

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI UDINE
DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE
DOTTORATO IN DIRITTO PUBBLICO COMPARATO E DELL'UNIONE EUROPEA

Tesi di dottorato

LA CARTA ED I TRATTATI
La Corte di Giustizia dell'U.E.
tra tutela dei diritti fondamentali
e ridefinizione di un equilibrio di sistema.

Dottoranda:
Elisa Paladini

Relatrici:
Chiar.ma Prof.ssa Elisabetta Bergamini
Chiar.ma Prof.ssa Alessandra Lang

XXVII Ciclo

Sommario

Il presente studio analizza l'applicazione giurisprudenziale della Carta dei Diritti Fondamentali nell'ottica di illustrare le particolarità che caratterizzano la tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento dell'Unione.

L'attenzione si concentra in particolare su un tratto che distingue la Carta da altri strumenti internazionali di tutela dei diritti dell'uomo, e cioè la riunione in un unico testo di diritti civili e politici, da un lato, e diritti economico-sociali dall'altro.

L'analisi si apre con l'esegesi delle c.d. clausole orizzontali, ossia le disposizioni del Titolo VII della Carta, che forniscono delle coordinate interpretative imprescindibili per l'inquadramento della stessa nel sistema giuridico dell'Unione, e nell'assetto dei rapporti tra l'Unione stessa e gli ordinamenti degli Stati Membri. Successivamente, ed al fine di osservare l'applicazione della Carta in un contesto dinamico, l'attenzione si sposta sulla tutela dei diritti fondamentali nel contenzioso in materia di mercato interno e cittadinanza. In questo contesto appare infatti compiutamente la difficile sfida che si presenta alla Corte di Giustizia: essa è chiamata a dare corpo e sostanza ad una nuova fonte primaria, dando riconoscimento e tutela a valori in parte nuovi, senza turbare il riparto di competenze tra Unione e Stati Membri.

I principali nodi problematici, quali l'elaborazione di un appropriato test di proporzionalità e la precisazione del difficile rapporto tra cittadinanza europea e diritti fondamentali, sono riguardati separatamente dal punto di vista dei diritti civili e politici e di quelli economico-sociali, evidenziando così la differenza di soluzioni e di intensità del controllo giurisdizionale.

Ringraziamenti

Desidero ringraziare la prof.ssa Bergamini e la prof.ssa Lang per i preziosi suggerimenti e la sapiente guida: a loro va la mia gratitudine, a me spetta invece la responsabilità per ogni errore o imprecisione contenuto in questa tesi.

Indice

Introduzione	1
1 La Carta dei Diritti Fondamentali nel sistema del diritto dell'U.E.: profili problematici	7
1.1 Articolo 51: l'ambito di applicazione della Carta	8
1.1.1 L'ambito di applicazione <i>ratione personae</i>	8
1.1.2 L'ambito di applicazione <i>ratione materiae</i> da parte degli Stati membri	15
1.2 Articolo 52 paragrafo 5: diritti e principi	22
1.2.1 Individuazione dei principi	23
1.2.2 Invocabilità dei principi: ambito e forme	26
1.3 ...e i principi generali di diritto?	30
2 La tutela dei diritti fondamentali nel contenzioso della libera circolazione	37
2.1 I diritti fondamentali invocati a sostegno delle libertà fondamentali	40
2.1.1 Dalle origini alla proclamazione della Carta	40
2.1.2 Dalla proclamazione della Carta alla sua efficacia vincolante	44
2.1.3 Dopo Lisbona	47
2.2 I diritti fondamentali invocati in deroga alle libertà fondamentali	49
2.2.1 Deroghe previste dal Trattato e ragioni imperative sviluppate dalla giurisprudenza	49
2.2.2 Ragioni imperative. Campo di applicazione	50
2.2.3 Esclusione degli obiettivi economici	52
2.2.4 I diritti fondamentali come categoria di giustificazione . .	54
2.3 Riepilogo	69
3 La tutela dei diritti fondamentali nel contenzioso in materia di cittadinanza	71
3.1 Ambito di applicazione della cittadinanza. La dottrina del 'nucleo essenziale'	74
3.2 La libera circolazione dei cittadini	81
3.2.1 La tutela giuridica del nome	82
3.2.2 L'accesso alle prestazioni di sicurezza ed assistenza sociale	89
3.3 Riepilogo	101
Conclusioni	105

Indice della legislazione	111
Indice della giurisprudenza	113
Bibliografia	119

Introduzione

La proclamazione della Carta dei Diritti Fondamentali e la sua successiva incorporazione nell'ordinamento giuridico dell'Unione Europea quale fonte primaria ha posto il giurista, e forse anche la società europea nel suo complesso, di fronte a numerosi interrogativi.

Un'importante parte del dibattito si è focalizzata sull'effetto che la Carta avrebbe potuto dispiegare sulla natura e sulla struttura dell'Unione Europea: avrebbe essa avuto un effetto palinogenetico? Avrebbe causato un riassetto delle dinamiche istituzionali? Avrebbe determinato o concorso alla nascita di un'entità di tipo statale? Questi interrogativi, benché di indubbio interesse, non saranno oggetto della trattazione a seguire.

Lo studio che siamo qui ad introdurre, in effetti, è basato proprio sulla premessa che l'applicazione della Carta debba essere oggetto di studio anche nella prospettiva di illustrare e comprendere quali problematiche, proprie del sistema giuridico dell'Unione, emergano in relazione all'attuazione dei diritti fondamentali e di osservare, ove presente, l'apporto originale fornito dall'ordinamento dell'Unione Europea in risposta a tali problematiche.

Una prima caratteristica del sistema giuridico dell'Unione che influisce pesantemente sulla protezione dei diritti fondamentali è l'assetto dei rapporti tra l'Unione stessa e gli ordinamenti degli Stati Membri. La Carta stessa si preoccupa di definire chiaramente il proprio ambito di applicazione, giacché contiene delle disposizioni che ne disciplinano l'interpretazione ed applicazione. L'articolo 51, in particolare, enuncia esplicitamente che gli Stati membri sono vincolati al rispetto della carta solo quando applicano il diritto dell'Unione, ma tale disposizione non è stata sufficiente a prevenire l'insorgere di tensioni: bisogna temere che la Carta possa alterare l'attuale riparto di competenze, erodendo la sovranità degli Stati e aprendo nuovi margini per l'azione dell'Unione¹? Oppure, al contrario, che le disposizioni orizzontali limitino in maniera eccessiva l'applicabilità della Carta stessa, confinandola ad una funzione meramente decorativa? Questi interrogativi, di non facile soluzione, saranno affrontati, nel Capitolo 1, attraverso l'analisi delle disposizioni orizzontali e della loro interpretazione giurisprudenziale. Essi costituiscono anche la base sottostante alle considerazioni svolte nei Capitoli 2 e 3, laddove si andrà ad esaminare la posizione dei diritti fondamentali nella giurisprudenza relativa al diritto materiale dell'Unione.

Prescindendo dal carattere multilivello della tutela, in quali aspetti si può ulteriormente cercare e trovare il carattere originale della 'via europea' ai diritti

¹Si veda in proposito D Augenstein, 'Disagreement - Commonality - Autonomy: E.U. Fundamental Rights in the Internal Market' (2012-2013) 15 *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 1, p. 24, che considera i diritti fondamentali dotati di una inerente componente espansionistica.

fondamentali?

La risposta è relativamente semplice, essendo già stato sottolineato da abbondante dottrina che il tratto più innovativo della Carta consiste nel superamento della dicotomia tra diritti civili e politici, da un lato, e diritti sociali dall'altro². È questa una suddivisione risalente, che si suole ricondurre all'ordine cronologico in cui i diritti della persona hanno trovato affermazione e tutela negli ordinamenti statali dell'Occidente liberale: *in primis* si è affermata la necessità di tutelare il singolo dalle interferenze del potere politico, configurandosi così delle libertà c.d. "negative", e solo in un secondo momento è maturata l'idea che fosse necessario anche un intervento positivo dell'autorità, diretto a mitigare quelle disuguaglianze economiche e sociali che renderebbero altrimenti impossibile la realizzazione della persona umana. A queste differenti fasi corrisponderebbero altrettante categorie di diritti fondamentali: i diritti civili e politici, più antichi, ed i diritti economici e sociali, più recenti.

Il tratto distintivo basato sulla dicotomia tra dovere di astensione e necessità di azione positiva non è sempre decisivo: è dato riscontrare diritti civili e politici la cui garanzia postula un intervento statale, e viceversa diritti economico-sociali che non lo richiedono, però è generalmente considerato un utile criterio di massima.

È evidente che questa classificazione affonda le sue radici nel sistema statale, ragion per cui uno schema molto simile è stato usato, ad esempio, anche per illustrare il contenuto della cittadinanza³. La sua validità ha però trovato riconoscimento anche nel panorama internazionale, ove assistiamo a una generale differenziazione degli strumenti di tutela.

In ambito O.N.U., al Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici si affianca il Patto Internazionale sui Diritti Economici, Sociali e Culturali, ed i due testi sono stati per molto tempo sottoposti a sistemi di controllo alquanto diversi; il Protocollo opzionale al Patto sui Diritti Economici, Sociali e Culturali (che istituisce e regola la presentazione di comunicazioni da parte dei privati nonché le inchieste sulle violazioni gravi e sistematiche) è entrato in vigore solo nel 2013, mentre l'analogo protocollo relativo al Patto sui Diritti Civili e Politici è in forza dal 1976.

Anche in relazione al Consiglio d'Europa si può riscontrare una analoga bipartizione, tra la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e la Carta Sociale Europea. Mentre sull'osservanza della Carta Sociale Europea vigila l'apposito Comitato, che si esprime con conclusioni sulle relazioni annuali degli Stati firmatari e con decisioni sui reclami collettivi presentati dalle organizzazioni rappresentative abilitate, la CEDU è presidiata da un sistema di controllo di tipo schiettamente giurisdizionale che ammette i ricorsi individuali.

Questa bipartizione è stata riconosciuta come tale anche in dottrina, ove è frequente l'impiego dell'espressione "generazioni di diritti umani", coniata dal Va-

²Si vedano, *ex multibus* B de Witte, 'The trajectory of fundamental social rights in the European Union' in G de Búrca e B de Witte (cur.), *Social Rights in Europe* (OUP 2005) p. 160; P Costanzo, 'Il riconoscimento e la tutela dei diritti fondamentali' in P Costanzo, L Mezzetti e A Ruggeri (cur.), *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione Europea* (Giappichelli 2008) p.382; S Deakin e J Browne, 'Social Rights and Market Order: Adapting the Capability Approach' in TK Hervey e J Kenner (cur.), *Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights : a Legal Perspective* (Hart 2003) p. 27; R Del Punta, 'I diritti sociali come diritti fondamentali: riflessioni sulla Carta di Nizza' in G Vettori (cur.), *Carta Europea e Diritti dei Privati* (CEDAM 2002) p.177.

³TH Marshall, *Cittadinanza e classe sociale* (Laterza 2002).

sak, intendendosi i diritti civili e politici inclusi nella prima generazione ed i diritti economici e sociali nella seconda. Vasak aveva teorizzato inoltre una terza generazione di diritti umani, descrivendoli come diritti di solidarietà; vi erano annoverati ad esempio il diritto allo sviluppo, il diritto ad un ambiente sano, il diritto alla salute⁴. Icasticamente, ad ogni generazione di diritti corrisponderebbe una delle parole componenti il motto “Liberté, Égalité, Fraternité”: le libertà negative *in primis*, quindi i diritti economico-sociali che mirano a garantire la parità di *chances* a tutti i componenti della società, infine i diritti di solidarietà, che tutelano i beni comuni⁵.

Posto dunque che si possono individuare diverse generazioni di diritti dell’uomo, le quali si differenziano, oltre che nel contenuto, nell’esistenza e nella stringenza dei relativi meccanismi di controllo, non è sorprendente constatare che non vi è consenso, in dottrina, sulla pari rilevanza di tutte le generazioni.

Con riguardo agli strumenti di diritto internazionale, un dibattito ha avuto luogo, ad esempio, sulla circostanza che il Patto sui diritti economici, sociali e culturali potesse effettivamente creare obblighi per gli Stati aderenti⁶.

Il sistema di protezione dei diritti fondamentali approntato dall’Unione Europea si differenzia da altri non solo perché riunisce in un unico testo diritti appartenenti a diverse generazioni, ma anche perché così facendo li sottopone tutti ad un unico sistema di controllo di tipo giurisdizionale (almeno a partire dal momento in cui alla Carta è stato attribuito lo stesso valore giuridico dei trattati istitutivi), realizzando così il principio c.d. di indivisibilità dei diritti fondamentali.

È apparso allora interessante a chi scrive indagare se l’indivisibilità e la pari rilevanza di tutti i diritti fondamentali trovino conferma nella giurisprudenza dell’organo giurisdizionale apicale, la Corte di Giustizia, concentrando all’uopo l’analisi sul grado di tutela offerto a diritti appartenenti alla seconda generazione (ed in parte anche alla terza) che, come si è accennato, non godono dello stesso generalizzato consenso che circonda i diritti di prima generazione.

La posizione della Corte è particolarmente difficile perché un approccio giurisprudenziale proattivo in merito alla protezione dei diritti economico-sociali potrebbe essere fonte di tensioni nel rapporto tra Unione e Stati Membri, dal momento che questi ultimi si caratterizzano per la disomogeneità delle forme e dell’intensità della tutela. Una giurisprudenza troppo timida, invece, ridimensionerebbe in maniera il principio di indivisibilità dei diritti fondamentali.

Si sono già citate le disposizioni orizzontali in relazione alla definizione dell’ambito di applicazione della Carta. È ora necessario aggiungere che in quegli stessi articoli si riscontra un primo temperamento del principio di indivisibilità dei diritti: vi si promuove infatti la visione secondo cui la Carta contiene tanto disposizioni di carattere vincolante (diritti) quanto disposizioni meramente programmatiche e non giustiziabili (principi). Questa divisione, sviluppatasi con riferimento a diverse costituzioni nazionali, vanificherebbe in gran parte

⁴K Vasak, ‘A 30-year struggle. The sustained efforts to give force of law to the Universal Declaration of Human Rights’ [1977] *The UNESCO courier* 29, p. 30.

⁵Per una panoramica sulla nozione dei diritti sociali dal punto di vista del diritto costituzionale, si veda ad esempio B Pezzini, *La decisione sui diritti sociali. Indagine sulla struttura costituzionale dei diritti sociali* (Giuffrè 2001).

⁶Un riassunto dei principali argomenti si può rinvenire in Kartashkin, ‘Economic, Social and Cultural Rights’ in K Vasak (cur.), *The International Dimension of Human Rights* (Greenwood Press 1982) vol. 1 (unesdoc.unesco.org/images/0005/000562/056230Eo.pdf), p.114.

l'innovazione costituita dall'unicità del meccanismo di controllo giurisdizionale, giacché le giurisdizioni comunitarie vedrebbero comunque fortemente ridimensionata la possibilità di applicare determinate disposizioni.

Ancora una volta, all'esegesi della norma condotta nel Capitolo 1, farà seguito l'anticipato confronto tra l'applicazione dei diritti di prima e di seconda generazione nella giurisprudenza, operazione che non è priva però di difficoltà, tanto di ordine teorico quanto di ordine pratico.

