

BREVI NOTE SULLA GIURISPRUDENZA SULL'ART. 52, PAR. 1 DELLA CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI DELL'UE IN MATERIA DI LIMITAZIONI AI DIRITTI FONDAMENTALI ...CON UNO SGUARDO IN AVANTI

ROBERTO CISOTTA*

Sommario

Premessa – L'art. 52, par. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE: cenni sulla filosofia ispiratrice 1. Un po' di storia: gli antecedenti nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'UE in tema di limitazioni dei diritti fondamentali prima della Carta di Nizza. – 2. I criteri di cui all'art. 52, par. 1 della Carta dei diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte di giustizia – aspetti generali. – 2.1 La riserva di legge. – 2.2 *Segue*: condizioni per le limitazioni dei diritti fondamentali (in particolare del diritto di proprietà e del diritto alla vita privata e alla riservatezza). – 2.3 *Segue*: il rispetto del contenuto essenziale dei diritti e libertà. – 2.4 *Segue*: la rispondenza a finalità di interesse generale. 2.5 *Segue*: il rispetto di diritti e libertà altrui. – 2.6 *Segue*: la necessità delle misure restrittive e il rispetto del principio di proporzionalità. – 3. L'art. 52, par. 1 CDFUE e il *test* di proporzionalità relativo alle restrizioni alle libertà di circolazione. 4. L'art. 52, par. 1 e la sua invocazione nel contesto dell'applicazione di norme di diritto derivato, in particolare in materia di protezione dei dati personali. – 5. Le limitazioni al diritto ad un ricorso effettivo e ad un giudice imparziale. – 6. La giurisprudenza in materia di limitazioni alla libertà personale. – 7. Limitazioni ai diritti fondamentali, autonomia procedurale degli Stati membri e primato del diritto dell'UE nella recente sentenza *Deutsche Umwelthilfe eV c. Freistaat Bayern*. – 8. Quattro proposte di lettura della giurisprudenza della Corte di giustizia sull'art. 52, par. 1 della Carta dei diritti fondamentali. – 9. ...uno sguardo in avanti.

Abstract

Article 52(1) of the Charter of fundamental rights of the EU lays down strict requirements for the admissibility of limitations to the rights and freedoms recognized thereby. The Court of Justice of the EU has started to deal with this issue already before the advent of the Charter and before it acquired, with the Lisbon Treaty, the force of primary law in the EU legal order. The Luxembourg Court has refined its approach over time moving from the first pioneering cases, which essentially regarded limitations of fundamental rights in the context of the functioning of the internal market, to new problems arising out of the exercise by the EU of more recently acquired competences. The reasoning framework regarding restrictions to fundamental freedoms has been adapted for the analysis of limitations to fundamental rights, while the latter have been recognized as providing grounds for restrictions to freedoms of movement. This interplay has originated an interesting case-law, paving the way for more recent developments related to EU competences other than the internal market. Legal certainty on the guarantees enshrined in Article 52(1) of the Charter of fundamental rights cannot be intended strictly. In fact, a case-by-case approach, although with reference to a sound elaboration on the basic criteria, is the best-suited to deal with limitations for fundamental rights. Furthermore, judges should always be granted room for manoeuvre to carry out a balancing exercise in particular when the protection of different fundamental rights is at stake. However, legal certainty in this field also depends on the clarity of the case-law regarding the interpretation of the criteria laid down in the provision at issue. While the Court of Justice can rely on a good experience in the application of criteria like the respect of proportionality and it has started to explore issues like the relevance of national procedural rules in the context of limitations of fundamental rights, further elaboration seems to be needed as far as the application of other criteria is concerned. Actually, the issue of the respect of the essence of rights and freedoms, required by Article 52(1) of the Charter of fundamental rights, has just been touched upon by the Luxembourg Judges and it deserves more attention by the legal doctrine, too, with a view to provide a reliable guarantee. This and other issues will have to be addressed in the upcoming jurisprudential production of the Court of Justice, which is increasingly called upon to state on the admissibility of limitations to fundamental rights, especially by national judges via preliminary references, and a new strain of case-law is promising to come out of questions raised with reference to limitations imposed to fight the COVID-19 pandemic.

Suggerimento di citazione

R. CISOTTA, *Brevi note sulla giurisprudenza sull'art. 52, par. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE in materia di limitazioni ai diritti fondamentali ...con uno sguardo in avanti*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2021. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

* Ricercatore in Diritto dell'Unione europea all'Università di Macerata, diplomatico in aspettativa ai sensi dell'art. 24, comma 9-bis della L. 240/2010. Le opinioni sono espresse a titolo personale e non sono riconducibili al Ministero degli Affari Esteri e della Cooperazione Internazionale. L'autore tiene a ringraziare la prof.ssa Nicole Lazzerini e il revisore anonimo per i preziosi suggerimenti.

Contatto: roberto.cisotta@unimc.it

Premessa – L'art. 52, par. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE: cenni sulla filosofia ispiratrice

L'art. 52, par. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE (d'ora in avanti anche "Carta di Nizza" o "CDFUE")¹ sulle limitazioni all'esercizio dei diritti fondamentali *sembra già dire tutto ciò che c'è da dire*. Fedele alla filosofia di una società aperta e pluralista², la disposizione in questione racchiude i canoni entro cui la limitazione dei diritti fondamentali può essere ammessa nel diritto dell'UE. Al medesimo tempo, essa pare riflettere l'orientamento secondo cui la soluzione dei conflitti tra diritti – specie se fondamentali – è da ricercarsi prevalentemente in via casistica, in particolare alla luce della difficoltà per il

¹ Carta dei diritti fondamentali dell'UE, GU (in questo scritto: *Gazzetta ufficiale dell'UE*) C 303/2007, pag. 1.

² In generale sulla disposizione qui oggetto di studio, v. R. ADAM, *Da Colonia a Nizza: la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2000, p. 881; 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), *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione europea*, Milano, 2002, p. 127 ss.; A. BARBERA, *La Carta europea dei diritti: una fonte di ri-cognizione?*, in A. TIZZANO (a cura di), *Il Trattato di Nizza*, Milano, 2003, p. 1; P. MORI, *La "qualità" della legge e la clausola generale di limitazione dell'art. 52, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'UE*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2/2014, p. 243. S. PEERS, A. WARD (eds.), *The European Union Charter of Fundamental Rights*, Oxford, 2014, p. 1461.

Il testo non contiene alcun cenno ad una "società democratica" come riferimento al contesto socio-politico nell'ambito del quale valutare l'accettabilità di limiti all'esercizio dei diritti fondamentali. Tale riferimento era invero presente nei lavori preparatori del *Praesidium*: cfr. F. FERRARO, N. LAZZERINI, *Commento all'art. 52* in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Commentario alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2017, p. 1061, spec. 1063. L'ascendenza più immediata di tale riferimento è da rintracciare in alcune disposizioni della CEDU in relazione alle limitazioni per alcuni specifici diritti garantiti da quella Convenzione. In realtà, correntemente nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'UE si ritrova siffatto riferimento, sovente valorizzato dai Giudici di Lussemburgo: v., già prima che la Carta dei diritti fondamentali dell'UE acquisisse valore vincolante, sentenze 11 luglio 2002, causa C-60/00, *Mary Carpenter c. Secretary of State for the Home Department*, ECLI:EU:C:2002:434, punto 42 (con richiamo della sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo 2 agosto 2001, *Boultif c. Suisse*, § 39, 41 e 46), del 12 giugno 2003, causa C-112/00, *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge c. Republik Österreich*, ECLI:EU:C:2003:333, punto 79, nonché, in epoca successiva all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (quindi con la Carta dei diritti fondamentali dell'UE che ha acquisito valore giuridico pari a quello dei Trattati istitutivi), l'evocazione dell'importanza del diritto all'informazione in una "società democratica e pluralista" nelle sentenze del 22 gennaio 2013, causa C-283/11, *Sky Österreich GmbH c. Österreichischer Rundfunk*, ECLI:EU:C:2013:28, punti 51-52 (con riferimento all'art. 11, par. della Carta dei diritti fondamentali e citazione della giurisprudenza precedente) e del 18 luglio 2013, causa C-204/11 P *Fédération internationale de football association (FIFA) c. Commissione europea*, ECLI:EU:C:2013:477, punto 12; con riferimento alla libertà di espressione, v., già prima dell'avvento della Carta di Nizza, la sentenza 26 giugno 1997, causa C-368/95, *Vereinigtes Familienpress Zeitungsverlags- und vertriebs GmbH c. Heinrich Bauer Verlag*, ECLI:EU:C:1997:325, punto 26 (con citazione della sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo 24 novembre 1993, *Informationsverein Lentia e a. c. Austria*, A n. 276).

legislatore di stabilire gerarchie troppo rigide (pur se, come si vedrà, quanto meno la possibilità di una limitazione deve essere prevista dalla legge).

La disposizione in parola invero impone requisiti stringenti per le limitazioni ai diritti fondamentali. In questi requisiti si ritrovano i presidi oramai classici che, nelle società contemporanee, sono stati eretti a protezione della sfera privata da intrusioni pubbliche: tali presidi si concretano in *test* piuttosto severi che le intrusioni in parola devono superare per poter essere considerate ammissibili. Anche nell'imporre questi *test* si segue una tendenza assai chiara, ma non può scongiurarsi comunque il rischio che, pur ingabbiando il ragionamento giuridico in passaggi predeterminati, si nasconda nell'applicazione di questi – e si debba forse necessariamente nascondere – un giudizio che, in ultima analisi, non potrà essere *meccanico*³. Pertanto la custodia di beni come la certezza del diritto e la prevedibilità delle decisioni non può arrivare a chiudere al giudice margini di apprezzamento che restano esposti, oltre che alle specificità del caso, all'influsso di sistemi di valori. In ciò, anche il relativismo e l'inflazione di diritti⁴ – da più parti segnalati o denunciati come frutto, ovvero distorsione dell'evoluzione dei moderni sistemi di protezione dei diritti fondamentali – finiscono per doversi arrestare lì dove una decisione di *moderazione*, o meglio di contemperamento, debba essere finalmente imposta⁵.

A ben vedere, è già tra queste diverse istanze – pluralismo, democrazia, certezza del diritto, approccio casistico alla soluzione dei conflitti tra esigenze di tutela di diversi diritti, inflazione degli stessi diritti, relativismo – che si deve operare un *giudizio di bilanciamento*. Si tratta di garantire un generale *equilibrio* nell'ordinamento, una delle cui manifestazioni è il contemperamento tra esigenze di tutela di diversi diritti che in molti casi concreti possono spingere in direzioni opposte, come lo stesso art. 52, par. 1 prevede.

³ Si vedrà in realtà che i *test* a cui si è fatto riferimento offrono una garanzia di prevedibilità in parte solo illusoria, riservandosi la giurisprudenza della Corte di giustizia ampi margini di manovra. Tali margini vengono usati, tra l'altro, per re-impostare la verifica del rispetto del principio di proporzionalità laddove sia reputato opportuno in particolare per le peculiarità di alcune aree di competenza per l'UE relativamente nuove.

⁴ I rischi legati all'inflazione dei diritti protetti in particolare dalla Carta di Nizza – ove pure si nota che vi sono assenze che non possono passare inosservate come il diritto all'abitazione, o quello ad un salario dignitoso per i lavoratori – sono segnalati ad es. da D. CHALMERS, G. DAVIES, G. MONTI, *European Union Law*, Cambridge, 2014, p. 257. Si paventa in particolare la diluizione di tutela conseguente alla qualifica di “fondamentali” che viene attribuita a diritti che non sono chiaramente così rilevanti come quelli che tradizionalmente sono considerati tali, nonché la difficoltà di bilanciamento tra posizioni soggettive e valori che hanno in principio tutte lo stesso rango.

⁵ Per queste osservazioni e una loro discussione alla luce dell'analisi dell'approccio delle Corti di Strasburgo e Lussemburgo e di quelle costituzionali in particolare dei Paesi europei, v. G. SCACCIA, *Proporzionalità e bilanciamento tra diritti nella giurisprudenza delle Corti europee*, Rivista AIC, 3/2017, pp. 1 ss. e *passim*.

Vediamo anzitutto quali sono i criteri per la limitazione all'esercizio dei diritti fondamentali, come stabiliti dalla dall'art. 52, par. 1 della Carta di Nizza, il cui testo vale la pena di riportare interamente:

“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”⁶.

I criteri per l'ammissibilità delle limitazioni ai diritti fondamentali sono previsti da due frasi distinte. Nella prima si pone una riserva di legge per le limitazioni all'esercizio dei diritti fondamentali e si stabilisce che esse devono “rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà”. I due criteri stabiliti in questa prima frase sembrano avere un carattere perlopiù *statico*. Il primo, la riserva di legge consiste infatti in un requisito di natura formale. Il secondo criterio, ossia il rispetto del contenuto essenziale dei diritti e libertà oggetto di restrizione, sembrerebbe dover essere valutato innanzitutto in astratto, in relazione a quello che debba ritenersi appunto essere il “contenuto essenziale” delle posizioni soggettive in questione. Come tuttavia si avrà modo di vedere, la portata del criterio in parola è tutt'ora oggetto di discussione.

Nella seconda frase, si impone il rispetto del principio di proporzionalità e si prescrive che le limitazioni in questione possono essere ammesse “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”. Il tenore letterale di questa seconda frase sembra peraltro suggerire che quella testé riportata debba essere considerata, più che una condizione autonoma, una qualificazione o, se si preferisce, un *aggravamento* del *test* di proporzionalità. È in particolare la valutazione della necessità, nell'ambito di tale *test*, che risulta arricchita dalla condizione ulteriore riportata.

In questo studio, si ricorderanno anzitutto gli antecedenti storici principali in tema di limitazioni ai diritti fondamentali rintracciabili nella giurisprudenza della Corte di Lussemburgo (par. 1). Si presenterà quindi un'analisi generale dei canoni stabiliti dall'art. 52, par. 1 CDFUE così come interpretati dalla Corte di giustizia (par. 2). Si passerà quindi ad analizzare le acquisizioni della giurisprudenza così come condensate in quattro filoni (più un caso) che si ritengono specialmente esemplificativi di alcune delle tendenze interpretative fondamentali della Corte di giustizia dell'UE sul tema (parr. 3-7), ciò non senza

⁶ Nelle Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali (GU C 303 2007, pag. 17), si fa presente che la formulazione dell'art. 52, par. 1 “si ispira” alla giurisprudenza della Corte di giustizia e si richiama in particolare la sentenza del 13 aprile 2000, causa C-292/97, *Kjell Karlsson et al.*, ECLI:EU:C:2000:202, punto 45.

avvertire che svolgere un'analisi completa della giurisprudenza della Corte di Lussemburgo sul tema delle limitazioni ai diritti fondamentali non sarebbe possibile nell'ambito di un breve contributo come il presente⁷. Si proporranno quindi quattro criteri di lettura, tra i diversi possibili, della giurisprudenza così presentata (par. 8). Infine, non può non notarsi come misure restrittive adottate praticamente da tutti gli Stati membri dell'UE – pur con tempi e intensità differenti – per contrastare la pandemia in atto costituiscano un banco di prova delicatissimo per la norma di chiusura qui oggetto di attenzione: pertanto si offriranno come considerazioni finali alcuni brevi spunti sulla sua applicazione nel contesto della lotta al COVID-19 (par. 9).

1. Un po' di storia: gli antecedenti nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'UE in tema di limitazioni dei diritti fondamentali prima della Carta di Nizza

I criteri contenuti nell'art. 52, par. 1 risultano il portato di una maturazione della concezione della tutela dei diritti fondamentali: sulla base infatti delle considerazioni generali presentate nel paragrafo precedente, può reputarsi naturale che in ogni sistema di tutela dei diritti fondamentali debbano essere presenti, per il bene della sua stessa coerenza e tenuta generale, dei meccanismi atti a prevedere operazioni di bilanciamento e di valutazione di ammissibilità di eventuali limitazioni agli stessi diritti. I criteri in parola sono peraltro storicamente emersi, con riguardo al sistema di tutela approntato nell'ambito del diritto dell'Unione, nell'elaborazione della giurisprudenza della Corte di Lussemburgo. Questa, com'è noto, proteggeva fin dall'inizio degli anni '70 i diritti fondamentali in quanto riconosciuti nell'ambito dei principi generali dell'ordinamento comunitario, rifacendosi ai trattati internazionali di tutela di tali diritti, in particolare alla CEDU, e alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati

⁷ Nell'ambito dell'ampio e ricco materiale giurisprudenziale, si sono pertanto scelti solo quattro filoni nei quali le pronunce fondamentali hanno affrontato esplicitamente il problema della limitazione dei diritti protetti dalla Carta applicando l'art. 52, par. 1 (infatti in tutta una serie di sentenze, specie quelle più risalenti nel tempo, il tema resta allo stato latente). Si è inoltre aggiunto un recente ed interessante caso, in quanto in esso il tema delle limitazioni ai diritti fondamentali, come si vedrà, si intreccia con altri pure di notevole importanza. I casi in questione appaiono rilevanti per il problema delle limitazioni ad alcuni diritti fondamentali in particolare, rispetto ai quali la questione si è posta in modo ricorrente ovvero in termini inediti o che hanno costituito un'occasione per applicazioni nuove dei criteri di cui all'art. 52, par. 1 CDFUE. Detti casi, o quanto meno quasi tutti, emergono peraltro nell'ambito di più ampi filoni che sono nel loro complesso di interesse per il tema della possibilità di introdurre limitazioni all'esercizio di diritti fondamentali. Tali casi si prestano pertanto ad offrire una visione fedele ed in certi casi anche particolarmente vivida degli orientamenti dei Giudici di Lussemburgo in materia: la scelta resta comunque, in certa misura, arbitraria, potendosi senz'altro rinvenire anche altre pronunce o orientamenti degni di interesse che però, come detto, per motivi di spazio non sarà qui possibile approfondire. Allo stesso modo, i riferimenti alla letteratura saranno essenziali e limitati alle questioni più ampiamente analizzate.

membri⁸. Abbastanza presto si è altresì posto il tema della limitazione dei diritti in questione: già sul finire degli anni '80 – ossia ben prima dell'avvento della

⁸ Com'è noto, la tutela dei diritti fondamentali ha costituito un nodo problematico per nell'ambito dell'ordinamento comunitario delle origini. Nell'assenza – durata fino all'assunzione, col Trattato di Lisbona, da parte della CDFUE di valore giuridico pari ai Trattati istitutivi – di un catalogo di tali diritti nell'ambito del *suo* ordinamento, la Corte di giustizia, dopo iniziali tentennamenti, ha ricavato la necessità della loro tutela come immanente allo stesso sistema, in quanto principi generali. Con tale soluzione la Corte di giustizia ha in particolare risposto alle prese di posizione delle Corti costituzionali italiana e tedesca, che rischiavano di minare l'unitarietà dell'ordinamento comunitario. Le fonti per la ricostruzione di questi ultimi sono state individuate, come ricordato ancora nel testo, nei trattati internazionali di tutela dei diritti fondamentali di cui fossero parti o all'elaborazione dei quali avessero cooperato gli Stati membri e nelle loro tradizioni costituzionali comuni. Cfr. sentenze del 12 novembre 1969, causa 29/69, *Erich Stauder c. Stadt Ulm – Sozialamt*, ECLI:EU:C:1969:57, punto 7; 17 settembre 1970, causa 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft mbH c. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, ECLI:EU:C:1970:114, punti 3-4 (con diretto riferimento all'inammissibilità di ogni sindacato degli atti comunitari con riferimento a parametri nazionali, anche costituzionali); 14 maggio 1974, causa 4/73, *J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung c. Commissione delle Comunità europee*, ECLI:EU:C:1974:51, punto 13. La giurisprudenza in parola ha poi finito per essere codificata nell'art. 6 TUE. Dalle prime pionieristiche pronunce, testé citate, il filone della tutela dei diritti fondamentali nell'UE si è accresciuto enormemente, anche allargandosi alle aree di competenza man mano assorbite dall'Unione (v. *infra*, in particolare § 8). La letteratura sul tema generale della tutela dei diritti fondamentali nell'Unione europea è vastissima e si è in particolare accresciuta negli ultimi due decenni con speciale vitalità grazie all'avvento della Carta dei diritti fondamentali. V., *ex pluribus*, L. DANIELE, *La protezione dei diritti fondamentali nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona: un quadro d'insieme*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2009, p. 645; G. DI FEDERICO (ed.), *The EU Charter of Fundamental Rights: from Declaration to binding Instrument*, Cham, 2011; B. NASCIBENE, *Les droits fondamentaux vingt ans après le traité de Maastricht*, in *Revue des affaires européennes*, 2012, p. 259; L.S. ROSSI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione europea*, Napoli, 2011; R. SCHÜTZE, *Three 'Bill of Rights' for the European Union*, in *Yearbook of European Law*, 2011, p. 1; E. CANNIZZARO, *Diritti « diretti » e diritti « indiretti » : i diritti fondamentali tra Unione, CEDU e Costituzione italiana*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 1/2012, p. 23; S. M. CARBONE, *I diritti della persona tra CEDU, diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 1/2013, p. 1; T. TRIDIMAS, *Fundamental Rights, General Principles of EU Law and the Charter*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2014, p. 361; S. SEVER, *General Principles of EU Law and the Charter of Fundamental Rights*, in *Cabiers de droit européen*, 1/2016, p. 167; C. AMALFITANO, *General Principles of EU Law and the Protection of Fundamental Rights*, Cheltenham, 2018; M. CARTABIA, *L'impatto costituzionale della Carta dei diritti dell'Unione europea*, in AA.VV., *Liber Amicorum Antonio Tizzano, De la Cour CECA à la Cour de l'Union: le long parcours de la justice européenne*, Torino, 2018, p. 179; N. LAZZERINI, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. I Limiti di applicazione*, Milano, 2018; E. SPAVENTA, *Should we « harmonize » fundamental rights in the EU? Some Reflections about the Minimum Standards and Fundamental Rights Protection in the EU Composite Constitutional System*, in *Common Market Law Review*, 2018, p. 997; B. DE WITTE, *The Relative Autonomy of the European Union's Fundamental Rights Regime*, in *Nordic Journal of International Law*, 1/2019, p. 1; AA.VV., *Vingt ans de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, in *Revue de l'Union européenne*, 6/2020, p. 542.

Nel presente studio, come già chiarito nel testo, si è scelta la sola prospettiva di analisi delle limitazioni ai diritti fondamentali, ove essa è stata esplicitamente affrontata dalla Corte di giustizia: in molti casi peraltro emerge il problema della mancata o non chiara delimitazione dei singoli diritti oggetto di tutela, con la conseguente difficoltà di individuare se determinate misure definiscano la naturale estensione del diritto in questione, o introducano una limitazione di quell'area, da valutare ai sensi dell'art. 52, par. 1 CDFUE (v. ancora *infra*, § 8).

Carta di Nizza⁹ – la Corte di giustizia ha avuto le prime occasioni per riconoscere che i diritti fondamentali possono subire limitazioni.

In particolare, si segnalano le sentenze *Schröder* e *Wachauf*¹⁰. Nella seconda, la Corte di giustizia si è occupata del caso di un affittuario di un terreno che su di esso aveva avviato una produzione di latte, che, allo scadere del contratto, chiedeva l'indennità per cessazione della produzione. Il sig. Wachauf si vedeva negare il beneficio, previsto da un regolamento comunitario per incentivare una generale diminuzione della produzione, a causa di una norma nazionale che esigeva anche il consenso del proprietario del fondo. In tale occasione, la Corte di giustizia ha per la prima volta affermato che:

“[i] diritti fondamentali riconosciuti dalla Corte non risultano però essere prerogative assolute e devono essere considerati in relazione alla funzione da essi svolta nella società. È pertanto possibile operare restrizioni all'esercizio di detti diritti, in particolare nell'ambito di un'organizzazione comune di mercato, purché dette restrizioni rispondano effettivamente a finalità d'interesse generale perseguite dalla Comunità e non si risolvano, considerato lo scopo perseguito, in un intervento sproporzionato ed inammissibile che pregiudicherebbe la stessa sostanza di tali diritti”¹¹.

Per completezza si ricorda che nel citato art. 6 TUE si stabilisce altresì che l'UE “aderisce” alla CEDU e ciò con l'intento di riprendere un primo tentativo di adesione cui la Corte di giustizia aveva sbarrato la strada col parere 2/94 *sull'Adesione della Comunità alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali* del 28 marzo 1996, ECLI:EU:C:1996:140. Anche il nuovo progetto di accordo preparato a seguito della nuova richiamata previsione tuttavia non ha superato il vaglio dei Giudici di Lussemburgo: si veda il parere della Corte di giustizia 2/13 *sul Progetto di accordo internazionale di adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali* del 18 dicembre 2014, ECLI:EU:C:2014:2454; tuttavia la prospettiva dell'adesione alla CEDU è di recente essere tornata d'attualità. Su tale complessa vicenda, si vedano, per tutti, A. GIANELLI, *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU secondo il Trattato di Lisbona*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2009, p. 678; A. TIZZANO, *Quelques réflexions sur les rapports entre les cours européennes dans la perspective de l'adhésion de l'Union à la Convention EDH*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 1/2011, p. 9; R. BARATTA, *Accession of the EU to the ECHR: the rationale for the ECJ's prior involvement mechanism*, in *Common Market Law Review*, 2013, p. 1305; I. A. ANRÒ, *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU, L'evoluzione dei sistemi di tutela dei diritti fondamentali in Europa*, Giuffrè, Milano, 2015.

⁹ Quanto alla giurisprudenza precedente all'acquisizione da parte della CDFUE di valore giuridico pari a quello dei Trattati istitutivi dell'UE relativa al particolare settore delle limitazioni ai diritti della difesa, v. in particolare *infra*, § 4.

¹⁰ Sentenze dell'11 luglio 1989, causa 265/87, *Hermann Schröder HS Kraftfutter GmbH & Co. KG c. Hauptzollamt Gronau*, ECLI:EU:C:1989:303 e del 13 luglio 1989, causa 5/88, *Hubert Wachauf c. Repubblica Federale di Germania*, ECLI:EU:C:1989:321.

