questione posta dal ricorrente al giudice, riconoscendo la violazione del diritto convenzionale fatto valere e riparandone le conseguenze. Anche quando la Corte di giustizia, andando oltre la sola interpretazione del diritto, affermasse l'invalidità dell'atto dell'Unione, infatti, rimarrebbero comunque da regolare le conseguenze pregiudizievoli eventualmente patite dal ricorrente. Si aggiunga che si tratta di ricorso che non è nella disponibilità del ricorrente, ma nella sola responsabilità dei giudici. Esso quindi non è un ricorso utile ai fini dell'articolo 13 della Convezione.

Concludo dicendo che a mio avviso si richiama impropriamente la sussidiarietà del ricorso alla Corte europea quando si chiede, come il Consiglio dell'Unione ha fatto nell'indirizzare alla Commissione le condizioni di negoziazione dell'adesione alla Convenzione, la previsione di un meccanismo che, prima della decisione di un ricorso da parte della Corte europea, consenta l'intervento della Corte di giustizia in ogni caso in cui essa non abbia avuto modo di intervenire e pronunciarsi sulla compatibilità dell'atto dell'Unione con i diritti fondamentali (non essendo stata posta dai giudici nazionali la questione incidentale di interpretazione ai sensi dell'art. 263 TFUE).

3. Il richiamo alla "sussidiarietà"

Naturalmente il richiamo alla sussidiarietà risponde alla necessità di dimostrare la compatibilità (o addirittura la necessità) di un tale meccanismo nel quadro del sistema convenzionale. Ma a me pare che per chiarezza occorrerebbe evitare il richiamo alla sussidiarietà. Tanto più da parte dell'Unione, che, sostenendo la necessità di un ultimo esame da parte della sua Corte di giustizia tra i ricorsi il cui esaurimento deve precedere l'intervento della Corte europea, ammetterebbe che anche a livello dell'Unione (e non solo nei sistemi nazionali) deve essere garantito un

ricorso efficace ai sensi dell'articolo 13 (non solo a chi ricorre alla Corte europea, ma evidentemente a tutti). Ciò facendo l'Unione aprirebbe il problema dei limiti che tuttora sono posti alla possibilità dei singoli di ricorrere alla Corte di giustizia. Senza contare che per superare quei limiti si indurrebbero i singoli a percorrere il tortuoso percorso che per raggiungere il Lussemburgo deve necessariamente far tappa a Strasburgo!

In ogni caso l'intervento della Corte di giustizia non potrebbe limitarsi al fornire l'interpretazione del diritto dell'Unione. Dovrebbe trattarsi di un ricorso a una giurisdizione di annullamento e prevedere anche la riparazione della violazione che abbia subito il ricorrente.

Per terminare le mie osservazioni sul sistema dei ricorsi nel quadro dell'Unione e del rapporto che esso ha con la giurisdizione della Corte europea, vorrei accennare rapidamente ad una recente affermazione del senatore Robert Badinter, ripresa da una risoluzione del Senato francese, secondo la quale "tutta l'area della politica estera di sicurezza comune dovrebbe essere espressamente esclusa dal campo di applicazione dell'accordo di adesione. Come si sa, la Corte di giustizia non è essa stessa competente in questa materia. Sarebbe paradossale riconoscere la competenza di una giurisdizione esterna all'Unione, per rispettabile ch'essa sia!". Ora, tutt'al contrario, a me pare che i limiti che il diritto dell'Unione eventualmente ponga al ricorso al giudice nel caso in cui alcuno si ritenga vittima della violazione di un suo diritto convenzionale, lungi dall'escludere la competenza – giustamente *esterna* – della Corte europea, porrebbe invece un problema di adeguatezza del sistema dell'Unione rispetto, questa volta sì, al principio di sussidiarietà.

4. Il destino della giurisprudenza Bosphorus

Vengo infine rapidamente alla questione della giurisprudenza *Bosphorus* e della presunzione di protezione equivalente assicurata dal sistema dell'Unione (anche nella successiva applicazione estensiva fattane dalla Corte europea). Si dice che la *ratio* della sentenza *Bosphorus* risiede nella volontà della Corte europea di non frapporre difficoltà alla cooperazione internazionale di cui il processo comunitario è specifico esempio. E' la stessa Corte europea nella sua sentenza a dichiarare che essa considera le necessità proprie di tale cooperazione. Ma ciò che a me pare da tenere in conto è la ragione per cui una diversa giurisprudenza (che non riconoscesse un privilegio alla Unione rispetto alle altre parti contraenti) sarebbe pregiudizievole sul piano dei rapporti tra Stati membri e Unione. Si tratta della questione della doppia fedeltà, cui sono tenuti gli

Stati membri nei confronti della Convenzione e nei confronti dell'Unione. Ma una volta che l'Unione aderisca alla Convenzione e non sia più un ente esterno, non responsabile rispetto alla Convenzione e alla sua Corte, ma che pretende fedeltà dagli Stati membri che invece sono convenuti in giudizio avanti la Corte europea, la questione della doppia fedeltà non si pone più. Aggiungo che non si può non tener conto del fatto che, nel significato che è loro proprio nel quadro della Convenzione europea, i diritti fondamentali sono ormai parte del diritto primario dell'Unione, cosicché ogni contrasto o concorrenza dovrebbe essere escluso. Ove un contrasto si verificasse, la Corte europea, nella sua opera di controllo esterno, sarebbe chiamata a pronunciarsi a tutela dei diritti fondamentali dei singoli, senza che sia ammissibile un diverso trattamento tra i diversi soggetti che sono parte contraente della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

I RAPPORTI TRA LA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO E LA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA NELLA PROSPETTIVA DI ADESIONE DELL'UNIONE EUROPEA ALLA CONVENZIONE EUROPEA PER LA SALVAGUARDIA DEI DIRITTI DELL'UOMO E DELLE LIBERTÀ FONDAMENTALI

Marc JAEGER*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. I rapporti tra i due sistemi prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. – 3. La nuova formulazione dell'art. 6 del Trattato sull'Unione europea. – 4. I nodi della negoziazione. – 5. La questione dell'accesso al giudice.

1. Premessa

Innanzitutto, desidero ringraziare la Società Italiana di diritto internazionale per avermi invitato a partecipare a questa sua riunione annuale, che ha per oggetto la protezione dei diritti fondamentali tra Carta dei diritti dell'Unione europea e standard internazionali di tutela. Indubbiamente, una questione fondamentale rispetto al tema proposto è rappresentata dall'adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, da cui discenderanno inevitabili conseguenze nei rapporti tra le corti che, nei due sistemi, garantiscono, nell'ambito delle rispettive competenze, il rispetto del diritto.

Nel mio intervento mi propongo di ricordare brevemente l'evoluzione dei rapporti tra i due sistemi, prima dell'entrata in vigore del

* Presidente del Tribunale. Le opinioni e i giudizi personali espressi impegnano esclusivamente la responsabilità dell'Autore e non quella dll'istituzione che rappresenta.

Trattato di Lisbona. Passerò poi ad analizzare la nuova formulazione dell'art. 6 del Trattato sull'UE, con particolare riguardo al paragrafo 2, ai sensi del quale "l'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali". Se da un lato, tale paragrafo sancisce l'obbligo di aderire al sistema della Convenzione di Roma, dall'altro, l'obiettivo solleva una serie di questioni tecnico-giuridiche, che non potranno non essere affrontate in sede di negoziazione e delle quali mi propongo di dare conto. Infine, svolgerò alcune considerazioni sul problema dell'accesso al giudice, al fine di valutare se il diverso approccio delle due Corti alla questione sia suscettibile in un momento successivo all'adesione di creare contrasto tra i due sistemi.

2. I rapporti tra i due sistemi prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona

Com'è noto, all'origine, né i trattati comunitari contenevano disposizioni relative ai diritti fondamentali, stante la vocazione prettamente economica delle Comunità, né la Corte di giustizia ne aveva riconosciuto l'esistenza[1]. Tuttavia, nel corso del tempo, emerse l'esigenza di tutelare tali diritti, anche in ragione della crescente insoddisfazione manifestata da alcune giurisdizioni nazionali, in particolare la Corte costituzionale italiana e il *Bundesverfassungsgericht* tedesco, che mettevano in discussione il primato del diritto comunitario qualora quest'ultimo non avesse rispettato i diritti fondamentali[2]. Per queste ragioni, la Corte di giustizia ammise la rilevanza dei diritti fondamentali, riconoscendo loro nelle sentenze *Stauder*, *Internationale Handelsgesellschaft* e *Nold*[3], il valore di principi generali di diritto comunitario. Naturalmente, nella prospettiva integrazionista, tale tutela rappresentava, per un verso, un passaggio fondamentale al fine di migliorare il funzionamento del sistema comunitario e, per l'altro, un modo per ribadire il primato dell'ordinamento comuni-

[1] In questo senso si vedano le sentenze della Corte del 4 febbraio 1959, *Stork/Alta Autorità*, 1/58, Racc. p. 43; del 15 luglio 1960, *Präsident e a./Alta Autorità*, 36/59-38/59 e 40/59, Racc. p. 857, e del 1° aprile 1965, *Sgarlata e a./Commissione*, 40/64, Racc. p. 279.

[2] In proposito, si rinvia alla ben nota sentenza della Corte costituzionale tedesca, ribattezzata Solange I, nella quale la Corte di Karlsrhue stabilì che fintantoché la Comunità non si fosse dotata di un catalogo di diritti fondamentali, questi diritti, come sanciti dalle Costituzioni nazionali, avrebbero potuto prevalere sul diritto comunitario.

[3] Cfr. le sentenze della Corte del 12 novembre 1969, *Stauder*, 29/69, Racc. p. 419; del 17 dicembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, 11/70, Racc. p. 1125, e del 14 maggio 1974, *Nold/Commissione*, 4/73, Racc. 1974, p. 491.

tario su quello nazionale[4]. La tutela dei diritti fondamentali, realizzata per via giurisprudenziale, è stata in seguito formalizzata nei diversi emendamenti ai trattati.

Parallelamente a questo processo di codificazione, si è cominciato a discutere sulla opportunità di rafforzare ulteriormente la tutela dei diritti umani fondamentali, individuando nell'adesione alla CEDU un passaggio fondamentale in tale processo. Tuttavia, nel ben noto parere 2/94, questo possibile sviluppo è stato interrotto dalla Corte, la quale ha ritenuto che date le implicazioni "costituzionali" dell'adesione, questa avrebbe potuto realizzarsi solo in un momento successivo ad una revisione dei trattati, in cui all'UE fosse stata conferita la competenza da parte degli Stati membri ad aderire alla CEDU[5]. Nonostante questa battuta d'arresto,

[4] Come osservato in dottrina, la Corte di giustizia ha avuto un ruolo determinante nella evoluzione della tutela dei diritti fondamentali in seno all'UE. Su tale evoluzione v. A. TIZZANO, *The Role of the ECJ in the Protection of Fundamental Rights,* in TIZZANO, A., … in A. ARNULL, P. EECKHOUT, T. TRIDIMAS (eds.), *Continuity and Change in EU Law: Essays in Honour of Sir Francis Jacobs*, Oxford, 2008, pp. 125-138. Il portato di questa evoluzione é stato il riconoscimento della "natura costituzionale" dei diritti umani fondamentali, divenuti il parametro della legalità degli atti dell'UE, che spetta alla Corte di giustizia controllare nell'ambito del sistema completo di mezzi di ricorso istituito dal Trattato stesso. In tal senso, si veda la sentenza della Corte del 3 settembre 2008, *Kadi e Al Barakaat International Foundation/Consiglio e Commissione*, C-402/05 P e C-415/05 P, Racc. p. I-6351. Su questa sentenza v., per gli aspetti che qui interessano, SANDULLI, A., *I rapporti tra diritto europeo ed internazionale. Il caso Kadi: un nuovo caso Solange?*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2008, pp. 513-520; JACQUÉ, J.-P., *Primauté du droit international versus protection des droits fondamentaux*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2009, pp. 161-179. Sulle sentenze del Tribunale impugnate (sentenze del 21 septembre 2005, *Yusuf e Al Barakaat International Foundation/Coniglio e Commissione*, T-306/01, Racc. p. II-3533, e Kadi/Consiglio e Commissione, T-315/01, Racc. p. II-3649), v. MENGOZZI, P., *The European Union Balance of Powers and the Case Law related to EC External Relations*, in *Economic Law and Justice in Times of Globalisation / Wirtschaftsrecht und Justiz in Zeiten der Globalisierung: Festschrift for Carl Baudenbacher*, Baden-Baden, 2007, p. 216. Sul rapporto tra le libertà economiche e i diritti fondamentali si veda SKOURIS, V., *Fundamental Rights and Fundamental Freedoms: The Challenge of Striking a Delicate Balance*, in *European Business Law*, 2006, p. 233.

[5] Cfr. il parere della Corte del 28 marzo 1996, 2/94, Racc. p. I-1759. Su tale parere v. 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'Europe*, in DONY, M. - BRIBOSIA, E. (sous la direction de), *L'avenir du système juridictionnel de l'Union européenne*, Bruxelles, 2002, pp. 205-256; DE SCHUTTER, O. - LEJEUNE, 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 CE*, in *Cahiers de droit européen*, 1996, p. 555-606; GAJA, G., *Opinion 2/94, Accession by the Community to the European Convention for the protection of Human Rights end Fundamental Freedoms*, in *Common Market Law Review*, 1996, p. 973-989; ROSSI, L. S., *Il parere 2/94 sull'adesione della Comunità europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 1996, pp. 839-861; WACHSMANN, P., *L'avis 2/94 de la Cour de justice relatif à l'adhésion de la*

nel corso degli anni, le due Corti hanno tra loro "dialogato" e proprio questo loro dialogo costruttivo ha fatto emergere alcune criticità del sistema[6]. In effetti, alcune pronunce della Corte CEDU hanno evidenziato che la mancata partecipazione dell'UE alla Convenzione di Roma rendeva il sistema di tutela dei diritti umani incompleto. In proposito, basti qui ricordare, anche perché funzionali alle considerazioni svolte nel prosieguo dell'analisi, le soluzioni elaborate dalla Corte CEDU nei casi *Mathews*[7] e *Bosphorus*[8]. In particolare, in questa sentenza, a sei anni di di-

Communauté européenne à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 1996, pp. 467-491.

[6] In generale sul rapporto tra le due corti si vedano SPIELMANN, D., *La prise en compte de la promotion du droit communautaire par la Cour de Strasbourg*, in *Les droits de l'homme en évolution : mélanges en l'honneur du professeur Petros J. Pararas*, 2009, pp. 455-478; TOMASI, L., *Il dialogo tra corti di Lussemburgo e di Strasburgo in materia di tutela dei diritti fondamentali dopo il Trattato di Lisbona*, *Dalla Costituzione europea al Trattato di Lisbona*, 2008, pp. 149-182; LAVRANOS, N., *The Solange-dialogue between the ECJ and ECrtHR*, in *European Law Reporter*, 2008, pp. 384-399; JACOBS, F.G., *Between Luxembourg and Strasbourg: dialogue between the European Court of Human Rights and the European Court of Justice*, in *Die Herausforderung von Grenzen: Festschrift für Roland Bieber = Le défi des frontières = Challenging boundaries*, 2007, pp. 205-214; SIMON, D., *Des influences réciproques entre CJCE et CEDH: "je t'aime, moi non plus"?*, in *Pouvoirs n. 96, Les Cours européennes*, 2001, p. 45.

[7] Nella sentenza *Mathews*, la Corte CEDU ha constatato che l'esclusione di Gibilterra dalle elezioni del Parlamento europeo costituiva una violazione da parte del Regno Unito dell'art. 3 del protocollo n. 1 alla CEDU, relativo all'obbligo di organizzare periodicamente libere elezioni. Per un commento si vedano JACQUE, J.-P., *L'affaire Matthews (suite et fin)*, in *L'Europe des libertés*, 2006, no. 21, pp. 2-4; GONZALEZ ALONSO, L. N., *Las secuelas del asunto Matthews y el voto de los gibraltareños en las elecciones al Parlamento Europeo: lo que mal comienza, mal termina*, in *Revista española de derecho internacional*, 2002, pp. 987-991; KAUFF-GAZIN, F., *L'arrêt Matthews : vers une évolution des rapports entre la Cour européenne des droits de l'homme et l'ordre juridique communautaire?*, in *ERA-Forum*, 2000, pp. 17-22; COHEN-JONATHAN, G., *A propos de l'arrêt Matthews c/ Royaume-Uni: (18 février 1999)*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 1999, pp. 637-657.

[8] Cfr. la sentenza della Corte CEDU del 30 giugno 2005, ricorso n. 45036/98. Su questa sentenza si vedano CONFORTI, B., *Le principe d'équivalence et le contrôle sur les actes communautaires dans la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'homme*, in *Human Rights, Democracy and the Rule of Law: liber amicorum Luzius Wildhaber*, Zürich-Baden-Baden, 2007, p. 173 ss; ECKES, C., *Does the European Court of Human Rights provide protection from the European Community?: the case Bosphorus,* in *European Public Law*, 2007, pp. 47-67; BERRAMDANE, A., *Remarques à propos de l'arrêt de la Grande chambre de la Cour européenne des droits de l'homme du 30 juin 2005, Bosphorus Haba Yollari Turizm/Irlande*, in *Regards sur le droit de l'Union européenne après l'échec du Traité constitutionnel*, 2007, pp. 203-211; CALLEWAERT, J., *Les voies de recours communautaires sous l'angle de la Convention européenne des droits de l'homme: la portée procédurale de l'arrêt Bosphorus*, in *Liber amicorum Luzius Wildhaber*, 2007, pp. 115-131; BARRETO, I. C., *La Cour européenne des droits de l'homme et le droit communautaire: quelques réflexions à propos de l'arrêt Bosphorus*, in *Promoting justice, human rights and conflict resolution through international law : liber amicorum*

stanza dall'affare *Matthews*, la Corte di Strasburgo è tornata ad occuparsi della sindacabilità ai sensi della CEDU degli atti provenienti dall'ordinamento dell'UE. Il ragionamento dei giudici di Strasburgo in questo caso, ripreso dalla Corte nelle sue sentenze successive[9], corrisponde allo stato dell'arte. Chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità delle misure poste in essere dall'Irlanda per dare attuazione al regolamento n. 990/93, la Corte di Strasburgo ha scelto di proseguire sulla via della protezione equivalente, aperta con la decisione resa dalla Commissione europea dei diritti dell'uomo nel caso *M. & Co. c. Gemania*[10]. Tuttavia, come risaputo, nella sentenza *Bosphorus*, la Corte non si è limitata a recepire il principio elaborato dalla Commissione, sviluppando un test molto più artico-

Lucius Caflisch. La promotion de la justice, des droits de l'homme et du règlement des conflits par le droit international, 2007, pp. 55-79; CONSTANTINESCO, V., *C'est comme si c'était fait: observations à propos de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme, Bosphorus*, in *Cahiers de droit européen*, 2006, pp. 363-378; ANDRIANTSIMBAZOVINA, J., *La Cour de Strasbourg, gardienne des droits de l'homme dans l'Union européenne?: remarques autour de l'arrêt de Grande chambre de la Cour européenne des droits de l'homme du 30 juin 2005, Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi c/ Irlande*, in *Revue française de droit administratif*, 2006, pp. 566-576; CAPPUCCIO, L., *Sul rapporto tra le limitazioni all'uso dei beni e la partecipazione alla Comunità europea nel "caso Bosphorus"*, in *Quaderni costituzionali*, 2006, pp. 149-151; JACQUE, J.-P., *Droit communautaire et Convention européenne des droits de l'homme : l'arrêt Bosphorus, une jurisprudence "Solange II" de la Cour européenne des droits de l'homme*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2005, pp. 756-767.

[9] Cfr. la decisione della Corte CEDU del 12 maggio 2009, *Gasparini c. Italia e Belgio*, ricorso n. 10750/03. Sulla giurisprudenza successiva alla sentenza *Bosphorus* si vedano LOCK, T., *Beyond Bosphorus: the European Court of Human Rights' Case law on the Responsibility of member States of International Organisations under the European Convention on Human Rights*, in *Human Rights Law Review*, 2010, p. 529; BENOIT-ROHMER, F., *Bienvenue aux enfants de Bosphorus: la Cour européenne des droits de l'homme et les organisations internationales*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2010, pp. 19-37; POTTEAU, A., *À propos d'un pis-aller: la responsabilité des États membres pour l'incompatibilité du droit de l'Union avec la Convention européenne des droits de l'homme: remarques relatives à plusieurs décisions "post-Bosphorus" de la Cour européenne des droits de l'homme*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2009, pp. 697-716; CALLEWAERT, J., *The European Convention on Human Rights and European Union Law: a Long Way to Harmony*, in *European Human Rights Law Review*, 2009, p. 768.

[10] Cfr. la decisione della Commissione europea dei diritti dell'uomo del 9 febbraio 1990, ricorso n. 13258/87. In tale decisione era stato chiarito che la responsabilità degli Stati per violazione della CEDU non sussistesse se quest'ultimi non disponevano di alcun potere discrezionale nell'attuazione di un atto emanato da un'organizzazione internazionale, a condizione che all'interno di detta organizzazione i diritti fondamentali ricevessero una protezione equivalente a quella garantita dalla CEDU. In questo modo, era fatta salva l'estraneità dell'ordinamento comunitario alla CEDU e, al tempo stesso, si cercava di salvaguardare attraverso il principio della "protezione equivalente" una residuale operatività della Convenzione stessa in quelle aree del diritto nazionale a più stretto contatto col diritto comunitario.

lato di quanto fatto in passato. Infatti, la Corte ha precisato le condizioni che devono essere soddisfatte perché l'organizzazione internazionale da cui promanano gli atti impugnati soddisfi il requisito della protezione per equivalenti[11], giungendo alla conclusione che l'UE garantiva tale protezione[12]. Nonostante la soluzione condivisibile raggiunta dalla Corte, la quale ha riconosciuto all'ordinamento dell'UE di avere sviluppato un sistema di protezione dei diritti umani equivalente a quello della convenzione di Roma e dei suoi protocolli, in realtà, è rimasta irrisolta la questione alla base del ragionamento svolto dalla Corte CEDU, ossia la mancata partecipazione dell'UE alla Convenzione di Roma.

3. La nuova formulazione dell'art. 6 del Trattato sull'Unione europea

La formula della protezione per equivalenti elaborata dalla Corte di Strasburgo non ha quindi eliminato il dibattito relativo all'adesione dell'UE alla CEDU, che ha continuato ad essere considerata l'unica soluzione per garantirle la possibilità di esercitare un controllo diretto sugli atti dell'UE. Oltre che auspicata dai commentatori, l'adesione dell'UE al sistema della CEDU è ritornato ad essere un punto centrale dell'agenda dell'UE e dei suoi Stati membri, i quali già nel corso della Convenzione avevano raggiunto l'accordo sull'inserimento di una disposizione abilitante l'UE ad aderirvi. Il progetto della Convenzione nella trasposizione al testo del Trattato costituzionale era stato poi parzialmente modificato, trasformando una semplice facoltà di adesione in obbligo positivo. Infi-

[11] In primo luogo, la Corte ha stabilito che tale protezione non possa essere circoscritta ai soli diritti fondamentali "sostanziali", ma debba anche estendersi alle vie di ricorso giurisdizionali volte ad assicurare effettivamente il rispetto di questi ultimi. In secondo luogo, la Corte CEDU ha aggiunto che un giudizio di equivalenza, quest'ultima da intendersi come "comparabilità" e non come "identità" tra livelli di tutela, può essere in ogni momento messo in discussione, alla luce delle modifiche subite dal sistema di garanzia dei diritti preso in considerazione. Infine, la Corte ha concluso che, qualora sia accertata tale protezione equivalente, debba presumersi la conformità dell'azione delle autorità statali, laddove esse non facciano altro che dare attuazione agli obblighi scaturenti dall'atto dell'organizzazione, venendo meno tale presunzione solo nel caso in cui sia dimostrato che la protezione dei diritti garantiti dalla Convenzione risulti viziata da una insufficienza manifesta.

[12] A riguardo, i giudici di Strasburgo hanno preso atto dei progressi compiuti dalle istituzioni europee quanto alla protezione dei diritti fondamentali. Sulla base di queste considerazioni, essi hanno concluso non solo che l'UE garantisce un livello di tutela dei diritti equivalente a quello della CEDU e che quindi l'Irlanda, nel caso di specie, ha agito conformemente ai suoi obblighi internazionali, ma anche che dall'esame dei fatti di causa non emerge alcuna "insufficienza manifesta" nella protezione dei diritti della società ricorrente.

ne, la previsione dell'adesione alla CEDU, contenuta al paragrafo 2 dell'art. I-9 del Trattato costituzionale, è stata ripresa nel corso del negoziato del trattato di Lisbona e l'intera struttura di detto articolo mantenuta anche nell'attuale art. 6 del TUE.

L'articolo 6 riconosce alla Carta dei diritti fondamentali lo stesso valore giuridico dei trattati[13], impone all'UE di aderire alla CEDU e conferma la natura di principi generali del diritto dell'UE dei diritti garantiti dalla CEDU e risultanti dalle tradizioni costituzionali degli Stati membri. Sulla nuova formulazione dell'art. 6 è utile svolgere alcune considerazioni introduttive[14]. Innanzitutto, come osservato in dottrina[15], l'attuale art. 6 si presenta come una disposizione molto articolata, che sebbene accolga la struttura tripartita dell'art. I-9, non è del tutto coincidente con esso con riguardo al par. 1. Infatti, in tale paragrafo, sono stati introdotti due commi non previsti nel trattato costituzionale, in base ai quali le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati e i diritti, le libertà e i principi della Carta vanno interpretati in conformità delle disposizioni generali del titolo VII di quest'ultima, che disciplinano la sua interpretazione e applicazione, tenendo in considerazione le spiegazioni fornite nel testo ed indicanti le fonti di tali disposizioni. In secondo luogo, è altresì interessante osservare che, in passato, l'inserimento di un decalogo di diritti fondamentali è stato spesso considerato alternativo all'adesione dell'UE alla CEDU. Tuttavia, i due strumenti sono tra loro complementari: la Carta soddisfa l'esigenza di tutelare i diritti fondamentali sul versante interno dell'ordinamento dell'UE, mentre, l'adesione consente a quest'ultima di sottoporsi ad un meccanismo internazionale di controllo.

[13] Sulla Carta dei diritti fondamentali si vedano BERTRAND, F., (sous la direction de), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne après le traité de Lisbonne*, Bruxelles, 2010; ROSSI, L.S., *Il rapporto fra Trattato di Lisbona e Carta dei diritti fondamentali dell'UE*, in *Le scommesse dell'Europa*, 2009, pp. 73-88; BULTRINI, A., *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.; VILLANI, U., *I diritti fondamentali tra Carta di Nizza, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e progetto di Costituzione europea*, in *Studi su la protezione internazionale dei diritti umani*, Roma, 2005, p.129 ss.

[14] Per i primi commenti all'art. 6 TUE si vedano MENGOZZI, P., *Les caractéristiques spécifiques de l'Union européenne dans la perspective de son adhésion à la CEDH*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2010, p. 243 ss.; DANIELE, L., *La protezione dei diritti dell'uomo nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona: un quadro d'insieme*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2009, p. 645 ss.; PARISI, N., *Funzione e ruolo della Carta dei diritti fondamentali nel sistema delle fonti alla luce del Trattato di Lisbona*, *ivi*, p. 653 ss.; GIANNELLI, A., *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU secondo il Trattato di Lisbona*, *ivi*, p. 678 ss.

[15] DANIELE, L., *La protezione*, cit., p. 649.

Ciò premesso, il paragrafo 2 dell'art. 6 stabilisce che l'UE aderisce alla Convenzione di Roma, senza che tale adesione modifichi le competenze dell'Unione definite nei trattati. Come nel progetto costituzionale, quindi, l'adesione è un obbligo di natura positiva. La dottrina ha espresso opinioni divergenti sulla reale portata ed incidenza dell'adesione dell'UE alla CEDU. Una parte di essa, pur riconoscendone l'alto valore simbolico e politico, ha espresso dubbi sul fatto che essa fosse necessaria per colmare lacune[16]. Al contrario, un'altra parte ne ha sottolineato l'ineludibilità e l'urgenza, al fine di colmare una serie di presunte carenze nel sistema di tutela dei diritti umani[17]. Indubbiamente, non si può non concordare sul fatto che, nonostante l'alto livello di tutela dei diritti realizzato nell'ambito dell'UE, la possibilità riconosciuta ai singoli di adire un'istanza internazionale affinché si pronunci sulla conformità degli atti dell'UE ai diritti umani, non può che essere salutata positivamente, sebbene vada tenuto in debito conto che nell'ambito dell'UE tali diritti sono già garantiti[18].

Ai fini della esatta comprensione della modalità di adesione dell'UE alla CEDU, tuttavia, non ci si può limitare al solo paragrafo 2 dell'art. 6, dovendosi tenere in considerazione anche il Protocollo 8 sull'adesione dell'UE alla CEDU nonché la dichiarazione relativa a tale articolo. Il protocollo 8, composto da tre articoli, stabilisce che l'accordo di adesione deve garantire il rispetto delle caratteristiche specifiche del'UE, con riguardo in particolare alla sua eventuale partecipazione agli organi di controllo previsti dalla Convenzione europea e alla previsione dei meccanismi necessari affinché i procedimenti avviati da Stati non membri e i singoli siano indirizzati correttamente a Stati membri e/o all'UE.

Inoltre, il Protocollo limita l'incidenza dell'adesione nei confronti dell'UE e dei suoi Stati membri. Più precisamente, l'art. 2 stabilisce che l'adesione non possa incidere, da un lato, sulle competenze dell'UE e

[16] In questo senso si veda TIMMERMANS, C., *L'adhésion de l'Union Européenne à la Convention européenne des Droits de l'homme*, pp. 1-2, audizione presso la Commissione Affari Costituzionali del Parlamento europeo del 18 marzo 2010, consultabile sul sito *www.europarl.europa.eu/activities/committees/eventsCom.do?language=EN&body=AFCO* (visitato il 25 gennaio 2011).

[17] Così DE SCHUTTER, O., *L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme: feuille de route de la négociation*, pp. 4-7, audizione presso la Commissione Affari Costituzionali, cit.

[18] Peraltro, non si deve dimenticare che dall'art. 52, par. 3 della Carta si evince che quello della CEDU rappresenta uno standard minimo di tutela, suscettibile di essere elevato all'interno dell'UE. Si vedano, in argomento PICOD, F., *Pour un développement durable des droits fondamentaux de l'Union européenne*, in *Chemins d'Europe: mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, 2010, p. 544; VILLANI, U., I *diritti fondamentali tra Carta di Nizza*, cit., pp. 159-160.

sulle attribuzioni delle sue istituzioni e, dall'altro, su situazioni particolari dei suoi Stati membri, scaturenti da misure adottate ai sensi dell'art. 15 della CEDU o da riserve apposte ai sensi dell'art. 57 della stessa. Infine, il protocollo richiede che l'adesione non pregiudichi l'obbligo imposto agli Stati membri di sottoporre le controversie vertenti sulla interpretazione o applicazione dei trattati a modi di soluzione di ricomposizione delle controversie differenti da quelli previsti dagli stessi.

Da ultimo, nella dichiarazione n. 2, contenuta nelle dichiarazioni relative alle disposizioni dei trattati, allegata all'atto finale della conferenza intergovernativa di Lisbona, è affermato che l'adesione deve salvaguardare le specificità dell'UE, tenendo in adeguata considerazione il dialogo regolare esistente tra le due corti, che non potrà che uscire rafforzato dall'adesione dell'UE alla Convenzione di Roma.

4. I nodi della negoziazione

Quali sono le considerazioni di carattere generale che si possono trarre dalla lettura complessiva dell'art. 6, par. 2, del protocollo 8 e dalla dichiarazione? Sicuramente che l'adesione dell'UE al sistema CEDU pone sul piano concreto una serie di difficoltà, o quantomeno una serie di questioni che devono essere affrontate, prima di raggiungere questo importante obiettivo. In effetti, se da un lato, l'adesione dovrà consentire all'UE di preservare le proprie specificità, dall'altro, sarà necessario che all'interno della Convenzione di Roma, l'UE si venga a trovare in una posizione analoga a quella degli altri contraenti e, in particolare, degli Stati che non sono membri dell'UE. Un giudice della Corte CEDU ha felicemente sintetizzato l'obiettivo dell'adesione da parte dell'UE alla CEDU nella formula "*aussi vite que possibile, aussi simple que possibile*[19]". C'è tuttavia da chiedersi come ottenere questo equilibrio tra esigenze di autonomia e specificità, rivendicate dall'UE, e peraltro riconosciutele[20] per un verso e, per l'altro, la fondamentale uguaglianza tra le parti contraenti della Convenzione di Roma, dinanzi ai suoi meccanismi di controllo. Insomma, il problema centrale è quello di comprendere in che misura ed entro quali limiti l'autonomia dell'UE potrà essere salvaguardata, senza che tale salvaguardia si trasformi in una posizione di vantaggio non giustificabile rispetto alle altre parti contraenti.

[19] V. TULKENS, F., *Les aspects institutionnels de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, p. 1, audizione presso la Commissione Affari Costituzionali, cit.

[20] *Ibid.*, p. 3.

In proposito, data la rilevanza dei concetti di specificità e di autonomia dell'UE, identificati nei testi dei trattati, del protocollo e della dichiarazione, come parametri nell'ambito dei quali i negoziatori dovranno svolgere la propria azione, mi sembra opportuno soffermarmi brevemente su una loro analisi, in modo da cercare di comprendere quelle caratteristiche intrinseche dell'UE, che non dovrebbero essere messe in discussione in caso di adesione. Nonostante alcune naturali e fisiologiche divergenze, la dottrina concorda nel ritenere che l'architettura istituzionale dell'UE presenti tratti di assoluta originalità, che la rendono irriconducibile a qualunque altra esperienza: l'UE è una costruzione atipica dotata di una specificità innegabile[21]. Questa specificità trova sublimazione nei meccanismi di controllo giurisdizionale: l'autonomia interpretativa della CG è l'aspetto, che qui mi preme sottolineare. Proprio la CG ha fatto circolare nel maggio 2010 un documento di riflessione concernente alcuni aspetti legati all'adesione alla CEDU, nel quale, in particolare, al par. 9, ha sottolineato che al fine di preservare le caratteristiche specifiche del sistema giurisdizionale dell'UE è necessario che la Corte CEDU non giudichi la compatibilità alla Convenzione di un atto dell'UE, senza che la CG abbia potuto pronunciarsi preventivamente[22]. Tornerò sulla questione della pregiudizialità in seguito, quello che però voglio sottolineare è che secondo alcuni l'autonomia interpretativa della CG è un valore irrinunciabile, che non può essere in alcun modo messo in discussione[23]. Questa impostazione si rifà evidentemente al ragionamento seguito dalla CG nei pareri 1 e 2/94. Nel parere 1, la CG aveva chiaramente riconosciuto che l'allora Comunità disponeva di una competenza a concludere accordi internazionali e, di conseguenza, era ipotizzabile che essa avrebbe dovuto sottoporsi ai meccanismi giurisdizionali in essa previsti[24], ma nel successivo parere 2/94 aveva fatto salvo il principio dell'autonomia[25]. Tuttavia, va osservato che sul punto le posizioni dei commentatori sono divergenti. Infatti, parte della dottrina rovescia il paradigma che ho appena esposto, rilevando che, nonostante l'autonomia e la specificità dell'ordine dell'UE, nell'ambito della Convenzione deve prevalere

[21] Si vedano MENGOZZI, P., *Les caractéristiques spécifiques*, cit., pp. 232-233; CHALTIEL, F., *Les perspectives du principe de primauté du droit communautaire*, in *Petites Affiches*, 2005, no 209, p. 5.

[22] Cfr. il *Documento di riflessione della Corte di giustizia dell'Unione europea su taluni aspetti dell'adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali* del 5 maggio 2010, par. 9, consultabile sul sito *http://curia.europa.eu/jcms/jcms/P_64268/*.

[23] In questo senso MENGOZZI, P., *Les caractéristiques spécifiques*, cit., pp. 242-243.

[24] Cfr. il parere del 14 dicembre 1991, GUCE C 110/1 del 29 aprile 1992, par. 40.

[25] Cfr. il parere del 10 aprile 1992, GUCE C 136/1 del 26 maggio 1992, par. 20.

l'uguaglianza tra contraenti. Da ciò conseguirebbe che i negoziatori dovrebbero applicare come regola l'uguaglianza tra le parti contraenti, destinando al riconoscimento dell'autonomia e della specificità dell'UE un campo di applicazione assai limitato[26]. Il dato che sembra emergere da questa analisi è la difficoltà di riuscire a individuare chiaramente a priori la portata dell'autonomia, o meglio, di trovare una soluzione di compromesso tra due approcci che partono dallo stesso assunto, ovvero il riconoscimento dell'autonomia dell'ordine dell'UE, ma che poi divergono rispetto all'applicazione pratica di tali principi.

Ciò detto, si tratta ora di valutare le questioni che, tenendo conto delle peculiarità dell'ordinamento dell'UE, i negoziatori dovranno affrontare per raggiungere l'obiettivo della sua adesione alla CEDU. A mio avviso, tra le innumerevoli problematiche, quelle che meritano un'analisi più approfondita sono le seguenti: *i*) il problema delle modalità di partecipazione dell'UE alla CEDU sia in qualità di parte convenuta sia nei meccanismi di controllo; *ii*) la questione della ricevibilità da parte della Corte di Strasburgo di un ricorso presentato da un singolo, che lamenti da parte dell'UE la violazione di un diritto tutelato dalla CEDU, nell'ipotesi di mancata pronuncia da parte della CG; *iii*) la conciliabilità dell'ipotesi del ricorso interstatale di cui all'art. 33 della Convenzione di Roma con l'art. 344 del TFUE, che esclude la possibilità di sottoporre a organi giurisdizionali diversi dalla CG eventuali controversie tra Stati membri in relazione all'interpretazione e all'applicazione del diritto dell'UE; *iv*) la sorte, a seguito dell'adesione, della formula *Bosphorus*, che sancisce una presunzione di conformità degli atti dell'UE alla Convenzione di Roma.

i) Per quanto riguarda la prima questione, in effetti, si pone il problema di comprendere la modalità di partecipazione dell'UE sia in qualità di parte convenuta dinnanzi alla Corte CEDU sia negli organi della Convenzione, segnatamente la Corte ed il Comitato dei Ministri. Con riferimento alla convenibilità in giudizio dell'UE, una parte della dottrina ha prospettato una sorta di responsabilità in solido tra quest'ultima e i suoi Stati membri[27], nell'ipotesi di una presunta violazione di un diritto tutelato in Convenzione derivante dall'attuazione di un atto dell'UE. Peraltro, tale ipotesi solleva un'ulteriore questione, consistente nella determinazione del soggetto competente a convenire in giudizio l'UE. Sul punto sono state avanzate tre distinte soluzioni: un potere d'ufficio da parte della Corte CEDU; una possibilità concessa allo Stato membro

[26] TULKENS, F., *Les aspects institutionnels de l'adhésion*, cit., p. 3.

[27] LOCK, T., *EU accession to the ECHR: implications for the judicial review in Strasbourg*, in *European Law Review*, 2010, pp. 777-798.

convenuto e, infine, un'azione unilaterale da parte dell'UE, riconducibile grosso modo alla disciplina dell'intervento dinnanzi alla Corte CEDU, ai sensi dell'art. 36 della Convenzione[28].

Ora, a mio avviso, la questione della convenibilità in giudizio dell'UE si inserisce nella tematica del riparto di competenze tra quest'ultima e i suoi Stati membri. Pertanto, anche alla luce del già citato art. 2 del Protocollo 8, mi sembrerebbe corretta la previsione di un meccanismo che consenta di individuare a priori il soggetto da convenire. In proposito, un interessante spunto di riflessione si rinviene nella disciplina della Convenzione delle Nazioni Unite sul Diritto del Mare di Montego Bay (CNUDM). Dal combinato disposto degli artt. 5, par. 1 e 6 dell'Allegato IX relativo alla partecipazione delle organizzazioni internazionali si evince che, in linea di principio, l'accordo di adesione di un'organizzazione internazionale deve contenere una dichiarazione concernente le materie di competenza devolute dagli Stati membri all'Organizzazione, ai fini dell'individuazione del soggetto responsabile[29]. Tuttavia, nell'ipotesi in cui una parte della CNUDM richieda in un caso specifico all'OI stessa o a suoi membri su chi gravi la responsabilità, nell'ipotesi di mancata risposta o di risposta insoddisfacente possono essere convenuti solidalmente sia l'OI sia i suoi Stati membri. Fermo restando la diversità delle materie, sembra evidente e condivisibile la *ratio* che ispira la disciplina della CNUDM, ossia rispettare il riparto di competenze tra Stati membri e OI e, solo in seconda battuta, coinvolgere solidalmente l'una e gli altri. In definitiva, riterrei opportuno lasciare all'UE ed ai suoi Stati membri l'individuazione del soggetto responsabile, immaginando che gli stessi, nelle ipotesi in cui tale individuazione risulti eccessivamente complicata, prospettino eventuali ipotesi residuali di responsabilità in solido.

Con riferimento, poi, alla partecipazione agli organi della Convenzione, non sembrano porsi problemi particolari rispetto al fatto che l'UE debba avere un proprio giudice a tempo pieno con lo stesso mandato de-

[28] *Ibid.*, pp. 780-781.

[29] Sulle modalità di partecipazione della Comunità europea, poi UE, alla Convenzione sul Diritto del Mare di Montego Bay si vedano GARZON CLARIANA, G., *L'Union européenne et la Convention de 1982 sur le droit de la mer*, in *Revue belge de droit international*, 1995, p. 38; SIMMONDS, K., *The European Economic Community and the New Law of the Sea Convention*, in *RCADI*, 1989, p. 138; GAJA, G., *The European Community's Participation in the Law of the Sea Convention: Some Incoherencies in a Compromise Solution*, in *Italian Yearbook of International Law*, 1980-1981, p. 113. Sui meccanismi di soluzione delle controversie previsti dalla CNUDM v. VIRZO, R., *Il regolamento delle controversie nel diritto del mare: rapporti tra procedimenti*, Padova, 2008, pp. 61-69.

gli altri; ipotesi alternative prospettate in precedenza, quali la nomina di un giudice ad hoc, la costituzione di una camera formata da giudici degli Stati membri ed uno dell'UE o la presenza di quest'ultimo solo in caso di richiesta esplicita, sarebbero state contrarie alla *ratio* ispiratrice della Convenzione di Roma, che vuole ogni contraente rappresentato, in modo da garantire la presenza di tutte le culture giuridiche.

Più problematica sembrerebbe, invece, la partecipazione di un rappresentante dell'UE al Comitato dei Ministri, organo preposto, tra l'altro, al controllo della esecuzione delle sentenze della Corte. Infatti, non sembrerebbe destituita di fondamento la preoccupazione di una sovrarappresentazione dell'"area comunitaria". Tuttavia, il problema non dovrebbe porsi nella realtà dei fatti, poiché dalla dichiarazione all'art. 6 in precedenza descritta, si evince che l'UE stessa e i suoi Stati membri non pongano come condizione per il buon esito del negoziato l'ottenimento di questo seggio all'interno del Comitato[30].

ii) Una seconda questione particolarmente rilevante concerne la ricevibilità delle domande presentate dai singoli per violazioni dei diritti tutelati dalla Convenzione, nell'ipotesi in cui tali violazioni riguardino un atto dell'UE, qualora la CG non abbia avuto la possibilità di pronunciarsi preventivamente. Peraltro, detta questione si collega naturalmente al previo esaurimento dei ricorsi interni che, come noto, è un presupposto per la ricevibilità di un ricorso presentato da un singolo dinnanzi alla Corte CEDU.

Innanzitutto, voglio osservare che l'esempio prospettato solleva inevitabili dubbi di conformità al principio di autonomia interpretativa della CG. Infatti, se la Corte di giustizia ha una competenza esclusiva a pronunciarsi sulla corretta interpretazione ed attuazione del diritto dell'UE, è legittimo domandarsi cosa succeda nell'ipotesi in cui la Corte di Strasburgo sia chiamata ad accertare la non conformità di un atto dell'UE alla Convenzione, in assenza di una pronuncia da parte della CG. La posizione della CG è nota e l'ho già ricordata in precedenza: essa ritiene che le debba essere garantito il diritto di pronunciarsi sulla conformità di un atto dell'UE prima della Corte di Strasburgo. Peraltro, nella propria analisi, la CG ha evidenziato che la sua pronuncia è funzionale non solo alla salvaguardia delle proprie prerogative, ma al corretto funzionamento del meccanismo della Convenzione CEDU, che si basa sulla sussidiarietà. Infatti, se il presupposto dell'intervento della Corte CEDU riposa sulla

[30] Sul punto si v. GIANNELLI, A., *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU*, cit., p. 691, la quale parla di una « certa soddisfazione » per un assetto non eccessivamente formalizzato dei rapporti tra i due sistemi, che la parola « eventuale » contenuta nella dichiarazione testimonierebbe.

necessità di garantire la tutela effettiva dei diritti del singolo, che le parti contraenti non sono stati in grado di salvaguardare nei diversi gradi di giudizio, ne consegue che il controllo esterno della Corte CEDU deve essere preceduto da quello interno all'ordinamento dell'UE.

Data la delicatezza della questione, la CG non è entrata nel merito delle soluzioni, limitandosi ad affermare la necessità di salvaguardare il principio dell'autonomia. Al contrario, la dottrina ha prospettato alcune possibili ipotesi per coordinare l'attività delle due corti, immaginando due forme di rinvio pregiudiziale. In una prima ipotesi, il soggetto deputato al rinvio sarebbe la stessa Corte CEDU che, investita del ricorso e accertata la mancata pronuncia da parte della CG, dovrebbe sospende il procedimento, sollevare la questione dinnanzi a quest'ultima e attenderne l'interpretazione[31]. In una seconda ipotesi, il soggetto competente a sollevare la questione dinnanzi alla CG, potrebbe essere la Commissione[32].

Tuttavia, non mancano autori che contestano la necessità di una pronuncia preventiva da parte della CG sulla base di due considerazioni. Innanzitutto, le sentenze della Corte CEDU non investono la validità di un atto, ma ne valutano la compatibilità con il sistema della Convenzione e, se del caso, ordinano risarcimenti in favore dei singoli lesi nei propri diritti. In secondo luogo, è stato osservato che questo eventuale trattamento riservato alla CG creerebbe una disparità non giustificabile rispetto agli altri Stati contraenti[33].