La più ovvia di queste difficoltà attiene all'incerta individuazione dei gruppi di disposizioni da confrontare. La sistematica della Carta dei Diritti Fondamentali non è infatti strettamente tributaria di altre classificazioni. Le disposizioni sostanziali sono suddivise nei sei Titoli dedicati rispettivamente a Dignità, Libertà, Uguaglianza, Solidarietà, Cittadinanza e Giustizia, ma, sebbene questa nomenclatura evochi almeno parzialmente la tripartizione proposta da Vasak, alcune discrepanze saltano all'occhio già ad una prima lettura: il diritto all'istruzione, considerato un diritto economico-sociale nel contesto delle Convenzioni ONU, figura qui nel titolo "Libertà", mentre i diritti dei lavoratori, anch'essi tradizionalmente riguardati come diritti di seconda generazione, non sono associati all'"Uguaglianza" bensì alla "Solidarietà" ed i diritti di eleggibilità attiva e passiva non si ritrovano nel Titolo dedicato alla "Libertà" ma in quello dedicato alla "Cittadinanza"⁷.

La lista di esempi potrebbe continuare ancora a lungo, illustrando ampiamente la difficoltà di applicare puntualmente le precedenti classificazioni al testo qui in esame. È sembrato allora che una soluzione sufficientemente ragionevole fosse quella di concentrare l'attenzione sul Titolo IV, che senza dubbio è quello più congruente con gli altri strumenti internazionali consacrati ai diritti economico-sociali.

Il Titolo IV contiene un gruppo di diritti collegati al rapporto di lavoro (informazione e consultazione dei lavoratori, diritto di negoziazione ed azioni collettive, tutela contro il licenziamento ingiustificato, condizioni di lavoro giuste ed eque, divieto di lavoro minorile, conciliazione tra vita familiare e professionale), alcune norme che sono indirizzate alla generalità delle persone (accesso al collocamento, accesso alla sicurezza ed assistenza sociale, accesso ai servizi di interesse economico generale, tutela dell'ambiente) ed infine un articolo dedicato alla tutela dei consumatori⁸. Cosa accomuna queste norme, facendole confluire in un unico titolo della Carta? Una possibile chiave di lettura potrebbe essere che il Titolo IV mira a tutelare i soggetti deboli 'socialmente' (lavoratore, consumatore, utente di servizi di interesse generale, persona bisognosa di assistenza sociale o di cure mediche), in opposizione ai soggetti 'strutturalmente' o 'storicamente' deboli, che trovano invece tutela nel Titolo III (minore, anziano, disabile, donne).

Questa ipotesi sarebbe abbastanza soddisfacente, se non per la disposizione dedicata alla tutela dell'ambiente, in cui non è davvero dato rinvenire un soggetto debole, ma semmai un interesse della collettività. Certo l'*impasse* potrebbe essere risolta in via di interpretazione sistematica, giacché la tutela dell'ambiente

⁷Si vedano in proposito le considerazioni svolte in K Lenaerts, 'La Solidarité ou le Chapitre IV de la Charte des Droits Fondamentaux de l'Union Européenne' (2010) 82(21) *Revue trimestrielle des Droits de l'Homme* 217, p.235, che considera riconducibili alla nozione di solidarietà ben diciassette articoli della Carta.

⁸Per una più estesa analisi di questo Titolo, si veda J Kenner, 'Economic and Social Rights in the E.U. Legal Order: The Mirage of Indivisibility' in TK Hervey e J Kenner (cur.), *Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights: a Legal Perspective* (Hart 2003) pp. 16-24.

nei Trattati è finalizzata, tra l'altro, alla tutela della salute umana (art. 191 TFUE), eppure questo collegamento appare un po' artificioso, e dunque sarebbe forse meglio prendere atto del fatto che questa disposizione non è riconducibile al denominatore comune alle altre.

Una volta deliberato di concentrare l'analisi sui beni giuridici che trovano riconoscimento nel Titolo IV, la scelta del comparatore è caduta abbastanza naturalmente sui diritti del Titolo II, che sono i più affini alla prima generazione (pur con qualche eccezione, che è già stata menzionata)⁹.

Difficoltà potrebbero essere causate dalla menzione in entrambe le sedi della tutela della famiglia. Nel Titolo II, il diritto al rispetto della vita familiare è consacrato all'art. 7, affiancato dal diritto al rispetto della vita privata, del domicilio e delle comunicazioni, in analogia alla corrispondente disposizione della CEDU, l'art. 8. Nel Titolo IV, invece, la famiglia è considerata all'art. 33 come oggetto di protezione "sul piano giuridico, economico e sociale"; la stessa disposizione esemplifica poi, al secondo paragrafo, tale protezione citando la protezione contro il licenziamento legato alla maternità, il diritto al congedo di maternità retribuito ed il diritto al congedo parentale. Sembra potersi inferire, quindi, che la prima disposizione intende tutelare la vita familiare rispetto alle possibili ingerenze dell'autorità pubblica, mentre la seconda è destinata a trovare applicazione nell'ambito del rapporto di lavoro.

Certo, non è stato possibile rinvenire nella giurisprudenza della Corte pronunce sufficienti a coprire ed illustrare ciascuna delle disposizioni della Carta, ma è speranza di chi scrive che il campione oggetto di analisi sia comunque abbastanza ampio da ricavarne ragionevolmente delle osservazioni.

L'ambito materiale, infine, che più naturalmente si presta a far da cornice al presente studio è stato individuato nel diritto del mercato interno, ivi incluse le norme che regolano la libera circolazione dei cittadini, e ad esclusione del *corpus* normativo in materia di concorrenza. La scelta si è orientata in tal senso anzitutto perché la costruzione del mercato interno rappresenta senz'altro il nocciolo duro dell'ordinamento comunitario, e dunque l'ambito privilegiato per osservare l'interazione tra le fondamenta stessa del sistema dell'Unione ed i diritti fondamentali.

Inoltre, essendo le libertà costitutive del mercato interno sancite nei Trattati con disposizioni direttamente efficaci, è spesso innessario il riferimento a fonti secondarie. È infatti evidente che dove un bilanciamento dei diversi obiettivi dell'ordinamento è già effettuato dal legislatore, il giudiziario deve necessariamente godere di minor margine d'apprezzamento, mentre laddove ad essere chiamate in causa sono le norme di rango primario si esplicita maggiormente l'importanza della risoluzione giudiziale delle antinomie.

Il cuore della trattazione è diviso nei due capitoli centrali, l'uno dedicato al mercato interno e l'altro alla cittadinanza. Con ciò si è voluto, da un lato, prendere atto del collegamento genetico tra cittadinanza e costruzione del mercato interno e, dall'altro, sottolineare l'esistenza di alcune problematiche proprie del rapporto tra cittadinanza e diritti fondamentali che non si estendono alle altre libertà fondamentali.

La materia della concorrenza è invece stata completamente esclusa perché, benché anch'essa preordinata alla costruzione del mercato interno, si presenta

⁹Per una più estesa trattazione sul tema dei diritti di seconda generazione nella Carta, si veda G. Vettori, 'Carta europea e diritti dei privati. Diritti e doveri nel nuovo sistema delle fonti' in G. Vettori (cur.), *Carta Europea e Diritti dei Privati* (CEDAM 2002).

però così autonoma ed omogenea al suo interno da giustificare la separazione rispetto al diritto della libera circolazione, di cui condivide le finalità ma non certo le caratteristiche.

In sede di conclusioni, auspichiamo quindi di essere in grado di stabilire quale intensità e quali forme abbia assunto la tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali nel sistema giuridico dell'Unione e, più in particolare, se la giurisprudenza della Corte dia compiuta espressione al principio secondo cui i diritti fondamentali hanno pari rilevanza o se, al contrario, vi siano discrepanze tra l'attuazione giudiziale dei diritti del Titolo IV e la tutela dei diritti di prima generazione. In questo secondo caso, si cercherà inoltre di individuare le criticità che determinano un minor livello di tutela, e di spiegarne le cause, con particolare riferimento all'effetto di integrazione o, viceversa, di divisione che il discorso sui diritti fondamentali può produrre nel rapporto tra Unione e Stati Membri.

Capitolo 1

La Carta dei Diritti Fondamentali nel sistema del diritto dell'U.E.: profili problematici

La proclamazione della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea e, successivamente, la sua inclusione nel *corpus* delle fonti primarie del diritto dell'Unione ha rappresentato una tappa particolarmente significativa del percorso di integrazione. Sulle fondamenta dell'organizzazione di integrazione economica e in continuità rispetto al difficoltoso cammino con cui quest'ultima aveva faticosamente definito (e ri-definito) la propria identità, l'inaugurazione di un catalogo di diritti fondamentali riconosciuti come tali dall'Unione è apparsa a giusto titolo una pietra miliare nella costruzione dell'esperienza *latu sensu* costituzionale di questo “ordinamento giuridico di nuovo genere”¹.

Tale caratterizzazione, d'altronde, era evidente già nel momento in cui si è scelto di fare ricorso alla convocazione di una apposita Convenzione, ossia di un meccanismo estraneo al sistema dei trattati².

Dal punto di vista contenutistico, è stato giustamente evidenziato come la Carta sia il primo testo internazionale che trascende la dicotomia tra diritti economico-sociali, da un lato, e diritti civili e politici, dall'altro³. La presenza, al suo interno, di un intero capitolo dedicato alla “Solidarietà” ha grandemente incoraggiato la generale percezione di un’ “Europa sociale”, sebbene attribuire il merito esclusivo di questo sviluppo alla Carta sarebbe certo semplicistico ed erroneo, dato che già da tempo la giurisprudenza comunitaria si era interessata alla tutela di

¹Causa 26/62 *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos contro Amministrazione olandese delle imposte* [1963] Racc, 3, punto 3.

²Si veda in proposito G de Búrca, ‘The drafting of the European Union Charter of fundamental rights’ (2001) 26 *European Law Review* 126.

³Si veda, *inter alia* R Bifulco, M Cartabia e A Celotto (cur.), *L'Europa dei diritti* (ilMulino 2001) p. 15; G De Búrca e B De Witte (cur.), *Social Rights in Europe* (Oxford University Press 2005) p. 160; G Strozzi, ‘Il sistema integrato di tutela dei diritti fondamentali dopo Lisbona: attualità e prospettive’ [2011] (4) *Il Diritto dell'Unione Europea* 837, p.839.

taluni diritti sociali⁴.

Ma come integrare entro la preesistente architettura del diritto dell'Unione Europea (per quanto quest'ultimo resti dinamico) un testo che presenta dei chiari profili di innovazione? La problematica non è sfuggita né alla Convenzione Europea né alla Convenzione sul futuro dell'Europa che hanno, rispettivamente, elaborato e rivisitato le cosiddette "clausole orizzontali", ossia le quattro disposizioni riunite nel titolo "Disposizioni generali che disciplinano l'interpretazione e l'applicazione della Carta".

Non pare, tuttavia, che le clausole orizzontali possano essere additate ad esempio di un'operazione di integrazione ben riuscita, e diverse questioni relative all'applicazione della Carta non possono dirsi chiarite, nonostante l'apporto fornito dalle "Spiegazioni relative alla Carta dei Diritti Fondamentali" che, secondo quanto disposto dall'articolo 6 TUE e dall'articolo 52 paragrafo 7 della Carta stessa, debbono essere tenute "nel debito conto" per la sua interpretazione⁵. È proprio alcuni di questi profili problematici che il presente capitolo si propone di illustrare, cercando, per quanto possibile, di delinearne tanto l'origine quanto le varie possibilità di soluzione.

1.1 Articolo 51: l'ambito di applicazione della Carta

L'ambito di applicazione della Carta, tanto *ratione personae* quanto *ratione materiae* è definito dal suo articolo 51. Quanto al primo aspetto, la Carta si applica a istituzioni, organi e organismi dell'Unione "nel rispetto del principio di sussidiarietà", nonché agli Stati membri "esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione". Quanto all'ambito materiale di applicazione, il secondo comma si preoccupa di salvaguardare il principio delle competenze di attribuzione, ribadendo che la Carta non estende l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, non introduce nuove competenze o compiti dell'Unione e non modifica l'assetto delle competenze stabilito dai trattati istitutivi.

Da quanto esposto, è evidente che il principale scopo perseguito dall'articolo 51 è quello di impedire che la Carta possa essere invocata per alterare la ripartizione delle competenze tra Unione e Stati membri. La formulazione della disposizione tuttavia non è tale da fugare ogni dubbio, come peraltro dimostrato dall'ampiezza del commento dedicato all'articolo 51 dalle Spiegazioni.

1.1.1 L'ambito di applicazione *ratione personae*

Rispetto al testo del primo comma, le Spiegazioni precisano che la locuzione "organi e organismi" dell'Unione designa, come d'abitudine, tutte le istanze istituite dai trattati o da atti di diritto derivato e la locuzione "Stati membri", altrettanto abitualmente, va interpretata nel senso di ricomprendere anche le autorità regionali e locali, nonché gli enti pubblici.

⁴Si veda, per una più estesa disamina dell'argomento K Lenaerts e P Foubert, 'Social Rights in the Case-Law of the European Court of Justice' (2001) 28(3) Legal Issues of Economic Integration 267.

⁵Vincolo interpretativo peraltro criticato, non senza ragioni, dalla dottrina: L Daniele, 'Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea e Trattato di Lisbona' [2008] (4) Il Diritto dell'Unione Europea 655, p. 665.

Al di là di queste due precisazioni, della cui imprescindibile necessità è dato dubitare, le Spiegazioni non affrontano la questione dell'applicabilità della Carta alle relazioni *inter privatos*, ossia della possibilità che essa produca effetto diretto orizzontale. Questa omissione, in realtà, non sarebbe particolarmente degna di nota, dal momento che non tutte le disposizioni dei trattati che oggi conosciamo come dotate di effetto diretto orizzontale menzionano esplicitamente la propria applicabilità nei rapporti tra privati, se a più riprese non fosse stata sostenuta l'ipotesi che l'elenco dei destinatari contenuto nell'articolo 51 paragrafo 1 sia in realtà tassativo.

Una presa di posizione in tal senso, nel mondo accademico, è per esempio quella di De Mol⁶, che sembra considerare la mancanza di effetto diretto orizzontale della Carta come un pacifico dato di fatto:

the reference to the Charter of Fundamental Rights of the European Union [...] does not explain the horizontal effect, because the Charter is only declared to be binding upon the Union public authorities and member states.

Altri autori hanno adottato invece una posizione più cauta. Ne è un esempio il commento all'articolo 51 di Cartabia, che si limita ad affermare che la Carta "sembra" sprovvista di effetto diretto orizzontale⁷. All'interno della Corte di Giustizia, un analogo punto di vista è stato assunto dall'A.G. Trstenjak nelle sue conclusioni sul caso *Dominguez*⁸, laddove sostiene che

[...]l'art. 51, n. 1, prima frase, della Carta stabilisce chiaramente la cerchia dei soggetti vincolati dai diritti fondamentali [...] Un ulteriore argomento contro un'efficacia diretta verso i terzi dei diritti fondamentali può essere desunto anche dal fatto che i privati non possono soddisfare la riserva di legge prevista nell'art. 52, n. 1, della Carta («Eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge»). La richiesta di un intervento statale sui diritti fondamentali non può, in quanto tale, che essere rivolta all'Unione o ai suoi Stati membri, quali portatori di poteri sovrani. I soggetti privati possono pertanto tutt'al più essere vincolati in modo indiretto mediante provvedimenti di attuazione dell'obbligo di protezione.

L'interpretazione dell'art. 51 paragrafo 1 nel senso di un elenco tassativo dei soggetti vincolati dalla Carta, tuttavia, non è certo l'unica possibile. Una visione nettamente contrastante è, ad esempio, espressa dall'Avvocato Generale Cruz Villalón nelle sue conclusioni sul caso *A.M.S.*⁹:

⁶M De Mol, 'Küçükdeveci: Mangold revisited - Horizontal Direct Effect of a General Principle of E.U. law' (2010) 6(2) European Constitutional Law Review 293, p.302.