¹¹ Sent. *Hubert Wachauf c. Repubblica Federale di Germania*, cit., punto 18. V. nello stesso senso la citata sentenza *Schröder*, che fa riferimento anche al libero esercizio delle attività professionali come diritto fondamentale al cui esercizio possono essere poste limitazioni. È stato all'incirca nell'arco di un decennio che la Corte di giustizia ha avuto occasione di ribadire le prese di posizione riportate nel testo, consolidando così la sua giurisprudenza sulle limitazioni ai diritti fondamentali anticipatrice dei criteri che sarebbero poi stati trasfusi nella Carta dei diritti fondamentali. Con riferimento a tale periodo, v. altresì le seguenti sentenze: 10 gennaio 1992, causa C-177/90, *Ralf-Herbert Kühn c. Landwirtschaftskammer Weser-Ems*, ECLI:EU:C:1992:2, punto 16, e 15 aprile 1997, causa C-22/94, *Irish Farmers Association et al. c. Minister for Agriculture, Food and Forestry, Ireland e Attorney General*.

I Giudici di Lussemburgo hanno quindi concluso statuendo che il regolamento comunitario in questione offriva agli Stati membri

“un margine di valutazione sufficientemente ampio, tale da consentire loro di applicare detta disciplina conformemente alle esigenze di tutela dei diritti fondamentali”¹².

Doveva essere così garantito all'affittuario di non ritrovarsi totalmente privato delle provvidenze che gli spettavano (o di altre nel caso di decisione di non cessare la produzione).

Nella sentenza *Schmidberger*¹³, in un'epoca in cui la CDFUE era stata proclamata ma non aveva ancora assunto valore giuridico vincolante, la Corte di giustizia dell'UE ha considerato la possibilità di limitazioni alla libertà di espressione: nella fattispecie si trattava del blocco del valico del Brennero provocato da una manifestazione ecologista la quale aveva avuto come conseguenza una restrizione alle libertà di circolazione garantite nell'ambito del mercato interno e segnatamente l'interruzione temporanea del transito delle merci attraverso il valico stesso¹⁴. La Corte di giustizia ha giudicato che lo Stato austriaco non era venuto meno al proprio dovere di assicurare la libera circolazione delle merci [artt. 30 e 34 TCE (divenuti, in seguito a modifica, artt. 28 CE e 29 CE ed oggi 34 e 35 TFUE)] in virtù del principio di leale cooperazione

ECLI:EU:C:1997:187, punto 27, tutte in tema di limitazioni al diritto di proprietà; sempre su tale medesima questione, ma di qualche anno successive al periodo indicato, v. le sentenze 10 luglio 2003, cause riunite C-20/00 e C-64/00, *Booker Aquacultur Ltd e Hydro Seafood GSP Ltd c. The Scottish Ministers*, punto 68, 3 settembre 2008, cause riunite C-402/05 P e C-415/05 P, *Yassin Abdullah Kadi e Al Barakaat International Foundation c. Consiglio dell'Unione europea e Commissione delle Comunità europee (Kadi I)*, ECLI:EU:C:2008:461, punto 355. Con riferimento anche al diritto di esercitare attività professionali, v. altresì le sentenze del 17 ottobre 1995, causa C-44/94, *The Queen c. Minister of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte: National Federation of Fishermen's Organisations et al., Federation of Highlands and Islands Fishermen et al.*, ECLI:EU:C:1995:325, punto 55, del 28 aprile 1998, causa C-200/96, *Metronome Musik GmbH contro Music Point Hokamp GmbH*, ECLI:EU:C:1998:172, punto 21; ancora sulle limitazioni al diritto di esercitare attività professionali, v. la sentenza, di poco successiva alla prima stagione giurisprudenziale, così come poco sopra individuata, del 15 luglio 2004, cause riunite C-37/02 e C-38/02, *Di Lenardo Adriano e Dillexport Srl c. Ministero del Commercio con l'Estero*, ECLI:EU:C:2004:443, punto 82. La Corte di giustizia ha inoltre fatto ricorso al medesimo ragionamento anche per limitazioni al principio di non discriminazione – pur nell'ambito in particolare dell'organizzazione del mercato del latte – nella sentenza *Kjell Karlsson et al.*, cit., punto 45.

¹² Sent. *Hubert Wachauf c. Repubblica Federale di Germania*, cit., punto 22.

¹³ Sentenza *Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge c. Republik Österreich*, cit.

¹⁴ In casi eventualmente più complessi, la sfera applicativa del diritto dell'UE potrebbe non esser chiara, con connessa incertezza sull'applicabilità della CDFUE. Sul tema del rapporto tra Carta dei diritti fondamentali e mercato interno in relazione ai problemi emergenti dall'incertezza dei confini della sfera di applicazione delle norme sul mercato interno e quindi, di conseguenza, della Carta di Nizza (in virtù della clausola di cui all'art. 51 della stessa Carta), v. F. FONTANELLI, A. ARENA, *The Harmonization Potential of the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, in *European Journal of Law Reform*, 2-3/2018, p. 56.

di cui all'art. 5 Trattato CE [(divenuto art. 10 CE ed oggi 4, par. 3 TUE)]. La Corte di Lussemburgo ha chiaramente spiegato che doveva essere condotto un giudizio di bilanciamento, che si sostanziava in una valutazione della proporzionalità delle restrizioni alle libertà di circolazione. Nel contesto di siffatta valutazione, non era ritenuta irrilevante la circostanza che la perturbazione agli scambi intracomunitari era causata dall'esercizio di un diritto fondamentale, come la libertà di espressione: non vi era peraltro da parte dei manifestanti l'intenzione di impedire di per sé il transito delle merci o di realizzare azioni di tipo distruttivo¹⁵. La restrizione alla libertà di manifestazione peraltro avrebbe verosimilmente potuto portare ad una reazione dei manifestanti con effetti potenzialmente anche maggiormente dannosi per il funzionamento del mercato interno. Al tempo stesso, le Autorità austriache, alle quali nel contesto la Corte riconosce un ampio margine di discrezionalità, avevano autorizzato la manifestazione e predisposto misure che avrebbero alleviato, per quanto possibile, i relativi disagi. L'insieme di queste circostanze, insieme alla durata limitata della manifestazione, rendevano tali disagi, a giudizio della Corte di giustizia, tollerabili¹⁶.

Nei passaggi appena sintetizzati si ritrovano in sostanza già gli elementi che sarebbero poi stati consacrati nell'art. 52, par. 1 della Carta di Nizza¹⁷.

Degno di nota è che in tale occasione la Corte di giustizia, nel riprendere la linea argomentativa propria della sua giurisprudenza precedente con riferimento in particolare alla libertà di espressione e al diritto di riunione pacifica (in quanto garantiti dalla CEDU agli articoli 10 e 11), abbia precisato che tali

¹⁵ Ciò per la Corte di giustizia valeva a distinguere il caso in parola da quello deciso con la sentenza 9 dicembre 1997, causa C-265/95, *Commissione c. Francia*, ECLI:EU:C:1997:595, ove le manifestazioni avevano inoltre assunto dimensioni più ampie. V. sentenza *Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge c. Republik Österreich*, cit. punti 85-86.

¹⁶ Sentenza *Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge c. Republik Österreich*, cit., punti 81 ss.

¹⁷ Sentenza *Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge c. Republik Österreich*, cit., punto 79, ove nell'enucleare gli elementi in questione si fa riferimento ai precedenti *Familiapress*, cit., punto 26 (contenente, come già visto, un richiamo alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo), in cui si discuteva in effetti di libertà di espressione, benché nel diverso ambito dell'iniziativa economica privata (il problema riguardava l'ammissibilità del divieto di commercializzare pubblicazioni con giochi a premi) e *Carpenter*, cit., punto 42 (a sua volta, sempre come già segnalato, contenente un richiamo ad un caso deciso dalla Corte di Strasburgo). In quest'ultima pronuncia veniva in realtà in questione una compressione di diverso diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8 CEDU): la Corte di Lussemburgo – non vincolata, del resto, a richiamarsi a suoi precedenti riguardanti limitazioni esattamente allo stesso diritto di cui si tratta nella pronuncia in questione – la richiama probabilmente per riallacciarsi ad uno dei suoi precedenti più significativi in materia di limitazioni ai diritti fondamentali (v. *supra*, nt. 1) in cui venivano già ripresi gli elementi essenziali concernenti le condizioni per siffatte limitazioni. Nel passaggio sopra citato della sentenza *Schmidberger* è altresì richiamata la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, 23 settembre 1998, *Steel e a. contro Regno Unito*, 67/1997/851/1058, § 101, in cui in effetti veniva affrontata la questione dei limiti alla libertà di espressione nel contesto di una manifestazione di protesta.

diritti non sono, secondo l'espressione che come visto era già stata utilizzata, “*prerogative absolute*”, a differenza di altri insuscettibili di ogni restrizione, indicando in particolare il diritto alla vita e il divieto di tortura e di trattamenti inumani o degradanti¹⁸.

L'assolutezza del divieto di tortura ha peraltro ricevuto conferma nella giurisprudenza più recente, in particolare nella sentenza *Aranyosi e Căldăraru*¹⁹.

La Corte di giustizia si è successivamente richiamata al precedente *Schmidberger* allorché si è trovata a dover risolvere un problema in parte simile e legato alla concezione specifica di un diritto fondamentale – il rispetto della dignità umana – nell'ambito dell'ordinamento giuridico di un particolare Stato membro. Si tratta del caso *Omega*²⁰, in cui si è ammessa la possibilità che le libertà di circolazione possano subire una restrizione a causa del configgere degli esiti del loro esercizio, ossia nella fattispecie con un gioco in cui veniva simulata l'uccisione degli avversari, con la tutela della dignità umana. In certo senso, qui è il problema della non comprimibilità – in particolare nei termini che si erano verificati nella fattispecie – del diritto alla dignità umana a fondare il percorso argomentativo della Corte di giustizia. Tuttavia, alla luce delle caratteristiche del caso, detto problema non è affrontato in termini espliciti nel senso visto nelle pronunce precedenti e la Corte di giustizia si richiama invece, nell'ambito dello schema più classico del vaglio giudiziale delle restrizioni alle libertà fondamentali, al concetto di ordine pubblico come finalità ammissibile per una restrizione al funzionamento del mercato interno.

2. I criteri di cui all'art. 52, par. 1 della Carta dei diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte di giustizia – aspetti generali

Svolte queste premesse, si ripercorreranno nel presente paragrafo i criteri generali fissati dall'art. 52, par. 1 CDFUE, spiegando sinteticamente come questi siano stati interpretati dalla giurisprudenza della Corte di Lussemburgo.

¹⁸ Sentenza *Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge c. Republik Österreich*, cit., punto 80. Così si esprime la Corte di giustizia in tale passaggio:

“Così, neppure i diritti alla libertà d'espressione e alla libertà di riunione pacifica garantiti dalla CEDU - contrariamente ad altri diritti fondamentali sanciti dalla medesima convenzione, quali il diritto di ciascuno alla vita ovvero il divieto della tortura, nonché delle pene o di trattamenti inumani o degradanti, che non tollerano alcuna restrizione - appaiono come prerogative assolute, ma vanno considerati alla luce della loro funzione sociale. Ne consegue che possono essere apportate restrizioni all'esercizio di tali diritti, a condizione che tali restrizioni rispondano effettivamente ad obiettivi di interesse generale e non costituiscano, rispetto allo scopo perseguito da tali restrizioni, un intervento sproporzionato e inaccettabile tale da ledere la sostanza stessa dei diritti tutelati”.

¹⁹ Sentenza del 5 aprile 2016, cause riunite C-404/15 e C-659/15, *Pál Aranyosi e Robert Căldăraru*, punti 86-87, ove si ricorda la giurisprudenza della Corte di Strasburgo sul punto: sentenza *Bouyid c. Belgio* del 28 settembre 2015, n. 23380/09, § 81 e la giurisprudenza ivi citata.

²⁰ Sentenza 14 ottobre 2004, causa C-36/02, *Omega Spielballen- und Automatenaufstellungs-GmbH c. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, ECLI:EU:C:2004:614, punto 35.

2.1. La riserva di legge

La prima garanzia posta dall'art. 52, par. 1 CDFUE a fronte di misure restrittive dei diritti fondamentali contenuti nella CDFUE è la riserva di legge. È da ritenersi che essa vada intesa, con riferimento agli ordinamenti nazionali, secondo le regole nell'ambito di questi comunemente adottate per interpretare siffatte riserve a livello di protezione dei diritti fondamentali.

Nell'ambito dell'Unione europea, il discorso è più complesso, essendo innanzitutto noto che non esiste una qualificazione formale di atti come “leggi”, ma solo come “atti legislativi”²¹. Anzitutto giova, a tal proposito, richiamare le osservazioni dell'Avvocato generale Cruz Villalón:

“(...) La carta, al pari della CEDU, esigendo che le eventuali «limitazioni» (o «ingerenze» o «restrizioni») dei diritti e delle libertà siano «previste dalla legge», rinvia, in modo molto specifico, alla funzione della legge, del diritto in senso proprio, in quanto fonte di tranquillitas publica, e ciò nel settore estremamente sensibile che qui ci occupa. Orbene, la Carta esige non solo che la legge «preesista» a qualsiasi limitazione dei diritti e delle libertà, ma richiede altresì che tale limitazione rispetti il suo «contenuto essenziale», il che rende praticamente imprescindibile l'intervento del legislatore nella determinazione dei confini tra la limitazione del diritto e il territorio in linea di principio inviolabile di tale contenuto essenziale. Inoltre, la Carta esige che qualsiasi limitazione dell'esercizio dei diritti e delle libertà ivi riconosciuti rispetti il principio di proporzionalità, risponda al principio di necessità e persegua effettivamente obiettivi di interesse generale riconosciuti dall'Unione o risponda all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui. Alla luce di tutte queste condizioni, è l'esistenza di tale «legge» che, a mio avviso, fa nuovamente difetto [nel caso di specie], «legge» intesa come diritto «deliberato», vale a dire democraticamente legittimato. Infatti, solo una legge nel senso parlamentare del termine avrebbe potuto consentire di procedere all'esame delle altre condizioni stabilite dall'art. 52, n. 1, della Carta. A tal riguardo si potrebbe sostenere che l'art. 52, n. 1, della Carta incorpora l'esigenza implicita di una legge «deliberata», in corrispondenza con l'intensità del dibattito pubblico. Nella specie, tuttavia, è in discussione l'esigenza esplicita di una legge, in quanto «diritto previo»”²².

Nella richiamata prospettiva, è la riserva di legge che racchiude e in certo senso anticipa le altre garanzie previste dall'art. 52, par. 1, nel senso che ne permette il controllo, non potendosi altrimenti dare alcuna valutazione del rispetto delle altre condizioni, ad esempio del principio di proporzionalità. Deve essere quindi l'intervento del legislatore ciò che soprattutto fa risultare integrato il requisito della riserva di legge, nell'esercizio della sua libertà di scelta tra le diverse opzioni possibili di equilibrio tra valori²³. In particolare,

²¹ Cfr. P. MORI, *La “qualità” della legge e la clausola generale di limitazione dell'art. 52, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'UE*, cit., p. 243 ss., la quale fa notare che la “legge” potrebbe dover essere ricostruita sulla base di una combinazione di fonti, ad esempio nel caso delle direttive.

²² Conclusioni dell'Avvocato generale Cruz Villalón del 14 aprile 2011 nella causa C-70/10, *Scarlet Extended SA c. Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)*, ECLI:EU:C:2011:255, punto 113.

²³ E ciò senza però che possa risultare annullato, come già chiarito in premessa, ogni spazio interpretativo del giudice, attesa la difficoltà per il legislatore di compiere in via predeterminata scelte ispirate ad una chiara gerarchia, che possa valere in ogni situazione futura.

nell'ambito dell'Unione sarebbe la partecipazione del Parlamento europeo alla procedura che dà vita ad atti legislativi dell'UE a consentire di ritenere integrato il requisito della riserva di legge di cui all'art. 52, par. 1 CDFUE. La dottrina ha tuttavia messo in luce come la realtà per l'ordinamento dell'UE sia più articolata e complessa, riconoscendosi preminenza all'accessibilità, alla precisione e prevedibilità delle fonti²⁴.

È utile a questo punto trarre qualche esempio dalla pratica.

La Corte di giustizia, in relazione alla possibilità – prevista dall'art. 8, par. 3, primo comma, lettera e), della Direttiva 2013/32/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale²⁵ – di trattenimento di un richiedente quando lo impongono motivi di sicurezza nazionale o di ordine pubblico, ha osservato quanto segue:

“In proposito è d'uopo rilevare che, siccome la limitazione in discussione discende da una direttiva che costituisce un atto legislativo dell'Unione, siffatta limitazione è prevista dalla legge”²⁶.

I Giudici di Lussemburgo hanno altresì riconosciuto che va considerata come “*prevista dalla legge*” anche una limitazione contenuta in un accordo internazionale tra l'UE e un Paese terzo, benché abbiano poi ritenuto tali limitazioni nella specie non giustificate²⁷.

Da una più ampia ricognizione operata in sede dottrinale sembra in realtà che anche altre fonti debbano rientrare nel concetto di legge, come ad esempio gli atti non legislativi, ovvero esecutivi e gli orientamenti della Commissione in materia di concorrenza²⁸. Tali esiti non possono non destare qualche preoccupazione, in particolare quando – come senz'altro accade nell'ultimo caso, ossia per gli orientamenti della Commissione – l'intervento parlamentare non è previsto. Non sembra che tali fonti, ove il bilanciamento degli interessi è rimesso

²⁴ Cfr. Conclusioni dell'Avvocato generale Cruz Villalón del 12 dicembre 2013, cause riunite C-293/12 e C-594/12, *Digital Rights Ireland Ltd c. Minister for Communications, Marine and Natural Resources e a. e Kärntner Landesregierung e a.*, ECLI:EU:C:2013:845, punto 109. Cfr. altresì ancora P. MORI, *La “qualità” della legge e la clausola generale di limitazione dell'art. 52, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'UE*, cit., p. 243 ss. V. *infra*, §§ 2 e 5. Ricorda inoltre l'Autrice che la nozione di “legge” accolta nella giurisprudenza di Strasburgo è lontana da quella degli ordinamenti di *civil law* e risulta coincidente con quella generica di norma giuridica.

²⁵ GU L 180, pag. 60.

²⁶ Sentenza del 15 febbraio 2016, causa C-601/15 PPU, *J. N. c. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, ECLI:EU:C:2016:84, punto 51.

²⁷ Parere della Corte di giustizia 1/15 del 26 luglio 2017, *Trasferimento dei dati del codice di prenotazione (PNR) dei passeggeri aerei dall'Unione al Canada*, ECLI:EU:C:2017:592, punto 145.

²⁸ Cfr. P. MORI, *La “qualità” della legge e la clausola generale di limitazione dell'art. 52, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'UE*, cit., p. 243 ss.

alla sola Commissione, possano soddisfare i requisiti richiesti nella ricostruzione dell'Avvocato generale Cruz Villalón.

Pur a fronte delle perplessità appena esposte, corre l'obbligo di precisare che Corte di giustizia esige comunque che la base giuridica definisca la portata della limitazione imposta in modo chiaro e preciso²⁹. Essa aveva altresì avuto modo, poco dopo l'acquisizione da parte della Carta dei diritti fondamentali dell'UE di valore giuridico pari a quello dei Trattati, di precisare ad esempio che una limitazione che dovrebbe essere prevista a livello legislativo sarebbe quella – che nel caso di specie il Tribunale aveva indebitamente applicato in primo grado – relativa alla non proponibilità in giudizio di contestazioni di fatto o di diritto non sollevate nella fase amministrativa del procedimento, da parte del destinatario di una contestazione degli addebiti, adottata dalla Commissione nell'ambito del controllo sul rispetto del divieto di intese anticoncorrenziali. In assenza infatti di qualsivoglia disposizione di diritto dell'UE che la disponga, una siffatta limitazione si tradurrebbe per la Corte di giustizia in una compressione indebita del diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale garantito dall'art. 47 CDFUE³⁰.

In generale quindi, se condivisibile appare l'accento posto sull'accessibilità, precisione e prevedibilità delle fonti, resta che il *salto culturale* cui l'interprete è chiamato, confrontando la nozione di riserva di legge accolta in molti ordinamenti nazionali con quella che emerge nell'ambito dell'ordinamento dell'Unione europea, è in effetti talvolta notevole. Anche senza prefigurare necessariamente conflitti, è tuttavia pensabile che in molte occasioni gli standard a livello nazionale si presentino sul punto più elevati.

La Corte di giustizia tuttavia in contesti da quelli fin qui considerati, e proprio quando ha avuto a che fare con legislazioni nazionali, ha mostrato di ben intendere la necessità di mantenere alta la guardia su requisiti ad esempio di natura procedurale, anche laddove fossero in gioco rilevanti interessi dell'UE, come quelli emergenti nel contesto delle frodi in materia di IVA. Essa ha a esempio ritenuto che una limitazione alla vita privata, tutelata dall'art. 7 CDFUE, come quella derivante da intercettazioni telefoniche, vada considerata come non prevista dalla legge, quindi non conforme alla riserva di cui all'art. 52, par. 1 della stessa Carta, qualora la relativa autorizzazione sia stata concessa da un giudice non competente ai sensi della legislazione nazionale,

²⁹ Sentenze 17 dicembre 2015, causa C-419/14, *WebMindLicenses*, EU:C:2015:832, punto 81; Parere 1/15, cit., punto 139; 8 settembre 2020, C-265/19, *Recorded Artists Actors Performers Ltd c. Phonographic Performance (Ireland) Ltd et al.*, ECLI:EU:C:2020:677, punto 76, 6 ottobre 2020, cause riunite 245/19 e 246/129, *État luxembourgeois c. B e État luxembourgeois c. B e a.*, ECLI:EU:C:2020:795 punto 86.

³⁰ Sentenza del 1° luglio del 2010, causa C-407/08 P, *Knauf Gips KG c. Commissione europea*, ECLI:EU:C:2010:389, punto 91.

anche laddove tali intercettazioni costituiscano l'unica fonte di prova per il perseguimento di reati relativi alle frodi IVA³¹.

2.2. *Segue*: condizioni per le limitazioni dei diritti fondamentali (in particolare del diritto di proprietà e del diritto alla vita privata e alla riservatezza)

Ragionando a livello di fonti, va tenuto presente che l'articolo 52, par. 1 della CDFUE costituisce la disposizione residuale a cui rifarsi laddove la norma della Carta che garantisce il rispetto di un determinato diritto non contenga indicazioni specifiche per eventuali limitazioni al suo esercizio.

³¹ Sentenza della Corte di giustizia del 17 gennaio 2019, causa C-310/16, *Procedimento penale a carico di Petar Dzivev et al.*, ECLI:EU:C:2019:30, punto 37 (la causa in questione era stata sospesa dalla Corte di giustizia fino alla sua decisione nel caso M.A.S. e M.B. e poi riassunta: sentenza del 5 dicembre 2017, causa C-42/17, *Procedimento penale a carico di M.A.S. e M.B.* ECLI:EU:C:2017:936).

Sempre in tema di intercettazioni da utilizzarsi nell'ambito di un procedimento per frodi IVA, la Corte di giustizia ha chiarito che la legalità della loro acquisizione deve essere verificata anche quando il mezzo di prova in questione provenga da un altro procedimento penale parallelo non ancora giunto a conclusione, fornendo al giudice nazionale dettagliate indicazioni sulle verifiche da effettuare in relazione all'ammissibilità delle prove in questione. V. sentenza *WebMindLicenses kft c. Nemzeti Adó- és Vámhivatal Kiemelt Adó- és Vám Főigazgatóság*, cit., punto 92, par. 4, in cui la Corte ha, tra l'altro, stabilito quanto segue:

“Il diritto dell'Unione deve essere interpretato nel senso che non osta a che, ai fini dell'applicazione degli articoli 4, paragrafo 3, TUE, 325 TFUE, 2, 250, paragrafo 1, e 273 della direttiva 2006/112/CE del Consiglio, del 28 novembre 2006, relativa al sistema comune d'imposta sul valore aggiunto, l'amministrazione tributaria possa, allo scopo di accertare la sussistenza di una pratica abusiva in materia d'imposta sul valore aggiunto, utilizzare prove ottenute nell'ambito di un procedimento penale parallelo non ancora concluso, all'insaputa del soggetto passivo, mediante, ad esempio, intercettazioni di telecomunicazioni e sequestri di messaggi di posta elettronica, a condizione che l'ottenimento di tali prove nell'ambito di detto procedimento penale e il loro utilizzo nell'ambito del procedimento amministrativo non violino i diritti garantiti dal diritto dell'Unione.

In circostanze come quelle di cui al procedimento principale, spetta, in forza degli articoli 7, 47 e 52, paragrafo 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, al giudice nazionale che controlla la legittimità della decisione relativa a un accertamento dell'imposta sul valore aggiunto fondata su siffatte prove verificare, da un lato, se le intercettazioni di telecomunicazioni e il sequestro di messaggi di posta elettronica fossero mezzi istruttori previsti dalla legge e fossero necessari nell'ambito del procedimento penale e, dall'altro lato, se l'utilizzo da parte di tale amministrazione delle prove ottenute con detti mezzi fosse parimenti autorizzato dalla legge e necessario. Spetta ad esso, inoltre, verificare se, conformemente al principio generale del rispetto dei diritti della difesa, il soggetto passivo abbia avuto la possibilità, nell'ambito del procedimento amministrativo, di avere accesso a tali prove e di essere ascoltato sulle stesse. Se esso constata che tale soggetto passivo non ha avuto detta possibilità o che tali prove sono state ottenute nell'ambito del procedimento penale o utilizzate nell'ambito del procedimento amministrativo in violazione dell'articolo 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, detto giudice nazionale non deve ammettere tali prove e deve annullare detta decisione se essa risulta, per tale ragione, priva di fondamento. Parimenti, non devono essere ammesse tali prove se detto giudice non è abilitato a controllare che esse siano state ottenute nell'ambito del procedimento penale conformemente al diritto dell'Unione o non può quantomeno sincerarsi, sulla base di un controllo già effettuato da un giudice penale nell'ambito di un procedimento in contraddittorio, che esse siano state ottenute conformemente a tale diritto”.

Ciò risulta in particolare da alcune recenti pronunce, in cui la Corte di giustizia ha proprio sottolineato la distinzione tra le ipotesi in cui i diritti garantiti dalla CDFUE siano già sottoposti a condizioni – in particolare il diritto dei lavoratori all’informazione e alla consultazione nell’ambito dell’impresa di cui all’art. 27 della Carta di Nizza, garantito limitatamente ai “casi e alle condizioni previsti dal diritto dell’Unione e dalle legislazioni e prassi nazionali”³² – da quelle in cui invece la stessa Carta non sottopone l’esercizio dei diritti garantiti a condizioni autonome. In tali ultimi casi, le uniche limitazioni possibili risultano quindi essere, per i Giudici di Lussemburgo, quelle ammissibili ai sensi dell’art. 52, par. 1 della Carta dei diritti fondamentali.