Le due ultime critiche consentono di inserire nel ragionamento un elemento per me decisivo, ossia la questione del previo esaurimento dei ricorsi interni. Com'è noto, la Corte CEDU si pronuncia dopo che tutti i ricorsi sono stati esperiti dinanzi alle giurisdizioni nazionali. Ora, è legittimo domandarsi se si sia effettivamente realizzato il previo esaurimento dei ricorsi interni, qualora la CG non si sia pronunciata su un atto dell'UE. Secondo una parte della dottrina al quesito si dotrebbe rispondere affermativamente, attraverso un processo di valorizzazione del ruolo dei giudici nazionali[34]. Infatti, se è vero che i giudici degli Stati membri sono i primi giudici del diritto dell'UE, ne consegue che si dovrebbe attribuire una presunzione di conformità di un atto dell'UE, nell'ipotesi

[31] In questo senso cfr. la Comunicazione al Senato francese di Batinter, consultabile sul sito *www.senat.fr/europe/r25052010.html#toc1* (sito visitato il 31 gennaio 2011).

[32] In questo senso v. TIMMERMANS, C., *L'adhésion de l'Union Européenne*, cit., p. 7.

[33] V. DE SCHUTTER, O., *L'adhésion de l'Union européenne*, cit., p. 18.

[34] *Ibid.*, pp-17-18.

in cui i giudici di uno Stato membro non sollevino nei diversi gradi di giudizio una questione pregiudiziale alla CG.

A mio avviso, la questione va affrontata in termini differenti, poiché non mi sembra del tutto condivisibile la tesi secondo la quale il rinvio pregiudiziale possa essere preso in considerazione ai fini del previo esaurimento dei ricorsi interni. Innanzitutto, il rinvio pregiudiziale non è « a disposizione » dei singoli, ma è uno strumento che possono adoperare solamente i giudici degli Stati membri. Inoltre, pur condividendo il principio secondo il quale i giudici degli Stati membri sono i primi a dovere garantire il rispetto e l'applicazione del diritto dell'UE, tuttavia, non posso non rilevare che ammettere la possibilità per la Corte CEDU di pronunciarsi senza che la CG si sia previamente espressa, significa non consentire al giudice dell'ordinamento in cui l'atto è stato adottato di giudicarne la conformità allo stesso. Infine, anche l'argomento secondo cui la diversa natura delle sentenze non renderebbe necessaria una pronuncia della CG, non mi sembra decisivo. Infatti, sebbene la Corte CEDU abbia spesso sottolineato che l'interpretazione delle misure di cui valuta la conformità alla Convenzione è di competenza delle corti nazionali[35], tuttavia, la fase ermeneutica non è eliminabile. Ne consegue che un'adeguata salvaguardia dell'autonomia e della specificità dell'UE implica la previsione di un meccanismo, che consenta alla CG di pronunciarsi preventivamente sulla conformità al sistema interno di tutela dei diritti dell'uomo di un atto dell'UE.

iii) Una terza questione da prendere in considerazione riguarda gli effetti prodotti dall'adesione sull'art. 33 della Convenzione di Roma, in base al quale una parte contraente può denunciare la violazione da parte di un'altra della Convenzione e dei suoi protocolli. La dottrina ha evidenziato che questa disposizione presenterebbe difficoltà applicative rispetto all'art. 344 del TFUE, il quale impone agli Stati membri di non sottoporre una controversia relativa all'interpretazione o all'applicazione dei trattati a un modo di composizione diverso da quelli previsti dai trattati stessi[36]. Alla luce della giurisprudenza relativa all'articolo 344, che

[35] Cfr., ad esempio, la decisione del 4 luglio 2000, nel caso *Société Guérin Automobiles c. 15 Etats de l'Union européenne*, nella quale la Corte ha ribadito « *qu'elle n'a pas pour tâche de se substituer aux juridictions internes des Etats parties à la Convention. C'est au premier chef aux autorités nationales, et notamment aux cours et tribunaux, qu'il incombe d'interpréter la législation interne* ».

[36] Per un commento dell'articolo e della giurisprudenza collegata si vedano ORZAN, M.F., *Art. 344*, in CURTI-GIALDINO, C. (a cura di), *Codice dell'Unione Europea Operativo*, in corso di pubbl.; TREVES, T., *Aspetti sulle prospettive attuali delle controversie internazionali in materia ambientale*, in *Il principio dello sviluppo sostenibile nel diritto internazionale ed europeo dell'ambiente*, Napoli, 2007, p. 571; LAVRANOS, N., *The MOX*

ha esteso la competenza della CG alle cd. controversie ibride e a quelle concernenti gli accordi misti, fatte salve alcune limitazioni[37], in linea di principio sembrerebbe corretto estendere la competenza esclusiva della CG alle ipotesi di controversie tra Stati membri dell'UE relative alla CEDU.

In realtà, la questione presenta una serie di insidie e difficoltà. Infatti, se nell'ipotesi di controversia tra UE e uno o più suoi Stati membri, il riconoscimento della competenza esclusiva della CG non solleva problemi, più complicata sembra essere l'ipotesi di controversie tra Stati membri. Innanzitutto, la giurisprudenza relativa agli accordi misti non appare applicabile al trattato di adesione, in quanto tali accordi sono conclusi solitamente in materie di competenza concorrente, dove né l'UE

Plant and Ijren Rijn Disputes: Which Court Is the Supreme Arbiter?, in *Leiden JIL*, 2006, pp. 223-246; ID., *Protecting Its Exclusive Jurisdiction: The MOX Plant-Judgment of the ECJ*, in *LPICT*, 2006, 479-493; MAZZARINI, L., *Art. 292*, in TIZZANO, A., (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Milano, 2004, pp. 292-293; SHANY, Y., *The Competing Jurisdiction of International Court and Tribunals*, Oxford, 2003; FUMAGALLI, L., *Art. 239*, in POCAR, F., (a cura di), *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea*, 2001, pp. 985-986.

[37] Nel caso di controversie ibride, concernenti l'applicazione e/o l'interpretazione sia di norme internazionali pattizie relative a materie o settori di competenza degli Stati membri sia quelle di diritto dell'UE, la CG ha avuto modo di pronunciarsi nel caso *Commissione c. Irlanda* con sentenza resa il 30 Maggio 2006. Nella controversia, la Commissione ha contestato all'Irlanda la violazione degli artt. 10 e 292 del Tr. Nizza (rispettivamente, art. 4, par. 3 del TUE e art. 344), in ragione dell'avvio con il Regno Unito di un procedimento di soluzione delle controversie ai sensi della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare (CNUDM). In particolare, la Commissione ha sostenuto che alcune disposizioni della CNUDM invocate dall'Irlanda sarebbero state di diritto comunitario. Di conseguenza, nel deferire la controversia ad un tribunale esterno a tale ordinamento, l'Irlanda sarebbe incorsa in una palese violazione dell'art. 292. Nelle già citate conclusioni, l'Avv. Gen. Poiares Maduro ha ritenuto che, dinanzi a controversie di natura ibrida, da un punto di vista pratico sia sempre preferibile deferire l'intera controversia alla CG. Nondimeno, l'Avv. Gen. ha rilevato sul piano astratto l'ammissibilità di uno scorporamento della controversia, riconoscendo alle parti la possibilità di estrapolare gli elementi di diritto internazionale per sottoporli a un procedimento alternativo (nota 9 delle conclusioni dell'Avv. Gen. Poiares Maduro). Nell'accogliere l'impianto proposto dall'Avv. Gen. Poiares Maduro, accertando la violazione da parte irlandese dell'art. 292, la CG sembra avere considerato assorbenti gli elementi comunitari della controversia rispetto a quelli internazionali (par. 132-133), pur non negando la distinzione operata in astratto dall'Avv. Gen. Con riguardo alle controversie derivanti da accordi misti, la CG ha definito i termini della propria competenza nel caso *Commissione c. Francia* con la sentenza resa il 7 ottobre 2004. Nella prouncia, la CG ha stabilito che prima di valutare l'eventuale inadempimento di uno Stato membro sia necessario accertare che gli obblighi oggetto del ricorso facciano parte del diritto comunitario, riconoscendo anche in questo caso la possibilità che le parti possano decidere di sottoporre a mezzi alternativi di soluzione delle controversie conflitti scaturenti da materie contenute nell'accordo non rientranti nella competenza dell'UE.

né gli Stati membri possono negoziare da soli. Diversamente, con riguardo al trattato di adesione, la dottrina ha rilevato che « *its mixity cannot be attributed to the lack of competence of either the European Union or the Member States to conclude the ECHR alone*[38] », ma alla assoluta peculiarità della situazione. Ciò premesso, si pone poi la questione di determinare se la competenza della CG sussista in ogni caso. In proposito, la dottrina ha osservato che se tale competenza è evidente nell'ipotesi in cui uno Stato membro lamenti da parte di un altro la violazione di un diritto tutelato dalla CEDU, in attuazione di un obbligo derivante dal diritto dell'UE, diversamente, qualora la violazione riguardi un comportamento svincolato dal diritto dell'UE ed imputabile esclusivamente ad uno Stato membro, la controversia dovrebbe essere sottoposta alla Corte CEDU. D'altronde, in questo caso, quest'ultima sarebbe chiamata a pronunciarsi sulla effettiva estraneità del comportamento dello Stato rispetto agli obblighi derivanti dal diritto dell'UE, con il rischio di una pericolosa sovrapposizione rispetto al « domaine reservée » della CG.

Per tali ragioni, sembrerebbe condivisibile la tesi che propone di riconoscere una competenza esclusiva della CG a pronunciarsi sui ricorsi tra Stati membri concernenti la violazione della CEDU, così da evitare un appesantimento delle procedure dinnanzi alla Corte CEDU per rapporto ad un contenzioso, quello tra Stati, assai limitato[39]. Peraltro, tale tesi trova conforto nell'art. 55 della Convenzione, il quale ammette la possibilità che le parti contraenti escludano per mezzo di un compromesso speciale la giurisdizione della Corte CEDU, in ragione di accordi tra loro esistenti.

iv) Infine, desidero affrontare un'ultima questione riguardante la possibilità di mantenere in favore dell'UE la presunzione di conformità alla Convenzione sancita nella nota formula *Bosphorus*. In proposito, taluni hanno prospettato la possibilità di trasformare tale formula in una sorta di condizione di ricevibilità delle domande presentate dai singoli avverso gli atti dell'UE, attraverso l'inserimento nell'accordo di adesione di una disposizione analoga all'attuale art. 43, par. 2 della Convenzione CEDU. Com'è noto, tale disposizione stabilisce che un collegio di cinque giudici della Grande Camera della Corte EDU possa accogliere la domanda di rinviare una causa a quest'ultima, quando la questione oggetto del ricorso sollevi gravi problemi di interpretazione o di applicazione della Convenzione o dei suoi protocolli nonché una grave questione di carattere generale. Parimenti, si potrebbe inserire una disposizione

[38] LOCK, T., *EU Accession to the ECHR*, cit., p. 796.

[39] *Ibid.*, p. 797. Sulla questione v. DEL VECCHIO, A., *I tribunali internazionali tra globalizzazione e localismi*, Bari, 2009, p. 134.

secondo la quale, nell'ipotesi in cui sia introdotto un ricorso contro l'UE, un collegio di giudici decida se tale ricorso debba essere esaminato, per garantire la tutela giurisdizionale e/o l'applicazione e l'interpretazione uniformi della CEDU. Il criterio della protezione equivalente diventerebbe quindi un criterio di ricevibilità dei ricorsi proposti contro l'UE, e non più un criterio sulla competenza[40].

A mio avviso, sia considerazioni di carattere politico sia di natura giuridica inducono a preferire che tale presunzione di conformità non sia cristallizzata in una disposizione. Beninteso, è mia ferma convinzione che l'ordinamento dell'UE offra un elevato standard di tutela dei diritti umani fondamentali, tuttavia, uno degli obiettivi dell'adesione alla CEDU è di sottoporre l'UE e le sue istituzioni ad un controllo esterno, al pari di quanto già previsto per le istituzioni degli altri Stati contraenti. Ciò appare funzionale all'aumento della fiducia dei cittadini nelle istituzioni europee, che in qualche modo potrebbe diminuire se fosse riconosciuta agli atti dell'UE una presunzione di conformità alla CEDU. Da un punto di vista giuridico, poi, è evidente che la soluzione *Bosphorus* pone l'UE in una situazione privilegiata rispetto alle altre parti contraenti, atteso che queste non godono di una presunzione di conformità alla Convenzione[41]. Inoltre, è lecito domandarsi se gli Stati parti alla CEDU, ma non membri dell'UE siano disposti a permettere a quest'ultima di accedere alla Convenzione, beneficiando di un simile privilegio. Alla luce di queste considerazioni, pur riconoscendo il valore che la formula *Bosphorus* ha avuto in una fase precedente all'adesione dell'UE alla CEDU, riterrei preferibile un suo superamento, in quanto se è vero che la specificità e l'autonomia dell'UE devono essere rispettate nel processo di adesione, la cristallizzazione di tale giurisprudenza mi sembrerebbe il superamento del limite oltre il quale il giusto riconoscimento delle caratteristiche del tutto peculiari dell'UE diventerebbe un'ingiustificata disparità di trattamento rispetto alle altre parti contraenti.

[40] Si veda VAN DIJK, P., *The Accession of the European Union/European Community to the European Convention on Human Rights*, paper del 20 agosto 2007, consultabile sul sito *http://www.statewatch.org/news/2007/sep/van-dijk-eu-echr.pdf.*

[41] Invero, questa disparità di trattamento sembra difficilmente giustificabile. In argomento si v. GAJA, G., *The review by the European Court of Human Rights of Member States' acts implementing European union law: "Solange" yet again?*, in DUPAI, P., (a cura di), *Völkerrecht als Wertordnung: Festschrift für Christian Tomuschat*, Kehl, 2006, pp. 517-526.

5. La questione dell'accesso al giudice

Dopo avere analizzato alcune questioni che devono essere risolte nel corso della negoziazione, voglio infine soffermarmi su una problematica che ad adesione perfezionata rischia di tornare di attualità, ossia la compatibilità delle condizioni di ricevibilità dei ricorsi dei singoli nell'ambito dell'UE con il diritto di accesso al giudice sancito dalla CEDU e dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Com'è noto, l'art. 6, par. 1, CEDU, secondo il quale ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, è stato interpretato dalla Corte CEDU nel senso di ritenere che l'equità presuppone la possibilità per il ricorrente di accedere al giudice[42]. Ora, nel caso *Bosphorus*, incidentalmente e nonostante la presunzione di conformità alla CEDU, la Corte ha rilevato che le vie di ricorso che l'ordinamento giuridico dell'UE concede ai privati sono "ristrette"[43].

Indubbiamente, pur non essendo questa la sede per commentare la giurisprudenza della CG in materia[44], ciò che conta è notare che le con-

[42] Cfr. le sentenze della Corte CEDU del 21 febbraio 1975, *Goldner c. Regno Unito*, ricorso n. 4451/70, e del 9 ottobre 1979, *Airey c. Irlande*, ricorso n. 6289/73.

[43] Cfr. par. 162 della sentenza *Bosphorus*, D'altro canto però, la Corte di Strasburgo ha ammesso che il diritto all'accesso al giudice non è assoluto, stabilendo che le Parti della CEDU godono di un certo margine di discrezionalità nel regolamentarne l'accesso. D'altronde, la Corte di Strasburgo non potrebbe accettare limiti all'accesso al giudice introdotti da un atto di diritto interno tali da rendere illusorio tale accesso. In altri termini, si può concludere che i limiti all'accesso devono essere volti al perseguimento di un obiettivo legittimo e rispettare il principio di proporzionalità.

[44] Occorre però notare che, in relazione alle condizioni di ricevibilità pre-Lisbona, la Corte di giustizia aveva trovato una risposta alle critiche che erano state sollevate in merito alla negazione del diritto all'accesso al giudice. La risposta è ben nota: in un'Unione di diritto, i singoli devono poter beneficiare di una tutela giurisdizionale effettiva dei diritti riconosciuti loro dall'ordinamento giuridico dell'Unione, poiché il diritto a detta tutela fa parte dei principi giuridici generali che derivano dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri nonché dagli artt. 6 e 13 della CEDU. Ciò premesso, le disposizioni sul ricorso in annullamento (ex art. 230 CE, ora art. 263 TFUE), sull'eccezione d'illegalità (ex art. 241 CE, ora 277 TFUE), insieme a quelle sul rinvio pregiudiziale (ex art. 234 CE, ora 267 TFUE) costituiscono un sistema completo di rimedi giurisdizionali inteso a garantire il controllo della legittimità degli atti delle istituzioni. Nell'ambito di tale sistema, i singoli, di fronte ad atti non impugnabili in ragione delle condizioni di ricevibilità di cui si è detto, hanno la possibilità, a seconda dei casi, di far valere l'invalidità di tali atti, vuoi, in via incidentale tramite un'eccezione di legalità dinanzi al giudice dell'Unione, vuoi dinanzi ai giudici nazionali e di indurre questi ultimi, non competenti ad accertare direttamente l'invalidità di tali atti, a rivolgersi al riguardo alla Corte in via pregiudiziale Sentenza della Corte del 25 luglio 2002, C-50/00 P, *Unión de Pequeños Agricultores/Consiglio*, Racc. p. I-6677, punti 39-43. In tale contesto, in conformità del principio di leale collaborazione (art. 10 CE, ormai art. 4, par. 3, TUE),

dizioni di ricevibilità cui deve rispondere il ricorso di un singolo davanti al giudice di Lussemburgo, vale a dire il Tribunale nella stragrande maggioranza dei casi, sono più restrittive di quelle che risultano dalle disposizioni applicabili presso la Corte di Strasburgo come interpretate da quest'ultima. Con il trattato di Lisbona la situazione è suscettibile di cambiamento. Infatti, da un lato, l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali, ormai parte del diritto primario dell'Unione, prevede che "ogni individuo i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice", dall'altro, e soprattutto, l'art. 263, quarto comma, TFUE comporta, rispetto al vecchio art. 230 CE, un'aggiunta che allarga le maglie della ricevibilità. Il singolo può ormai impugnare non soltanto gli atti adottati nei suoi confronti e quelli che lo riguardano direttamente o individualmente, ma anche "gli atti regolamentari che lo riguardano direttamente e che non comportano alcuna misura d'esecuzione"[45]. Peraltro, il Trattato di Lisbona ha espressamente previsto, all'art. 275, secondo comma TFUE, la possibilità di impugnare le decisioni che prevedono misure restrittive nei confronti di persone fisiche o giuridiche adottate dal Consiglio nell'ambito della politica di sicurezza e di difesa comune (titolo V, capo 2, TUE), sempre che le condizioni di cui all'art. 263, quarto comma, TFUE siano rispettate.

Sebbene la dottrina non abbia espresso valutazioni particolarmente positive sulla nuova formulazione dell'art. 263[46], che nella sostanza non avrebbe un impatto particolarmente significativo sull'accesso dei singoli,

spetta agli Stati membri, in particolare ai loro organi giurisdizionali, interpretare e applicare le norme procedurali nazionali che disciplinano l'esercizio del diritto di azione in maniera da consentire alle persone fisiche e giuridiche di contestare in sede giudiziale la legittimità di ogni decisione o di qualsiasi altro provvedimento nazionale relativo all'elaborazione o all'applicazione nei loro confronti di un atto dell'Unione europea e di chiedere il risarcimento del danno eventualmente subito, cfr. sentenza della Corte del 27 febbraio 2007, *Segi e.a./Consiglio*, C-355/04 P, Racc. p. I-1657, punto 56.

[45] Per un recente dibattito sulla questione si vedano BALTHASAR, S., *Locus Standi Rules for Challenges to Regulatory Acts by Private Applicants: The New Article 263(4) TFEU*, in *European Law Review*, 2010, p. 542; CHALMERS, D. - DAVIES, G. - MONTI, G., *European Union Law*, 2nd ed., Cambridge, 2010, pp. 414-415; GESTRI, M., *Portata e limiti del diritto individuale di accesso alla giustizia nell'ordinamento dell'Unione europea*, in FRANCIONI, F. - GESTRI, M. - RONZITTI, N. - SCOVAZZI, T., (a cura di), *Accesso alla giustizia dell'individuo nel diritto internazionale e dell'Unione europea*, Milano, 2008, p. 463 ss.; ADINOLFI, A., *Le istituzioni giudiziarie nel progetto di costituzione europea*, in *Rivista diritto internazionale*, 2003, p. 645 ss.; ROSSI, L. S., *Supremazie incrociate, Trattato costituzionale europeo e Costituzioni nazionali*, in DANIELE, L. (a cura di), *La dimensione internazionale ed europea del diritto nell'esperienza della Corte costituzionale*, Napoli, 2006, p. 409 ss.

[46] Sul punto v. LOCK, T., *EU Accession*, cit., pp. 788-789.

la misura in cui le maglie della ricevibilità saranno allargate sarà definita dalla giurisprudenza del Tribunale e in seguito dalla Corte nell'ambito dei giudizi d'impugnazione, che faranno probabilmente seguito alle prime pronunce in materia. È verosimile ritenere che esisterà un rapporto di proporzionalità inversa tra l'interpretazione data dalla CG delle nuove disposizioni e i ricorsi dinnanzi alla CEDU: tanto più stretta sarà tale interpretazione, tanto maggiore sarà il contenzioso sollevato dinnanzi alla Corte di Strasburgo.

QUARTA SESSIONE

CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI
E IL BILANCIAMENTO DI VALORI NELL'UE

PRESIDENTE

Prof. Fausto POCAR

L'APPLICAZIONE DIFFERENZIATA DELLA CARTA: VERA O PRESUNTA?

Andrea BIONDI*

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Retorica Politica e Realtà Giuridica – 3. L'Applicazione del Protocollo n. 30 – 4. La Carta come strumento autonomo – 5. Conclusioni

1. Introduzione

Con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona[1] ed il riconoscimento dell'efficacia giuridica vincolante della Carta dei diritti fondamentali[2] si sono potute osservare in molti degli Stati membri dell'Unione Europea diverse modalità di reazione alle non poche preoccupazioni espresse al riguardo. In alcuni casi esse sono state manifestate in maniera – che si potrebbe ormai definire – "classica": nel rispetto della più che trentenna-

* Professor of EU Law, Centre of European Law, Kings College London.

[1] Sul Trattato di Lisbona e sugli strumenti di tutela dei diritti umani fondamentali, si vedano tra i molti R. BARATTA, *Le principali novità del Trattato di Lisbona*, in *Dir. Un. Eur.*, 2008, p. 20 ss.; B. BERCUSSON, *The Lisbon Treaty and social Europe*, in *ERA-Forum: scripta iuris europaei*, v. 10, n. 1, 2009, p. 87 ss.; M. CARBONE, *From Paris to Dublin: domestic politics and the Treaty of Lisbon*, in *Journal Cont. Eur. Res.*, 2009, p. 43 ss.; A. DUFF, *Saving the European Union: the logic of the Lisbon Treaty,* London, 2009; A. HINAREJOS, *The Lisbon Treaty versus standing still: a view from the third pillar" in Eur. Const. Law Rev.*, in *Eu Const*, 2009, p. 99 ss.; L.S. ROSSI, *How Fundamental is a Fundamental Principle? Primacy and Fundamental Rights after the Lisbon Treaty.* in *Yearbook of European Law*, 2008, p. 65 ss.

[2] Sull'interpretazione dell'Art. 6, § 1, TUE e sulle conseguenze giuridiche dell'equiparazione della Carta dei diritti fondamentali ai Trattati, cfr. L. DANIELE, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e Trattato di Lisbona*, in *Diritti individuali e giustizia internazionale*, *Liber Pocar*, Milano 2009, p. 235 ss.

le tradizione inaugurata dalle sentenze *Solange*[3] e *Frontini*[4], gli organi giurisdizionali addetti al vaglio di legittimità costituzionale dei differenti Stati membri hanno lanciato alcuni segnali d'avvertimento sulla necessità di salvaguardare il livello di protezione dei diritti fondamentali, così come garantiti dalle costituzioni nazionali, da una presunta mancanza di una tutela equivalente nell'Unione Europea.

Dalla lettura in particolare delle pronunce del Bundesverfassungsgericht tedesco, del Tribunal Constitucional spagnolo e dell'Ústavní soud della Repubblica Ceca – sia riguardo al Mandato d'Arresto Europeo[5] che riguardo alle procedure di ratifica del Trattato di Lisbona[6] – emerge con evidenza la percezione di un radicato scetticismo che sfocia nella convinzione, ancorché velata, che i diritti fondamentali di matrice comunitaria mostrino la loro provenienza da una classe inferiore. Come se il livello raggiunto nella loro codificazione si manifestasse in maniera dilettantistica – e comunque da "principianti" – rispetto a quello delle carte nazionali.

In altri casi, invece, sono stati espressi timori e preoccupazioni in maniera del tutto nuova e multiforme. Essi si trovano sparsi qua e là in quell'arcipelago di dichiarazioni, protocolli e simili che si estende sempre più vasto ad ogni nuova ratifica di trattato.

In particolare questa relazione si concentrerà sulla rilevanza e la portata dell'oramai famoso Protocollo n. 30[7] relativo all'applicazione

[3] Bundesverfassungsgericht, 29 Maggio 1974, *Solange I*, a cui sono seguite la sentenza *Solange II* del 22 Ottobre 1986 e la sentenza *Maastricht Urteil* del 12 Ottobre 1993, nonché la sentenza del 7 Giugno 2000 inerente il mercato delle banane.

[4] Corte Costituzionale, 27 Dicembre 1973, sent. n. 183, *Frontini c. Amministrazione delle Finanze*, a cui sono seguite la decisione *Società Industrie Chimiche Italia Centrale c. Ministero del Commercio con l'estero* del 30 Ottobre 1975, sent. n. 232, la decisione sulla causa *Simmenthal* del 9 Marzo 1978, sent. n. 106 e la decisione *Granital* del 8 Giugno 1984, sent. n.170.

[5] Rispettivamente Bundesverfassungsgericht, 18 Luglio 2005; Tribunal Constitucional, 17 Giugno 2004; Ústavní soud, 3 Maggio 2006.

[6] *Lissabon*, Bundesverfassungsgericht, 30 Giugno 2009; Ústavní soud, 26 Novembre 2008; Conseil constitutionnel, 20 Dicembre 2007. Per un inquadramento alla luce dei precedenti, L. VIOLINI, *Tra il vecchio e il nuovo. La sentenza Lissabon del Bundesverfassungsgericht alla luce dei suoi più significativi precedenti: Solange, Maastricht, Bananen*", in *La sentenza del Bundesverfassungsgericht sulla costituzionalità del Trattato di Lisbona e i suoi effetti sulla costruzione dell'Unione europea*, Atti del Convegno, 2009, p. 57ss.

[7] La dottrina ha manifestato perplessità nel commentare il Protocollo in oggetto, tanto da manifestare aperta deplorazione per tale adozione, definita biasimevole e addirittura inutile: si veda al riguardo, J. ZILLER, *Il nuovo Trattato europeo*, Bologna, 2007; P. CRAIG, *The Treaty of Lisbon: Process, architecture and substance*, in *Eur. Law Rev.*, 2008, p. 135 ss.

della Carta dei diritti fondamentali a Polonia e Regno Unito[8]. Tale strumento non è stato l'unico, né i due Stati membri i soli, a formulare dichiarazioni o *distinguo*: la Polonia ha infatti voluto far emergere fortemente la propria posizione anche in materia di diritti sociali e diritti "etici"[9], così come la Repubblica Ceca[10]; senza dimenticare la posizione dell'Irlanda che, anche se in maniera indiretta, ha espresso alcune riserve in una decisione approvata da tutti gli Stati membri (che dovrebbe divenire poi un Protocollo) che riguarda alcuni punti su diritto di famiglia ed educazione[11].

[8] Si noti che la "bozza" di protocollo relativo all'Art. 6 del futuro Trattato sull'Unione europea, contenuto nell'Allegato 1 – Modifiche al Trattato UE al "Mandato della Conferenza Intergovernativa" predisposto dal Consiglio europea, 21-22 Giugno 2007 – in B. NASCIMBENE (a cura di), *Comunità e Unione europea. Codice delle istituzioni*, Torino, 2008, p. 1155 ss. – contiene la sola posizione del Regno Unito, tra l'altro con scarse differenze terminologiche rispetto alla versione definitiva.

[9] Si veda Dichiarazione n.61 all'atto finale di adozione del Trattato di Lisbona nella quale la Polonia ricorda che "*La Carta lascia impregiudicato il diritto degli Stati membri di legiferare nel settore della moralità pubblica, del diritto di famiglia nonché della protezione della dignità umana e del rispetto dell'integrità fisica e morale dell'uomo*". Si veda altresì Dichiarazione n. 62 all'atto finale di adozione del Trattato di Lisbona nella quale "*La Repubblica di Polonia dichiara che, tenuto conto della tradizione di movimento sociale di «Solidarność» e del suo importante contributo alla lotta per i diritti sociali e del lavoro, rispetta pienamente i diritti sociali e del lavoro stabiliti dal diritto dell'Unione europea e, in particolare, quelli ribaditi nel titolo IV della carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*". Inizialmente non coinvolta, la Polonia ha sposato solo in un secondo momento le posizioni espresse dalla Gran Bretagna, venendo coinvolta nella stesura del Protocollo successivamente: il 23 Luglio 2007, in occasione dell'apertura dei lavori della Conferenza intergovernativa che ha deliberato l'adozione del trattato di Lisbona, il Ministro degli Affari Esteri Anna Elzbieta Fotyga aveva anticipato "With reference to the Charter of Fundamental Rights, Poland abides by its statement concerning the possibility of joining the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland in the Protocol A final decision will be taken during the Intergovernmental Conference following completionof analysis of the possible consequences of the provisions of the Charter for Poland's National law".

[10] Dichiarazione n. 53 all'atto finale di adozione del Trattato di Lisbona nella quale si afferma che "*La Repubblica Ceca rammenta che le disposizioni della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea si applicano alle istituzioni e agli organi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà e della ripartizione delle competenze tra l'Unione e gli Stati membri, come ribadito nella dichiarazione (n. 18) relativa alla delimitazione delle competenze. La Repubblica Ceca sottolinea che tali disposizioni si applicano agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione e non quando adottano o attuano disposizioni del diritto nazionale indipendentemente dal diritto dell'Unione*".

[11] Si veda a tal proposito anche il verbale di adunanza del Consiglio europeo del 11-12 Dicembre 2008 durante il quale l'Irlanda si è impegnata a organizzare un nuovo referendum per la ratifica del Trattato di Lisbona e che si è poi tenuto, con esito favorevole, il 2 ottobre 2009. In cambio la nazione isolana ha ottenuto rassicurazioni anche sulla non ingerenza nelle materie del diritto alla vita, dell'educazione e della famiglia a causa dei

Considerando la grande enfasi posta dal Trattato sul rispetto dei diritti fondamentali e la ancor più grande enfasi della Corte di Giustizia nel definire il rispetto per tali diritti come "*principi che fanno parte dei fondamenti stessi dell'ordinamento giuridico comunitario*"[12], il quadro sembrerebbe piuttosto sconfortante. Così come appena delineata, la situazione si prospetterebbe quale prova di un'applicazione frammentata, non uniforme e potenzialmente in contrasto tra valori nazionali e diritti di matrice comunitaria. A mio avviso, gli allarmi di un'applicazione "geografica" della Carta non sono interamente giustificati e la situazione è forse meno complessa di quanto sembri. Innanzitutto ritengo di fondamentale importanza evidenziare quella che è un'osservazione banale, ma quantomeno rassicurante: nessun organo nazionale si è ufficialmente pronunciato per la rinuncia di alcuni diritti dichiarati fondamentali o per l'abolizione della Carta. Le questioni allora sono di diversa natura e possono distinguersi piuttosto in due argomenti: il primo è l'enorme distanza tra retorica politica e realtà giuridica; il secondo si fonda sulla mia personale convinzione che molte delle preoccupazioni espresse siano da analizzare più in termini di competenza (o meglio di espansione di competenze), piuttosto che in termini di minore o maggiore (o differente) applicazione di diritti.

2. Retorica politica e realtà giuridica

Per dare un po' di concretezza ad entrambe le questioni delineate e per provare a formulare alcune considerazioni, spero rilevanti per la discussione che stiamo cercando di approfondire, ritengo che l'esempio della Gran Bretagna sia il migliore per poter dare una base fattuale e giurisprudenziale ai miei ragionamenti. Naturalmente la personale vicinanza professionale al Paese in questione da parte di chi scrive favorisce nell'offrire un quadro più dettagliato della situazione, ma anche la lingua inglese, per molti certamente più familiare del polacco, aiuta non poco[13].

La Gran Bretagna non è paese famoso per il suo entusiasmo europeista, sventolano ben poche bandiere blu a stelle oro, se non in occasione

vincoli giuridici causati dall'entrata in vigore della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

[12] Corte di Giustizia europea, 3 Settembre 2008, cause riunite C-402/05 P e C-415/05 P, *Kadi e Al Barakaat c. Consiglio*, in *Racc.*, p. I6351, cpv. 280 ss.

[13] Per un approfondimento sulla correlazione tra ordinamento polacco e Carta dei diritti fondamentali si veda *Poland and the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, Report from the debate organized by EU Law Chair of Jagellonian Club (Cracovia, 3 Dicembre 2007), in *www.kj.org.pl*.

della Ryder Cup, il torneo di golf EU v USA. È invece famoso per essere uno Stato che sa difendere le proprie posizioni in tutti i campi del vivere sociale e civile ed anche la Commissione si è dovuta alla fine arrendere e rinunciare ad imporre l'uso del sistema metrico decimale al posto delle misure imperiali.[14] Eppure, è mio fondato parere che, pur conservando pinte e miglia, il sistema giuridico inglese abbia dato numerose prove di profondo e radicato *europeismo giuridico*. Non mi riferisco tanto alla puntualità nell'attuare le direttive comunitarie – espressamente raccomandata dall'ex Primo Ministro Tatcher per dare prova agli "stranieri" europeisti della superiorità per lo meno organizzativa degli "isolani" – quanto piuttosto alla capacità del sistema di *Common Law* di metabolizzare principi del diritto europeo, risultati invece molto più ostici per altri Stati membri. L'interpretazione e l'applicazione del principio di supremazia – ad esempio – non sono mai stati considerati dei problemi rilevanti per le corti inglesi e la Gran Bretagna stessa. Basta ricordare le laconiche parole del giudice Bridge nel caso *Factortame*[15], il quale si domandava che cosa ci fosse "*di particolarmente nuovo*" nell'accordare al diritto comunitario precedenza sul diritto inglese[16].

L'atteggiamento delle corti inglesi non è cambiato nemmeno di recente, tanto da essere stato confermato – anche nei mesi passati – nelle ripetute applicazioni del principio di responsabilità dello Stato[17] e perfino in quelle vere e proprie acrobazie necessarie nell'applicare la non

[14] Directive 2009/3/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 2009 amending Council Directive 80/181/EEC on the approximation of the laws of the Member States relating to units of measurement. L114/10 of the 7 May 2009.

[15] *R v Secretary of State for Transport ex p Factortame Ltd (Interim Relief Order)* [1990] UKHL 7 (26 July 1990), [1990] 2 LLR 365, [1990] 2 Lloyd's Rep 365, [1990] UKHL 7, [1990] 2 Lloyds Rep 365.

[16] LORD BRIDGE [1991] 1 AC 603, 658 "Some public comments on the decision of the Court of Justice, affirming the jurisdiction of the courts of member states to override national legislation if necessary to enable interim relief to be granted in protection of rights under Community law, have suggested that this was a novel and dangerous invasion by a Community institution of the sovereignty of the United Kingdom Parliament. But such comments are based on a misconception. If the supremacy within the European Community of Community law over the national law of member states was not always inherent in the EEC Treaty it was certainly well established in the jurisprudence of the Court of Justice long before the United Kingdom joined the Community. Thus whatever limitation of its sovereignty Parliament accepted when it enacted the European Communities Act 1972 was entirely voluntary. Under the terms of the 1972 Act it has always been clear that it was the duty of a United Kingdom court, when delivering final judgment, to override any rule of national law found to be in conflict with any directly enforceable rule of Community law. [...] Thus there is nothing in any way novel in according supremacy to rules of Community law in those areas to which they apply [...]"

[17] *Cooper v Attorney General* [2010] EWCA Civ 464; [2010] WLR (D) 122.

sempre semplicissima giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di tassazione diretta[18].

Concludendo, una cosa è la retorica politica[19] e le negoziazioni in cui i toni e le posizioni oltranziste molto spesso pagano, un'altra il sistema giuridico.

La stessa considerazione è applicabile riguardo alla uniformità della protezione dei diritti fondamentali ed al Protocollo n.30: il divario tra retorica e realtà è anche in questo caso evidente ed è utile chiarire da subito che la scelta operata dalla Gran Bretagna con tale Protocollo non è giunta fino alla manifestazione di un *opt out*[20].

Che il Protocollo al momento della ratifica del Trattato di Lisbona sia stato "venduto" come un vero e proprio *opt out* non vi è dubbio, ma la posizione del governo laburista espressa ufficialmente di fronte ai Comitati parlamentari competenti è sempre stata quella che si fosse utilizzato non uno strumento di tal genere, ma semplicemente un documento esplicativo[21]. L'allora Attorney General, Lord Goldsmith, ha esplicitamente dichiarato che "*il Protocollo non costituisce in alcun modo un opt out, nel senso che i diritti contenuti nella Carta non saranno applicati in maniera non uniforme ai cittadini britannici*"[22]. Lo stesso nego-

[18] *Revenue & Customs Commrs v IDT* [2006] EWCA Civ 29; *Vodafone 2 v Revenue & Customs Commrs* [2009] EWCA Civ 446.

[19] Secondo P. CRAIG, *The Treaty of Lisbon*, cit., p. 163, la motivazione politica della negoziazione del Protocollo risiederebbe nella volontà di differenziare il Trattato di Lisbona dal Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa (per la quale non è stata avanzata alcuna richiesta di "opt out or reservation").

[20] S. AMADEO, *Il Protocollo n. 30 sull'applicazione della Carta a Polonia e Regno Unito e la tutela "asimmetrica" dei diritti fondamentali: molti problemi, qualche soluzione*, in *Dir. Un. Eur.*, 2009, p. 728, evidenzia che a differenza di altre clausole di *opting out*, il Protocollo n. 30 non esonera la Polonia ed il Regno Unito dagli obblighi derivanti dalla Carta. Confronta sul punto anche M. WIND, *The European Union as a polycentric polity: returning to a neo-medieval Europe?*, in J.H.H. Weiler, M. Wind (a cura di), *European Constitutionalism Beyond the State*, Cambridge, 2003, p. 103, 112 ss.

[21] Si veda al riguardo quanto contenuto nel report ufficiale della House of Lords: *http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200708/ldselect/ldeucom/62/6209.htm*. In via ulteriore si può notare che il governo britannico non descrive il protocollo come un *opt out*, utilizzando esclusivamente la denominazione Protocollo già nella sua titolazione ("*Protocol on the application of the charter of fundamental rights of the European Union to Poland and to the United Kingdom*"). Allo stesso modo, la pagina web del Ministero degli Esteri inglese tende a precisare che il trattamento all'interno dell'Unione europea della Gran Bretagna è differente dagli altri 26 Paesi membri poiché "*The UK has a legally-binding Protocol on the Charter, thus protecting our social and labour legislation*" (*http://www.fco.gov.uk/resources/en/pdf/pdf19/fco_beu_pdf_reformtreaty10myths*).

[22] LORD GOLDSMITH, *The Charter of Fundamental Rights*, Speech to BIICL, 15 January 2008.

ziatore del Protocollo ha scritto che tale documento non fa che spiegare in modo più chiaro come la Carta si applichi[23].

Infine e ad ulteriore riprova, il nuovo primo ministro David Cameron – prima di diventarlo – ha promesso di rivedere proprio il Protocollo n. 30 perché "*non dava garanzie sufficienti*"[24].

3. L'applicazione del Protocollo n. 30

Esaminando attentamente il dato letterale ed il contenuto del Protocollo n. 30 non mi pare che il testo stesso dia adito a scandali: l'Articolo 1 dichiara che la "*Carta non estende la competenza della Corte di giustizia dell'Unione europea o di qualunque altro organo giurisdizionale della Polonia o del Regno Unito a ritenere che le leggi, i regolamenti o le disposizioni, le pratiche o l'azione amministrativa della Polonia o del Regno Unito non siano conformi ai diritti, alle libertà e ai principi fondamentali che essa contiene*".

Il Protocollo non fa che affermare una evidente verità: il campo di applicazione della Carta è di per sé limitato. Come chiaramente previsto dall'Articolo 51, essa si applica alle Istituzioni comunitarie ed agli Stati membri "*esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione*".

Dopo l'adozione della Carta dei diritti fondamentali era nato un acceso dibattito[25] riguardo la portata della disposizione citata: se cioè tale espressione dovesse significare che le disposizioni della Carta fossero applicabili agli Stati membri qualora la loro azione ricadesse nell'ambito di applicazione del Trattato, alla luce della giurisprudenza comunitaria[26], oppure che tale indicazione volesse dichiarare l'esistenza di un "effetto giuridico" solo nei casi di attuazione diretta di un obbligo comunitario quale l'attuazione di una direttiva. Le *Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali* precisano che per quanto riguarda gli Stati membri, la giurisprudenza della Corte sancisce senza ambiguità che l'obbligo di

[23] D. DENMAN, *The Charter of Fundamental Rights*, 4 EHRLR, 2010, p. 349, a. 355. Il testo stesso del Protocollo esprime "*il desiderio della Polonia e Gran Bretagna*" di chiarire alcuni aspetti dell'appli-cazione della Carta (8th Recital).

[24] Per un contributo sul tema, C. GRANT, "*Cameron's Europe: Can the Conservatives achieve their EU objectives?*", in *Centre for European Reform essays* (*http://www.cer.org.uk/pdf/essay_936_dec09.pdf*).

[25] Si veda, P. EECKHOUT, *The EU* Charter *of Fundamental Rights and the Federal Question*, *Common Market Law Review*, 2002, p. 961.

[26] Corte di Giustizia europea, 13 Luglio 1989, C-5/88 *Wachauf*, Racc. 1989, p. 2609; Corte di Giustizia europea, 18 Giugno 1991, C-260/89, *ERT*, Racc. 1991, p. I-2925; Corte di Giustizia europea, 18 Dicembre 1997, C-309/96, *Annibaldi*, Racc. 1997, p. I-7493.

rispettare i diritti fondamentali definiti nell'ambito dell'Unione vale per gli Stati membri soltanto quando agiscono nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione[27].

Il Protocollo non fa che ribadire che la Carta non si applica a disposizioni nazionali che non presentino alcun elemento di connessione con il diritto comunitario cosi come stabilito dalla costante giurisprudenza della Corte di Giustizia: in *Polier*[28], in particolare, la Corte ha riaffermato di non avere competenza nei confronti di una normativa che non si collochi nell'ambito del diritto comunitario, soprattutto qualora l'oggetto della controversia non presenti alcun elemento di collegamento con quest'ultimo. Anche una recentissima pronuncia della Corte di Giustizia[29] conferma tale orientamento precisando che "*le disposizioni della Carta si applicano, ai termini del suo art. 51, n. 1, agli stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione. In virtù del n. 2 della medesima disposizione [...] la Corte è chiamata ad interpretare, alla luce della Carta, il diritto dell'Unione nei limiti delle competenza che le sono attribuite*" fino a rifiutare una soluzione che "*rischierebbe, inoltre, di violare l'art. 51, n. 2, della Carta*"[30]. Che poi il campo di applicazione del diritto Europeo sia particolarmente vasto è questione diversa con differenti conseguenze ed ulteriori problemi applicativi.

Ribadire il campo di applicazione limitato della Carta, come dunque fa il Protocollo n. 30, non vuol dire però negarne ogni effetto. La Dichiarazione n. 1 all'atto finale di approvazione del Trattato di Lisbona, infatti, prevede espressamente che i diritti fondamentali sono confermati così come "*garantiti dalla Convenzione per la protezione dei diritti dell'uomo e come derivanti in particolare dalle tradizioni costituzionali*". Ciò significa che le disposizioni della Carta devono essere comunque applicate alla stregua dei principi generali di diritto, con tutte le conse-

[27] Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali (2007/C 303/02), Titolo VII – Disposizioni generali che disciplinano l'interpretazione e l'applicazione della Carta, Spiegazione relativa all'articolo 51 – Ambito di applicazione, § 2.

[28] Corte di Giustizia europea, 16 Gennaio 2008, C-361/07, *Olivier Polier v Najar*, Racc. 2008 p. I-6 (Sommario). Il caso trattato riguardava la questione se il diritto francese sul licenziamento senza giusta causa fosse compatibile con il diritto comunitario, normativa della Carta dei diritti fondamentali compresa.

[29] Corte di Giustizia europea, 5 Ottobre 2010, C-400/10 PPU, *J. McB. C. L.E.*, Racc. 2010 p. I-000 (Sommario), nella quale la High Court d'Irlanda domandava la decisione della questione pregiudiziale riguardante l'esistenza di conflitto tra un regolamento comunitario – interpretato secondo la Carta dei diritti fondamentali – e la previsione della normativa nazionale che statuisce la necessità di una decisione del giudice competente di attribuzione dell'affidamento del figlio precedentemente alla riconoscimento del "diritto di affidamento".

[30] *Ibidem*.

guenti e necessarie implicazioni giuridiche, ed inoltre che, poiché tutti gli Stati membri – Gran Bretagna inclusa – sono tenuti a rispettare i principi generali di diritto, è garantito altresì il rispetto dei diritti fondamentali citati.

D'altra parte, le corti inglesi nell'applicare disposizioni di diritto comunitario da tempo fanno spesso esplicito riferimento alle previsioni della Carta assieme a quelle della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Ciò è avvenuto, ad esempio, nell'interpretazione dell'*Employment Equality Regulations* del 2003[31], con il riconoscimento da parte del giudice inglese che la Carta dei diritti fondamentali di matrice europea "*non aggiunge nulla di concreto*" a quanto già presente nell'ordinamento nazionale[32]. Anche in una materia totalmente diversa, quale quella della registrazione di marchi comunitari, l'organo giudicante ha evidenziato che "*il diritto comunitario dovrebbe essere interpretato ed applicato in modo da non conferire alcuna legittimità a comportamenti impropri*", richiamando poi in una nota a margine "*come ribadito anche all'Art. 54 della Carta dei diritti fondamentali*"[33].