⁷M Cartabia, 'Articolo 51' in R Bifulco, M Cartabia e A Celotto (cur.), *L'Europa dei diritti* (ilMulino 2001) p. 345.

⁸Conclusioni dell'Avvocato Generale Trstenjak sulla causa *Maribel Dominguez contro Centre informatique du Centre Ouest Atlantique e Préfet de la région Centre* C-282/10, [2011] non ancora pubblicata, punto 82.

⁹Conclusioni dell'Avvocato Generale Cruz Villalón sulla causa *Association de médiation sociale contro Union locale des syndicats CGT, Hichem Laboubi, Union départementale CGT des Bouche-du-Rhône e Confédération générale du travail* C-176/12, [2013] non ancora pubblicata, punti 31-32.

A mio parere, e senza bisogno di addentrarsi in un'interpretazione esaustiva della disposizione, risulta abbastanza chiaramente che il problema che l'articolo 51, paragrafo 1, della Carta è inteso ad affrontare riguarda i limiti entro i quali i diritti fondamentali proclamati dalla Carta sono vincolanti, da un lato, per le istituzioni dell'Unione e, dall'altro, per gli Stati membri. Ritengo che nulla, né nel testo della disposizione né, salvo errore da parte mia, nei lavori preparatori, e tanto meno nelle spiegazioni relative alla Carta, induca a pensare che per mezzo della formulazione della succitata disposizione si intendesse affrontare la questione, notevolmente complessa, dell'efficacia dei diritti fondamentali nei rapporti tra privati. Infine, ritengo che tale argomento non sia inficiato dalla seconda frase dell'articolo 51, paragrafo 1, della Carta, ai sensi della quale «i suddetti soggetti», vale a dire l'Unione e gli Stati membri, «rispettano i diritti, osservano i principi e ne promuovono l'applicazione secondo le rispettive competenze e nel rispetto dei limiti delle competenze conferite all'Unione nei trattati». È evidente come l'obiettivo di tale enunciato non sia, neanche indirettamente, escludere la rilevanza dei diritti fondamentali della Carta nei rapporti di diritto privato. Lo scopo della frase è introdurre, in primo luogo, la summa divisio tra «diritti» e «principi» e, in secondo luogo, un *caveat* rispetto a un'eventuale modifica della competenza attribuita all'Unione, quale risulta dai trattati, per effetto dell'entrata in vigore della Carta.

Un tale approccio è senz'altro preferibile in una prospettiva di interpretazione sistematica della Carta, dal momento che, come l'A.G. Cruz Villalón rileva poco dopo:

Esistono diritti che, per la loro stessa strutturazione, non riguardano i singoli, così come esistono diritti di cui sarebbe inconcepibile negare la rilevanza nei rapporti giuridici privati.¹⁰

Il ragionamento dell'A.G. Trstenjak precedentemente esposto, però, non fa perno sul solo argomento testuale dell'articolo 51, ma anche sull'impossibilità per il privato di rispettare la riserva di legge. Una tale constatazione rischia di essere fuorviante, poiché equipara la situazione di limitazione di un diritto fondamentale con quella della sua violazione: è normale che sia impossibile per un privato limitare un diritto fondamentale, al di fuori dei limiti e delle condizioni stabilite dalla legge e, se ciò accade, non è di "limitazione del diritto" nel senso dell'art. 52, ma di violazione dello stesso che si deve parlare. Tale conseguenza discende proprio dalla natura fondamentale del diritto, che lo sottrae alla libera disponibilità dei singoli.

Per converso, laddove il sistema del diritto nazionale di uno Stato Membro lasci al singolo un margine di manovra, una possibilità di scegliere tra due comportamenti ugualmente leciti, l'uno che sia rispettoso dei diritti fondamentali e l'altro che non lo sia, non sembra *prima facie* inaccettabile l'idea di poter chiamare il soggetto privato a rispondere della sua scelta davanti a un organo giurisdizionale, lasciando impregiudicato l'eventuale accertamento della responsabilità dello Stato Membro.

¹⁰Conclusioni dell'A.G. Cruz Villalón in *AMS* (v. nota 9) punto 38.

Si noti che, in tal caso, un argine al rischio di scaricare sul privato un onere eccessivo è dato dal fatto che il comportamento rispettoso dei diritti fondamentali dev'essere possibile, nel senso di lecito, e ove questa condizione non sia rispettata, ossia non esista alternativa al comportamento non rispettoso dei diritti fondamentali, mancherebbe proprio quel margine di manovra che causa l'insorgere della responsabilità in capo al privato, lasciando chiaramente lo Stato quale unico responsabile della violazione. Riguardata dal punto di vista delle autorità nazionali, una tale fattispecie ben potrebbe sussumersi nella regola *nemo turpitudinem suam allegans auditur*, che impedisce all'autorità giurisdizionale di rimproverare al singolo una violazione la cui esclusiva fonte risiede nella condotta delle stesse autorità nazionali, in analogia con la consolidata giurisprudenza sul divieto di effetto diretto invertito o discendente¹¹.

Considerando la questione dal punto di vista della coerenza del sistema di protezione dei diritti fondamentali, non si può tacere che negare alla Carta effetto diretto orizzontale darebbe luogo a una discrepanza rispetto a quell'ormai consolidato filone giurisprudenziale che riconosce effetto diretto orizzontale ai principi generali di diritto¹² tra cui, giova ricordare, sono inclusi i diritti fondamentali¹³. In caso contrario, si porrebbe infatti il problema di conciliare le due fonti del diritto, prendendo atto, da un lato, del fatto che la Carta, paradossalmente, riduce la giustiziabilità dei diritti fondamentali che vorrebbe consacrare e dall'altro ammettendo che siano dotate di effetto diretto solo le disposizioni della Carta che sono anche principi generali di diritto.

È opportuno creare una partizione (o forse più d'una) nella categoria dei diritti fondamentali, rendendo alcuni diritti "più fondamentali" di altri? Una tale differenziazione non sarebbe del tutto intollerabile: com'è già stato ricordato, la Carta comprende nella definizione di diritti fondamentali un'ampia gamma di situazioni, alcune di esse sono descritte inequivocabilmente in termini di diritti soggettivi mentre per altre la formulazione sembra più che altro esprimere un auspicio o un'aspirazione, per alcuni di essi l'autorità pubblica è la naturale controparte, nel senso ch'è direttamente gravata da un obbligo di astensione, mentre per altri il potere pubblico ha una rilevanza mediata dall'obbligo di tutela. Tenere conto di queste variabili al momento dell'applicazione pratica della Carta è certo auspicabile, ma al contempo significherebbe abbandonare l'illusione che un catalogo scritto dei diritti fondamentali avrebbe eliminato l'incertezza giuridica derivante dalla natura fondamentalmente giurisprudenziale dell'*acquis communautaire* antecedente, forse un po' prematuramente ed entusiasticamente proclamata all'indomani dei lavori della Convenzione¹⁴.

Queste scarse considerazioni non sono certo sufficienti a dare una dimostrazione irrefutabile della capacità della Carta di dispiegare effetti diretti orizzontali,

¹¹Vedi Causa 80/86 *Causa penale a carico di Kolpinghuis Nijmegen BV* [1987] Racc, 3969, punto 9.

¹²Senza pretesa di esaustività, vedi Causa 43/75 *Gabrielle Defrenne contro Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena* [1976] Racc, 455; Causa C-281/98 *Roman Angonese contro Cassa di Risparmio di Bolzano SpA* [2000] Racc I-4139; Causa C-144/04 *Werner Mangold contro Rüdiger Helm* [2005] Racc I-9981; Causa C-555/07 *Seda Küçükdeveci contro Swedex GmbH & Co KG* [2010] Racc I-365.

¹³Causa 11/70 *Internationale Handelsgesellschaft mbH contro Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel mbH contro Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel* [1970] Racc, 1125.

¹⁴A Vitorino, 'The Charter of Fundamental Rights as a foundation for the area of freedom, security and justice' (XXII Lasok Lecture, 19 maggio 2000, University of Exeter) (www.edisk.sk).

ma semmai dimostrano che questa possibilità non può essere definitivamente esclusa. Del resto nemmeno la giurisprudenza comunitaria si è pronunciata inequivocabilmente in tal senso, lasciando anzi spazio per più di qualche ambiguità. Si può ad esempio menzionare una particolare interpretazione, che a più riprese è stata discussa, la quale introduce una distinzione tra il puro effetto diretto orizzontale e il caso della lite tra privati ove però uno dei due contendenti opponga all'altro un provvedimento, statale o comunque adottato da una pubblica autorità, legislativo o amministrativo, illegittimo ai sensi del diritto dell'Unione. La situazione che va così a determinarsi è stata definita "triangolare", in quanto presenta un elemento di verticalità sebbene la relazione tra i due privati sia di natura orizzontale¹⁵.

Questo approccio, inaugurato con riferimento alla violazione, da parte degli Stati, degli obblighi procedurali¹⁶ posti a loro carico dalla direttiva 83/189¹⁷, è stato trasposto abbastanza recentemente anche nel caso di violazione, da parte del provvedimento statale, dei principi generali di diritto, come attuati dalle direttive¹⁸, dei quali i diritti fondamentali fanno parte. È quindi possibile che, se in futuro la Corte di Giustizia continuerà a differenziare le situazioni c.d. triangolari da quelle puramente orizzontali, nonostante le aspre critiche levatesi in dottrina¹⁹, la possibilità di invocare la Carta nelle liti *inter privatos* sia ampliata²⁰.

Un epilogo di tal fatta appare al momento presente tutt'altro che scontato, data oltretutto l'assenza di una posizione condivisa, all'interno degli ordinamenti degli Stati Membri, circa la possibilità di far valere i diritti fondamentali consacrati dalle rispettive norme costituzionali anche al di fuori del rapporto tra cittadino e autorità. I diritti economici e sociali, in questo contesto, occupano una posizione ancor più svantaggiata in virtù della loro frequente formulazione in termini di diritti di prestazione, a seconda dei casi, fattuale o normativa. che fa sì che da più parti sia messa in dubbio la generale giustiziabilità di questa categoria, ancor prima che la giustiziabilità nei confronti dei privati.

La "verticalità" che taluni ritengono inerente alla struttura dei diritti fondamentali è stata indiscutibilmente caratteristica del momento genetico di questi ultimi, ma non si vede perché tale caratteristica non possa essere superata, dal momento che, come Bobbio aveva già preso atto, i diritti dell'uomo sono sempre diritti dell'uomo *storico*, e dunque incombe sulla comunità internazionale (e, aggiungerei, sulle comunità politiche che la compongono) un dovere perfezionarne continuamente il contenuto²¹. È in quest'ottica di perdurante riflessione e perfezionamento del sistema di tutela dei diritti fondamentali che va situato il

¹⁵A Rosas e L Amati, *E.U. Constitutional Law* (Seconda edizione, Hart Publishing 2012) p.179.

¹⁶Si vedano Causa C-194/94 *CIA Security International SA contro Signalson SA e Securitel SPRL* [1996] Racc I-2201; Causa C-443/98 *Unilever Italia SpA contro Central Food SpA* [2000] Racc I-7535; in proposito Tridimas sottolinea la progressiva erosione del divieto di effetto diretto orizzontale: T Tridimas, 'Black, White and Shades of Grey' (2001) 21(1) *Yearbook of European Law* 327.

¹⁷Direttiva 83/189/CEE del Consiglio del 28 marzo 1983 che prevede una procedura d'informazione nel settore delle norme e delle regolamentazioni tecniche [1983] GU L-109.

¹⁸*Mangold* (v. nota 12); *Kücükdeveci* (v. nota 12).

¹⁹'Horizontal direct effect. A Law of diminishing coherence' (206) 43(1) *Common Market Law Review* 1.

²⁰La questione dell'invocabilità d'esclusione della Carta sarà peraltro più ampiamente trattata nella sezione 1.2.2.

²¹N Bobbio, *L'età dei diritti* (Einaudi 1997) p. 28-29.

progressivo superamento della dicotomia Stato-individuo, e la presa d'atto che

[...] in recent decades it has become increasingly clear that not only the State but also private parties may endanger the peaceful enjoyment of fundamental right.²²

Sul piano del diritto internazionale, un riconoscimento della crescente importanza dei soggetti privati nell'attuazione dei diritti umani fondamentali è senz'altro rappresentato dai *Guiding Principles on Business and Human Rights*²³, adottati dal Consiglio per i Diritti Umani delle Nazioni Unite all'esito di un lungo processo di negoziazione. Il testo appena richiamato riconosce che, sebbene la garanzia dei diritti umani resti primariamente un onere degli Stati, le imprese sono anch'esse chiamate ad agire nel loro rispetto²⁴, il contenuto di tale obbligazione essendo determinato dalle circostanze concrete e dai mezzi effettivamente a disposizione del soggetto agente²⁵. È significativo che nell'enumerazione degli standard minimi che le imprese sono tenute a rispettare rientri anche la "Dichiarazione dell'Organizzazione internazionale del Lavoro sui principi e i diritti fondamentali nel lavoro"²⁶, un testo che ribadisce il carattere universale e vincolante dei diritti sanciti in alcune precedenti convenzioni, considerate fondamentali, la cui collocazione nell'alveo dei diritti di seconda generazione sarebbe difficile contestare. Se ne può dedurre un ulteriore indizio in favore di una piena efficacia dei diritti economico-sociali.

Anche le giurisdizioni degli Stati Membri dell'Unione Europea, chiaramente da un ben diverso angolo visuale, si sono confrontate col problema delle interferenze dei privati nel godimento dei diritti fondamentali, ma le soluzioni elaborate differiscono significativamente di Stato in Stato.

Pur senza la pretesa di compiere un'analisi comparativa completa ed esaustiva, si può ricordare che a sistemi che riconoscono l'invocabilità *inter privatos* di alcuni diritti sociali²⁷ si affiancano ordinamenti nei quali l'influenza dei principi costituzionali sul diritto civile si esplica in maniera molto più mediata. Significativa, in tal senso, è l'esperienza tedesca: sebbene la teoria dell'effetto diretto immediato (*unmittelbare Drittwirkung*) avesse in un primo tempo trovato l'autorevole sostegno del Tribunale Federale del Lavoro, il giudice costituzionale, a partire dal celebre caso Lüth, ha invece optato per un approccio di effetto diretto mediato (*mittelbare Drittwirkung*), ossia per la valorizzazione dei diritti

²²MW Hesselink, 'The horizontal effect of social rights in European Contract Law' [2003] (1) Europa e diritto privato 1, p.3.

²³Human Rights Council, *The Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations 'Protect, Respect and Remedy' Framework* (UN doc. A/HRC/17/31, 2011) .

²⁴Ibid. , II.A.11: 'Business enterprises should respect human rights. This means that they should avoid infringing on the human rights of others and should address adverse human rights impacts with which they are involved'.

²⁵Ibid. , II.A.14: 'The responsibility of business enterprises to respect human rights applies to all enterprises regardless of their size, sector, operational context, ownership and structure. Nevertheless, the scale and complexity of the means through which enterprises meet that responsibility may vary according to these factors and with the severity of the enterprise's adverse human rights impacts'.

²⁶ILO Declaration on Fundamental principles and rights at work and its follow-up (adottata 18 giugno 1998) 37 ILM 1233.