Nell’ambito dei diritti sociali un caso di mancata previsione di condizioni specifiche è in particolare quello del diritto a ferie retribuite previsto dall’art. 31, par. 2 della CDFUE: in alcuni casi divenuti molto noti, la Corte di giustizia ha giudicato che una legislazione nazionale che limiti la possibilità di fruire delle ferie alla fine del periodo di riferimento o del diverso periodo fissato dal diritto nazionale, laddove il lavoratore non sia stato posto in condizione di beneficiare delle ferie, eccede i limiti di cui all’art. 52, par. 1³³.

Il rapporto tra i criteri previsti per limitazioni ammissibili in disposizioni specifiche e quelli enucleati in via generale dall’art. 52, par. 1 è tuttavia meno chiaro di quanto non appaia dal semplice schema emergente dalle pronunce testé richiamate in materia di diritti sociali. Infatti, anche in presenza di indicazioni specifiche per ragioni, o condizioni per limitazioni all’esercizio dei diritti, che già siano contenute nella stessa Carta di Nizza, la disposizione qui in

³² Di tale diritto la Corte di giustizia si è in particolare occupata nella sentenza 15 gennaio 2014, causa C-176/12, *Association de médiation sociale c. Union locale des syndicats CGT et al.*, ECLI:EU:C:2014:2.

³³ Sentenza del 6 novembre 2018, causa C-684/16, *Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften*, ECLI:EU:C:2018:874, punti 54-56 e 73-75: si ricorda che in tale sentenza per la prima volta la Corte di giustizia ha riconosciuto che una disposizione della Carta dei diritti fondamentali come l’art. 31, par. 2, sia invocabile nell’ambito di una controversia tra privati e che le disposizioni nazionali eventualmente contrastanti debbano essere disapplicate e ciò proprio in virtù dell’assenza del rinvio ai casi e alle condizioni previsti dal diritto dell’UE e nazionale (con l’esplicita differenziazione del caso dal precedente *Association de médiation sociale*, cit.: v. nt. precedente): v. punti 73-80. V. nello stesso senso le sentenze della stessa data, cause riunite C-569/16 e C-570/16, *Stadt Wuppertal c. Bauer e Volker Willmeroth c. Martina Broßonn*, ECLI:EU:C:2018:871, punti 59 ss. e 84-91, e causa C-619/16, *Sebastian W. Kreuziger c. Land Berlin*, ECLI:EU:C:2018:872 (ove tuttavia non si fa riferimento all’art. 52, par. 1 della CDFUE). V. in argomento E. FRANTZIOU, *(Most of) the Charter of Fundamental Rights is Horizontally Applicable*: ECJ 6 November 2018, Joined Cases C-569/16 and C-570/16, Bauer et al., in *European Constitutional Law Review*, 2/2019, p. 306; S.A. DE VRIES, *The Bauer et al. and Max Planck Judgments and EU Citizens’ Fundamental Rights: an Outlook for Harmony*, in *European Equality Law Review*, 1/2019, p. 16, disponibile on-line: https://www.dirittoantidiscriminatorio.it/app/uploads/2020/03/Rivista-Europea_1_2019_allegato_compressed.pdf. per una valutazione dei due casi alla luce di una più ampia disamina dell’evoluzione del concetto di efficacia diretta, v. D. GALLO, *Effetto diretto del diritto dell’Unione europea e disapplicazione, oggi*, in questa *Rivista*, n. 3/2019, p. 1, spec. p. 9. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>.

esame è spesso comunque invocata dalla Corte di giustizia. Ciò ad esempio è avvenuto con riferimento ad una restrizione all'acquisto di armi, considerata giustificata alla luce dei criteri già enucleati dall'art. 17 della Carta dei diritti fondamentali³⁴. In tale caso, sembra che la Corte di giustizia abbia voluto invocare la disposizione generale sui limiti all'esercizio dei diritti come schema di base sul fondamento del quale debbano essere lette anche le limitazioni specificamente previste per singoli diritti. Tuttavia, non risulta chiaro se si possa affermare l'esistenza di un rapporto di *genus a species*, con l'art. 52, par. 1 a fungere da schema generale, perché rispetto a quest'ultima norma si dice che essa pone delle "precisazioni": tale linguaggio potrebbe forse suggerire, benché in senso non univoco, che la disposizione in parola non sia quella più generale, bensì debba essere intesa come una sorta di esplicazione dei criteri specifici, laddove previsti³⁵.

In alcuni casi l'art. 52, par. 1 funge da ausilio ermeneutico ed è richiamato unitamente ad altre fonti della stessa Carta dei diritti fondamentali. Ad esempio, il principio di proporzionalità espresso dall'art. 52, par. 1 della CDFUE è richiamato anche congiuntamente all'art. 49 della stessa Carta, relativo ai principi della legalità e della proporzionalità dei reati e delle pene, laddove rilevante³⁶. Più in generale, la Corte di giustizia ha affermato il principio secondo cui la gravità di una sanzione deve corrispondere alla violazione per la quale questa è comminata deriva tanto dall'art. 52, par. 1 quanto dall'art. 49, par. 3 della Carta di Nizza³⁷.

³⁴ Sentenza del 3 dicembre 2019, *Repubblica ceca c. Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea*, causa C-482/17, ECLI:EU:C:2019:1035, punti 134 ss.

³⁵ In tal senso sembra deporre il fatto che nella sentenza *Repubblica ceca c. Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea*, cit., punto 134 si affermi, dopo che al punto precedente sono stati ricordati i requisiti specifici di limitazione di cui all'art. 17 CDFUE, "[r]iguardo ai suddetti requisiti, occorre parimenti tener conto delle precisazioni di cui all'articolo 52, paragrafo 1, della Carta".

³⁶ Cfr. ad es. sentenza del 4 ottobre 2018, causa C-384/17, *Dooel Uvoz-Izvoz Skopje Link Logistic N&N c. Budapest Rendőrfőkapitánya*, ECLI:EU:C:2018:810, punti 42-44, in materia di sanzioni previste dalla direttiva 1999/62/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 giugno 1999, relativa alla tassazione a carico di autoveicoli pesanti adibiti al trasporto di merci su strada per l'uso di alcune infrastrutture (GU 1999, L 187, pag. 42), come modificata dalla direttiva 2011/76/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 settembre 2011 (GU 2011, L 269, pag. 1), ove la Corte ha avuto modo di precisare, anche alla luce della relativa giurisprudenza della Corte di Strasburgo (vengono richiamate le sentenze della Corte EDU del 18 giugno 2013, *S.C. Complex Herta Import Export S.R.L. Lipova c. Romania*, CE:ECHR:2013:0618JUD001711804, § 38, e del 4 marzo 2014, *Grande Stevens e a. c. Italia*, CE:ECHR:2014:0304JUD001864010, § 199), che

"(...) il principio di proporzionalità esige, da un lato, che la sanzione inflitta rifletta la gravità della violazione e, dall'altro lato, che, nella determinazione della sanzione nonché dell'importo dell'ammenda, si tenga conto delle specifiche circostanze del caso di specie" (sent. *Dooel Uvoz-Izvoz Skopje Link Logistic N&N c. Budapest Rendőrfőkapitánya* cit. punto 45).

³⁷ Sentenze 20 marzo 2018, causa C-537/16, *Garlsson Real Estate SA, en liquidation e a. contro Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Consob)*, ECLI:EU:C:2018:193, punto 56 e *Dooel Uvoz-Izvoz Skopje Link Logistic N&N c. Budapest Rendőrfőkapitánya* cit., punto 42

Anche in caso di limitazioni al diritto di proprietà, la Corte di giustizia ha talvolta collegato l'art. 17 della CDFUE, che ne sancisce la tutela, all'art. 52, par. 1 della stessa Carta al fine di stabilire che dette limitazioni devono rispondere ad un obiettivo di interesse generale e, in tal caso, essere valutate alla luce del principio di proporzionalità. In caso di riscontro di un travalicamento dei limiti dettati dal detto principio, o di assenza di un obiettivo di interesse generale, le misure in questione vanno considerate come una lesione non ammissibile al diritto di proprietà: nell'esporre questo ragionamento, la Corte di giustizia ha parlato esplicitamente di "interpretazione combinata" degli articoli 17, par. 1 e 52, par. 1 CDFUE³⁸.

In altre pronunce, i Giudici del *Kirchberg*, nel valutare la proporzionalità di una misura di limitazione del diritto di proprietà, hanno sottolineato come quest'ultimo vada inquadrato alla luce della sua "funzione sociale", così sintetizzando i requisiti enucleati per l'ammissibilità di limitazioni dall'art. 17

³⁸ Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 21 maggio 2019, causa C-235/17, *Commissione c. Ungheria*, ECLI:EU:C:2019:432, punto 89, in cui è stato riscontrato un inadempimento del Paese magiaro a causa dell'introduzione di un provvedimento legislativo che sopprimeva i diritti di usufrutto su terreni agricoli e forestali situati in Ungheria direttamente o indirettamente detenuti da cittadini di altri Stati membri, in tal modo configurandosi una violazione del combinato disposto dell'art. 63 TFUE (che garantisce la libera circolazione dei capitali) e dell'art. 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

In diverso contesto, si segnala la sentenza della Corte di giustizia del 31 gennaio 2019, causa C-225/17 P, *Islamic Republic of Iran Shipping Lines e altri c. Consiglio dell'Unione europea*, ECLI:EU:C:2019:82, punti 106-109. Per un caso simile, v. sentenza 29 novembre 2018, causa C-600/16, *National Iranian Tanker Company c. Consiglio dell'Unione europea*, ECLI:EU:C:2018:966 punti 82-86, ove la ricorrente contestava, oltre a lesioni del diritto di proprietà, anche alla libertà d'impresa e alla propria reputazione, ma tutte giudicate poi in linea col principio di proporzionalità. Nel confermare la sentenza di primo grado del Tribunale, è stato affermato che sono ammesse misure di congelamento di capitali legate al commercio di armi in virtù di un apprezzamento delle Istituzioni politiche – cui in questo campo, essendo in gioco valutazioni di tipo politico, va riconosciuta un'ampia discrezionalità – secondo cui grazie a tali operazioni la Repubblica Islamica dell'Iran potesse dotarsi di risorse o strutture utili alla proliferazione nucleare secondo modalità non conformi alla risoluzione 1747 (2007) del Consiglio di sicurezza dell'ONU, pur in assenza di collegamento diretto tra i soggetti colpiti dalle misure in questione e le attività di proliferazione nucleare. In tale sentenza è stato invocato dapprima l'art. 52, par. 1 con riferimento generale a tutti i diritti fondamentali invocati (punto 82), quindi lo schema generale delineato dalla disposizione qui oggetto di studio è stato applicato alle restrizioni ai diversi diritti fondamentali in questione. Il ragionamento è piuttosto stringato, facendosi ad es. riferimento congiuntamente alla libertà di impresa e al diritto di proprietà (articoli 16 e 17 CDFUE, v. punto 83) il che in questo caso può spiegarsi col fatto che, trattandosi di un appello di una sentenza del Tribunale dell'UE, la Corte si è limitata a quanto necessario per il vaglio dei motivi di censura mossi alla pronuncia del Giudice di prime cure, senza dover condurre *ex novo* il ragionamento sulle singole restrizioni. Per un caso facente parte dello stesso filone sulle restrizioni destinate a sanzionare la Repubblica iraniana per la proliferazione nucleare, nel quale è utilizzato un similare schema concettuale anche se con riferimento al diritto ad un ricorso effettivo e ad un giudice imparziale (art. 47 CDFUE), cfr. la sentenza del 28 novembre 2013, causa C-348/12 P, *Consiglio dell'Unione europea c. Manufacturing Support & Procurement Kala Naft Co., Tebran*, ECLI:EU:C:2013:776, punti 69 ss.

CDFUE ed incentrati sulla valutazione di un interesse pubblico, giustificando sulla base di tale linea argomentativa ad es. le limitazioni all'utilizzo dei marchi commerciali di prodotti derivati dal tabacco previsti dalla direttiva 2014/40/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 3 aprile 2014³⁹, sul ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri relative alla lavorazione, alla presentazione e alla vendita dei prodotti del tabacco e dei prodotti correlati. È interessante notare come in tale frangente la Corte di giustizia abbia ritenuto che considerazione del diritto di proprietà non come prerogativa assoluta, ma alla luce della sua "*funzione sociale*" debba riflettersi "*in particolare, nelle modalità con cui deve essere attuato il principio di proporzionalità ai sensi dell'articolo 52, paragrafo 1, della Carta*"⁴⁰. Tale osservazione riprende letteralmente affermazioni contenute nella giurisprudenza sulle limitazioni alla libertà d'impresa tutelata dall'art. 16 CDFUE⁴¹: in tale ottica, la previsione di limitazioni specifiche al diritto di cui si dibatte – sia esso la proprietà o la libertà d'impresa – non esclude l'applicazione di quelle emergenti dalla disposizione generale di cui all'art. 52, par. 1, anzi le due categorie finiscono per illuminarsi reciprocamente. Nel caso poc'anzi richiamato, l'invocazione dell'art. 52, par. 1 CDFUE ha consentito di chiamare in causa il principio di proporzionalità, il cui rispetto non è esplicitamente richiesto dall'art. 17 della stessa Carta che tutela il diritto di proprietà.

Va tuttavia precisato che la Corte di giustizia, in un altro caso, non ha esitato a valutare restrizioni al diritto di proprietà anche sotto il profilo del principio di proporzionalità, pur senza invocare anche l'art. 52, par. 1. In tale situazione peraltro le restrizioni al diritto di proprietà derivavano da esigenze di tutela ambientale e la Corte di giustizia sembra aver voluto particolarmente enfatizzare il fatto che nello strumento di diritto derivato ove dette restrizioni erano previste era già stato operato un bilanciamento in sede legislativa⁴². Ciò non deve ovviamente esentare il diritto derivato dal vaglio di conformità alla Carta, ma la Corte di giustizia in tale occasione sembra aver voluto accordare al

³⁹ Direttiva 2014/40/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 3 aprile 2014, sul ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri relative alla lavorazione, alla presentazione e alla vendita dei prodotti del tabacco e dei prodotti correlati e che abroga la direttiva 2001/37/CE (GU 2014, L 127, pag. 1; e rettifica in GU 2015, L 150, pag. 24).

⁴⁰ Sentenza del 30 gennaio 2019, causa C-220/17, *Planta Tabak-Manufaktur Dr. Manfred Obermann GmbH & Co. KG c. Land Berlin*, ECLI:EU:C:2019:76, punti 94-98.

⁴¹ Cfr. sentenza del 22 gennaio 2013, causa C-283/11, *Sky Österreich GmbH c. Österreichischer Rundfunk*, ECLI:EU:C:2013:28, punto 47.

⁴² Cfr. la sentenza del 15 gennaio 2013, causa C-416/10, *Jozef Krížan et al. c. Slovenská inspekcia životného prostredia*, ECLI:EU:C:2013:8, punto 113. Lo strumento di diritto derivato in questione è la Direttiva 96/61/CE del Consiglio, del 24 settembre 1996, sulla prevenzione e la riduzione integrate dell'inquinamento (GU L 257, pag. 26), come modificata dal regolamento (CE) n. 166/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 gennaio 2006 (GU L 33, pag. 1).

Legislatore dell'Unione una particolare fiducia, forse eccessiva vista la stringatezza della motivazione sul punto⁴³.

In un recente caso poi, sollevato dal Consiglio di Stato italiano, la Corte di giustizia ha analizzato le limitazioni alla libertà d'impresa e al diritto di proprietà derivanti dal regime riservato alle banche popolari, che permette di limitare il rimborso di strumenti di fondi propri. È stato riconosciuto che le limitazioni rispondevano a finalità di interesse generale, legate in particolare alla stabilità finanziaria, ben stabilite nel diritto dell'UE⁴⁴ e non erano tali da turbare l'esercizio dell'attività bancaria, anzi ne preservavano, in sostanza, l'ordinato svolgimento in forma cooperativa (con le peculiarità che a questa sono state riconosciute nella giurisprudenza della Corte). Nella sentenza che ha deciso il caso la Corte di giustizia sembra essere giunta ad una sintesi, richiamando l'art. 52, par. 1 CDFUE come disposizione che stabilisce requisiti per le limitazioni ai diritti sanciti dalla Carta di Nizza “*quali la libertà d'impresa e il diritto di proprietà*”⁴⁵. L'art. 52 par. 1 quindi – che, si nota incidentalmente, il giudice del rinvio non aveva invocato – è direttamente rilevante anche per la libertà d'impresa e il diritto di proprietà.

Un altro filone giurisprudenziale interessante che permette di comprendere come la Corte di giustizia intenda l'atteggiarsi delle condizioni da rispettare per imporre restrizioni ai diritti fondamentali è quello riguardante il diritto alla vita privata e alla protezione dei dati, rispettivamente tutelati dagli articoli 7 e 8 CDFUE.

Nella sentenza *Digital Rights*⁴⁶, la Corte di giustizia ha chiarito – in realtà ribadendo quanto già a più riprese affermato – che, in generale, essa è chiamata

⁴³ Cfr. sentenza *Jozef Križan et al. c. Slovenská inšpekcia životného prostredia*, cit., punto 113, ove si legge la seguente lapidaria affermazione: “*Per quanto riguarda la proporzionalità della lesione del diritto di proprietà in questione, allorché è possibile accertare una lesione siffatta, è sufficiente constatare che la direttiva 96/61 trova un punto di equilibrio tra le esigenze di tale diritto e quelle connesse alla protezione dell'ambiente*”.

⁴⁴ V. *infra*, § 2.4

⁴⁵ Sentenza 16 luglio 2020, causa C-686/18, *OC e a. et al. c. Banca d'Italia et al.*, ECLI:EU:C:2020:567, punti 86 ss. Al punto immediatamente precedente peraltro la Corte di giustizia aveva richiamato la sua giurisprudenza che da tempo ha riconosciuto, come si è visto, l'ammissibilità di limitazioni al diritto di proprietà a determinate condizioni (v. *supra*, § 1). Tale filone sembra qui ricongiungersi con quello che era più incentrato sull'applicazione dell'art. 52, par. 1.

⁴⁶ Sentenza dell'8 aprile 2014, cause riunite C-293/12 e C-594/12, *Digital Rights Ireland Ltd c. Minister for Communications, Marine and Natural Resources e a. e Kärntner Landesregierung e a.*, ECLI:EU:C:2014:238. In generale sulla giurisprudenza in argomento, v. F. BESTAGNO, *Validità e interpretazione degli atti dell'UE alla luce della Carta: conferme e sviluppi nella giurisprudenza della Corte in tema di dati personali*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 1/2015, p. 25; ID., *I rapporti tra la Carta e le fonti secondarie di diritto dell'UE nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2/2015, p. 259, spec. 265-6; M. BRKAN, *The Essence of the Fundamental Rights to Privacy and Data Protection: Finding the Way Through the Maze of the CJEU's Constitutional Reasoning*, in *German Law Journal*, Special Issue 6/2019, p. 864.

ad esercitare un controllo del rispetto da parte del legislatore statale o dell'UE delle condizioni fissate dall'art. 52, par. 1, ispirandosi alla pertinente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. I Giudici di Lussemburgo hanno fissato i termini entro i quali deve avvenire tale scrutinio giurisdizionale, così rivelando i criteri cui doversi ispirare nel loro approccio casistico, nei termini seguenti:

*“Per quanto riguarda il controllo giurisdizionale del rispetto delle suddette condizioni, allorché si tratta di ingerenze in diritti fondamentali, la portata del potere discrezionale del legislatore dell'Unione può risultare limitata in funzione di un certo numero di elementi, tra i quali figurano, in particolare, il settore interessato, la natura del diritto di cui trattasi garantito dalla Carta, la natura e la gravità dell'ingerenza nonché la finalità di quest'ultima (v., per analogia, per quanto riguarda l'articolo 8 della CEDU, sentenza Corte EDU, S e Marper c. Regno Unito [GC], nn. 30562/04 e 30566/04, § 102, CEDU 2008-V)”*⁴⁷.

Nella fattispecie, la Corte di giustizia ha giudicato che, in materia di protezione dei dati personali, il legislatore dell'Unione godesse di un margine discrezionale ridotto per imporre restrizioni, in considerazione dell'importanza della tutela dei dati sotto il profilo della tutela alla vita privata e familiare, nella quale la Direttiva 2006/24/CE⁴⁸, al tempo vigente e sulla cui validità essa era chiamata a statuire, consentiva una grave ingerenza⁴⁹. Richiamando la sua precedente giurisprudenza, la Corte di giustizia ha quindi ricordato che le restrizioni alla tutela dei dati personali devono essere limitate allo stretto necessario alla luce degli articoli 7 e 8, par. 1 della Carta dei diritti fondamentali⁵⁰. Pur se in principio finalizzate alla lotta alla criminalità grave, in particolare alle forme di criminalità organizzata e terrorismo, le misure di conservazione dei dati previste erano di carattere intrusivo e generalizzato, tanto da applicarsi anche a soggetti privi di legami con indagini penali in corso, senza che a fronte fossero peraltro previste adeguate garanzie per il trattamento e la gestione dei dati in questione (che poteva essere affidata anche a soggetti stabiliti al di fuori dell'Unione), con un'ingerenza nei diritti fondamentali protetti non regolata da norme sufficientemente chiare e precise. Pertanto, la Direttiva 2006/24, cit. è stata considerata invalida⁵¹, in quanto

⁴⁷ Sentenza *Digital Rights* cit. punto 47.

⁴⁸ Direttiva 2006/24/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 marzo 2006, riguardante la conservazione di dati generati o trattati nell'ambito della fornitura di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico o di reti pubbliche di comunicazione e che modifica la direttiva 2002/58/CE (GU L 105, pag. 54).

⁴⁹ Sentenza *Digital Rights* cit., punto 48.

⁵⁰ Sentenza *Digital Rights* cit., punti 52-55.

⁵¹ Sentenza *Digital Rights* cit., punti 51 e 56 ss., in particolare punti 65-67.

“(…) il legislatore dell’Unione ha ecceduto i limiti imposti dal rispetto del principio di proporzionalità alla luce degli articoli 7, 8 e 52, paragrafo 1, della Carta”⁵².

Vale qui la pena di notare che, mentre l’art. 7 CDFUE non contempla direttamente criteri per limitazioni all’esercizio del diritto in esso sancito, l’art. 8 della stessa Carta, invece, al suo par. 2 ne prevede alcuni. In tale contesto, la Corte di giustizia ha preso le mosse dall’art. 52, par. 1 della Carta di Nizza, applicando i criteri in esso previsti anzitutto all’art. 7 della stessa Carta e poi anche al successivo art. 8. Nel fare ciò essa ha chiarito che quest’ultimo – oltre ad imporre che restrizioni siano limitate allo stretto necessario, come già ricordato – va interpretato come collegato in via sistematica al precedente art. 7, contribuendo a proteggere anch’esso la vita privata e familiare⁵³. I criteri di cui all’art. 52, par. 1 CDFUE quindi risultano applicabili ad entrambi i diritti tutelati dalla Carta qui rilevanti e si innestano sulla tutela che ad essi deve essere congiuntamente accordata. È per tale via che i Giudici del *Kirchberg* giungono all’affermazione, sopra riportata, in cui gli articoli 7, 8 e 52, par. 1 CDFUE vengono richiamati congiuntamente come parametri alla luce dei quali va valutato il rispetto del principio di proporzionalità nel caso di specie.⁵⁴

Interessanti in tale causa sono altresì le Conclusioni dell’Avvocato generale Cruz Villalón, il quale ha condotto la sua analisi incentrandola essenzialmente sul rispetto del principio di proporzionalità come espresso dall’art. 52, par. 1 CDFUE – avendo cura di distinguerlo dal medesimo principio contenuto nell’art. 5, par. 4 TUE –, leggendolo congiuntamente all’art. 7 della Carta in riferimento agli obblighi di conservazione di dati legati all’identificazione personale. Rilevante ai nostri fini è in particolare l’osservazione secondo cui il rispetto del principio in parola è da considerarsi obbligatorio per limitazioni a

⁵² Sentenza *Digital Rights* cit., punto 69.

⁵³ Sentenza *Digital Rights* cit., punti 38 ss., 52-53.

⁵⁴ La ricostruzione testé presentata sembra essere stata confermata allorché la Corte di giustizia è stata successivamente chiamata a chiarire il senso della sua pronuncia nel caso *Digital Rights* con riferimento alle normative svedese e del Regno Unito. La Corte del *Kirchberg* ha statuito che risultano travalicati i limiti del principio di proporzionalità come emergenti dal diritto derivato applicabile, letto in combinazione con l’art. 52, par. 1 della Carta di Nizza – e nel rifarsi alla lettura combinata degli articoli 7, 8 e 51, par. 1 CDFUE essa ha riportato costantemente un’espressione usata dal giudice del rinvio nel porre le domande pregiudiziali –, laddove una legislazione nazionale preveda che vengano conservati in modo indiscriminato, per finalità di lotta contro la criminalità, tutti i dati riguardanti il traffico e l’ubicazione di tutti gli abbonati e utenti iscritti, con riferimento a qualsiasi mezzo di comunicazione elettronica, senza che l’accesso da parte delle Autorità nazionali competenti sia limitato ai casi di criminalità grave e il previo controllo della legittimità dell’accesso da parte di un Giudice o di un’Autorità amministrativa indipendente. Inoltre, la Corte di giustizia ha rilevato che non era previsto il requisito della conservazione dei dati sul territorio dell’UE. Essa ha pertanto concluso che legislazioni siffatte non fossero in linea con gli standard fissati dal diritto dell’UE ed in particolare dall’art. 52, par. 1 della Carta dei diritti fondamentali. Cfr. sentenza del 21 dicembre 2016, cause riunite C-203/15 e C-698/15, *Tele2 Sverige AB c. Post- och telestyrelsen e Secretary of State for the Home Department c. Tom Watson et al.*, ECLI:EU:C:2016:970, punti 94 ss. e 114 ss.

qualsiasi diritto fondamentale, pur se il giudizio debba essere condotto avendo riguardo alle circostanze specifiche in cui la limitazione in questione sia prevista e all'atteggiarsi dei singoli diritti⁵⁵.