Resta tuttavia da affrontare la questione riguardante la natura dell'Articolo 2 del Protocollo rispetto all'applicazione del Titolo IV della Carta. Si legge infatti all'Art. 2: "*Ove una disposizione della Carta faccia riferimento a leggi e pratiche nazionali, detta disposizione si applica alla Polonia o al Regno Unito soltanto nella misura in cui i diritti o i principi ivi contenuti sono riconosciuti nel diritto o nelle pratiche della Polonia o del Regno Unito. In particolare e per evitare dubbi, nessuna disposizione contenuta nel Titolo IV della Carta crea diritti azionabili dinanzi ad un organo giurisdizionale della Polonia o del Regno Unito, salvo nella misura in cui la stessa Polonia od il Regno Unito abbiano previsto tali diritti nel rispettivo ordinamento interno"*. Le preoccupazioni della *city* e degli imprenditori di veder rinascere un diritto del lavoro hanno certamente trovato voce nella redazione della norma citata, ma anche in questo caso non sono convinto che si possa definire l'Articolo 2 come un *opt out*. La limitazione del campo di applicazione delle disposizioni del Titolo IV si ritrova invero nel testo stesso degli ar-

[31] *Employment Equality (Religion or Belief) Regulations* e *Employment Equality (Sexual Orientation) Regulations* approvati nel 2003 al fine di combattere discriminazioni in material di religioni e credenze, nonché di orientamento sessuale, in attuazione della Direttiva 2000/78/EC del 27 Novembre 2000.

[32] *R. (on the application of Amicus) v Secretary of State for Trade and Industry* [2004] WL 741919.

[33] *Melly's Trade Mark Application; Oppositions of Fianna Fail and Fine Gael* [2008] E.T.M.R. 41.

ticoli che lo compongono: sei di questi fanno infatti esplicito riferimento a "*legislazioni e prassi nazionali*"[34] e l'Articolo 52, al paragrafo 6, ribadisce che "*si tiene pienamente conto delle legislazioni e prassi nazionali, come specificato nella presente Carta*".

Ragionando tuttavia in termini pragmatici, appare improbabile che nel caso di una fattispecie che ricada nell'ambito del diritto europeo le corti inglesi possano essere totalmente dimentiche di ogni esigenza di tutela dei diritti sociali. Si prenda il famosissimo caso *Viking*[35] riguardante il conflitto tra libertà di circolazione e diritto di sciopero. Contrariamente alle aspettative della società Viking, la quale aveva coscientemente scelto di citare non il sindacato finlandese, ma l'unione dei sindacati europei per affermare la giurisdizione delle corti inglesi, in teoria maggiormente "*employers friendly*", il giudice Mummery della Corte di Appello ha sollevato ben dieci questioni preliminari alla Corte di Giustizia, molte delle quali sull'estensione del diritto di sciopero in ambito comunitario. La Corte di Giustizia ha così stabilito che azioni come quelle oggetto della fattispecie in esame costituiscono restrizioni alla libertà di stabilimento e che tali restrizioni possono essere accettate soltanto se perseguono un obiettivo legittimo, come la tutela dei lavoratori. La Corte ha altresì ricordato che è pacifico che le azioni collettive, come le trattative e i contratti collettivi, possono costituire, nelle specifiche circostanze di una controversia, uno dei mezzi principali attraverso i quali i sindacati tutelano gli interessi dei loro membri. In particolare, la Corte di Giustizia ha poi esplicitamente richiamato l'Articolo 28 della Carta affermando che tale articolo *riafferma* il diritto fondamentale ad intraprendere azioni collettive, e dunque, se lo riafferma, lo rende applicabile come principio generale e pertanto azionabile anche nell'ordinamento inglese.

4. La Carta come strumento autonomo

Mi rendo conto di ave fin qui sostenuto che le preoccupazioni di una non uniforme applicazione della protezione dei diritti fondamentali sono, di fatto, ingiustificate vista la scarsa carica innovativa della Carta. Mi sono dunque allineato su una posizione decisamente … molto britannica.

Approfondendo il ragionamento sin qui svolto, ritengo che le dinamiche di un sistema di *Common Law* – così simile a quello comunitario

[34] In particolare, Articoli 27, 28, 30, 34, 35 e 36 della Carta.

[35] Corte di Giustizia europea, 11 Dicembre 2007, C-438/05, *International Transport Workers' Federation v. Viking Line*, ABP, Racc. 2007 p. I-10779. Si veda sul punto, il contributo di R. MASTROIANNI nel presente volume.

– possano comunque aprire nuove direzioni, sia nell'ambito di una più rispondente interpretazione della normativa nazionale ai principi riconosciuti in ambito europeo, sia quale strumento per così dire "autonomo".

Innanzitutto, non è da sottovalutare il valore della Carta come canone interpretativo. Basti pensare a materie che costituiscono i classici esempi dello scarso entusiasmo britannico alla unificazione europea: i Protocolli negoziati dalla Gran Bretagna in tema di diritto di asilo e di questioni relative all'immigrazione costituiscono, stavolta per davvero, un autentico *opt out*[36].

D'altra parte, proprio in queste materie ed in numerose occasioni, le corti inglesi hanno sopperito alla mancata ratifica da parte della Gran Bretagna di strumenti internazionali quali ad esempio il 4° Protocollo alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali in materia di espulsioni collettive. In particolare la giurisprudenza inglese ha dedotto un vero e proprio divieto di applicazione di tali misure dalle norme nazionali (come lo *Human Rights Act*) e da altri strumenti internazionali (come lo *International Covenants on Civil and political rights* o la Convenzione di Ginevra), facendo oggetto delle proprie motivazioni e pronunce proprio la Carta, non solo tramite analogia, ma a volte anche contestualmente ad altre disposizioni di trattati internazionali.

La giurisprudenza inglese è giunta a dichiarare che "*La Convenzione europea è, naturalmente, ora parte del nostro diritto interno a causa del Human Rights Act del 1998. Né la Convenzione delle Nazioni Unite, né la Carta europea è attualmente giuridicamente vincolante nel nostro diritto interno e quindi non sono fonti del diritto in senso stretto. Ma entrambi possono, a mio giudizio, correttamente essere consultati nella misura in cui proclamano, riaffermano o chiariscono il contenuto di quei diritti umani che sono generalmente riconosciuti in tutta la famiglia*

[36] Si potrebbe ipotizzare un effetto sull'applicazione uniforme della Carta anche sulla base del Protocollo n. 19 relativo alla posizione di Regno Unito e Danimarca rispetto alla creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Tale Protocollo che conferisce a questi due paesi la possibilità di chiedere di partecipare in tutto o parte alle disposizioni del cosiddetto *Schengen acquis*. Nel caso in cui i due paesi non abbiano acconsentito all'applicazione di tali disposizioni, la Carta non si dovrebbe applicare in virtù dell'Articolo 51 della Carta stessa. È stato giustamente notato che si potrebbe tuttavia ritenere la legislazione nazionale in materia comunque ricompresa nell'ambito del diritto comunitario: "the Member State would be derogating from the harmonised rules by not opting in but would still be acting within the scope of EU law when it adopted national legislation in this sphere.", cfr. D. ANDERSON, C. MURPHY, *The Charter of Fundamental Rights*, in A. Biondi e P. Eeckhout, Oxford, OUP, 2011, 160.

delle nazioni europee, in particolare la natura e la portata di tali diritti fondamentali che sono garantiti dalla Convenzione europea"[37].

Da un altro e diverso punto di vista e, proprio sulla base della giurisprudenza anglosassone attuale, sembra possibile anche un uso "autonomo" della Carta. Vale a dire quale fonte indipendente di produzione di diritto.

Due casi offrono esempi particolarmente interessanti di tale "autonomia". Nel caso *Boroumand*[38] si discuteva dell'espulsione di un cittadino iraniano, stante la contestazione dell'ordine di espulsione motivata sull'esistenza di seri rischi che il ricorrente, una volta ritornato in Iran, potesse essere condannato a morte e che dunque potesse prospettarsi una violazione dei suoi diritti fondamentali come garantiti dallo *Human Rights Act*. Il signor Bouramand aveva però avanzato anche un secondo motivo di impugnazione: egli aveva diritto allo *status* di protezione sussidiaria in base all'Articolo 2 della Direttiva 2004/38/EC. Il governo inglese aveva risposto che nessuna protezione era dovuta al ricorrente in quanto questi era stato precedentemente condannato a tre anni e mezzo di reclusione.

Ciò che qui si rivela interessante è che la Corte ha accettato di discutere se l'Articolo 47 della Carta, che riconosce il diritto ad una tutela giudiziaria effettiva, fosse stato in questo caso rispettato in particolare nell'offrire al ricorrente la possibilità di contestare la condanna ricevuta: "*l'articolo 6 della CEDU non si applica direttamente, ma [il ricorrente]*

[37] *R (OTA Howard League for Penal Reform) v Secretary of State for the Home Department* [2002] EWHC 2497 (Admin), [2003] FLR. La stessa posizione è stata assunta in *R v East Sussex County Council e il Disability Rights Commission ex parte A, B, X & Y* [2003] EWHC 167 (Admin) secondo cui "the Charter is not at present legally binding in our domestic law and is therefore not a source of law in the strict sense. But it can, in my judgment, properly be consulted insofar as it proclaims, reaffirms or elucidates the content of those human rights that are generally recognised throughout the European family of nations, in particular the nature and scope of those fundamental rights that are guaranteed by the Convention". Infine, in *AM (Somalia) v Entry Clearance*, [2009] EWCA Civ 634, la Corte d'Appello ha affermato che "accept that, although there is no Strasbourg case on the point, disability discrimination may fall within the "suspect" group because of its recognition not only in our domestic law but also in numerous international instruments including the UN Declaration of the Rights of Disabled Persons 1975, the Vienna Declaration and Programme of Action 1993, the Standard Rules on the Equalization of Opportunities for Persons with Disabilities adopted by the UN General Assembly in 1993, the Employment Equality Directive 2000/78/EC /, the EU Charter on Fundamental Rights (Article 21) and the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities 2007".

[38] *The Queen on the Application of Boroumand v Secretary of State for the Home Department* [2010] EWHC 225 (Admin).

ha invocato l'art. 47 della Carta"[39]. Ritengo sia evidente anche l'esistenza di un collegamento con il diritto europeo, ma è chiara la possibilità di usare (non solo in teoria, a questo punto) la Carta in maniera estensiva, come strumento autonomo e come fonte di diritto indipendente.

Se posso azzardare una previsione, disposizioni quali l'Articolo 47 (con la sua ampia formulazione "*Ogni individuo i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice*"), nonché l'Articolo 19 del Trattato (che richiede agli Stati membri di stabilire i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una effettiva tutela giurisdizionale) potranno effettivamente fornire sorprese e diventare base di alcuni processi decisionali della giurisprudenza (non solo) inglese.

Il secondo esempio riguardante l'uso "autonomo" della Carta è la recente sentenza *Zagorski*[40], nella quale il ricorrente, un condannato a morte in Tennessee, ha cercato di dimostrare come la proibizione della pena di morte contenuta all'Articolo 2, paragrafo 2, della Carta obbligasse la Gran Bretagna ad impedire l'esportazione verso gli Stati Uniti di un medicinale usato per le iniezioni letali dallo Stato del Tennessee. L'argomento si basava sul fatto che – a differenza della Convenzione del 1950 che all'Articolo 1 prevede espressamente che "*Le Alte Parti contraenti riconoscono a ogni persona sottoposta alla loro giurisdizione i diritti e le libertà enunciati nel Titolo primo della presente Convenzione*" – la Carta non conosce specifiche clausole di limitazione di giurisdizione. Il giudice ha, da un lato, riconosciuto che nel caso in cui una fattispecie presenti una connessione con il diritto europeo la Carta è utilizzabile alla stregua dei principi generali di diritto, ma dall'altro ne ha rigettato nel merito l'applicazione deducendo dall'Articolo 52, paragrafo 3, della Carta[41] la stessa limitazione di giurisdizione, prevista dalla Convenzione europea ed argomentando che, in caso contrario, la Carta avrebbe conferito tali diritti a chiunque in qualsiasi parte del mondo, indipendentemente da collegamenti con la normativa comunitaria[42].

[39] *Ibidem*.

[40] *R (Zagorski) v Secretary of State for Business, Innovation & Skills* [2010] EWHC 3110 (Admin).

[41] Il quale prevede: "*Laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa*".

[42] Testualmente "the Charter would confer such rights on anyone anywhere in the world regardless of whether they have any connection with EU law", in *Zagorski*, cit.

La sentenza *Zagorski* conferma ancora una volta la possibilità di un uso anche spregiudicato della Carta e soprattutto la poca consistenza delle prescrizioni contenute nel Protocollo n. 30.

Infine, ritengo opportuno citare un ulteriore chiaro esempio di europeismo giuridico delle corti inglesi che, quasi come stimolate dall'enfasi politica e dal tanto clamore suscitato, hanno immediatamente usato proprio per il Protocollo n. 30 la procedura di rinvio pregiudiziale, lo strumento più appropriato, cioè, nei casi in cui si presenti la necessità di interpretare una disposizione di matrice comunitaria. Nel caso *S, NS, Saeedi*[43] concernente il tentativo di alcuni ricorrenti, a cui era stato negato il diritto d'asilo, di evitare l'espulsione verso la Grecia con l'argomento che i diritti garantiti dalla Carta non erano rispettati in quel paese, la Corte d'Appello ha sollevato varie questioni sia sulla incidenza dei diritti della Carta sulla legislazione nazionale in materia d'asilo[44], sia in particolare sulla possibilità che l'applicazione di tali diritti fosse "*qualified in any respect by Protocol N. 30*"[45].

5. Conclusioni

Ricapitolando, per quanto riguarda una eventuale protezione differenziata dei diritti dell'uomo, non mi sembrano concretizzabili rischi o discrasie di sistema come avevo accennato inizialmente; d'altronde "*l'esistenza di deroghe, generalmente temporanee, per esentare alcuni Stati da taluni obblighi stabiliti dalla normativa comunitaria ha accompagnato il Trattato CE sin dalla sua formazione*"[46]. Il vero problema, invece, è la relazione tra Carta dei diritti e competenze. Secondo una definizione della collega Catherine Barnard[47], che ritengo molto efficace nella sua simbologia, la Carta rischia di essere un nuovo "cavallo di Troia" per un'estensione eccessiva delle competenze dell'Unione. Gli sforzi maggiori degli Stati membri si sono concentrati su una specie di ossessione nel ripetere che in nessun modo la Carta può essere usata per estendere le competenze dell'Unione.

L'articolo 6 del Trattato di Lisbona statuisce chiaramente che "*Le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze*

[43] *R (S) v Secretary of State for the Home Department* [2010] EWHC 705 (Admin); *R (NS) v. Secretary of State for the Home Department* [2010] EWCA Civ. 990.

[44] Sul punto si veda il contributo di B. NASCIMBENE, in questo stesso volume.

[45] In *S, NS, Saeedi*, cit.

[46] G. GAJA, A. ADINOLFI, *Introduzione al diritto dell'Unione europea*, cit.

[47] C. BARNARD, *The 'Opt-Out' for the UK and Poland from the Charter of Fundamental Rights: Triumph of Rhetoric over Reality?*, in *http://www.law.cam.ac.uk/*.

dell'Unione definite nei trattati". Previsione che è stata sottolineata e precisata dalla Dichiarazione n. 61 della Polonia[48].

La Dichiarazione n. 1 all'atto finale di adozione del Trattato di Lisbona ribadisce altresì che "*La 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 e i compiti definiti dai trattati*".

Dell'Articolo 51 della Carta e delle relative Spiegazioni si è già scritto in precedenza, ma vale la pena ricordare che la norma prevede la propria applicazione "*esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione*".

Infine, anche il Protocollo n.8 relativo all'adesione dell'Unione alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali come disposta dall'art. 6, paragrafo 2 della Carta evidenzia anche per tale materia che "*L'accordo di cui all'articolo 1 deve garantire che l'adesione non incida né sulle competenze dell'Unione né sulle attribuzioni delle sue istituzioni. Deve inoltre garantire che nessuna disposizione dello stesso incida sulla situazione particolare degli Stati membri nei confronti della convenzione europea e, in particolare, riguardo ai suoi protocolli, alle misure prese dagli Stati membri in deroga alla convenzione europea ai sensi del suo articolo 15 e a riserve formulate dagli Stati membri nei confronti della convenzione europea ai sensi del suo articolo 57*".

I passaggi normativi sin qui riportati evidenziano l'atteggiamento piuttosto incomprensibile tenuto dagli Stati membri, poiché è la Carta stessa – ed in generale la natura della protezione dei diritti fondamentali – che, più che a conferirne di nuovi, tende a limitare i poteri delle Istituzioni comunitarie.

Diverso, ed a mio parere più utile e fruttuoso per tutti (Istituzioni comunitarie, Stati membri, organi giudicanti, tra gli altri), sarebbe stato invece il risultato se tutti gli sforzi profusi per definire e ribadire confini già tracciati[49] fossero stati concentrati sul titolo riguardante le ripartizioni di competenze, che non appare ad oggi brillantissimo nella sua enunciazione. Sarà solo l'impiego pratico in fattispecie concrete a mostrare come il nuovo Protocollo sull'applicazione del principio di sussidiarietà

[48] Dichiarazione n.61 all'atto finale di adozione del Trattato di Lisbona, cit.

[49] Si veda B. DE WITTE, *The Trajectory of Fundamental Social Rights in the European Union*, in G. de Burca, B. de Witte, *Social Rights in Europe*, Oxford, 2005, p. 153 ss., il quale annota: "the diaphanous distinction between 'rights' and 'principles' drawn in Article 51(1) was considered by the British government representative to have been a "key factor in the Herzog Convention reaching agreement on the Charter, particularly in relation to the inclusion of social and economic rights".

verrà impiegato dai Parlamenti nazionali e quale sarà l'atteggiamento delle Corte Europea di Giustizia.

Dunque, tanto rumore per nulla? In attesa che sia pronunciata sentenza relativamente al caso *S, NS, Saeedi* è singolare che proprio la Corte abbia dichiarato nella *press release* del 30 Novembre 2009 sui cambiamenti apportati dal Trattato di Lisbona alla sua giurisdizione che "*la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea acquisisce lo stesso valore giuridico dei Trattato. Essa integra "il blocco di costituzionalità" sul quale la Corte di giustizia può pronunciarsi. Tuttavia, la Carta non si applica al Regno Unito e alla Polonia che beneficiano di una deroga*".

Forse ci troviamo di fronte a quella che spesso in politica si chiama "esagerazione per la stampa"…

DIRITTI DELL'UOMO E LIBERTÀ ECONOMICHE FONDAMENTALI NELL'ORDINAMENTO DELL'UNIONE EUROPEA: NUOVI EQUILIBRI?

Roberto MASTROIANNI*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Libertà e diritti, entrambi "fondamentali" nella giurisprudenza della Corte di giustizia. – 3. L'interazione tra diritti e libertà fondamentali nella giurisprudenza in tema di mercato interno. – 4. *Segue*: i frutti del bilanciamento nell'ottica della Corte. – 5. Il bilanciamento nei Trattati e nella legislazione secondaria. – 5. *Segue*: alcuni esempi di bilanciamento nel testo delle direttive. – 6. Conclusioni.

1. Premessa

Scopo della presente riflessione è l'analisi, alla luce del nuovo art. 6 TUE come modificato dal Trattato di Lisbona e dunque della "promozione" della Carta dei diritti fondamentali nel novero delle fonti primarie dell'ordinamento dell'Unione, del rapporto intercorrente tra diritti fondamentali e libertà economiche garantite dai Trattati[1].

* Testo rivisto e corredato di note della Relazione presentata al XV Convegno SIDI *La protezione dei diritti fondamentali: Carta dei diritti UE e standard internazionali* (Bologna, 10-11 giugno 2011). L'A. ringrazia i dr. Luigi Della Corte e Adriano Maffeo per il loro prezioso contributo in sede di ricerca del materiale e revisione del testo.

[1] Per una visione d'insieme dell'impatto del Trattato di Lisbona sulla tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento dell'Unione europea cfr. i contributi di L. DANIELE, N. PARISI, A. GRANELLI, A. BULTRINI, S. AMADEO e P.L. SIMONE, pubblicati in *Dir. un. europea*, 2008, p. 645 ss., nonché J. RIDEAU, *La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne. Perspectives ouvertes par le Traité de Lisbonne*, in *Rev. aff. eur.*, 2007/8, p. 185 ss.; I. PERNICE, *The Treaty of Lisbon and Fundamental Rights*, in S. GRILLER, J. ZILLER (eds.), *EU Constitutionalism without a Constitutional Treaty?*, Wien/New York, 2010, p. 235 ss.; I. PINGEL, *Les références a la Charte des droit fondamentaux*

Com'è noto, si tratta di una questione antica, che accompagna da sempre lo sviluppo dell'integrazione europea[2] e che in concreto si presenta con diverse sfaccettature coinvolgendo il legislatore dell'Unione, quello nazionale, i giudici interni e, soprattutto, la Corte di giustizia. Se molto è cambiato da quando negli anni sessanta il sig. Erich Stauder[3] si lamentava della violazione del suo diritto alla *privacy* – a suo parere provocata da una decisione della Commissione che imponeva di divulgare il suo nome per accedere ad alcuni vantaggi sociali – o da quando, qualche anno dopo, la sig.ra Liselotte Hauer[4] protestava per gli effetti che i regolamenti comunitari volti alla instaurazione del mercato interno dei prodotti agricoli producevano sui suoi diritti di proprietà e di iniziativa privata, la quantità e l'importanza degli interventi dell'Unione in settori legati al cuore della sovranità statale comportano che sia tutt'altro che raro rinvenire ancora oggi, nelle pronunce della Corte, la questione delicatissima del bilanciamento tra le libertà economiche e i diritti fondamentali.

In questa sede non si intende ripercorrere questo cammino[5], né cadere nella tentazione di dare giudizi su vere o presunte "prevalenze" delle une sugli altri o viceversa. Si eviterà, quindi, una ricostruzione "rigida", tendente a porre in evidenza la contrapposizione tra i detti valori, per tentarne una più ampia, che sottolinei e valorizzi la condizione di so-

dans le Traité établissant une Union européenne, in *Mélanges en l'honneur du professeur Philippe Manin*, Paris, 2010, p. 795 ss.; M. CARTABIA, *I diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona: verso nuovi equilibri?*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2010, p. 221 ss.

[2] C. KOMBOS, *Fundamental Rights and Fundamental Freedoms: A Symbiosis on the Basis of Subsidiarity*, in *Eur. Public Law*, 2006, p. 433; S. HENNETTE-VAUCHEZ, *Les droits fondamentaux à Luxembourg. Droit et politique dans la determination des contours de l'office du juge*, in *Mélanges Manin*, *cit*., p. 775 ss.

[3] Sentenza 12 novembre 1969, *Stauder,* causa 29/69, in *Raccolta,* 419.

[4] Sentenza 13 dicembre 1979, *Hauer*, causa 44/79, in *Raccolta*, 3727.

[5] Per una ricostruzione d'insieme sono ancora attuali le valutazioni di G. STROZZI, *La tutela dei diritti fondamentali tra diritto comunitario e ordinamento degli Stati membri*, in *Scritti degli allievi in memoria di Giuseppe Barile*, 1995, p. 579 ss.; sia consentito inoltre il rinvio a R. MASTROIANNI, *Il contributo della Carta europea alla tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in *Cass. Pen.*, 2002, p. 261 ss. Per gli sviluppi più recenti si vedano L. DANIELE, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e Trattato di Lisbona*, in *Liber Fausto Pocar*, Milano, 2009, p. 235 ss. e L.S. ROSSI, *How Fundamental Are Fundamental Principles? Primacy of the EU Law, Principles of National Constitutions and Fundamental Rights after Lisbon*, ivi, p. 801 ss. In merito alla più recente prassi della Corte di giustizia, v. A. ROSAS, H. KAILA, *L'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne par la Cour de Justice: un premier bilan*, in corso di pubblicazione in *Dir. un. eur*., 2011.

stanziale equilibrio di cui libertà e diritti fondamentali godono nell'ordinamento dell'Unione.

2. Libertà e diritti, entrambi "fondamentali" nella giurisprudenza della Corte di giustizia

In avvio di discorso, va tenuto in debito conto il ruolo che le libertà fondamentali del mercato interno rivestono nell'ordinamento dell'Unione. È appena il caso di ricordare che le c.d. quattro libertà sono l'essenza stessa del mercato interno (art. 26 TFUE), la cui instaurazione è a sua volta tra i principali obiettivi del Trattato (art. 3, comma 3, TUE). Il mercato interno può concretamente realizzarsi soltanto se ai fattori produttivi è consentito di circolare senza indebite restrizioni provocate da norme o prassi nazionali[6]. Quanto alla Corte di giustizia, questa non svolgerebbe in pieno il suo ruolo di garante del rispetto del diritto dell'Unione, attribuito oggi dall'art. 19, comma 2, TUE, se non tenesse in debita considerazione le esigenze di integrazione in sede di interpretazione ed applicazione delle regole dei Trattati[7]. È stata la Corte, infatti, a riconoscere efficacia diretta alle disposizioni che tutelano le libertà del mercato interno, nonché ad inserire nel divieto di restrizioni anche le misure statali non discriminatorie – risultato in verità non scontato alla luce del testo del Trattato – così come le regole poste da statuti di associazioni[8] e da negozi conclusi tra privati[9]. In breve, nell'ottica della Corte di giustizia le libertà del mercato interno sono talmente "fondamentali" per le esigenze di integrazione da non consentire l'applicazione di alcuna regola *de minimis* nello scrutinio delle restrizioni statali alla libera circola-

[6] Cfr. V. SKOURIS, *Fundamental Rights and Fundamental Freedoms: The Challenge of Striking a Delicate Balance,* in *Eur. Rev. Business Law,* 2006, p. 225. L'importanza della libera circolazione dei fattori produttivi per il buon funzionamento del mercato interno è sistematicamente e fermamente ribadita dalla Corte di giustizia: *ex multis*, cfr. sentenza del 29 aprile 2004, cause riunite C-482/01 e C-493/01, *Orfanopoulos c. Land Baden-Württemerg,* in *Raccolta,* I-5257, punti 62 e ss.

[7] A. TIZZANO, *Qualche riflessione sul contributo della Corte di giustizia allo sviluppo del sistema comunitario*, in *Dir. un. eur.*, 2009, p. 141 ss.

[8] Circa l'incidenza delle regole poste da statuti di associazioni e regolamenti, è sufficiente far riferimento ad alcune pronunce della Corte di giustizia in tema di sport: sentenza 15 dicembre 1995, causa C-415/93, *Bosman*, in *Raccolta*, I-04921; sentenza 18 luglio 2006, causa C-519/04, *Meca-Medina e Majcen*, ivi, I-6991; sentenza 16 marzo 2010, causa C-325/08, *Bernard*, non ancora pubblicata.

[9] Corte di giustizia, sentenza 6 giugno 2000, causa C-281/98, *Angonese*, in *Raccolta*, I-4139.

zione[10], e da essere qualificate come "norme imperative" ai fini della valutazione di clausole contrattuali[11]. Se è vero che lo stesso Trattato consente agli Stati membri l'adozione di misure in deroga ai divieti di restrizioni alle libertà del mercato interno, è noto che nella giurisprudenza della Corte le disposizioni in questione sono interpretate ed applicate in maniera restrittiva[12].

È altrettanto evidente che, allo stato attuale dell'integrazione, anche i diritti fondamentali dell'uomo ed il loro rispetto rivestono un ruolo basilare nell'ordinamento dell'Unione. Se in un primo momento, con l'intento di affermare e difendere l'autonomia del sistema comunitario, la Corte di giustizia aveva dichiarato la propria incompetenza a vagliare la compatibilità delle norme comunitarie con le Costituzioni degli Stati membri[13], ben presto, una volta "internalizzato" il meccanismo di protezione, il suo atteggiamento si è evoluto a favore di una tutela intensa dei diritti. Testimoniano tale tendenza le sentenze *Stauder*[14] e *Internationale Handelsgesellschaft*[15], in cui la Corte ha ribadito la sua intenzione di assolvere alla funzione di tutela dei diritti fondamentali, sia pure nei limiti della loro compatibilità con la struttura e le finalità della Comunità, individuando il fondamento del proprio intervento nei principi generali del diritto, intesi, sebbene rilevati sulla base delle tradizioni costituzionali comuni ai vari Stati membri[16] e dei trattati internazionali che li vincolano, quale fonte autonoma del diritto comunitario.

[10] Ad esempio, nella sentenza del 1° aprile 2008, causa C-212/06, *Gov. Comunità francese* e *Gov. Vallone c. Gov. Fiammingo* (in *Raccolta*, I-1683), al punto 52, si legge: «[p]er quanto riguarda l'argomento del Governo fiammingo volto a sostenere che detta normativa, comunque, avrebbe un'incidenza marginale sulla libertà di circolazione, in considerazione dell'esiguità dell'importo delle prestazioni di cui è causa e del numero di persone interessate, è sufficiente osservare che, conformemente alla giurisprudenza della Corte, gli articoli del Trattato relativi alla libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali costituiscono norme fondamentali per la Comunità e che è vietato ogni ostacolo a questa libertà, anche se di minore importanza». In tal senso anche sentenza 13 dicembre 1989, causa C-49/89, *Corsica Ferries*, in *Raccolta,* I-4441, punto 8 e sentenza 10 febbraio 2000, causa C-169/98, *Commissione c. Francia*, ivi, I-1049, punto 46.

[11] Sentenza 22 gennaio 1981, causa 58/80, *Dansk Supermarket*, in *Raccolta*, 181.

[12] Per un approccio d'insieme cfr. C. BARNARD, *Substantive Law of the European Union*, III ed., Oxford, 2010, p. 460 ss.

[13] Sentenza 4 febbraio 1959, causa 1/58, *Stork,* in *Raccolta*, 1958/59, 41.

[14] Sentenza 12 novembre 1969, *Stauder*, cit.

[15] Corte di giustizia, sentenza del 17 dicembre 1970, causa 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, in *Raccolta,* 1170.

[16] Sentenza 14 maggio 1974, *Nold,* causa 4/73, in *Raccolta,* 491. Cfr. A. TIZZANO, *La Corte di giustizia delle Comunità europee e i diritti nazionali*, in *Dir. un. eur.*, 2005, p. 839 ss. ID., *The role of the ECJ in the Protection of Fundamental Rights, in Continuity and Change in EU Law: Essays in Honour of Sir Francis Jacobs*, Oxford, 2008, p. 127 ss.

È noto che, successivamente, questo approccio ha ottenuto totale riconoscimento nel diritto primario dell'Unione, nel quale si rinviene oggi che tra i valori fondanti dell'Unione rientra a pieno titolo il principio del "rispetto dei diritti umani" (art. 2 TUE). L'art. 6 TUE, a sua volta, enuncia le varie fonti (la Carta dei diritti fondamentali, i principi generali del diritto tratti dalle tradizioni costituzionali comuni e dalla CEDU, in prospettiva la stessa CEDU come fonte "interna" dell'ordinamento a seguito dell'adesione) dalle quali si ricavano i diritti umani vincolanti l'Unione.

Quanto alla giurisprudenza della Corte, può ritenersi che ad oggi il momento più alto del suo percorso si sia raggiunto nella sentenza *Kadi*[17], del 3 novembre 2008, in cui essa sembra voler attribuire ai diritti fondamentali un ruolo apicale, tale da poter fungere da *argine* anche rispetto alle conseguenze prodotte dall'applicazione di disposizioni del Trattato: essa ha infatti sostenuto che gli artt. 307 CE (oggi 351 TFUE) e 297 CE (oggi 347 TFUE), se possono in linea di principio «consentire deroghe al diritto primario», tuttavia «non possono essere intese nel senso che autorizzano una deroga ai principi di libertà, di democrazia nonché di rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali sanciti dall'art. 6, n. 1, TUE quale fondamento dell'Unione. L'art. 307 CE – continua la Corte – non potrebbe in alcun caso consentire di mettere in discussione i principi che fanno parte dei fondamenti stessi dell'ordinamento giuridico comunitario, tra i quali quello della tutela dei diritti fondamentali, che include il controllo, ad opera del giudice comunitario, della legittimità degli atti comunitari quanto alla loro conformità a tali diritti fondamentali»[18].

Anche in questo caso, peraltro, è utile effettuare alcune precisazioni in merito all'effettiva portata dei diritti fondamentali garantiti dall'ordinamento dell'Unione. In effetti, anche nella prassi successiva all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, la Corte ha riconosciuto che, a determinate condizioni, sono consentite restrizioni alle libertà fondamentali tutelate dall'ordinamento dell'Unione: ad esempio, nella sentenza *Alassini*, con riferimento al diritto alla tutela giurisdizionale la Corte ha affermato che anche «i diritti fondamentali non si configurano come prerogative assolute, ma possono soggiacere a restrizioni, a condizione che queste rispondano effettivamente ad obiettivi di interesse generale perse-

[17] Corte di giustizia, sentenza del 3 novembre 2008, cause riunite C-402/05 P e C-415/05 P, *Kadi* e *Al Barakaat International Foundation*, in *Raccolta*, I-6351. Per commenti v. J.-P. JACQUÉ, *Primauté du droit international versus protection des droits fondamentaux*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2009, p. 161 ss.; O. POLLICINO, V. SCIARABBA, *Lotta al terrorismo, diritti e principi fondamentali, rapporti tra ordinamenti: un importante capitolo della giurisprudenza "costituzionale" europea*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo,* 2009, p.159 ss.

[18] Sentenza *Kadi*, cit., punti 303 e 304.

guiti dalla misura di cui trattasi e non costituiscano, rispetto allo scopo perseguito, un intervento sproporzionato ed inaccettabile, tale da ledere la sostanza stessa dei diritti così garantiti»[19]. La medesima soluzione si rinviene all'art. 52, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea[20].

Ciò non deve tuttavia sorprendere: non solo perché il medesimo approccio, con l'eccezione dei diritti ritenuti assoluti, è proprio anche della giurisprudenza della Corte di Strasburgo[21], ma anche perché non costituisce certo una novità l'esigenza di contemperamento ed armonizzazione di diritti fondamentali con altri interessi generali, riconosciuti dall'ordinamento di riferimento come essenziali per la sua stessa sopravvivenza. Nella sentenza sul falso in bilancio[22], ad esempio, relativa ad un caso di successione di leggi penali nel tempo, la Corte si è dimostrata pronta a sacrificare il diritto (pur riconosciuto come fondamentale) dell'applicazione retroattiva della *lex mitior* sull'altare della *primauté* del diritto dell'Unione. Si tratta, in definitiva, di un modo in cui un ordinamento tenta di "difendersi", per così dire, allo scopo di garantire il raggiungimento di alcuni fini ritenuti essenziali. Questo è il caso anche

[19] Sentenza 18 marzo 2010, cause riunite C-317-320/08, *Alassini e a,* non ancora pubblicata in *Raccolta*, punto 63. V. anche, rispetto al principio di tutela della proprietà, la sentenza del Tribunale del 17 febbraio 2011, causa T-386/07, *FIFA c. Commissione*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, punto 139.

[20] La disposizione della Carta citata nel testo riconosce, infatti, che possano essere apportate limitazioni all'esercizio dei diritti ivi elencati, purché tali limitazioni siano previste dalla legge, rispettino il contenuto essenziale di detti diritti e libertà e, nel rispetto del principio di proporzionalità, siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui. Per un'applicazione recente di questa disposizione nella giurisprudenza del giudice dell'Unione cfr. la sentenza del 9 novembre 2010, cause riunite C-92/09 e C-93/09, *Schecke e Eifert*, non ancora pubblicata, punti 43 ss., in cui la Corte, all'esito di un'operazione di bilanciamento tra le esigenze di trasparenza nella pubblicazione di informazioni sulle persone fisiche beneficiarie dei fondi FEOGA e FEASR, da un lato, e del diritto fondamentale alla tutela dei dati personali, dall'altro, dichiara l'invalidità degli artt. 42, punto 8 *ter*, e 44 *bis* del regolamento (CE) del Consiglio 21 giugno 2005, n. 1290, relativo al finanziamento della politica agricola comune, come modificato dal regolamento (CE) del Consiglio 26 novembre 2007, n. 1437, ed il regolamento (CE) della Commissione 18 marzo 2008, n. 259, recante modalità di applicazione del regolamento (CE) n. 1290/2005.

[21] Per un esempio, si segnala Corte EDU, sentenza del 21 novembre 2001, *Fogarty c. Regno Unito*, in *Recueil des arrêts et décisions,* 2001, XI, par. 33. In merito alla individuazione, anche nell'ordinamento dell'Unione, di diritti fondamentali "assoluti", in quanto tali non suscettibili di deroghe, v. A. TANCREDI, *L'emersione dei diritti fondamentali "assoluti" nella giurisprudenza comunitaria,* in *Riv. dir. int.*, 2006, p. 644.

[22] Sentenza 3 maggio 2005, cause riunite C-387/02, C-391/02 e C-403/02, *Berlusconi e altri,* in *Raccolta,* I-3565, punto 72.

dell'ordinamento dell'Unione europea, che trae una delle sue principali ragion d'essere, una delle sue "caratteristiche specifiche", nella garanzia di alcune libertà fondamentali che solo con uno sguardo superficiale si possono ancora qualificare come meramente "di mercato". La garanzia del loro rispetto è essenziale per la tenuta stessa dell'ordinamento, ma deve ovviamente fare i conti con le esigenze di tutela dei diritti fondamentali. Il contemperamento di queste esigenze non può non essere compito, in ultima analisi, delle Corti, in particolare della Corte di giustizia, la quale a sua volta, come dimostrato dalle conclusioni raggiunte in *Laval*[23] e *Rüffert*[24], appare rispettosa delle scelte di bilanciamento effettuate dal legislatore dell'Unione.

Ora, è vero che, in assenza di un "catalogo di diritti" di riferimento, la Corte è apparsa disporre di un'amplissima libertà nell'individuazione dei diritti fondamentali e dei loro confini. Secondo alcuni autori[25] in alcune occasioni la Corte ha dimostrato poca attenzione alla tutela dei diritti sociali, privilegiando una lettura volta alla maggiore tutela delle libertà di mercato. Di certo, quello che si può dire è che la Corte ha talvolta svolto una ricostruzione dei diritti in maniera che appare (quanto meno all'esterno) frettolosa, senza un'indagine accurata, in particolare quando ha inteso ricorrere alla categoria delle "tradizioni costituzionali comuni" per la ricostruzione di un nuovo diritto fondamentale[26]. Più in generale, la critica da molti avanzata[27] è che la Corte abbia scelto di volta in volta in maniera strumentale la "*better law*" per il raggiungimento del suo scopo principale di difesa delle caratteristiche proprie dell'ordinamento dell'Unione europea[28]. Ciò appare ulteriormente dimostrato dalla circo-

[23] Sentenza 18 dicembre 2007, causa C-341/05, *Laval und Partneri,* in *Raccolta,* I-11767.

[24] Sentenza 3 aprile 2008, causa C-346/06, *Rüffert,* in *Raccolta,* I-1989.

[25] Cfr. in tal senso di recente F. SORRENTINO, *I diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona (considerazioni preliminari)*, in *Corriere giuridico*, 2010, p. 145 ss. Ma la critica viene da lontano: v. ad es. J. COPPEL, A. O'NEILL, *The European Court of Justice: Taking rights seriously?,* in *C.M.L.Rev*., 1992, p. 669 ss.

[26] Ad esempio, per l'applicazione della *lex mitior*, nella sentenza *Berlusconi*, cit., l'unico riferimento normativo è una disposizione del codice penale italiano. Cfr. A. BIONDI, R. MASTROIANNI, *Comment to case C-387/02*, *Berlusconi and others*, in *C.M.L.Rev.*, 2006, p. 553 ss.

[27] V. G. GAJA, *Aspetti problematici della tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in *Riv. dir. int.*, 1988, p. 574 ss.

[28] Va certo aggiunto in proposito che più di recente la costante citazione della CEDU e della giurisprudenza della Corte di Strasburgo ha reso molto meno "imprevedibili" i risultati finali, elemento che non potrà non rinforzarsi grazie alla presenza di un catalogo tutto "interno" dei diritti fondamentali. In merito all'applicazione diretta della Carta di Nizza si veda, tra le pronunce più recenti, la sentenza 14 ottobre 2010, causa C-243/09, *Fuß*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, punto 66, mentre per una citazione "congiunta"

stanza che, anche laddove siano in gioco diritti fondamentali, nelle sentenze della Corte il percorso è agevole se si intende accertare la presenza di una restrizione alle libertà economiche fondamentali, molto più arduo se si tratta di giustificarne una restrizione. È tuttavia da chiedersi se sia lecito aspettarsi un cambiamento dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, nel senso che la Corte potrebbe deviare dal suo percorso tradizionale e non sostenere, quando sono coinvolti i diritti fondamentali, che le deroghe alle libertà del mercato interno debbono essere interpretate restrittivamente.

3. L'interazione tra diritti e libertà fondamentali nella giurisprudenza in tema di mercato interno

L'analisi delle pronunce relative al funzionamento del mercato interno dimostra che la Corte, sia pure ricorrendo, per i motivi che si diranno più avanti, ad un meccanismo di tutela indiretta e, per così dire, incidentale, è pervenuta al riconoscimento ed alla tutela di numerosi diritti fondamentali tra i quali, a titolo esemplificativo, la libertà di espressione e di informazione[29], la libertà di circolazione e di associazione[30], la non discriminazione in ragione del sesso[31] e la libertà di religione[32]. Più in dettaglio, appare utile, ai nostri fini, valutare la crescente attenzione dimostrata dalla Corte per la protezione dei diritti fondamentali nella sua giurisprudenza relativa alla libera circolazione dei servizi. A partire dal caso *ERT*[33] del 1991, attraverso la pronuncia *Carpenter*[34] del 2002 (ma passaggi altrettanto significativi si rinvengono in materia di circolazione delle merci, come nel caso delle sentenze *Schmidberger*[35] e *Karner*)[36], fino ad arrivare alla sentenza *Omega*[37] dell'ottobre 2004 e più di recente

della Carta e della CEDU con riferimento al medesimo diritto fondamentale si veda tra le altre la sentenza 22 novembre 2010, causa C-145/09, *Tsakouridis*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, punto 52.

[29] Sentenze 25 luglio 1991, causa C-288/89, *Gouda,* in *Raccolta,* I-4007; 5 ottobre 1994, causa C-23/93, *TV 10,* ivi, I-4795.

[30] Sentenze 8 ottobre 1974, causa 18/74, *Syndacat général,* in *Raccolta,* 933; 28 ottobre 1975, causa 36/75, *Rutili*, ivi, 1219; 15 ottobre 1987, causa 222/86, *Heylens,* ivi, 4097.

[31] Sentenza 15 giugno 1978, causa 149/77, *Defrenne,* in *Raccolta*, 365.

[32] Sentenza 27 ottobre 1976, causa 130/75, *Prais,* in *Raccolta*, 1589.

[33] Sentenza 18 giugno 1991, causa C-260/89, *ERT*, in *Raccolta*, I-2925.

[34] Sentenza 11 luglio 2002, causa C-60/00, *Carpenter*, in *Raccolta*, I-6279.

[35] Sentenza 12 giugno 2003, causa C-112/00, *Schmidberger*, in *Raccolta,* I-5659.

[36] Sentenza 25 marzo 2004, causa C-71/02, *Karner*, in *Raccolta*, I-3025.

[37] Sentenza 14 ottobre 2004, causa C-36/02, *Omega*, in *Raccolta*, I-9609.

alle decisioni in tema di azioni collettive dei lavoratori del 2007[38], la Corte ha infatti tentato di rinvenire un giusto equilibrio tra esigenze di tutela che, nella fattispecie portata alla sua attenzione, apparivano contrastanti, quali, da un lato, la protezione dei diritti umani e, dall'altro, il rispetto della libertà di prestazione dei servizi. In questo contesto, le pronunce della Corte possono a grandi linee essere ricondotte a due tipologie di casi.

I - Nella prima, in cui figura ad esempio la citata sentenza *ERT*, i diritti dell'uomo vengono in rilievo come limiti alla possibilità degli Stati membri di impedire o ostacolare, in applicazione di una delle deroghe previste dal Trattato, una libertà economica fondamentale. La loro protezione è qui incidentale e funzionale alla libertà economica in questione, nella specie la libertà di prestazione dei servizi, nei confronti dell'invocazione di poteri residui pure riconosciuti agli Stati membri dai Trattati. In base a tale impostazione, alla luce del diritto fondamentale della libertà di informazione, tratto dall'art. 10 CEDU (ed oggi dall'art. 11 della Carta), la Corte di giustizia ha ritenuto di poter sindacare le misure adottate dallo Stato greco a tutela del monopolio riconosciuto ad un'emittente televisiva pubblica. I diritti dell'uomo, dunque, vengono in tal modo in rilievo come *limite aggiuntivo* imposto agli Stati nell'esercizio della facoltà loro riconosciuta di apporre restrizioni alle libertà fondamentali garantite dal Trattato.

Allo stesso modo, sia pure con un percorso in parte diverso, la Corte ha ritenuto contrario all'art. 49 CE (oggi art. 56 TFUE) il provvedimento di espulsione per mancato rinnovo del visto della sig.ra Carpenter, cittadina filippina e coniuge di un prestatore di servizi comunitario. E ciò perché il provvedimento rappresentava un'ingerenza nell'esercizio del diritto al rispetto della vita familiare non proporzionata all'obiettivo di salvaguardia dell'ordine pubblico e della pubblica sicurezza[39].

[38] Sentenze *Laval* e *Viking Lines*, cit.

[39] Sentenza *Carpenter,* cit., della quale è utile riprodurre i punti 40 - 45: « (…) si deve rilevare che uno Stato membro può addurre motivi di interesse generale al fine di giustificare una misura nazionale idonea ad ostacolare l'esercizio della libera prestazione dei servizi solo qualora tale misura sia conforme ai diritti fondamentali di cui la Corte garantisce il rispetto (v., in questo senso, sentenze 18 giugno 1991, causa C-260/89, ERT, Racc. p. I-2925, punto 43, e 26 giugno 1997, causa C-368/95, Familiapress, Racc. p. I-3689, punto 24). La decisione di espellere la sig.ra Carpenter costituisce un'ingerenza nell'esercizio del diritto del sig. Carpenter al rispetto della sua vita familiare ai sensi dell'art. 8 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950 (in prosieguo: la «Convenzione»), il quale fa parte dei diritti fondamentali che, secondo la giurisprudenza costante della Corte, riaffermata inoltre nel preambolo dell'Atto unico europeo e dall'art. 6, n. 2, UE, sono tutelati nell'ordinamento giuridico comunitario. Benché la Convenzione non

A questo filone giurisprudenziale possono essere in parte accomunate le sentenze, particolarmente numerose, in cui i diritti fondamentali trovano riconoscimento come parametro di legittimità del comportamento del legislatore nazionale anche in tutti gli altri casi in cui questo si muova nel cono d'ombra (di certo sempre più ampio, ma non totalizzante come sembrano sostenere alcune pronunce dei nostri giudici[40] e parte della dottrina) del diritto dell'Unione, come ad esempio qualora si tratti di dare attuazione a direttive dell'Unione o comunque di disciplinare una materia da queste coperta[41].