²⁷Si pensi ad esempio all'esperienza costituzionale italiana, testimone della rapida affermazione dell'immediata precettività anche nei confronti dei privati di talune disposizioni costituzionali, quali l'art. 36, la cui applicabilità a tutti i rapporti di lavoro subordinato è stata sancita già da Cass. 21 febbraio 1952, n. 461.

fondamentali in quanto imprescindibili ispiratori dell'interpretazione del diritto civile²⁸. Il progressivo spostamento del punto focale sulle modalità piuttosto che sull'opportunità di un'incidenza dei diritti fondamentali nei rapporti privatistici trova riscontro nel sistema polacco, laddove partendo dal presupposto dell'immediata applicabilità dell'intera Costituzione, il discorso giuridico si è piuttosto incentrato su una tipizzazione delle obbligazioni connesse ai rispetto dei diritti fondamentali, differenziando quelle in capo ai privati rispetto a quelle a carico dello Stato²⁹.

La breve panoramica sulle fonti internazionali e interne che si è fin qui condotta evidenzia, in conclusione, la mancanza di un quadro di riferimento univoco rispetto all'effetto diretto orizzontale dei diritti fondamentali, e la conseguente difficoltà di dare al primo comma dell'articolo 51 un'interpretazione che sia sì sensibile verso le istanze di responsabilizzazione dei privati, ma al contempo non rappresenti una forzatura rispetto al diritto interno di parte degli Stati Membri. La risposta al dilemma sta forse nella dovuta considerazione del diritto dell'Unione Europea come sistema autonomo (sebbene non impermeabile alle influenze esterne), che dunque reagisce alle spinte evolutive secondo le regole e i meccanismi che gli sono propri. Tanto sembra potersi desumere dall'approccio assunto dalla Corte recente sentenza *A.M.S.*³⁰, che, nel negare che l'articolo 27 della Carta possa dispiegare effetto diretto orizzontale, sembra voler ancorare l'interpretazione della Carta ai già consolidati criteri di accertamento dell'effetto diretto, valorizzando la clausola della disposizione invocata che richiede l'intervento del legislatore, comunitario e nazionale.

Si può in proposito ricordare che la vertenza *A.M.S.* trae la sua ragion d'essere dalla scorretta trasposizione in diritto francese della Direttiva 2002/14³¹, che fissa alcuni standard minimi in materia di informazione e consultazione dei lavoratori nell'impresa. Sebbene la Direttiva in questione indicasse testualmente la cerchia di persone da prendere in considerazione per il calcolo del numero di effettivi di un'impresa, la legge francese di trasposizione aveva escluso da tale calcolo i lavoratori impiegati in virtù di un *contrat aidé*, peraltro nell'inosservanza della precedente giurisprudenza, che aveva già statuito l'illegittimità di una limitazione analoga³².

Constatando la probabile illegittimità di quest'esclusione, Confédération Générale du Travail aveva dunque nominato un proprio rappresentante sindacale in seno all'impresa (privata) *A.M.S.*, impresa che non raggiungeva la soglia di effettivi necessaria all'istituzione di rappresentanze dei lavoratori proprio in virtù del preponderante uso del *contrat aidé*. A fronte del licenziamento del rappresentante

²⁸Sul punto, più approfonditamente C Mak, 'Fundamental Rights in European Contract Law' (tesi di dott., Università di Amsterdam 2007) (<http://dare.uva.nl/document/51397>) p. 64 *ess.*

²⁹In proposito J Krzeminska-Vamvaka, *Horizontal effect of fundamental rights and freedoms – much ado about nothing? German, Polish and EU theories compared after Viking Line* (Working Papers 11, Jean Monnet 2009) (<http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/09/091101.html>) p. 22.

³⁰Causa C-176/12 *Association de médiation sociale contro Union locale des syndicats CGT, Hichem Laboubi, Union départementale CGT des Bouches-du-Rhône e Confédération générale du travail* [2014] non ancora pubblicata.

³¹Direttiva 2002/14/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 marzo 2002, che istituisce un quadro generale relativo all'informazione e alla consultazione dei lavoratori [2002] GU L-80.

³²Causa C-385/05 *Confédération générale du travail (CGT) e altri contro Premier ministre e Ministre de l'Emploi, de la Cohésion sociale et du Logement* [2007] Racc I-611.

sindacale, si è aperto il giudizio principale: se la creazione di una rappresentanza sindacale aziendale fosse stata reputata legittima, il licenziamento del rappresentante sarebbe risultato illegittimo, e viceversa.

La Corte è stata quindi chiamata a pronunciarsi sulla possibilità di garantire effetto diretto orizzontale alla pertinente disposizione della Direttiva 2002/14, considerate espressione del diritto fondamentale all'informazione e consultazione sul posto di lavoro di cui all'articolo 27 CDF.

La pronuncia, pur partendo dalla constatazione che la normativa comunitaria osta ad una norma nazionale che escluda alcune categorie di lavoratori dal conteggio degli effettivi, giunge alla conclusione che la norma nazionale suddetta non possa essere disapplicata in un litigio *inter privatos*. L'articolo 27 CDF né da solo né in combinato disposto con la Direttiva potrebbe causare la disapplicazione di una legge in un litigio tra privati, poiché non conferisce ai singoli un diritto soggettivo invocabile in quanto tale³³. Questo risulta dalla sua clausola finale "nei casi e alle condizioni previsti dal diritto dell'Unione nonché dalle legislazioni e dalle prassi nazionali", che rimanda all'intervento di fonti secondarie per produrre pienamente i suoi effetti³⁴.

A prescindere dalla decisione specificamente relativa all'articolo 27 CDF, questa sentenza indica chiaramente che le disposizioni della Carta possono, a certe condizioni, dispiegare effetti orizzontali, eventualmente in combinato disposto con le fonti secondarie. Se questa non fosse la logica (seppur implicita) premessa del ragionamento, non ci sarebbe stato alcun bisogno per la Corte di analizzare in dettaglio la struttura dell'articolo 27 CDF, onde rispondere al quesito del giudice del rinvio.

Analogamente nella successiva pronuncia *Fenoll*, la Corte è stata interrogata sull'effetto diretto orizzontale dell'articolo 31(2) CDF, che sancisce il diritto alle ferie annuali retribuite. La sentenza, nella scia delle Conclusioni dell'A.G. Mengozzi, declina l'applicazione dell'articolo 31 CDF, ma unicamente in ragione della sua posteriorità ai fatti di causa; la Corte nega quindi che detta disposizione abbia effetto retroattivo, ma non ne esclude *a priori* l'applicazione orizzontale³⁵.

Pur nella perdurante assenza di esempi in cui la Carta abbia dispiegato effetti nei confronti dei privati, sembra quindi che l'elaborazione giurisprudenziale si possa considerare possibilista: l'eventuale effetto diretto orizzontale della Carta non è mai stato categoricamente rifiutato, le scarse indicazioni a nostra disposizione sembrano invece corroborare l'ipotesi che i privati potranno senz'altro avvalersi, anche in litigi "orizzontali", di quelle norme che sanciscono diritti soggettivi e che non rimandano all'attuazione da parte del legislatore comunitario e/o nazionale.

1.1.2 L'ambito di applicazione *ratione materiae* da parte degli Stati membri

Gli Stati membri, a norma dell'articolo 51, sono vincolati dalla Carta "esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione". Cosa, precisamente, si inten-

³³AMS (v. nota 30) punto 49.

³⁴Ibid., punti 44-45.

³⁵Causa C-316/13 *Gérard Fenoll contro Centre d'aide par le travail «La Jouvene» et Association de parents e d'amis de personnes handicapées mentales (APEI) d'Avignon* [2015] non ancora pubblicata, punti 44 e ss.

de con quest'espressione?

Si potrebbe preliminarmente concentrare l'osservazione sulle scelte terminologiche operate nelle differenti versioni linguistiche, notando, come alcuni autori hanno fatto³⁶, che alcune versioni linguistiche sembrano sottolineare maggiormente l'attività positiva degli Stati membri (ad esempio il francese "mettent en oeuvre", o il tedesco "Durchführung", che traduce "esecuzione"), mentre altre versioni hanno scelto vocaboli più affini al neutro 'applicare' (ad esempio, secondo Rosas e Kaila, le versioni finlandese e svedese, o, secondo Kokott e Sobotta, lo spagnolo "aplicar" e l'inglese "implementation"). Questa differenza, tuttavia, non è di per sé particolarmente indicativa, e potrebbe spiegarsi con la semplice impossibilità di rendere precisamente la stessa sfumatura di significato in tutte le ventitrè (ora ventiquattro) lingue ufficiali dell'Unione.

Addentrandoci nella questione, non si può prescindere dal considerare le Spiegazioni, che tracciano la provenienza di questa espressione alla giurisprudenza *Karlsson*³⁷ e rimandano inoltre, a mo' di chiarimento, a tre precedenti giurisprudenziali: *Wachauf*³⁸, *E.R.T.*³⁹ e *Annibaldi*⁴⁰. Pare dunque che per ben comprendere l'esatta portata che le Spiegazioni hanno voluto attribuire alla Carta nei confronti degli Stati membri, sia opportuno spendere qualche parola sulle sentenze richiamate.

Il filo conduttore che lega le tre pronunce citate in parentesi appare invero relativamente chiaro: *Wachauf* descrive la situazione archetipica dello Stato Membro che adotta misure interne onde tradurre nel proprio ordinamento uno schema di origine comunitaria; *E.R.T.* copre la cosiddetta "derogation situation", ossia chiarisce che lo Stato Membro che si avvale di una deroga prevista dal diritto dell'Unione si trova pur sempre nel perimetro dell'attuazione del diritto dell'Unione, giacché la deroga deve rispettare i criteri previsti da quest'ultimo; infine *Annibaldi* esemplifica una situazione che ricade al di fuori dell'attuazione del diritto dell'Unione.

La sentenza *Wachauf* si iscrive nel filone giurisprudenziale ingenerato dagli interventi di controllo della produzione lattiera. Materia del contendere era la legge tedesca per cui il produttore di latte-affittuario che intendesse cessare la propria attività contestualmente alla scadenza del contratto di affitto doveva, al fine di beneficiare dell'indennità correlata alla cessazione della produzione lattiera, procurarsi il consenso scritto del locatore, in mancanza del quale la quota-latte tornava invece proprio al locatore (che, nel caso di specie, non aveva mai svolto attività di produzione di latte). La Corte, nel giudicare che la normativa comunitaria lasciava al legislatore nazionale un margine di valutazione tale da consentire la presa in conto del contributo dell'affittuario alla realizzazione della produzione lattiera, aveva dunque colpito una disciplina attuativa che faceva cattivo uso delle facoltà concesse dal legislatore comunitario al legislatore

³⁶A Rosas e H Kaila, 'L'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne par la Cour de justice: un premier bilan' (2011) 16(1) Il Diritto dell'Unione Europea 1, p.19; J Kokott e C Sobotta, *The Charter of Fundamental Rights of the European Union after Lisbon* (Working Papers 6, EUI 2010) (http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/15208/AEL_WP_2010_06.pdf?sequence=3) p. 7.

³⁷Causa C-292/97 *Kjell Karlsson e a* [2000] Racc I-2737.

³⁸Causa 5/88 *Hubert Wachauf contro Repubblica Federale di Germania* [1989] Racc 2609.

³⁹Causa C-260/89 *SA Elleniki Radiofonia - Tileorasi (ERT) contro Dimotiki Eteria Pliroforisis e Salvatore Kuvelas* [1991] Racc I-2925.

⁴⁰Causa C-309/96 *Daniele Annibaldi contro Sindaco del Comune di Guidonia e Presidente Regione Lazio* [1997] Racc I-7493.

nazionale col regolamento 857/84⁴¹, ossia la facoltà di concedere l'indennità in questione⁴² e la facoltà di attribuire tutta o parte della quota-latte all'affittuario uscente⁴³.

Cambiando radicalmente ambito materiale, nella vertenza *E.R.T.* la giurisdizione di rinvio sollecita il controllo, nella prospettiva dei diritti fondamentali, del monopolio radiotelevisivo accordato dalla Grecia all'emittente E.R.T. per perseguire, conformemente all'art. 56 del Trattato CEE, uno scopo d'ordine pubblico, individuato nell'organizzazione della televisione nel pubblico interesse. La risposta della Corte, pur non entrando nel merito della invocata violazione della libertà di espressione, statuisce senza mezzi termini che

[...] la normativa nazionale considerata potrà fruire delle eccezioni previste dal combinato disposto degli artt. 56 e 66 solo se è conforme ai diritti fondamentali di cui la corte garantisce il rispetto.⁴⁴

Giova sottolineare che l'inclusione della *derogation situation* tra gli esempi di applicazione del diritto comunitario non era affatto scontata, giacché non poche voci influenti si erano levate in senso contrario⁴⁵. Sembra però che, con il riferimento ad *E.R.T.*, le Spiegazioni abbiano piuttosto mirato a evitare uno sdoppiamento tra il regime dei diritti fondamentali in quanto principi generali di diritto e il regime dei diritti fondamentali in quanto componenti della Carta, anch'esso da più autori considerato inopportuno⁴⁶.

In rappresentanza, infine, delle situazioni che ricadono al di fuori dell'ambito di applicazione della Carta, le Spiegazioni richiamano la giurisprudenza *Annibaldi*, vertenza nella quale un imprenditore agricolo aveva senza successo contestato la legittimità del divieto, fatto alle aziende ricomprese in un parco naturale-archeologico, di esercitare ogni e qualunque attività. La Corte si era in tale occasione pronunciata incompetente, riscontrando che la legge istitutiva del parco naturale in questione non poteva considerarsi attuativa dell'organizzazione comune dei mercati agricoli, nel senso di configurare una situazione di "Stato-agente"⁴⁷ e che, seppur in grado di incidere indirettamente sull'organizzazione comune dei mercati agricoli, la stessa perseguiva scopi ben differenti da quelli della politica agricola comune⁴⁸.

In seconda battuta, onde richiamare la formula secondo cui

le esigenze inerenti alla tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento giuridico comunitario vincolano parimenti gli Stati membri

⁴¹Regolamento (CEE) n 857/84 del Consiglio del 31 marzo 1984 che fissa le norme generali per l'applicazione del prelievo di cui all'articolo 5 quater del regolamento (CEE) n 804/68 nel settore del latte e dei prodotti lattiero-caseari [1984] GU L-90.

⁴²Ibid., art.4.

⁴³Ibid., art.7.

⁴⁴*ERT* (v. nota 39) punto 43.

⁴⁵Vedi, ad esempio, QC Lord Goldsmith, 'A Charter of Rights, Freedoms and Principles' (2001) 38 Common Market Law Review 1201, p.1205, favorevole alla restrizione del campo di applicazione alla sola ipotesi in cui lo Stato Membro agisce come agente dell'Unione; **Jac**.

⁴⁶Vedi, ad esempio K Lenaerts, 'Exploring the Limits of the EU Charter of Fundamental Rights' (2012) 8(3) European Constitutional Law Review 375, p.385; Conclusioni dell'A.G. Bot sulla causa *Ivana Scattolon contro Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca* C-108/10, (2011) I Racc 7491, punti 118-120.

⁴⁷*Annibaldi* (v. nota 40) punto 21.

⁴⁸Ibid., punto 22.

quando essi danno esecuzione alle discipline comunitarie.⁴⁹

i compilatori delle Spiegazioni hanno scelto di citare la sentenza *Karlsson*, sottolineandone il carattere confirmatorio rispetto alla regola giurisprudenziale appena enunciata. Questa etichetta è forse un po' troppo riduttiva: sebbene si inserisca nel solco di una giurisprudenza consolidata, la sentenza *Karlsson* parte da una fattispecie lievemente diversa da quelle già esaminate. Oggetto del contendere, in tale vertenza, erano i criteri di attribuzione delle quote latte adottati dalla Svezia all'indomani dell'adesione alle Comunità Europee, che i ricorrenti volevano contrari al principio di parità e non discriminazione. La disamina condotta dalla Corte di Giustizia evidenzia l'obbligo per gli Stati membri di rispettare le esigenze inerenti alla tutela dei diritti fondamentali anche laddove, come nel caso di specie, essi dispongano del più ampio potere discrezionale immaginabile: al momento dell'adesione della Svezia, in effetti, la normativa comunitaria applicabile⁵⁰ non prevedeva nessuna regola volta a regolamentare l'attribuzione iniziale delle quote latte, che si presumeva anzi già conclusa.