In un contesto diverso, ossia nel parere 1/15, relativo al *trasferimento dei dati del codice di prenotazione (PNR) dei passeggeri aerei dall'Unione al Canada*, la Corte di giustizia ha giudicato che il trattamento dei dati in questione per ragioni indipendenti dal comportamento del singolo passeggero, ma, secondo quanto previsto dall'art. 2, lettera e), dell'accordo previsto, sulla mera base di informazioni concernenti "l'origine etnica o razziale, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, l'appartenenza sindacale, la salute o l'orientamento sessuale di una persona" sarebbe stato contrario agli articoli 7, 8 e 21, "nonché" 52, par. 1 della CDFUE⁵⁶. Utilizzando il linguaggio riportato, in tale parere la Corte di giustizia ha nuovamente ricostruito i criteri per le limitazioni ai diritti fondamentali come sostanzialmente emergenti da una lettura congiunta della disposizione generale qui oggetto di studio e da quanto eventualmente previsto da singole disposizioni che riconoscono tutela a singoli diritti. Infatti, nel chiarire la portata delle disposizioni costituenti parametro di legittimità per l'accordo in questione, ha invocato i criteri di cui all'art. 52, par. 1 in aggiunta a quelli previsti per le limitazioni alla protezione dei dati contenuti nell'art. 8, par. 2 CDFUE⁵⁷.

Conclusivamente sul punto, sembra doversi riconoscere che le formulazioni diverse utilizzate nella giurisprudenza e qui messe in evidenza non debbano essere sopravvalutate nel loro significato, pur rendendo evidente una progressione nella valorizzazione della clausola generale sulle limitazioni. Non sembra infatti che l'aver considerato inizialmente l'art. 52, par. 1 CDFUE come norma residuale rispetto a condizione specifiche per le limitazioni a singoli diritti contenute in altre norme abbia mai realmente potuto implicare un'intenzione di espungere quella prima disposizione dall'orizzonte. Se anche questa fosse stata l'intenzione dei Giudici di Lussemburgo – conclusione che peraltro sembrerebbe eccessiva ad una lettura di quelle prime pronunce –, va in realtà sostenuto che la disposizione in questione permane in ogni caso rilevante quando emergono limitazioni ai diritti fondamentali. Opinando diversamente si pretenderebbe di negare valore sistematico generale ad una clausola che, vista anche la sua collocazione nelle disposizioni generali di cui al Titolo VII CDFUE,

⁵⁵ Cfr. Conclusioni dell'Avvocato generale Cruz Villalón *Digital Rights Ireland Ltd c. Minister for Communications, Marine and Natural Resources e a. e Kärntner Landesregierung e a.*, cit., punti 89 e 133.

⁵⁶ Parere 1/15, cit., punti 164-167. Cfr. sul parere in questione E. CARPANELLI, N. LAZZERINI, *PNR : passenger name record, problems not resolved? : the EU PNR conundrum after Opinion 1/15 of the CJEU*, in *Air and space law*, 4-5/2017, p. 377, spec. 389.

⁵⁷ Parere 1/15, cit., punti 137-138.

si ritiene debba esserne dotata. Si contraddirebbe altresì il chiaro dato testuale, secondo cui le limitazioni cui si riferisce l'art. 52, par. 1 CDFUE sono quelle che riguardano l'esercizio "dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta": non è contemplata, com'è evidente, esclusione alcuna⁵⁸.

È ben vero che nella sua evoluzione, come rilevato, la Corte di Lussemburgo sembra essersi cimentata in un'opera di riconduzione a coerenza di alcuni filoni differenziati che si erano prodotti nella sua giurisprudenza, valorizzando con sempre maggior forza la disposizione qui oggetto di studio. Al di là di tale eterogeneità, il diverso atteggiarsi dei criteri di ammissibilità delle limitazioni, certamente rilevabile, dipende senz'altro dal fatto che l'art. 52, par. 1 debba entrare in combinazione con altre disposizioni che eventualmente prevedono limitazioni e criteri particolari, nonché, più in generale, dalle specifiche esigenze di tutela dei singoli diritti e, come sempre, dalle peculiarità dei casi concreti.

2.3. *Segue: il rispetto del contenuto essenziale dei diritti e libertà*

Il rispetto del "contenuto essenziale [dei] diritti e libertà" previsti dalla Carta di Nizza è considerato come requisito autonomo per le limitazioni che possano essere previste e risulta, già a livello testuale, ulteriore rispetto all'imperativo di non eccedere i limiti del principio di proporzionalità.

Il criterio in questione ha ricevuto poca attenzione da parte della Corte di giustizia e nell'ambito della dottrina⁵⁹. Secondo alcuni, il primo caso in cui il criterio qui in esame sarebbe stato effettivamente utilizzato (divenendo "fully operational") dai Giudici di Lussemburgo sarebbe *Schrems I*⁶⁰, essendo in effetti il primo in cui il contenuto essenziale di un diritto è stato considerato violato e segnatamente quelli sanciti dagli articoli 7 e 47 della Carta di Nizza. Non può comunque essere ignorato che quella pronuncia si poggia sul precedente *Digital Rights*: è in tale caso che, almeno per quanto riguarda l'art. 7 CDFUE, i Giudici del *Kirchberg* avevano fissato il limite invalicabile per il legislatore ed infatti ad esso si richiamano esplicitamente in *Schrems I*. Nel cotesto considerato, tale limite consiste nell'accesso generalizzato alle comunicazioni

⁵⁸ Cfr. in questo senso anche P. MANZINI, *La portata dei diritti garantiti dalla Carta dell'Unione europea: problemi interpretativi posti dall'art. 52*, cit., p. 127 ss.

⁵⁹ Si segnalano pochi contributi: v. M. BRKAN, *The Concept of Essence of Fundamental Rights in the EU Legal Order: Peeling the Onion to its Core*, in *European Constitutional Law Review*, 2018, p. 332 e gli articoli raccolti in *Interrogating the Essence of EU Fundamental Rights*, Special Issue 6/2019, *German Law Journal*, disponibile on-line: <https://germanlawjournal.com>.

⁶⁰ Sentenza del 6 ottobre 2015. causa C-362/14, *Maximillian Schrems c. Data Protection Commissioner*, ECLI:EU:C:2015:650. Cfr. M. DAWSON, O. LYNSKEY, E. MUIR, *What is the Added Value of the Concept of the "Essence" of EU Fundamental Rights?*, in *German Law Journal*, Special Issue 6/2019, p. 763, spec. 764.

elettroniche consentito alle Autorità pubbliche a cui si aggiunge, in *Schrems*, una pesante limitazione del relativo diritto di difesa⁶¹.

Nella stessa *saga* è arrivata una seconda decisione ablativa nella recente sentenza *Schrems II*, ove la vittima è stata decisione di esecuzione (UE) 2016/1250 della Commissione, del 12 luglio 2016, a norma della direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, sull'adeguatezza della protezione offerta dal regime dello scudo UE-USA per la privacy⁶². I problemi in tal caso, sempre in relazione agli articoli 7 e 8 CDFUE, riguardavano il trasferimento di dati in un Paese terzo – gli Stati Uniti – e i “programmi di sorveglianza” delle Autorità di quel Paese. Si riproponeva, in relazione al funzionamento dei meccanismi previsti dallo scudo, la mancanza di una tutela giurisdizionale, non avendo la Corte di giustizia condiviso la valutazione della Commissione sull'equivalenza – in termini di garanzie stabilite dall'art. 47 CDFUE – del sistema imperniato sul Mediatore per lo scudo per la privacy a quelli di tutela giurisdizionale assicurati nell'Unione⁶³.

A livello metodologico, sono stati proposti diversi approcci per l'individuazione del contenuto essenziale di un diritto. Si distingue in particolare tra approcci deduttivi (*ex ante* o in astratto) e induttivi (o *ex post*, in concreto). Su un diverso piano, l'identificazione dovrebbe avvenire con riguardo all'obiettivo dei diritti e alla sua collocazione nell'ambito del sistema di tutela dei diritti fondamentali; allo stesso tempo, siffatto approccio potrebbe essere caratterizzato in senso soggettivo, privilegiando ad esempio il punto di vista del titolare della posizione, o oggettivo, in relazione ad un punto di vista più ampio, riferito magari alla collettività di riferimento e al suo modo di intendere il diritto in questione⁶⁴. Ancora, viene proposta un'ulteriore distinzione basata sull'identificazione del contenuto essenziale in relazione al diritto della cui limitazione si

⁶¹ Cfr. sentenza *Schrems*, cit., punti 94-95 e *Digital Rights* cit., punto 39. Sul punto v. altresì *infra*, § 5.

⁶² Decisione di esecuzione (UE) 2016/1250 della Commissione, del 12 luglio 2016, a norma della direttiva 95/46, sull'adeguatezza della protezione offerta dal regime dello scudo UE-USA per la privacy (GU 2016, L 207, pag. 1).

⁶³ Sentenza della Corte di giustizia del 16 luglio 2020, causa C-311/18, *Data Protection Commissioner c. Facebook Ireland Limited e Maximilian Schrems*, ECLI:EU:C:2020:559, punti 174 ss. Cfr. sulla decisione, *ex pluribus*, in senso peraltro critico, O. POLLICINO, *Diabolical Persistence: Thoughts on the Schrems II Decision*, *VerfBlog*, 2020/7/25, <https://verfassungsblog.de/diabolical-persistence/>. L'Autore stigmatizza la tendenza della Corte di giustizia, già rilevata con riferimento al caso *Schrems I*, a “manipolare” in particolare il diritto secondario, leggendolo “alla luce” della Carta dei diritti fondamentali, così cercando di affermare un proprio ruolo di natura costituzionale. Quanto all'art. 52, par. 1, l'Autore sottolinea il ruolo giocato dal giudizio sul rispetto del limite della proporzionalità.

⁶⁴ Cfr. T. TRIDIMAS, G. GENTILE, *The Essence of Rights: An Unreliable Boundary?*, in *German Law Journal*, Special Issue 6/2019, p. 794.

tratta in sé, ovvero alla più ampia scala di valori e imperativi morali che sono protetti dalla Carta dei diritti fondamentali nel suo complesso⁶⁵.

Un'ulteriore distinzione riprende la funzione del concetto di contenuto essenziale: in relazione ai singoli diritti, con carattere che viene detto assoluto, il concetto indica il nucleo intoccabile del diritto, rispetto al quale non possono essere effettuate valutazioni con riferimento al canone di proporzionalità⁶⁶; sulla base di un approccio detto invece relativo, è proprio nell'ambito del test di proporzionalità che l'esistenza di un nucleo intoccabile andrebbe presa in considerazione⁶⁷.

Le riportate concettualizzazioni possono essere di indubbia utilità nel ricostruire diversi possibili modi di procedere nell'analisi di singoli casi ed è innegabile che in alcune situazioni gli stessi Giudici del *Kirchberg* abbiano fatto ricorso ad esempio a riferimenti all'obiettivo di un determinato diritto, magari come da intendersi in un particolare contesto. A ben vedere, si ripropongono sul piano dell'individuazione del contenuto essenziale dei diritti le scelte, forse i dilemmi, in cui ci si dibatte di fronte al problema generale delle limitazioni ai diritti fondamentali, così come per sommi capi tratteggiate in apertura di questo studio⁶⁸. Se sul piano astratto, come si diceva, è difficile per il legislatore compiere scelte definitive, specie a fronte del proliferare delle posizioni soggettive assurde al rango di diritti fondamentali, emerge il dovere per il giudice di risolvere una serie di questioni, legate soprattutto al bilanciamento tra diritti, sul piano dei casi concreti. Se quest'ultimo riesce ad esempio a privilegiare valutazioni *ex ante* o di tipo oggettivo, si pone probabilmente in un'ottica di rilevazione di ciò che sul piano normativo è stato già espresso, quanto meno a livello implicito. Da questo piano ove sono dominanti gli elementi di carattere ricognitivo, l'interprete viene sospinto su un piano più valutativo, laddove sono necessarie scelte che si basino su valutazioni *ex post*, in concreto.

Non v'è altresì dubbio che l'idea più fedele al *modus procedendi* che si ritrova nella giurisprudenza è quella che, sul piano concreto, si riallaccia alla domanda sulla persistente effettiva esistenza di una certa posizione soggettiva a fronte di una limitazione⁶⁹. Com'è stato correttamente osservato, una volta che la limitazione abbia inciso tanto profondamente da svuotare il diritto in

⁶⁵ Cfr. M. DAWSON, O. LYNKEY, E. MUIR, *What is the Added Value of the Concept of the "Essence" of EU Fundamental Rights?*, cit., p. 766,

⁶⁶ M. BRKAN, *The Essence of the Fundamental Rights to Privacy and Data Protection: Finding the Way Through the Maze of the CJEU's Constitutional Reasoning*, cit., spec. 866.

⁶⁷ T. TRIDIMAS, G. GENTILE, *The Essence of Rights: An Unreliable Boundary?*, cit., p. 803

⁶⁸ V. *supra*, Premessa.

⁶⁹ Cfr. K. LENAERTS, *Limits on Limitations: The Essence of Fundamental Rights in the EU*, in *German Law Journal*, Special Issue 6/2019, p. 779.

questione del suo significato, non può nemmeno darsi una questione di applicazione del *test* di proporzionalità⁷⁰.

Riconoscere quale sia lo schema concettuale in cui la giurisprudenza si muove aiuta a comprenderne meglio le decisioni.

In dottrina infatti si è preteso peraltro di rilevare un'incoerenza nella giurisprudenza della Corte di giustizia, la quale nel richiamato caso *Schrems* avrebbe proceduto all'identificazione del contenuto essenziale, giudicandolo violato, mentre in un altro, più recente caso, avrebbe concentrato la sua attenzione sull'ampiezza della violazione⁷¹. Si tratta del caso *Léger* in cui la Corte di giustizia ha ammesso che l'aver avuto rapporti sessuali con persone dello stesso sesso possa costituire motivo di esclusione permanente dalle donazioni di sangue solo se sia effettivamente dimostrato che tali comportamenti elevino il rischio di contrarre malattie che possano essere trasmesse col sangue e non esistano altri metodi meno restrittivi per garantire un elevato livello della salute dei riceventi. In tale contesto la Corte ha rilevato che il contenuto essenziale del principio di non discriminazione è preservato, atteso che la misura in parola si incentra “unicamente sulla questione, di portata limitata, delle esclusioni dalla donazione di sangue allo scopo di tutelare la salute dei riceventi”⁷².

A ben vedere, in entrambi i casi, pur volendo affrontare lo stesso problema da due angolature diverse – il che, si può concedere, potrebbe non essere raccomandabile su un piano, per la verità astratto, di coerenza –, la Corte di giustizia non ha rinunciato a prendere le mosse dalla domanda più radicale: il diritto in questione è stato svuotato nella sua essenza? Se nel caso *Schrems* la risposta è stata in senso positivo, nel caso *Léger* essa è stata, pur se data a livello implicito, negativa. Sul piano della tecnica argomentativa la Corte ha preferito concentrarsi sulla limitazione. Senza dubbio si tratta di un passaggio assai stringato, che avrebbe meritato un maggior approfondimento. È vero, più in generale, che la Corte di giustizia tende a rifuggire definizioni di diritti che possano avere una valenza generale. Come si dirà più avanti, questo approccio emerge anche in senso più generale nella definizione di diritti⁷³. In questo caso si trattava, è vero, del principio di non discriminazione, con cui essa ha notevole confidenza, ma la Corte di giustizia ha preferito non impegnarsi in una ricostruzione di cosa detto principio non può non implicare.

⁷⁰ Cfr. K. LENAERTS, *Limits on Limitations: The Essence of Fundamental Rights in the EU*, cit., p. 7.. Un rigido meccanismo come quello descritto non consente di includere valutazioni sul contenuto essenziale nel contesto del *test* di proporzionalità.

⁷¹ M. DAWSON, O. LYNSKEY, E. MUIR, *What is the Added Value of the Concept of the “Essence” of EU Fundamental Rights?*, cit., p. 768.

⁷² Sentenza del 29 aprile 2015, causa C-528/13, *Geoffrey Léger c. Ministre des Affaires sociales, de la Santé et des Droits des femmes et Établissement français du sang*, ECLI:EU:C:2015:288, punto 54.

⁷³ V. *infra*, § 8.

Né la Corte di giustizia ha portato avanti in modo promiscuo il giudizio sulla violazione del contenuto essenziale e sulla proporzionalità: il *test* sulla proporzionalità è stato condotto separatamente, una volta che era stata esclusa un'indebita compromissione del contenuto essenziale del diritto.

Simile linea argomentativa è stata seguita dalla Corte di giustizia ad esempio nelle sentenze *Digital Rights*⁷⁴ e *Société Neptune Distribution*⁷⁵ ed anche quando essa ha dovuto giudicare dell'ammissibilità di restrizioni alla libertà di espressione e informazione e d'impresa derivanti dalle norme sull'etichettatura e l'imballaggio di derivati del tabacco⁷⁶.

In altre situazioni, al *Kirchberg* si è pensato di non evocare direttamente l'art. 52, par. 1, statuendo tuttavia sul "contenuto essenziale" del diritto ad un equo processo. Ciò è accaduto nella sentenza *LM*, in cui la Corte di giustizia ha affermato che:

"(...) si deve sottolineare che il requisito dell'indipendenza dei giudici attiene al contenuto essenziale del diritto fondamentale a un equo processo, che riveste importanza cardinale quale garanzia della tutela dell'insieme dei diritti derivanti al singolo dal diritto dell'Unione e della salvaguardia dei valori comuni agli Stati membri enunciati all'articolo 2 TUE, segnatamente, del valore dello Stato di diritto"⁷⁷.

Si trattava, nella fattispecie, del caso delle deficienze del sistema giudiziario polacco, come emergenti nella proposta della Commissione di attivazione della procedura politica per il controllo del rispetto dei valori dell'UE di cui all'articolo 2 TUE e prevista, com'è noto, all'art. 7 del medesimo Trattato. La Corte di giustizia ha stabilito che, nell'ambito delle procedure per l'esecuzione di un

⁷⁴ Sentenza *Digital Rights* cit., punti 38-45 e ss.

⁷⁵ Sentenza del 17 dicembre 2015, causa C-157/14, *Société Neptune Distribution c. Ministre de l'Économie et des Finances*, ECLI:EU:C:2015:823, punti 68 ss.

⁷⁶ V. sentenza del 4 maggio 2016, causa C-547/14, *Philip Morris Brands SARL et al. c. Secretary of State for Health*, ECLI:EU:C:2016:325, punti 148-162. Per un altro caso in materia di regolazione dell'attività di vendita di derivati del tabacco con una motivazione relativa al rispetto dell'art. 52, par. 1 piuttosto stringata – ma comunque rispettosa dell'ordine logico illustrato nel testo – v. la sentenza del 4 maggio 2016, causa C-477/14, *Pillbox 38 (UK) Limited, agissant sous le nom commercial Totally Wicked c. Secretary of State for Health*, ECLI:EU:C:2016:324, punti 159-164.

⁷⁷ Sentenza 25 luglio 2018, causa C-216/18 PPU, *Minister for Justice and Equality c. LM*, ECLI:EU:C:2018:586, punto 48. L'Avvocato generale Tanchev, nelle sue conclusioni, ha invece chiamato esplicitamente in causa l'art. 52, par.1 ed anche la necessità di rispettare il contenuto essenziale dei diritti di cui all'art. 47 CDFUE. Egli ha osservato come, a differenza di altri diritti come quello a non subire trattamenti inumani o degradanti, quelli di cui all'art. 47 CDFUE siano suscettibili di limitazioni alle condizioni stabilite dall'art. 52, par. 1 della stessa Carta e ha proposto di rifarsi al concetto di "flagrante diniego di giustizia" elaborato nell'ambito della giurisprudenza CEDU. Nella ricostruzione offerta, si rileva come un tale tipo di violazione sarebbe stato riscontrato solo in quattro casi, nei quali l'extradizione o espulsione dell'interessato – andato incontro a pesanti violazioni del suo diritto ad un equo processo – sarebbe stata dichiarata contraria all'art. 6 CEDU. Cfr. Conclusioni dell'Avvocato generale Tanchev del 28 giugno 2018, causa C-216/18 PPU, *Minister for Justice and Equality c. LM*, ECLI:EU:C:2018:517, punti 74-85.

mandato d'arresto europeo, l'Autorità giudiziaria dello Stato membro di esecuzione deve accertare se esista un “*rischio reale*”, per l'individuo che debba essere consegnato, di subire violazioni del diritto ad un processo equo⁷⁸.

Difficilmente può essere sfuggito ai Giudici della Corte di giustizia che la locuzione “*contenuto essenziale*” è proprio quella usata dall'art. 52, par. 1 CDFUE, che essi non hanno evocato. Il mancato richiamo di tale disposizione è quindi abbastanza sorprendente. Né può trattarsi di una coincidenza di espressioni emersa fortuitamente ad esempio in sede di traduzione, giacché anche nelle versioni inglese e francese della sentenza in questione sono utilizzate esattamente le stesse locuzioni che si ritrovano anche nel corrispondente testo linguistico della Carta dei diritti fondamentali all'art. 52, par. 1 (rispettivamente “*essence*” in inglese e “*contenu essentiel*” in francese)⁷⁹.

Mette conto peraltro segnalare che sul punto della considerazione dell'indipendenza dei giudici come centrale per la tutela del diritto ad un equo processo e del rispetto del valore dello stato di diritto, la posizione della Corte di giustizia nel caso appena riportato è del tutto consonante a quella espressa anche in altri recenti e delicati casi riguardanti la Polonia, ossia quelli in cui i Giudici del *Kirchberg* sono stati chiamati ad occuparsi di alcune norme interne che hanno fatto sorgere dubbi quanto all'indipendenza in particolare del *Sąd Najwyższy*, ossia della Corte suprema di quel Paese. Non è invocato esplicitamente l'art. 52, par. 1 CDFUE neanche in queste pronunce⁸⁰, come anche in quella, su cui si tornerà più avanti, con la quale la Corte di giustizia ha risposto all'Organo di giustizia contabile portoghese, che chiedeva se i tagli salariali

⁷⁸ Sentenza *LM*, cit., punti 59 ss.

⁷⁹ L'assenza dell'art. 52, par. 1 CDFUE nel contesto considerato non può neanche essere spiegata col fatto che la disposizione non fosse stata invocata dal giudice del rinvio quando ha posto le sue questioni pregiudiziali. Tale argomento sembrerebbe provare troppo ed infatti va notato che la Corte di giustizia ha autonomamente chiamato in causa l'art. 52, par. 1 CDFUE quando lo riteneva rilevante, anche senza che il giudice del rinvio la avesse esplicitamente interrogata con riferimento ad esso: ciò è ad esempio avvenuto nel caso *Léger*, citato poco sopra.

⁸⁰ Sentenza del 24 giugno 2019, causa C-619/18, *Commissione c. Polonia*, ECLI:EU:C:2019:531, punto 58: qui è richiamata la sentenza *LM* e si riprende l'affermazione riportata nel testo, anche se singolarmente nella versione italiana si legge l'espressione “*aspetto essenziale*”, mentre in quelle inglese e francese sono mantenute rispettivamente quelle di “*essence*” e “*contenu essentiel*” e deve quindi trattarsi in questo caso di una difformità dovuta ad una non precisa traduzione in italiano, che quindi evidentemente non elimina l'implicita evocazione della Carta dei diritti fondamentali. Cfr. altresì sentenza 19 novembre 2019, cause riunite C-585/18, C-624/18 e C-625/18, *A.K. et al. c. Sąd Najwyższy* ECLI:EU:C:2019:982, punto 165. In una recentissima pronuncia, il giudice del rinvio aveva evocato l'art. 52, par. 1 della CDFUE, ma la Corte di giustizia non vi ha fatto comunque riferimento esplicito, tornando a riprendere le espressioni della sua giurisprudenza precedente già riportate nel testo: sentenza del 2 marzo 2021, causa C-824/18, *A.B. et al. c. Krajowa Rada Sądownictwa*, ECLI:EU:C:2021:153, punto 116. Sulla questione della tutela dei valori dell'UE davanti alla Corte di giustizia v. E. CANNIZZARO, *Il ruolo della Corte di giustizia nella tutela dei valori dell'Unione europea*, in *Liber Amicorum Antonio Tizzano – De la Cour CECA à la Cour de l'Union: le long parcours de la justice européenne*, Torino, 2018, p. 136.

subiti dai suoi membri fossero da considerarsi come un attentato alla sua indipendenza⁸¹. Vero è che, come si noterà a proposito della pronuncia sui tagli salariali ai membri dell'Organo di giustizia contabile portoghese, la questione della protezione di posizioni giuridiche di singoli non emerge direttamente, ma solo in via generale e, potrebbe dirsi, *mediata*, a fronte di interventi che possano minare l'indipendenza di organi giurisdizionali: forse quindi da qui potrebbero derivare le remore della Corte di Lussemburgo ad invocare direttamente la CDFUE in questi contesti.

Il quadro generale resta comunque, per i motivi sopra richiamati, in via di definizione. Pur quindi potendosi intravedere l'emersione di alcuni elementi di chiarificazione – anzitutto la distinzione tra valutazione sulla lesione del contenuto essenziale del diritto e giudizio di proporzionalità – alla Corte di giustizia resta ancora il compito di portare a compimento un'elaborazione convincente sul punto.

In altre direzioni la Corte di giustizia si è già mossa ricorrendo all'idea di contenuto essenziale di un diritto per fondare interpretazioni di alcune disposizioni particolari che venivano portate alla sua attenzione. Può farsi in particolare riferimento ad una pronuncia della Corte di giustizia relativa all'ambito di applicazione della direttiva qualifiche⁸². In tale frangente, la Corte di giustizia si è occupata di cosa debba intendersi per “*persecuzione*” ai sensi dell'art. 9 della direttiva in questione ed ha precisato che non ogni atto di limitazione della libertà di pensiero, coscienza e religione di cui all'art. 10 della Carta di Nizza integra un atto di persecuzione, restandone esclusi in particolare quelli previsti dalla legge e rientranti nell'ambito dell'art. 52, par. 1 della stessa Carta. La Corte precisa che un atto di persecuzione è integrato solo da una “*violazione grave*” da qualificarsi però non tanto come attentato al nucleo essenziale della libertà considerata, quanto con riferimento alla pesantezza delle conseguenze che l'individuo potrebbe patire in ragione della libera espressione del proprio pensiero, coscienza o religione in particolare in pubblico⁸³. L'art. 52, par. 1 CDFUE quindi risulta utile sul piano della ricostruzione sistematica ed è utilizzato dalla Corte di giustizia per compiere un primo passo argomentativo, che le consente poi di definire cosa debba intendersi per un atto ancora più

⁸¹ Sentenza 27 febbraio 2018, causa C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses c. Tribunal de Contas*, ECLI:EU:C:2018:117, punti 40-44. V. *infra*, § 2.4. È doveroso peraltro segnalare che la Corte di giustizia aveva avuto già occasione in situazioni più risalenti di esprimersi sull'importanza dell'indipendenza dei giudici; si rimanda ai precedenti segnalati nelle stesse pronunce richiamate.