II - Nella seconda categoria, in cui rientra tra gli altri la citata sentenza *Omega*, la protezione dei diritti umani è invece più tradizionalmente promossa dagli Stati membri come "scudo" nei confronti dell'applicazione delle disposizioni del Trattato che proteggono le libertà del mercato interno. In altri termini, accertata l'esistenza della restrizione alla libertà in discorso, la Corte valuta se questa possa essere giustificata dall'esigenza di proteggere un diritto fondamentale.

A questo proposito, la sentenza *Omega* è interessante per diversi motivi. In primo luogo, essa specifica che «l'ordinamento comunitario è diretto innegabilmente ad assicurare il rispetto della dignità umana quale principio generale del diritto», e chiarisce anche che a tale proposito non ha alcun rilievo la circostanza che «in Germania il principio del rispetto

garantisca, a favore di uno straniero, alcun diritto ad entrare o risiedere nel territorio di un paese determinato, l'esclusione di una persona da un paese in cui vivono i suoi congiunti può rappresentare un'ingerenza nel diritto al rispetto della vita familiare come tutelato dall'art. 8, n. 1, della Convenzione. Una simile ingerenza viola la Convenzione a meno che essa non corrisponda ai requisiti di cui al n. 2 dello stesso articolo, 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 (v., in particolare, Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 2 agosto 2001, Boultif c. Suisse, *Recueil des arrêts et décisions* 2001-IX, § 39, 41 e 46). 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. (…) Conseguentemente, la decisione di espellere la sig.ra Carpenter costituisce un'ingerenza non proporzionata allo scopo perseguito». Per un commento cfr. E. SPAVENTA, *From Gebhard to Carpenter: Towards a (non) economic constitution*, in *C.M.L.Rev.*, 1004, p. 767 ss.

[40] Per alcuni esempi di questo approccio non corretto si vedano Cass. civ., I sez., n. 23934 del 2008, in materia di patronimico; Cass. civ., III sez., n. 2352 del 2010, in materia di "danno alla professionalità"; Cons. St., n. 1220 del 2010, in materia di espropriazione di pubblica utilità.

[41] Cfr. Sentenza 13 luglio 1989, causa C-5/88, *Wachauf*, in *Raccolta*, p. 2609, nonché, nella copiosa giurisprudenza successiva, ordinanza 26 marzo 2009, causa C-535/08, *Pignataro*, ivi, I-50.

della dignità umana benefici di uno *status* particolare in quanto diritto fondamentale autonomo»[42]. Inoltre, in tale pronuncia la Corte afferma esplicitamente che «poiché il rispetto dei diritti fondamentali si impone 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 comunitario, ancorché derivanti da una libertà fondamentale garantita dal Trattato quale la libera prestazione dei servizi»[43].

Ampio è poi il margine di valutazione del giudice nazionale quanto alla necessità e proporzionalità della misura restrittiva rispetto al fine perseguito. La sussistenza di tali condizioni non è esclusa per il solo fatto che uno Stato membro ha scelto un regime di tutela diverso da quello di un altro Stato membro[44]. Significativo è in proposito il passaggio in cui la Corte ricorda che «secondo il giudice del rinvio il divieto di sfruttamento commerciale di giochi che comportano la simulazione di atti di violenza contro persone, in particolare la rappresentazione di omicidi, corrisponde al livello di tutela della dignità umana che la Costituzione nazionale ha inteso assicurare sul territorio della Repubblica federale di Germania»[45]. È un esplicito rimando alla percezione che del diritto fondamentale si ha nello specifico Stato membro, in particolare quanto alla natura e alla portata di tale diritto, laddove, come nel caso di specie, non esiste negli Stati membri un'identica sensibilità, un comune sentire riguardo tale diritto fondamentale[46].

Sempre seguendo il medesimo percorso, ma facendo leva, questa volta, sulle deroghe pretorie dei motivi imperativi di interesse generale, la Corte, nella pronuncia *Arblade*[47], è giunta a giustificare restrizioni alla libera prestazione di servizi consistenti nell'obbligo imposto dallo Stato membro ospitante all'impresa – che distacchi lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizio – di tenere documenti sociali e di lavoro sebbene sia già soggetta, nello Stato di stabilimento, ad obblighi equiparabi-

[42] Sentenza *Omega*, cit., punto 34.
[43] *Ibidem*, punto 35.
[44] *Ibidem*, punti 37 e 38.
[45] *Ibidem*, punto 39.
[46] Va infine evidenziato che nel caso *Omega* (sentenza cit., punti 32 e 36) la misura restrittiva della libera circolazione dei servizi viene giustificata non in base alla tutela della dignità umana come motivo autonomo di giustificazione, ma pur sempre in base all'eccezione dell'ordine pubblico minacciato dall'attività economica contraria alla dignità umana secondo la concezione prevalente nell'opinione pubblica tedesca.
[47] Sentenza 23 novembre 1999, cause riunite C-369/96 e C-376/96, *Arblade e a.,* in *Raccolta,* I-8453.

li. Per tale via, ancora indirettamente, è stata, quindi, offerta tutela ai diritti sociali dei lavoratori[48].

Scorrendo le pronunce che rientrano in questa categoria, si può in definitiva notare che la Corte di giustizia non ha mai tracciato una gerarchia netta tra diritti umani e libertà fondamentali, riconoscendo sempre la possibilità che, nel rispetto del principio di proporzionalità[49], gli uni e le altre incontrino deroghe e limiti nel rispetto di altri interessi parimenti meritevoli di tutela, da identificarsi di volta in volta[50]. Ad ogni modo, il bilanciamento di interessi confliggenti – tecnica tipica, peraltro, delle Corti costituzionali – nel contesto di pronunce pregiudiziali è stato realizzato spesso mediante il rinvio al giudice nazionale della valutazione ultima del caso di specie: rinvio a volte più formale che reale, preoccupandosi la Corte di giustizia di fornire una serie di indicazioni capaci di limitare, se non di eliminare del tutto, il raggio d'azione del giudice nazionale nella soluzione del caso concreto[51] .

Dai menzionati filoni giurisprudenziali emerge un dato, meno appariscente ma estremamente interessante ai fini di questa indagine: in diversi casi, è proprio l'invocazione delle libertà del mercato interno a "veicolare", per così dire, il rispetto dei diritti fondamentali. Nessun contrasto, dunque, piuttosto una "sinergia" tra libertà e diritti, i quali insieme contribuiscono a raggiungere risultati utili sia ai fini del buon funzionamento del "mercato" e dunque dell'integrazione europea, sia a quelli della tutela piena dei diritti. In tale ottica possono essere riconsiderate le sentenze in materia televisiva, in cui l'esercizio della libera prestazione dei servizi in fattispecie transfrontaliere è visto dalla Corte come espressione del diritto, tutelato dall'art. 10 CEDU, di diffondere informazioni senza considerazioni di frontiera[52], nonché la citata sentenza *Carpenter,* con la quale, tramite il riconoscimento della contrarietà all'art. 49 TCE (ora 56 TFUE) del provvedimento di espulsione comminato per il mancato rinnovo del permesso di soggiorno ad una cittadina filippina, coniuge di un prestatore di servizi comunitario, la Corte ha, indirettamente, tutelato il diritto fondamentale dell'unione familiare (oggi riconosciuto

[48] Sentenza *Arblade e a.,* cit., punto 51.

[49] V. le Conclusioni dell'AG Trstenjak del 14 aprile 2010 nella causa C-271/08, *Commissione c. Germania*, non ancora pubblicate.

[50] In questo senso anche M. CARTABIA, *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione europea*, in M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nella Corti europee*, Bologna, 2007 p. 42 ss.

[51] Si veda per tutte la sentenza *Viking Line*, cit., punti 80 e ss.

[52] Sentenza *ERT*, cit.; v. anche le conclusioni dell'AG Poiares Maduro nella causa C-380/05, *Centro Europa* 7 (in *Raccolta*, 2008, I-349), in particolare il par. 39.

agli artt. 7 e 33 della Carta)[53]. Lo stesso afflato di protezione dell'unione familiare è possibile cogliere nella pronuncia *Zhu e Chen*[54] in cui la Corte ha riconosciuto la possibilità per un minore, cittadino di uno Stato membro, e per il suo genitore, cittadino di uno Stato terzo, che ne abbia la custodia, di beneficiare della libertà di circolazione per spostarsi all'interno della Comunità ed ottenere un permesso di residenza di lungo termine in un altro Stato membro. Così, ancora, nella nutrita saga delle sentenze relative alle prestazioni sanitarie in Paesi diversi da quello in cui si è iscritti ad un regime di assistenza sanitaria (da *Kohll*[55] e *Decker*[56] a *Vanbraekel*[57]*, ad Elchinov*)[58]: la Corte, facendo leva sul diritto a ricevere servizi medici o oculistici in un altro Stato membro, ha riconosciuto ai cittadini comunitari la possibilità di ottenere dallo Stato membro in cui sono stabiliti il rimborso delle spese sostenute per prestazioni sanitarie rese da una struttura ospedaliera di un altro Stato membro, qualora i tempi di attesa per ottenere la medesima prestazione nello Stato di stabilimento, tenuto conto della situazione clinica e della possibile evoluzione della malattia, fossero eccessivi.

Se si tiene da parte per il momento quest'ultimo elemento, deve essere riconosciuto che ciò che accomuna le categorie prima citate è la tendenza a tutelare i diritti fondamentali in modo "implicito ed indiretto", come una deroga alle libertà fondamentali previste dal Trattato. Prescindendo per ora dai singoli risultati, quanto ora detto non comporta, quanto meno in linea di principio, ipotizzare una minore attenzione per i diritti fondamentali rispetto alle libertà fondamentali o addirittura una collocazione di quest'ultimi in posizione di inferiorità (dal punto di vista del rango normativo) rispetto alle libertà del Trattato[59]: è la "struttura"

[53] È stato efficacemente dimostrato che l'attenzione verso la tutela della vita familiare si rinviene da tempo nella giurisprudenza della Corte: cfr. S. NINIATTI, *Il diritto alla vita familiare all'esame della Corte di Giustizia*, in M. CARTABIA, *I diritti in azione*, cit., 239 ss.

[54] Sentenza 19 ottobre 2004, causa C-200/02, in *Raccolta,* I-9925.

[55] Sentenza 28 aprile 1998, causa C-158/96, in *Raccolta,* I-01931.

[56] Sentenza 28 aprile 1998, causa C-120/95, in *Raccolta,* I-1831.

[57] Sentenza 12 giugno 2001, causa C-368/98, in *Raccolta,* I-5363.

[58] Sentenza 5 ottobre 2010, causa C-173/09, non ancora pubblicata.

[59] Per un esame circa la collocazione dei principi fondamentali nell'ambito dell'ordinamento UE, v. sentenza C-294/83, *Parti ecologiste "Les Verts" c. Parlamento europeo,* in *Raccolta,* I-1017. In tema di impugnazione di atti dell'Unione diversi dai regolamenti per violazione dei diritti fondamentali cfr. sentenza 27 febbraio 2007, causa C-355/04 P, *Segi e a.,* ivi*,* I-1657. Per una collocazione di principi fondamentali e norme del Trattato come fonti di pari grado v. anche T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, 2ª ed., Oxford, 2006, nonché K. LENAERTS – J.A. GUTIÉRREZ-FONS, *The Constitutional Allocation of Powers and General Principles of EU Law*, in *Common Market Law Rev.*, 2010, p. 1269 ss.

del meccanismo di applicazione delle regole sulle libertà fondamentali sul mercato interno, e dunque in definitiva i limiti apposti dal Trattato alle competenze dell'Unione, a richiedere alla Corte un percorso argomentativo che parte dall'accertamento della presenza o meno, in un determinato intervento statale, di una restrizione delle libertà del Trattato, per poi chiedersi se detta restrizione possa essere giustificata in quanto finalizzata a tutelare valori o diritti fondamentali[60].

Né appare giustificato ipotizzare una minore attenzione alla tutela di diritti fondamentali nell'ambito dell'ordinamento dell'Unione rispetto a sistemi internazionali quali quello della CEDU: un'analisi attenta potrebbe facilmente smentire questo assunto. Da un lato, infatti, la Carta dei diritti fondamentali, all'art. 52, par. 1, è chiarissima nel precisare che «laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione»[61]. Resta fermo tuttavia che, come la stessa CEDU non solo consente, ma anzi promuove, «la presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa». Dall'altro, nel sistema della CEDU non si rinvengono diritti quali, ad esempio, il diritto alla protezione della salute che, come dimostra la giurisprudenza citata nonché la sua inclusione nella Carta dei diritti fondamentali, trovano invece tutela nell'ordinamento dell'Unione. Non è, quindi, azzardata l'affermazione secondo cui, quanto meno dal punto di vista dell'ampiezza del novero dei diritti fondamentali tutelati, il sistema dell'Unione offre maggiori garanzie rispetto al sistema CEDU[62].

4. Segue: *i frutti del bilanciamento nell'ottica della Corte*

Come è stato esattamente segnalato[63], la questione del come conci-

[60] In questo senso V. SKOURIS, *Fundamental Rights and Fundamental Freedoms,* cit. p. 237. V. anche più in generale S. WEATHERILL, *The internal market*, in S. PEERS, A. WARD (eds.), *The European Union Charter of Fundamental Rights*, London, 2004, p. 183 ss.; B. DE WITTE, *Non-market values in internal market legislation*, in N NIC SHUIBHNE (ed.), *Regulating the internal market*, Cheltenham, 2006, p. 68.

[61] Per una recente applicazione di questa regola cfr. la sentenza 5 ottobre 2010, causa C-400/10 PPU, *J.McB*, non ancora pubblicata.

[62] Cfr. in tal senso P. MENGOZZI, *Les caractéristique spécifiques de l'Union européenne dans la perspective de son adhésion à la CEDH*, in *Dir. un. eur.*, 2010*,* p. 231 ss.

[63] J. P. JACQUE, *Vers une nouvelle étape dans la protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne* in *La France, l'Europe et le monde; mélanges en l'honneur de*

liare le esigenze di funzionamento delle libertà fondamentali garantite dai Trattati e la tutela dei diritti dell'uomo è relativamente recente: in un primo momento, il problema dell'interazione tra le due categorie concerneva soprattutto gli atti secondari e la loro compatibilità con i diritti fondamentali. Ma la valorizzazione operata dalla Corte delle quattro libertà ha inevitabilmente portato alcuni nodi al pettine.

In particolare, se è vero che la Corte, seppur indirettamente, ha da tempo messo in funzione un meccanismo di tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento dell'Unione, tuttavia la stessa prima del citato caso *Schmidberger*[64], non si era mai spinta in un'analisi "aperta" ed approfondita del rapporto intercorrente tra quest'ultimi e le libertà fondamentali. Nel caso citato, la questione pregiudiziale sottoposta alla Corte era, in buona sostanza, se la libera circolazione delle merci garantita dal Trattato imponesse ad uno Stato membro di garantire il libero accesso alle principali vie di comunicazione e se tale obbligo prevalesse sui diritti fondamentali, quali la libertà di espressione e la libertà di riunione (garantiti nell'ordinamento dell'Unione in quanto tratti dagli artt. 10 e 11 della CEDU) di manifestanti che avevano bloccato, procurandone la chiusura, l'autostrada del Brennero.

Orbene, per la prima volta, i giudici di Lussemburgo, pur utilizzando l'inevitabile percorso libertà (libera circolazione delle merci) / eccezione (diritti fondamentali), non si sono accontentati di una tutela indiretta – attraverso il prisma delle deroghe previste dal Trattato – ma si sono spinti apertamente in una disamina della relazione intercorrente tra diritti e libertà fondamentali, rilevando che se, da un lato, la libera circolazione delle merci rappresenta certamente uno dei principi fondamentali nel sistema del Trattato, dall'altro – a talune condizioni – può subire restrizioni[65]. Allo stesso modo, però, anche i diritti fondamentali, spesso invocati a sostegno delle restrizioni alle libertà fondamentali, sono soggetti a deroghe, ove giustificate da un bisogno sociale imperativo e proporzionate al fine legittimo perseguito[66]. Sulla scorta di tale ragionamento, la Corte perviene, quindi, ad ammettere l'incidenza diretta dei diritti fondamentali sul godimento di una delle libertà riconosciute dal Trattato[67], definen-

Jean Charpentier, Parigi, 2009, p. 345 ss.

[64] Per un'analisi del caso v. A. BIONDI, *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 ss.

[65] Corte di giustizia, sentenza *Schmidberger,* cit. punto 78.

[66] In tal senso v. anche Corte di giustizia, sentenza 26 giugno 1997, causa C-386/95, *Familiapress,* in *Raccolta,* I-3689, punto 26.

[67] Sulla scorta di quanto evidenziato, in dottrina è stata affermata la creazione di una nuova ipotesi di deroga alla libera circolazione delle merci, autonoma e distinta tanto

do come «necessario» il bilanciamento tra valori (libertà e diritti), cui è riconosciuta una posizione paritetica.

Un contrasto "diretto" tra diritti fondamentali e libertà economiche si rinviene anche nel citato caso *Omega*, nel quale interagiscono, da un lato, la libera prestazione dei servizi e la libera circolazione delle merci e, dall'altro, la tutela della dignità umana, riconosciuta dalla Carta fondamentale tedesca come un diritto fondamentale. In questo caso, tuttavia, la Corte, pur effettuando un bilanciamento tra libertà economiche e diritti fondamentali, non approfondisce il discorso avviato con la pronuncia *Schmidberger* e, attraverso la "conversione" in principio di un diritto riconosciuto come fondamentale dalla Carta costituzionale di un solo ordinamento nazionale, ammette, ricorrendo alla clausola dell'ordine pubblico, una restrizione alle libertà economiche[68].

Ad ogni modo, le pronunce *Schmidberger* ed *Omega* possono essere accomunate per contenere entrambe un bilanciamento, più o meno diretto, tra libertà e diritti, apparentemente in contrasto tra loro, a vantaggio di quest'ultimi[69].

Lo stesso risultato non si raggiunge, invece, nelle ormai celebri pronunce *Viking Line*[70] e *Laval un Partneri*[71]. Noti sono i fatti dai quali originano le pronunce, e altrettanto noto è che – in entrambe le decisioni – viene sostanzialmente preclusa la possibilità, riconosciuta in *Schmidberger*, di una restrizione alle libertà del Trattato (nella fattispecie, libera circolazione dei lavoratori e libertà di stabilimento) effettuata sulla base di diritti fondamentali configgenti (segnatamente, la tutela dei diritti dei

dalle deroghe espresse previste dal Trattato quanto dalle esigenze imperative attinenti all'interesse pubblico. In tal senso, v. C. BROWN, *Case* C-112/00, *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge v. Austria*, in *Common Market Law Rev.*, 2003, 1499 ss.; R. AGERBEEK, *Freedom of Expression and Free Movement in the Brenner Corridor: the* Schmidberger *Case*, in *European Law Rev.*, 2004, p. 255 ss.; in senso contrario, cfr. F. G. JACOBS, *Human Rights in the European Union: the Role of the Court of Justice*, in *European Law Review*, 2001, 331 ss., secondo cui, invece, la protezione dei diritti fondamentali andrebbe esaminata *«as part of the public policy derogation under the Treaty»*.

[68] In dottrina vi è chi ha criticato tale scelta della Corte definendo «un'occasione persa» la pronuncia in esame. V. A. TANCREDI, *L'emersione dei diritti fondamentali,* cit., p. 646. È appena il caso di ricordare che il nuovo testo del TUE cita espressamente, all'art. 2, la tutela della dignità umana come uno dei valori fondanti l'Unione.

[69] 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*, 2006, p. 15 ss.

[70] Sentenza dell'11 dicembre 2007, causa C-438/05, *Viking Line*, in *Raccolta*, I-10779.

[71] Citata *supra*, nota 23.

lavoratori ed il diritto di sciopero, riconosciuti dagli artt. 27 e 28 della Carta)[72].

Sarebbe però un errore considerare queste due sentenze come una "deviazione" rispetto alla sua tendenziale e progressiva apertura nei confronti della tutela dei diritti "sociali" che aveva trovato riconoscimento in *Schmidberger*. È bene così evidenziare alcuni passaggi di entrambe le sentenze che mostrano come anche in queste pronunce si sia realizzato, in continuità rispetto a *Schmidberger* ed *Omega*, un bilanciamento tra tutela dei diritti fondamentali ed esercizio delle libertà economiche. Ed infatti, nella sentenza *Viking* si legge con chiarezza come le finalità sia economiche che sociali rinvenibili all'interno dell'ordinamento dell'Unione, siano considerate obiettivi necessariamente di importanza paritetica[73], ed anzi inscindibili[74]. L'azione collettiva a tutela dei lavoratori di uno Stato non viene affatto considerata, di per sé, una limitazione alla libertà di stabilimento: è tale, nell'opinione della Corte, solo un'azione collettiva che impedisca ad un'impresa di fornire i suoi servizi dopo il trasferimento all'estero[75], in violazione del principio generale di non discriminazione.

A questo proposito, nelle sue conclusioni, l'Avvocato generale Poiares-Maduro rilevava come «l'ordinamento economico» europeo è solidamente fondato su un contratto sociale «incorporato nel Trattato»: e che per questo «i lavoratori in tutta Europa devono accettare le ricorrenti conseguenze negative connesse alla creazione di una ricchezza crescente da parte del mercato comune» in cambio d'un generale miglioramento delle loro condizioni di vita e di lavoro[76]. Altrettanto afferma la Corte quando ribadisce che «la Comunità non ha soltanto una finalità economica ma anche una finalità sociale» e che la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali «devono essere bilanciati con gli obiettivi perseguiti dalla politica sociale»[77].

Dunque, la causa del "bilanciamento sbilanciato" che si attribuisce alla sentenza *Viking* appare essere non già la ricostruzione *in astratto* svolta dalla Corte del rapporto tra diritti sociali e libertà economiche, bensì l'assenza di un reale "contratto sociale europeo" che vedrebbe i la-

[72] Per un esame complessivo di entrambi i casi v. C. BARNARD, Viking *and* Laval*: An Introduction*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2007-2008, pp. 463 e ss.

[73] Sentenza *Viking,* cit., punto 79.

[74] Cfr. le conclusioni dell'Avvocato generale Poiares-Maduro del 23 maggio 2007, *Viking,* in *Raccolta,* I-10779*,* punto 23.

[75] *Ibidem,* punto 67.

[76] *Ibidem,* punto 59.

[77] Sentenza *Viking,* cit., punto 79.

voratori di un Paese non già scioperare a difesa del proprio posto di lavoro (che rischiano di perdere a causa di un trasferimento "vantaggioso" del datore di lavoro in un altro Stato membro), ma manifestare invece a sostegno di un generale miglioramento delle condizioni di lavoro nell'Unione (magari anche in quel Paese che gode proprio di una disciplina meno severa delle condizioni di lavoro!). Non è dunque il bilanciamento svolto dalla Corte ad essere errato: è, piuttosto, il calarsi della ricostruzione del bilanciamento "in astratto" nella realtà economica e sociale del mercato unico, al quale si richiede una maturità a tutt'oggi non realizzata, che la rende "sbilanciata".

Anche nella sentenza *Laval* si può leggere che l'azione della Comunità comporta non soltanto la realizzazione di un mercato interno ma anche di una politica sociale; la Corte, infatti, ribadisce che le libertà economiche «devono essere bilanciat[e] con gli obiettivi perseguiti dalla politica sociale, tra i quali figurano in particolare [...] il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, che consenta la loro parificazione nel progresso, una protezione sociale adeguata e il dialogo sociale»[78]. La Corte piuttosto afferma[79] (richiamando proprio i casi *Schmidberger* ed *Omega*) che l'esercizio dei diritti fondamentali (come quello di espressione e di riunione e il rispetto della dignità umana) «non esula» dall'ambito applicativo delle disposizioni del Trattato; anzi, il loro esercizio deve essere conciliato con le esigenze relative alle libertà del Trattato, oltre che essere conforme al principio di proporzionalità.

In *Laval* ad aver destato le maggiori perplessità non è certo l'assenza di una valutazione paritetica tra l'esercizio delle libertà e la tutela dei diritti quanto, piuttosto, la ricostruzione della legittimità della restrizione alla libertà economica, svolta attraverso un *test* di proporzionalità alquanto rigido, al punto da non lasciar ritenere l'ostacolo alle libertà (ossia il blocco del cantiere) giustificato alla luce dell'obbiettivo della protezione dei lavoratori[80]. Ciononostante, è da sottolineare come, da parte della Corte, il diritto di sciopero venga pienamente inserito nell'ambito dei diritti riconosciuti dall'ordinamento dell'Unione europea (anche attraverso un espresso richiamo alla Carta dei diritti fondamentali). Il suo esercizio, tuttavia, viene funzionalizzato rispetto alla piena espressione delle libertà economiche che – come la Corte da tempo ripete – possono trovare sì deroghe, purché non si spingano al di là di ciò che è necessario per raggiungere la realizzazione di un obiettivo legitti-

[78] Sentenza *Laval,* cit., punti 104 e 105.
[79] *Ibidem*, punti 89-97.
[80] *Ibidem*, punti 107 e 108.

mo compatibile con il Trattato; e la Corte ribadisce (in un passaggio forse troppo rapido)[81] come tra questi siano ricompresi oltre a quelli economici, anche quelli sociali.

Tuttavia, in *Laval* forse più che in *Viking*, è dato riscontrare come la Corte abbia inteso affermare che le libertà del mercato non possono essere messe in discussione ogni volta che non portino ad un esito auspicabile, o quando "dispiacciano". Al di là di tale ricostruzione, si può, comunque, affermare che tanto in *Viking* quanto in *Laval* la tutela dei diritti fondamentali è stata ricondotta dalla Corte nel consueto schema di analisi fondato sul carattere di motivo giustificativo non scritto delle «ragioni imperative di interesse generale»[82] e sulla giustificabilità in base alla applicazione del principio di proporzionalità.

Conseguentemente, più che venire esclusa la configurabilità di una parità gerarchica tra diritti e libertà in astratto (riscontrabile invece in *Schmidberger*), è l'esercizio dei diritti fondamentali in rilievo nelle pronunce *Viking* e *Laval* (diritto di sciopero e diritto di espressione) che, in definitiva, appare funzionalizzato rispetto alle libertà del Trattato, ossia ritenuto ammissibile nei limiti dell'esercizio di quest'ultime.

Ad ogni modo, senza soffermarsi sulla correttezza di tale impostazione e dunque dei risultati raggiunti[83], ciò che appare utile rilevare ai fini della presente analisi è che, in tutte le pronunce citate, è comunque effettuato un bilanciamento tra diritti e libertà fondamentali, entrambi sempre ricostruiti "all'interno" delle disposizioni dei Trattati, senza mai coinvolgere gli atti di diritto derivato. A questo proposito è però da registrare una recente pronuncia[84], nella quale la Corte sembra attribuire anche agli atti di diritto derivato (nella fattispecie, le direttive in materia di appalti pubblici) la capacità di esprimere elementi utili per il bilanciamento, qualora questi siano da considerarsi come adottati in applicazione delle libertà economiche fondamentali garantite dai Trattati. Nelle parole della Corte, "la natura di diritto fondamentale del diritto di negoziazione collettiva e la finalità sociale del TV-EUmw/VKA (*la legge tedesca oggetto di analisi nella causa: ndr*) intesa nella sua globalità non possono, in quanto tali, comportare l'automatico esonero delle amministrazioni e

[81] *Ibidem,* p.to 105.

[82] Cfr. la ricostruzione compiuta dall'Avvocato generale Trstenjak nelle citate conclusioni del 14 aprile 2010 rese nella causa *Commissione europea c. Repubblica federale di Germania*, punti 181 ss.

[83] Cfr. in tal senso: B. CARUSO, *I diritti sociali fondamentali nell'ordinamento costituzionale europeo,* in S. SCIARRA, B. CARUSO (a cura di), *Il lavoro subordinato*, Torino, 2006, pp. 707 e ss.

[84] Corte di giustizia, sentenza del 15 luglio 2010, causa C-271/08, *Commissione europea c. Repubblica federale di Germania*, non ancora pubblicata.

aziende comunali datrici di lavoro dal rispetto degli obblighi imposti dalle direttive 92/50 e 2004/18, *le quali danno attuazione alla libertà di stabilimento ed alla libera prestazione dei servizi nel settore degli appalti pubblici"* (corsivo aggiunto).

Tale orientamento, nella sostanza, individua anche nel diritto derivato delle disposizioni capaci di essere prese in considerazione ai fini del bilanciamento, insieme alle regole contenute dei Trattati[85]. È presto per valutarne la solidità: di certo, se venisse confermato, si avrebbe come immediata conseguenza di un simile orientamento un allargamento considerevole del numero di disposizioni interessate nel bilanciamento tra diritti e libertà.

5. Il bilanciamento nei Trattati e nella legislazione secondaria

Se la giurisprudenza della Corte è senz'altro il principale campo di indagine per valutare le modalità ed i risultati dell'operazione di bilanciamento, va aggiunto che sia il testo dei Trattati istitutivi, sia gli atti di diritto derivato, non sono certo ad essa estranei.

In questo diverso contesto, va in primo luogo evidenziato che i primi articoli del Trattato sull'Unione europea fanno spesso riferimento ad obiettivi ulteriori rispetto a quelli tipici del mercato interno[86], anzi, in particolare dopo il Trattato di Lisbona, intendono il primo in maniera più "aggiornata", come una complessa panoplia di esigenze ed interessi variegati[87]. Quanto al Trattato sul funzionamento, questo si preoccupa di fissare precise indicazioni sulle modalità di svolgimento dell'intervento normativo delle istituzioni qualora, nel facilitare la libera circolazione dei fattori produttivi, questo incida su interessi e valori fondamentali di diverso contenuto. Il riferimento va, ad esempio, all'art. 114 TFUE (*ex* art. 95 TCE), dedicato alle misure di ravvicinamento delle legislazioni finalizzate all'instaurazione ed al funzionamento del mercato interno. In questa disposizione non solo si richiede al legislatore un livello di protezione elevato nelle proposte in materia di sanità, sicurezza, tutela dell'ambiente e dei consumatori, tutti valori ripresi anche nella Carta dei

[85] *Ibidem*, punti 44-48.

[86] Il nuovo art. 2 TUE elenca una serie di valori fondanti dell'Unione, arricchendo la lista in precedenza contenuta nel vecchio testo dell'art. 6, par.1, TUE.

[87] Cfr. art. 3, par. 3, TUE, ove l'obiettivo di instaurazione del mercato interno viene accompagnato da una serie di corollari che fanno esplicito riferimento, *inter alia*, allo "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".

diritti fondamentali; in aggiunta, si codifica una procedura speciale che comporta, sotto il controllo della Commissione, l'eventuale adozione o mantenimento, da parte degli Stati membri, di misure derogatorie rispetto a quelle previste a regime dall'intervento di armonizzazione, se finalizzate alla tutela delle esigenze dell'art. 36 (già art. 30 CE) o relative alla protezione dell'ambiente o dell'ambiente di lavoro[88]. Inoltre, la tutela della salute viene ulteriormente richiamata da una delle "clausole orizzontali" contenute nel TFUE: ai sensi dell'art. 168, par. 1, «nella definizione e nell'attuazione di tutte le politiche ed attività dell'Unione è garantito un livello elevato di protezione della salute umana».

Inoltre, di estremo interesse ai fini di questa analisi è la circostanza che a questa azione di bilanciamento tra diritti e libertà non sia affatto estranea l'opera del legislatore dell'Unione: come giustamente osservato dall'Avvocato generale Kokott nel caso *Promusicae*[89], è al legislatore che compete la definizione di "un primo equilibrio"[90] già all'interno di uno specifico atto normativo. In tal senso, un ruolo determinante è affidato anzitutto alla Commissione, chiamata per prima a misurare la compatibilità delle proposte legislative e di tutti i propri atti con i diritti fondamentali. Tale processo di verifica è stato affermato (e codificato) nel tempo attraverso numerosi atti non vincolanti (Comunicazioni) della Commissione: più precisamente, già a partire dal 2001, anno di proclamazione della Carta di Nizza, quest'ultima ha affermato che ogni atto ed ogni proposta adottata dovesse divenire "oggetto di un controllo preliminare" finalizzato alla valutazione della compatibilità con le disposizioni della Carta stessa[91] e che, qualora si fosse ravvisato "un nesso specifico" tra la proposta e i diritti fondamentali, dovesse essere espressa una "dichiarazione formale di compatibilità" mediante l'inserimento di uno o più considerando che sostanzialmente formalizzasse il rispetto della Carta dei diritti fondamentali. Tale operazione, che talora si concretizza nell'affermazione (contenuta nei *considerando*) di rispetto della Carta e, più spesso, con un rinvio espresso a specifici suoi articoli[92], è in realtà,

[88] Bisogna tuttavia riconoscere che questa procedura non sembra aver prodotto una prassi significativa.

[89] Sentenza 29 gennaio 2009, causa C-275/06 *Promusicae,* in *Raccolta,* p. I-00271.

[90] Conclusioni dell'Avvocato generale Kokott del 18 luglio 2007, *Promusicae,* punto 56.

[91] V. la *Communication on Application of the Charter of Fundamental Rights of the European Union,* SEC (2001) 380/3, del 13 marzo 2001, disponibile all'indirizzo *http://ec.europa.eu/justice/doc_centre/rights/doc/sec0380_3_en1.pdf.*

[92] È la stessa Comunicazione sopra citata a fornire una formula *standard* da inserire all'interno d'un atto, qualora quest'ultimo abbia un collegamento coi diritti fondamentali, così che nell'atto si statuisca il formale rispetto della Carta: «*This act respects the*

frutto dell'opera di valutazione dell'incidenza rispetto ai diritti fondamentali – svolta dai servizi della Commissione nell'ambito della redazione della proposta (o di adozione) di un atto – e che spesso rimane confinata negli atti preparatori.

Prima di svolgere un esame "sul campo" analizzando alcuni atti e mostrando come in questi entri in gioco il bilanciamento tra diritti e libertà, appare utile ricordare brevemente i principali momenti evolutivi della disciplina inerente all'esercizio della verifica dell'impatto sui diritti fondamentali svolto dalla Commissione. A partire dal 2005, la Commissione – che si era frattanto dotata di uno strumento di verifica come l'analisi di impatto[93] per tutte le proposte da adottare (e in casi peculiari, per gli atti) – ha avuto modo di codificare, attraverso la redazione di una "metodologia per un controllo sistematico e rigoroso" del rispetto della Carta dei diritti fondamentali[94], le modalità attraverso cui monitorare il

fundamental rights and observes the principles recognised in particular by the Charter of Fundamental Rights of the European Union»; qualora poi un atto coinvolga specificamente un principio o una disposizione contenuta nella Carta, la formula può arricchirsi di un riferimento specifico, secondo questo modello: «*In particular, this [act] seeks to ensure full respect for [right XX] and/or to promote the application of [principle YY] / [Article XX and/or Article YY of the Charter of Fundamental Rights of the European Union]* » (parentesi quadre del testo). È tuttavia da notare come talvolta l'inserimento di tali formule nei considerando appaia piuttosto una clausola di stile; in questo senso, a titolo di mero esempio, cfr. il Regolamento n. 1160/2005/CE del Parlamento e del Consiglio del 6 luglio 2005 che modifica le disposizioni della convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen del 14 giugno 1985 relativo all'eliminazione graduale dei controlli alle frontiere comuni, con riferimento all'accesso al sistema d'informazione Schengen da parte dei servizi degli Stati membri competenti per il rilascio dei documenti di immatricolazione dei veicoli (in *GUUE* del 22 luglio 2005, n. L 191), ove si afferma in maniera apodittica, al cons. 15, che «Il presente regolamento rispetta i diritti fondamentali e osserva i principi riconosciuti in particolare dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea». In altri casi più recenti, invece, la valutazione appare più puntuale, come nel caso del Regolamento (UE) n. 1259/2010 del Consiglio, del 20 dicembre 2010, relativo all'applicazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale, in GUUE L 343 del 29 dicembre 2010, ove si legge, al Considerando n. 30, che "Il presente regolamento rispetta i diritti fondamentali e osserva i principi riconosciuti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, segnatamente l'articolo 21, che vieta qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale. Le autorità giurisdizionali degli Stati membri partecipanti dovrebbero applicare il presente regolamento nel rispetto di tali diritti e principi".

[93] Comunicazione della Commissione in materia di valutazione d'impatto, COM (2002) 276, del 5 giugno 2002.

[94] Comunicazione della Commissione dedicato a «*Il rispetto della Carta dei diritti fondamentali nelle proposte legislative della Commissione; metodologia per un controllo*

rispetto dei diritti dell'uomo. La Commissione in quella sede affermava che – al fine di «rafforzare e rendere più sistematico in concreto il controllo [sulla conformità] ai diritti fondamentali» – proprio all'interno della valutazione di impatto venisse offerto un sunto, il più completo e preciso possibile, dei vari effetti sui diritti individuali coinvolti dalla successiva adozione dell'atto[95]. Va poi ricordato che anche il Parlamento europeo con la relazione *Voggenhuber* del 2007[96] sul rispetto della Carta dei diritti fondamentali nelle proposte legislative della Commissione, poneva l'accento sulla necessità di un controllo ancora più rigoroso in fase di proposta.

Anche per offrire risposta a queste istanze, nel gennaio del 2009 la Commissione rendeva pubblica una relazione sul funzionamento della metodologia per un controllo sistematico e rigoroso del rispetto della Carta dei diritti fondamentali[97]. In questo documento, la Commissione esprimeva chiaramente la necessità di un miglioramento della sua azione, attraverso un vero e proprio "incitamento a pensare in termini di diritti fondamentali", nonché a favorire la "cultura dei diritti fondamentali" all'interno della stessa attività di proposta e iniziativa legislativa[98]. Un

sistematico e rigoroso», COM (2005) 172, del 27 aprile 2005.

[95] *Loc. cit*., p. 12. È il caso di ricordare che l'*impact assesment* verte su tre categorie di impatto: gli effetti si valutano sul piano sociale, politico ed economico, mentre si esclude espressamente che i diritti fondamentali costituiscano una quarta categoria di impatto (p. 19). Tale mancanza viene spesso contestata: cfr., in tal senso, la Relazione Voggenhuber sul rispetto della Carta dei diritti fondamentali nelle proposte legislative della Commissione, del 12 febbraio 2007*,* punto 11. Le linee guida sull'*impact assesment* sono state oggetto di revisione nel 2009 - SEC(2009) 92. Qui chiaramente si legge come «*certain fundamental rights are absolute and cannot be limited or subject to derogation: others can only be limited or derogated from subject to a demonstration of necessity and, thereafter, proportionality»* (par. 3.1), e che «*[a]ll Commission proposals have to be compatible with the EU Charter of Fundamental Rights, and the Commission has decided that impact assessments must take into account the impacts of initiatives on fundamental rights as laid out in the Charter»* (par. 8.3). In questo contesto va anche inserita l'istituzione nel 2007 di una Agenzia per i diritti fondamentali (Regolamento n. 168/2007/CE del Consiglio del 15 febbraio 2007, che istituisce l'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali., in *GUUE* del 22 luglio 2007, n. L 53). Sull'Agenzia, in senso critico, cfr.: A. DEL GUERCIO, *L'Agenzia europea per i diritti fondamentali: un'occasione perduta?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, p. 136 ss.

[96] La Relazione Voggenhuber sottolinea, al punto 7, anche l'esigenza di «un monitoraggio [..] sistematico e rigoroso dei diritti fondamentali [che] richiede non solo una semplice verifica di eventuali errori [...] nel determinare il giusto equilibrio tra la libertà del singolo e le esigenze dell'interesse generale».

[97] *Relazione sul funzionamento pratico della metodologia per un controllo sistematico e rigoroso del rispetto della Carta dei diritti fondamentali,* COM(2009) 205, del 29 aprile 2009.

[98] *Ibidem,* p. 9. È qui evidente come il testo riveli il suo valore "politico" più che realmente programmatico: aldilà di questo però è chiaro come – anche in questo contesto

aspetto di questo documento merita un'attenzione particolare. Nella relazione è ribadita l'intenzione della Commissione – già affermata nella "metodologia" del 2005[99] – di seguire il Parlamento e il Consiglio nell'*iter* di adozione dell'atto "nell'ottica del rispetto dei diritti fondamentali": la Commissione si riserva così il diritto di proporre un ricorso di annullamento, qualora ritenga l'atto in questione incompatibile con i diritti fondamentali quali tutelati nell'ordinamento dell'Unione[100]. Tale volontà di controllo viene peraltro meglio delineata nella Relazione del 2009[101], in cui la Commissione si riserva anche di procedere al ritiro della propria proposta qualora, a sua parere, nell'iter di adozione dell'atto le altre istituzioni si siano discostate significativamente dalla proposta proprio in riferimento alla tutela dei diritti fondamentali, tanto da "stravolgere l'equilibrio" raggiunto all'interno dell'atto. Una posizione dunque di estrema rigidità, quantomeno sul piano teorico, che potrebbe aprire scenari inediti, ma che lascia intendere come la Commissione ritenga di sentirsi "guardiana" del rispetto della Carta dei diritti fondamentali anche nei confronti dell'operato delle altre istituzioni nel corso delle procedure legislative.

L'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, il cui art. 6 TUE attribuisce alla Carta lo stesso valore giuridico dei Trattati, ha infine sollecitato la Commissione ad adottare una nuova Comunicazione contenente la sua "strategia" per rendere il più possibile effettivi nell'Unione i diritti fondamentali contenuti nella Carta, per quanto riguarda non solo le politiche interne ma anche la sua azione esterna[102]. In base alla Comunicazione, tutte le proposte legislative della Commissione, ma anche gli atti delegati o di esecuzione, sono sottoposti nella fase di preparazione al controllo di compatibilità con la Carta ("valutazione di impatto") seguita da un gruppo direttivo della valutazione di impatto che riunisce i servizi interessati della Commissione. È istituito inoltre un apposito comitato per la valutazione d'impatto (*Impact Assessment Board*), che fa capo al pre-

– la Commissione abbia preferito non giungere ad una formalizzazione del processo di valutazione, e dunque di non codificare, il "meccanismo di bilanciamento".

[99] COM (2005) 172, p. 27 e ss.

[100] COM (2009) 205, cit., par. 3.4 «[I]l ricorso di annullamento rappresenta la strategia migliore ove queste possano essere eliminate lasciando inalterato il resto dell'atto. Le disposizioni lesive possono infatti essere cassate, lasciando inalterate le altre disposizioni dell'atto legislativo in grado di rappresentare un valido progresso cui la Commissione non intenderebbe rinunciare».

[101] COM (2009) 205, cit.

[102] Comunicazione della Commissione "Strategia per un'attuazione effettiva della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea", COM(2010) 573 def. del 19 ottobre 2010.

sidente della Commissione, indipendente dai servizi competenti per l'elaborazione delle politiche, chiamato a verificare costantemente gli aspetti relativi ai diritti fondamentali nei progetti di valutazione di impatto che gli vengono sottoposti dai servizi competenti e a rilasciare, se necessario, un parere. Dopo la valutazione di impatto, nella redazione finale del progetto di atto la Commissione avvia il controllo della legalità verificando in particolare la sua conformità con la Carta. Si impegna dunque ad indicare con precisione, in appositi "considerando" della proposta[103], i diritti fondamentali sui quali quest'ultima si ripercuote, nonché le ragioni per le quali ritiene che le eventuali limitazioni apportate a un diritto fondamentale "non assoluto" siano giustificate in termini di necessità e proporzionalità. La Commissione si impegna altresì a reprimere le condotte degli Stati membri nell'attuazione del diritto dell'Unione non rispettose dei diritti fondamentali, avviando procedimenti di infrazione (par. 1.3.2 della Comunicazione). Essa inoltre presenterà una relazione annuale sull'applicazione della Carta, anche sulla scorta dei dati forniti dall'Agenzia per i diritti fondamentali.

5. Segue: *alcuni esempi di bilanciamento nel testo delle direttive*

L'azione di bilanciamento operata a monte dal legislatore si riflette dunque nel testo degli atti dell'Unione. Ciò può essere facilmente riscontrato analizzando, ovviamente senza presunzione di esaustività, alcune direttive in vigore.

a) Un primo ed emblematico esempio del bilanciamento tra diritti e libertà nell'ambito della formazione degli atti normativi, riscontrabile in

[103] La Commissione sembra avvertire che, come prima evidenziato, la prassi sinora seguita non abbia garantito una informazione sufficiente: al par. 1.1.3 della Comunicazione, rubricata "Considerando mirati", si sostiene infatti che "le proposte che presentano un nesso particolare con i diritti fondamentali devono contenere considerando specifici che ne spieghino la conformità con la Carta. I considerando hanno la funzione di spiegare il ragionamento alla base dell'adozione dell'atto e quindi consentono e agevolano l'eventuale controllo giurisdizionale della conformità con la Carta. Per questo *occorre evitare qualsiasi banalizzazione derivante dall'uso generalizzato di un considerando che si limiti a dichiarare la conformità con la Carta* (corsivo aggiunto). L'inserimento di un considerando non è una mera formalità ma serve a dimostrare il controllo approfondito della conformità della proposta con la Carta. I considerando che spiegano la conformità della proposta con la Carta si ritengono mirati se indicano con precisione i diritti fondamentali sui quali la proposta si ripercuote. Inoltre, saranno inseriti considerando specifici su misura per taluni diritti fondamentali se necessario per chiarire la portata di una disposizione o le soluzioni trovate nella proposta per garantire che la limitazione di un diritto fondamentale si giustifica rispetto all'articolo 52 della Carta".

una materia che potremmo definire un crocevia, dove più diritti e più libertà si intersecano, è la direttiva sui servizi di media audiovisivi (c.d. SMAV)[104]. Già dall'analisi della proposta della Commissione[105] è possibile osservare come questa non solo abbia tenuto conto delle disposizioni della Carta dei diritti fondamentali, ma abbia anche considerato la direttiva *in quanto tale*, pur fondata sugli articoli del Trattato concernenti la liberalizzazione dei servizi nel mercato interno, come mirata a consolidare il rispetto dei diritti fondamentali[106], e in particolare del diritto alla libertà di espressione. L'*impact assessment report* redatto dai servizi della Commissione[107], partendo dalla necessità di una disciplina capace al contempo di esprimere obiettivi di interesse generale e di lasciare aperta la libertà economica e libera la scelta dei consumatori (par 4.2), tende esplicitamente a sottolineare come l'intervento normativo contenuto nella proposta sia capace di assicurare un alto livello di tutela dei diritti fondamentali[108] e realizzare un bilanciamento "equilibrato" tra istanze economiche e sociali.