La situazione è, quindi, a ben vedere, lievemente diversa rispetto al già citato caso *Wachauf*, perché laddove in *Wachauf* il legislatore tedesco aveva fissato le modalità pratiche (ossia il consenso scritto del locatore) per l'espletamento di un processo che era però previsto (e financo piuttosto dettagliatamente) dalla norma comunitaria, in *Karlsson* il legislatore svedese si muoveva in uno spazio ben più ampio, in una vera e propria *lacuna legis*.

D'altro canto, la situazione in *Karlsson* si differenzia anche da quella di *Anibaldi*, in ciò che la disciplina svedese mirava precipuamente a realizzare un obiettivo proprio della politica agricola comune, al contrario di quella italiana che, pur incidendo sulla medesima politica, aveva una finalità ad essa completamente estranea.

Ancora una volta, dunque, dalle Spiegazioni sembra provenire un segnale di continuità rispetto al passato, in ciò che le disposizioni della Carta devono essere tenute in conto per colmare i vuoti normativi, svolgendo cioè una funzione tipica dei principi generali di diritto⁵¹.

In conclusione, le Spiegazioni sembrano portare elementi a sostegno di un'interpretazione piuttosto estensiva dell'espressione "nell'applicazione del diritto dell'Unione"⁵².

È degna di nota altresì la circostanza che tutte le pronunce citate vertono sull'ambito applicativo di una particolare fonte del diritto dell'Unione, ossia i principi generali di diritto. Sarebbe azzardato inferirne la conclusione che le Spiegazioni intendano equiparare l'ambito applicativo della Carta a quello dei principi generali di diritto? Probabilmente una tale conclusione sarebbe stata pacificamente accettata se non fosse intervenuta, negli anni immediatamente successivi

⁴⁹ *Karlsson* (v. nota 37) punto 37.

⁵⁰ Trattasi del Regolamento (CEE) n 3950/92 del Consiglio, del 28 dicembre 1992, che istituisce un prelievo supplementare nel settore del latte e dei prodotti lattiero-caseari [1992] GU L-405.

⁵¹ Vedi *infra*, sezione 1.3

⁵² Si veda, in tal senso, M Poiars Maduro, 'The Double Constitutional Life of the Charter of Fundamental Rights of the European Union' in TK Harvey e J Kenner (cur.), *Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights: a Legal Perspective* (Hart 2003) p. 291; *sed contra* FG Jacobs, 'Human Rights in the European Union: the role of the Court of Justice' (2001) 26(3) *European Law Review* 331, pp. 337-338, che auspica anzi il mantenimento di una differenza tra l'ambito di applicazione della Carta e quello dei principi generali di non-discriminazione e proporzionalità.

alla stesura delle Spiegazioni, una vera e propria fuga in avanti della giurisprudenza concernente l'ambito di applicazione dei principi generali di diritto (nonché il loro effetto diretto orizzontale). Il riferimento tocca, chiaramente, la sentenza *Kücükdeveci*. È bene ricordare che, in questo caso, la Corte ha ritenuto che la decorrenza del termine di attuazione della direttiva 2000/78⁵³ bastasse di per sé sola a portare all'interno dell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione tutta la normativa nazionale preesistente⁵⁴, e che, in quanto espressione specifica del principio generale di non discriminazione, quella stessa direttiva potesse trovare applicazione anche nei rapporti *inter privatos*. Si veniva così a creare un formidabile raccordo tra le due fonti, in virtù del quale la direttiva non trasposta rendeva la normativa statale preesistente sindacabile alla luce del principio generale, e il principio generale attribuiva alla direttiva l'effetto diretto orizzontale proprio delle fonti primarie. Questo "rapporto circolare"⁵⁵ avrebbe un ovvio effetto eversivo sui limiti all'applicazione della Carta posti dalle clausole orizzontali, che sarebbe scongiurato se invece si differenziasse l'ambito di applicazione della Carta da quello dei principi generali di diritto. L'ulteriore categoria di "applicazione del diritto dell'Unione" riscontrata nella sentenza *Kücükdeveci* sarebbe quindi propria dei soli principi generali di diritto, restando l'applicazione della Carta confinata invece alla situazione dello "Stato-agente" e a quella della deroga.

Questa interpretazione dell'art. 51 della Carta trova riscontro nella realtà?

La produzione giurisprudenziale su questa disposizione è ormai, se non copiosa, quantomeno consistente, e diverse pronunce possono ragionevolmente essere definite significative. In primo luogo, merita di essere menzionata l'ordinanza *Chartry*⁵⁶, con la quale la Corte di Giustizia, pur concludendo infine per la propria incompetenza, sembra dissociarsi da un'interpretazione che restringa l'attuazione del diritto dell'Unione alla sola situazione dello "Stato-agente", laddove statuisce che

La causa principale [...] non presenta alcun elemento di collegamento con una qualsivoglia delle situazioni previste dalle disposizioni del Trattato relative alla libera circolazione delle persone, dei servizi o dei capitali. Inoltre, detta controversia non verte sull'applicazione di misure nazionali mediante le quali lo Stato membro interessato dia attuazione al diritto dell'Unione.⁵⁷

La situazione dello "Stato-agente", quindi, è differenziata rispetto a quella, più generica, del "collegamento con [...] le situazioni previste dalle disposizioni del Trattato", ma come declinare questa seconda fattispecie?

La sentenza *Ida*⁵⁸ sembra compiere uno sforzo di sistematizzazione, di definizione dello stato dell'arte, compilando un breve elenco di indicatori da prendere in considerazione per determinare se la condizione posta dall'articolo 51 CDF sia soddisfatta:

⁵³Direttiva 2000/78/CE del Consiglio, del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro [2000] GU L-303.

⁵⁴*Kücükdeveci* (v. nota 12) punto 25.

⁵⁵Definizione proposta da M Barbera, 'Il principio di eguaglianza nel sistema europeo multilivello' in E Paciotti (cur.), *I diritti fondamentali in Europa* (Viella 2011) p. 71.

⁵⁶Ordinanza C-457/09 *Claude Chartry contro Stato belga* [2011] Racc I-819.

⁵⁷Ibid., punto 25.

⁵⁸Causa C-40/11 *Yoshikazu Ida contro Stadt Ulm* [2012] non ancora pubblicata.

[...]occorre verificare, tra altri elementi, se la normativa nazionale di cui trattasi abbia lo scopo di attuare una disposizione del diritto dell'Unione, quale sia il suo carattere e se essa persegua obiettivi diversi da quelli contemplati dal diritto dell'Unione, anche se è in grado di incidere indirettamente su quest'ultimo, nonché se esista una specifica disciplina del diritto dell'Unione in materia o che vi possa incidere⁵⁹.

Tralasciando la situazione dello "Stato-agente", che come di consueto occupa il primo posto nell'elenco, i due successivi elementi ricordano da vicino le Spiegazioni, se si considera il "carattere" della disciplina come eventuale riferimento al carattere derogatorio e gli "obiettivi perseguiti [...] se è in grado di incidere indirettamente sul diritto dell'Unione" come una rilettura in canone inverso della formula *Annibaldi*⁶⁰. L'unica genuina novità sarebbe dunque rappresentata dal duplice elemento dell'esistenza di una normativa europea specificamente incentrata sulla materia, o comunque di una disciplina europea che possa incidervi; è difficile non considerare queste due locuzioni un riferimento, rispettivamente, alla giurisprudenza *Kücükdeveci* e *Mangold* in cui, si ricorderà brevemente, l'elemento di raccordo al diritto dell'Unione era stato fornito rispettivamente da una direttiva non trasposta e da una direttiva terza ed estranea all'attuazione del principio generale (divieto di discriminazione in base all'età) che si è andati ad applicare.

Per quanto il punto appena esaminato della sentenza *Iida* resti un mero *obiter dictum*, si può tuttavia trarne una prima indicazione nel senso che l'ambito applicativo della Carta sarà in futuro equiparato a quello dei principi generali di diritto

Separata menzione meritano infine i nuovi elementi di riflessione forniti dal caso *Åklagaren*, avvincente controversia concernente l'applicazione del principio *ne bis in idem*, in cui la Corte ha ritenuto soddisfatto il requisito del collegamento con il diritto dell'Unione dalla circostanza che le sanzioni, penali e tributarie, che l'imputato del procedimento principale rischiava di vedersi comminare erano volte a punire, in parte, la violazione degli obblighi dichiarativi in materia di I.V.A.⁶¹. Agli occhi della Corte, dunque, questo sistema di sanzioni costituiva attuazione, da un lato, dell'obbligo gravante sugli Stati membri di combattere la frode che lede gli interessi finanziari dell'U.E. con le stesse misure poste a presidio dei propri interessi finanziari, enunciato all'art. 325(2) TFUE, e, dall'altro lato, della specifica norma di diritto derivato che impegna gli Stati membri a garantire la piena riscossione dell'I.V.A. nei propri territori⁶².

Questa decisione sembra emendare la regola giurisprudenziale precedentemente formulata, secondo cui il sindacato di legittimità riguarda sempre e comunque le norme europee, anche laddove queste ultime richiamino una norma nazionale, giacché la norma nazionale verrà in tal caso valutata unicamente come componente di quella europea⁶³.

La Corte si è posta in netto contrasto con l'opinione dell'Avvocato Generale, che

⁵⁹ *Iida* (v. nota 58) par. 79.

⁶⁰ *Annibaldi* (v. nota 40) punto 22.

⁶¹ Causa C-617/10 *Åklagaren contro Hans Åkerberg Fransson* [2013] non ancora pubblicata, punto 24 e ss.

⁶² Direttiva 2006/112/CE del Consiglio del 28 novembre 2006 relativa al sistema comune d'imposta sul valore aggiunto [2006] GU L-347, artt. 2, 250, 273.

⁶³ Causa C-400/10 *J McB contro L E* [2010] Racc I-8965 (PPU) punto 52.

aveva invece concluso per l'incompetenza della Corte, argomentando in favore della distinzione tra *causa* e *occasio* del rapporto tra norma europea e norma nazionale⁶⁴. In sintesi, dal punto di vista di Cruz Villalón, laddove l'Unione si avvale, per la tutela dei propri interessi, delle "infrastrutture giuridiche" per così dire degli Stati membri, allora questo collegamento deve ritenersi meramente occasionale e inadatto a originare il trasferimento all'Unione della responsabilità di tutelare i diritti fondamentali⁶⁵.

L'opinione dell'Avvocato Generale non era priva di ragionevolezza, poiché non è difficile constatare che ogni qual volta l'Unione pone a carico degli Stati membri un obbligo, presuppone in questi ultimi appunto la qualità di Stato, e con essa la presenza di un nucleo minimo di poteri e di un sistema giuridico che ne regola l'esercizio. Potrebbe sembrare quindi che l'ambito degli atti statali sottoposti a controllo potrebbe in futuro continuare ad ampliarsi, se la Corte intende confermare la posizione assunta, come pare potersi desumere dalla successiva giurisprudenza *AMS*⁶⁶ e *Siragusa*⁶⁷, che appunto fa riferimento al solo caso *Fransson* nel determinare che la situazione di fatto sottoposta ricade nell'ambito del diritto dell'Unione.

L'impressione di un ampliamento incontrollato del controllo giurisdizionale è stata però recentemente ridimensionata. La costruzione dell'ambito di applicazione della Carta nella sentenza *Dano*⁶⁸ ben si presta a confermare la persistente validità della giurisprudenza *Annibaldi*.

In questa vertenza, la Corte di Giustizia è stata chiamata a valutare la legittimità dell'esclusione di una cittadina comunitaria inoccupata da un beneficio noto come "prestazione assicurativa di base", contemplato dal Regolamento n. 883/2004 quale prestazione speciale in denaro a carattere non contributivo. Il giudice del rinvio ha chiesto con quesito pregiudiziale se gli articoli 1 e 20 CDF, ossia i principi della dignità umana e dell'uguaglianza davanti alla legge, impongano agli Stati membri di concedere ai cittadini dell'U.E. prestazioni assicurative tali da garantire un soggiorno permanente, ma la Corte si è dichiarata incompetente a rispondere a tale quesito.

La Corte motiva tale presa di posizione con la constatazione che né il Regolamento 883/2004 né altre fonti di diritto dell'Unione hanno lo scopo di fissare le condizioni sostanziali per l'accesso alle prestazioni speciali in denaro di carattere non contributivo, e che dunque gli Stati membri non attuano il diritto dell'Unione quando definiscono le condizioni e la portata di tali prestazioni.

Ora, sebbene la disciplina delle prestazioni di *welfare* rimanga una competenza degli Stati Membri, essa ha un impatto per nulla trascurabile sul mercato interno, particolarmente per quanto riguarda la libera circolazione. Se così non fosse, non esisterebbe probabilmente una disciplina europea di coordinamento. Sarebbe quindi ragionevole ritenere che gli Stati Membri siano chiamati ad esercitare la propria competenza esclusiva nel rispetto degli obblighi assunti a livello comunitario, e dunque anche nel rispetto della Carta.

La pronuncia in esame tuttavia ribadisce che, laddove una normativa nazionale

⁶⁴Conclusioni dell'Avvocato Generale Cruz Villalón sulla causa *Åklagaren contro Hans Åkerberg Fransson* C-617/10, [2012] non ancora pubblicata, punto 61.

⁶⁵Ibid., punti 62-64.

⁶⁶*AMS* (v. nota 30) punto 42.

⁶⁷Causa C-206/13 *Cruciano Siragusa contro Regione Sicilia - Soprintendenza Beni Culturali e Ambientali di Palermo* [2014] non ancora pubblicata, punto 21.

⁶⁸Causa C-333/13 *Elisabeta Dano e Florin Dano contro Jobcenter Leipzig* [2014] non ancora pubblicata.

persegue obiettivi diversi da quelli dell'Unione, essa non è soggetta al controllo della Corte di Giustizia *ex* articolo 51 CDF, nemmeno nel caso in cui incida indirettamente sulle finalità perseguite dall'Unione. Questo genera evidentemente una situazione di asimmetria, in cui la Corte può vagliare la normativa nazionale alla luce del Regolamento 883/2004 e della Direttiva 2004/38 (come in effetti avviene nella sentenza in commento), ma non alla luce della Carta dei Diritti Fondamentali.

Le pronunce *Fransson* e *Dano* sottolineano, in definitiva, l'importanza del criterio teleologico nella determinazione dell'ambito di applicazione oggettivo della Carta: solo dove l'azione degli Stati membri persegue uno degli obiettivi fissati dal Trattato, essa sarà soggetta al controllo alla luce della Carta.