⁸² Direttiva 2004/83/CE del Consiglio, del 29 aprile 2004, recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta (GU L 304, pag. 12).

⁸³ Sentenza del 5 settembre 2012, cause riunite C-71/11 e C-99/11, *Bundesrepublik Deutschland c. Y e Z*, ECLI:EU:C:2012:518, punti 60 ss.

grave di una limitazione indebita di un diritto fondamentale, ossia una persecuzione.

2.4. *Segue*: la rispondenza a finalità di interesse generale

Oltre al canone della proporzionalità delle restrizioni, che, come si vedrà, la Corte di giustizia considera in varie situazioni spesso anche in connessione con altri più specifici criteri previsti da altre disposizioni della Carta di Nizza, è previsto il limite della rispondenza a finalità di interesse generale – anch'esso normalmente valutato nell'ambito del giudizio sulla proporzionalità delle misure – “o” (secondo il tenore letterale dell'art. 52, par. 1, che indica un'alternativa tra le due limitazioni, che comunque non può escludere che in concreto si possano anche cumulare) dei diritti e libertà altrui.

Secondo le Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali

“[i]l riferimento agli interessi generali riconosciuti dall'Unione comprende sia gli obiettivi citati nell'articolo 3 del trattato sull'Unione europea sia altri interessi tutelati da disposizioni specifiche dei trattati come l'articolo 4, paragrafo 1 del trattato sull'Unione europea e gli articoli 35, paragrafo 3, 36 e 346 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea”⁸⁴.

Data la formulazione utilizzata (“...altri interessi ...come...”), è da ritenersi che i riferimenti contenuti nella spiegazione non vadano intesi come un'elencazione esaustiva, ma solo esemplificativa. È del resto possibile trovare riscontro positivo a tale lettura in un'abbondante giurisprudenza.

Un esempio di individuazione di un interesse generale del tipo richiesto dall'art. 52, par. 1 CDFUE si ritrova nella già citata sentenza *J. N.*, ove la Corte di giustizia ha riconosciuto che la tutela della sicurezza nazionale e dell'ordine pubblico integrano un interesse generale meritevole di tutela e che può fondare, in astratto, misure restrittive di diritti e libertà garantiti dalla Carta di Nizza, equivalendo peraltro anche alla tutela di diritti e libertà altrui⁸⁵. Ancora, la Corte di giustizia ha riconosciuto quali interessi generali idonei a giustificare una restrizione ad un diritto o libertà garantito dalla CDFUE la lotta al terrorismo internazionale⁸⁶ e la tutela della salute⁸⁷.

In un ambito che può *lato sensu* essere sempre ricondotto all'idea di sicurezza – nell'accezione però non di *tranquillitas publica*, bensì di esercizio adeguatamente controllato di attività di larga utilità sociale come i trasporti, ma che potrebbero essere rischiose – è stata riconosciuta come finalità di carattere generale idonea a giustificare limitazioni a diritti fondamentali la necessità di

⁸⁴ Spiegazione relativa all'art. 52, cit.

⁸⁵ Sentenza *J. N. c. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, cit., punto 53.

⁸⁶ Sentenza *Kadi I*, cit., punto 363.

⁸⁷ Sentenza *Société Neptune Distribution*, cit., punto 73.

garantire un livello uniforme di sicurezza dell'aviazione civile in relazione alle restrizioni alle attività dei piloti civili dopo i 65 anni⁸⁸.

Anche altri obiettivi sono stati riconosciuti dalla Corte di giustizia come aventi carattere generale, come quelli relativi alla sostenibilità ambientale: ad esempio nell'ambito della politica della pesca, è stato ritenuto meritevole di essere perseguito, anche a scapito della tutela di diritti fondamentali, l'obiettivo della sostenibilità dal punto di vista ambientale nel lungo periodo delle attività di pesca e acquacoltura⁸⁹. In contesti come questo, una volta appurato che l'interesse generale è individuato nella legislazione dell'Unione, i Giudici del *Kirchberg* si limitano a constatare che le relative legislazioni nazionali di attuazione rispondono a quella finalità, così dando per rispettati i requisiti di questa parte del *test*, così esprimendosi:

“Dal momento che una normativa nazionale, come quella di cui al procedimento principale, persegue gli obiettivi della politica comune della pesca, sanciti dal regolamento n. 1380/2013, è gioco forza constatare che essa risponde a un obiettivo di interesse generale riconosciuto dall'Unione, ai sensi dell'articolo 52, paragrafo 1, della Carta”⁹⁰.

Un'altra importante finalità di carattere generale riconosciuta come idonea a fondare limitazioni a diritti fondamentali garantiti dalla CDFUE è la stabilità del sistema bancario dell'Area euro nel suo complesso⁹¹. Tale finalità era perseguita dal protocollo d'intesa concluso per conto del Meccanismo Europeo di Stabilità (MES)⁹² con Cipro, il quale prevedeva, tra l'altro, il congelamento di alcuni depositi bancari non garantiti e la conversione di altri in azioni, con conseguente restrizione del diritto di proprietà di cui all'art. 17, par. 1 della Carta

⁸⁸ Sentenza del 5 luglio 2017, causa C-190/16, *Werner Fries c. Luftbansa CityLine GmbH*, ECLI:EU:C:2017:513, in particolare punti 41 e 74-76.

⁸⁹ Sentenza del 12 luglio 2018, causa C-540/16, «*Spika*» UAB et al. c. *Žuvininkystės tarnyba prie Lietuvos Respublikos žemės ūkio ministerijos*, ECLI:EU:C:2018:565, punti 36 ss., spec. 41 ss.

⁹⁰ Sentenza «*Spika*» UAB, cit., punto 44.

⁹¹ Sull'idea, più generale, di stabilità finanziaria dell'Area euro nel suo complesso – di cui la stabilità bancaria risulta una delle componenti – sia consentito rinviare a R. CISOTTA, *Disciplina fiscale, stabilità finanziaria e solidarietà nell'Unione europea ai tempi della crisi: alcuni spunti ricostruttivi*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 1/2015, p. 53; ID., *Financial Stability and the Reconstruction of the EU Legal Order in the Aftermath of the Crisis*, in European Central Bank Legal Conference 2015 'From Monetary Union to Banking Union, on the way to Capital Markets Union – New opportunities for European integration', disponibile on line sul sito: <http://www.ecb.europa.eu>, p. 283.

⁹² Com'è noto, il Meccanismo in parola è stato istituito con Trattato internazionale concluso tra gli stati membri dell'area euro ed è legato all'introduzione di un nuovo par. all'art. 136 TFUE con Decisione 2011/199/UE del 25 marzo 2011 che modifica l'art. 136 TFUE relativamente a un meccanismo di stabilità per gli Stati membri la cui moneta è l'euro (GU L 91 del 6 aprile 2011, p. 1). Il testo dell'accordo è disponibile sul sito ufficiale del MES: <https://www.esm.europa.eu/>. Sulle complesse vicende che hanno portato all'istituzione del MES, sia consentito rinviare a A. VITERBO, R. CISOTTA, *La crisi del debito sovrano e gli interventi dell'UE: dai primi strumenti finanziari al fiscal compact*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2/2012, p. 325, spec. 336 ss.

di Nizza. La pronuncia in questione⁹³ è molto conosciuta in quanto in essa si è stabilito che, benché il Protocollo d'intesa con Cipro resti – sulla scorta della giurisprudenza precedente – un atto estraneo all'ordinamento dell'UE, le Istituzioni che lo hanno negoziato per conto del MES, ossia Commissione e BCE, sono responsabili per eventuali violazioni del diritto dell'UE compiute in tale contesto: se quindi il Protocollo non può essere impugnato autonomamente con ricorso d'annullamento, le due Istituzioni possono rendere l'UE responsabile per risarcimento dei danni ex art. 340 TFUE⁹⁴.

In un altro caso inserito in un contesto in parte simile, il *memorandum* d'intesa concluso con la Romania è stato considerato un atto dell'UE sulla cui interpretazione poter interrogare la Corte di giustizia ai sensi dell'art. 267 TFUE, stabilendosi altresì che il divieto di cumulo in esso previsto tra una pensione netta, qualora essa superi un determinato livello, ottenuta per lavoro nel settore pubblico, con altri redditi per attività svolte nello stesso settore pubblico (con ri-espansione del diritto ad ottenere la pensione una volta che vengano meno gli altri redditi) non viola gli articoli 6 e 17 della CDFUE, anche alla luce dell'art. 52, par. 1 della stessa Carta⁹⁵. Nel contesto del caso in questione, gli obiettivi perseguiti dalla legislazione nazionale oggetto del giudizio di riduzione della spesa retributiva nel settore pubblico e di riforma del sistema pensionistico sono entrambi stati considerati di interesse generale ai fini dell'art. 52, par. 1 CDFUE.

Le c.d. misure d'austerità imposte nel contesto della crisi per riportare bilanci pubblici sotto controllo sono state contestate anche sotto altri profili. In un già richiamato caso, si è prospettato un attentato all'indipendenza di un organo giudicante in violazione dell'art. 19 TUE e quindi dell'integrità del sistema di tutela giudiziale dei diritti derivanti dall'ordinamento dell'UE da esso previsto (articolato sul livello europeo e su quello nazionale), a causa delle riduzioni salariali imposte ai suoi membri. A giudizio della Corte di Lussemburgo, anche in questo caso, ove peraltro l'art. 52, par. 1 della Carta dei diritti fondamentali non era stato invocato in via esplicita, le censure alle misure di riduzione salariale andavano rigettate⁹⁶. Al di là del richiamo dell'art. 47 CDFUE che, tutelando il diritto ad un ricorso effettivo e ad un giudice

⁹³ Sentenza della Corte di giustizia del 20 settembre 2016, cause riunite da C-8/15 P a C-10/15 P, *Ledra Advertising Ltd e altri c. Commissione europea e Banca centrale europea*, ECLI:EU:C:2016:701, punti 71-72.

⁹⁴ Tuttavia la Corte di giustizia non riconosce la sussistenza dei presupposti per accordare il risarcimento dei danni nel caso di specie. Cfr. altresì la pronuncia resa nella stessa data di quella che ha deciso il caso *Ledra*, ossia 20 settembre 2016, cause riunite da C-105/15 P a C-109/15 P, *Konstantinos Mallis et al. c. Commissione europea e Banca centrale europea*, ECLI:EU:C:2016:702.

⁹⁵ Sentenza del 13 giugno 2017, causa C-258/14, *Eugenia Florescu et al. c. Casa Județeană de Pensii Sibiu e a.*, ECLI:EU:C:2017:448, punti 54-58.

⁹⁶ Sentenza *Associação Sindical dos Juizes Portugueses c. Tribunal de Contas*, cit.

imparziale, postula l'indipendenza di quest'ultimo, la tutela dei diritti fondamentali dei singoli rimane nel giudizio in questione tutto sommato sullo sfondo. La Corte di giustizia ammette che

“le misure di riduzione salariale di cui trattasi nel procedimento principale sono state adottate a motivo di esigenze imperative connesse all'eliminazione del disavanzo eccessivo di bilancio dello Stato portoghese e nel contesto di un programma di assistenza finanziaria dell'Unione a tale Stato membro”⁹⁷.

Individuato così l'obiettivo perseguito ed ammessane la rilevanza generale, i Giudici di Lussemburgo si propongono di verificare se le misure adottate siano atte ad intaccare l'indipendenza dei giudici, chiamati anche ad applicare il diritto dell'UE. Essa però non giudica necessaria un'analisi sull'ammissibilità di restrizioni, perché di queste ultime essa in effetti non ravvisa traccia, in ragione in particolare del fatto che le misure in questione erano caratterizzate da temporaneità e generalità, in quanto destinate praticamente all'intero settore pubblico⁹⁸. Pertanto essa non sente l'esigenza di richiamare l'art. 52, par. 1 CDFUE, che lo stesso giudice del rinvio, come già ricordato, non aveva invocato.

Infine, degna di nota è la sentenza *Sky Österreich GmbH*⁹⁹, in cui la Corte di giustizia ha riconosciuto quale finalità di interesse generale idonea a giustificare limitazioni di altri diritti fondamentali la salvaguardia dei diritti di cui all'art. 11 della CDFUE – ossia la libertà di espressione e di informazione –, aprendo così la strada ad un giudizio sul bilanciamento tra la tutela dei diversi diritti fondamentali in gioco.

La rassegna sulle finalità assurde nella giurisprudenza comunitaria al rango di interessi generali atti a giustificare restrizioni a libertà fondamentali permette di concludere che esse hanno carattere eterogeneo e la loro individuazione, se sovente si fonda nel diritto primario o secondario, può anche trovare altri appigli in particolare nella stessa giurisprudenza. È peraltro naturale che l'individuazione di siffatti obiettivi non possa esser effettuata una volta per tutte, pur avendo il loro insieme carattere certamente finito. Non è facile sfuggire all'osservazione che un modo di procedere in parte simile si può ritrovare nella giurisprudenza della Corte di giustizia relativa alle finalità che possono fondare restrizioni a libertà fondamentali, qui ritrovandosi una delle similitudini che verranno riprese in sede di valutazioni generali sulla giurisprudenza esaminata¹⁰⁰.

⁹⁷ Sentenza *Associação Sindical dos Juízes Portugueses c. Tribunal de Contas*, cit., punto 46, sottolineatura aggiunta.

⁹⁸ Sentenza *Associação Sindical dos Juízes Portugueses c. Tribunal de Contas*, cit., punto 51.

⁹⁹ Sentenza *Sky Österreich GmbH c. Österreichischer Rundfunk*, cit., punto 52.

¹⁰⁰ V. *infra*, § 8.

2.5. *Segue: il rispetto di diritti e libertà altrui*

Il limite del rispetto di diritti e libertà altrui sarebbe difficile da definire in astratto, mentre si presta, forse ancor più chiaramente degli altri criteri definiti dall'art. 52, par. 1, ad essere apprezzato e definito in modo casistico.

Si sceglie in questa sede di fare un unico esempio, che ben illustra come la Corte di giustizia intenda tale limite: si tratta della sentenza *J. McB.*¹⁰¹. In tale fattispecie, i Giudici di Lussemburgo, esprimendosi sull'interpretazione del regolamento 2003, n. 2201, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale¹⁰², ha considerato che

*"(...) per accertare la liceità del trasferimento di un minore, il quale sia stato condotto in un altro Stato membro dalla madre, il padre naturale deve avere il diritto di rivolgersi al giudice nazionale competente, prima del trasferimento, per chiedere che gli venga conferito un diritto di affidamento del figlio, il che costituisce l'essenza medesima del diritto di un padre naturale ad una vita privata e familiare in un tale contesto"*¹⁰³.

I Giudici del *Kirchberg*, di converso, considerano che

*"(...) 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 [testé citato] della presente sentenza"*¹⁰⁴.

L'affermazione riportata, invero apodittica, è seguita da un ragionamento¹⁰⁵ in cui la Corte di giustizia sostiene che l'affermazione medesima non è contraddetta dal fatto che il padre possa perdere il diritto di domandare e ottenere l'affidamento qualora non agisca in tempo in giudizio e la madre nel frattempo conduca con sé il minore in un altro Stato membro esercitando il proprio diritto alla libera circolazione, nonché di decidere il luogo di residenza del minore, senza comunque pregiudicare il diritto di visita del padre. Secondo la Corte di Lussemburgo, l'illiceità del comportamento della madre si configurerebbe solo ove il padre avesse agito prima ottenendo dal giudice un provvedimento di affidamento del figlio. Una diversa previsione

¹⁰¹ Sentenza del 5 ottobre 2010, causa C-400/10 PPU, *J. McB. c. L. E.*, ECLI:EU:C:2010:582.

¹⁰² Regolamento (CE) del Consiglio 27 novembre 2003, n. 2201, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, che abroga il regolamento (CE) n. 1347/2000 (GU L 338, pag. 1).

¹⁰³ Sentenza *J. McB. C. L. E.*, cit., punto 55.

¹⁰⁴ Sentenza *J. McB. C. L. E.*, cit., punto 57.

¹⁰⁵ Sentenza *J. McB. C. L. E.*, cit., punti 58 ss.

“(...) sarebbe in contrasto con la necessità di assicurare la certezza del diritto nonché i diritti e le libertà altrui, come prevede l’art. 52, n. 1, della Carta, nella fattispecie quelli della madre. Una tale soluzione rischierebbe, inoltre, di violare l’art. 51, n. 2, della Carta”¹⁰⁶.

È in sostanza nell’equilibrio tra le diverse posizioni soggettive, ed anche dei tempi per il rituale avanzamento delle relative pretese, che si gioca nel caso descritto il limite del rispetto dei diritti e libertà altrui. Nel giudicare sul punto la Corte di giustizia si mostra pronta a scendere su un terreno concreto, misurando l’effettività o, di converso, l’eventuale dannosità in termini di pregiudizio per le posizioni degli altri, che ogni *mossa* di ciascuno dei soggetti in gioco può avere.

L’attenzione al bilanciamento tra diversi diritti, anche fondamentali, che entrano in gioco non nasce in realtà con sentenza *J. McB*. Si ricorda infatti che, già prima che la Carta dei diritti fondamentali acquisisse valore giuridico pari a quello dei Trattati istitutivi, la Corte di giustizia aveva affrontato il problema anche in termini espliciti. Ad esempio, attingendo a principi espressi a livello di diritto derivato, aveva fatto presente che, nell’ambito del diritto alla riservatezza, doveva essere operato un bilanciamento tra le esigenze di tutela di questo e quelle derivanti dal diritto di tutela effettiva del diritto d’autore (oggi tutelati rispettivamente dagli articoli 8 e 17, par. 2 CDFUE)¹⁰⁷.

2.6. *Segue*: la necessità delle misure restrittive e il rispetto del principio di proporzionalità

Non sempre nella giurisprudenza della Corte di giustizia si rinvencono indicazioni chiare sulla distinzione tra il riconoscimento della necessità delle misure oggetto di scrutinio e l’applicazione del *test* di proporzionalità (problema in realtà esistente anche su un piano generale). In alcune pronunce in cui la Corte di giustizia faceva per una delle prime volte applicazione dell’art. 52, par. 1 della CDFUE, la motivazione sul punto è alquanto succinta¹⁰⁸. In altri casi, anche più risalenti, la Corte di giustizia aveva proceduto ad un esame più accurato, ma non sempre è semplice distinguere il giudizio sulla proporzionalità da quello sulla necessità.

¹⁰⁶ Sentenza *J. McB*. C. L. E., cit., punto 59.

¹⁰⁷ Sentenza del 29 gennaio 2008, causa C-275/06, *Productores de Música de España (Promusicae) c. Telefónica de España SAU*, ECLI:EU:C:2008:54, punto 53. Per una recente sentenza in tema di diritto d’autore, v. sentenza *Recorded Artists Actors Performers Ltd c. Phonographic Performance (Ireland) Ltd et al.*, cit.

In tema di bilanciamento tra diritti, solo poco più di due anni dopo la decisione sul caso *J. McB*. sarebbe poi arrivata la sentenza *Sky Österreich GmbH*, cui si è già fatto cenno: v. *supra*, § 1.4.

¹⁰⁸ Sentenza del 27 marzo 2014, causa C-314/12, *UPC Telekabel Wien GmbH c. Constantin Film Verleih GmbH e Wega Filmproduktionsgesellschaft mbH*, ECLI:EU:C:2014:192, punto 63. Su questa pronuncia, v. *infra*, § 4.

Ad esempio, nella sentenza *Volker und Markus Schecke GbR*¹⁰⁹, la Corte di giustizia, trovandosi a giudicare sull'obbligo di pubblicazione su internet dei nomi dei beneficiari delle misure previste nell'ambito del funzionamento del Fondo europeo agricolo di garanzia (FEAGA) e dal Fondo europeo agricolo per lo sviluppo rurale (FEASR)¹¹⁰ ha dapprima riconosciuto che vi fosse una rispondenza della previsione ad un interesse generale dell'Unione, ossia la trasparenza in materia di utilizzo dei fondi comunitari¹¹¹, per poi impostare il *test* di proporzionalità in relazione agli articoli 7 e 8 della Carta dei diritti fondamentali¹¹². È nel contesto dell'applicazione di tale *test* che la Corte di giustizia ha, tra l'altro, osservato che

“[q]uanto alla necessità della misura, si deve rammentare che l'obiettivo della pubblicazione in questione non può essere perseguito senza tener conto del fatto che esso deve essere conciliato con i diritti fondamentali sanciti dagli artt. 7 e 8 della Carta”¹¹³.

In realtà non viene chiarito in cosa debbano distinguersi i due scrutini relativi rispettivamente al rispetto del principio di proporzionalità e di necessità. Subito oltre il passaggio appena riportato, la Corte di giustizia è passata a domandarsi se le Istituzioni dell'UE avessero proceduto a svolgere un corretto contemperamento delle esigenze in gioco, giungendo peraltro ad una valutazione negativa. I Giudici del *Kirchberg* hanno in particolare stigmatizzato l'assenza di una seria valutazione dell'effettiva necessità della misura da parte del legislatore – forse per questo nella stessa sentenza non ci si trattiene sulla medesima valutazione –, rigettando peraltro l'argomento, presentato da alcuni Stati, secondo il quale la necessità della pubblicazione sarebbe derivata dall'importanza relativa della Politica agricola comune nel bilancio dell'UE¹¹⁴. La Corte di giustizia ha quindi concluso per l'invalidità delle disposizioni che prevedevano la pubblicazione dei nominativi dei beneficiari degli aiuti del FEASR e FEAGA, in particolare in quanto essa doveva avvenire senza distinzione quanto ai periodi, alla frequenza o all'entità delle somme ricevute.

¹⁰⁹ Sentenza del 9 novembre 2010, cause riunite C-92/09 e C-93/09, *Volker und Markus Schecke GbR e Hartmut Eifert c. Land Hessen*, ECLI:EU:C:2010:662.

¹¹⁰ Cfr. regolamento (CE) del Consiglio 21 giugno 2005, n. 1290, relativo al finanziamento della politica agricola comune (GU L 209, pag. 1), come modificato dal regolamento (CE) del Consiglio 26 novembre 2007, n. 1437 (GU L 322, pag. 1).

¹¹¹ Sentenza *Volker und Markus Schecke GbR*, cit., punto 67.

¹¹² Sentenza *Volker und Markus Schecke GbR*, cit., punto 72.

¹¹³ Sentenza *Volker und Markus Schecke GbR*, cit., punto 76.

¹¹⁴ Sentenza *Volker und Markus Schecke GbR*, cit., punti 84-85.

In altre occasioni, l'analisi sulla necessità della misura consente di accertarne anche la proporzionalità¹¹⁵. È a tal proposito utile analizzare il precedente fissato nella sentenza *Spasic*¹¹⁶. In tale caso, emergeva la questione della restrizione al principio del *ne bis in idem* di cui all'art. 50 della CDFUE introdotta dall'art. 54 della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen (CAAS). Secondo tale ultima disposizione, il principio del *ne bis in idem* è garantito subordinatamente alla condizione che, in caso di condanna, la pena “*sia stata eseguita*” o sia “*in corso di esecuzione attualmente*” o non possa più essere eseguita. Tale previsione costituisce per la Corte di giustizia una restrizione al principio del *ne bis in idem* come garantito dall'art. 50 della Carta di Nizza in quanto viene introdotta una condizione supplementare rispetto a quanto previsto dalla quella disposizione della Carta¹¹⁷. Ne è stata quindi esaminata la legittimità ai sensi dell'art. 52, par. 1 CDFUE.

Anzitutto, per la Corte di giustizia, il contenuto essenziale del diritto non viene pregiudicato: essa infatti ritiene, sulla scorta di quanto osservato dai governi francese e tedesco, che

“(...) la suddetta condizione è segnatamente intesa ad evitare che un soggetto che è stato giudicato con sentenza definitiva in un primo Stato contraente non possa più essere perseguito per i medesimi fatti in un secondo Stato contraente e resti quindi, in definitiva, impunito quando il primo Stato di condanna non ha fatto eseguire la pena inflitta (v., in tal senso, sentenza Kretzinger, C-288/05, EU:C:2007:441, punto 51)”¹¹⁸.

La Corte di giustizia individua l'interesse generale al quale la disposizione sotto esame mira nell'obiettivo di realizzare uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia (art. 3, par. 2 TUE e art. 67, par. 3 TFUE) e, secondo i Giudici di Lussemburgo, si tratta di una misura idonea al raggiungimento dello scopo¹¹⁹.

Più articolato, anche rispetto all'*iter* logico seguito in altre occasioni, è il ragionamento svolto in relazione alla necessità della misura. Seguendo infatti un'osservazione presentata dalla Commissione, la Corte di giustizia ricorda che esistono diversi strumenti di cooperazione giudiziaria cui gli Stati membri possono far ricorso, in particolare a consultazioni tra Stati che avanzino pretese di instaurare un procedimento penale nei confronti dello stesso soggetto. Ai sensi

¹¹⁵ Ciò ad esempio avviene nella sentenza del 17 ottobre 2013, causa C-291/12, *Michael Schwarz c. Stadt Bochum*, ECLI:EU:C:2013:670, punti 34 ss. in materia di restrizioni alla vita privata derivanti dalle norme sul rilevamento dei dati biometrici per i passaporti.

¹¹⁶ Sentenza del 27 maggio 2014, causa C-129/14 PPU, *Zoran Spasic*, ECLI:EU:C:2014:586.

¹¹⁷ Sentenza *Spasic*, cit., punto 55.

¹¹⁸ Sentenza *Spasic*, cit., punto 58.