Per esemplificare come tale bilanciamento operi in concreto nell'ambito del testo finale della direttiva SMAV, è possibile far riferimento – seppur sinteticamente – a come essa risolva, da un lato, la questione dell'accesso agli eventi di maggior rilevanza e ai c.d. "estratti di cronaca", materia in cui si evidenzia il rapporto tra l'esercizio di una libertà economica (acquisto in esclusiva di un diritto a trasmettere un evento) e la tutela del diritto ad essere informati, e dall'altro, la delicata questione della "procedimentalizzazione" del ricorso a misure nazionali di salvaguardia nel caso di violazione delle regole della direttiva e/o del-

[104] Direttiva 2007/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2007 che modifica la direttiva 89/552/CE del Consiglio relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti l'esercizio delle attività televisive, in *GUUE* del 18 dicembre 2007, n. L 312. La direttiva SMAV è oggi codificata nella direttiva 2010/13/UE (ivi, n. L 95). Per un commento al suo testo rinvio a R. MASTROIANNI, *La direttiva sui servizi di media audiovisivi*, Torino, 2009.

[105] Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica la direttiva 89/552/CEE del Consiglio relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti l'esercizio delle attività televisive, COM (2005) 646, del 15 dicembre 2005.

[106] *Ibidem,* considerando n. 12. Anzi, è bene specificato che la Commissione ha "modulato" la sua proposta orientandosi in base ai diritti fondamentali: soltanto laddove questi ultimi siano messi in gioco, la Commissione ha ritenuto che la regolamentazione sia necessaria (lasciando così che il resto della disciplina sia dettato attraverso co-regolamentazione ed autoregolamentazione).

[107] SEC (2005)1625, del 13 dicembre 2005.

[108] Si tratta, segnatamente, della «dignità umana, della protezione dei diritti (sic!) e dei consumatori»

le regole nazionali che, nel rispetto della medesima, abbiano adottato misure più severe di quelle previste a regime.

Quanto alla prima questione, la Commissione, all'interno della sua proposta (*considerando* nn. 26 e 27), chiariva che i diritti di trasmissione relativi a manifestazione di interesse generale «possono essere acquistati da fornitori di servizi audiovisivi in esclusiva» ma che – al fine di tutelare la libertà fondamentale di essere informati e per assicurare la promozione del pluralismo – «è opportuno che i titolari di diritti esclusivi […] concedano […] il diritto di utilizzare brevi estratti nei loro programmi d'informazione [...] a condizioni eque, ragionevoli e non discriminatorie». Le esigenze di contemperamento tra libertà del mercato e tutela del pluralismo e del diritto ad essere informati si ritrovano interamente ribadite nel testo della direttiva[109]: l'art. 3 *duodecies,* comma 1, del testo finale (divenuto art. 15 del testo codificato) prevede che «ai fini della realizzazione di brevi estratti di cronaca, ogni emittente stabilita nell'UE abbia accesso, a condizioni eque, ragionevoli e non discriminatorie, ad eventi di grande interesse pubblico trasmessi in esclusiva» da altra emittente; tali estratti tuttavia sono (comma 3) liberamente scelti, e non imposti agli altri fornitori. L'apertura alla possibilità di trasmettere brevi estratti non è però qui da considerarsi funzionale alla contendibilità del mercato dell'audiovisivo, diretta cioè ai concorrenti di chi ha acquistato l'esclusiva: dietro la libertà economica è invece racchiusa la preservazione del pluralismo informativo e quindi la tutela del diritto ad essere informati degli utenti.

Come si accennava poc'anzi, altro aspetto significativo delle modalità attraverso cui nella direttiva SMAV si siano realizzate forme di bilanciamento, è da individuarsi nell'ambito della "procedimentalizzazione" delle misure poste dagli Stati a allo scopo di tutelare esigenze primarie legate alla protezione dei diritti fondamentali. Come è noto, la direttiva SMAV, basata sull'*home country control*, rimette allo Stato membro nel quale un'emittente è stabilita il controllo sulle trasmissioni, le quali circolano poi liberamente nel territorio dell'Unione. Gli Stati che ricevono la trasmissione non possono quindi svolgere un secondo controllo, assicurando anzi di non porre ostacoli alla ritrasmissione nel loro territorio dei programmi originari di altri Paesi membri. Tuttavia, a questa regola generale la direttiva appone due deroghe, consentendo allo Stato membro di destinazione di adottare misure restrittive nei confronti della circolazione dei servizi televisivi. Ciò può avvenire, in primo luogo, qualora una trasmissione televisiva proveniente da un altro

[109] Cfr. Direttiva 2007/65/CE, cit., *considerando* 38 e 39.

Stato membro violi "in maniera evidente, grave e seria" le regole della direttiva in tema di tutela dei minori (articolo 27, paragrafo 1 o 2)[110] o i divieti di incitamento all'odio (articolo 6)[111]: è appena il caso di sottolineare che, in entrambi i casi, gli interessi che gli Stati intendono salvaguardare possono essere facilmente inquadrati nell'ambito della Carta dei diritti fondamentali (art. 24, in tema di tutela dei minori; artt. 10, 11, 21 e 22 in tema di divieto di incitamento all'odio). In secondo luogo, qualora un'emittente, per avvantaggiarsi di una disciplina meno severa, si stabilisca in uno Stato membro ma destini comunque la propria programmazione – in tutto o in gran parte – in un altro Stato membro, aggirandone la più severa disciplina adottata dal secondo per la tutela di un "interesse pubblico generale" (c.d. abuso del diritto)[112].

In entrambi i casi la direttiva detta le regole che confinano il potere di reazione dello Stato membro "di ricezione", attraverso una procedura articolata che si caratterizza dal coinvolgimento dello Stato membro di stabilimento e della Commissione, la quale ultima è chiamata a giudicare (*ex post*, nel primo caso, *ex ante* nel secondo) la correttezza delle misure adottate. In definitiva, ciò che il legislatore UE ha realizzato attraverso tale procedimentalizzazione è nient'altro che un'operazione di bilanciamento tra le esigenze di tutela degli interessi fondamentali dello Stato di ricezione, da un lato, e le libertà fondamentali, dall'altro, operazione realizzata attraverso un controllo della legittimità delle misure di salvaguardia statali affidato alla Commissione. È da notare come attraverso tale peculiare procedura la direttiva SMAV realizza anche una non banale erosione del "monopolio" degli Stati membri circa le modalità di esercizio delle misure stesse, ponendo la Commissione nella condizione di valutare l'opportunità e la proporzionalità della misura di salvaguardia e, in sostanza, di svolgere un ruolo fondamentale nella ricerca di un "bilanciamento" tra le esigenze del singolo Stato membro e le esigenze del mercato interno.

[110] «Gli Stati membri adottano le misure atte a garantire che le trasmissioni televisive delle emittenti soggette alla loro giurisdizione non contengano alcun programma che possa nuocere gravemente allo sviluppo fisico, mentale o morale dei minori, in particolare programmi che contengano scene pornografiche o di violenza gratuita.

Le misure di cui al paragrafo 1 si applicano anche agli altri programmi che possono nuocere allo sviluppo fisico, mentale o morale dei minori, a meno che la scelta dell'ora di trasmissione o qualsiasi altro accorgimento tecnico escludano che i minori che si trovano nell'area di diffusione vedano o ascoltino normalmente tali programmi».

[111] «Gli Stati membri assicurano, con misure adeguate, che i servizi di media audiovisivi forniti dai fornitori di servizi di media soggetti alla loro giurisdizione non contengano alcun incitamento all'odio basato su razza, sesso, religione o nazionalità».

[112] Sentenza 5 ottobre 1994, causa C-23/93, *TV10*, in *Raccolta*, I-04795.

b) Un ulteriore esempio può essere rinvenuto nella direttiva 2009/72/CE relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica e che abroga la direttiva 2003/54/CE[113], adottata dal Consiglio e dal Parlamento con base giuridica negli artt. 47, 55 e 95 CE (oggi artt. 53, 62 e 114 TFUE). Ad essere "bilanciati", in questo caso, sono le esigenze economiche del mercato interno (ed in particolare la libera prestazione dei servizi), insieme alla tutela dei consumatori (Carta dei diritti fondamentali, art. 38), da un lato, ed il diritto dei proprietari delle reti di distribuzione dell'energia (*ibidem*, art. 17), dall'altro.

La finalità dell'intervento legislativo in esame, come risulta dalla direttiva stessa, è quella di realizzare «un mercato interno dell'energia elettrica […] completamente aperto»[114] in cui siano garantite competitività, sostenibilità e sicurezza dell'approvvigionamento[115]. L'intento è, quindi, la realizzazione, attraverso l'utilizzo delle libertà garantite dai Trattati, di quello che potrebbe essere definito il diritto "sociale" di approvvigionamento energetico.

Per il perseguimento di tale obiettivo, il legislatore europeo ha ritenuto di dover imporre la separazione della proprietà e della gestione delle reti dalle attività di generazione e fornitura dell'energia ritenendo che detta separazione potesse essere «un modo efficace e stabile per […] garantire la sicurezza degli approvvigionamenti»[116] e l'accesso transfrontaliero di nuovi fornitori[117] a chiaro vantaggio soprattutto dei consumatori "domestici" i quali, oltre a veder garantito l'accesso alla fornitura, dovrebbero beneficiare di costi inferiori e tariffe trasparenti. Il diritto di proprietà delle reti che, nella maggior parte degli Stati membri, è riscontrabile in capo ad imprese integrate verticalmente, si mostra quindi suscettibile, come evidenziato anche nell'*impact assessment report*[118] di

[113] Direttiva 2009/72/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 luglio 2009, relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica e che abroga la direttiva 2003/54/CE, in *GUUE* del 14 agosto 2009, n. L 211.

[114] Cfr. Direttiva 2009/72/CE, cit., *considerando* 1 e 3.

[115] In tal senso si esprime la Comunicazione della Commissione al Consiglio europeo e al Parlamento europeo, del 10 gennaio 2007, dal titolo Una politica energetica per l'Europa, COM (2007) 1 def., non pubblicata in *GUUE,* par. 3.1, in cui è ampiamente illustrato che un mercato competitivo, oltre a determinare una riduzione dei costi per i cittadini, è in grado di incentivare l'innovazione nell'approvvigionamento da nuove fonti di energia oltre allo sviluppo di nuove reti.

[116] Cfr. Direttiva 2009/72/CE, *considerando* 11.

[117] *Ibidem, considerando* 8.

[118] SEC(2007) 1179/2. Al par. 2.5 è chiarito che il rispetto del diritto fondamentale di proprietà, garantito costituzionalmente dalla pressoché totalità degli ordinamenti degli Stati membri e dall'art. 17 della Carta dei diritti fondamentali in quanto i diritti fondamentali non sono prerogative assolute ma necessitano di un bilanciamento che tenga

limitazioni, purché proporzionate e necessarie, per la realizzazione di esigenze strettamente connesse al funzionamento del mercato[119].

Nell'individuazione delle modalità concrete attraverso cui realizzare tale separazione proprietaria, gli Stati membri, ai quali il legislatore comunitario concede una certa discrezionalità, dovranno comunque salvaguardare, secondo quanto previsto dal *considerando* n. 18, gli interessi degli azionisti delle imprese verticalmente integrate[120] tenute alla cessione di *assets*.

c) Di estremo interesse ai nostri fini è anche la c.d. direttiva "antiriciclaggio"[121], adottata con base giuridica negli artt. 95 e 47, par. 2, CE (ora artt. 114 e 53 TFUE), dunque principalmente finalizzata a facilitare l'esercizio del diritto di stabilimento.

In questo caso, il bilanciamento è effettuato tra il diritto ad un ricorso giurisdizionale effettivo e ad un giudice imparziale, nonché il diritto alla presunzione di innocenza, sanciti dagli artt. 47 e 48 della Carta dei diritti fondamentali, da un lato, e la tutela della «stabilità e [de]la reputazione del settore finanziario»[122] e, più in generale, il buon funzionamento del mercato interno, dall'altro. Il segno di tale delicata operazione può essere riscontrato non solo nel *considerando* n. 48, in cui è affermato l'intento di rispettare il dettato della Carta dei diritti fondamentali, quanto, piuttosto, nel *considerando* n. 20 in cui si sostiene che «quando i liberi professionisti che forniscono consulenza legale, purché siano legalmente riconosciuti e controllati come ad esempio gli avvocati, esaminano la posizione giuridica di un cliente o rappresentano un cliente in un procedimento giudiziario, non sarebbe appropriato che per quanto riguarda tali attività la presente direttiva imponesse loro l'obbligo di se-

conto della funzione dagli stessi svolta all'interno dell'ordinamento, è suscettibile di restrizioni purché proporzionate e necessarie all'esigenza pubblica perseguita.

[119] La creazione di un mercato concorrenziale in cui le attività di generazione e di distribuzione dell'energia siano separate dalla gestione delle reti può determinare lo sviluppo di reti efficienti, con la consequenziale riduzione della dispersione energetica, l'incentivazione dell'approvvigionamento da fonti alternative, con evidenti benefici per l'ambiente, ed una riduzione dei costi per i consumatori. Cfr. in tal senso: E. CIARALLI, *I mercati europei dell'elettricità e del gas*, in *Mercato concorrenza regole*, 2008, p. 179 e ss.

[120] Il *considerando* 18 ipotizza la cessione diretta di azioni ovvero il frazionamento delle azioni dell'impresa integrata in azioni dell'impresa della rete ed azioni dell'impresa della fornitura e generazione di energia.

[121] Direttiva 2005/60/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 ottobre 2005, relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento del terrorismo, in *GUUE* del 25 novembre del 2005, n. L. 309.

[122] *Ibidem,* considerando 1.

gnalare eventuali operazioni sospette di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo». Conseguentemente, è affermata la necessità che «la consulenza legale sia soggetta al vincolo del segreto professionale a meno che il consulente legale partecipi alle attività di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo» ovvero sia «fornita a scopo di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo».

Al fine di meglio comprendere, però, l'attività di bilanciamento compiuta dal legislatore, è utile analizzare l'iter procedimentale che ha portato all'adozione dell'atto. Da questo risulta infatti che il Parlamento europeo si era energicamente opposto[123] alla iniziale proposta elaborata dalla Commissione[124]: mentre la Commissione intendeva lasciare agli Stati membri la scelta se assoggettare gli avvocati ed i notai agli obblighi informativi previsti dalla direttiva prevedendo, in ogni caso, una deroga per le informazioni acquisite al fine di approntare la difesa di un cliente in un procedimento giudiziario, il Parlamento riteneva che agli Stati dovesse essere imposta la previsione di una esenzione per avvocati e notai dagli obblighi informativi della direttiva e, soprattutto, dovesse essere estesa anche all'attività di consulenza.

Alla posizione di compromesso assunta dal Consiglio, nel senso di riconoscere la possibilità per gli Stati di inserire tale deroga estendendone, però, l'ambito di applicazione anche alla consulenza, face seguito l'opposizione del Parlamento, secondo cui il testo non risultava perfettamente aderente ai principi generali del diritto dell'Unione ricostruiti con riferimento alla CEDU. La soluzione proposta dal Consiglio, tuttavia, fu poi quella concretamente adottata anche perché, «i fatti dell'11 settembre negli Stati Uniti hanno drammaticamente modificato il punto di vista sulla questione perché, a partire da quella data, la direttiva sul riciclaggio di denaro è considerata parte integrante della lotta contro il terrorismo»[125].

Quanto affermato dimostra non solo l'attività di bilanciamento compiuta dal legislatore nella fase di formazione degli atti legislativi ma altresì come interessi meritevoli di essere comunque adeguatamente tutelati, quali quello alla sicurezza, possano incidere nell'attività di ponderazione. Tale impostazione trova, tra l'altro, conforto nella pronuncia della

[123] Parere del Parlamento europeo del 5 luglio 2000, in *GUUE* del 24 aprile 2001, n. C 121, p. 133.

[124] Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio recante modifica della direttiva 91/308, COM(1999) 352 def., del 4 luglio 1999.

[125] Relazione del Parlamento europeo sul progetto comune, approvato dal comitato di conciliazione, di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio recante modifica della direttiva 91/308, del 5 novembre 2001 [PE-CONS 3654/2001 – C5-0496/2001 – 1999/0152(COD)].

Corte di giustizia nel caso *Ordre des barreaux francophones et germanophone*[126] in cui, in sede di valutazione della validità della direttiva rispetto ai diritti fondamentali, è chiaramente affermato che l'esonero degli avvocati dagli obblighi di informazione imposti dalla direttiva[127] «è di natura tale da preservare il diritto del cliente ad un equo processo»[128].

d) Gli esempi sono, comunque, molteplici. Tra questi merita una citazione anche la direttiva 96/71/CE[129] in tema di distacco dei lavoratori nella prestazione di servizi, divenuta particolarmente famosa con le note sentenze *Laval*, *Viking*, *Rüffert* e *Commissione c. Lussemburgo*[130], con la quale il legislatore dell'Unione tenta un equilibrio tra la libertà di prestazione dei servizi delle imprese in un Paese diverso da quello di stabilimento, da un lato, e le fondamentali esigenze di salvaguardia degli standard di tutela sociale, dall'altro[131]: equilibrio che la stessa Corte di giustizia ha in sostanza ritenuto definitivo, tanto da respingere, nella sentenza *Rüffert*, ogni tentativo di estensione della protezione dei lavoratori al di là del "nocciolo duro" contenuto in quell'atto normativo[132].

e) Per concludere, è il caso di evidenziare che l'attività di bilanciamento descritta non era estranea al legislatore – ed alla Corte – già prima dell'elaborazione della stessa Carta dei diritti fondamentali. A riprova di ciò, è sufficiente analizzare la direttiva 92/100/CEE[133] (oggi sostituita dalla direttiva 2006/115/CE[134] che, sostanzialmente, ne ripropone la medesima disciplina) relativa al diritto di noleggio, al diritto di prestito e

[126] Sentenza 26 giugno 2007, *Ordre des barreaux francophones et germanophone*, causa C-305/05, in *Raccolta,* I-5305.

[127] Nella specie si trattava della direttiva 91/308/CEE, come modificata dalla direttiva 2001/97/CE.

[128] Sentenza *Ordre des barreaux francophones et germanophone*, cit., punto 34.

[129] Direttiva 96/71/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 dicembre 1996 relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi, in *GUCE* del 21 gennaio 1997, n. L 18.

[130] Sentenza 19 giugno 2008, causa C-319/06, *Commissione c. Lussemburgo,* in *Raccolta,* I-4323.

[131] Conclusioni Cruz Villalón presentate il 5 maggio 2010 nella causa C-515/08, *Palhota e a.,* non ancora pubblicate in *Raccolta.*

[132] M. FRANZEN, C. RICHTER, *Case C-346/06*, *Rechtsanwalt Dr. Dirk Rüffert, in his capacity as liquidator of Objekt und Bauregie GmbH & Co. KG* v. *Land Niedersachsen*, *[2008] ECR I-1989,* in *C.M.L.Rev.*, 2010, p. 537 e ss.

[133] Direttiva del Consiglio del 19 novembre 1992 concernente il diritto di noleggio, il diritto di prestito e taluni diritti connessi al diritto di autore in materia di proprietà intellettuale, in *GUCE* del 29 novembre 1992, n. L 356.

[134] Direttiva 2006/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006 concernente il diritto di noleggio, il diritto di prestito e taluni diritti connessi al diritto di autore in materia di proprietà intellettuale, in *GUUE* del 27 dicembre 2006*,* n. L 376.

taluni diritti connessi al diritto di autore in materia di proprietà intellettuale.

In tale atto, con base giuridica nelle disposizioni del Trattato in tema di servizi e di ravvicinamento delle legislazioni, è stato infatti effettuato un bilanciamento tra i diritti fondamentali alla libertà di iniziativa economica ed alla tutela della proprietà intellettuale (oggi tutelati dalla Carta dei diritti fondamentali agli artt. 16 e 17) con le esigenze di funzionamento del mercato interno e, in particolare, con la libera prestazione dei servizi (in particolare, quello di noleggio). Se, da un lato, è riconosciuta la possibilità di sfruttamento economico dell'opera protetta dal diritto d'autore, dall'altro, sul presupposto che la vendita e la messa in circolazione dell'opera (*recte:* del supporto contenente l'opera letteraria o artistica) non «esaurisce» ogni diritto di sfruttamento economico (quale, ad esempio quello di rappresentazione pubblica dell'opera, di radiodiffusione o di locazione), il legislatore ha dettato particolari disposizioni finalizzate ad armonizzare la legislazione degli Stati membri in materia di noleggio e prestito garantendo, come rilevato nel *considerando* n. 7, agli autori delle opere «livelli di reddito adeguati oltre al recupero degli investimenti effettuati per poter creare l'opera». Il perseguimento di tale obiettivo, infatti, in assenza di una particolare limitazione della possibilità di cedere a noleggio il supporto contenente l'opera senza il necessario consenso del titolare del diritto di sfruttamento, sarebbe vanificato. L'evoluzione tecnologica e la facilità di riproduzione di opere contenute su supporti non facilmente deteriorabili quali i *compact disc,* infatti, potrebbero consentire al locatario del supporto fonografico di ottenere una copia dell'opera ad un costo notevolmente inferiore rispetto a quello di vendita con conseguente ed immediato nocumento per l'autore ed il produttore[135].

La soluzione raggiunta dal legislatore è stata successivamente posta al vaglio della Corte di giustizia nel caso *Metronome Musik*[136]. Nel confermare la validità delle disposizioni della direttiva in materia di diritto di noleggio, la Corte osservava come «le opere letterarie ed artistiche possono essere oggetto di uno sfruttamento commerciale diverso dalla semplice vendita dei supporti materiali», per cui la distinzione compiuta nella direttiva e la limitazione a particolari condizioni dell'esercizio dell'attività di noleggio o di prestito pubblico dell'opera sono misure i-

[135] Il rischio è adeguatamente illustrato dall'Avvocato generale Tesauro nelle conclusioni presentate il 22 gennaio 1998 nella causa C-200/96, *Metronome Musik,* punto 26, che fa riferimento al c.d. fenomeno della vendita a prezzo di noleggio.

[136] Sentenza 28 aprile 1998, causa C-200/96, *Metronome Musik,* in *Raccolta*, I-1953.

donee a ridurre i rischi per gli autori di vedere riprodotta, a basso costo, la propria opera senza poter ottenere una adeguata remunerazione. D'altronde, «non poter adeguatamente remunerare chi pone in essere investimenti economici per la realizzazione dei prodotti fonografici» potrebbe avere «evidenti ripercussioni sull'attività di creazione di nuove opere» inducendo i produttori a «concentr[arsi] esclusivamente sugli investimenti delle opere commerciali e dunque più lucrative, a scapito del pluralismo culturale all'interno della Comunità»[137].

Sulla scorta di tale rilievo, la Corte affermava che il diritto al libero esercizio di un'attività professionale (quale quella di noleggio) si configura come un principio generale del diritto comunitario ma, tuttavia, «detti principi non si configurano come assoluti ma vanno considerati in relazione alla loro funzione sociale» con la conseguenza che «possono essere apportate restrizioni a condizione che tali restrizioni rispondano effettivamente ad obiettivi di interesse generale perseguiti dalla Comunità europea e non costituiscano, rispetto allo scopo perseguito, un intervento sproporzionato e inaccettabile tale da ledere la sostanza dei diritti così garantiti»[138].

La Corte, quindi, con la citata pronuncia (il cui impianto risulta ancora attuale, nonostante la stessa risalga a prima della proclamazione della Carta), non ha fatto altro che ritenere corretto il bilanciamento compiuto dal legislatore che, per garantire un diritto fondamentale (tutela della proprietà intellettuale e della creazione artistica, nonché, indirettamente, sebbene non espressamente richiamato nella sentenza, il pluralismo culturale) ha ammesso "limitazioni" (peraltro non assolute essendo comunque lasciata la possibilità di concedere licenze per il noleggio ad un prezzo ritenuto equo rispetto allo scopo perseguito) alla libertà di circolazione delle merci ed alla prestazione di servizi ed al sotteso diritto (anch'esso fondamentale) di iniziativa economica.

6. Conclusioni

L'analisi condotta nelle pagine che precedono dimostra come, in linea di principio, l'azione dell'Unione, nel suo complesso, appare costantemente condizionata dall'esigenza di tutelare i diritti fondamentali. Qualora l'opera di bilanciamento venga operata dal legislatore, ad essa la

[137] Conclusioni dell'Avvocato generale Tesauro nella causa *Metronome Musik,* cit. punto 26.

[138] Corte di giustizia, sentenza *Metronome Musik,* cit., punto 21.

Corte appare mostrare una certa deferenza, affidandosi a valutazioni che, in ultima analisi, non possono non essere essenzialmente di tipo politico[139]. Resta, tuttavia, da valutare se l'attività di bilanciamento tra libertà economiche e diritti fondamentali effettuata sia dalla Corte di giustizia, sia dalle istituzioni politiche, possa oggi presentarsi in maniera differente in conseguenza dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona.

In primo luogo, è possibile ritenere che la "promozione" della Carta a fonte di pari grado rispetto ai Trattati, operata con il nuovo testo dell'art. 6 TUE, non provochi di per sé novità di rilievo rispetto al passato dal punto di vista della gerarchia delle fonti: anche prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, come precisato dalla giurisprudenza, i principi generali relativi ai diritti fondamentali erano da considerare a pieno titolo come "diritto primario" dell'ordinamento dell'Unione. Il mantenimento del riferimento ai principi generali nel testo dell'art. 6 TUE, all'ultimo comma – apparentemente superfluo, se non contraddittorio, in un contesto oramai caratterizzato da un elenco formale di diritti fondamentali – potrebbe tuttavia spiegarsi come un'indicazione nel senso di conservare in capo alla Corte il ruolo di contribuire allo "sviluppo progressivo" del sistema, anche al di là delle prescrizioni della Carta.

In secondo luogo, ogni valutazione in merito all'incidenza del Trattato di Lisbona non può prescindere dalla difficoltà di effettuare una netta distinzione concettuale tra diritti fondamentali e libertà economiche. Queste, infatti, alla luce del testo della Carta potrebbero anche essere agevolmente ricostruite in termini di diritti fondamentali[140]. A ciò si aggiunga l'ulteriore rilievo che, con le modifiche attuate dal Trattato di Lisbona, la tutela dei diritti fondamentali si impone alla stregua degli altri obiettivi del Trattato e, pertanto, ovviamente nel contesto delle competenze attribuite, tende ad imporsi come un obiettivo da perseguire *ex se* e non come una mera deroga ad una libertà del mercato interno.

Peraltro, le novità portate da Lisbona non si fermano qui: basti porre

[139] Qualora il bilanciamento sia frutto dell'attività legislativa, infatti, permane in capo al giudice dell'Unione un margine di valutazione sia delle finalità di interesse generale in principio sottese alle misure in discorso, sia della loro idoneità per il perseguimento degli obiettivi indicati e dunque del sacrificio imposto alle libertà fondamentali. Spetta sempre al giudice dell'Unione svolgere lo scrutinio con riferimento alla idoneità e proporzionalità delle misure nazionali adottate dagli Stati membri in sede di attuazione delle misure comunitarie in questione. Vedi per entrambi gli aspetti la sentenza del Tribunale del 17 febbraio 2011, *FIFA c. Commissione*, *cit.*, par. 125 ss.

[140] In tal senso si può leggere, ad esempio, l'art. 16 della Carta dei diritti fondamentali, dedicato alla "libertà d'impresa". Per una ricostruzione delle libertà economiche in termini di diritti fondamentali, v. V. SKOURIS, *Fundamental Rights and Fundamental Freedoms,* cit., *passim*.

mente al nuovo art. 3, par. 3, TUE, nel quale (e qui l'eco della sentenza *Laval* è facilmente percettibile) l'obiettivo di instaurazione del mercato interno si accompagna al perseguimento di obiettivi "intrinseci", riferiti all'economia sociale di mercato che miri alla piena occupazione ed al progresso sociale, nonché all'elevato livello di tutela dell'ambiente. Inoltre, l'art. 9 TFUE pone un vincolo di tipo "orizzontale", richiedendo all'Unione di tener conto, nella definizione e nell'attuazione di tutte le sue politiche ed azioni, delle esigenze connesse ai diritti sociali ed alla salvaguardia della salute (e lo stesso avviene, in base all'art. 11 TFUE, con riferimento alla tutela dell'ambiente). Non era difficile, dunque, attendersi una valorizzazione di questi nuovi riferimenti subito dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona: ed infatti nelle citate Conclusioni dell'Avvocato generale Cruz Villalón rese nella causa C-515/08, *Palhota e a.*, del 5 maggio 2010, con riferimento alla tutela delle condizioni di lavoro, è affermato che «qualora le condizioni di lavoro si presentino come motivi imperativi d'interesse generale che giustificano una deroga alla libera prestazione dei servizi, esse non devono più essere interpretate restrittivamente. Nella misura in cui la protezione del lavoratore diventa un fattore meritevole di essere tutelato direttamente dai Trattati [v. art. 9 TFUE e 3, n. 3, TUE], non ci troviamo più dinanzi ad una mera deroga ad una libertà, né, tantomeno, dinanzi ad una deroga non scritta e ricavata dalla giurisprudenza»[141]. In definitiva, nelle sue conclusioni, l'Avvocato generale (non seguito sino in fondo dalla Corte che, invece, sembra aver preferito un atteggiamento più prudente)[142], sposa in pieno l'approccio *Schmidberger*, che si traduce nella ponderazione, fondata sul principio di proporzionalità, di valori in principio equivalenti per lo stesso ordinamento dell'Unione. Da quanto affermato discende che la composizione di un eventuale conflitto e la conseguente compressione delle libertà a vantaggio dei diritti (e viceversa) non potrà che muovere

[141] Conclusioni dell'Avvocato generale Villalón nella causa *Palhota e a.,* cit., punto 53.

[142] Corte di giustizia, sentenza del 7 ottobre 2010, causa C-515/08, *Palhota e a.,* non ancora pubblicata in *Raccolta.* Sebbene la Corte pervenga alle medesime conclusioni suggerite dall'Avvocato generale, non passa inosservata l'assenza di un riferimento espresso alla Carta dei diritti fondamentali nonché la ricostruzione della tutela dei lavoratori come una esigenza imperativa di carattere generale idonea a giustificare una restrizione alla prestazione di servizi (cfr. punti 47-49). Probabilmente, nella specie, contrariamente alla sentenza di poco precedente resa nel caso *Commissione c. Repubblica federale di Germania* (causa C-271/08), cit., in cui, come *supra* rilevato, la Corte si è spinta sino al riconoscimento della idoneità di una fonte secondaria, qualora esplicazione di un diritto fondamentale riscontrabile nel Trattato, a derogare ad una libertà fondamentale, è prevalso un atteggiamento di maggiore cautela rinviando a future pronunce una più chiara definizione del rapporto tra diritti e libertà fondamentali alla luce di Lisbona.

dall'analisi della idoneità[143], della necessità[144] e dell'adeguatezza al perseguimento dello scopo specifico.

Tale ricostruzione, come d'altronde rilevato dall'Avvocato generale Trstenjak nelle citate Conclusioni del 14 aprile 2010 nella causa C-271/08 *Commissione europea c. Repubblica federale di Germania*, si mostra compatibile con l'art. 52, n. 1, della Carta dei diritti fondamentali, ai sensi del quale tutte le limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà e, in applicazione del principio di proporzionalità, devono configurarsi come necessarie ed effettivamente rispondenti alle finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione[145].

Ora, tirando le fila del discorso, è possibile concludere affermando che il bilanciamento tra diritti e libertà economiche non può essere codificato in una regola o in un paradigma definito, richiedendo piuttosto un'analisi da svolgersi caso per caso. Ciò detto, con riferimento agli atti normativi adottati in assenza della valutazione dell'impatto sui diritti fondamentali sopra illustrata, è possibile immaginare che l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona ed il riconoscimento della Carta dei diritti fondamentali quale parametro diretto di legittimità e di interpretazione delle fonti secondarie (ovviamente anche di quelle adottate prima della sua entrata in vigore come fonte vincolante nell'ordinamento dell'Unione ovvero della sua stessa proclamazione), apra uno scenario in cui il ruolo fondamentale sarà svolto dai giudici nazionali, eventualmente attraverso lo strumento del rinvio pregiudiziale, non solo di interpretazione ma anche di validità, chiamati ad effettuare, in concreto, quel bilanciamento al quale si è ampiamente fatto riferimento.

Resta, tuttavia, da chiedersi se il giudice nazionale, che, in alcune recenti pronunce[146], ha dimostrato di tenere in considerazione la Carta di Nizza, probabilmente anche oltre l'effettiva rilevanza per la decisione delle questioni concrete sottoposte al suo vaglio ed al di là dei confini

[143] Una misura restrittiva di una libertà è da ritenersi idonea al raggiungimento dello scopo qualora risponda «realmente» all'intento di raggiungerlo in modo «coerente e sistematico». Cfr. Corte di giustizia, sentenza del 17 novembre 2009, causa C-169/08, *Presidente del Consiglio c. Regione Sardegna,* in *Raccolta*, I-10821, punto 42.

[144] Nella sentenza dell'11 luglio 1989, causa 265/87, *Schräder,* in *Raccolta,* 2237, punto 21, la Corte sostiene che la misura potrà essere ritenuta necessaria qualora, tra una pluralità di misure idonee al perseguimento dello scopo, «sia quella che impone l'onere minore per l'interesse o il bene giuridico colpito».

[145]Conclusioni dell'Avvocato generale Trstenjak del 14 aprile 2010 nella causa C-271/08, *Commissione europea c. Repubblica federale de Germania*, cit., punto 189.

[146] Si segnala, ad esempio, Cass. civ., sentenza del 2 febbraio 2010, n. 2352.

dell'ordinamento dell'Unione[147], sia sufficientemente pronto per il compimento di tale delicata operazione[148].

[147] Alcuni "paletti" relativamente alla delimitazione della sfera di competenza dell'ordinamento dell'Unione si rinvengono già nella sentenza del 29 maggio 1997, causa C-299/95, *Kremzow,* in *Raccolta,* I-2629, e si ritrovano nella giurisprudenza più recente: cfr. ordinanze 6 ottobre 2005, causa C-328/04, *Vajnai*, in *Raccolta*, I-8577; 3 ottobre 2008, causa C-287/08, *Savia*, ivi, I-1326; 26 marzo 2009, causa C-535/08, *Pignataro*, cit. Sul punto v. J.P. JACQUÉ, *Vers une nouvelle étape dans la protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne*, cit., p. 349.

[148] Oltre alle decisioni citate *supra*, nota 40, ulteriori dubbi suscita T.A.R. Lazio, Sez. II *bis*, sentenza del 18 maggio 2010, n. 11984, in *www.giustizia-amministrativa.it*, in cui si rinviene un riferimento confuso ed impreciso alla Carta dei diritti fondamentali ed alla sua rilevanza per l'ordinamento dell'Unione europea.

DIRITTI FONDAMENTALI E DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO DELL'UNIONE EUROPEA

Stefania BARIATTI*

SOMMARIO: 1. Il rispetto dei diritti umani come parametro di costituzionalità delle norme di diritto internazionale privato e processuale nazionali. – 2. Il bilanciamento tra diritti fondamentali e libertà fondamentali nell'ordinamento dell'Unione alla luce della recente giurisprudenza della Corte di giustizia. – 3. I principi affermatisi nel diritto internazionale privato e processuale dell'Unione. – 4.1. I limiti posti dai diritti fondamentali al legislatore dell'Unione nell'adozione delle norme di conflitto. – 4.2. I limiti all'applicazione delle norme di conflitto dell'Unione europea da parte dei giudici di Stati membri. – 5. I limiti posti dai diritti fondamentali al legislatore dell'Unione nella scelta dei criteri di giurisdizione. – 6. Diritti fondamentali e riconoscimento delle sentenze.

1. Il rispetto dei diritti umani come parametro di costituzionalità delle norme di diritto internazionale privato e processuale nazionali

Il tema del rispetto dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario e oggi dell'Unione europea è stato oggetto di numerosi e approfonditi studi, sia in una prima fase con riferimento ai diritti garantiti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, alla quale partecipano tutti gli Stati membri, sia più recentemente con l'adozione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione[1]. Meno indagato appare invece il tema del

* Ordinario di diritto internazionale, Università degli Studi di Milano.

[1] Seguiremo l'impostazione tradizionale secondo la quale si distinguono i diritti fondamentali, garantiti negli ordinamenti interni da norme prevalentemente costituzionali e nell'ordinamento dell'Unione dalla Carta dei diritti fondamentali, dai diritti umani, che sono garantiti da norme di origine internazionale: cfr. KINSCH, *Droits de l'homme, droits fondamentaux et droit international privé*, in *Recueil des Cours*, 2005, t. 318, p. 23. Nella

rispetto dei diritti fondamentali negli atti di diritto derivato che introducono norme di diritto internazionale privato, sebbene norme sui conflitti di leggi e di giurisdizione siano presenti in convenzioni tra gli Stati membri e in strumenti comunitari da tempo.

A più di dieci anni dall'attribuzione di competenza all'Unione nel settore del diritto internazionale privato e processuale e dato il numero ormai rilevante di atti adottati sulla base dell'art. 81 TFUE (già 65 TCE), l'inquadramento del loro contenuto e delle *policies* sottostanti con riferimento ai diritti fondamentali pare dunque non solo quanto mai opportuno, anche in considerazione dell'adozione di vari atti su aspetti rientranti in una materia sensibile sotto questo profilo come quella familiare, ma ormai necessario e non più procrastinabile, come dimostrano i più recenti casi che sono stati sottoposti alla Corte di giustizia. In particolare, è necessario valutare non solo se le norme di diritto internazionale privato e processuale dell'Unione rispettano i diritti fondamentali quali consacrati nella Carta e i diritti umani tutelati dalla Convenzione europea del 1950, ma anche se e in che misura cinquant'anni di integrazione nell'ambito della Comunità e ora dell'Unione e il funzionamento di alcuni meccanismi a esse propri permettono di ritenere senz'altro congrua la tutela di alcuni diritti e di superare alcune preoccupazioni, sulle quali la dottrina si è interrogata soprattutto in tempi recenti[2].

decisione relativa all'elaborazione di una Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, il Consiglio europeo indicava che la Carta avrebbe dovuto contenere i diritti di libertà e uguaglianza, nonché i diritti processuali fondamentali garantiti dalla Convenzione europea sui diritti dell'uomo e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri in quanto principi generali di diritto comunitario, oltre ai diritti fondamentali riservati ai cittadini dell'Unione e ai diritti economici e sociali (all. IV alle conclusioni del Consiglio europeo di Colonia del giugno 1999). Non c'è quindi piena coincidenza tra i diritti fondamentali garantiti dalla carte dell'Unione e i diritti umani tutelati dalla Convenzione europea, in particolare, per quanto qui rileva, con riferimento all'equo processo. Cfr. tra le molte la sentenza 27 giugno 2006, in causa *Parlamento c. Consiglio*, e la sentenza 5 ottobre 2010, causa C-400/10 PPU, *McB*. La bibliografia sulla Carte dei diritti fondamentali e sulla Convenzione europea è sterminata. Rinviamo pertanto alla manualistica e alle opere indicate in VILLANI, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*, 2° ed., Bari, 2010, p. 397 ss.d

[2] Si vedano per tutti, anche per gli opportuni riferimenti ulteriori CARELLA (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto internazionale privato*, Torino, 2009; CUNIBERTI, RUEDA, *Abolition of Exequatur. Addressing the Commission's Concerns*, http://ssrn.com/abstract=1691001, di prossima pubblicazione in *RabelsZ*, 2011; FAWCETT, *The Impact of Article 6(1) of the ECHR on Private International Law, Int. Comp. Law Quarterly*, 2007, p. 1 ss.; KINSCH, *Droits de l'homme* cit.; MARCHADIER, *Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 2007; MATSCHER, *Le droit international privé face à la convention européenne des droits de l'homme, Trav. Comité français*, 1995-1996, 1996-1997, 1997-1998, p. 217 ss.; SALERNO, *Il diritto processuale civile inter-*

In via preliminare pare utile ricordare i principi e le soluzioni che sono stati sviluppati in relazione all'analogo tema del rispetto dei diritti fondamentali da parte delle norme di conflitto nazionali, che ha occupato la dottrina e la prassi soprattutto italiane e tedesche in anni risalenti. Da questi principi e soluzioni, per identità sostanziale di metodo e impostazione, pare potersi trarre interessanti spunti e linee di tendenza.

In primo luogo ci si è interrogati sulla neutralità della norma di conflitto e dei criteri di collegamento in essa utilizzati rispetto al principio di uguaglianza. Negli anni 80, in Italia e Germania, la risposta è stata negativa, nel senso che scelta di un criterio di collegamento discriminatorio in sé, indipendentemente dal contenuto del diritto sostanziale richiamato, è stata ritenuta discriminatoria e dunque incostituzionale: basti ricordare la bocciatura da parte della Corte Costituzionale italiana del criterio della nazionalità del padre o del marito nelle disposizioni preliminari al codice civile a scapito della legge della madre o della moglie per quanto riguarda la legge applicabile ai rapporti tra genitori e figli e ai rapporti tra coniugi[3]. In questa discussione la dimensione materiale della soluzione del caso concreto era del tutto assente o comunque irrilevante, mentre l'attenzione era focalizzata sulla prevalenza aprioristica della legge nazionale di un soggetto su quella di un'altra parte al rapporto in violazione del principio di parità tra i sessi.

Successivamente la dimensione materiale si è imposta all'attenzione in situazioni del tutto particolari, a tutela di una delle parti a un rapporto giuridico, in cui la discriminazione insita nella scelta della cittadinanza di una soltanto delle parti è stata tollerata e anzi voluta esplicitamente in assenza di qualsiasi discriminazione fondata sul sesso e in ossequio a principi e valori affermati anche a livello internazionale. Così in materia di filiazione, ove la tutela sostanziale della filiazione viene perseguita con ogni mezzo anche in considerazione dell'interesse superiore del mi-

nazionale comunitario e le garanzie processuali fondamentali, in *Diritto internazionale privato e diritto comunitario* a cura di PICONE, Padova, 2004, p. 95 ss.; SCHLOSSER, *Jurisdiction in International Litigation – The Issue of Human Rights in Relation to National Law and to the Brussels Convention, Riv. dir. int*., 1991, p. 5 ss.; VAN DEN EECKHOUT, *The Promotion of Fundamental Rights by the Union as a contribution to the European legal space: the Role of European Private International Law*, *http://ssrn.com/abstract=1259363*, e *Competing Norms and European Private International Law*, *http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1259334* (ora anche in in De Schutter, Moreno Lax (ed.), *Human rights in the web of governance: Towards a learning-based fundamental rights policy for the European Union*, Brussels, 2010.

[3] Cfr. Corte Cost. n. 71/1987 (art. 18 disp. prel. cod. civ. in relazione ai rapporti personali tra coniugi); Corte Cost. n. 477/1987 (art. 20 disp. prel. cod. civ. con riferimento alla filiazione); Corte Cost. n. 254/2006 (art. 19, primo comma disp. prel. cod. civ. in relazione ai rapporti patrimoniali tra coniugi).

nore imposta dalla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo del 1989. L'intento di proteggere la parte debole ad alcuni rapporti (assicurazione, lavoro, consumo) ha invece condotto a designare la legge ad essa più vicina e quindi presumibilmente più nota, indipendentemente dal contenuto del diritto richiamato, e a disporre fori asimmetrici per le relative controversie, offrendo alla parte debole la scelta tra un numero maggiore di fori rispetto alla controparte.

Altri principi sono stati affermati, come l'autonomia della volontà nella scelta del diritto applicabile al contratto quale espressione della libertà dell'individuo[4], e si è sviluppata negli anni una giurisprudenza particolarmente attenta al rispetto di alcuni principi o diritti che oggi definiamo di ordine pubblico processuale, volti a garantire la parità delle armi nel processo civile anche al momento del riconoscimento di sentenze straniere, che trovano ampia eco nelle normative nazionali. Non solo, quindi, la sentenza straniera viene respinta quando il contenuto sostanziale produce effetti contrari all'ordine pubblico del foro, ma anche quando il procedimento che l'ha prodotta ha violato le regole sull'equo processo o *due process*, il cui rispetto viene valutato attraverso il confronto del diritto di accesso alla giustizia per l'attore e del diritto di difesa del convenuto.

Inoltre, anche la valutazione del rispetto dell'ordine pubblico del foro da parte della norma straniera richiamata si è lentamente aperta a considerare il rispetto dei diritti umani fondamentali nell'ordinamento straniero richiamato, portando con sé un tentativo di differenziare la portata autonoma dei secondi rispetto al primo.

2. Il bilanciamento tra diritti fondamentali e libertà fondamentali nell'ordinamento dell'Unione alla luce della recente giurisprudenza della Corte di giustizia

Per quanto riguarda il diritto internazionale privato e processuale dell'Unione, invece, già in relazione alla Convenzione di Bruxelles del 1968 e alla successiva Convenzione di Roma del 1980 ci si era soffermati su aspetti specifici, per quanto di portata generale nel quadro dell'allora Comunità economica europea, come ad esempio la compatibilità con le libertà fondamentali di norme che utilizzino la cittadinanza quale criterio di giurisdizione o di collegamento. L'attenzione si era pe-

[4] Si veda la Risoluzione dell'Institut de droit international alla sessione di Basilea (31 agosto 1991) dal titolo « L'autonomie de la volonté des parties dans les contrats internationaux entre personnes privées ».

raltro concentrata sul profilo del rispetto del principio di non discriminazione, sancito dal Trattato di Roma e interpretato in innumerevoli occasioni dalla Corte di giustizia nel corso degli anni. Peraltro, la Convenzione di Bruxelles aveva offerto numerose occasioni alla Corte per affermare l'esigenza del rispetto del diritto di difesa nella sua applicazione, nel solco della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Più recentemente, si è anche affrontata la questione dell'esistenza di principi fondamentali del diritto dell'Unione ai quali il diritto internazionale privato della stessa organizzazione non pare potersi sottrarre e del bilanciamento tra tali principi e gli interessi propri del diritto internazionale privato[5]. Si tratta di valutazioni ancora del tutto preliminari, che saranno oggetto di approfondimento da parte della dottrina sulla base della prassi della Corte di giustizia, nel tentativo di ricostruire i principi da sentenze frammentarie che risolvono casi concreti e ben definiti, pur con qualche incertezza[6].