È appena il caso di ribadire che il perseguimento di tali obiettivi è condizione necessaria ma non sufficiente per l'attivazione di tale sindacato, come la Corte ha avuto occasione di esemplificare nella recente pronuncia *Poclava*⁶⁹. In questo caso, concernente la protezione dei lavoratori in caso di licenziamento ingiustificato, la Corte ha seccamente respinto l'applicabilità dell'articolo 30 CDF, rilevando che:

[...] sebbene la tutela dei lavoratori in caso di risoluzione del contratto di lavoro sia uno dei mezzi per raggiungere gli obiettivi fissati dall'articolo 151 TFUE e il legislatore dell'Unione sia competente in tale settore, in base alle condizioni di cui all'articolo 153, paragrafo 2, TFUE, le situazioni che non sono state oggetto di misure adottate sul fondamento di tali articoli non rientrano nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione.⁷⁰

1.2 Articolo 52 paragrafo 5: diritti e principi

Un'altra questione particolarmente nebulosa è quella della differenziazione della fisionomia dei principi da quella dei diritti, introdotta *in nuce* dall'articolo 51 paragrafo 1, laddove precisa che i diritti dovranno essere rispettati e i principi osservati, e sviluppata più articolatamente all'articolo 52 paragrafo 5, che statuisce

Le disposizioni della presente Carta che contengono dei principi possono essere attuate da atti legislativi e esecutivi adottati da istituzioni, organi e organismi dell'Unione e da atti di Stati membri allorché essi danno attuazione al diritto dell'Unione, nell'esercizio delle loro rispettive competenze. Esse possono essere invocate dinanzi a un giudice solo ai fini dell'interpretazione e del controllo di legalità di detti atti.

È importante notare che solo la prima disposizione era presente nel primo testo della Carta, come elaborato dalla Convenzione presieduta da Werner Herzog, introdottavi al fine di fugare le obiezioni di quegli Stati che temevano che l'inclusione di alcuni diritti sociali nella Carta avrebbe indebitamente giurisd-

⁶⁹Causa C-117/14 *Grima Janet Nisttahuz Poclava contro Jose María Ariza Toledano* [2015] non ancora pubblicata.

⁷⁰*Ibid.*, punto 41.

zionalizzato un settore economicamente delicato come il *welfare*⁷¹. L'art. 52 paragrafo 5 è invece il risultato della revisione operata dal Gruppo di Lavoro II della Convenzione sul Futuro dell'Europa, al quale era stato affidato il compito di integrare il testo della Carta nel Trattato costituzionale. Durante queste seconde negoziazioni, l'articolo 52 è stato terreno di aspri scontri⁷², e la sua revisione è stata presentata come *conditio sine qua non* per l'incorporazione della Carta nel Trattato costituzionale⁷³.

Sebbene alcuni autori abbiano ridimensionato l'importanza dell'articolo 52 paragrafo 5 nel sistema della Carta, sottolineando appunto che la distinzione tra diritti e principi era già contenuta nel Preambolo e nell'articolo 51, nemmeno hanno tuttavia potuto negare che l'introduzione di questo comma, per quanto non strettamente necessario, ha facilitato le negoziazioni⁷⁴.

Secondo la Relazione Finale del Gruppo di Lavoro II, questa aggiunta avrebbe dovuto rafforzare la certezza del diritto nella prospettiva di una Carta giuridicamente vincolante dotata di status costituzionale⁷⁵. È facile comprendere che il concetto che esce rafforzato è quello di giustiziabilità normativa dei principi, ma non altrettanto si può dire a proposito dei criteri che identificano i principi e delle caratteristiche della loro invocabilità.

1.2.1 Individuazione dei principi

Il Gruppo di Lavoro II della Convenzione aveva constatato che, nell'esperienza costituzionale degli Stati europei, l'esistenza di una categoria di norme differente e complementare rispetto ai diritti soggettivi non è certo una rarità, e confidava dunque in queste esperienze per facilitare l'interpretazione della Carta, oltre che nella presenza delle Spiegazioni e nell'opera chiarificatrice della giurisprudenza⁷⁶.

Pare si debba dire, ad oggi, che queste aspettative erano troppo rosee, dal momento che la natura di larga parte delle disposizioni della Carta è ancora oggetto di discussione. Del resto la presente situazione di incertezza era stata almeno in parte anticipata al momento della redazione del quinto comma dell'articolo 52, quando si raccomandò una linea di condotta consistente nell'esprimere al meglio il carattere di diritto o di principio dei singoli articoli della Carta nella formulazione dei rispettivi articoli⁷⁷; sfortunatamente, non sembra che la rubrica o la formulazione delle singole disposizioni forniscano indicazioni univoche, se è vero che le stesse Spiegazioni ammettono l'esistenza di disposizioni ibride tra

⁷¹G Braybant, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne. Témoignages et commentaires* (Éditions du Seuil 2001) p. 44; O De Schutter, 'Les droits fondamentaux dans le projet européen. Des limites à l'action des institutions à une politique des droits fondamentaux' in O De Schutter e P Nihoul (cur.), *Une Constitution pour l'Europe: réflexions sur les transformations du droit de l'Union Européenne* (Larcier 2004) p. 111; Lord Goldsmith (v. nota 45) p.1212.

⁷²Vedi L Bourgogue-Larsen, 'Article II-11' in L Bourgogue-Larsen, A Laude e F Picod (cur.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Commentaire article par article* (Bruylant 2005) vol. II, p.662.

⁷³Convenzione Europea, Gruppo di Lavoro II, *Relazione Finale* (CONV 354, 2002) p.8.

⁷⁴S Prechal, 'Rights vs Principles, or how to remove Fundamental Rights from the Jurisdiction of the Courts' in JW Dezwann, J Jans e A Kellerman (cur.), *The European Union, an ongoing Process of Integration* (TMC Asser Press 2004) p. 178.

⁷⁵(v. nota 73) p.8.

⁷⁶*Ibid.*, p. 8.

⁷⁷Convenzione Europea, Gruppo di Lavoro II, *Documento di Lavoro 023* (2002) p. 4.

le due categorie e che le questioni pregiudiziali sollevate da diverse giurisdizioni nazionali hanno a più riprese formulato un analogo quesito.

Dei criteri chiari e univoci per distinguere i diritti dai principi non sono mai stati fissati, e gli esempi di ambo le categorie forniti dalle Spiegazioni sono troppo sparuti perché queste ultime possano rivestire un'importanza decisiva.

La Corte di Giustizia, per parte sua, non sembra particolarmente entusiasta o ansiosa di apporre, per così dire, delle etichette alle singole disposizioni della Carta, sebbene alcune occasioni di far ciò si fossero presentate⁷⁸. Da ultimo, la sentenza *AMS* ha confermato questo atteggiamento, laddove, nell'analizzare la compatibilità dell'art. 27 con l'approccio seguito nel caso *Kücükdeveci*, la Corte valorizza l'insufficiente precisione della norma in esame, ma non procede ad una catalogazione⁷⁹. Nemmeno sono state interrogate, fin'ora, le tradizioni costituzionali degli Stati membri, anche se da una prima disamina esse appaiono, per quanto simili, non sufficientemente omogenee⁸⁰.

Non manca, in verità, chi sostiene che la distinzione tra le due categorie sia, al giorno d'oggi, sempre più sfocata, poiché la natura e le forme di responsabilità per entrambi convergono e il quadro giurisprudenziale punta verso una sostanziale somiglianza tra diritti e principi piuttosto che verso le rispettive differenze⁸¹.

Quali che siano le tendenze di lungo periodo, tuttavia, il dato testuale non può essere completamente trascurato.

Un primo approccio interpretativo potrebbe consistere nella valorizzazione dei lavori preparatori della Carta: giacché l'introduzione della categoria dei principi è stata storicamente funzionale all'inclusione nella Carta di molti diritti sociali⁸², che sarebbe stata certo assai più fieramente osteggiata altrimenti, la tentazione potrebbe insorgere di includere nella categoria dei principi tutti i diritti sociali. In tal senso si sono del resto espresse anche alcune voci all'interno della Corte, ad esempio proponendo una presunzione di appartenenza ai principi gravante sul Titolo IV della Carta⁸³. Una qualche conferma della validità di questo criterio si potrebbe forse trarre *a contrario* dalla sentenza *D.E.B.*, laddove la Corte, nel proporre al giudice del rinvio un'estensione del campo di applicazione del patrocinio a spese dello Stato, si premura di sottolineare che l'accesso a questo beneficio non deve essere inquadrato come aiuto sociale, ma come garanzia processuale⁸⁴. Contro questo tentativo di semplificazione ci mettono tuttavia in guardia taluni autori, che giustamente sottolineano l'im-

⁷⁸Faccio riferimento, in particolare, alla Causa C-282/10 *Maribel Dominguez contro Centre informatique du Centre Ouest Atlantique e Préfet de la région Centre* [2012] non ancora pubblicata, in cui, a fronte di un'ampia trattazione del tema da parte dell'AG, la Corte comunque ha mantenuto il silenzio sull'appartenenza del diritto alle ferie annuali retribuite all'una o all'altra categoria.

⁷⁹*AMS* (v. nota 30) punto 45.

⁸⁰Si fa qui riferimento alla parziale panoramica offerta dall'A.G. Cruz Villalón nella sue Conclusioni sul caso *AMS* (v. nota 9) al punto 48.

⁸¹C Hilson, 'Rights and Principles in E.U. Law: a Distinction without Foundation?' (2008) 15(2) *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 193.

⁸²Sul punto, si rimanda ancora al dettagliato resoconto del *Braybant* (v. nota 71) p. 44 e ss.

⁸³Si fa qui riferimento alle Conclusioni dell'A.G. Cruz Villalón sul caso *AMS* (v. nota 9) punto 55.

⁸⁴Causa C-279/09 *DEB Deutsche Energiehandels- und Beratungsgesellschaft mbH contro Bundesrepublik Deutschland* [2010] Racc I-13849, punti 40-41.

portanza di un'adeguata considerazione del tenore letterale della norma⁸⁵. Un criterio interpretativo basato esclusivamente sull'appartenenza della disposizione alla prima o alla seconda generazione di diritti non basterebbe a sé stesso, e risulterebbe quindi inaccurato, poiché, come giustamente rilevato dal Craig, molte delle disposizioni della Carta che trattano di diritti sociali possono a pieno titolo essere costruite come diritti soggettivi⁸⁶. L'osservazione del Craig è indirettamente supportata dalle conclusioni dell'Avvocato Generale Tizzano sul caso *B.E.C.T.U.*⁸⁷ e dell'A.G. Trstenjak sul caso *Dominguez*⁸⁸. Entrambi gli Avvocati Generali, infatti, hanno costruito il diritto alle ferie annuali pagate come un diritto fondamentale sebbene esso sia compreso nel Titolo IV della Carta, e nonostante la sua chiara appartenenza all'ambito sociale. È vero che la Corte, in nessuno dei due casi, ha aderito esplicitamente a questa ricostruzione, preferendo invece limitarsi all'interpretazione delle rilevanti disposizioni di diritto secondario, neppure però l'ha esplicitamente smentita o rigettata. Accanto alla ricostruzione storica, il dato testuale costituisce dunque un elemento imprescindibile per la corretta valutazione della natura di una disposizione. In particolare, potrebbe essere rivelatore il riferimento, nel testo, ad altre fonti del diritto di livello nazionale o comunitario⁸⁹. A questa indicazione aderisce peraltro l'Avvocato Generale Trstenjak nella sue già citate Conclusioni sul caso *Dominguez*:

Una caratteristica essenziale dei principi è, infatti, che di frequente la loro applicazione presuppone l'adozione di provvedimenti di attuazione [...] . Il fatto che i principi necessitino, per poter essere operativi, di interventi normativi e organizzativi dell'Unione e dei suoi Stati membri emerge con chiarezza dall'espressione «ne promuovono l'applicazione», contenuta nell'art. 51, n. 1, seconda frase, della Carta, riferibile anche ai principi.⁹⁰

Sfortunatamente alcune delle disposizioni esplicitamente classificate come principi dalle Spiegazioni non fanno esplicito riferimento ad alcuna disciplina attuativa ulteriore, dimostrando così l'impraticabilità di una distinzione basata unicamente su questo criterio. Si può ritenere tuttavia che la necessità di misure attuative, indicativa della limitata giustiziabilità della norma, possa e debba essere tenuta da conto, insieme agli altri indicatori considerati, ossia il tenore letterale della disposizione, come specificato dalle spiegazioni, e i relativi lavori preparatori.

La più recente giurisprudenza, in effetti, ha valorizzato questo criterio nel senso trarne argomento per sostenere l'insussistenza di un "diritto soggettivo invocabile in quanto tale"⁹¹, formula che riecheggia la *summa divisio* dell'art 52(7), senza però portare il ragionamento alle sue conseguenze ultime, e cioè senza

⁸⁵P Craig, *The Lisbon Treaty. Law, Politics and Treaty Reform* (Oxford University Press 2010) p. 218.

⁸⁶Ibid., p.218.

⁸⁷Conclusioni dell'Avvocato Generale Tizzano sulla causa *The Queen contro Secretary of State for Trade and Industry, ex parte Broadcasting, Entertainment, Cinematographic and Theatre Union (BECTU) C-173/99*, (2001) I Racc 4881, punti 22-28.

⁸⁸Conclusioni dell'A.G. Trstenjak sulla causa *Dominguez* (v. nota 8) punti 75-78.

⁸⁹In tal senso si esprime ad esempio l'Assemblée Nationale, *Rapport d'Information déposé par la délégation de l'Assemblée Nationale pour l'Union Européenne* (2616, 2000) p. 10.

⁹⁰Conclusioni dell'A.G. Trstenjak in *Dominguez* (v. nota 8) punto 77.

⁹¹*AMS* (v. nota 30) punto 47.

stabilire esplicitamente che la norma non sufficientemente precisa era in effetti un principio.

Il test che abbiamo così delineato, a ben vedere, ne ricorda molto da vicino un altro, e cioè il criterio di chiarezza, precisione e incondizionatezza applicato per determinare l'attitudine delle norme comunitarie a produrre effetto diretto⁹². La somiglianza tra i due criteri è stata sottolineata, in un suo scritto extragiudiziale, dalla Giudice Prechal, che inquadra il tema della distinzione tra diritti e principi esattamente in questi termini, rimarcando incisivamente come la differenziazione di cui si discute, in definitiva, "boils down to a question of direct effect"⁹³. L'introduzione del quinto paragrafo dell'articolo 52, dunque, altro non sarebbe che un maldestro tentativo della Convenzione di fissare *a priori* l'ambito e l'intensità dell'invocabilità delle disposizioni della Carta.

1.2.2 Invocabilità dei principi: ambito e forme

Quanto alla tematica della giustiziabilità dei principi, le Spiegazioni aggiungono ben poco alla lettera dell'articolo 52:

Ai principi può essere data attuazione tramite atti legislativi o esecutivi (adottati dall'Unione conformemente alle sue competenze e dagli Stati membri unicamente nell'ambito dell'attuazione del diritto dell'Unione); di conseguenza, essi assumono rilevanza per il giudice solo quando tali atti sono interpretati o sottoposti a controllo. Essi non danno tuttavia adito a pretese dirette per azioni positive da parte delle istituzioni dell'Unione o delle autorità degli Stati membri.

Considerando l'articolo 52 paragrafo 5 alla luce di questa spiegazione e delle ragioni che ne hanno determinato l'inserimento non si può che concludere che

this general provision was specifically intended to ensure that the socio-economic principles included, in the main, in the Solidarity Title of the Charter, could not be interpreted as establishing subjective rights with direct effect⁹⁴.

Una suggestiva rappresentazione viva di questo enunciato è stata proposta dal De Schutter, secondo cui i principi possono essere usati in funzione di "scudi", contro provvedimenti dell'Unione o degli Stati membri peggiorativi del livello di protezione già raggiunto, ma non come "spade", per esigere dagli stessi soggetti un'azione positiva volta ad innalzare il livello di protezione di questi beni giuridici⁹⁵. Lo stesso autore rifiuta, sulla base della sua incoerenza con i lavori preparatori, una lettura strettamente letterale della norma, che condurrebbe ad escludere l'applicabilità dei principi in assenza di un provvedimento che ne garantisca l'attuazione, lasciando il singolo sguarnito di protezione giurisdizionale tanto nell'ipotesi di inerzia del legislatore quanto nel differente caso di un atto

⁹²Vedi *Van Gend en Loos* (v. nota 1).