¹¹⁹ Sentenza *Spasic*, cit., punto 58 cit. richiamato al punto 63.

dell'art. 5 della decisione quadro 2009/948/GAI del Consiglio¹²⁰ tali consultazioni hanno il fine di evitare l'instaurazione di procedimenti penali paralleli e prevenire violazioni del principio del *ne bis in idem*, ma, a tal proposito, la Corte di giustizia osserva che esse, non imponendo una condizione analoga all'art. 54 CAAS, non sono idonee a realizzare pienamente quel fine: anche alla luce dei pertinenti strumenti adottati nel primo decennio degli anni 2000 nell'ambito della cooperazione giudiziaria¹²¹ tale risultato non è assicurato, dipendendo in ultima analisi da una scelta dello Stato di appartenenza del giudice che abbia pronunciato una sentenza penale definitiva. Inoltre, l'esecuzione di una pena in uno Stato membro diverso è subordinata all'assenso del condannato e alla condizione che lo Stato ove la condanna è stata emessa accerti che l'esecuzione contribuisca a realizzare il reinserimento sociale della persona. In tale contesto, la condizione di cui all'art. 54 CAAS era atta a garantire una sorta di correttivo, consentendo un nuovo procedimento solo se non fosse stata eseguita o in corso d'esecuzione la condanna già inflitta, evitando per tale via l'impunità di soggetti che abbiano subito una condanna definitiva¹²². Conclude la Corte che

*“[n]e consegue che la condizione di esecuzione prevista all'articolo 54 della CAAS non eccede quanto necessario ad evitare, in un contesto transfrontaliero, l'impunità delle persone condannate in uno Stato membro dell'Unione con sentenza penale definitiva”*¹²³.

Nei passaggi sopra sintetizzati, il giudizio sulla necessità gradualmente consente il passaggio alla valutazione sul principio di proporzionalità. Se ciò da un lato conferma la non chiarezza in generale della distinzione tra le due valutazioni, dall'altro sembra potersi spiegare nel caso concreto col fatto che la Corte di giustizia considera i sistemi di cooperazione giudiziaria in campo penale come (logicamente precedenti e) complementari rispetto al sistema di applicazione della Convenzione di Schengen e segnatamente alla condizione di cui all'art. 54 della CAAS¹²⁴. Non sarebbe pertanto stato possibile giungere ad una

¹²⁰ Decisione quadro 2009/948/GAI del Consiglio, del 30 novembre 2009, sulla prevenzione e la risoluzione dei conflitti relativi all'esercizio della giurisdizione nei procedimenti penali (GU L 328 pag. 42).

¹²¹ La Corte di giustizia fa in particolare riferimento alla decisione quadro 2005/214/GAI del Consiglio, del 24 febbraio 2005, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sanzioni pecuniarie (GU L 76, pag. 16) e alla della decisione quadro 2008/909/GAI del Consiglio, del 27 novembre 2008, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sentenze penali che irrogano pene detentive o misure privative della libertà personale, ai fini della loro esecuzione nell'Unione europea (GU L 327, pag. 27).

¹²² Sentenza *Spasic*, cit., punti 68-71.

¹²³ Sentenza *Spasic*, cit., punto 72.

¹²⁴ Per completezza si segnala che la Corte di giustizia è successivamente tornata sull'interpretazione dell'art. 54 CAAS, stabilendo che

valutazione della seconda senza analizzare il funzionamento dei primi e, così procedendo, l'analisi della necessità consente già di impostare il primo passaggio del *test* di proporzionalità¹²⁵.

Facendo parte del tradizionale strumentario del diritto comunitario, in particolare ancora nel contesto della valutazione di misure restrittive delle libertà di circolazione, il controllo della proporzionalità è un tipo di giudizio che la Corte di Lussemburgo sente senz'altro *suo* e che maneggia con una certa padronanza. Ad esso si fa varie volte riferimento sotto vari profili anche in queste pagine e ci si limita qui ad una sola ulteriore esemplificazione. Essa appare utile a mostrare l'uso del *test* in questione in un contesto differente da quello del mercato unico e più nuovo per l'Unione, ossia quello del trattamento di richieste di protezione internazionale. In tale ambito peraltro emerge sotto una particolare luce anche il problematico collegamento con la valutazione del criterio di necessità, oggetto di specifica attenzione nel presente paragrafo.

Il caso può sintetizzarsi nel modo che segue. La Corte di giustizia esaminava la legislazione ungherese, che prevedeva, per il controllo della veridicità dell'orientamento sessuale dichiarato da richiedenti protezione internazionale, la possibilità di applicazione da parte dell'Autorità amministrativa, o dei giudici investiti del controllo di legalità sugli atti della prima, di indagini sui fatti e circostanze riferiti dal richiedente, nonché di somministrazione di *test* psicologici "*proiettivi della personalità*". Com'è noto infatti orientamenti omosessuali possono essere ragione di persecuzioni in alcuni Paesi e dare pertanto titolo alla protezione internazionale. La Corte di giustizia, nel riconoscere che spetta al Giudice nazionale l'accertamento di fatti relativi alla condizione del richiedente e alla valutazione di una domanda di protezione internazionale, ha

“una decisione del pubblico ministero che pone fine all'azione penale e conclude definitivamente, salvo riapertura o annullamento, il procedimento di istruzione condotto nei confronti di una persona, senza che siano state irrogate sanzioni, non può essere considerata una decisione definitiva, ai sensi di tali articoli, qualora dalla motivazione di tale decisione risulti che il suddetto procedimento è stato chiuso senza che sia stata condotta un'istruzione approfondita, laddove la mancata audizione della vittima e di un eventuale testimone costituisce un indizio dell'assenza di un'istruzione siffatta” (sentenza del 29 giugno 2016, causa C-486/14, *Procedimento penale a carico di Piotr Kossowski*, ECLI:EU:C:2016:483, punto 53).

¹²⁵ Sulla questione del rispetto del principio del *ne bis in idem* nell'ambito del c.d. doppio binario sanzionatorio, v. altresì le sentenze tutte del 20 marzo 2018, cause riunite C-596/16 e C-597/16, *Enzo Di Puma c. Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Consob) e Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Consob) e Antonio Zecca*, ECLI:EU:C:2018:192, punti 41-45, causa C-524/15, *Procedimento penale a carico di Luca Menci*, ECLI:EU:C:2018:197, punti 41 ss., e *Garlsson Real Estate SA, en liquidation e a. contro Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Consob)* cit., punti 42 ss. Si veda poi in tale contesto la recentissima pronuncia resa dalla Corte di giustizia su ordinanza di rinvio della Corte costituzionale italiana in materia di diritto a non auto incriminarsi: sentenza 2 febbraio 2021, causa C-481/19, *DB c. Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (CONSOB)*, ECLI:EU:C:2021:84.

sostanzialmente accettato la possibilità di verifica di fatti e circostanze presentati dal richiedente medesimo, ma ha recato fortemente in dubbio la possibilità di ricorrere ad una perizia psicologica con ricorso ai *test* del tipo descritto, esprimendosi nei seguenti termini:

“(...) si deve sottolineare che il carattere appropriato di una perizia come quella di cui trattasi nel procedimento principale può essere ammesso solo se quest’ultima è fondata su metodi e principi sufficientemente affidabili alla luce degli standard riconosciuti dalla comunità scientifica internazionale. Si deve rilevare al riguardo che, se è vero che non spetta alla Corte pronunciarsi su tale questione, che risulta, comportando una valutazione dei fatti, di competenza del giudice nazionale, l’affidabilità di tale perizia è stata fortemente contestata dai governi francese e dei Paesi Bassi, nonché dalla Commissione”¹²⁶.

Così ragionando la Corte di giustizia ha sostanzialmente rimesso al giudice del rinvio la valutazione sulla necessità della misura, non sottraendosi tuttavia a fornire alcune indicazioni, che sembrerebbero porre una sorta di presunzione *juris tantum* – rovesciabile nel contesto del giudizio nazionale sulla base di idonei elementi che il giudice dovrebbe raccogliere – di non necessità e, insieme, come si sta per vedere, di sproporzione della misura. Forse, ancor più radicalmente, la Corte di giustizia sembra avanzare altresì il dubbio che lo strumento prescelto sia di per sé inidoneo, in quanto non fondato su adeguati riscontri scientifici, a perseguire l’obiettivo prefissato. Tale scetticismo di fondo sull’affidabilità dello strumento si aggiunge quindi all’assunta sproporzione del suo utilizzo¹²⁷.

Più in dettaglio, rileva per la Corte di giustizia il fatto che una perizia del genere descritto costituirebbe un’ingerenza sproporzionata nella vita privata del richiedente, con conseguente lesione del suo diritto al rispetto della propria vita privata, garantito dall’art. 7 della Carta dei diritti fondamentali. È interessante notare che, nell’ambito di tale giudizio, la Corte di giustizia ha tenuto conto di una serie di elementi, legati in particolare all’intrusività in aspetti intimi della vita dell’individuo e al contesto in cui la perizia verrebbe effettuata, il cui esito condizionerebbe l’accoglimento o meno della richiesta di protezione internazionale. La Corte di giustizia ha osservato che:

“[o]ccorre inoltre tenere conto, al fine di valutare la gravità dell’ingerenza costituita dall’esecuzione e dall’utilizzo di una perizia psicologica come quella di cui al procedimento principale, del principio 18 dei principi di Yogyakarta sull’applicazione del diritto internazionale in materia di diritti umani in tema di orientamento sessuale e di identità di genere, a cui hanno fatto riferimento i governi francese e dei

¹²⁶ Sentenza del 25 gennaio 2018, causa C-473/16, *F c. Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal*, ECLI:EU:C:2018:36, punto 58.

¹²⁷ Rispetto all’attuale contesto il riferimento al ruolo giocato dagli “*standard riconosciuti dalla comunità scientifica internazionale*” suona particolarmente significativo, ma su tale aspetto si tornerà più avanti. Cfr. *infra*, § 9.

*Paesi Bassi, che precisa, in particolare, che nessuno può essere costretto a subire una qualsiasi forma di test psicologico a causa del suo orientamento sessuale o della sua identità di genere*¹²⁸.

Principi analoghi erano in realtà già stati espressi nella precedente sentenza *A*¹²⁹, nella quale tuttavia non era stato considerato l'art. 52, par. 1 della Carta dei diritti fondamentali – forse in quanto non invocato dal giudice del rinvio –, né era stata effettuato alcun riferimento ai *principi di Yogyakarta sull'applicazione del diritto internazionale in materia di diritti umani in tema di orientamento sessuale e di identità di genere*. L'art. 52, par. 1 della CDFUE in quella causa era stato invero oggetto di analisi e di attenta disamina da parte dell'Avvocato generale Sharpston, che aveva peraltro anche richiamato i testé citati principi. Nelle Conclusioni in particolare si esclude l'attendibilità di esami medici di qualsiasi tipo riguardanti l'orientamento sessuale, avanzando peraltro seri dubbi sulla libertà del consenso eventualmente prestato dal soggetto che vi debba essere sottoposto in vista della valutazione della sua domanda di protezione internazionale¹³⁰.

3. L'art. 52, par. 1 CDFUE e il test di proporzionalità relativo alle restrizioni alle libertà di circolazione

Ricostruito il punto di vista della Corte di giustizia rispetto all'applicazione in termini generali dei criteri enucleati dall'art. 52, par. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, è ora possibile analizzare alcuni filoni giurisprudenziali su temi di particolare rilevanza, sempre nel contesto della valutazione, che la Corte di giustizia abbia affrontato esplicitamente, di limitazioni ai diritti fondamentali. Il primo, di cui ci occuperemo nel presente paragrafo, è quello

¹²⁸ Sentenza *F*, cit., punto 62. Secondo la Nota dell'UNHCR contenente indicazioni sulle domande di status di rifugiato nell'ambito della Convenzione del 1951 relative a orientamento sessuale e identità di genere, novembre 2008, (<https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=5513c5c24>), “[i] Principi sono stati sviluppati dalla Commissione internazionale dei giuristi e dal Servizio internazionale per i diritti umani e sono stati adottati all'unanimità durante un meeting di esperti tenutosi a Yogyakarta, Indonesia, il 6-9 novembre 2006”; in particolare detti Principi “riflettono gli standard giuridici internazionali vincolanti con riferimento all'orientamento sessuale che sono derivati dai principali strumenti di diritti umani”. Sembrerebbe pertanto trattarsi di un documento non di per sé vincolante (in quanto non emanante da una fonte formale), ma adottato a fini ricognitivi ed interpretativi di altri strumenti che possono a loro volta essere invece vincolanti, oppure no, a seconda dei casi. V. <https://yogyakartaprinciples.org/principles-en/>.

¹²⁹ Sentenza 2 dicembre 2014, cause riunite da 148/13 a 150/13, *A et al. c. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, ECLI:EU:C:2014:2406.

¹³⁰ Conclusioni dell'Avvocato generale Sharpston del 17 luglio 2014 nelle cause riunite da 148/13 a 150/13, *A et al. c. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, ECLI:EU:C:2014:2111, punto 37 nt. 47, nonché punti 61-69.

Sempre in tema di discriminazione delle persone omosessuali, si veda la sentenza *Geoffrey Léger c. Ministre des Affaires sociales, de la Santé et des Droits des femmes et Établissement français du sang*, cit., punto 69.

relativo alle libertà di circolazione, che è stato peraltro il primo storicamente affrontato anche dalla stessa Corte di giustizia¹³¹. Del resto, è il filone che si rifà alle competenze che già nei primi decenni dell'integrazione comunitaria erano state più ampiamente esercitate e potevano pertanto dare più facilmente vita a questioni attuali o potenziali di limitazione di diritti fondamentali.

In termini generali, la Corte di giustizia si riferisce all'art. 52, par. 1 CDFUE richiamandolo, sovente *ad adiuvandum*, per rafforzare il proprio ragionamento con riferimento al principio di proporzionalità, specie nell'ambito di valutazioni relative all'esercizio delle libertà di circolazione garantite dai Trattati istitutivi, o a situazioni giuridiche soggettive emergenti dal funzionamento del mercato interno, anche sancite da strumenti di diritto derivato, derivanti dall'esigenza di protezione dei diritti fondamentali¹³².

Ad esempio, nella sentenza *McDonagh*¹³³, la Corte di giustizia ha stabilito che, con riferimento agli articoli 5, paragrafo 1, lettera b), e 9 del regolamento (CE) n. 261/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 febbraio 2004, che istituisce regole comuni in materia di compensazione ed assistenza ai passeggeri in caso di negato imbarco, di cancellazione del volo o di ritardo prolungato¹³⁴, i vettori aerei sono comunque vincolati dall'obbligo di prestare assistenza previsto nelle dette disposizioni anche in circostanze da qualificarsi "eccezionali". Tali sono state considerate quelle venutesi a creare con la chiusura di una parte dello spazio aereo europeo a seguito dell'eruzione del vulcano *Eyjafjallajökull* in Islanda, anche in caso di cancellazione del volo in questione. La Corte di giustizia peraltro ha affermato che

"[t]uttavia, un passeggero può ottenere, a titolo di compensazione pecuniaria per il mancato rispetto da parte del vettore aereo del suo obbligo di prestare assistenza di cui agli articoli 5, paragrafo 1, lettera b), e 9 del regolamento n. 261/2004, soltanto il rimborso delle somme che, alla luce delle circostanze di ciascun caso concreto, risultavano necessarie, appropriate e ragionevoli al fine di ovviare all'omissione del vettore aereo nel prestare assistenza al suddetto passeggero. Tale profilo deve essere valutato dal giudice nazionale"¹³⁵.

In tale contesto, la Corte di giustizia ha rigettato le pretese del vettore aereo che chiedeva una limitazione quantitativa o temporale in relazione all'obbligo

¹³¹ V. *supra*, § 1.

¹³² V. per l'epoca precedente alla Carta di Nizza, la sentenza *Schmidberger* (spec. punti 82 ss.) e le altre nello stesso ambito già citate *supra*, § 1.

¹³³ Sentenza del 31 gennaio 2013, *Denise McDonagh c. Ryanair Ltd*, causa C-12/11, ECLI:EU:C:2013:43.

¹³⁴ Regolamento (CE) n. 261/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 febbraio 2004, che istituisce regole comuni in materia di compensazione ed assistenza ai passeggeri in caso di negato imbarco, di cancellazione del volo o di ritardo prolungato e che abroga il regolamento (CEE) n. 295/91 (GU L 46, pag. 1).

¹³⁵ Sentenza *McDonagh*, cit., punto 66.

di assistenza, in ragione dell'eccezionalità delle circostanze. Nei termini prefigurati dal vettore, opinando diversamente si sarebbero posti limiti troppo gravosi alla libertà d'impresa e al diritto di proprietà tutelati dagli articoli 16 e 17 della Carta di Nizza¹³⁶. In particolare, i Giudici di Lussemburgo hanno precisato che la libertà d'impresa e il diritto di proprietà non costituiscono prerogative assolute e richiamano l'art. 52 par. 1 della stessa CDFUE¹³⁷. Essi inoltre, proprio con riferimento al giudizio di bilanciamento richiesto dall'art. 52, par. 1 della Carta di Nizza, hanno ricordato come nella giurisprudenza della stessa Corte di giustizia si sia affermato che

“(…) quando diversi diritti protetti dall'ordinamento giuridico dell'Unione confliggono tra loro, tale valutazione deve essere effettuata nel rispetto della necessaria conciliazione tra i requisiti connessi alla tutela di questi diversi diritti e di un giusto equilibrio tra di essi (v., in tal senso, sentenze del 29 gennaio 2008, *Promusicae*, C-275/06, Racc. pag. I-271, punti 65 e 66, nonché *Deutsches Weintor*, cit., punto 47)”¹³⁸.

Riguardo ai termini concreti e ai valori in gioco nel bilanciamento che era da effettuarsi nel caso concreto, è stato poi richiamato l'art. 38 della CDFUE, che, riprendendo l'art. 169 TFUE, richiede che nelle politiche dell'UE sia assicurato un elevato livello di tutela dei consumatori. Tale imperativo ha consentito di risolvere il problema di bilanciamento, che veniva prospettato come concernente un'esigenza di funzionamento del mercato, dietro alla quale tuttavia la Corte ha fatto emergere il valore della tutela dei consumatori, presente nel diritto primario, e la tutela di diritti fondamentali. Alla luce di tali considerazioni, la Corte di giustizia ha interpretato gli articoli 5, par. 1, lettera b), e 9 del regolamento n. 261/2004, sancendo che essi, nell'interpretazione che si è sopra riportata, non si pongono in contrasto gli articoli 16 e 17 della Carta di Nizza.

In altri casi, il bilanciamento si è prospettato come ricerca di equilibrio tra diritti fondamentali. Un caso del genere è quello su cui si è espressa la Corte di giustizia nella sentenza *AGET Iraklis*¹³⁹. La Corte di Lussemburgo ha valorizzato l'art. 52, par. 1 della Carta di Nizza con riguardo all'accertamento della violazione del principio di proporzionalità da parte di una norma nazionale che consentiva licenziamenti senza accordo con le rappresentanze dei lavoratori, grazie ad un'autorizzazione di un'autorità pubblica che poteva essere concessa sulla base di criteri espressi in maniera troppo imprecisa (ossia con riferimenti

¹³⁶ Sentenza. *McDonagh*, cit., punti 43 e soprattutto 59 ss.

¹³⁷ Sentenza. *McDonagh*, cit., punto 61. V. su tale questione ampiamente *supra*, § 2.2.

¹³⁸ Sentenza. *McDonagh*, cit., punto 62.

¹³⁹ sentenza della Corte di giustizia del 21 dicembre 2016, causa C-201/15, *Anonymi Geniki Etairia Tsimenton Iraklis (AGET Iraklis) c. Ypourgos Ergasias, Koinonikis Asfalis kai Koinonikis Allilengyis*, ECLI:EU:C:2016:972. Su tale pronuncia v. in generale I. ANTONAKI, Case C-201/15, *Anonymi Geniki Etairia Tsimenton Iraklis (AGET Iraklis) v. Ypourgos Ergasias, Koinonikis Asfalis kai Koinonikis Allilengyis*, in *Common Market Law Review*, 2017, p. 1513.

a generici concetti come la “*situazione dell'impresa*” e le “*condizioni del mercato del lavoro*”), tanto da far ritenere indeterminati e non prevedibili i casi in cui una siffatta autorizzazione avrebbe potuto essere rilasciata¹⁴⁰. Il bilanciamento nel caso in parola è stato quindi effettuato tra le libertà economiche (cfr. in particolare l'art. 49 TFUE e 16 CDFUE) e la protezione contro licenziamenti ingiustificati (art. 30 CDFUE).

La Corte di giustizia ha salvato l'impianto generale della legislazione nazionale, rimettendo tuttavia al giudice nazionale la valutazione della salvezza – alla luce della concreta applicazione della stessa legislazione a livello interno – dell'effetto utile delle pertinenti norme di diritto derivato in materia di licenziamenti collettivi¹⁴¹. Al contempo, il medesimo impianto normativo risultava comunque in contrasto con l'art. 49 TFUE e ciò per la duplice ragione che le restrizioni alla libertà di stabilimento traevano origine da norme che al contempo violavano i diritti fondamentali, segnatamente l'art. 16 CDFUE in modo sproporzionato – in spregio all'art. 52, par. 1 TFUE – e non risultavano giustificabili in base al classico schema di valutazione delle libertà fondamentali poste alla base del mercato interno¹⁴². In tale interessante caso può constatarsi come la tutela dei diritti fondamentali fiorisca sia nel campo di diritti che si oppongono o tendono a temperare il nudo gioco delle forze di mercato, sia in quello del funzionamento del mercato stesso. Tanto alle une che alle altre posizioni ha finito per nuocere, nella prospettiva della Corte di giustizia, la rilevata incertezza generata dalla normativa nazionale, forse figlia di qualche ambizione vetero-dirigista malamente attuata. Ciò ha consentito forse alla Corte di trarsi d'impaccio in modo relativamente agevole, richiamandosi da un lato alle libertà fondamentali, dall'altro all'anima sociale dell'UE.

In diverse circostanze in cui nuovamente dietro al funzionamento delle libertà economiche si nascondeva una necessità di bilanciamento tra diritti fondamentali, la Corte di giustizia ha invece riconosciuto preminenza alla libertà d'impresa. Essa in un caso ha ad esempio giudicato non rispettosa del principio di proporzionalità una normativa nazionale che prevedeva

“la possibilità, per un'autorità amministrativa, di decidere di chiudere con effetto immediato un esercizio commerciale in quanto sospetti lo svolgimento, al suo interno, di un'attività di prostituzione senza l'autorizzazione richiesta dalla normativa stessa, nei limiti in cui quest'ultima normativa, per un verso, non esige che una siffatta decisione sia motivata, in fatto e in diritto, per iscritto e sia comunicata al suo

¹⁴⁰ Sentenza *AGET Iraklis*, cit., punti 70, 89, 98-103.

¹⁴¹ Cfr. Direttiva 98/59/CE del Consiglio, del 20 luglio 1998, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di licenziamenti collettivi (GU 1998, L 225, pag. 16),

¹⁴² Sentenza *AGET Iraklis* cit., punti 61 ss. e 71 ss.

*destinatario e, per altro verso, impone che un'istanza formulata dal citato destinatario per ottenere l'annullamento della decisione stessa sia, dal canto suo, motivata*¹⁴³.

Nella pronuncia testé citata, la Corte di giustizia ha rilevato come la normativa in questione costituisca una restrizione alla libertà di stabilimento, garantita dall'articolo 49 TFUE, nonché una limitazione all'esercizio della libertà di stabilimento e della libertà d'impresa, di cui agli articoli 15, paragrafo 2, e all'articolo 16 della CDFUE¹⁴⁴. Prendendo le mosse dall'art. 52, par. 1 della stessa Carta di Nizza¹⁴⁵, la Corte di giustizia ha riconosciuto in linea generale la rilevanza della tutela del diritto alla salute (art. 35 della Carta), nonché della prevenzione delle attività criminali legate alla prostituzione illegale¹⁴⁶ quali ragioni di interesse generale che possono fornire una giustificazione per una restrizione. Ciononostante nel caso di specie è stato giudicato eccessivo e quindi non proporzionato il sacrificio imposto ad altri diritti parimenti rilevanti, come quelli di accesso ad un giudice, al contraddittorio e alla difesa di cui agli articoli 47 e 48 CDFUE, a causa del regime squilibrato previsto per gli atti dell'amministrazione, da un lato, e per quelli di contestazione da parte del destinatario delle misure, dall'altro¹⁴⁷. Anche le ragioni sociali quindi, di cui le Autorità pubbliche devono garantire protezione, non possono puramente e semplicemente vedersi riconosciuta preminenza sulle libertà economiche, se ad esempio, come nel caso riportato, il regime di tutela di queste ultime risulta ingiustamente svantaggioso per chi le esercita.

4. L'art. 52, par. 1 e la sua invocazione nel contesto dell'applicazione di norme di diritto derivato, in particolare in materia di protezione dei dati personali

Si è già avuto modo di richiamare più casi in cui, insieme a norme di diritto primario, venivano in questione anche norme di diritto secondario. Ciò può, a seconda dei casi, costituire un fattore di semplificazione – e si è visto che la Corte di Lussemburgo più di una volta ha prestato un più o meno giustificato ossequio alle scelte compiute dal Legislatore dell'Unione¹⁴⁸ – o di complicazione. Con il progredire dell'integrazione è notoriamente assai cresciuto il *corpus* del diritto derivato dell'Unione e la Corte di giustizia si è sovente trovata a dover risolvere questioni relative a limitazioni di diritti fondamentali emerse nell'ambito di applicazione di quella normativa, che copre ormai – direttamente o indirettamente – settori ampi e variegati. Uno di tali settori, cui si è già

¹⁴³ Sentenza dell'8 maggio 2019, causa C-230/18, *PI c. Landespolizeidirektion Tirol*, ECLI:EU:C:2019:383, punto 91.

¹⁴⁴ Sentenza *PI*, cit., punto 65.

¹⁴⁵ Sentenza *PI*, cit., punto 66.

¹⁴⁶ Sentenza *PI*, cit., punti 67 ss.

¹⁴⁷ Sentenza *PI*, cit., punti 76 ss.