Al fine della presente analisi un problema di carattere preliminare concerne la distinzione tra diritti fondamentali, oggi consacrati nella Carta, e libertà fondamentali, nonché l'individuazione dei principi che devono guidare la scelta tra le esigenze degli uni e delle altre nel caso in cui vengano a contrapporsi. La Corte di giustizia ha chiaramente delineato tale distinzione in un caso in cui si discuteva della legittimità del comportamento di uno Stato membro che non aveva vietato alcune mani-

[5] Si rinvia al nostro *Prime considerazioni sugli effetti dei principi generali e delle norme materiali del trattato CE sul diritto internazionale privato comunitario*, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2003, p. 671 ss. Si segnala che i *considerando* 40, secondo comma, del Regolamento Roma I, e 35 del Regolamento Roma II sembrano sancire la prevalenza delle libertà fondamentali sulle norme di conflitto dell'Unione ove dichiarano che "[i]l presente regolamento non dovrebbe pregiudicare l'applicazione di altri strumenti contenenti disposizioni intese a contribuire al corretto funzionamento del mercato interno nella misura in cui esse non possono essere applicate in collegamento con la legge designata in base al presente regolamento. L'applicazione delle disposizioni sulla legge applicabile designata in base al presente regolamento non dovrebbe restringere la libera circolazione delle merci e dei servizi disciplinata da strumenti comunitari" quali la Direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico.

[6] Ad esempio, accanto a norme chiare che pongono la libertà di circolazione tra i diritti fondamentali (art. 15 della Carta dei diritti fondamentali), dalla giurisprudenza della Corte di giustizia sembra evincersi che il mancato rispetto delle norme sulla concorrenza è idoneo a impedire il riconoscimento di un lodo arbitrale in quanto emesso in violazione di norme di ordine pubblico comunitario, mentre il mancato rispetto delle norme sulla libera circolazione non è stato ritenuto motivo di rifiuto del riconoscimento della sentenza pronunciata in un altro Stato membro: cfr. sentenze 1° giugno 1999, causa C-126/97, *Eco Swiss*, e 11 maggio 2000, causa C-38/98, *Renault*. Evidentemente l'estraneità del sistema di soluzione delle controversie nel quale il lodo è stato emanato rispetto agli ordinamenti degli Stati membri non è irrilevante a questo fine e impone un controllo più approfondito, non operando il principio di fiducia reciproca.

festazioni che avevano impedito la libera circolazione e il transito delle merci nel suo territorio. A propria difesa lo Stato invocava l'esigenza superiore di garantire il rispetto dei diritti fondamentali dei manifestanti in materia di libertà di espressione e di riunione, enunciati e tutelati dalla costituzione nazionale e dalla CEDU. Secondo la Corte, sebbene gli articoli 30 e 34 TCE impongano 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'art. 5 del Trattato, di adottare qualsiasi provvedimento necessario e adeguato per garantire sul loro territorio il rispetto di detta libertà fondamentale" (§ 59), "nella Comunità non possono essere consentite misure incompatibili con il rispetto dei diritti dell'uomo in tal modo riconosciuti". Dato che "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 comunitario, ancorché derivanti da una libertà fondamentale garantita dal Trattato, quale la libera circolazione delle merci" (§§ 73-74).[7] In un caso più recente, invece, la Corte ha fatto prevalere il diritto di stabilimento e la libera prestazione dei servizi sul diritto fondamentale di negoziazione collettiva[8].

In effetti, considerato che non esiste una gerarchia tra diritti fondamentali e libertà fondamentali e che anche i diritti fondamentali possono essere oggetto di limitazioni giustificate da obiettivi di interesse generale, si impone un bilanciamento attento tra i vari interessi in gioco per raggiungere un giusto equilibrio tra di essi. Si tratta dunque di una valutazione da effettuare caso per caso, considerando attentamente il diritto fondamentale invocato e la libertà in gioco[9].

In questo quadro generale ancora non completamente definito si cercherà di svolgere qualche riflessione, necessariamente limitata, e piuttosto di individuare i problemi sui quali pare opportuna una discussione approfondita. Si considereranno le norme sui conflitti di leggi, sulla giurisdizione e sul riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze, con le do-

[7] Sentenza 12 giugno 2003, causa C-112/00, *Schmidberger c. Austria*. La Corte ha indicato gli elementi che distinguevano il caso di specie dal precedente del 9 dicembre 1997, causa C-265/95, *Commissione c. Francia*, in cui invece il comportamento dello Stato membro era stato ritenuto contrario alla libertà di circolazione poiché le manifestazioni miravano proprio a impedire l'ingresso e la commercializzazione in Francia delle merci di altro Stato membro.

[8] Sentenza 15 luglio 2010, causa C-271/08, *Commissione c. Repubblica federale di Germania*, § 38 ss.

[9] Si vedano le conclusioni dell'avv. gen. Trstenjak, che ha sottolineato l'importanza del principio di proporzionalità ai fine di tale valutazione (§§ 187-192).

vute precauzioni ove necessarie, ricordando in primo luogo che la Carta dei diritti fondamentali ne impone il rispetto sia al legislatore dell'Unione, quando pone le norme, sia agli Stati membri nell'applicazione del diritto europeo, e quindi anche nell'applicazione dei regolamenti fondati ora sull'art. 81 TFUE, e in precedenza sull'art. 65 TCE. Come ha recentemente affermato la Corte di giustizia in relazione all'interpretazione del Regolamento Bruxelles II-bis e della Convenzione dell'Aja del 1980, "nell'ambito della presente controversia, occorre tener conto della Carta ai meri fini dell'interpretazione del Regolamento n. 2201/2003, senza procedere ad una valutazione del diritto nazionale in quanto tale. Più in particolare, si tratta di verificare se le disposizioni della Carta ostino all'interpretazione di detto Regolamento esposta supra al punto 44, tenuto conto segnatamente del rinvio al diritto nazionale che tale interpretazione implica"[10].

In secondo luogo, si ricorda che al pari delle costituzioni nazionali la Carta garantisce il godimento di alcuni diritti fondamentali anche ai cittadini di Stati terzi (art. 15, par. 1, art. 34, par. 2). Si tratta di una considerazione importante sia alla luce dell'efficacia universale delle norme sui conflitti di leggi contenute nei regolamenti finora adottati, sia per l'adozione di criteri di giurisdizione "aperti", indipendenti dalla cittadinanza dell'attore, e più recentemente di criteri destinati ad applicarsi an-

[10] Sentenza *McB* citata, § 52 ss., con interessanti osservazioni sui rapporti tra i diritti garantiti dalla Carta e quelli tutelati dalla CEDU. In particolare, in relazione al diritto del padre naturale di ottenere l'affidamento del figlio, la Corte di giustizia ha ricordato che "[l]a Corte europea dei diritti dell'uomo ha già esaminato una controversia analoga, nei fatti, a quella oggetto della causa principale – il figlio minore di una coppia non sposata era stato condotto in un altro Stato membro dalla madre, che sola aveva su di lui potestà genitoriale – ed ha statuito, in sostanza, che una normativa nazionale che accorda di pieno diritto la potestà genitoriale su un minore unicamente alla madre non è contraria all'art. 8 della CEDU, interpretato alla luce della Convenzione dell'Aia del 1980, purché permetta al padre del bambino, non investito della potestà genitoriale, di chiedere al giudice nazionale competente la modifica dell'attribuzione di tale autorità. … La Corte europea dei diritti dell'uomo ha statuito anche che una normativa nazionale che non accorda al padre naturale alcuna possibilità di ottenere l'affidamento del figlio se la madre non acconsente costituisce una discriminazione ingiustificata ai danni del padre e viola, pertanto, l'art. 14 della CEDU, in combinato disposto con l'art. 8 della medesima convenzione. … Per contro, il fatto che il padre naturale non sia, a differenza della madre, automaticamente titolare di un diritto di affidamento del minore ai sensi dell'art. 2 del Regolamento n. 2201/2003 non pregiudica il contenuto essenziale del suo diritto alla vita privata e familiare, purché sia assicurato il diritto enunciato al punto 55 della presente sentenza". La Corte di giustizia, peraltro, ha anche affermato che il trasferimento del minore da parte della madre verso un altro Stato membro "rappresenta … l'esercizio lecito, da parte della madre affidataria del minore, del suo diritto alla libera circolazione, sancito agli artt. 20, n. 2, lett. a), TFUE e 21, n. 1, TFUE, e del suo diritto di decidere il luogo di residenza del minore".

che nei confronti di soggetti domiciliati all'esterno dell'Unione, che dovranno essere valutati anche con riferimento ai diritti umani tutelati dalle convenzioni internazionali.

3. I principi affermatisi nel diritto internazionale privato e processuale dell'Unione

In via preliminare pare utile valutare se l'acquisizione di competenza nel settore del diritto internazionale privato e processuale da parte dell'Unione abbia aperto nuove prospettive e se il legislatore europeo abbia proposto nuovi metodi o soluzioni rispetto al passato che mutino i trinci che si sono via via sviluppati con riferimento alle norme nazionali. Se si guarda agli atti finora adottati sembra che si possano fare le seguenti considerazioni generali.

Innanzitutto, i metodi e le soluzioni contenuti negli strumenti europei adottati sulla base dell'art. 65 TCE e ora dell'art. 81 TFUE erano già stati utilizzati in precedenza, in particolare nelle Convenzioni di Bruxelles e di Roma, nonché nelle altre convenzioni in vigore o comunque firmate dagli Stati membri. Gli strumenti europei risentono quindi non solo del fatto che il loro contenuto era già pronto e disponibile, ma anche dell'origine internazionale e della natura intergovernativa, che ne sanciva l'attitudine a produrre effetti vincolanti e uniformi in tutti gli Stati membri e a inserirsi in un quadro più generale di rapporti con Stati terzi rispetto all'organizzazione. Come noto, questa esigenza di uniformità si è realizzata sul piano interno attraverso lo strumento regolamentare, che impedisce in principio l'esercizio di qualsiasi discrezionalità da parte del legislatore nazionale. Sotto questo profilo non pare dunque che il legislatore dell'Unione abbia fatto passi particolari. Certo, in alcuni Stati membri talune scelte potranno apparire innovative, ma in linea generale i metodi utilizzati paiono alquanto consolidati e tradizionali.

Piuttosto, ci si può chiedere se quanto gli Stati hanno realizzato attraverso convenzioni internazionali è diverso strutturalmente e sul piano dei contenuti rispetto a quanto possono realizzare attraverso gli atti dell'Unione. La risposta pare negativa per un verso, affermativa per un altro: se le recenti norme adottate parallelamente nel quadro della Conferenza dell'Aja e in ambito europeo in materia di obblighi alimentari sembrano indicare che il contenuto normativo e lo strumento possano apparire intercambiabili, tuttavia l'integrazione nell'Unione pare più intensa e di effetto ben più immediato, non essendo dipendente dalla ratifica dello strumento convenzionale e soprattutto potendo usufruire

dell'attività interpretativa della Corte di giustizia quale fattore di controllo dell'uniformità di applicazione. Certo, l'attuazione della prima cooperazione rafforzata proprio in questo settore, con il Regolamento n. 1259/2010 del 20 dicembre 2010 relativo alla legge applicabile al divorzio e alla separazione personale[11], e la sostanziale differenziazione derivante dalla limitata partecipazione al Protocollo dell'Aja sulla legge applicabile alle obbligazioni alimentari del 2007 ai fini dell'applicazione del Regolamento n. 4/2009 potrebbero avere effetti negativi ancora non prevedibili sull'uniformità del sistema, ben al di là dell'evidente frammentazione della disciplina di tali materie sotto il profilo degli Stati ad essa vincolati.

Del resto, ed è questa la seconda considerazione, la natura comunitaria della Convenzione di Bruxelles l'ha ancorata saldamente fin da subito al diritto comunitario e ai principi fondamentali espressi nei Trattati, nonché allo sviluppo del rispetto dei diritti umani nell'ambito dell'ordinamento comunitario. Nella Convenzione, invero, alcune disposizioni trovano la loro ragione proprio nell'esigenza di rispettare tali principi, come la sostanziale esclusione del ruolo della cittadinanza come criterio di giurisdizione, che è stata utilizzata solo in alcuni casi limitati per alcune controversie nei più recenti strumenti. Nella prassi applicativa della Convenzione si è poi già ricordata la considerazione e il rispetto di principi o norme, che oggi definiamo di ordine pubblico comunitario, e l'affermarsi del mutuo riconoscimento come principio fondamentale anche della cooperazione giudiziaria in materia civile, oggi utilizzato ampiamente nei vari atti fondati sull'art. 81 TFUE.

In terzo luogo, le medesime considerazioni valgono sostanzialmente per la Convenzione di Roma, che era collegata all'ordinamento comunitario attraverso la Convenzione di Bruxelles. E che ci sia un travaso di concetti e principi dall'una all'altra è dimostrato dall'evoluzione delle regole in esse contenute: se – ad esempio – l'attitudine protettiva verso i contraenti delle assicurazioni e i consumatori è passata dalla Convenzione di Bruxelles alla Convenzione di Roma, quella verso i lavoratori si è mossa nell'opposta direzione. Tra queste convenzioni e il diritto comunitario vi è poi stato negli anni uno scambio di spunti normativi e giurisprudenziali e un'influenza reciproca, che si è resa evidente con l'adozione dei regolamenti sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali ed extracontrattuali. Basti pensare all'elaborazione giurisprudenziale che ha dato origine alla Direttiva n. 96/71 sul distacco dei lavoratori e alla sua considerazione nel Regolamento Roma I o all'inserimento delle

[11] *G.U.U.E*, L 343 del 29 dicembre 2010.

norme di conflitto contenute nelle direttive in materia di assicurazione nel medesimo Regolamento. Tutti questi strumenti, invero, tengono in debito conto i principi fondamentali che si sono affermati come principi o norme di ordine pubblico comunitario[12], soprattutto a tutela di una parte del contratto in alcuni settori, sebbene la Corte nel motivare le proprie decisioni non abbia sempre individuato con chiarezza le categorie e gli istituti internazionalprivatistici di riferimento.

È evidente che l'adozione di norme comuni e uniformi sulla legge applicabile in vari settori – dalle obbligazioni contrattuali ed extracontrattuali alle obbligazioni alimentari e ora al divorzio e alla separazione – ha accelerato l'affermazione del principio del mutuo riconoscimento, permettendo l'eliminazione delle procedure intermedie per l'esecuzione delle sentenze tra gli Stati membri quale manifestazione della fiducia reciproca[13]. Il Regolamento n. 4/2009 in materia di obblighi alimentari, con la previsione dell'esecuzione automatica quando la decisione provenga da uno Stato che partecipi al protocollo dell'Aja del 2007, ne è l'espressione più evidente. Dimostrazione *a contrario* si desume dall'art. 37, par. 3 lett. *a*) della proposta di regolamento destinato a modificare il Regolamento Bruxelles I, che esclude l'esecuzione automatica per le sentenze relative a obbligazioni extracontrattuali derivanti da violazioni della vita privata e dei diritti della personalità: come si legge nella relazione della Commissione che accompagna la proposta, le divergenze nelle legislazioni nazionali e l'assenza di norme di conflitto armonizzate nel Regolamento Roma II – che esclude queste controversie dal proprio ambito di applicazione – "rendono prematuro presumere l'esistenza del livello di fiducia necessario tra gli ordinamenti giuridici per andare oltre lo status quo in tale materia. È pertanto preferibile mantenere temporaneamente la procedura di *exequatur* per le decisioni nei casi di diffamazione, in attesa di maggior chiarezza sulle norme sostanziali e/o sulle norme di conflitto in questo settore".

L'eliminazione delle procedure intermedie, che può suscitare perplessità nel quadro della presente analisi per la compressione dei diritti

[12] Cfr. da ultimo la sentenza 6 ottobre 2009, in causa C-40/08 *Asturcom Telecomunicaciones*.

[13] Cfr. gli articoli 1, par 1(b), e 19 del Regolamento n. 1896/2006 sul decreto ingiuntivo europeo; il *considerando* 30 e gli articoli 1, par. 2, e 20 del Regolamento n. 861/2007 sulle controversie di modesta entità; i *considerando* 21 e 23 e gli articoli 21, par. 1 e 2, 23 e 42 del Regolamento n. 2201/2003 in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale; l'art. 17 del Regolamento n. 4/2009 in materia alimentare; l'art. 42 della proposta di regolamento in materia di successioni (COM (2009) 154); gli articoli 38, 45 e 46 della proposta di regolamento destinato a modificare il Regolamento n. 44/2001 (COM (2010) 748).

della difesa in sede di esecuzione della sentenza straniera, a ben vedere risponde pienamente alla visione del legislatore europeo nella creazione dello spazio giudiziario europeo, cioè uno spazio unico senza barriere, che è sempre meno comparabile a un insieme di Stati e tende invece a costituire un territorio unico nel quale la libera circolazione delle sentenze è la regola e i controlli l'eccezione. Così come all'interno di uno Stato il controllo della competenza e della regolarità della procedura viene effettuato dal giudice adito per il merito, eventualmente sotto il controllo di un giudice superiore, e solo in casi e ipotesi eccezionali dal giudice dell'esecuzione, lo stesso dovrebbe avvenire in linea di principio nello spazio giudiziario europeo. Inoltre, e al pari di quanto avviene per i provvedimenti autorizzativi all'esercizio di un'attività in applicazione del diritto materiale dell'Unione, così deve essere riconosciuta ed eseguita una sentenza pronunciata in un altro Stato membro nella presunzione dell'equivalenza delle regole procedurali ivi seguite (*due process*). E i motivi di rifiuto devono essere limitati al minimo soprattutto quando alcuni aspetti procedurali sono armonizzati, come avviene in materia di notifiche, o sono ispirati ai medesimi principi sull'esercizio del diritto della difesa. Di conseguenza, nello spazio giudiziario europeo, come all'interno degli ordinamenti nazionali, è davanti al giudice del merito che devono farsi valere i vizi del procedimento e qualsiasi altra eccezione o istanza, comprese quelle riguardanti le eventuali violazioni dei diritti fondamentali[14]. Ma ritorneremo più avanti su questi punti.

Inoltre, merita segnalare alcune recenti tendenze interpretative che valorizzano la volontà del soggetto nella scelta dell'ordinamento nel quale localizzare alcune fattispecie di carattere strettamente personale, in particolare il diritto all'identità personale e al nome – sulla scia della giurisprudenza della Corte relativa alla libertà dei soggetti nella scelta dell'ordinamento nel quale localizzare una società – che sembrano limitare grandemente i poteri degli Stati. Essi sembrano così favorire, seppure in modo particolare e in casi specifici, un'ampia tutela dei diritti fondamentali dei soggetti coinvolti, proprio in quanto corrispondente alla

[14] Cosi si esprime il *considerando* 8 del Regolamento n. 805/2004 sul titolo esecutivo europeo: "La decisione giudiziaria certificata titolo esecutivo europeo dal giudice d'origine dovrebbe essere trattata, ai fini dell'esecuzione, come se fosse stata pronunciata nello Stato membro dove si chiede l'esecuzione". Cfr. anche tra gli altri, i *considerando* 14 e 18 e gli articoli 20 e 21, par. 1(c), nonché le norme minime contenute agli articoli 12 ss. dello stesso regolamento; l'art. 22, par. 1 (c) del Regolamento n. 1896/2006 sul decreto ingiuntivo europeo; l'art. 18, par. 1 (c) del Regolamento n. 861/2007 sulle controversie di modesta entità; il *considerando* 22 e l'art. 25 del Regolamento n. 1346/2000 sulle procedura di insolvenza; l'art. 19 del Regolamento n. 4/2009 in materia di obblighi alimentari.

volontà del singolo, che può veder prevalere la propria scelta su principi anche fondamentali dello Stato, finanche dello Stato di cui è cittadino.

Da ultimo è opportuno sottolineare che l'esigenza di rispettare i diritti fondamentali nell'adozione degli atti fondati sull'art. 81 TFUE è ben presente al legislatore dell'Unione: tutti gli strumenti più recenti contengono dichiarazioni esplicite in questo senso, talvolta accompagnate dall'indicazione precisa del principio e dell'articolo della Carta dei diritti fondamentali che viene tenuto in considerazione e/o dell'interesse preminente alla cui realizzazione le norme tendono[15]. E come si è ricordato, nella sentenza *McB* la Corte di giustizia ha confermato che ai fini dell'interpretazione del Regolamento n. 2201/2003 occorre tener conto della Carta dei diritti fondamentali.

4.1. I limiti posti dai diritti fondamentali al legislatore dell'Unione nell'adozione delle norme di conflitto

Il legislatore dell'Unione, dunque, è tenuto a rispettare i diritti fondamentali garantiti dalla Carta anche nell'adozione degli atti fondati sull'art. 81 TFUE, che non si differenziano in ciò da qualsiasi altra norma dell'Unione. Per quanto concerne, in particolare, le norme di conflitto e la scelta dei metodi "di coordinamento tra ordinamenti"[16], si è osservato che le norme europee utilizzano vari metodi, sebbene non sempre ciò sia avvenuto per effetto di scelte consapevoli del quadro teorico generale che sta alla base di essi. Inoltre, tali metodi derivano sì dalla tradizione dei conflitti di leggi quali conosciute negli ordinamenti nazionali, ma tengono anche conto delle caratteristiche dell'ordinamento dell'Unione in cui le norme sono elaborate e al quale appartengono, anche se sono destinate ad essere applicate negli ordinamenti degli Stati membri. Sotto questo profilo, poi, l'assenza di norme materiali armonizzate

[15] Cfr. il *considerando* 11 del Regolamento n. 805/2004 sul titolo esecutivo europeo, che richiama l'art. 47 della Carta, e il *considerando* 10 dello stesso regolamento che subordina la soppressione dei controlli per l'esecuzione di un TEE nel caso di convenuto contumace all'esistenza di garanzie sufficienti del rispetto del diritti della difesa; il *considerando* 9 del Regolamento n. 861/2007 sulle controversie di modesta entità (rispetto del diritto a un giusto processo e del principio del contraddittorio); il *considerando* 27 della Direttiva 2008/52 sulla mediazione; il *considerando* 33 del Regolamento Bruxelles II-bis (rispetto dei diritti fondamentali del bambino quali riconosciuti all'art. 24 della Carta); il *considerando* 12 dello stesso regolamento (interesse superiore del minore); i *considerando* 24 e 34 della proposta di regolamento sulle successioni; il *considerando* 30 e l'art. 21 del Regolamento n. 1259/2010 sulla legge applicabile al divorzio e alla separazione personale.

[16] PICONE, *Diritto internazionale privato comunitario e pluralità dei metodi di coordinamento tra ordinamenti*, in *Diritto internazionale privato* cit., p. 485 ss.

sulle quali si inseriscano le norme di conflitto può talvolta costituire un problema e comportare divergenze sul godimento dei diritti e la loro qualificazione[17].

Quanto alla natura delle norme di conflitto contenute negli atti dell'Unione, come si è già avuto modo di osservare, si tratta di norme bilaterali, che garantiscono l'uguaglianza dei sistemi giuridici astrattamente applicabili, e universali, in quanto sono idonee a richiamare sia il diritto degli Stati membri che quello di Stati terzi, attraverso un unico criterio di collegamento[18]. Tale natura bilaterale e universale comporta inoltre che la *lex fori* non prevarrà sulla legge degli altri Stati membri, entrambe essendo poste sullo stesso piano anche per effetto del principio di non discriminazione. Ma neppure prevarrà sulla legge di Stati terzi, poiché non è possibile prevedere *a priori* se il criterio di collegamento indicherà in un caso specifico uno Stato membro o uno Stato terzo. La tutela dei diritti fondamentali e degli interessi dell'Unione dovrà quindi avvenire attraverso i consueti meccanismi internazionalprivatistici.

Venendo così all'analisi delle norme di conflitto europee sotto il profilo del rispetto dei diritti fondamentali nella determinazione dei criteri di collegamento, si può osservare che il legislatore ha seguito una strada molto tradizionale e non ha utilizzato, come suggerito da alcuni commentatori, il principio dello Stato di origine, di cui si è molto discusso soprattutto al momento dell'adozione della Direttiva sul commercio elettronico e poi della Direttiva Bolkenstein, nonché del Regolamento

[17] Un esempio è costituito nuovamente dal caso *McB*, sopra citato, in cui rilevava l'assenza di norme di conflitto uniformi e di norme materiali armonizzate sul diritto del padre naturale all'affidamento del figlio minore.

[18] L'equivalenza della norma di conflitto nei due casi comporta che la bilateralità nel caso del richiamo del diritto di uno Stato membro non possa discendere dal principio generale che vieta discriminazioni all'interno della Comunità. Deve comunque tenersi presente che si tratta di norme di conflitto create nell'ambito di un'organizzazione internazionale, che non rendono applicabile il diritto materiale dell'ordinamento che le ha predisposte – quello comunitario, che contiene norme materiali destinate a operare solo all'interno degli Stati membri e attraverso l'ordinamento di questi – bensì il diritto di questi ultimi o quello di Stati terzi, su base di parità. Cfr. il nostro *Violazione di norme antitrust e diritto internazionale privato: il giudice italiano e i cartelli*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2008, p. 349 ss., a p. 357; in adesione MUNARI, *L'entrata in vigore del regolamento "Roma II" e i suoi effetti sul* private antitrust enforcement, in *Nuovi strumenti del diritto internazionale privato*, *Liber Fausto Pocar*, a cura di Venturini e Bariatti, Milano, 2009, p. 757 ss. L'unica eccezione alla natura bilaterale delle norme di conflitto comunitarie pare costituita dalle situazioni nelle quali c'è unità tra giudice competente – situato ovviamente all'interno dell'Unione – e legge applicabile, come per esempio nel settore dell'insolvenza. Cfr. BENEDETTELLI, *Connecting factors, principles of coordination between conflict systems, criteria of applicability: three different notions for a «European Community private international law»*, in *DUE*, 2005, p. 433.

Roma II. Sarebbe stata certamente un'impostazione innovativa per il diritto internazionale privato europeo, ma il legislatore ha preferito appunto metodi e criteri ben noti e collaudati, dimostrando così che il metodo conflittuale non comporta di per sé ostacoli al funzionamento del mercato interno o al godimento dei diritti fondamentali.

Il legislatore dell'Unione ha infatti scelto criteri di collegamento tradizionali, ma talvolta in combinazioni diverse da quelle adottate dai legislatori nazionali. Ad esempio, nel Regolamento Roma I sono stati utilizzati, tra gli altri, la volontà delle parti (eventualmente limitata ad alcuni diritti predeterminati a tutela della parte debole del contratto), la residenza abituale di una parte, la situazione dell'immobile, la localizzazione di una vendita all'asta, lo svolgimento dell'attività lavorativa, ecc.; nel Regolamento Roma II, accanto alla volontà delle parti, il luogo del danno, la residenza della parte lesa, il mercato sul quale il comportamento illecito produce effetti, ecc.; nel Regolamento Roma III, nuovamente la volontà delle parti (limitandola alla scelta tra alcune leggi predeterminate), la residenza abituale dei coniugi, la cittadinanza comune, o in via residuale il foro adito.

Sembra quindi che per il legislatore dell'Unione i criteri di collegamento siano del tutto neutri e che di conseguenza li utilizzi come un legislatore nazionale o come il legislatore internazionale. Il legislatore dell'Unione, però, deve tenere in considerazione la necessità di rispettare non solo i diritti fondamentali, ma anche le libertà fondamentali, che costituiscono parametro di legittimità delle norme dell'Unione.

La Corte di giustizia non ha mai affrontato la questione della compatibilità con le libertà fondamentali dell'uno o dell'altro criterio di collegamento, neppure quando si trattava della cittadinanza, che pure non può essere utilizzata quale criterio di applicazione di alcuna norma nazionale in quanto discriminatoria[19]. In realtà la Corte ha evitato accuratamente di pronunciarsi sul punto sia nel caso *Garcia Avello* (dove ha

[19] Si tratta di un'accezione del principio di non discriminazione che ha una portata ben diversa da quello proprio delle tradizioni costituzionali e che è funzionale all'affermazione delle libertà comunitarie e si applica invero nelle situazioni soggette al diritto dell'Unione per le quali i trattati non prevedano obblighi specifici di non discriminazione: v. Corte di giustizia, sentenza 8 marzo 2001, in causa C-397/98 e C-410/98, *Metallgesellschaft*, § 38. Il divieto di discriminazioni fondate esclusivamente sulla cittadinanza esiste peraltro anche nella Convenzione europea sui diritti umani (Corte europea, 16 settembre 1996, *Gaygusuz c. Austria*, Rec., 1996-IV, p. 1142, § 42), ma ha qui una portata più ristretta rispetto al medesimo principio contenuto nella Carta dei diritti fondamentali, non solo poiché è meno specifico, ma soprattutto perché il divieto di discriminazioni nell'ambito dell'Unione non è applicabile ai cittadini di paesi terzi (Corte europea, 18 febbraio 1991, *Moustaquim c. Belgio*, Série A, n. 193, 20, § 49; 7 agosto 1996, *C. c. Belgio*, Rec. 1996-III, p. 925, § 38.

semplicemente preso atto che i minori belgi erano titolari di cognomi diversi a causa delle legislazioni cui erano soggetti per effetto della duplice cittadinanza posseduta), sia nel caso *Grunkin e Paul*, in cui il minore cittadino tedesco recava cognomi diversi nello Stato di residenza e in quello di cittadinanza quale conseguenza dell'applicazione di due criteri di collegamento diversi[20].

La Corte di giustizia non si è invece ancora trovata davanti alla necessità di valutare se un determinato criterio di collegamento sia contrario ai diritti fondamentali. Non pare però che gli strumenti finora adottati siano soggetti a critiche sotto questo profilo.

Innanzitutto si può osservare che il criterio della cittadinanza è del tutto residuale negli atti adottati finora, anche in materia familiare. Questa impostazione è motivata sia dalla cinquantennale prassi sul divieto di discriminazioni fondate sulla nazionalità, sia dalle esperienze nazionali ricordate all'inizio che comportavano discriminazioni in base al genere. In particolare, la legge del paese di cittadinanza di una o di entrambe le parti può essere scelta in vari atti all'interno di una rosa di criteri o in alternativa al criterio principale: ad esempio, l'art. 7 del Regolamento Roma I dispone che nel contratto di assicurazione sulla vita le parti possono scegliere solo la legge dello Stato membro di cittadinanza dell'assicurato; l'art. 17, par. 1, della proposta di Regolamento in materia di successioni permette al *de cuius* di designare quale legge regolatrice della successione la legge del paese di cui è cittadino; l'art. 5, par. 1 (c), del Regolamento n. 1259/2010 in materia di divorzio e separazione permette ai coniugi di indicare la legge dello Stato di cui uno dei coniugi è cittadino; l'art. 8 lett. c) dello stesso Regolamento dispone in via residuale e in

[20] Rispettivamente, sentenza 2 ottobre 2003, causa C-148/02, e 14 ottobre 2008, causa C-353/06. Anche nel precedente caso *Johannes*, la Corte aveva potuto affermare che la questione della legge applicabile ai rapporti tra coniugi era al di fuori delle competenze della Comunità: "Né le disposizioni nazionali di diritto internazionale privato che determinano il diritto materiale nazionale applicabile agli effetti di un divorzio tra coniugi, né le disposizioni nazionali di diritto civile che disciplinano materialmente tali effetti rientrano nel campo d'applicazione del Trattato. Ne consegue che l'art. 6 del Trattato non osta a che il diritto di uno Stato membro prenda in considerazione la nazionalità dei coniugi in quanto fattore di collegamento che consente di determinare il diritto materiale nazionale applicabile agli effetti di un divorzio" (sentenza 10 giugno 1999, causa C-430/97). Dalla giurisprudenza della Corte risulta anche chiaramente che non sono le norme di conflitto, ma il contenuto concreto delle norme applicabili che possono creare ostacoli alla libera circolazione. Si veda ora anche il *considerando* 16 del Regolamento n. 1259/2010 sulla legge applicabile al divorzio e alla separazione personale, che richiede che il contenuto della legge designata dalla volontà dei coniugi rispetti i diritti fondamentali sanciti dai trattati e dalla Carta ("La legge scelta dai coniugi deve essere conforme ai diritti fondamentali riconosciuti dai trattati e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea").

mancanza di scelta l'applicazione della legge della comune cittadinanza dei coniugi; l'art. 4, par. 4 del Protocollo dell'Aja del 2007, al quale rinvia il Regolamento n. 4/2009, prevede che se la legge della residenza del creditore o del debitore di alimenti non danno diritto agli alimenti, si applica la legge della comune cittadinanza, se esiste; l'art. 8, par. 1 (a) del medesimo Protocollo, infine, permette alle parti di scegliere la legge del paese di cui una di esse è cittadino[21].

Non pare pertanto che la cittadinanza sia di per sé contraria ai diritti fondamentali né che sia discriminatoria poiché a differenza di quanto avviene per la determinazione della giurisdizione, essa non privilegia i cittadini del foro rispetto agli stranieri, ma riflette e rispetta la diversità degli Stati[22]. In particolare, al pari di quanto si rileva con riferimento all'uso della cittadinanza nei sistemi nazionali di diritto internazionale privato, la cittadinanza di entrambe le parti non è contraria a diritti fondamentali e alle libertà di circolazione. Ma non lo è neppure la cittadinanza di una sola delle parti quando esprime la volontà del legislatore di tutelarla garantendo l'applicazione di una legge ad essa più vicina e quindi nota e impedendo così alla controparte più forte di imporsi. In questi casi infatti la compressione dei diritti di una parte rispetto a un'altra sul piano dei conflitti di leggi, attraverso l'utilizzazione di un criterio di collegamento che porti all'applicazione del diritto nazionale della parte debole, risponde a esigenze di garanzia meritevoli di prevalere. Merita ricordare che i consumatori godono di una tutela speciale all'art. 12 TFUE e all'art. 38 della Carta dei diritti fondamentali, oltre che in numerose norme protettrici contenute negli atti di diritto derivato. Un riferimento ad alcuni diritti dei lavoratori si trova in varie disposizioni del titolo IV della stessa Carta e agli articoli 9 e 145 e seguenti TFUE.

Lo stesso deve dirsi a proposito del criterio del domicilio, che per alcuni Stati sostituisce la cittadinanza, e della residenza abituale, sebbene non possa tacersi che anche la residenza quale condizione per il godimento di diritti all'interno degli Stati membri sia stata ritenuta contraria alla libera circolazione da parte della Corte di giustizia per il potenziale effetto discriminatorio. Invero, la localizzazione di un rapporto o una situazione giuridica presso la residenza di una delle parti non pare contraria ai diritti fondamentali ove si presuma che ivi sia situato il centro economico del rapporto (prestazione caratteristica). Ma lo stesso deve concludersi quando la residenza abituale di una delle parti venga utilizzata

[21] L'art. 6 del Protocollo permette poi di opporre l'inesistenza del diritto agli alimenti fondata sulla legge della residenza abituale del creditore di alimenti e sulla legge di comune cittadinanza, se esiste.

[22] KINSCH, *Droits de l'homme* cit., p. 128.

per tutelare una parte al rapporto attraverso la designazione di una legge che dovrebbe esserle nota, al pari di quanto avviene per la cittadinanza, come sopra indicato (creditore di alimenti, consumatore). O quando si utilizzi la residenza di entrambe le parti o la residenza attuale di una di esse, qualora in tale luogo abbia risieduto in passato anche l'altra parte (articoli 5 lett. a) e b) e 8 lett. a) e b) del Regolamento n. 1259/2010).

Da ultimo su questo punto merita segnalare che il legislatore europeo ha spesso sottolineato l'obiettivo di garantire la prevedibilità della legge applicabile per le parti, che si accompagna negli ultimi strumenti alla manifestazione espressa della volontà di utilizzare criteri di collegamento per portino all'applicazione di una legge strettamente collegata alla situazione concreta, anche al fine di permette ai soggetti di avvalersi dei vantaggi offerti dal mercato interno[23].

4.2. I limiti all'applicazione delle norme di conflitto dell'Unione europea da parte dei giudici di Stati membri

Ben diversa è la prospettiva quando invece si considerino i limiti che i diritti fondamentali pongono nell'applicazione delle norme di conflitto contenute negli atti dell'Unione da parte dei giudici nazionali. Viene infatti in considerazione il contenuto del diritto richiamato e la sua compatibilità con i diritti fondamentali, in particolare quanto agli effetti che esso verrebbe a produrre nello Stato membro del foro, indipendentemente dal criterio di collegamento utilizzato.

Il legislatore ha previsto che il parametro di riferimento sia costituito *in primis* dall'ordine pubblico, nelle varie declinazioni identificate dalla dottrina e dalla Corte di giustizia e oggi sancite dai regolamenti[24]. Il giudice nazionale dovrà quindi tenere presente non solo i diritti e le libertà garantiti dalla propria costituzione e dai trattati internazionali, ma anche quelli tutelati dal diritto dell'Unione e dalla Carta dei diritti fondamentali, che operano quindi attraverso gli ordinamenti nazionali. Si tratta di una valutazione ormai affermata nella prassi, alla quale l'attribuzione di competenza all'Unione europea non pare abbia aggiunto elementi particolarmente innovativi[25].

[23] Cfr. da ultimo il *considerando* 21 del Regolamento in materia di divorzio e il *considerando* 17 della proposta di regolamento in materia di successioni.

[24] Diverso e al di fuori della presente trattazione pare il caso del rispetto della protezione garantita dalle norme imperative del diritto che sarebbe applicabile in mancanza di scelta o del diritto dell'Unione di cui, ad esempio, all' art 3, par. 3 e 4, del Regolamento Roma I.

[25] Cfr. per gli opportuni riferimenti KINSCH, *Droits de l'homme* cit., p. 216 ss., al quale si rinvia per un'analisi ancora attuale delle questioni qui solo evocate.

Un aspetto meritevole di approfondimento riguarda i rapporti tra il principio del mutuo riconoscimento e l'ordine pubblico nei conflitti di leggi. Invero, sebbene già altri atti di diritto derivato contenessero norme di conflitto, è solo con l'adozione degli strumenti generali in materia di obbligazioni contrattuali ed extracontrattuali, di alimenti e divorzio e con l'enfasi posta negli anni recenti sull'importanza di tale principio da parte del Consiglio europeo e del Consiglio, che esso ha attirato l'attenzione anche in questa prospettiva. Si tratta di una questione dai confini incerti poiché tutti questi strumenti possono richiamare sia il diritto di Stati membri che quello di Stati terzi e il filtro dell'ordine pubblico opera all'applicazione del diritto richiamato anche quando si tratti del diritto di uno Stato membro. Ci si aspetterebbe che l'ordine pubblico operi in modo diverso, più attenuato, quando è richiamata la legge di uno Stato membro che dovrebbe godere del mutuo riconoscimento, rispetto a quando è richiamata quella di uno Stato terzo, ma i regolamenti finora adottati non prevedono distinzioni in questo senso. Nel primo caso, infatti, dovrebbero operare limiti analoghi a quelli che impediscono la libera circolazione, se non addirittura coincidenti con questi.

Che il trattamento del diritto richiamato sia in linea di principio identico indipendentemente dal paese al quale appartiene appare chiaramente dal Regolamento n. 1259/2010 in materia di divorzio e separazione personale, che all'art. 10 adotta un meccanismo sostanzialmente analogo all'ordine pubblico nel disporre la non applicabilità della legge di uno Stato che non preveda il divorzio o che discrimini tra i coniugi quanto all'accesso al divorzio o alla separazione per motivi di sesso, indipendentemente dal fatto che si tratti di uno Stato membro o di uno Stato terzo. Ad essa si sostituisce automaticamente la legge del foro.

5. I limiti posti dai diritti fondamentali al legislatore dell'Unione nella scelta dei criteri di giurisdizione

Per quanto riguarda i criteri di giurisdizione, è noto che fin dalla Convenzione di Bruxelles il criterio principale utilizzato è stato il domicilio del convenuto, che costituiva al stesso tempo criterio di applicazione della stessa Convenzione[26]. La cittadinanza non era stata utilizzata a questo fine per evitare qualsiasi discriminazione, vietata fin dal Trattato

[26] È anche noto che alcune disposizioni della Convenzione si applicavano anche nel caso di convenuti domiciliati all'esterno della Comunità, ma non è questa la sede per approfondire questo punto, per il quale si rinvia ai numerosi commentari della Convenzione e del Regolamento n. 44/2001.

CEE. Anzi, all'art. 5 n. 2 si escludeva che il giudice adito per una questione di stato personale fosse competente anche per la questione accessoria in materia alimentare qualora la sua competenza sulla domanda principale fosse fondata esclusivamente sulla cittadinanza di una delle parti[27].

Il legislatore dell'Unione, nel Regolamento n. 44/2001, ha dunque mantenuto questa impostazione e ha continuato a utilizzare numerosi altri criteri, alternativi o esclusivi rispetto al domicilio del convenuto, come la residenza abituale, il luogo di consegna della merce o di prestazione del servizio, il luogo di situazione dell'immobile, della registrazione di un diritto di proprietà intellettuale, della residenza della parte debole del contratto, e così via. Non pare che di per sé tali criteri, che sono ampiamente utilizzati in convenzioni internazionali e negli ordinamenti nazionali, pongano criticità particolari con riferimento ai diritti fondamentali.

Nei successivi regolamenti fondati sull'art. 81 TFUE la cittadinanza è stata utilizzata in alcuni casi specifici, o quando è comune alle parti o quando è rafforzata da un elemento territoriale, come indice del collegamento del soggetto con un luogo[28]. Esempi del primo tipo sono l'art. 3, par. 1 lett. b) del Regolamento Bruxelles II-bis, e l'art. 6 del Regolamento n. 4/2009; esempi del secondo tipo sono l'art. 3, par. 1 lett. a) ultimo trattino, l'art. 4, par. 1 lett. b) e l'art. 12, par. 3 lett. a) del Regolamento Bruxelles II-bis[29], o l'art. 6, lett. b) della proposta di regolamento in materia di successioni nel caso in cui il *de cuius* – residente al di fuori dell'Unione – abbia lasciato dei beni nello Stato membro di cui era cittadino.

[27] Su questa disposizione v. SCHLOSSER, *Jurisdiction* cit., che ricorda come già trent'anni fa aveva ritenuto che l'art. 5 n. 2 dimostrasse proprio che la sola cittadinanza di una delle parti costituisse una competenza esorbitante, che cessava di essere tale solo dopo un congruo periodo di residenza. Nella Convenzione di Lugano del 2007 a questa disposizione si è aggiunta un'analoga previsione nel caso di domanda di alimenti accessoria a domanda principale in materia di responsabilità genitoriale. L'art. 5 n. 2 del Regolamento n. 44/2001 sarà abrogato in esito all'applicazione del Regolamento n. 4/2009.

[28] Si ricorda che per alcuni Stati la cittadinanza è sostituita dal domicilio del soggetto.

[29] In questo Regolamento la cittadinanza del minore è un indice del collegamento del minore con un paese diverso da quello del giudice adito, ai fini dell'applicazione dell'art. 15. Si veda anche nella sentenza *Mercredi* il rilievo attribuito dalla Corte di giustizia alla cittadinanza della madre nel caso di un neonato di pochi giorni, per il quale evidentemente non è ancora possibile valutare l'"abitualità" della residenza in un luogo (22 dicembre 2010, causa C-497/10 PPU). Nel senso che il foro della residenza per un periodo limitato (6 mesi) accompagnata dalla cittadinanza di uno dei coniugi sia contrario al principio di non discriminazione cfr. KINSCH, *Droits de l'homme*, p. 92 e gli autori citati alla nota 204.

In questo modo paiono superate le obiezioni al criterio della cittadinanza in quanto criterio esorbitante e discriminatorio. È opportuno ricordare ancora una volta, peraltro, che anche la residenza abituale del soggetto è stata considerata da parte della Corte di giustizia fonte di discriminazioni ai fini dell'applicazione del diritto dell'Unione. Ogni considerazione, inoltre, deve tener conto del fatto che i regolamenti menzionati già si applicano o sono destinati ad applicarsi a breve anche a soggetti domiciliati all'esterno dell'Unione, sostituendo così pienamente le norme nazionali sulla giurisdizione, e che, di conseguenza, la valutazione della compatibilità dei criteri di giurisdizione in essi contenuti e dei principi processuali in essi affermati con i diritti fondamentali e i diritti umani deve confrontarsi con la dimensione internazionale.

Innanzitutto, pare evidente che anche il legislatore dell'Unione debba rispettare i principi del *due process*, sottoponendo i criteri di giurisdizione ai parametri di legittimità sanciti nella Convenzione europea dei diritti umani, oltre che dalla Carte dei diritti fondamentali, al fine di garantire l'equilibrio tra i diritti delle parti, l'accesso alla giustizia per l'attore e il rispetto delle garanzie di difesa per il convenuto.

Si tratta di un'affermazione generale, oggi difficilmente contestabile, ma che richiede alcune riflessioni, anche di ordine storico, e alcune distinzioni.

Innanzitutto, qualora si ritenga che il principio del *due process* imponga al legislatore interno che debba esistere un legame sufficiente tra la fattispecie e il giudice competente, esso si applicherebbe nei medesimi termini al legislatore europeo, che pone norme destinate ad applicarsi negli ordinamenti degli Stati membri e a sostituire nel loro ambito di applicazione le norme nazionali nei casi corrispondenti. Si ricordi che, pur con molti dubbi da parte della dottrina, così si è espressa fin dal 1976 la Commissione europea di diritti dell'uomo nel caso B.A. c. U.K., in cui la residenza abituale della minore nel Regno Unito, accompagnata dalla cittadinanza britannica della madre, venne ritenuta collegamento sufficiente con tale Stato al fine dell'esercizio della giurisdizione[30].

A distanza di più di trent'anni, il Regolamento Bruxelles II-bis ha adottato quale criterio di giurisdizione per le domande relative alla responsabilità genitoriale proprio la residenza del minore in uno Stato membro, che certamente è indice di sufficiente legame del minore con il territorio dell'Unione. Ma soprattutto il legislatore europeo ha iniziato a

[30] Commissione europea dei diritti dell'uomo, 13 maggio 1976, n. 6200/73, menzionato da FRANZINA, *La giurisdizione in materia contrattuale: l'art. 5 n. 1 del regolamento n. 44/2001/CE nella prospettiva della armonia delle decisioni*, Padova, 2006, p. 98 in nota.

motivare la scelta dei criteri di giurisdizione con la volontà di individuare un giudice che presenti un collegamento sufficiente con la controversia, in particolare quando – nel caso di convenuto domiciliato o residente in uno Stato terzo – ha previsto un *forum necessitatis* al fine di evitare un diniego di giustizia, per non lasciare l'attore privo di un foro nel quale far valere le proprie ragioni[31]. Il criterio prescelto, comunque, non dovrebbe risultare del tutto inaspettato per il convenuto, proprio in ragione dell'esistenza di tale collegamento sufficiente tra la controversia e l'Unione. La disponibilità di un giudice competente all'interno dell'Unione sembra così assurgere a diritto fondamentale ai sensi dell'art. 47 della Carta. Si tratta però di una questione che nell'ambito della Convenzione europea non pare sia stata risolta con chiarezza in questo senso[32].