⁹³Prechal, 'Rights vs Principles, or how to remove Fundamental Rights from the Jurisdiction of the Courts' (v. nota 74) p. 174.

⁹⁴S O'Leary, 'The Charter and the future contours of E.U. Social and Employment Law' in P Cardonnel, A Rosas e N Wahl (cur.), *Constitutionalising the EU Judicial System. Essays in Honour of Pernilla Lindh* (Hart Publishing 2012) p. 318.

⁹⁵De Schutter (v. nota 71) p. 113.

che, pur non attuando specificamente un principio, tuttavia ne viola uno⁹⁶.

La determinazione del novero degli atti che possono essere sottoposti a controllo sul parametro dei principi della Carta, nel rispetto del tenore letterale della disposizione, si rivela quindi un problema di non poco conto: da un lato la necessità di un'attuazione da parte delle autorità pubbliche costituisce il *proprium* dei principi, dall'altro gli unici atti che possono essere conosciuti dal giudice alla luce del principio sono proprio quegli atti d'attuazione che dovrebbero dargli sostanza.

Un'interessante soluzione è quella proposta dell'Avvocato Generale Cruz Villalón, che vorrebbe individuare un *tertium genus*, intermedio tra il principio e l'atto attuativo, costituito dagli atti che concretizzano il principio, e che vanno a formare con quest'ultimo parte del parametro di giudizio. La categoria degli atti attuativi comprenderebbe invece tutti gli atti che vanno al di là della concretizzazione "essenziale e immediata" del principio⁹⁷. Questa ricostruzione avrebbe il vantaggio di

di salvaguardare l'*effet utile* tanto dei "principi" contenuti nella Carta quanto del fine perseguito dall'articolo 52, paragrafo 5, vale a dire garantire la tutela, ancorché condizionata, delle disposizioni della Carta che necessitano di mediazione normativa⁹⁸.

Prescindendo dall'osservazione che il confine semantico tra "concretizzazione" e "attuazione" potrebbe non essere dei più definiti, questo ragionamento presenta tuttavia un anello debole, rappresentato dalla scarsa fedeltà al dato testuale: col voler partizionare gli atti menzionati nella prima frase dell'articolo 52 paragrafo 5, si ignora che la seconda frase dello stesso paragrafo richiama tutti e indistintamente gli atti menzionati nella prima come possibili oggetti del controllo giurisdizionale, oggetti e non parametri.

Una tale partizione troverebbe forse un più saldo aggancio testuale nella differente formulazione dell'articolo 52 rispetto all'articolo 51 paragrafo 1. Si ricorderà infatti come quest'ultima disposizione si esprima in termini di obbligo per gli Stati Membri di promuovere l'applicazione dei principi, mentre l'articolo 52 menziona una mera facoltà di porre in essere atti attuativi. Valorizzare gli atti di promozione (doverosi) quale parte del criterio di giudizio, rispetto agli atti di attuazione (facoltativi), che costituiscono invece l'oggetto del giudizio, potrebbe rappresentare una scappatoia al circolo vizioso dell'articolo 52 paragrafo 5, per cui un giudice potrebbe conoscere alla luce dei principi solo quegli atti che ai medesimi principi danno attuazione.

Per quanto attiene invece alle forme di invocabilità, partendo dalla constatazione tautologica che esse devono differire da quelle proprie dei diritti soggettivi (le "spade"), quali risultati si possono ottenere brandendo uno "scudo"? Non pare si possa dubitare che i principi debbano servire da parametri di interpretazione conforme; il riferimento alla sentenza *Pfizer*⁹⁹ nella Relazione finale del Gruppo di Lavoro II, inoltre, ribadisce la loro funzione di parametri di legittimità

⁹⁶Sul punto, vedi anche Bourgogue-Larsen (v. nota 72) p.687; Craig (v. nota 85) p.220; Lenaerts, 'Exploring the Limits of the EU Charter of Fundamental Rights' (v. nota 46) p.400; U Villani, 'I diritti fondamentali tra Carta di Nizza, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e progetto di Costituzione europea' [2004] (1) Il Diritto dell'Unione Europea 73, p. 108.

⁹⁷Conclusioni dell'A.G. Cruz Villalón sulla causa *AMS* (v. nota 9) punti 67-72.

⁹⁸*Ibid.*, punto 64.

⁹⁹Causa T-13/99 *Pfizer Animal Health SA contro Consiglio dell'Unione europea* [2002] Racc II-3301.

degli atti dell'Unione, sia laddove la violazione di un principio sia lamentata nel contesto dell'azione in annullamento¹⁰⁰, sia dove il contesto sia un rinvio pregiudiziale di validità¹⁰¹.

Quid degli atti degli Stati membri? Lenaerts considera che i principi della Carta dovrebbero essere in grado di causare la disapplicazione della legislazione con essi confliggente, e cioè che possano produrre il c.d. effetto di esclusione¹⁰². Un'analoga posizione sembra suggerire la terminologia usata dall'Avvocato Generale Cruz Villalón nelle già ampiamente citate Conclusioni sul caso *A.M.S.*, laddove considera che

la Carta limita la giustiziabilità dei “principi” alla loro dimensione, per così dire, depuratrice di norme e atti¹⁰³

Bisogna tuttavia tenere conto della circostanza che, se in alcuni casi la semplice depurazione dei sistemi giuridici nazionali dalle norme confliggenti con il diritto comunitario è sufficiente a ristabilire la legalità, in altri la disapplicazione di tali norme potrebbe produrre invece un vuoto normativo, che sarà ben difficile colmare con il solo riferimento ai principi della Carta, i quali si caratterizzano appunto per la loro formulazione aperta, per la necessità di provvedimenti attuativi.

La precedente trattazione suggerisce che questo ostacolo può essere superato con l'integrazione nel principio che funge da parametro di giudizio degli atti di immediata concretizzazione del principio, approccio del resto non sconosciuto, giacché riflette quello adottato dalla Corte di Giustizia nelle sentenze *Mangold*¹⁰⁴ e *Küçükdeveci*¹⁰⁵ in relazione ai principi generali di diritto. Questa linea giurisprudenziale tuttavia è ben lungi dal poter essere definita consolidata o pacifica, ed è quindi opportuno considerarne con attenzione l'eventuale estensione a un'altra fonte del diritto.

Una delle critiche più accurate alla valorizzazione del raccordo che può venire a crearsi tra un principio generale di diritto (o altra normativa di rango primario) e una fonte secondaria, con attribuzione a quest'ultima di una posizione privilegiata nel controllo di legalità di altri atti, è probabilmente quella formulata dall'Avvocato Generale Trstenjak, che paventa una “confusione” tra le fonti del diritto¹⁰⁶. Questa indebita commistione darebbe luogo a un progressivo “irrigidimento” proprio della fonte secondaria¹⁰⁷, che il legislatore non sarebbe più in grado di emendare.

Sebbene gli argomenti appena riportati siano senza ombra di dubbio pertinenti, la conseguenza di un'impossibilità per il legislatore di intervenire su una normativa secondaria, una volta che ne sia stato accertato il carattere di “specifica espressione” di un principio generale, sembra un po' estrema: in ragione di questo collegamento privilegiato, la fonte secondaria non attinge al rango di fonte

¹⁰⁰Cause riunite C-402/05-C-415/05 *Yassin Abdullah Kadi e Al Barakaat International Foundation contro Consiglio dell'Unione europea e Commissione delle Comunità europee* [2008] Racc I-6351.

¹⁰¹Come ad esempio è il caso nelle Cause riunite C-92/09-C-93/09 *Volker und Markus Schecke GbR e Hartmut Eifert contro Land Hessen* [2010] Racc I-11063.

¹⁰²Lenaerts, 'Exploring the Limits of the EU Charter of Fundamental Rights' (v. nota 46) pp. 400-401.

¹⁰³Conclusioni dell'A.G. Cruz Villalón sulla causa *AMS* (v. nota 9) punto 68.

¹⁰⁴*Mangold* (v. nota 12).

¹⁰⁵*Küçükdeveci* (v. nota 12).

¹⁰⁶Conclusioni dell'A.G. Trstenjak sulla causa *Dominguez* (v. nota 8) punto 154.

¹⁰⁷*Ibid.*, punto 157.

primaria, o almeno non sembra che una tale conclusione debba desumersi dalla giurisprudenza *Kücükdeveci*. Si può senz'altro immaginare che l'intervento su una direttiva riconosciuta come specifica espressione di un principio ingeneri nel legislatore comunitario un atteggiamento di prudenza o la necessità di una riflessione più approfondita, ma queste conseguenze sono un ragionevole prezzo da pagare per l'emendamento di un testo cui viene riconosciuto particolare valore nel sistema di valori dell'Unione Europea. Ritenere invece che le fonti secondarie in rapporto privilegiato con i principi divengano per ciò stesso intoccabili significherebbe privare il legislatore di quel ruolo di interprete dell'*esprit du temps* che gli è assegnato dallo stesso sistema costituzionale. Insomma, se *il ne faut toucher aux lois que d'une main tremblante*, bisogna pur che quella mano tremante di tanto in tanto intervenga.

Una seconda critica mossa alla giurisprudenza *Mangold* solleva invece il tema della turbativa del riparto di competenze previsto dal Trattato¹⁰⁸, causata dall'aggravamento dei limiti intrinseci delle direttive¹⁰⁹, tramite il ricorso alla categoria dei principi generali.

A tal proposito, è interessante ricordare il tentativo di Lenaerts e Gutiérrez-Fons di inquadrare il problema nella prospettiva di una tensione sistematica tra i due fondamentali caratteri del diritto dell'Unione, ossia il primato e l'effetto diretto, riguardati dall'angolo visuale dell'invocabilità di esclusione¹¹⁰. Seguendo una fortunata schematizzazione antecedente¹¹¹, i due autori descrivono due approcci alternativi. Il primo postula una netta distinzione tra l'invocabilità di esclusione e l'invocabilità di sostituzione, subordinando solo quest'ultima alla capacità della norma invocata di produrre effetto diretto; la disapplicazione di una norma statale contraria al diritto comunitario, invece, non richiederebbe a quest'ultimo assumere la forma di una disposizione chiara, precisa e incondizionata, purché la prima ricada incontestabilmente nell'ambito applicativo del diritto comunitario. Di fronte a una normativa nazionale confliggente con un principio generale, dunque, non avrebbe nessuna rilevanza la circostanza che detto principio sia stato attuato da una direttiva sprovvista di effetto diretto, giacché il principio è autonomamente in grado di causare la disapplicazione della normativa nazionale, a patto che ciò sia sufficiente a ristabilire la legalità.

Il secondo approccio, viceversa, considera che l'ambito di applicazione del principio del primato sia definito dall'effetto diretto, e che dunque solo in presenza di una norma di diritto dell'Unione atta a regolare la fattispecie in esame possa aver luogo la disapplicazione della normativa nazionale con essa confliggente. È facile constatare che, in questo secondo caso, la presenza di una direttiva che concretizza il principio non sarebbe affatto irrilevante: solo se la detta direttiva

¹⁰⁸Conclusioni dell'Avvocato Generale Mazák sulla causa *Félix Palacios de la Villa contro Cortefiel Servicios SA* C-411/05, (2007) I Racc 8531, punto 138; Conclusioni dell'Avvocato Generale Colomer sulle cause riunite *Othmar Michaeler, Subito GmbH e Ruth Volgger contro Amt für sozialen Arbeitsschutz e Autonome Provinz Bozen* C-55/07-C-56/07, (2008) I Racc 3135, punto 21.

¹⁰⁹Si veda, ad esempio, T Tridimas, 'Horizontal Effect of General Principles: Bold Rulings and Fine Distinctions' in U Bernitz, X Groussot e F Schulyok (cur.), *General principles of EU law and European private law* (Wolters Kluwer 2013) p. 218, che sottolinea come "the role of the Framework Directive in activating the dormant general principle of non-discrimination on grounds of age is normatively unclear and methodologically unsound."

¹¹⁰K Lenaerts e JA Gutiérrez-Fons, 'The Constitutional Allocation of Powers and General Principles of E.U. Law' (2010) 47(6) *Common Market Law Review* 1629.

¹¹¹M Dougan, 'When worlds collide! Competing visions of the relationship between direct effect and supremacy' (2007) 44(4) *Common Market Law Review* 931, p. 931.

riveste i caratteri di chiarezza, precisione e incondizionatezza potrà il principio generale sottostante trovare applicazione nel caso concreto, e se la normativa attuativa non soddisfa i requisiti necessari a produrre effetto diretto potremmo assistere al paradosso di un principio generale la cui applicazione è limitata, e non potenziata, dai relativi provvedimenti di attuazione¹¹².

Vista nell'ottica di un progressivo affrancamento del principio del primato da quello dell'effetto diretto, la giurisprudenza *Mangold—Kücükdeveci* può forse apparire meno *outrée*, ma Lenaerts e Gutiérrez-Fons precisano ulteriormente, appoggiandosi a un precedente contributo della Prechal, che altre due condizioni devono essere soddisfatte affinché la ripartizione verticale e orizzontale delle competenze non sia turbata: il principio che si va ad applicare deve avere un contenuto operativo minimo e l'organo giurisdizionale deve attenersi strettamente al tenore letterale della normativa di attuazione¹¹³. Laddove queste condizioni sono in effetti rispettate, non si vede perché l'attribuzione a un principio generale dell'invocabilità di esclusione debba costituire un *vulnus* all'ordine giuridico dell'Unione più grave di quello causato proprio dalla violazione di quel principio generale da parte dello Stato membro.

La disapplicazione, in questo caso, potrebbe intervenire tanto in una vertenza che opponga un privato alla pubblica autorità, quanto in una vertenza che opponga due privati, a condizione che si verifichi la situazione di triangolarizzazione già descritta alla sezione 1.1.1.

È possibile trasporre questo approccio dai principi generali ai principi della Carta, nel pieno rispetto dell'articolo 52 paragrafo 2? Si potrebbe a ragione obiettare che laddove la disapplicazione di una misura attuativa comporta la riespansione di una legislazione più favorevole al singolo, il risultato che si ottiene non è diverso dall'invocazione di un diritto, dall'uso del principio in funzione di "spada", ma l'opposta soluzione sarebbe ancor meno soddisfacente perché introdurrebbe un duplice regime di tutela dei diritti fondamentali, a seconda che li si riguardi nella loro qualità di disposizioni della Carta o in quella di principi generali di diritto.

La Corte ha approcciato il tema, fin'ora, nella sola pronuncia *AMS*¹¹⁴, che, pur domandandosi "se la situazione oggetto del procedimento principale sia simile a quella esaminata nella causa conclusasi con la citata sentenza *Kücükdeveci*"¹¹⁵, finisce per declinare l'applicazione in combinato dell'art. 27 CFR ("Diritto dei lavoratori all'informazione e alla consultazione nell'ambito dell'impresa") e della Direttiva 2002/14¹¹⁶, negando che la disposizione della Carta avesse un contenuto operativo minimo atto a giustificarne l'effetto diretto.

1.3 ...e i principi generali di diritto?

Dalla trattazione svolta fin'ora emerge chiaramente che l'interprete della Carta è chiamato a confrontarsi con una presenza ingombrante: il patrimonio giurisprudenziale concernente l'applicazione dei diritti fondamentali maturato

¹¹²Analogo paradosso è rilevato, con più specifico riferimento al termine di trasposizione, nelle Conclusioni dell'Avvocato Generale Bot sulla causa *Seda Küçükdeveci contro Swedex GmbH & Co KG* C-555/07, (2009) I Racc 365, punto 87.