¹⁴⁸ V. *supra*, §§ 2.2. e 2.4.

dedicato qualche cenno e che ha offerto ai Giudici del *Kirchberg* occasioni importanti di valorizzazione della disposizione della Carta dei diritti fondamentali qui oggetto di attenzione, è senz'altro quello della protezione dei dati personali. In tale settore – come anche in altri – la Corte di Lussemburgo ha fatto riferimento all'art. 52, par. 1 CDFUE, precisando ad esempio nel caso dell'art. 7, lettera f), della direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 ottobre 1995, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati¹⁴⁹, che la norma in questione esige

*“che si proceda ad una ponderazione degli opposti diritti e interessi in gioco sulla base delle circostanze concrete dello specifico caso in questione, nell'ambito della quale si deve tener conto dell'importanza dei diritti della persona interessata risultanti dagli articoli 7 e 8 della Carta (sentenza del 24 novembre 2011, Asociación Nacional de Establecimientos Financieros de Crédito, C-468/10 e C-469/10, EU:C:2011:777, punto 40). Ne consegue che i citati articoli 8 e 52 non devono, nel caso di specie, essere applicati in maniera isolata”*¹⁵⁰.

Come si vede, risulta ancora una volta emergere l'idea del bilanciamento, da cui la Corte di giustizia non rifugge, ma che rimanda, per la valutazione in concreto, al livello nazionale. Infatti, nella pronuncia in oggetto, è stato considerato legittimo un sistema di videosorveglianza delle parti comuni di un immobile, a patto che soddisfi le condizioni dell'art. 7 lettera f) della direttiva 95/46, ciò che viene rimandato al giudice del rinvio di verificare.

Diretto resta invece il rilievo di violazioni patenti dei canoni imposti dal rispetto dei diritti fondamentali, anche nel settore della tutela dei dati personali, quando l'oggetto e la struttura del giudizio rimettono alla sola Corte di giustizia la responsabilità di trarre le conclusioni dovute, come accade in particolare nei giudizi sulla validità del diritto derivato. Si è già a tal proposito già riferito che, nella sentenza *Digital Rights*, la Corte di giustizia non ha esitato a considerare

¹⁴⁹ Direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 ottobre 1995, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati (GU 1995, L 281, pag. 31). La disposizione in questione recita:

«Gli Stati membri dispongono che il trattamento di dati personali può essere effettuato soltanto quando: (...) f) è necessario per [la realizzazione del legittimo interesse perseguito dal] responsabile del trattamento oppure [dal] o [dai] terzi cui vengono comunicati i dati, a condizione che non prevalgano l'interesse o i diritti e le libertà fondamentali della persona interessata, che richiedono tutela ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 1».

La direttiva 95/46 era applicabile ai fatti di causa, ma, com'è noto, è stata successivamente sostituita dal Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46 (regolamento generale sulla protezione dei dati) (GU 2016, L 119, pag. 1, e rettifiche GU 2016, L 314, pag. 72, nonché GU 2018, L 127, pag. 3). V. *infra*, nt. 108 e testo corrispondente.

¹⁵⁰ Sentenza della Corte di giustizia dell'11 dicembre 2019, causa C-708/18, *TK c. Asociația de Proprietari bloc M5A-ScaraA*, ECLI:EU:C:2019:1064, punto 32.

invalido un atto di diritto derivato, e segnatamente la Direttiva 2006/24/CE, in quanto in essa il legislatore dell'Unione aveva travalicato i limiti emergenti dal principio di proporzionalità facendo riferimento agli articoli 7, 8 e 52, par. 1 della CDFUE¹⁵¹.

Né la Corte di giustizia ha rimesso al giudice nazionale la soluzione di questioni che ha lasciato in sospeso – al di fuori di quelle strettamente dipendenti dall'interpretazione e applicazione del diritto nazionale – laddove il diritto dell'UE poteva già fornire indicazioni complete sul punto su cui essa veniva interrogata con rinvio pregiudiziale. Ad esempio, in un caso essa ha giudicato non conforme al principio di proporzionalità una legislazione nazionale che permetteva al titolare di una connessione internet di limitarsi – in omaggio al diritto di non autoaccusarsi o di non dover accusare i propri familiari – ad indicare quali suoi familiari avessero accesso a tale connessione, senza offrire altri particolari sul momento in cui tale familiare possa essersi connesso e che utilizzo abbia fatto della rete¹⁵².

Interessante al livello sostanziale è che, nel caso invece di pubblicazione da parte di un fornitore di accesso ad internet di contenuti che siano coperti da protezione, la Corte di giustizia ha ammesso che un giudice possa ordinare con un'ingiunzione che tale fornitore non consenta l'accesso a tali contenuti. Il fornitore, dal canto suo, potrà evitare di incorrere in responsabilità dimostrando di aver adottato tutte le misure ragionevoli che abbiano l'effetto di impedire o rendere quanto meno più difficile l'accesso non autorizzato ai contenuti in questione – ciò che la Corte di giustizia rimette al giudice del rinvio di verificare –, non privando d'altra parte gli utenti della rete della possibilità di fruire in modo lecito delle informazioni disponibili¹⁵³.

Restando in tema di riservatezza e dati che corrono in rete, va ricordato che la Corte di giustizia si è anche occupata del c.d. *diritto all'oblio*. È stato stabilito in quali casi un gestore di un motore di ricerca debba accogliere la richiesta di “deindicizzazione” da parte di un soggetto dei risultati di ricerca che lo riguardino e dai quali possano risultare l'origine razziale o etnica, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, l'appartenenza sindacale, nonché il trattamento di dati relativi alla salute e alla vita sessuale, o ancora dati relativi a condanne penali o infrazioni. In generale, qualora il trattamento dei dati risponda ai limiti e alle modalità consentite (e quindi a cui il soggetto non possa opporsi), la Corte di giustizia ammette che la richiesta di deindicizzazione

¹⁵¹ V *supra*, § 2.2.

¹⁵² Sentenza del 18 ottobre 2019, causa C-149/17, *Bastei Lübbe GmbH & Co. KG c. Michael Strotzer*, ECLI:EU:C:2018:841, punti 46-54.

¹⁵³ Sentenza *UPC Telekabel Wien GmbH c. Constantin Film Verleih GmbH e Wega Filmproduktionsgesellschaft mbH*, cit., punto 63

possa non essere accolta, comunque limitatamente a quanto necessario per garantire la libertà di informazione¹⁵⁴.

Fugace è stato in questo caso il riferimento della Corte di giustizia all'art. 52, par. 1, avendo considerato il Collegio giudicante che l'art. 17, par. 3, lett. a) del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati¹⁵⁵ “prevede (...) espressamente il requisito del bilanciamento tra, da un lato, i diritti fondamentali al rispetto della vita privata e alla protezione dei dati personali, sanciti agli articoli 7 e 8 della Carta e, d'altro lato, il diritto fondamentale alla libertà di informazione, garantito dall'articolo 11 della Carta”¹⁵⁶. Il Regolamento 2016/679 era sopravvenuto ed aveva preso il posto della Direttiva 95/46, cit., pur vigente alla data del rinvio. La Corte di giustizia ha tuttavia voluto far riferimento anche al nuovo strumento, che, ai fini qui rilevanti, offriva evidentemente una prospettiva più avanzata, già considerando le necessità del bilanciamento tra diversi diritti anche fondamentali. I Giudici di Lussemburgo lo hanno pertanto richiamato *ad adiuvandum* nell'ambito della valutazione della legislazione nazionale. È interessante quindi notare che di buon grado la Corte di giustizia fa ricorso al diritto derivato di *nuova generazione*, in particolare quando concepito in modo da tener maggiormente in conto le esigenze di tutela dei diritti fondamentali secondo gli imperativi posti dalla Carta di Nizza. Ciò senza negare che l'affermazione in termini generali della necessità di bilanciamento non solleva l'interprete dalla necessità di condurlo in concreto in base alle necessità specifiche del caso e dei diritti in gioco.

5. Le limitazioni al diritto ad un ricorso effettivo e ad un giudice imparziale

Particolarmente delicate si rivelano le limitazioni poste all'esercizio dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali, che tutela il diritto ad un ricorso effettivo e ad un giudice imparziale, di cui la Corte di giustizia dell'UE ha avuto occasione di occuparsi in diversi ambiti. Già prima dell'acquisizione da parte della CDFUE di valore giuridico pari a quello dei Trattati, i Giudici di Lussemburgo si sono pronunciati sull'impugnazione di misure per la lotta al terrorismo, adottate dal Consiglio dell'UE in attuazione di Risoluzioni del Consiglio di sicurezza ONU. I soggetti destinatari delle misure, i cui fondi erano stati congelati, avevano visto altresì compressi i propri diritti di difesa. In particolare venivano contestate le limitazioni al diritto d'accesso ai documenti sulla base dei quali i

¹⁵⁴ Sentenza del 24 settembre 2019, causa C-136/17, *GC et al. c. Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL)*, ECLI:EU:C:2019:773, punti 58 ss.

¹⁵⁵ Regolamento (UE) 2016/679, cit.

¹⁵⁶ Sentenza del 24 settembre 2019, causa C-136/17, *GC*, cit., punto 59.

destinatari stessi erano stati ritenuti legati ad organizzazioni terroristiche, nonché il fatto di non essere stati sentiti.

A tal proposito, la Corte di giustizia ha riconosciuto, nel primo episodio della c.d. *saga Kadi*, la necessità, al fine di garantire efficacia alle misure in questione, di preservarne l'effetto-sorpresa, nonché la sussistenza di ragioni che possano precludere l'ostensione di tutti i documenti e l'audizione dei destinatari delle misure stesse¹⁵⁷. Cionondimeno, essa ha dichiarato che:

“[c]iò non significa tuttavia, quanto all'osservanza del principio di tutela giurisdizionale effettiva, che misure restrittive quali quelle imposte dal regolamento controverso si sottraggano a qualsivoglia controllo del giudice comunitario in quanto si affermi che l'atto che le prevede riguarda la sicurezza nazionale e il terrorismo.

Tuttavia, in casi simili, spetta al giudice comunitario attuare, nell'ambito del controllo giurisdizionale da esso esercitato, tecniche che consentano di conciliare, per un verso, le legittime preoccupazioni di sicurezza quanto alla natura e alle fonti di informazioni prese in considerazione nell'adottare l'atto di cui trattasi e, per altro verso, la necessità di concedere in maniera adeguata al singolo di beneficiare delle regole procedurali (v., in tal senso, Corte eur. D. U., sentenza *Chahal c. Regno Unito* del 15 novembre 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-V, § 131)¹⁵⁸.

La Corte di giustizia, avendo constatato che anche nell'ambito dei ricorsi giurisdizionali (al Tribunale e poi in appello ad essa stessa) non erano state sanate in alcun modo le violazioni ai diritti della difesa dei soggetti che avevano impugnato le misure, considerava quindi le loro censure fondate¹⁵⁹ (punti 345-353).

Nella giurisprudenza successiva – già nel successivo episodio della *saga Kadi*, in cui si faceva già riferimento all'art. 52, par. 1 della CDFUE – la Corte di giustizia ha precisato che il rispetto del nucleo essenziale del diritto di difesa

¹⁵⁷ Sentenza *Kadi I*, cit., punti 340-342. Sulla *saga Kadi* ed in generale sul problema della tutela delle posizioni dei singoli nell'ordinamento UE a fronte di sanzioni del Consiglio di sicurezza, v., *ex pluribus*, A. CIAMPI, *Individual Remedies Against Security Council Targeted Sanctions*, in *The Italian Yearbook of International Law*. Vol. XVII (2007), p. 55; 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; A. GIANELLI, *La tutela dei diritti dell'uomo nella lotta al terrorismo tra diritto internazionale e diritto dell'Unione europea*, in L.S. ROSSI (a cura di), *La protezione dei diritti fondamentali – Carta dei diritti UE e standards internazionali* – atti del XV Convegno SIDI, Bologna 10-11 giugno 2010, Napoli, 2011, p. 49 ss.; G. DE BURCA, *The European Court of Justice and the International Legal Order after Kadi*, in *Harvard International Law Journal*, 2010, p. 1; A. GIANELLI, *Exit Kadi*, in *Rivista di diritto internazionale*, 4/2013, p. 1244; M. MARCHEGIANI, *Il principio di protezione equivalente nel caso Kadi*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 1/2014, p. 169; M. AVBELJ, F. FONTANELLI, G. MARTINICO, *Kadi on Trial*, London, 2014; F. GRAZIANI, *La sentenza Kadi II della Corte di giustizia e i suoi effetti sui sistemi sanzionatori mirati dell'Unione europea*, in *Scritti in onore di Giuseppe Tesaurò*, Napoli, 2014, p. 319; L. GRADONI, *Raccontare Kadi dopo Kadi II: perché la Corte di giustizia dell'Unione europea non transige sul rispetto dei diritti umani nella lotta al terrorismo*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 3/2013, p. 587.

¹⁵⁸ Sentenza *Kadi I*, cit., punti 343-344.

¹⁵⁹ Sentenza *Kadi I*, cit., punti 345-353.

impone che le Istituzioni comunichino ai destinatari delle misure le motivazioni di cui esse dispongono (nella misura in cui siano condivise dal Comitato per le sanzioni dell'ONU) a sostegno degli atti restrittivi, in modo da consentire ai destinatari medesimi una valutazione sull'opportunità di contestare in giudizio gli atti adottati. Allo stesso modo, queste pur essenziali motivazioni mettono in grado il Tribunale e poi eventualmente la Corte di giustizia di svolgere il dovuto sindacato giurisdizionale¹⁶⁰.

Le acquisizioni della giurisprudenza sul punto sono ben sintetizzate nella sentenza ZZ¹⁶¹, resa poco prima della pronuncia nel caso *Kadi II* e relativa alle limitazioni all'esercizio dei diritti di cui all'art. 47 della CDFUE in relazione ad un divieto di ingresso sul territorio di uno Stato membro a carico di un cittadino dell'UE. Alcune specificità del caso concreto lo differenziano pertanto da quelli della *saga Kadi*, inclusa la diversa finalità di interesse generale posta a fondamento delle misure restrittive, qui individuata nella sicurezza dello Stato, nonché il diritto derivato rilevante: qui veniva in questione in particolare una decisione di diniego di ingresso adottata ai sensi dell'art. 27 della Direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri¹⁶². La Corte di Lussemburgo si sforza, in un lungo e articolato passaggio della pronuncia, di trovare un punto di equilibrio tra la riservatezza della documentazione, la cui divulgazione porterebbe un attentato alla sicurezza dello Stato, e i diritti della difesa, dando dettagliate indicazioni al giudice del rinvio sull'iter logico da compiere nell'ambito del suo giudizio e sottolineando quali aspetti debbano essere disciplinati dalla normativa nazionale¹⁶³. Giunta in particolare al nodo

¹⁶⁰ Sentenza del 18 luglio 2013, cause riunite C-584/10 P, C-593/10 P e C-595/10 P, *Commissione europea et al. c. Yassin Abdullah Kadi (Kadi II)*, ECLI:EU:C:2013:518, punti 111-114 e *passim*.

¹⁶¹ Sentenza del 4 giugno 2013, causa C-300/11, ZZ c. *Secretary of State for the Home Department*, ECLI:EU:C:2013:363. Cfr. N. DE BOER, *Secret evidence and due process rights under EU law: ZZ*, in *Common Market Law Review*, 4/2014, p. 1235.

Per un caso riguardante lo statuto dei funzionari in cui si ragiona sulla possibilità – per la Corte di giustizia ammissibile in astratto, ma praticabile in concreto a fronte di un accurato giudizio di bilanciamento – di procedere senza audizione dell'interessato alla revoca della sua immunità (poiché con l'audizione sarebbe pregiudicato il segreto istruttorio), v. sentenza del 18 giugno 2020, causa C-831/18 P, *Commissione europea c. BQ*, ECLI:EU:C:2020:481, punti 71 ss.

¹⁶² Direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che modifica il regolamento (CEE) n. 1612/68 ed abroga le direttive 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE (GU L 158, pag. 77, nonché – rettifiche – GU L 229, pag. 35, e GU 2005, L 197, pag. 34).

¹⁶³ Il giudice nazionale dovrà ovviamente nel suo accertamento applicare le norme procedurali nazionali. Come si vedrà, la Corte di giustizia ha avuto recentemente modo di tornare sull'autonomia

dell'incidenza che la non ostensione di certi documenti può avere sul diritto di difesa, essa si rimette all'apprezzamento del giudice nazionale¹⁶⁴. Certamente sul punto influisce anche l'assetto delle norme procedurali domestiche delle quali non può che restare *dominus* il giudice nazionale e, d'altra parte, è difficile trovare in via astratta un punto di equilibrio cui ci si possa riferire in ogni possibile caso. Il rispetto del diritto di difesa in situazioni come quelle descritte resta pertanto un problema aperto.

Anche nel campo della protezione dei dati personali, la Corte di giustizia si è occupata di alcune limitazioni poste all'esercizio dei diritti di cui all'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali.

Nel già menzionato caso *Schrems I*, la Corte di giustizia ha avuto modo di misurarsi con una negazione radicale di tutela sia sostanziale, che giurisdizionale (riverberantesi a sua volta sul piano sostanziale). Essa ha affermato che

*“una normativa che non prevede alcuna possibilità per il singolo di avvalersi di rimedi giuridici al fine di accedere a dati personali che lo riguardano, oppure di ottenere la rettifica o la soppressione di tali dati, non rispetta il contenuto essenziale del diritto fondamentale ad una tutela giurisdizionale effettiva, quale sancito all'articolo 47 della Carta”*¹⁶⁵.

Come a suo tempo riportato, si tratta del primo caso di rilevata compressione del nucleo essenziale di un diritto, con conseguente violazione dei termini di ammissibilità di limitazioni a diritti fondamentali ai sensi dell'art. 52, par. 1 CDFUE.

Stessa sorte nel caso *Schrems II* hanno avuto le limitazioni ai diritti protetti dall'art. 47 CDFUE previste nella decisione della Commissione sullo scudo UE-USA per la privacy, che pure in taluni casi non prevedevano alcun accesso ad un giudice, ma solo al Mediatore dello scudo per la privacy. Tale ultima figura, nominata dal Segretario di Stato statunitense, risultava in sostanza inquadrata nella struttura cui questi è a capo, non potendo vantare nessuna reale indipendenza nei confronti dello stesso Segretario di Stato¹⁶⁶.

Altre interessanti questioni sono state oggetto di scrutinio sempre nell'ambito della tutela dei dati personali, l'imposizione di un obbligo di previo esaurimento dei ricorsi amministrativi al fine di poter adire il Giudice competente. La regola del previo esaurimento dei ricorsi amministrativi è stata considerata ammissibile solo qualora non pregiudichi in maniera sostanziale il diritto di accesso al Giudice e non ne ritardi troppo l'esercizio, provochi la sospensione

procedurale degli Stati membri nell'ambito dell'applicazione dell'art. 52, par. 1 della CDFUE: v. *infra*, § 7.

¹⁶⁴ Sentenza *ZZ c. Secretary of State for the Home Department* cit., punti 53-68. Il passaggio in questione è preceduto, al punto 51, dal richiamo all'art. 52, par. 1 CDFUE.

¹⁶⁵ Sentenza *Schrems I*, cit. punto 95.

¹⁶⁶ Sentenza *Schrems II*, cit. punti 186 ss.

della prescrizione dei relativi diritti e non comporti un eccessivo onere economico. La Corte di giustizia ha poi affermato che un rigetto non possa essere opposto da parte del responsabile della protezione dei dati all'utilizzo di determinate prove, salvo che la possibilità di un siffatto rigetto sia prevista dalla normativa nazionale e contemporaneamente non violi il contenuto essenziale dell'art. 47 della CDFUE e il principio di proporzionalità¹⁶⁷.

Infine, limitazioni al godimento dei diritti sanciti dall'art. 47 della CDFUE sono state analizzate dalla Corte di giustizia anche nell'ambito delle norme in materia di protezione dell'ambiente. Nella sentenza *Protect Natur*¹⁶⁸, la Corte di giustizia ha considerato non conforme al principio di proporzionalità, in quanto eccessivamente limitativa del diritto ad un ricorso effettivo, l'applicazione di una normativa procedurale nazionale che dava vita ad “una situazione quantomeno equivoca”, in virtù della quale non era chiaro quali passi nell'ambito del procedimento amministrativo dovessero essere compiuti, da un'organizzazione attiva nella protezione dell'ambiente nel particolare settore considerato, al fine di poter poi impugnare in giudizio l'atto amministrativo adottato in esito a quel procedimento¹⁶⁹.

I diritti protetti dall'art. 47 CDFUE hanno la particolarità di essere diritti il cui esercizio si svolge e quindi si misura essenzialmente nella sede giudiziale. Ciò li rende più *prossimi* alla stessa Corte di giustizia. Allo stesso modo, il loro rispetto è la chiave per assicurare tutela a tutti gli altri diritti, anche non fondamentali: una serie di casi particolarmente delicati e noti – primi tra tutti quelli della *saga Kadi* – hanno posto all'attenzione di interpreti e commentatori la delicatezza di una serie di snodi attraverso cui passa la tutela dei diritti di cui all'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali. L'insieme di queste circostanze ha condotto i Giudici di Lussemburgo ad un'elaborazione più consapevole con riguardo alla sostanza dei diritti in questione e può affermarsi che solo in questo caso esiste una ricognizione, come quella presente nella sentenza ZZ, del nucleo di posizioni procedurali da preservare affinché sia garantito il diritto ad un ricorso effettivo e ad un giudice imparziale.

¹⁶⁷ Sentenza del 27 settembre 2017, causa C- 73/16, *Peter Puškár c. Finančné riaditeľstvo Slovenskej republiky e Kriminálny úrad finančnej správy*, ECLI:EU:C:2017:725, punti 62 ss.

Per un altro caso di limitazione all'art. 47 della CDFUE imposto da una legislazione nazionale in materia di appalti che prevedeva la costituzione di una garanzia di “buona condotta” al fine di poter presentare ricorso in sede giurisdizionale – e giudicata dalla Corte di giustizia rispettosa degli standard di cui all'art. 52, par. 1 della Carta di Nizza – v. la sentenza del 15 settembre 2016, cause riunite C-439/14 e C-488/14, *SC Star Storage SA et al. c. Institutul Național de Cercetare-Dezvoltare în Informatică (ICI) e a.*, ECLI:EU:C:2016:688, punti 52-62.

¹⁶⁸ Sentenza del 20 dicembre 2017, causa C-664/15, *Protect Natur-, Arten- und Landschaftsschutz Umweltorganisation c. Bezirkshauptmannschaft Gmünd*, ECLI:EU:C:2017:987.

¹⁶⁹ Sentenza *Protect Natur*, cit., punti 90 ss.

6. La giurisprudenza in materia di limitazioni alla libertà personale

Il diritto alla libertà personale costituisce un banco di prova particolarmente significativo e senz'altro assai delicato per il regime relativo a possibili limitazioni.

La Corte di giustizia si è confrontata più volte con la definizione delle condizioni per la privazione della libertà personale e la sua giurisprudenza è ben sintetizzata nella sentenza *TC*¹⁷⁰, in cui si dibatteva della conformità con la decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo¹⁷¹ della normativa olandese. Quest'ultima prevedeva, da un lato, la decadenza automatica del provvedimento privativo della libertà personale allo scadere di 90 giorni senza la possibilità di adozione di adeguate misure in caso di pericolo di fuga. Dall'altro, la possibilità di proroga del termine veniva interpretata in maniera non uniforme dalla giurisprudenza, in particolare nei casi di sospensione per presentazione di un rinvio pregiudiziale alla stessa Corte di Lussemburgo, o per attesa dell'esito di una procedura pregiudiziale in corso, nonché di rinvio della decisione a fronte del rischio concreto che il soggetto potesse essere sottoposto nel Paese emittente a condizioni detentive inumane o degradanti.

I Giudici di Lussemburgo, riprendendo l'interpretazione dell'art. 5 CEDU – disposizione corrispondente all'art. 6 CDFUE¹⁷² – offerta dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, hanno sottolineato come l'accessibilità, precisione e prevedibilità delle norme sulla privazione della libertà personale siano beni imprescindibili. Su tale base, non è stata giudicata accettabile un'applicazione oscillante, come nel caso di specie¹⁷³.

D'altro canto, la Corte di giustizia ha stabilito che la decisione quadro sul mandato d'arresto europeo “osta” ad una normativa come quella olandese che prevede un obbligo generale ed incondizionato di rimessa in libertà dopo il termine di 90 giorni anche in caso di elevato rischio di fuga “*che non può essere ridotto a un livello accettabile mediante l'imposizione di misure adeguate*”¹⁷⁴.

Pertanto, in relazione all'esecuzione di un mandato d'arresto europeo, la Corte di giustizia aveva già indicato quali verifiche dovessero essere effettuate

¹⁷⁰ Sentenza del 12 febbraio 2019, causa C-492/18 PPU, *TC*, ECLI:EU:C:2019:108.

¹⁷¹ Decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri (GU 2002, L 190, pag. 1).

¹⁷² La Corte di giustizia ricorda in queste occasioni che è la stessa Carta di Nizza, in virtù dell'art. 52, par. 3, a prescrivere un'interpretazione equivalente a quella delle corrispondenti norme CEDU, salvi standard più elevati che possano essere riconosciuti nell'ambito dell'ordinamento dell'UE.

¹⁷³ Sentenza *TC*, cit., punti 56-60.

¹⁷⁴ Sentenza *TC*, cit., punto 63.

dall'Autorità giudiziaria al fine di poter prolungare la custodia oltre il termine previsto¹⁷⁵, chiarendo in particolare che essa deve tener conto

“di tutti gli elementi pertinenti al fine di valutare la giustificazione della durata del procedimento, segnatamente, l'eventuale inerzia delle autorità degli Stati membri interessati e, se del caso, il contributo del ricercato a tale durata. Parimenti, si dovrà tener conto della pena cui si espone il ricercato o della pena al medesimo inflitta relativamente ai fatti che hanno giustificato l'emissione del mandato d'arresto europeo nei suoi confronti, nonché dell'esistenza di un rischio di fuga”¹⁷⁶.

Conclusivamente in tema di giurisprudenza sulla libertà personale, è da segnalare che la Corte di giustizia ha considerato valido l'art. 8 della direttiva accoglienza¹⁷⁷, laddove consente agli Stati membri di trattenere un richiedente protezione internazionale se necessario per verificarne l'identità e la cittadinanza, per determinare elementi relativi alla sua domanda verificabili solo col trattenimento in particolare in presenza di pericolo di fuga, o se imposto da motivi di sicurezza nazionale e ordine pubblico. Per la Corte di giustizia risulta chiaro il perseguimento di finalità di interesse generale, nonché il fatto che si tratta di limitazioni conformi al principio di proporzionalità¹⁷⁸.