In realtà per questa via il legislatore dell'Unione sostituisce ai fori esorbitanti nazionali – che la Corte di giustizia ha di fatto giustificato nel parere 1/03 sulla Convenzione di Lugano – dei fori esorbitanti europei, che sono sì motivati dalla volontà esplicita di evitare un diniego di giustizia e non di affermare una giurisdizione "universale", ma che dei fori esorbitanti così criticati a livello nazionale paiono mantenere le caratteristiche e debolezze. Anzi, si dimostra forse in questo modo che la sostituzione della competenza dell'Unione a quella degli Stati membri in questo settore e l'adozione di regole volte ad applicarsi anche nei confronti di soggetti domiciliati o residenti al di fuori dell'Unione hanno modificato la prospettiva del legislatore europeo e la portata delle norme: se nella Convenzione di Bruxelles la cooperazione intergovernativa tra gli Stati – fondata sull'intento di semplificare il riconoscimento delle sentenze in un'ottica internazionalistica, come miglioramento dell'efficienza di una cooperazione già in atto da decenni tra i primi Stati contraenti attraverso soprattutto convenzioni bilaterali recanti principalmente regole di competenza indiretta – era giunta ad adottare norme dirette di giurisdizione con l'obiettivo di semplificare la vita dei cittadini ed escludere i fori esorbitanti nazionali nei rapporti reciproci[33], l'allargamento pieno

[31] *Considerando* 16 del Regolamento n. 4/2009, considerando 12 della proposta di regolamento in materia di successioni, *considerando* 17 e 21 e articoli 25 e 26 della proposta di regolamento destinato a modificare il Regolamento Bruxelles I. Cfr. FRANZINA, *Sul* forum necessitatis *nello spazio giudiziario europeo*, *Riv. dir. int*., 2009, p. 1121 ss.

[32] Cfr. *Saileanu c. Romania*, 2 febbraio 2010, n. 46268/06. Tanto meno sussiste il diritto di poter di scegliere tra più fori, come ha chiarito la Corte di giustizia a partire dal caso *Six Constructions*, 15 febbraio 1989, causa 32/88.

[33] Non pare che in origine la Convenzione di Bruxelles attribuisse all'accesso alla giustizia le implicazioni che nella prassi si sono via via sviluppate, soprattutto con riferimento alla fase del riconoscimento della decisione negli altri Stati. Il modello

dell'ambito dei regolamenti dell'Unione ai soggetti domiciliati al suo esterno induce il legislatore europeo a far propri almeno alcuni dei fori esorbitanti nazionali, per garantire con i fori sussidiari o residuali "la buona amministrazione della giustizia nell'Unione" e per evitare con il *forum necessitatis* il diniego di giustizia, cioè per salvaguardare esigenze interne all'Unione, qui vista nella sua unità territoriale di aggregazione degli Stati membri e portatrice di un interesse comune e unitario *vis-à-vis* gli Stati terzi. E se si guarda ai criteri utilizzati ecco rispuntare criteri ben noti ai diritti interni: la cittadinanza di una delle parti, come nel Regolamento 4/2009, o la localizzazione di beni del *de cuius*, come nella proposta di regolamento in materia di successioni.

In altre parole, al modello internazionalistico tradizionale, nel quale gli Stati contraenti convengono su alcune concessioni reciproche sull'estensione della rispettiva giurisdizione in cambio del vantaggio del riconoscimento e dell'esecuzione nell'altro paese delle proprie sentenze alle quali viene così garantita piena effettività, pur considerando anche obiettivi propri ai trattati quali quelli indicati all'articolo 220 del Trattato di Roma su cui si fondava la Convenzione di Bruxelles, si sostituisce un modello diverso, più vicino a quello nazionale, in cui nei rapporti con l'esterno si adottano criteri di giurisdizione che esprimono collegamenti più tenui e di conseguenza ampliano la giurisdizione rispetto a quanto avviene per i casi "interni" all'Unione. In assenza di reciprocità e di comunanza di intenti con Stati terzi, l'Unione difende così i propri confini giurisdizionali. Che poi tali collegamenti comuni più tenui siano più significativi di quelli finora presenti negli ordinamenti interni rilevanti, ad esempio, ai fini dell'art. 3 del Regolamento Bruxelles I, così che è possibile che i soggetti domiciliati all'esterno dell'Unione si ritrovino in una situazione "migliore" rispetto a quella risultante dall'applicazione delle regole esorbitanti nazionali[34], non muta l'impostazione e la filosofia dei criteri così introdotti, soprattutto sotto il profilo delle garanzie dei diritti della difesa. La prassi, dunque, è chiamata a chiarire la reale portata di queste regole sussidiarie e al foro di necessità e a delimitarne l'ambito di applicazione poiché non pare che il legislatore europeo possa oggi sottrarsi al rispetto dei principi che si sono affermati in proposito.

Pare opportuno ricordare, infatti, che l'affermazione della giurisdizione attraverso un criterio di competenza esorbitante nei confronti del

"internazionalistico", in altre parole, mira a individuare dei criteri di giurisdizione che soddisfino le preoccupazioni degli Stati contraenti dal punto di vista dell'estensione del rispettivo potere giurisdizionale degli più che a garantire i diritti della difesa dei singoli.

[34] Merita ricordare che il meccanismo istituito dalla Convenzione era stato vivamente criticato dagli studiosi statunitensi proprio invocando il principio del *due process*.

convenuto non residente non muta nella sostanza quando viene effettuata dal legislatore europeo e potrebbe costituire una violazione del principio del *due process*. D'altra parte, non dovrebbe perdersi di vista il fatto che tale principio è stato elaborato in un contesto federale e non internazionale, nel quale la "qualità" del procedimento e delle regole ad esso applicabili in un altro Stato della federazione non era posta in discussione, a differenza di quanto potrebbe accadere in un contesto internazionale.

Ricordiamo inoltre che i criteri di giurisdizione esorbitanti non sono una novità per le norme sui conflitti di giurisdizione europee. La Convenzione di Bruxelles conteneva fin dall'inizio una competenza esorbitante derivante dal diritto interno e oggetto di vivaci critiche sotto il profilo del rispetto dei diritti della difesa – che il Regolamento Bruxelles I ha mantenuto inalterata – costituita dall'esistenza della giurisdizione penale al fine dell'esercizio della giurisdizione sull'azione civile ai sensi dell'art. 5 n. 4. Come è noto, non si tratta propriamente di una norma sulla giurisdizione, ma di una regola che utilizza il criterio nazionale su cui si fonda la giurisdizione penale nazionale per permettere la circolazione della parte della sentenza resa dal giudice penale sul risarcimento della parte lesa in tutti gli altri Stati membri. Il caso forse più noto, anche per i recenti sviluppi, in cui questa disposizione è stata applicata è il caso *Krombach*, nel quale la competenza del giudice penale francese era fondata sulla cittadinanza della vittima del reato, avvenuto in Germania. Chiamata a interpretare la Convenzione di Bruxelles in relazione al riconoscimento in Germania della condanna al risarcimento del danno alla parte civile, la Corte di giustizia confermò che il giudice richiesto non può controllare la competenza del giudice di origine, ancorché fondata sulla sola cittadinanza della vittima del reato, e affermò di essere competente a valutare se l'ordine pubblico viene correttamente invocato da parte dei giudici nazionali per rifiutare il riconoscimento di una sentenza pronunciata in un altro Stato membro ai sensi dell'allora art. 27 n. 1 della Convenzione. La Corte richiamò poi la Convenzione europea dei diritti dell'uomo per affermare che i giudici tedeschi potevano tener conto del fatto che al convenuto perseguito per un reato era stato negato nello Stato membro di origine di farsi difendere senza comparire personalmente.[35]

[35] Sentenza 28 marzo 2000, causa C-7/98. Poco tempo dopo anche la Corte europea dei diritti dell'uomo si pronunciò sul punto, condannando la Francia per la violazione dell'art. 6 della Convenzione, ma la legittimità del criterio di giurisdizione utilizzato dal giudice francese non venne in considerazione (sentenza 13 febbraio 2001, n. 29731/96, *Krombach c. Francia.* Ricordiamo che la Corte di Strasburgo nella sentenza *McDonald c. Francia* del 17 giugno 2008, n. 18648/04, ha volutamente evitato di affrontare la legittimità dell'art. 15 del codice civile francese). Nell'impossibilità di ottenere l'estradizione del colpevole del reato in Francia, le cronache riportano che nel maggio 2010 il padre

La competenza esorbitante fondata sulla cittadinanza della vittima del reato venne così ritenuta legittima nei rapporti intracomunitari ed è stata mantenuta nella proposta di modifica del Regolamento Bruxelles I, ove si applicherà anche nei confronti dei convenuti domiciliati all'esterno dell'Unione.

Esistono poi negli atti dell'Unione adottati sulla base dell'art. 81 TFUE alcune competenze esorbitanti in altro senso, cioè diverse dal foro naturale del convenuto e squilibrate a favore di una delle parti ritenuta debole, come avviene per i conflitti di leggi nelle norme sopra menzionate. Si tratta evidentemente di una deroga alla uguaglianza delle parti e alla tutela del convenuto per una valutazione della posizione di sostanziale debolezza di una delle parti al rapporto. Ma paiono legittime sia perché generalmente il foro vicino dell'attore è accompagnato da un ulteriore collegamento, quale lo svolgimento dell'attività lavorativa, l'esercizio di attività o la commercializzazione di prodotti da parte del professionista, sia perché al pari delle norme di conflitto di natura protettiva anche questi criteri di giurisdizione rispondono alla medesima finalità.

Più in generale, alla luce dell'evoluzione della giurisprudenza in materia di diritti umani, ci si deve oggi chiedere se sussista il diritto di non essere convenuto in giudizio in assenza di contatti minimi con uno Stato e, in caso affermativo, in cosa consistano tali contatti. La questione è particolarmente cruciale quando si eliminano le procedure intermedie per l'esecuzione della sentenza in uno altro Stato membro, quando cioè si considera lo spazio giudiziario europeo come un'unità territoriale e si impone al convenuto di difendersi nel giudizio di merito, impedendogli poi di sollevare nello Stato richiesto dell'esecuzione eccezioni che avrebbero dovuto essere sollevate davanti al giudice d'origine. Ma non si tratterebbe di una situazione esclusiva ai rapporti che si svolgono interamente all'interno dell'Unione poiché la Corte europea dei dritti umani ha raggiunto conclusioni del tutto analoghe nel citato caso *Mc Donald*.

L'art. 26 della proposta di regolamento destinato a modificare il Regolamento Bruxelles I sembra andare in questa direzione in modo più chiaro e deciso rispetto agli atti precedenti ove precisa che si ricorre al *forum necessitatis* "se lo impongono il diritto a un giudice imparziale o il diritto di accesso alla giustizia", in particolare se è stata emessa una sentenza in uno Stato terzo che non possa essere riconosciuta nello Stato

della vittima l'ha fatto rapire in Germania e condurre in Francia perché sia sottoposto a un nuovo processo. Quale competenza esorbitante Schlosser riporta anche l'esempio della nazionalità della nave quale criterio per l'esercizio della giurisdizione penale (*Jurisdiction in International Litigation* cit.).

membro del giudice adito, ma "il riconoscimento e l'esecuzione sono necessari per garantire il rispetto dei diritti del convenuto, *e la controversia ha un collegamento sufficiente con lo Stato membro del giudice adito*"[36].

Ad altra preoccupazione risponde invece l'art. 15 del Regolamento Bruxelles II-bis, che in casi eccezionali permette al giudice competente in uno Stato membro di invitare le parti a rivolgersi a un giudice di un altro Stato membro "con il quale il minore abbia un *legame particolare*" o a rinviarle direttamente a tale altro giudice. Non si tratta di un vero *forum non conveniens* quale noto all'ordinamento degli Stati Uniti, che secondo l'avvocato generale Léger potrebbe essere contrario all'art. 6 della Convenzione europea[37], poiché nel Regolamento il giudice adito può trasferisce direttamente ed effettivamente la causa al secondo giudice. A favore della legittimità di questa disposizione con riferimento al contesto qui esaminato si può inoltre motivare che – data l'esistenza di indicazioni piuttosto dettagliate sulle condizioni per la sua applicazione e la sussistenza del legame particolare del minore con tale secondo giudice – questo foro non dovrebbe apparire imprevedibile per il convenuto.

6. Diritti fondamentali e riconoscimento delle sentenze

Evidentemente anche il procedimento e le condizioni per il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze disposti dai regolamenti europei devono rispettare i diritti dell'uomo e i diritti fondamentali. Molto si è scritto in proposito, ci si limiterà in questa sede ad alcune brevi osservazioni per ricordare i punti più discussi.

Innanzitutto ci si è chiesti se esista un diritto al riconoscimento della sentenza straniera. La risposta è parsa affermativa sia nel quadro della Convenzione europea sia nell'ordinamento dell'Unione, in quanto espressione del principio dell'equo processo, che imporrebbe anzi di limitare i controlli e le condizioni a questo fine[38]. Peraltro, non esiste un di-

[36] Al contrario che nel Regolamento 4/2009, qui non è dato alcun esempio di collegamento sufficiente.

[37] Conclusioni nel caso *Owusu*, C-281/02, deciso dalla Corte il 1° marzo 2005, § 270. Si vedano anche le conclusioni dell'avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer nella causa C-159/02, *Turner*, § 35 ss., decisa dalla Corte il 26 aprile 2004.

[38] Il diritto all'esecuzione è stato affermato nell'ambito della Convenzione europea in un caso interno (sentenza *Hornsby c. Grecia*, 19 marzo 1997, *Rec*. 1997-II, 496) e si è poi esteso a quelli internazionali, almeno quando il procedimento all'estero è conforme alla Convenzione: si vedano i casi *Hussin c. Belgio*, 6 aprile 2004, n. 70807/01; *Wagner c. Lussemburgo*, 28 giugno 2007, n. 76240/01; e più recentemente *Vrbica c. Croazia*, 1°

ritto al riconoscimento automatico, ma gli Stati possono prevedere una procedura per il riconoscimento e l'esecuzione della sentenza straniera.

Da un lato, quindi, al riconoscimento e all'esecuzione possono opporsi ostacoli, sebbene limitati, di natura sostanziale o procedurale, in particolare quando nel procedimento nel quale si è formata la sentenza straniera il principio del *due process* non sia stato rispettato[39]. Dall'altro lato, il procedimento predisposto nello Stato richiesto deve essere conforme alle garanzie previste nella Convenzione europea[40].

Nel quadro della cooperazione giudiziaria in materia civile e degli atti adottati sulla base dell'art. 81 TFUE la prassi ha mostrato che tra i motivi per il rifiuto del riconoscimento il ruolo principale è stato svolto dal controllo della regolarità dell'avvio del procedimento all'estero e del contraddittorio, sebbene si trattasse sempre di sentenze pronunciate in Stati contraenti della Convenzione europea oltre che della Convenzione di Bruxelles[41]. Per questo l'uniformazione delle regole sulle notificazioni è parsa di importanza cruciale per le garanzie della difesa, soprattutto al momento dell'eliminazione delle procedure intermedie, come ricordano i *considerando* 10 e 11 del Regolamento sul Titolo Esecutivo Europeo, che prevede una serie di norme minime in proposito, e il *considerando* 24 della proposta di regolamento destinato a modificare il Regolamento Bruxelles I.

Proprio l'eliminazione delle procedure intermedie è oggetto di criti-

aprile 2010, n. 32540/05, nel quale la Corte ha affermato che una volta che una sentenza straniera sia stata riconosciuta, deve essere concessa e garantita l'esecuzione). Nel caso *Florin Huc c. Romania e Germania*, 1° dicembre 2009, relativo alla cooperazione tra autorità centrali per il recupero degli alimenti ai sensi della Convenzione di New York del 1956, la Corte europea ha ffermato che « bien que leur responsabilité ne puisse être engagée du fait du défaut de paiement d'une créance exécutoire dû à l'insolvabilité d'un débiteur « privé » (voir, *mutatis mutandis, Sanglier c. France*, n° 50342/99, § 39, 27 mai 2003, *Ciprova c. Républiuqe thèque* (déc.), n° 33273/03, 22 mars 2005 et *Cubănit c. Roumanie* (déc.), n° 31510/02, 4 janvier 2007), les États ont toutefois l'obligation positive de mettre en place un système qui soit effectif en pratique comme en droit et qui assure l'exécution des décisions judiciaires définitives entre personnes privées (*Fouklev c. Ukraine*, n° 71186/01, § 84, 7 juin 2005). La responsabilité des États concernant l'exécution d'un jugement par une personne de droit privé peut dès lors se trouver engagée si les autorités publiques impliquées dans les procédures d'exécution manquent de la diligence requise ou encore empêchent l'exécution (*Fouklev*, précité, § 67) » (§ 45).

[39] Sentenza *Pellegrini c. Italia,* 20 luglio 2001, n. 30882/96. Si ricorda che in questo caso la sentenza proveniva da uno Stato non parte alla Convenzione europea, trattandosi di sentenza ecclesiastica.

[40] Sentenza *Hohenzollern (di Romania) c. Romania*, 27 marzo 2010, n. 18811/02.

[41] Si ricorda che i regolamenti riguardano solo il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni pronunciate in altri Stati membri ad essi vincolati, e non alle decisioni provenienti da Stati terzi, che sono soggette alle norme nazionali, e che è escluso il cd. *exequatur* sull'*exequatur*.

che vivaci e attente in considerazione dell'abbondante prassi relativa all'art. 27 n. 2 della Convenzione di Bruxelles e oggi dell'art. 34 n. 2 del Regolamento Bruxelles I[42]. Il controllo della regolare istituzione del contraddittorio, invero, non esaurisce il compito del giudice richiesto del riconoscimento con riguardo al principio del *due process*, ben potendo venire in considerazione altri parametri. Ad esempio, il Regolamento n. 1346/2000 sulle procedure di insolvenza, all'art. 26, esplicita l'equiparazione tra violazione dei diritti fondamentali e ordine pubblico ove dispone che il riconoscimento di una procedura o l'esecuzione di una decisione presa nel suo ambito possono essere rifiutati se "possono produrre effetti palesemente contrari all'ordine pubblico, in particolare ai principi fondamentali o ai diritti e alle libertà personali sanciti dalla costituzione"[43]. La Corte di giustizia, nell'interpretare questa disposizione, ha citato esplicitamente il caso *Krombach*, ribadendo il carattere eccezionale dell'eccezione di ordine pubblico nello spazio giudiziario europeo e il proprio potere di valutare le motivazioni addotte dagli Stati membri, nonché il pieno valore del principio dell'equo processo[44].

Una sentenza recente relativa al Regolamento Bruxelles II-bis offre spunti di riflessione ulteriori. Nel caso *Aguirre Zarraga*, il giudice tedesco *a quo* riteneva che il giudice spagnolo di origine non avesse rispettato il diritto del minore di essere ascoltato, diritto che è posto al fine di proteggere le relazioni familiari e il processo ai sensi degli articoli 24 e 47 della Carta dei diritti fondamentali, e che trova espressione all'art. 42 par. 2 del Regolamento. Di conseguenza il giudice del rinvio chiedeva alla Corte se in caso di una violazione grave dei diritti fondamentali il giudice del riconoscimento potesse rivedere nel merito la sentenza straniera o se il principio del mutuo riconoscimento vietasse qualsiasi controllo.

La Corte di giustizia ha risposto negativamente alla domanda posta dal giudice tedesco partendo dall'assunto che il caso riguardava il mancato ritorno del minore ai sensi dell'art. 2 n. 11 del Regolamento, che co-

[42] Cfr. CUNIBERTI, RUEDA, *Abolition of exequatur* cit.

[43] L'art. 25 par. 3, invece, permette di non riconoscere e rendere esecutiva una decisione relativa allo svolgimento o alla chiusura di una procedura di insolvenza "che abbia come effetto una limitazione della libertà personale o del segreto postale". Anche se non si menziona qui l'ordine pubblico il risultato è identico, quindi il potenziale rischio è analogo.

[44] Sentenza 2 maggio 2006, causa C-341/04, *Eurofood*, § 62 ss. In particolare, la Corte ha ritenuto che "[a]nche se le concrete modalità del diritto di essere sentiti possono variare in funzione della possibile urgenza della decisione, ogni restrizione all'esercizio di tale diritto deve essere adeguatamente giustificata e corredata di garanzie procedurali che assicurino ai soggetti interessati da una tale procedura l'effettiva possibilità di contestare i provvedimenti adottati in via di urgenza".

stituisce un illecito contrario all'interesse del minore stesso sul quale è il giudice della residenza abituale ad essere competente (§ 44), e ancora una volta ha affermato che la valutazione circa l'eventuale violazione dell'art. 42 del Regolamento e del rispetto dell'art. 24 della Carta spetti al giudice del merito[45]. Secondo la Corte, il meccanismo istituito dal Regolamento si fonda sulla fiducia reciproca tra gli Stati membri quanto al fatto che i rispettivi ordinamenti nazionali sono in grado di fornire una protezione equivalente ed effettiva dei diritti fondamentali. Per questo la legittimità di una decisione certificata deve essere perseguita nell'ordinamento di origine.

Non pare, invece, che costituisca una violazione del diritto all'equo processo e dell'art. 47 della Carta l'eliminazione del controllo della competenza internazionale del giudice di origine, sebbene nell'ambito della Convenzione europea la Corte di Strasburgo abbia riconosciuto la legittimità del rifiuto di riconoscere una sentenza straniera pronunciata da giudice incompetente[46]. L'eliminazione di tale controllo tra gli stati membri dell'Unione – se non in alcuni casi molto particolari, nei quali si vogliono salvaguardare alcuni interessi specifici degli Stati o di una parte debole – era prevista fin dalla prima versione della Convenzione di Bruxelles, che escludeva esplicitamente che le regole di competenza diretta facessero parte dell'ordine pubblico dello Stato richiesto ai fini dell'art. 27 n. 1 (oggi art. 34 n. 1 del Regolamento n. 44/2001). La previsione di regole identiche in tutti gli Stati membri che garantiscono la prevedibilità del foro competente e l'esistenza di un collegamento sufficiente tra questo e la controversia anche nel caso delle regole sussidiarie di giurisdizione o del *forum necessitatis*, nonché l'assenza di competenze esorbitanti[47], infatti, limitano grandemente la necessità di tale controllo.

Né pare sussistere il diritto al controllo della legge applicata dal giudice straniero, soprattutto per effetto del principio del mutuo riconoscimento: da un lato molte norme di conflitto sono ormai comuni e uniformi negli Stati membri in virtù dei regolamenti, dall'altro si tratta di un controllo che non è stato ammesso quale condizione per il riconoscimento delle sentenze fin dalla Convenzione di Bruxelles. Come si è già ricordato, è invece eventualmente possibile, nel quadro e con i limiti dell'art. 34 n. 1 del Regolamento Bruxelles I, controllare che il risultato al quale il giudice di origine è giunto applicando un diritto straniero produca effetti contrari all'ordine pubblico del foro.

[45] Sentenza 22 dicembre 2010, causa C-491/10 PPU, §§ 46-54.

[46] V. *Hussin c. Belgio* cit., e *Constantinou c. Cipro*, sentenza 17 settembre 2009, n. 3888/06.

[47] Salvo quanto si è detto sopra sulla cittadinanza della vittima del reato.

PLAIDOYER POUR L'AGENCE DES DROITS FONDAMENTAUX DE L'UNION EUROPÉENNE

Florence BENOIT-ROHMER*

SOMMARIO: 1. Un statut fondé sur des compromis. – 1.1. Un contexte propice à l'émergence de l'Agence des droits fondamentaux. – 1.2. Un statut ambigu. – 1.2.1 L'indépendance juridique de l'Agence. – 1.2.2. Une obligation de coopérer avec les organismes européens et nationaux de protection des droits fondamentaux. – 2. Une mission limitée. – 2.1. Le mandat restreint de l'Agence. – 2.1.1. Des compétences restreintes. – 2.1.2 Un cadre limité. – 2.2. Les potentialités. – 2.2.1. Une participation progressive au processus législatif ? – 2.2.2 Les obstacles à surmonter. – 3. Conclusion

Le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales constitue une valeur commune, partagée par tous les États membres de l'Union européenne. Leur importance a été reconnue par la Charte des droits fondamentaux qui, depuis le traité de Lisbonne, a la même valeur juridique que les traités. Une telle exigence impliquait que des mécanismes appropriés soient mis en place pour que l'Union respecte pleinement les droits fondamentaux dans son action et que la cohérence et la continuité de ses politiques soient améliorées en matière de droits de l'homme.

La gestation de l'Agence des droit fondamentaux fut particulièrement longue et délicate. Les négociations en vue de sa création débutèrent en 2003[1] au moment où les chefs d'État et de gouvernement

* Professeur à l'Université de Strasbourg, membre du Comité scientifique de la FRA.

[1] La création de l'Agence est due aux exigences de l'Autriche. Alors que les Etats membres de l'Union se répartissaient les agences, l'Autriche a insisté pour que soit créée une agence dans le domaine des droits fondamentaux, qui viendrait se substituer à l'Observatoire européen des phénomènes racistes et antisémites. La Commission, au

décidèrent de se répartir à nouveau le siège d'un certain nombre d'agences, ce dont profita le gouvernement autrichien pour faire inscrire la création de l'Agence dans les conclusions du Conseil européen. Le 13 décembre 2003, les représentants des États membres, réunis au sein du Conseil européen, soulignaient l'importance que revêtaient la collecte et l'analyse des données relatives aux droits de l'homme en vue de définir la politique de l'Union dans ce domaine et convenaient de créer une Agence des droits de l'homme qui prendrait, avec un mandat élargi, le relais de l'Observatoire européen des phénomènes racistes et xénophobes (EUMC) créé en 1997 dans le cadre de l'année européenne contre le racisme[2]. La création d'une Agence des droits de l'homme fut à nouveau évoquée dans «Le programme de La Haye: Renforcer la liberté, la sécurité et la justice dans l'Union européenne», adopté les 4 et 5 novembre 2004. Les 16 et 17 décembre 2004, le Conseil européen demandait que soit poursuivie la mise en œuvre de l'accord relatif à la création d'une Agence de l'Union Européenne pour les droits de l'homme. En 2005, dans la communication intitulée «Objectifs stratégiques 2005-2009, Europe 2010: un partenariat pour le renouveau européen - Prospérité, solidarité et sécurité»[3], la Commission indiquait que la protection des droits fondamentaux devait être placée au premier plan de l'action européenne avec la création d'une Agence européenne des droits fondamentaux. Elle sera invitée par le Parlement à présenter une proposition législative sur cette agence dans son «Rapport sur la promotion et la protection des droits fondamentaux: le rôle des institutions nationales et européennes, y compris de l'Agence des droits fondamentaux», qu'il adoptait le 26 mai 2005. Enfin, la Commission présentait une communication en date du 30 juin 2005[4] laquelle

départ prise de court par la demande autrichienne, a par la suite adhéré à l'idée, suivie en cela par le Parlement et le Conseil.

[2] L'Observatoire a été créé par le règlement (CE) n°1035/97.

[3] Adoptée par la Commission le 26 janvier 2005

[4] COM(2005) 280 final. Celle-ci a été précédée le 25 octobre 2004, par la publication d'une communication sur l'Agence des droits fondamentaux par laquelle la Commission a lancé une consultation publique sur le mandat, les droits et les domaines thématiques, les tâches et la structure de cette Agence. La consultation s'est déroulée en deux parties: une consultation écrite et une audition publique. La consultation écrite a été engagée par la mise en ligne de la communication sur le site internet Liberté, sécurité et justice; les contributions devaient être transmises par courrier électronique au plus tard le 17 décembre 2004. La Commission a reçu une centaine de réponses, émanant de dix États membres, d'organisations européennes et internationales, d'organismes nationaux de défense des droits de l'homme et de l'égalité des chances, de centres d'études et de recherche, de citoyens et de près de 60 ONG. L'audition publique s'est tenue le 25 janvier 2005.

contenait une proposition de règlement relative à la création d'une Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne. Les négociations aboutirent quatre années plus tard en 2007 par un règlement du Conseil en date 15 février 2007 qui définit les compétences de l'Agence[5].

Construite sur les vestiges de l'Observatoire européen des phénomènes racistes et xénophobes, l'Agence est placée par son règlement fondateur dans la continuité de son action. Celui-ci avait pour mission d'étudier l'ampleur et l'évolution en Europe des phénomènes et manifestations de racisme, de xénophobie et d'antisémitisme, d'analyser leurs causes, leurs conséquences et leurs effets et d'examiner les exemples de bonnes pratiques. Les compétences de l'Observatoire étaient toutefois limitées au racisme et à la xénophobie. Le règlement étend le champ d'intervention de l'Agence à l'ensemble des droits fondamentaux garantis par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, sans préjudice des domaines déjà couverts par le fonctionnement d'autres agences communautaires.

Si l'utilité de l'Agence et sa plus-value par rapport à l'Observatoire n'étaient pas évidentes pour certains Etats membres, l'existence même d'une base juridique autorisant sa création était contestée. Le Parlement européen, qui souhaitait que l'Agence soit créée selon la procédure de codécision, était favorable à un "empilement" de diverses bases juridiques, issues aussi bien du TCE que du TUE[6]. La Commission suggérait que, comme pour l'Observatoire, l'article 308 TCE (devenu l'article 352 du TFUE), puisse servir de base juridique au règlement sur l'Agence. Cet article permettait en effet au Conseil de légiférer pour remplir les objectifs prévus par les Traités lorsque ceux-ci ne prévoient pas de moyens d'actions spécifiques. Or l'un des objectifs généraux que s'est fixée la Communauté est de faire en sorte que son action respecte pleinement les droits fondamentaux. Le service juridique du Conseil de l'Union avait, quant à lui, émis des doutes sur l'utilisation de l'article 308, combiné avec le titre VI du TUE concernant la coopération policière et judiciaire en matière pénale. Pour lui, l'article 308 ne permet que de réaliser l'un des objets de la Communauté, et non de l'Union. Or la protection des droits fondamentaux ne figure pas dans le traité

[5] Règlement 168/2007 du 15 février 2007 (JO L 53/2 du 22.2.2007).

[6] Tels que l'art. 13-2 TCE relatif à la lutte contre toute forme de discrimination, l'article 18 TCE relatif à la libre circulation des personnes, l'article 63TCE relatif à l'asile, l'article 141-1 TCE sur l'égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et féminins, l'article 255 relatif au droit d'accès aux documents et l'article TCE 286 sur la protection des données à caractère personnel et les articles 6, 7 et 31-1 c du TUE relatif au rapprochement du droit pénal procédural.

instituant la Communauté européenne (TCE), mais dans le traité sur l'Union européenne (TUE). Cette analyse était partagée par certains Etats membres et par le Conseil de l'Europe pour lesquels l'article 6 TUE ne pouvait pas constituer une base juridique permettant à l'Union de légiférer dans ce domaine[7]. La suggestion de la Commission a néanmoins été retenue car la clause de l'article 308 avait été utilisée pour l'Observatoire et que la création de l'Agence répondait à un objectif politique difficilement contestable, la promotion des droits de l'homme en Europe.

La filiation de l'Agence avec l'Observatoire se traduit également au niveau des tâches qui lui ont été confiées. Celles-ci demeurent largement inchangées par rapport à celles de l'Observatoire, même si elles sont définies avec plus de précision et si le champ d'intervention est moins exigu. La mission de l'Agence est de fournir aux institutions de la Communauté ainsi qu'aux Etats membres dans le champ d'application du droit communautaire, une assistance et des compétences en matières de droits fondamentaux afin de les aider à respecter ces derniers lorsqu'ils prennent des mesures ou définissent des actions. Elle fait ainsi partie de la panoplie des nombreux instruments aujourd'hui destinés à assurer la promotion des valeurs portées par l'Union européenne et qui sont rappelées par l'article 2 du traité de Lisbonne et qui sont toutes au cœur de l'activité de l'Agence, la dignité humaine, la liberté, la démocratie, d'égalité, l'Etat de droit, le respect des doits de l'homme, y inclus des droits des personnes appartenant à des minorités était ayente été». Cependant son champ d'intervention était essentiellement limité aux activités communautaires, la PESC ayent été exclue et l'espace de liberté, de sécurité et de justice devant faire l'objet de dispositions spécifiques. Le traité de Lisbonne a cependant supprimé cette dernière limitation.

L'Agence est entrée formellement en fonction le 1er mars 2007. A la demande de l'Autriche, le siège de l'Agence a été fixé par les Etats membres à Vienne et son personnel comprend plus d'une centaine d'agents. Elle connaît aujourd'hui des débuts timides et a du mal à

[7] L'Assemblée nationale française rappelait que la Cour de justice avait clairement jugé, dans un arrêt de 1998, que " si le respect des droits fondamentaux [...] constitue une condition de la légalité des actes communautaires, ces droits ne peuvent en eux-mêmes avoir pour effet d'élargir le champ d'application des dispositions du traité au-delà des compétence de la Communauté» (*CJCE, 17 février 1998, Grant, aff. C-249/96, § 45).* L'entrée en vigueur du traité cde Lisbonne qui confère à la Charte la même valeur juridique que les Traités ne change d'ailleurs pas cette situation, l'article 51 de la Charte des droits fondamentaux précisant que ladite Charte ne crée aucune compétence ni aucune tâche nouvelle pour l'Union.

s'imposer sur la scène européenne. Ses potentialités sont toutefois importantes et l'Agence pourrait dans l'avenir guider l'Union européenne dans la défense et la promotion de ses valeurs de telle sorte que la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne devienne effectivement la « boussole » de l'Union européenne.

1. Un statut fondé sur des compromis

Le contexte politique était propice à la création d'une Agence en charge d'assurer la promotion des droits fondamentaux dans l'Union. Mais les difficultés ont surgi lorsqu'il s'est agi d'en préciser le régime juridique car il fallait garantir son indépendance conformément aux Principes de Paris, adoptés par l'Assemblée générale de l'ONU[8] et ne pas porter préjudice aux très nombreuses agences et organisations européennes œuvrant dans le domaine des droits fondamentaux.

1.1 Un contexte propice à l'émergence de l'Agence des droits fondamentaux

La proclamation de droits fondamentaux applicables dans l'Union n'est pas apparue suffisante pour en garantir a protection. Certes, la Cour de justice de l'Union européenne a progressivement développé une jurisprudence permettant de sanctionner a posteriori les institutions et les Etats membres qui ne les respectaient pas. Mais il n'existait aucun mécanisme permettant d'orienter l'action du législateur européen, voir de prévenir les violations des droits fondamentaux au sein de l'Union. L'idée de l'Agence a fait son chemin en même temps que les droits fondamentaux devenaient un véritable enjeu pour l'Europe des vingt-sept.

Elle germa à la fin des années 1990, à l'occasion de la Déclaration faite par l'Union européenne pour le 50ème anniversaire de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1998. Celle-ci indiquait que l'Union est déterminée à veiller au respect des droits de l'homme dans toutes ses actions, décrit les actions nécessaires et demande de «veiller à ce que tout soit mis en œuvre pour parvenir à réaliser ces objectifs de manière cohérente, notamment en examinant s'il y a lieu de renforcer les structures compétentes de l'UE». Le Conseil européen de Vienne du 12 décembre 1998 invitait le Conseil, la

[8] AGONU, résolution A/RES/48/134 du 20 décembre 1993

Commission et les Etats membres à mettre en œuvre les mesures suggérées. Sur la base d'un rapport demandé par la Commission et préparé un groupe d'experts animé par Philip Alston, un comité des Sages avait formulé des recommandations concrètes, dont la création d'un centre de monitoring des droits de l'homme, qui s'inspirerait de l'Observatoire européen des phénomènes racistes et xénophobes et qui aurait pour objet d'améliorer la coordination des politiques poursuivies par les Etats membres de l'Union dans le domaine des droits de l'homme[9]. L'idée visait à encourager l'Union à définir une politique permettant de prévenir les violations des droits de l'homme en son sein[10]. Même si le Conseil européen de Copenhague des 3 et 4 juin 1999 avait suggéré d'examiner l'opportunité de créer une "Agence pour les droits de l'homme et la démocratie" et si le Parlement européen avait repris cette proposition dans plusieurs résolutions[11], soutenu en cela par le comité des sages qui avait examiné le respect par l'Autriche des valeurs communes européennes en septembre 2000, l'idée est toutefois mise de côté au profit de l'élaboration de la Charte des droits fondamentaux.

Mais elle n'est pas oubliée et se verra concrétisée au fur et à mesure que l'intégration européenne progresse et que le projet européen place en son cœur la protection des droits fondamentaux. En effet, si à l'origine, la Communauté européenne ignorait les droits fondamentaux en raison de sa nature économique, l'Union dispose aujourd'hui d'un corpus

[9] Cf article 6 §1 de l'ex TUE : « l'Union est fondée sur les principes de la liberté, de la démocratie, du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que de l'état de droit, principes qui sont communs aux Etats membres » est remplacé aujourd'hui par l'article 2 du traité de Lisbonne qui précise dans le droit-fil de l'actuel article 6§1 du Traité de l'Union européenne que « l'Union est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'Etat de droit, ainsi que de respect des doits de l'homme, y inclus des droits des personnes appartenant à des minorités. ».

[10] VOIR P. ALSTON AND J.H. WEILER, *An Ever closer Union in Need of a Human Rights Policy : the European Union and Human Rights* , in P. Alston et M. Bustelo, J. Heenan (éds.), *The European Union and Human rights* (1999)3.

[11] Résolution du Parlement européen sur le rapport annuel sur le respect des droits humains dans l'Union européenne, du 16 mars 2000 (A5-0050/2000); résolution sur les droits de l'homme internationaux et sur la politique de l'Union européenne en matière de droits de l'homme du 16 mars 2000 (A5-0060/2000); résolution du Parlement européen sur la communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen – le rôle de l'Union européenne dans la promotion des droits de l'homme et la démocratisation dans les pays tiers, du 25 avril 2002 (A5-0084/2002) ; résolution du Parlement européen sur la situation des droits fondamentaux dans l'Union européenne du 15 janvier 2003 (A5-0451/2002).

important en matière de protection des droits fondamentaux[12]. Avec le Traité d'Amsterdam entré en vigueur le 1er mai 1999, les Etats membres décident de renforcer la référence aux droits fondamentaux en précisant les valeurs sur lesquelles l'Union européenne est fondée, qui incluent le respect des droits de l'homme et les libertés fondamentales[13]. Le Traité met également en place un mécanisme politique « répressif » permettant de sanctionner les Etats qui violeraient les valeurs fondatrices de l'Union (article 7 §2 TUE). Celui-ci n'a toutefois pu être utilisé lors de la participation du parti d'extrême droite de Joerg Haider au gouvernement constitué après les élections de 1999 en Autriche, aucune violation grave et persistante des droits de l'homme n'ayant heureusement pu être constatée. Les Etats membres décident en conséquence de le compléter lors de la révision des traités opérée à Nice en décembre 2000 par une procédure de recommandation destinée cette fois-ci à prévenir d'éventuelles violations de celles-ci (article7§1). Ce changement marque une montée en puissance de la protection des droits fondamentaux dans l'Union et la Communauté. L'évolution se poursuit par la proclamation de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, lors du Conseil européen de Nice en décembre 2000, qui comprend un catalogue de droits très complet car il recouvre à la fois des droits civils et politiques, économiques et sociaux et des droits dits de " nouvelle génération". On le sait, celle-ci sera parachevée par la suite par le traité de Lisbonne qui remanie l'article 6 et renvoie aujourd'hui à la Charte des droits fondamentaux à laquelle il confère la même valeur juridique que les traités. Il fait ainsi d'elle la source première des droits fondamentaux[14].

La nécessité d'assurer la mise en œuvre de la Charte aussi bien à

[12] A l'origine, il est revenu à la Cour de justice de développer une jurisprudence protectrice de ces droits, qu'elle a consacrés en tant que principes généraux du droit communautaire. Pour ce faire, elle s'est inspirée des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres et des instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme, parmi lesquels la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH) a occupé une place privilégiée.

[13] Cf. note 9.

[14] L'article 6 du TUE remanié par le Traité de Lisbonne renvoie à la version révisée à l'occasion de son incorporation dans la Constitution européenne et qui a été signée par le Parlement, le Conseil et la Commission le 12 décembre 2007 à Strasbourg, tout en indiquant qu'elle a une valeur équivalent à celle des traités. L'article 6 se réfère aussi comme auparavant aux droits fondamentaux tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres et tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne des droits de l'homme qui font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux du droit . Enfin, il prévoit l'adhésion de l'Union à la Convention européenne des droits de l'homme.

l'intérieur des Etats membres qu'au niveau des institutions européennes elles-mêmes fait resurgir l'idée d'en confier l'évaluation et le suivi à une instance indépendante capable d'évaluer la situation des droits de l'homme dans l'Union. La Commission et le Parlement européen s'étaient certes engagés à respecter la Charte lors de l'élaboration des textes communautaire. Mais le Parlement était décidé à aller plus loin. Par une résolution sur la situation des droits fondamentaux dans l'Union européenne en 2000, adoptée le 5 juillet 2001, il recommandait «la mise en réseau d'experts faisant autorité en matière de droits de l'homme et de juristes de chacun des Etats membres pour assurer un degré élevé d'expertise et afin que le Parlement puisse se voir présenter une évaluation de la mise en œuvre de chacun des droits énoncés par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne en tenant compte de l'évolution des législations nationales, de la jurisprudence des Cours de Luxembourg et de Strasbourg ainsi que des jurisprudences marquantes des Cours constitutionnelles et des juridictions des Etats membres»[15]. Etabli par la Commission, le « Réseau d'experts indépendants en matière de droits fondamentaux (CFR-CDF) » a vu le jour en septembre 2002 et a tenu sa réunion inaugurale le 16 octobre de cette même année[16]. Les rapports publiés par le réseau furent nombreux et servirent de support au rapport sur la situation des droits de l'homme élaboré par la Commission « Libé » du Parlement européen. Mais l'influence du réseau d'experts devait décliner jusqu'en 2006 où il prit fin.

L'idée d'une agence capable de fournir des données fiables et objectives au niveau communautaire sur la manière dont les institutions européennes et les Etats membres respectent la charte des droits fondamentaux n'en est pas pour autant oubliée. La crédibilité de l'Union dans le domaine des droits de l'homme impliquait qu'elle montre qu'elle s'imposait à elle-même de respecter les droits fondamentaux pour ne pas être critiquée par les Etat tiers avec lesquels elle entretenait des relations commerciales et auxquelles elle imposait de protéger les droits de l'homme. L'Union prenait également conscience que la défense des droits fondamentaux dépendait d'une amélioration des connaissances et

[15] A5-0223/2001, point 9. La résolution a été adoptée sur la base d'un rapport ayant trait au même sujet, présenté le 21 juin 2001 par la Commission des libertés et des droits des citoyens, de la justice et des affaires intérieures du

[16] D. SINOU, *Les activité du réseau d'expert indépendants de l'Union européenne en matière de droits fondamentaux*, Droits fondamentaux, n° 3, janvier - décembre 2003, p. 163.

d'une sensibilisation générale des citoyens européens aux questions des droits fondamentaux dans l'Union européenne.

La Commission avait d'abord envisagé une réforme du fonctionnement de l'Observatoire, dont le bilan avait été qualifié de mitigé à l'occasion de son évaluation[17], pour apporter des correctifs à son fonctionnement à la lumière de l'expérience acquise. Cette approche pragmatique a été rejetée par le Conseil européen des 12 et 13 décembre 2003 au cours duquel les représentants des États membres sont convenus d'étendre le mandat de l'Observatoire pour en faire une Agence des droits de l'homme[18]. La Commission a en conséquence présenté une proposition modifiant le règlement (CE) n° 1035/97 du Conseil du 2 juin 1997 portant création de l'Observatoire. Les négociations aboutirent au règlement du Conseil en date 15 février 2007 qui définit le statut et le mandat de l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne.

1.2 Un statut ambigu

S'il était politiquement peu correct pour les Etats de l'Union de s'opposer à la création d'une agence chargée de la promotion des droits de l'homme dans l'Union, les difficultés ont surgi lorsqu'il s'est agi d'élaborer son statut . Plusieurs idées imprègnent le statut de l'Agence. D'un côté, la Commission souhaitait créer une agence indépendante sur le modèle des institutions nationales pour la protection et la promotion des droits de l'homme. En conséquence, le règlement fondateur de l'Agence fait référence aux principes relatifs au statut et au fonctionnement des institutions nationales de protection des droits de l'homme encore appelés Principes de Paris, adoptés par l'Assemblée générale de l'ONU[19]. Ceux-ci insistent sur l'indépendance que doivent

[17] Le fonctionnement de l'Observatoire des phénomènes racistes et xénophobes a fait l'objet d'une évaluation externe en 2002, effectuée par le *Centre for Strategy and Evaluation Services*. Cette évaluation souligne les difficultés de méthodes rencontrées par l'Observatoire qui n'ont pas permis sérieusement d'évaluer l'efficacité des politiques antiracistes menées dans chaque pays. Le rapport conclut que le retour sur investissement de l'Observatoire soit à la mesure des 13 millions d'euros engagés par l'Observatoire jusqu'à la fin 2001. Des problèmes budgétaires et de gestion sont en outre intervenus au cours de la période considérée, également relevés par la Cour des comptes européenne dans son rapport sur le budget 2001.

[18] Rappelons – car cette coïncidence ne doit sans doute rien au hasard – que c'est au cours de ce Conseil européen que le siège de certaines agences ou organismes de l'Union européenne a été fixé, et que l'Autriche n'avait obtenu aucun d'entre eux.

[19] AGONU, résolution A/RES/48/134 du 20 décembre 1993

revêtir les organes chargés de la protection des droits de l'homme[20]. De l'autre, il fallait ne pas porter préjudice aux domaines déjà couverts par le fonctionnement d'autres agences communautaires, d'autres organisations européennes et bien entendu ne pas empiéter sur les compétences souveraines des Etats membres.

1.2.1 L'indépendance juridique de l'Agence

Comme le souligne le règlement dans son article 16, l'Agence s'acquitte de ses missions en toute indépendance. Il est en effet apparu particulièrement important que l'Agence puisse remplir sa tâche avec objectivité, sans subir de pressions de la part des Etat ou des institutions européennes qui l'ont établie. Dans le même temps, son indépendance doit garantir sa crédibilité , sa légitimité et donc son efficacité.

La volonté de garantir l'indépendance de l'Observatoire avait conduit à le constituer sous forme d'Agence. Il est apparu naturel de reconduire ce statut pour l'Agence des droits fondamentaux, même si la multiplication des agences ou organes de l'Union n'est pas toujours perçue comme une solution très satisfaisante[21]. Le statut d'agence lui confère la personnalité juridique et garantit son autonomie juridique et financière. Il renforce également sa visibilité et légitime son action.