Quello considerato nel presente paragrafo è senz'altro uno degli ambiti in cui la maturazione della Corte di giustizia, sotto lo stimolo di problemi per essa delicati e nuovi, è più evidente. Ciò è dovuto senza dubbio all'attinenza del diritto alla libertà personale ad un nucleo di posizioni giuridiche la cui tutela è, in tutti gli ordinamenti occidentali, particolarmente intensa e si ritrova ad essere *remoto* rispetto agli ambiti di tutela tipici delle libertà economiche tradizionalmente nelle corde dei Giudici di Lussemburgo. Con la copertura della giurisprudenza di Strasburgo, la Corte di giustizia si è avventurata su questo terreno nuovo con accortezza e metodo, definendo con una certa meticolosità, come visto, quali restrizioni siano tollerabili nei diversi casi.

7. Limitazioni ai diritti fondamentali, autonomia procedurale degli Stati membri e primato del diritto dell'UE nella recente sentenza *Deutsche Umwelthilfe e Vc. Freistaat Bayern*

Un processo di maturazione è certamente rivelato da quei casi in cui la Corte di giustizia è chiamata a fronteggiare fattispecie in cui si intrecciano in maniera inedita diversi istituti propri del diritto dell'UE. Pertanto merita una

¹⁷⁵ Sentenza del 16 luglio 2015, C-237/15 PPU, *Minister for Justice and Equality c. Francis Lanigan*, ECLI:EU:C:2015:474, punti 57-61.

¹⁷⁶ Sentenza *Lanigan*, cit., punto 59.

¹⁷⁷ Direttiva 2013/33/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale (GU 2013, L 180, pag. 96).

¹⁷⁸ Sentenza del 14 settembre 2017, causa C-18/16, *K. contro Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, punti 34 ss.

trattazione specifica – cui si dedica spazio qui, per evidenziare il suo costituire uno sviluppo particolarmente avanzato delle evoluzioni descritte nei paragrafi precedenti – la sentenza della Corte di giustizia del 19 dicembre 2019, *Deutsche Umwelthilfe*¹⁷⁹. Veniva in questione il rifiuto del *Freistaat Bayern* (Land Baviera, Germania) di conformarsi ad una sentenza passata in giudicato, che avrebbe previsto una modifica ai piani di circolazione al fine di rispettare i parametri per la qualità dell'aria come stabiliti dalla direttiva 2008/50/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2008, relativa alla qualità dell'aria ambiente e per un'aria più pulita in Europa¹⁸⁰. Nell'ambito domestico si rivelavano infruttuose la minaccia e l'irrogazione di penalità, mentre, in base agli orientamenti della giurisprudenza nazionale, la pena detentiva volta alla coercizione all'adempimento, pur prevista in linea generale, non risultava applicabile al caso specifico. La Corte di giustizia veniva tra l'altro interrogata sull'esistenza – ai sensi della giurisprudenza sul primato del diritto dell'UE – di un obbligo per il giudice nazionale di disapplicare la norma interna, ovvero la sua interpretazione – che lo stesso giudice peraltro considerava conforme alla propria Costituzione – al fine di rendere applicabile una sanzione effettivamente efficace.

La Corte di giustizia riconosce che tanto la giurisprudenza sul primato, che il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva di cui all'art. 47 CDFUE incontrano un limite, nel quadro dell'art. 52, par. 1 della Carta di Nizza, nel diritto che la stessa garantisce all'art. 6, ovvero sia il diritto alla libertà e alla sicurezza¹⁸¹. La Corte di Lussemburgo riprende quindi l'idea secondo cui le norme che consentono al giudice di applicare misure restrittive della libertà personale devono essere accessibili, precise e prevedibili¹⁸². Essa riconosce altresì che il medesimo criterio si applica quando la restrizione della libertà discenda dall'inottemperanza ad una decisione giudiziaria, senza che sia rilevante il fatto che il soggetto possa evitare siffatta restrizione conformandosi all'obbligo statuito dall'Organo giudicante nazionale nella decisione in questione o in una successiva¹⁸³. È infine rimandato al giudice del rinvio di valutare la normativa nazionale alla

¹⁷⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 19 dicembre 2019, causa C-752/18, *Deutsche Umwelthilfe eV c. Freistaat Bayern*, ECLI:EU:C:2019:1114.

¹⁸⁰ Direttiva 2008/50/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2008, relativa alla qualità dell'aria ambiente e per un'aria più pulita in Europa (GU 2008, L 152, pag. 1).

¹⁸¹ Sentenza *Deutsche Umwelthilfe eV c. Freistaat Bayern*, punti 42-45.

¹⁸² Sentenza *Deutsche Umwelthilfe eV c. Freistaat Bayern*, punto 46. Oltre a richiamare la giurisprudenza qui già citata (v. *supra*, § 6), preme ricordare che la Corte di Lussemburgo, nel tratteggiare i canoni indicati nel testo, si rifà alla sua sentenza del 15 marzo 2017, causa C-528/15, *Al Chodor*, EU:C:2017:213, punti 38 e 40 e riprende la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, in particolare la sentenza del 21 ottobre 2013, *Del Río Prada c. Spagna* (CE:ECHR:2013:1021JUD004275009).

¹⁸³ Sentenza *Deutsche Umwelthilfe eV c. Freistaat Bayern*, punto 47.

luce dei criteri testé sintetizzati, non rinunciando tuttavia la Corte di Lussemburgo a registrare che sulla possibilità per detta normativa di superare il *test* in questione in udienza erano emersi dei “*dubbi*”¹⁸⁴.

Lo scetticismo della Corte del *Kirchberg* sulla possibilità di ricorrere a misure privative della libertà personale riemerge allorché, in relazione al rispetto del principio di proporzionalità, essa ricorda che la relativa valutazione

“(…) dev’essere effettuata nel rispetto della necessaria conciliazione tra i requisiti connessi alla tutela di questi diversi diritti e di un giusto equilibrio tra di essi (v., in tal senso, sentenza del 22 gennaio 2013, *Sky Österreich*, C-283/11, EU:C:2013:28, punto 60 e giurisprudenza citata).

Orbene, occorre considerare che, come ha rilevato l’avvocato generale al paragrafo 86 delle sue conclusioni, poiché la pronuncia di una pena detentiva comporta una privazione della libertà personale, essa deve essere applicata solo qualora non esista alcuna misura meno restrittiva atta a consentire di raggiungere l’obiettivo perseguito. Spetta quindi al giudice del rinvio verificare se la legge nazionale che disciplina l’esecuzione forzata possa essere interpretata conformemente al diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva nel senso che autorizzerebbe tale giudice ad adottare misure che non violano il diritto alla libertà, come quelle menzionate al punto 40 della presente sentenza”¹⁸⁵.

In sostanza, nella pronuncia in questione, la Corte di giustizia finisce per temperare il proprio approccio in tema di ricorso a rimedi effettivi che non sarebbero in principio previsti dal diritto nazionale e ciò alla luce del rispetto dei criteri di cui all’art. 52, par. 1 della Carta di Nizza, rimettendo peraltro le relative valutazioni al giudice del rinvio. Da tale punto di vista, la sentenza *Deutsche Umwelthilfe eV c. Freistaat Bayern* tende a rendere meno *intrusivo* il diritto dell’UE rispetto all’autonomia procedurale degli Stati membri¹⁸⁶ e, in tale contesto, finisce altresì per *moderare* il principio del primato.

¹⁸⁴ Sentenza *Deutsche Umwelthilfe eV c. Freistaat Bayern*, punto 48.

¹⁸⁵ Sentenza *Deutsche Umwelthilfe eV c. Freistaat Bayern*, punti 50-51. Il punto 40 recita:

“*A tal fine, spetta a detto giudice verificare, prendendo in considerazione l’intero diritto nazionale e applicando le modalità interpretative da esso riconosciute, se possa giungere ad un’interpretazione di tale diritto che gli consenta di applicare misure coercitive efficaci per garantire l’esecuzione, da parte delle autorità pubbliche, di una sentenza definitiva, come, in particolare, penali di importo elevato, ripetute a breve scadenza, e il cui pagamento non vada alla fine a vantaggio del bilancio da cui provengono*”. Tale punto è preceduto dall’osservazione della Corte di giustizia secondo cui il giudice nazionale, sulla base della sua giurisprudenza, deve interpretare il proprio diritto nazionale in maniera conforme “*sia agli obiettivi dell’articolo 9, paragrafi 3 e 4, della Convenzione di Aarhus, sia agli obiettivi di tutela giurisdizionale effettiva dei diritti conferiti dal diritto dell’Unione*” (punto 39).

¹⁸⁶ Cfr. i noti principi di effettività ed equivalenza, alla base del rapporto tra diritto dell’UE e autonomia procedurale nazionale, richiamati al punto 33:

“(…) *in mancanza di armonizzazione dei meccanismi nazionali di esecuzione forzata, le modalità della loro attuazione rientrano nella competenza dell’ordinamento giuridico interno degli Stati membri in forza del principio di autonomia processuale di questi ultimi. Nondimeno, tali modalità devono soddisfare la doppia condizione di non essere meno favorevoli di quelle che disciplinano situazioni analoghe soggette al diritto nazionale (principio di equivalenza) e di non rendere impossibile o eccessivamente difficile l’esercizio dei diritti attribuiti dal diritto dell’Unione (principio di effettività)* (sentenza del 26 giugno 2019, *Kubar*, C-407/18, EU:C:2019:537, punto 46 e giurisprudenza ivi citata)”.

Infine, la Corte di giustizia – alla luce della situazione di stallo che sembra consolidarsi alla luce di quanto da essa stessa statuito – ricorda che le violazioni da parte delle Autorità pubbliche emergenti nel caso in questione potrebbero essere oggetto di richiesta di risarcimento da parte dei soggetti che a causa di queste abbiano subito un danno, nonché di procedura di infrazione nei confronti dello Stato¹⁸⁷.

Deutsche Umwelthilfe eV c. Freistaat Bayern è una pronuncia *al limite*: in essa si misurano i limiti di efficacia ed effettività dei rimedi nazionali e, al medesimo tempo, vengono in questione problemi di limitazioni ai diritti fondamentali che, a loro volta, possono fondare limitazioni ai principi dell'autonomia procedurale e del primato. In essa si trova un buon esempio di come alcuni istituti tipici e fondanti del diritto dell'UE si trovino ad essere riletti alla luce dell'interazione con la problematica dei limiti ai diritti fondamentali e con la pratica del loro esercizio.

8. Quattro proposte di lettura della giurisprudenza della Corte di giustizia sull'art. 52, par. 1 della Carta dei diritti fondamentali

La corposa giurisprudenza fin qui analizzata può prestarsi ad essere interpretata in molti modi diversi. Si avvanzeranno qui brevemente quattro ipotesi di lettura di tipo diverso, al fine di aiutare a tracciare un primo bilancio dell'applicazione della fondamentale clausola di garanzia di cui all'art. 52, par. 1 della Carta di Nizza.

In primo luogo, sul piano storico si nota, come si è già a più riprese accennato, un'evoluzione nell'approccio della Corte di giustizia, che è andata sviluppandosi almeno su due piani.

Il primo piano è quello relativo al rapporto tra la natura e il tipo di restrizioni ai diritti fondamentali volta per volta analizzati con il settore normativo europeo nell'ambito della cui attuazione le dette restrizioni erano previste o venivano a crearsi. Nella prima fase – iniziata, come visto, ben prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, con la conseguente equiparazione del valore giuridico della Carta di Nizza a quello dei Trattati istitutivi dell'UE –, questioni di limitazione dei diritti fondamentali si sono essenzialmente poste in relazione al funzionamento del mercato interno. Si trattava cioè di conflitti di natura simile a quelli che avevano dato origine alla giurisprudenza della Corte di Lussemburgo che aveva dato ingresso alla tutela dei diritti fondamentali nel diritto dell'UE in una fase, guardata oggi, pionieristica. Si tratta, come efficacemente notato in dottrina, di conflitti fra diritti e libertà (di circolazione, alla base del funzionamento del mercato interno) “entrambi fondamentali nella

¹⁸⁷ Sentenza *Deutsche Umwelthilfe eV c. Freistaat Bayern*, punti 53-54.

giurisprudenza della Corte di giustizia”¹⁸⁸. L’interazione tra funzionamento del mercato interno e tutela dei diritti fondamentali è assai complessa e non è qui possibile analizzarne tutte le pieghe. Ai limitati fini di questo studio, è tuttavia importante sottolineare come l’analisi delle restrizioni alle libertà fondamentali e l’applicazione del *test* sulla loro ammissibilità, che fa leva, in particolare, sul rispetto del principio di proporzionalità, abbia fornito alla Corte di giustizia il paradigma di base utilizzato poi per l’ammissibilità delle limitazioni ai diritti fondamentali. Inoltre, la Corte di giustizia si è impegnata in un’opera di *disvelamento*, come si è visto¹⁸⁹, della sostanza di diritti fondamentali nascosti negli elementi che venivano ad essere rilevanti nell’ambito di giudizi di bilanciamento, che si sono proposti in varie occasioni. In tale contesto peraltro la valorizzazione dell’art. 16 CDFUE sulla libertà d’impresa può venire in rilievo in diverse situazioni di applicazione delle libertà fondamentali e far acquisire a posizioni legate al funzionamento del mercato interno un rango che ad esse non era in precedenza riconosciuto.

Il secondo piano di sviluppo della giurisprudenza riguarda invece la nozione di bilanciamento, emersa nella giurisprudenza della Corte di Lussemburgo ancora nell’ambito della dialettica tra mercato interno e diritti fondamentali, in particolare dal confronto tra le libertà di circolazione e i diritti fondamentali. La necessità di un bilanciamento non ha quindi colto di sorpresa la Corte di giustizia, quando essa è stata chiamata ad operarlo in maniera via via più frequente e sistematica. L’utilizzo del canone della necessità – in particolare nella messa a fuoco della necessità di una restrizione –, familiare in quanto basilare nell’ambito del giudizio di proporzionalità, si è ben prestato ad offrire un primo appiglio per i giudizi di bilanciamento tra diritti fondamentali ugualmente degni di protezione. In alcune delle sentenze successive all’entrata in vigore del Trattato di Lisbona, com’è stato rilevato, la motivazione offerta dalla Corte è stata più stringata, andando successivamente irrobustendosi, sia in virtù di un’elaborazione più consapevole, sia sotto la necessità di affrontare questioni man mano più delicate e complesse.

In secondo luogo, è possibile osservare, come ulteriore sviluppo dei fenomeni evolutivi testé tratteggiati, che la Corte di giustizia ha dovuto confrontarsi con competenze dell’Unione che si sono allargate fino a materie per essa *nuove*. Così la Corte di giustizia è stata portata a confrontarsi con realtà giuridiche che per lungo tempo erano rimaste non coperte dalla sua giurisdizione, se non incidentalmente o indirettamente, come quelle relative, ad esempio, alla

¹⁸⁸ Così R. MASTROIANNI, *Diritti dell’uomo e libertà economiche fondamentali nell’ordinamento dell’Unione europea: nuovi equilibri?*, in L.S. ROSSI (a cura di), *La protezione dei diritti fondamentali – Carta dei diritti UE e standards internazionali* – atti del XV Convegno SIDI, Bologna 10-11 giugno 2010, Napoli, 2011, p. 359, spec. 361 ss.

¹⁸⁹ V. *supra*, § 3.

privazione della libertà personale. In molte delle sentenze analizzate ed in particolare in quelle riguardanti queste materie nuove, risulta evidente il debito contratto nei confronti della CEDU e della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Se ciò risulta in certo senso naturale in virtù dell'equivalenza di cui all'art. 52, par. 3 CDFUE, sembra vero che i Giudici del *Kirchberg* siano ancora lontani dalla voglia, o forse dalla possibilità di emanciparsi dalla *paternità* della Corte di Strasburgo. Con ciò vuol dirsi che non soltanto resta sostanzialmente inesplorato il territorio, pur aperto dallo stesso art. 52, par. 3, di tutele dei diritti fondamentali più ampie nell'ordinamento dell'Unione, ma anche che una siffatta più ampia tutela aprirebbe di necessità – nel contesto del bilanciamento con altri diritti – il problema della definizione di nuovi equilibri. È possibile che, forse per il bene della coerenza delle tutele nei due sistemi UE e CEDU, la Corte di giustizia non si sia voluta, almeno per ora, avventurare in questo esercizio.

In terzo luogo, in relazione a diritti legati alla tutela di posizioni nei confronti delle autorità giudiziarie o amministrative, si è sviluppata la problematica del confronto con le regole procedurali nazionali. La Corte di giustizia si è richiamata ai classici schemi dell'autonomia procedurale. Inoltre, su questo terreno come su quello dell'interpretazione e dello sfruttamento delle possibilità di tutela offerte dall'ordinamento giuridico nazionale, si è assistito ad una crescente responsabilizzazione dei giudici nazionali. Ciò risulta conforme ad una tendenza più generale¹⁹⁰. La Corte di giustizia si mostra conscia, come rilevato in particolare nel caso *ZZ*, della delicatezza dei compiti sovente affidati ai giudici nazionali. È del resto anche di fronte ad essi che devono risolversi i problemi relativi ai limiti di applicazione del diritto procedurale nazionale, nonché, di primato del diritto dell'Unione, come dimostrato dal caso *Deutsche Umwelthilfe*. In sostanza, la questione, cruciale, dei limiti ai diritti fondamentali sembra sia in grado di rimettere in movimento assetti consolidati, senza apparentemente aver destato la dovuta attenzione.

In quarto e ultimo luogo, si nota come la Corte di giustizia non si sia mai impegnata nell'opera di definire cosa debba intendersi per limitazione all'esercizio di un diritto fondamentale. Difficilmente in sede di applicazione giudiziale può esserci lo spazio – e forse la necessità – di interrogarsi in termini generali su una siffatta questione. Cionondimeno, in relazione ai singoli diritti la soluzione della questione in parola non è priva di risvolti pratici, giacché essa va di pari passo con la definizione dell'estensione del corrispondente diritto. Laddove infatti non può essere accampata la pretesa di esercitare un certo

¹⁹⁰ Si è ad esempio altrove notato come essa emerga anche nel settore della concorrenza: sia consentito rinviare a R. CISOTTA, *The Evolving Framework for Antitrust Damages Actions and Collective Redress in the European Union: a First Assessment*, in *Diritto del commercio internazionale*, 3/2014, p. 709, spec. 727 ss.

diritto fondamentale non potrebbe logicamente parlarsi di sua limitazione. In questa questione inoltre, a ben vedere, possono nascondersi problemi anche più sottili, che finiscono per poter incidere sulla definizione di un determinato diritto anche rispetto ad altre posizioni *confinanti* e facenti capo ad altri soggetti che, come si è visto, costituiscono uno dei possibili fondamenti di limitazioni ammessi dall'art. 52, par. 1 CDFUE. Tornando al parallelo con le restrizioni alle libertà fondamentali, può notarsi come in quei casi la Corte sia più attenta ad accertare, dal punto di vista economico (anche se talvolta ricorrendo a presunzioni), l'esistenza di una restrizione. Rispetto ai diritti fondamentali un'opera del genere potrebbe essere a volte più delicata, altre volte non molto utile. L'atteggiamento della Corte di giustizia sul punto è infatti in realtà almeno in parte giustificabile con la sua posizione e con la struttura del suo contenzioso, che la mette di fronte in molti casi con problematiche emerse a livello nazionale, ove l'esistenza di una limitazione ai diritti fondamentali è già accertata, o è talvolta di palmare evidenza. Ciò non toglie che un progressivo avvicinamento al problema definitorio in generale – delle posizioni tutelate e delle restrizioni – sia in prospettiva desiderabile. Ad esso non possono infatti non essere legate esigenze imprescindibili di tutela della certezza del diritto che – benché come chiarito fin dalle battute iniziali non riesca ad essere in assoluto garantita nella materia che qui ci occupa – resta nondimeno un'esigenza di primaria importanza.

9. ...uno sguardo in avanti

Nel presente momento la pandemia da COVID-19 sta mettendo a dura prova, insieme alle esistenze di milioni di donne e uomini, anche la sanità e molte altre strutture sociali ed economiche. Per ridurre i contagi, sono state adottate in diverse occasioni misure restrittive di diversi diritti fondamentali, tra cui la libertà di movimento, la libertà di impresa, il diritto all'istruzione e il diritto al rispetto della vita privata e familiare¹⁹¹.

¹⁹¹ Fin da subito le misure adottate sono state oggetto di riflessione da parte degli osservatori più attenti. Cfr. ad es., in particolare da prospettive di diritto costituzionale T. EPIDENDIO, Il diritto nello "stato di eccezione" ai tempi dell'epidemia da coronavirus, in *Giustizia insieme*, 30 marzo 2020, disponibile on-line: <https://www.giustiziainsieme.it/it/diritto-dell-emergenza-covid-19/957-il-diritto-nello-stato-di-eccezione-ai-tempi-dell-epidemia-da-coronavirus>; Diritti fondamentali: nessun diritto fondamentale vale senza limiti", intervista a J. Habermas e K. Günther, in *Giustizia insieme*, 30 maggio 2020, disponibile on-line: <https://www.giustiziainsieme.it/it/diritto-dell-emergenza-covid-19/1126-diritti-fondamentali-nessun-diritto-fondamentale-vale-senza-limiti-di-juergen-habermas-e-klaus-guenther-2>; M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in "Liber Amicorum Costanzo", http://www.giurcost.org/LIBERAMICORUM/luciani_scrittiCostanzo.pdf; G. PIRRUZZELLA, *La società globale del rischio e i limiti alle libertà costituzionali – Brevi riflessioni a partire dal divieto di sport e attività motorie all'aperto*, in *Giustizia insieme*, 20 marzo 2020, disponibile on-line: <https://www.giustiziainsieme.it/it/diritto-dell-emergenza-covid-19/941-la-societa-globale-del-rischio-e-i-limiti-alle-liberta-costituzionali-brevi-riflessioni-a-partire-dal-divieto-di-sport-e-attivita>

L'art. 52, par. 1 della Carta dei diritti fondamentali fornirà la guida per vagliare l'ammissibilità di siffatte restrizioni tutte le volte che sarà applicabile la Carta dei diritti fondamentali (ai sensi del suo art. 51)¹⁹². Per giustificarle, è stata invocata a più riprese l'eccezionalità e la straordinarietà delle condizioni in cui esse sono state adottate, circostanze che non potranno evidentemente non avere un peso.

Tra le molte altre questioni che potrebbero essere sollevate, vi è quella, a cui può farsi cenno in via esemplificativa della complessità dei problemi sottostanti la gestione dell'attuale situazione, della giustificazione su basi scientifiche delle misure restrittive in questione. Anche tale giustificazione è stata ripetutamente invocata in occasione della messa in campo di limitazioni di vario genere. La sua sussistenza appare a volte difficile da verificare, sia perché le conoscenze scientifiche sono andate progredendo in modo spesso incerto, sia perché non è sempre stato chiaro in quale misura gli esponenti del modo scientifico – a volte coinvolti anche formalmente nei processi decisionali a vari livelli, attraverso comitati o consulenze *ad hoc* – abbiano raccomandato, ovvero sconsigliato determinate misure.

In astratto potrebbero, rispetto ai parametri contenuti nell'art. 52, par. 1 CDFUE, immaginarsi due vie. La prima potrebbe consistere in una lettura rafforzata della riserva di legge, dovendo intendersi richiesta non soltanto l'adozione formale di un atto con forza di legge, ma anche la copertura di una giustificazione scientifica delle misure restrittive di diritti fondamentali imposte, acquisita nel corso dell'*iter* legislativo. Tale soluzione presenterebbe lo svantaggio di non offrire una soluzione sufficientemente determinata (in quanto il parametro andrebbe ricostruito di volta in volta), pretendendo peraltro di aggiungere un requisito procedurale che non è in effetti previsto dalla Carta dei diritti fondamentali dell'UE.

La seconda via, probabilmente più appropriata, consiste nell'incorporare nei giudizi di proporzionalità e necessità l'accertamento della plausibilità scientifica dell'efficacia ed utilità delle misure adottate. Quale quindi che sia stato il passaggio formale nell'ambito del quale le raccomandazioni scientifiche siano entrate nel processo decisionale, il parametro si applicherebbe alla misura in

motorie-all-aperto; O. POLLICINO, F. RESTA, Data tracing, *no alle deleghe in bianco all'algorithm*, in 24 marzo 2020, in *Corriere comunicazioni*, disponibile on-line: https://www.corrierecomunicazioni.it/privacy/data-tracing-no-a-deleghe-in-bianco-allalgoritmo/?fbclid=IwAR23FwtBF9IqSyQdFss6sDaOy6mBWeEZgQAtvyHkdYEr_YDiUMn6sPssxNYw.

¹⁹² Cfr. ad esempio l'ordinanza del 10 dicembre 2020, causa C-220/20, XX c. OO, ECLI:EU:C:2020:1022 resa su rinvio pregiudiziale del giudice di pace di Lanciano. L'ordinanza dichiara irricevibili le domande sulla compatibilità con una serie di parametri di diritto dell'UE (tra cui varie disposizioni della CDFUE, ma non, almeno esplicitamente, l'art. 52, par. 1) di una serie di misure emergenziali adottate dal governo italiano, in particolare quelle che hanno bloccato molte attività giudiziarie.

sé. È del resto in tale contesto che la Corte di giustizia ha dato rilevanza all'accertamento della fondatezza scientifica di misure restrittive di diritti fondamentali¹⁹³. La Corte di giustizia inoltre ha dato rilevanza nella sentenza *Schmidberger* alle modalità con le quali le autorità di uno Stato hanno gestito una situazione in cui era venuta a determinarsi – in quel caso per l'azione di privati – una restrizione all'esercizio di diritti fondamentali. Anche quindi la diligenza delle amministrazioni nell'alleviare per quanto possibile i disagi derivanti da compressioni all'esercizio di diritti fondamentali dovrebbe entrare in linea di conto. Si vive senz'altro in una stagione complessa per l'applicazione dell'art. 52, par. 1 CDFUE che chiamerà gli interpreti ad un arduo e delicato lavoro.

¹⁹³ Cfr. sentenza *F*, cit. *V. supra*, § 2.