Certes les agences sont très différentes les unes des autres, tant en ce qui concerne leur taille que leurs domaines d'activités, mais elles ont généralement une structure de base commune et des modes de fonctionnement similaires. Comme toutes les agences, l'Agence des droits fondamentaux fonctionne sous l'autorité d'un conseil d'administration chargé de veiller au bon fonctionnement de celle-ci, d'établir le projet de budget et les programmes de travail et d'assurer le suivi de leur mise en œuvre. Le directeur exécutif, nommé par le conseil d'administration sur présentation du Parlement européen, est responsable de la gestion quotidienne de l'Agence ainsi que de la préparation et de la

[20] Ces recommandations, qui ont été approuvées par la Commission des droits de l'homme en mars 1992, (résolution 1992/54) et par l'Assemblée générale de l'ONU (résolution A/RES/48/134 du 20 décembre 1993).

[21] Bien qu'appartenant aux agences de la troisième génération apparues en 2003, l'Agence des droits fondamentaux de l'UE dispose de missions traditionnellement dévolues aux agences qualifiées d'agences de la première génération tel le Centre européen pour le développement de la formation professionnelle et la Fondation européenne pour l'amélioration des conditions de vie et de travail, à savoir fournir une expertises scientifique par la réalisation d'études dans certains domaines bien définis. Elle introduit un certain niveau de décentralisation des activités communautaires dans le domaine des droits de l'homme et renforce la visibilité des tâches qui lui sont confiées. Elle a aussi pour vocation de faciliter le dialogue au niveau européen.

mise en œuvre du programme de travail annuel. Un conseil scientifique, composé d'experts qualifiés en matière de droits fondamentaux assiste le conseil d'administration et le directeur. Ce conseil, qui n'existait pas dans le cadre de l'Observatoire, a été créé à la demande de la France pour garantir l'objectivité scientifique des travaux de l'Agence, « en raison du manque de crédibilité dont avait souffert l'Observatoire »[22].

Les mécanismes de nomination des membres des instances dirigeantes de l'Agence ont été déterminés pour éviter son instrumentalisation par les institutions européennes ou par les Etats. Comme pour l'Observatoire, le principe de la présence d'un expert indépendant désigné par chaque État membre est maintenu. Le règlement prévoit qu'il revient à chaque Etat membre de désigner une personnalité indépendante assumant des responsabilités à haut niveau au sein d'une institution nationale indépendante des droits de l'homme ou d'une autre organisation du secteur public ou privé et un suppléant. Pour renforcer les synergies avec le Conseil de l'Europe et les institutions européennes, une personnalité indépendante désigné par le Conseil de l'Europe[23] et deux représentants de la Commission siègent à titre supplémentaire au conseil d'administration, mais ni le Parlement européen, ni le Conseil ne sont représentés pour éviter tout conflit d'intérêt[24]. Cette formule est apparue comme une garantie suffisante de l'indépendance de l'Agence par rapport aux institutions communautaires et aux gouvernements des États membres, tout en permettant la mise en commun de compétences diversifiées dans le domaine des droits fondamentaux.

La mise en place d'un conseil scientifique répond elle aussi à la nécessité de garantir. Sa composition a été pensée pour lui permettre de contrôler la qualité scientifique des rapports et des avis rendus par l'Agence sans être soumis à des pressions extérieures. Ses 11 membres doivent être des personnalités indépendantes hautement qualifiées dans le domaine des droits de l'homme. Elles doivent être nommées par le conseil d'administration, à la suite d'une procédure transparente d'appel

[22] En effet l'évaluation externe effectuée par le *Centre for Strategy and Evaluation Services en 2002* soulignait que les rapports et études de l'Observatoire n'avaient pas permis d'effectuer de véritables comparaisons entre les situations des différents Etats membres, ni même d'évaluer l'efficacité des politiques antiracistes menées dans chaque pays.

[23] Les droits de vote du membre désigné par le Conseil de l'Europe sont limités au strict minimum et ne portent donc pas atteinte à l'indépendance institutionnelle de l'Agence.

[24] La logique a été effectivement poussée jusqu'au bout puisqu'a même été supprimée par rapport à la proposition de la Commission la possibilité pour le Parlement de désigner une personnalité indépendante en raison notamment du contrôle budgétaire qu'il exerce sur l'Agence.

de candidatures et de sélection, après consultation de la commission compétente du Parlement européen. Quant au Directeur, son indépendance est acquise par le fait qu'il est nommé par le conseil d'administration sur proposition du Parlement européen. L'intervention du Parlement dans le processus de nomination du directeur ou des membres du comité scientifique est plutôt rare dans le cadre des agences, mais s'explique par l'intérêt que celui-ci a toujours porté à la question des droits fondamentaux.

L'indépendance des instances de l'Agence est de plus cautionnée par le caractère non renouvelable du mandat de leurs membres. Pour éviter toute forme de pressions sur les membres du conseil d'administration, ceux-ci exercent leur mandat pour une durée de cinq ans non renouvelable. Sauf cas de décès ou de remplacement normal, le mandat d'un membre du conseil ne peut prendre fin que par la démission de celui-ci. Lorsqu'un membre ou un suppléant ne remplit plus les critères d'indépendance, celui-ci doit en informer la Commission et le directeur de l'Agence et l'Etat concerné doit nommer un nouveau membre ou un nouveau suppléant pour la durée du mandat à couvrir si le conseil d'administration a établi, sur proposition d'un tiers de ses membres ou de la Commission, que le membre ou le suppléant en question ne remplit plus les critères d'indépendance requis[25]. Quant au comité scientifique, le mandat de ses membres est d'une durée de cinq ans non renouvelable.

Comme si cela ne suffisait pas, les auteurs du règlement ont exigé des membres du conseil d'administration, du directeur et des membres du conseil scientifique qu'ils s'engagent à agir dans l'intérêt général. Le règlement prévoit à cet effet la nécessité pour eux de rédiger une déclaration d'intérêt dans laquelle ils font état soit de l'absence de tout intérêt susceptible d'être considéré comme préjudiciables à leur indépendance, soit de l'existence d'intérêts directs ou indirects susceptibles d'être considérés comme préjudiciable à leur indépendance. Ces déclarations sont faites par écrit au moment de la prise de fonction et révisées si nécessaire.

Si l'indépendance de l'agence est acquise sur un plan juridique, il lui revient maintenant de la conquérir sur un plan politique, gage de son succès. L'Agence pourra-t-elle se soustraire à l'influence de la Commission et plus particulièrement de son commissaire chargé de la Justice, des Droits fondamentaux et de la Citoyenneté?

[25] Lorsque la durée du mandat restant à courir est inférieure à deux ans, le mandat du nouveau membre ou du suppléant peut être prolongé pour un mandat complet de cinq ans.

1.2.2. Une obligation de coopérer avec les organismes européens et nationaux de protection des droits fondamentaux

Face à la multiplicité des organisations européennes assurant la défense et la promotion des droits de l'homme, il est apparu naturel de contraindre l'Agence à coopérer étroitement avec elles, ne serait-ce que pour éviter les chevauchements d'activités et les double emplois. Les dispositions du cadre pluriannuel doivent notamment garantir le respect mutuel des compétences de chacun de ces organes et organismes et les synergies appropriées entre eux.

Le règlement impose ainsi à l'Agence d'entretenir des liens étroits avec l'OSCE et les organes des Nations unies actifs dans le domaine des droits de l'homme. Parmi les autres organisations internationales, une place privilégiée est accordée au Conseil de l'Europe qui dès les négociations préalables à l'établissement de l'Agence, avait manifesté par le biais de l'Assemblée parlementaire ou de son Secrétaire général, de très vives inquiétudes quant au recoupement d'activités que la création de l'Agence allait impliquer. L'organisation craignait que l'établissement de l 'Agence affaiblisse son autorité en lui faisant concurrence dans le cadre de l'Union européenne et en créant des clivages en son sein entre Etats membres ou non de l'Union. Elle y voyait également une source de gaspillage de ressources[26] et s'inquiétait de la prise en considération par la nouvelle agence des instruments et des mécanismes de protection des droits de l'homme. La Commission a été sensible à ces arguments, et l'article 9 du règlement fondateur impose en conséquence à l'Agence de coordonner ses activités avec le Conseil de l'Europe « pour éviter les doubles emplois, par souci de complémentarité et afin d'en garantir la valeur ajoutée », en particulier en ce qui concerne son programme de travail annuel et la coopération avec la société civile. Un mémorandum d'accord a été conclu entre l'Union et le Conseil ainsi qu'un accord de coopération « destiné à établir un cadre de coopération entre l'agence et le Conseil de l'Europe », et à garantir la complémentarité de leurs travaux. Cet accord inclut la possibilité pour le Conseil de l'Europe de désigner une personnalité indépendante pour siéger au conseil d'administration et au bureau exécutif de l'Agence[27].

[26] Cf. O. de Schutter, Les deux Europe des droits de l'homme : émergence d'une division de tâches entre le Conseil de l'Europe et de l'Union européenne dans la promotion des droits de l'homme en Europe, The Columbia Journal of European Law,(2008), vol14, n°3, pp. 32.

[27] Accord entre la Communauté européenne et le Conseil de l'Europe concernant la coopération entre l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne et le Conseil de l'Europe en date du 15 juillet 2008.

Afin de garantir les synergies au niveau de l'action de l'Union européenne et éviter que la voix de l'Union se disperse, il est également requis de l'Agence qu'elle travaille en liaison aussi étroite que possible avec tous les programmes, organes et agences communautaires concernés et avec tous les organismes de l'Union. La coopération entre les agences dont l'activité a un impact dans le domaine des droits fondamentaux, en particulier avec l'Institut européen pour l'égalité entre les hommes et les femme, est en effet primordiale pour éviter les dissonances et l'Agence des droits fondamentaux s'emploie à la renforcer[28].

Les États membres doivent eux aussi figurer parmi les partenaires privilégiés de l'Agence, notamment au travers des agents de liaison nationaux qui sont appelés à formuler un avis sur le programme de travail annuel de l'Agence, des organisations gouvernementales et des organes publics compétents en matière de droits fondamentaux, y compris les institutions nationales de défense des droits de l'homme des États membres[29]. De la sorte, les Etats peuvent vérifier que l'Agence limite bien son activité au champ d'application du droit de l'Union européenne.

Enfin le règlement prévoit la coopération de l'Agence avec les organisations non gouvernementales et les institutions de la société civile intervenant dan le domaine des droits de l'homme. La coopération sera organisée au moyen d'un réseau de coopération souple, la plate-forme des droits fondamentaux, qui est un mécanisme d'échange d'informations et de mise en commun des connaissances.

2. Une mission limitée

Il faut regretter que le mandat de l'Agence ait été limité sous la pression des Etats membres mais aussi du Conseil de l'Europe qui avait

[28] Voir aussi par exemple l'accord signé avec l'Agence des droits fondamentaux le 26 mai 2010, par lequel FRONTEX et l'Agence s'engagent à coopérer afin « d'encourager une approche commune en matière de droits fondamentaux dans le contexte de la gestion des frontières et à coordonner leurs actions où cela s'avère approprié ». Il est notamment prévu que l'Agence, sur requête de FRONTEX, offre son expertise dans les différentes phases d'une opération conjointe, notamment des conseils, sur la façon dont les garde-frontières peuvent tenir compte des droits fondamentaux. Les parties s'engagent aussi à développer des activités destinées aux garde-frontières, afin notamment de leur apprendre à identifier les personnes vulnérables. Les besoins en termes de formation pour tout le personnel.

[29] L'Agence tient chaque année une réunion avec des représentants des institutions nationales des droits de l'homme.

peur de la concurrence. Malgré cela, une utilisation adéquate et habile de ses compétences devrait progressivement lui permettre de renforcer ses compétences et sa visibilité.

2.1 Le mandat restreint de l'Agence

Lorsque la création de l'Agence a été décidée, il a fallu en circonscrire les compétences de manière à éviter les duplications avec les organismes existants et à mettre en valeur sa plus value mise en doute par certains Etats. Les auteurs du règlement se sont contentés de reprendre les compétences dévolues à l'Observatoire, limitées au racisme et à la xénophobie, et à les étendre à tous les droits couverts par la Charte des droits fondamentaux. Cette solution présentait l'avantage de ne nuire ni aux intérêts des Etats ni à ceux des institutions européennes. En effet, la plupart des Etats membres craignaient que l'Agence puisse s'immiscer dans les domaines qui relèvent de leur souveraineté. Il fallait donc leur donner des garanties contre toute immixtion possible de l'Agence dans leurs compétences « réservées ». De plus, la Commission, prise par surprise en 2003 par l'annonce du Conseil européen de Bruxelles de « ressusciter » l'idée d'une agence, ne voulait pas d'une institution qui risquait plus d'entraver son action par les avis et les consultations qu'il lui faudrait solliciter, que de la faciliter.

En outre, dès l'annonce d'un projet d'Agence, le Conseil de l'Europe s'est mobilisé contre la création de celle-ci dont il craignait qu'elle vienne concurrencer, au sein de l'Europe des 27, son rôle de garant européen des droits de l'homme. Face à l'inéluctabilité de sa création, le Conseil de l'Europe a milité pour que les tâches de l'Agence soient restreintes et complémentaires avec son rôle de gardien des droits de l'homme, de la démocratie et de l'Etat de droit. Pour l'Assemblée du Conseil de l'Europe, « la création d'un nouvel organisme distinct de protection des droits de l'homme dont les activités chevaucheraient celles du Conseil de l'Europe irait totalement à l'encontre des décisions prises lors du Sommet de Varsovie et serait contraire aux conclusions du rapport Juncker »[30]. Elle soutenait que «la création d'une agence des droits fondamentaux au sein de l'Union européenne pourrait apporter une contribution utile, à condition, toutefois, qu'un rôle et un domaine d'action pertinents soient définis et que cette agence vienne donc "combler une lacune" et présente une réelle valeur ajoutée et une

[30] Recommandation 1744(2006) et Résolution 1427 (2005).

complémentarité indiscutables en termes de promotion du respect des droits de l'homme»[31].

2.1.1 Des compétences restreintes

D'après l'article 2 du règlement fondateur de l'Agence, celle-ci a simplement pour mission « de fournir aux institutions, organes, organismes et agences compétents de la Communauté, ainsi qu'à ses Etats membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit communautaire, une assistance et des compétences en matière de droits fondamentaux, afin de les aider à respecter pleinement ces derniers, lorsque dans leurs domaines de compétence respectifs, ils prennent des mesures ou définissent des actions ». Avec l'adoption de la Charte des droits fondamentaux en 2000 et sa consécration juridique par le Traité de Lisbonne, celle-ci est devenue la référence pour la définition du mandat de l'Agence.

A ce titre, trois types de compétences lui sont conférés. Elle est d'abord chargée de fournir des informations qui permettent de mesurer et de comparer l'efficacité des politiques menées par les États membres afin de mieux concevoir et cibler les politiques de l'Union. Au titre de cette assistance technique, il lui revient ainsi, à l'intérieur du cadre pluriannuel fixé par le Conseil, «de collecter et d'évaluer des données pertinentes, objectives, fiables et comparables concernant d'une part les effets concrets sur les droits de l'homme des mesures prises par l'Union d'autre part les bonnes pratiques en matière de respect et de promotion des droits de l'homme». A cet effet, l'Agence doit appliquer un système uniforme de collecte et d'analyse de l'information afin de garantir la compatibilité et la comparabilité des données et de permettre une étude comparative rigoureuse, sous l'angle méthodologique, de la situation en Europe.

Elle a aussi une mission de conseil des institutions européennes et des Etats membres. Elle doit formuler dans le cadre pluriannuel qui lui a été fixé, des avis sur des sujets thématiques spécifiques à l'attention de l'Union européenne et de ses Etats membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit communautaire. Elle peut le faire soit de sa propre initiative, soit à la demande du Parlement européen, du Conseil ou de la Commission. A cela s'ajoute l'obligation de publier un rapport annuel sur les questions relatives aux droits fondamentaux relevant des domaines d'action de l'Agence, en soulignant également les exemples de

[31] Voir aussi la résolution 1427 (2005)

bonnes pratiques et de publier des rapports thématiques sur la base de ses analyses.

Enfin, le règlement instituant l'Agence insiste, davantage que ce n'était le cas pour l'Observatoire, sur la nécessité pour elle de sensibiliser le grand public aux droits fondamentaux et de renforcer la coopération avec la société civile. L'Agence devra de manière active et permanente mener des actions d'information du public, encourager le dialogue avec la société civile, coordonner son action et mettre en place des réseaux avec les différents acteurs du domaine des droits fondamentaux.

Le règlement précise aussi ce que l'Agence n'est pas autorisée à faire, montrant par là la volonté des Etats et des institutions de fermement limiter son mandat aux trois fonctions précédemment examinées. Elle ne doit exercer aucune fonction de contrôle ni sur les actes de l'Union, ni sur les Etats. Elle ne peut pas non plus de sa propre initiative donner d'avis sur les propositions législatives ou les positions que les institutions adoptent. Elle ne peut le faire que si l'institution concernée en fait la demande. Il lui est de plus interdit se prononcer sur la légalité des actes communautaires au sens de l'article 230 du traité, ni sur la question de savoir si un État membre a manqué à une des obligations qui lui incombent en vertu du traité au sens de l'article 226. Enfin, elle ne peut examiner de plaintes individuelles.

La possibilité de confier à l'Agence un rôle d' « alerte précoce » dans le cadre de la mise en œuvre de la procédure prévue à l'article 7 du TUE avait été évoquée par la Commission. Les réactions ont été vives à cet égard dans la mesure où l'agence aurait, dans ce cas, exercé un rôle de suivi du respect des droits fondamentaux par les Etats membres dans leur sphère d'action réservée, et non pas uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union. Consultées dans le cadre d'une enquête publique lancée par la communication de la Commission du 25 octobre 2004[32], les ONG ont souhaité voir l'Agence jouer un rôle de premier plan à cet égard, alors que les États membres ont exprimé une forte réticence. L'Assemblée nationale française indique par exemple que « cette suggestion ne devrait pas être retenue, car l'agence n'a pas vocation à effectuer des analyses par pays (déjà réalisées par les organes des Nations unies ou du Conseil de l'Europe ou, dans le cadre de l'Union

[32] Le 25 octobre 2004, par la publication d'une communication sur l'Agence des droits fondamentaux, la Commission a lancé une consultation publique sur le mandat, les droits et les domaines thématiques, les tâches et la structure de cette Agence. La consultation s'est déroulée en deux parties: une consultation écrite et une audition publique.

européenne, par le réseau des experts indépendants, précité), mais des analyses thématiques. Un tel élargissement du mandat de l'agence irait au-delà du champ d'application de la Charte et entraînerait une dilution de ses activités préjudiciable à son efficacité. Les institutions de l'Union disposent, par ailleurs, d'une expertise suffisante pour la mise en œuvre de l'article 7 TUE grâce aux instances du Conseil de l'Europe et au réseau d'experts indépendants »[33]. Le Conseil de l'Europe n'a quant à lui pas manqué de marquer une totale désapprobation. Il a considéré qu' « un mandat permettant à l'agence de constater, au titre de l'article 7 du Traité de l'Union européenne (Maastricht, 1992), des violations graves et persistantes des principes fondateurs de l'Union européenne, commises par des Etats membres, serait difficile à concilier avec un organisme efficace et pourrait l'amener à empiéter sur les travaux du Conseil de l'Europe, en créant un risque réel de chevauchements et de contradictions »[34].

Les Etats et le Conseil de l'Europe ont eu gain de cause puisqu'il a finalement été décidé que l'Agence ne pourra effectuer aucun suivi systématique et permanent de la situation dans les États membres aux fins de l'article 7 du traité UE. Le Conseil a toutefois déclaré qu'il pourra solliciter l'assistance de l'Agence en tant que personnalité indépendante, s'il l'estime utile dans le cadre d'une éventuelle procédure au titre de l'article 7 du traité UE.

2.1.2 Un cadre limité

Le règlement fondateur de l'Agence prévoit qu'elle exerce ses compétences dans le cadre des compétences de la Communauté telles que prévues par le traité instituant la Communauté européenne. La Commission avait initialement prévu que l'Agence puisse intervenir dans le domaine de la coopération policière et judiciaire en matière pénale, mais le Conseil de l'Union s'y est fermement opposé. La solution de compromis a été de retirer ce domaine du champ de compétence de l'Agence tout en laissant à une décision du Conseil la possibilité d'étendre le champ d'action à ces questions, ce qu'il n'a

[33] Document sur la Communication de la Commission. L'Agence des Droits Fondamentaux. Doc. E2766 déposé le 18 novembre 2004 distribué le 25 novembre 2004 (12ème législature) . Ce document a été examiné au cours de la réunion du 29 juin 2005.

[34] Doc. 10894 du11 avril 2006,Suivi du Troisième Sommet: Le Conseil de l'Europe et l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, Rapport de la Commission des questions juridiques et des droits de l'Homme de M. Erik Jurgens.

jamais fait[35]. L'Agence voyait ainsi échapper à son examen un domaine qui, plus que dans tout autre, soulève des questions délicates et controversées concernant la nécessité et la proportionnalité d'éventuelles limitations des droits fondamentaux[36]. Elle peut toutefois intervenir dans ce domaine à la demande d'une institution de l'Union[37]. Avec l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne et la suppression des piliers, les compétences de l'Agence se sont automatiquement étendues aux domaines qui relevaient du Titre 6 du TUE. Par contre, la PESC (Titre 5 TUE) reste encore en dehors des compétences de l'Agence. Il ne serait cependant pas inutile qu'une révision du règlement vienne confirmer cette interprétation.

De même les activités de l'Agence sont circonscrites au champ d'application du droit de l'Union européenne de manière à éviter les chevauchements d'activités avec d'autres organismes. L'Agence n'est en effet compétente pour examiner des questions relatives aux droits fondamentaux dans les Etats membres que lorsqu'ils mettent en œuvre le droit communautaire. Elle doit donc limiter sa sphère d'influence aux institutions de l'Union et à la mise en œuvre du droit communautaire par les Etats membres et ne peut s'intéresser à la manière dont les Etats mettent en œuvre les droits fondamentaux dans le cadre de leurs compétences internes.

Si la norme de référence pour l'Agence est constituée par l'ensemble des droits garantis par la Charte des droits fondamentaux, les auteurs du règlement ont toutefois jugé nécessaire d'orienter son action et de restreindre son activité à des domaines thématiques précis définis par un cadre pluriannuel s'étendant sur 5 ans[38]. Une telle limitation résultait également d'un souhait du Conseil de l'Europe qui estimait que l'Agence ne devait être tenue de contrôler le respect des droits

[35] Déclaration du Conseil en date du12 février 2007. Le Conseil a fait la déclaration suivante : Compte tenu du fait que l'Agence acquerra des compétences générales en matière de droits fondamentaux, les institutions de l'Union, dans le cadre du processus législatif et dans le respect des pouvoirs de chacune, peuvent toutes tirer parti, le cas échéant et sur une base volontaire, de ces compétences également dans les domaines de la coopération policière et judiciaire en matière pénale. Ces compétences générales peuvent aussi être utiles aux États membres qui souhaitent y faire appel lors de la mise en œuvre des actes législatifs de l'Union dans ce domaine.

[36] On songe notamment à la lutte contre le terrorisme, le mandat d'arrêt européen, ou encore la coopération policière.

[37] A cet égard, il faut souligner que la Cour européenne des droits de l'homme, lorsqu'elle a reconnu que l'ordre juridique communautaire dans son ensemble offrait une protection équivalente à celle offerte par la Cour a expressément limité cette conclusion au premier pilier CEDH, 30 juin 2005, Bosphorus c. Irlande, req. n° 45036/98, §72

[38] Règlement (CE) n)168/2007, article 5.

fondamentaux que par domaine thématique et non pays par pays pour éviter les duplications d'activités avec le monitoring mise en place dans le cadre du Conseil de l'Europe.

Ce cadre pluriannuel doit respecter les priorités de l'Union en tenant dûment compte des orientations découlant des résolutions du Parlement européen et des conclusions du Conseil relatives aux droits fondamentaux. Suite aux efforts déployés pour que l'Agence prenne la relève de l'Observatoire, le règlement indique que le cadre pluriannuel doit également comprendre la lutte contre le racisme, la xénophobie et l'intolérance. Il lui faut également garantir le respect mutuel des compétences de chacun des organes, organismes et agences compétents dans les matières couvertes par le cadre pluriannuel et garantir les synergies appropriées. À cette fin, des protocoles d'accord sont signés et une participation réciproque aux réunions des agences et des organes est possible[39].

L'orientation de l'action de l'Agence par les institutions de l'Union est-elle compatible avec le principe d'indépendance sur lequel l'Agence est fondée et avec les principes relatifs au statut et au fonctionnement des institutions nationales de protection des droits de l'homme encore appelés Principes de Paris invoqués par les auteurs du règlement ? Ces derniers précisent qu'une institution nationale doit être dotée d'un mandat aussi étendu que possible, et clairement énoncé dans un texte constitutionnel ou législatif, déterminant sa composition et son champ de compétence. Or si le mandat de l'Agence est clairement défini, son champ de compétence a été limité et soumis à contrôle puisque le cadre pluriannuel est déterminé par un règlement d'application à l'adoption duquel sont associées les institutions communautaires. L'article 5 du règlement indique en effet qu'il revient au Conseil, statuant sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement, d'adopter le cadre pluriannuel. Le conseil d'administration de l'Agence est simplement consulté au moment où la Commission élabore sa

[39] Le cadre pluriannuel doit garantir la complémentarité avec le mandat d'autres organes, organismes et agences de la Communauté et de l'Union, ainsi qu'avec le Conseil de l'Europe et d'autres organisations internationales intervenant dans le domaine des droits fondamentaux. Les agences concernés par le présent cadre pluriannuel sont l'Institut européen pour l'égalité entre les hommes et les femmes, créé par le règlement (CE) n°1922/2006 du Parlement européen et du conseil du 20 décembre 2006 portant création d'un Institut européen pour l'égalité entre les hommes et les femmes, le contrôleur européen de la protection des données institué par le règlement (CE))45/2001 du Parlement et du Conseil du18 décembre 2000 relatif à la protection des données à caractère personnel par les institutions et organes communautaires et à la libre circulation de ces données et le médiateur européen, leurs objectifs devraient dès lors être pris en considération.

proposition. Les auteurs du règlement justifient cette approche par un souci d'efficacité et par la nécessité de tenir compte des limites strictes de la marge de manœuvre accordée aux agences communautaires, lesquelles doivent accomplir des tâches techniques, mais ne peuvent fixer elles-mêmes leur programme d'action. L'Agence devant exécuter ses tâches dans les limites des domaines thématiques définis par le cadre pluriannuel, le Conseil peut en conséquence restreindre à son gré le champ d'action de l'Agence. Ce n'est que si le Parlement européen, le Conseil ou la Commission le lui demande qu'elle pourra sortir des domaines thématiques qui lui sont assignés par le cadre pluriannuel[40].

Le premier cadre pluriannuel de l'Agence des droits fondamentaux a été arrêté par une décision du Conseil en date du 28 février 2008 pour la période 2007-2012. Conformément au règlement fondateur de l'Agence, celui-ci comprend plusieurs domaines thématiques qui relevaient auparavant de l'Observatoire, tels le racisme, la xénophobie et l'intolérance qui y est associée, les discriminations fondées sur le sexe, la race, ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, le handicap, l'âge, l'orientation sexuelle ou l'appartenance à une minorité et toute combinaison de ces motifs. D'autres thèmes ont été ajoutés comme l'indemnisation des victimes, les droits de l'enfant, le droit d'asile, l'immigration et l'intégration des immigrés, les visas et les contrôles aux frontières, la participation des citoyens de l'Union au fonctionnement démocratique de celle-ci, la société de l'information, le respect de la vie privée et la protection des données à caractère personnel, l'accès à une justice efficace ou indépendante. Sur la base de ce cadre pluriannuel, l'Agence a adopté chaque année, en collaboration avec des agents de liaison nationaux, un programme de travail qui détermine les projets spécifiques ainsi que des activités horizontales qui sont développés durant l'année de référence. Dans le cadre de ses programmes de travail, l'Agence a ainsi pu couvrir les neufs domaines thématiques énumérés dans le cadre pluriannuel.

L'étendue géographique des travaux de l'Agence a également fait partie des nombreuses questions qui préoccupaient initialement le Conseil de l'Europe. Pour cette organisation, une extension du champ d'action de l'Agence aux Etats non-membres de l'Union risquait d'entraîner des duplications importantes. Le principe adopté par le règlement fondateur est que le champ d'action de l'Agence est limité à l'Union européenne et à ses Etats membres et ne doit pas s'étendre au-

[40] Article 5§ 3, article 4 »1 c) et d) du règlement fondateur

delà[41]. Néanmoins, l'article 28 du règlement prévoit que l'Agence pourra être ouverte à la participation, en tant qu'observateurs, des Etats candidats, sur décision du Conseil d'association concerné, qui fera état notamment de la nature, de l'étendue et des modalités de la participation de ces pays aux travaux de celle-ci compte tenu du statut spécifique de chaque pays. La Croatie et la Macédoine ont obtenu ce statut, et la Turquie devrait suivre. Sur décision du Conseil d'association, l'Agence peut également examiner des questions relatives aux droits fondamentaux dans le pays concerné dans la mesure nécessaire à son alignement progressif sur le droit communautaire. Le Conseil peut aussi inviter les pays qui ont conclu un accord de stabilisation et d'association avec la Communauté, à y participer en tant qu'observateurs[42].

2.2 Les potentialités

Si les compétences dévolues à l'Agence sont restreintes du fait des Etats, des institutions européennes et surtout du Conseil de l'Europe, il appartient désormais à l'Agence de les exploiter au mieux pour s'imposer dans le cadre de l'Union et devenir une institution indépendante de référence en matière de protection et de promotion des droits de l'homme répondant aux critères de Paris.

2.2.1 Une participation progressive au processus législatif?

La fonction de conseil de l'Agence est appelée à se développer. La qualité des études fournies sur des thèmes précis et les méthodes comparatives utilisées par l'Agence fondées sur des données fiables et précises constituent à l'évidence son meilleur atout pour renforcer sa crédibilité européenne. Ces études sont essentielles parce qu'elles fournissent des informations objectives et vérifiées à ceux qui sont en charge de déterminer la politique de l'Union, en identifiant des questions posant problèmes ou des besoins de modification législative. Ainsi le projet EUMIDIS qui vise à étudier certains groupes de minorités ethniques et d'immigrants dans les 27 Etats membres, à examiner et à

[41] Le Conseil de l'Europe estime que cela recouperait les activités du Conseil de l'Europe dans ceux de ses États membres qui ne font pas partie de l'UE. Une telle redondance risquerait d'engendrer deux systèmes de normes parallèles et, au sein des institutions de défense des droits de l'homme, de séparer les pays en deux niveaux en fonction de leur situation institutionnelle, donnant naissance à de nouvelles lignes de partage en Europe.

[42] Suite à une décision du conseil d'association concerné, comme pour les pays candidats. Article 28 du règlement.

comparer les discriminations qu'ils subissent[43] a permis à l'Agence de réaliser une recherche en temps utile avant toute modification des directives sur l'égalité, et a été considérée comme novatrice et essentielle par la Commission. D'autres études comparatives ont également retenu l'attention des institutions européennes, des Etats et des ONG comme celles sur l'homophobie dans les Etats membres ou sur certains aspects du droit des enfants. Les différents rapports réalisés sur les Roms ont été transmisis aux différentes institutions de l'Union et ont permis de nourrir le débat européen suite à l'affaire relative au démantèlement des camps de Roms en France avec des données fiables et attestées[44]. L'utilité de rapports de l'Agence est aujourd'hui largement démontrée pour la Commission européenne qui se réfère fréquemment à ses travaux et à son expertise. Elle est aussi prouvée par les mentions nombreuses faites par le Parlement à ses publications dans son rapport sur la situation des droits fondamentaux dans l'Union européenne. L'Agence est de plus en plus fréquemment sollicitée par les institutions européennes pour analyser l'impact de la législation européenne dans certains domaines. Le Parlement a ainsi demandé un rapport à l'Agence sur les développements récents dans le domaine des personnes appartenant à des minorités. Le Parlement et le Conseil ont également sollicité l'Agence pour qu'elle leur fournisse des données fiables et comparables sur le phénomène de la violence perpétrée à l'égard des femmes au sein de l'Union. Certaines présidences ont aussi fait appel à l'expertise de l'Agence pour des questions précises. La Cour européenne des droits de l'homme fait également référence aux études de l'Agence dans ses arrêts[45] .

Si le travail de l'Agence consiste à fournir des avis techniques, sur la base d'un travail de collecte de données et d'analyse d'informations sur la situation des droits fondamentaux dans les Etats membres, un tel exercice n'est jamais anodin puisqu'il met en évidence les différences de situation entre les Etats et les domaines dans lesquels des lacunes peuvent être constatées. Dans la mesure où les rapports de l'Agence sont

[43] 23,500 personnes appartenant à une minorité ethnique ou issues de l'immigration ont été interrogées. Il s'agit de l'enquête la plus vaste jamais réalisée au niveau de l'UE.

[44] Report on The situation of Roma EU citizens moving to and settling in other EU Member States – Nov 2009 ; Case studies on specific housing initiatives for Roma and Travellers – Oct 2009 ; Report on Selected positive initiatives - The situation of Roma EU citizens moving to and settling in other EU Member States – Nov 2009 ; report – EU-MIDIS - European Union Minorities Discrimination Survey – Data in Focus Report: Roma – Apr 2009.

[45] Cour EDH, Aff. DH et autres contre République tchèque, arrêt du 13 novembre 2007.

accessibles au public et connus des ONG de défense des droits de l'homme, ceux-ci peuvent utiliser les informations qu'ils contiennent pour faire pression sur les Etats. Le rapport sur l'homophobie a par exemple suscité de nombreux débats et a été repris par plusieurs organisations de la société civile. Il a permis de dénoncer les discriminations dont les personnes lesbiennes, gays, bisexuelles et transsexuelles (LGBT) font l'objet dans certains Etats membres. Aucun Etat n'aime ce type de publicité et, à terme, la fonction d'analyse dévolue à l'agence devrait contribuer à améliorer la situation des droits fondamentaux dans les Etats membres.

Dans le futur, l'Agence pourrait voir ses compétences se développer davantage. Une utilisation adéquate de ses compétences pourrait lui permettre par exemple de participer au processus législatif communautaire. Elle a déjà eu l'occasion d'intervenir dans celui-ci à l'occasion de l'avis donné le 28 octobre 2008, à la demande de la présidence française du Conseil de l'Union, sur l'utilisation des dossiers passagers dans les transports aériens (PNR)[46]. De fait cet avis a entraîné plusieurs modifications de la proposition de décision cadre du Conseil sur ce sujet et peut être considéré comme un exemple de réussite. Dans une logique de rationalisation et de cohérence au niveau des institutions européennes, il semblerait naturel que l'Agence soit appelée à évaluer l'impact des propositions législatives sur les droits fondamentaux à l'occasion des études d'impact qui sont effectuées avant chaque proposition législative. Pourquoi la Commission ne confierait-elle pas cette compétence à un organe indépendant qui a d'ores et déjà prouvé son savoir faire? Si l'Agence n'intervient pas à proprement parler dans le processus décisionnel législatif interinstitutionnel, elle pourrait être appelée à jouer un rôle important et spécifique en émettant des avis sur des propositions législatives particulières. Il suffirait pour cela que l'une des institutions européennes lui en fasse la demande, voire que le Parlement européen la sollicite expressément.

2.2.2 Les obstacles à surmonter

Si les possibilités de développements de l'Agence sont importantes, il lui faudra toutefois surmonter un certain nombre d'obstacles. Elle a su gagner la confiance du Parlement européen et du Conseil, ainsi que des organisations européennes qui œuvrent dans un domaine similaire,

[46] Avis de la FRA sur la proposition de décision-cadre du Conseil sur l'utilisation du dossier passager (PNR) (28 octobre 2008).

notamment celle du Conseil de l'Europe qui avait pourtant manifesté des inquiétudes quant aux risques de duplications et de chevauchements[47]. Le Parlement a même invité la Commission à réviser et renforcer le mandat de l'Agence « afin de l'aligner sur les nouvelles exigences découlant du traité de Lisbonne et de la Charte »[48]. L'Agence a aussi su séduire le Conseil. Elle a ainsi été invitée le 3 juin 2010 au Conseil Justice et affaires intérieures pour présenter son rapport sur « Les enfants séparés et/ou demandeurs d'asile dans les Etats membres de l'Union européenne ». Elle participe dorénavant aux groupes de travail du Conseil. En décembre 2009, au sein du Conseil, le Coreper a transformé le groupe de travail ad hoc sur les droits fondamentaux et la citoyenneté en un groupe de travail permanent sur les droits fondamentaux, les droits des citoyens et la libre circulation des personnes. Ce groupe a notamment pour mission de suivre les questions relatives aux droits fondamentaux et aux droits des citoyens (inclusion faite de la libre circulation des personnes), à l'adhésion de l'Union à la Convention européenne des droits de l'homme et au suivi des rapports de l'Agence des droits fondamentaux. Des rencontres régulières entre l'Agence et le Conseil de l'Europe sont régulièrement programmées de même que se développent des projets communs comme celui d'un manuel élaboré en commun sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de non-discrimination. Mieux, dans le cadre de l'étude réalisée par l'Agence sur l'homophobie, le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe s'est appuyé sur les indicateurs fournis par l'Agence pour étendre l'étude aux vingt Etats qui ne font pas partie de l'Union européenne. La coopération avec l'Office du Haut Commissaire aux droits de l'homme et l'OSCE s'est également renforcée.

Il lui reste toutefois aujourd'hui à normaliser ses relations avec la

[47] Cf la Recommandation de l'Assemblée parlementaire 1744 (2006) ; cf égalementarticle 9 du Règlement 168/2007

[48] Rapport sur la situation des droits fondamentaux dans l'Union européenne (2009–2010) – aspects institutionnels à la suite de l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne</Titre><DocRef>(2009/2161(INI)),</DocRef><Commission>{LIBE}Commis sion des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures, §32</Commission>. Le Parlement européen fait également observer que dans le cadre du mandat révisé, le rôle de contrôle de l'Agence devrait également s'étendre aux pays adhérents. Il estime que des ressources suffisantes seront nécessaires pour lui permettre de faire face à ses tâches accrues liées à la mise en œuvre de la Charte. Il réitère sa demande tendant à être pleinement associé à l'examen du programme pluriannuel de l'Agence et se félicite de l'adjonction au rapport annuel de l'Agence d'une annexe faisant le point sur la ratification par les États membres des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme (§33 et 34).

Commission. La création d'un nouveau portefeuille transversal au sein de la Commission concernant les droits fondamentaux n'est pas de nature à développer le rôle de l'Agence. Certes la Commission estimait dans sa communication concernant la stratégie pour la mise en œuvre effective de la Charte des droits fondamentaux par l'Union européenne[49] qu'il fallait « mettre à profit le savoir-faire de l'Agence, tout en respectant les paramètres de leur relation ». Les rapports et les études de l'Agence devraient être systématiquement – et non exceptionnellement – utilisés comme contribution à l'élaboration des initiatives et actions de la Commission. La Commission devrait régulièrement demander à l'Agence d'effectuer des recherches, de réaliser des études exploratoires ou de formuler des avis sur des thèmes spécifiques. Elle a déjà tiré parti de cette possibilité en chargeant notamment l'Agence d'une étude sur les indicateurs de la mise en œuvre des droits de l'enfant qui a été utilisée lors de l'élaboration de sa nouvelle stratégie relative aux droits de l'enfant.

La nouvelle commissaire suivra-t-elle ces exhortations ? Il faut en tout cas le souhaiter. La communication précitée rappelle toutefois les limites de leur collaboration, à savoir que l'examen de la conformité de propositions avec les droits fondamentaux ne fait pas partie du mandat de l'Agence. De plus la Commission ne semble pas envisager de se référer aux rapports de l'Agence ni de lui confier des travaux de recherche ou de lui demander des analyses pour l'élaboration du rapport annuel qu'elle entend rédiger sur l'application de la Charte et ne lui reconnaît qu'un simple rôle de collecteur de données[50].

3. Conclusion

L'Agence est riche en potentialités, mais la réalisation de celles-ci dépend de la confiance que lui accorderont les Institutions, les Etats membres et la société civile. Des progrès ont été faits en ce sens, mais ils ne sont pas suffisants pour effacer la méfiance originelle. Comme on l'a vu à l'origine, la création de l'Agence n'a pas reposé sur un mouvement unanime, mais a été conçue comme un sacrifice politique inévitable à un Etat qui avait su obtenir par surprise une décision du Conseil européen. Il n'a pas été facile à l'Agence de convaincre dans ce contexte de son utilité d'autant plus que ses créateurs tout en affirmant son indépendance

[49] COM(2010) 573 final, Stratégie pour la mise en œuvre effective de la Charte des droits fondamentaux par l'Union européenne.

[50] COM(2010) 573 final, précitée.

l'ont enfermée dans un corset étroit. Les premières années d'activités ont montré que l'Agence répondait à un besoin. Il appartient désormais aux institutions, et notamment à la Commission, d'avoir l'intelligence d'en exploiter les compétences plutôt que de tenter de se substituer à elle sans en avoir la crédibilité.

APPENDICE

SOCIETÀ ITALIANA DI DIRITTO INTERNAZIONALE

ORGANI DIRETTIVI

Primo Presidente (eletto con l'atto costitutivo, 1995): Prof. Riccardo Monaco

Consiglio direttivo per il 1996-97 eletto dall'Assemblea di Roma del 12 aprile 1996

Presidente: Prof. Piero Ziccardi

Componenti:

Prof. Umberto Leanza
Prof. Bruno Nascimbene
Prof. Giorgio Sacerdoti
Prof. Giuseppe Tesauro
Prof. Antonio Tizzano

Segretario Generale: Prof. Luigi Ferrari Bravo

Consiglio direttivo per il 1997-98 eletto dall'Assemblea di Milano del 7 giugno 1997

Presidente: Prof. Francesco Francioni

Componenti:

Prof. Giorgio Gaja
Prof. Umberto Leanza
Prof. Giorgio Sacerdoti
Prof. Giuseppe Tesauro
Prof. Tullio Treves

Segretario Generale: Prof. Luigi Ferrari Bravo

Consiglio direttivo per il 1998-99 eletto dall'Assemblea di Siena del 12 giugno 1998

Presidente: Prof. Massimo Panebianco

Componenti:

Prof.ssa M. Antonietta Di Blase
Prof. Francesco Francioni
Prof. Giorgio Gaja
Prof. Andrea Giardina
Prof. Tullio Treves

Segretario Generale: Prof. Luigi Ferrari Bravo

Consiglio direttivo per il 1999-2000 eletto dall'Assemblea di Salerno del 30 aprile 1999

Presidente: Prof. Andrea Comba

Componenti:

Prof.ssa M. Antonietta Di Blase
Prof. Francesco Francioni
Prof. Andrea Giardina
Prof. Giuseppe Nesi
Prof. Tullio Treves

Segretario Generale: Prof. Sergio Marchisio

Consiglio direttivo per il 2000-2003 eletto dall'Assemblea di Torino del 2 giugno 2000*

Co-presidenti per il 2000-2001: Prof.ssa M. Laura Forlati Picchio e Prof. Alberto Miele, eletti dall'Assemblea di Torino del 2 giugno 2000

Presidente per il 2001-2002: Prof. Luigi Sico, eletto dall'Assemblea di Padova del 24 maggio 2001

Presidente per il 2002-2003: Prof.ssa Nerina Boschiero, eletta dall'Assemblea di Napoli del 24 maggio 2002

* Con l'emendamento all'art. 4 dello Statuto approvato dall'Assemblea straordinaria.

Componenti:

Prof.ssa M. Antonietta Di Blase
Prof. Francesco Francioni
Prof. Andrea Giardina
Prof. Giuseppe Nesi
Prof. Tullio Treves

Segretario Generale: Prof. Sergio Marchisio

Consiglio direttivo per il 2003-2006 eletto dall'Assemblea di Verona del 27 giugno 2003

Presidente per il 2003-2004: Prof. Umberto Leanza, eletto dall'Assemblea di Verona del 27 giugno 2003

Presidente per il 2004-2005: Prof. Luigi Daniele, eletto dall'Assemblea di Roma del 17 giugno 2004

Componenti:

Prof.ssa Nerina Boschiero
Prof. Sergio Maria Carbone
Prof. Massimo Iovane
Prof. Giorgio Sacerdoti
Prof. Ugo Villani

Segretario Generale: Prof. Sergio Marchisio

Consiglio direttivo per il 2006-2009 eletto dall'Assemblea di Alghero del 17 giugno 2006[**]

Presidente: prof. Benedetto Conforti

Vice Presidente per il 2007-2008: Prof. Sergio Marchisio, eletto dall'Assemblea di Milano dell'8 giugno 2007

Vice Presidente per il 2008-2009: Prof. Ennio Triggiani, eletto dall'Assemblea di Roma del 26 giugno 2008

[**] Con le modifiche degli articoli 4 e 5 dello Statuto approvate dall'Assemblea straordinaria del 2 febbraio 2006.

Componenti:

Prof.ssa Nerina Boschiero
Prof. Sergio Maria Carbone
Prof.ssa Paola Gaeta
Prof. Edoardo Greppi
Prof. Massimo Iovane
Segretario Generale: prof. Sergio Marchisio

Consiglio direttivo per il 2009-2012 eletto dall'Assemblea di Bari del 18 giugno 2009

Presidente: Prof. Giorgio Gaja

Vicepresidente per il 2009-2010: prof.ssa Lucia Serena Rossi, eletta dall'Assemblea di Bari del 18 giugno 2009

Componenti:

Dott. Giulio Bartolini
Prof. Pasquale De Sena
Prof. Edoardo Greppi
Prof.ssa Laura Pineschi
Prof. Ennio Triggiani

Segretario Generale: prof. Sergio Marchisio

Consiglio direttivo per il 2010-2011 eletto dall'Assemblea di Bologna del 10 giugno 2010

Presidente: Prof. Giorgio Gaja

Vicepresidente per il 2009-2010: prof. Rosario Sapienza, eletto dall'Assemblea di Bologna del 10 giugno 2010

Componenti:

Dott. Giulio Bartolini
Prof. Pasquale De Sena
Prof. Edoardo Greppi
Prof.ssa Laura Pineschi
Prof. Ennio Triggiani

Segretario Generale: prof. Sergio Marchisio

Finito di stampare nel mese di maggio 2011
dalle *Arti Grafiche Solimene* - Napoli