¹¹³Lenaerts e Gutiérrez-Fons (v. nota 110) p.1647.

¹¹⁴*AMS* (v. nota 30).

¹¹⁵*Ibid.* punto 41.

¹¹⁶Direttiva 2002/14 (v. nota 31).

precedentemente getta la sua lunga ombra fin sul momento presente, creando una “dialectic tension between continuity and change”¹¹⁷.

Ne consegue la necessità di esaminare più da vicino la “porta d’ingresso” dei diritti fondamentali nell’ordinamento dell’Unione antecedentemente alla Carta, ovvero i principi generali di diritto. A più riprese è stato sottolineato che

La nozione di principi generali è a tutt’oggi controversa. La terminologia non è uniforme né nella dottrina giuridica né nella giurisprudenza.¹¹⁸

Tale vaghezza è, in una certa misura, anche il risultato di una precisa scelta da parte della Corte di Giustizia, consistente nel mantenimento di una sorta di

grey area, where vagueness and flexibility are two sides of the same coin¹¹⁹.

Un’incresciosa confusione terminologica potrebbe venirsi a creare in ragione della scelta del termine “principio”, da parte della Convenzione Europea, per indicare le disposizioni di cui all’articolo 52 paragrafo 5: riflette essa forse la volontà di inscrivere queste norme nella categoria dei principi generali di diritto? Da quanto appena esposto, è evidente quanto improbabile sia che i membri della Convenzione abbiano voluto attribuire uno *status* così importante alle disposizioni più controverse della Carta, pur tenendo conto del fatto che buona parte dell’evoluzione giurisprudenziale riguardante i principi generali di diritto, e in particolare il loro effetto orizzontale, era ancora sconosciuta e probabilmente non facilmente prevedibile a quei tempi.

Inoltre, i principi della Carta semplicemente mancano di quel respiro universalistico che caratterizza i principi generali di diritto come sviluppati fin’ora dalla Corte. Se si considera che le uniche disposizioni che possiamo annoverare con certezza tra i principi riguardano, i diritti degli anziani, l’integrazione dei disabili e il diritto dell’ambiente, è quasi intuitivo notare che si tratta di valori non invocabili nella stessa ampia gamma di situazioni in cui potrebbe, ad esempio, essere invocato il principio generale di uguaglianza e non discriminazione, o quello di certezza del diritto e tutela del legittimo affidamento.

Appurato che i principi della Carta, ai sensi degli articoli 51 e 52, sono una categoria ulteriore rispetto ai principi generali di diritto, la questione più generale che sorge spontanea è quella del rapporto tra i principi generali e la Carta nella sua interezza.

L’articolo 6 TUE trancia la questione nel senso del mantenimento di un doppio binario: da un lato il riconoscimento alla Carta dello stesso valore giuridico dei Trattati, dall’altro la riaffermazione dell’importanza dei diritti umani fondamentali in quanto principi generali del diritto dell’Unione, che trovano la propria origine nel sistema della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo (d’ora in

¹¹⁷S Iglesias Sánchez, ‘The Court and the Charter: the impact of the entry into force of the Lisbon Treaty on the ECJ’s approach to fundamental rights’ (2012) 49(5) *Common Market Law Review* 1565, p.1567.

¹¹⁸Vedi Conclusioni dell’Avvocato Generale Trstenjak sulla causa *Audiolux SA e a contro Groupe Bruxelles Lambert SA (GBL) e a e Bertelsmann AG e a C-101/08*, (2009) I Racc 9823, punto 67; e sulla causa *Dominguez (v. nota 8)* punto 92.

¹¹⁹LS Rossi, ‘How Fundamental are Fundamental Principles? Primacy and Fundamental Rights after Lisbon’ (2008) 27 *Yearbook of European Law* 65, p. 74.

avanti, CEDU)¹²⁰ e nelle tradizioni costituzionali comuni agli Stati Membri. Questa scelta si giustifica alla luce della necessità di mantenere un certo grado di apertura e flessibilità, tanto più che la Carta, nel Preambolo, si autoproclama “riaffermazione” dei diritti già riconosciuti. In virtù del terzo paragrafo dell'articolo 6 TUE, dunque, nuovi diritti fondamentali potranno essere riconosciuti in futuro sulla base dei principi generali, non avendo la Carta valore di elenco tassativo.

È difficile comprendere il potenziale di questa distinzione senza addentrarsi nel difficile terreno della definizione dei principi generali di diritto.

È circostanza nota che tale nomenclatura abbia fatto la sua prima comparsa nell'art. 215 del Trattato di Roma, che rinviava ai “principi generali comuni ai diritti degli Stati Membri” per la fissazione del regime di responsabilità extracontrattuale della Comunità. Nonostante la portata circoscritta di questo rinvio, la Corte di Giustizia ha evocato ed applicato principi generali anche in altre materie¹²¹, esplicitamente attribuendosi un potere nomopoietico in assenza di norme scritte e sviluppando il tema in una giurisprudenza copiosa.

L'esistenza, in un dato ordinamento, di fonti del diritto non scritte non è certo senza precedenti: al contrario, il riferimento ai principi generali di diritto è stato definito “un dato costante dell'esperienza giuridica moderna”¹²². La tendenza ad elaborare ed applicare principi generali è proporzionalmente più forte negli ordinamenti caratterizzati dall'assenza di un potere legislativo a competenza generale, onde risolvere gli inevitabili problemi che pone un *corpus* normativo frammentario¹²³.

È questo il caso, ad esempio, del diritto internazionale pubblico, che non a caso ha fornito interessanti contributi su questa particolare fonte. In estrema sintesi, al filone dottrinale¹²⁴ che riconosce una netta separazione tra i principi propri dell'ordinamento internazionale e i “principi generali di diritto riconosciuti dalle Nazioni civili”, riconosciuti già dall'articolo 38 dello Statuto della Corte Permanente di Giustizia Internazionale¹²⁵, poi trasfuso nell'attuale art. 38 dello Statuto della Corte Internazionale di Giustizia¹²⁶, si contrappone la posizione di chi vede nei principi generali un elemento di continuità, quasi una chiave di volta che sostiene armoniosamente il raccordo tra ordinamento internazionale e ordinamenti statali¹²⁷, e ancora quella di chi interpreta anche lo stesso art. 38 dello Statuto della Corte internazionale di Giustizia come un richiamo a norme intrinsecamente internazionali, che possono trovare negli ordinamenti interni al

¹²⁰Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali (aperta alla firma 4 novembre 1950, entrata in vigore 3 settembre 1953) 213 UNTS 221, così come modificata dai Protocolli 11 e 14 (CEDU).

¹²¹Cause riunite C-46/93-C-48/93 *Brasserie du Pêcheur SA contro Bundesrepublik Deutschland e The Queen contro Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd e altri* [1996] Racc I-1029, punto 27 e ss.

¹²²F Salerno, ‘Principi generali di diritto (diritto internazionale)’ in *Digesto* (UTET 1996) vol. XI, p. 525.

¹²³A Cassese, *International Law* (Oxford University Press 2001) p. 151; S Besson, ‘General Principles in International Law - Whose Principles?’ in S Besson e P Pichonnaz (cur.), *Les principes en droit européen* (Schulthess 2011) p. 64.

¹²⁴Si veda in proposito Cassese (v. nota 123) p. 155; R Luzzatto, ‘Il diritto internazionale generale e le sue fonti’ in SM Carbone, R Luzzatto e A Santa Maria (cur.), *Istituzioni di diritto internazionale* (Terza edizione, Giappichelli 2006) p. 65 e ss.

¹²⁵Statute of the Permanent Court of International Justice (adottata 13 dicembre 1920) 6 LNTS 380.

¹²⁶Statute of the International Court of Justice (adottata 26 giugno 1945) 33 UNTS 993.

¹²⁷B Conforti, *Diritto internazionale* (Nona edizione, Editoriale Scientifica 2013) p. 48 e ss.

più una conferma della propria operatività, ma non certo la propria ragion d'essere¹²⁸.

Quanto al ruolo dei principi generali, tuttavia, le varie posizioni si ravvicinano sensibilmente, enfatizzandone la portata meramente integratrice rispetto al diritto consuetudinario e pattizio¹²⁹.

L'ordinamento comunitario ha in parte ereditato la nozione di principi generali (e il relativo dibattito) dal diritto internazionale, ma in parte esso ha anche dotato i propri principi generali di una fisionomia originale. Per ricostruirne i tratti salienti, il punto di partenza può certo essere ricercato nell'opera di Tridimas specificamente dedicata al tema:

[...] principles have constitutional status. They are binding on the Community institutions and a measure, whether legislative or administrative, which infringes one of them is illegal and may be annulled by the Court. They are also binding on the Member States.¹³⁰

Lo stesso Autore si sofferma a indicarne la fonte nell'estrapolazione condotta dalla Corte di Giustizia, che è operazione ben diversa dalla semplice comparazione¹³¹ e produce norme di natura intrinsecamente comunitaria "a tutti gli effetti e a titolo originario"¹³², inquadrabili nel secondo livello nella gerarchia delle fonti nell'ordine giuridico dell'Unione¹³³. Quanto alle funzioni ordinarie dei principi, esse possono riassumersi nel tridente di guidare l'interpretazione, colmare i vuoti normativi e fungere, ove necessario, da parametro di legittimità degli atti sottordinati¹³⁴.

Rispetto ai principi generali propri del diritto internazionale pubblico, dunque, i principi generali elaborati all'interno del diritto comunitario sono dotati di maggiore efficacia, trovando applicazione anche al di fuori degli angusti limiti della sola interpretazione integratrice. Questa particolarità è riconducibile, da un lato, alla circostanza che l'elaborazione del giudiziario comunitario, diversamente rispetto a quella di altri organi giurisdizionali o arbitrari sovranazionali, si affianca all'attività di produzione del diritto continuativamente svolta da organi politici. D'altro canto, si può ipotizzare che, quantomeno per quanto riguarda i principi estrapolati dal diritto interno, essi riacquistino una maggiore espansione in un ordinamento almeno parzialmente aperto alle istanze individuali¹³⁵.

¹²⁸G Gaja, 'Principi del diritto (diritto internazionale)' in *Enciclopedia del Diritto* (Giuffrè 1986) vol. XXXV, p. 538.

¹²⁹Si veda in tal senso Cassese (v. nota 123) p. 152; Gaja (v. nota 128) p. 539; Luzzatto (v. nota 124) p. 69; Salerno (v. nota 122) p. 539 e ss. *Cfr.* Conforti (v. nota 127) p. 50.

¹³⁰T Tridimas, *The General Principles of E.U. Law* (Seconda edizione, Oxford University Press 2006) p. 6.

¹³¹Tridimas, *The General Principles of E.U. Law* (v. nota 130) p. 7; Si veda anche J Bengoetxea, 'Principia and Teloi' in S Besson e P Pichonnaz (cur.), *Les principes en droit européen* (Schultess 2011) p.80.

¹³²G Tesauro, *Diritto dell'Unione Europea* (Sesta edizione, CEDAM 2010) p. 109.

¹³³P Craig e G De Búrca, *E.U. Law. Text, Cases, Materials* (5th, Oxford University Press 2011) p. 109.

¹³⁴Tridimas, *The General Principles of E.U. Law* (v. nota 130) p.11; J Molinier, 'Principes généraux' in *Répertoire du droit communautaire* (Seconda edizione, Dalloz 2004) p.6; Tesauro (v. nota 132) p.108; Bengoetxea (v. nota 131) p.81.

¹³⁵Sia consentito rinviare sinteticamente alle considerazioni di Salerno (v. nota 122) p. 556, circa le peculiarità dell'applicazione dei principi generali negli ordinamenti internazionali a struttura parzialmente interindividuale.

Si è già messo in luce nelle precedenti sezioni che la loro efficacia vincolante sugli Stati membri conosce una particolare manifestazione nei riguardi dei giudici nazionali, i quali vedono allargato il proprio potere di disapplicare le normative statali confliggenti col principio, anche nelle liti tra privati, onde proteggere i diritti che ne derivano agli individui¹³⁶, e che il loro effetto diretto orizzontale può prodursi tanto in virtù di una normativa che ne è diretta espressione¹³⁷ quanto di una normativa che si propone altre finalità, ma che porta la situazione controversa nell'ambito applicativo del diritto dell'Unione¹³⁸.

Da più parti si è inoltre sottolineata la varietà interna alla famiglia dei principi, promuovendo l'individuazione di una sottocategoria di principi fondamentali sostanziali, tipici di specifici settori del diritto¹³⁹ e non necessariamente enucleati tramite l'estrapolazione¹⁴⁰. Questa proposta trova fondamento nel lessico adottato dalla Corte di Giustizia, che in alcuni casi ha accompagnato la dicitura "principi generali" con la menzione di una specifica branca del diritto. Se e quali siano le differenze nel regime applicativo di questi principi di diritto sostanziale e la più vasta categoria dei principi generali non è tuttavia accertato, e dunque a questa partizione deve riconoscersi un mero valore organizzativo del vasto catalogo formatosi nel corso degli anni.

In questo *corpus* di principi generali, i diritti fondamentali hanno occupato un posto di grande centralità, al punto che, sebbene l'articolo 6 TUE opti formalmente per un sistema "a doppio binario", molti ritenevano che una delle due fonti del diritto sarebbe stata inevitabilmente oggetto di una svalutazione a favore dell'altra. Un editoriale della *Common Market Law Review* ipotizzava tre possibilità: la Carta avrebbe potuto gradualmente scalzare i principi generali dal loro posto di preminenza, oppure i principi avrebbero conservato il proprio ruolo, lasciando alla Carta un valore meramente decorativo, oppure le due fonti sarebbero coesistite in una relazione gerarchica a favore dell'una o dell'altra¹⁴¹. Sebbene cinque anni siano passati dalla pubblicazione di quell'articolo, non è facile individuare con chiarezza quale delle tre soluzioni alternative abbia prevalso.

Diversi Giudici, nei loro scritti extragiudiziali, hanno enfatizzato l'importanza della Carta come punto di partenza del ragionamento giuridico della Corte¹⁴², osservazione peraltro comune a diverse voci dottrinali¹⁴³. Un aspetto particolarmente valorizzato è senz'altro costituito dal fatto che la Carta ha aperto alla Corte l'orizzonte del discorso sui diritti fondamentali, rendendola sempre

¹³⁶ *Defrenne II* (v. nota 12) punto 40.

¹³⁷ *Küçükdeveci* (v. nota 12).

¹³⁸ *Mangold* (v. nota 12).

¹³⁹ Molinier (v. nota 134) p. 2.

¹⁴⁰ Tridimas, *The General Principles of E.U. Law* (v. nota 130) p. 5.

¹⁴¹ 'The scope of application of the general principles of Union law: An ever expanding Union?' (2010) 47(6) *Common Market Law Review* 1589, p. 1595.

¹⁴² Rosas e Kaila (v. nota 36) p.28; George Arestis, *Fundamental rights in the EU: three years after Lisbon, the Luxembourg perspective* (Research Paper 2, College of Europe 2013) (<https://www.coleurope.eu/website/study/european-legal-studies/research-activities>) p. 3-4.

¹⁴³ A titolo di esemplificazione non esaustiva, si vedano O'Leary (v. nota 94) p. O Pollicino e V Sciarabba, 'La Carta di Nizza oggi, tra 'sdoganamento giurisprudenziale' e Trattato di Lisbona' [2008] *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo* 101, p.106; E Gianfrancesco, 'The Charter of Fundamental Rights as a Source of Law' in HJ Blanke e S Mangiameli (cur.), *The European Union after Lisbon* (Springer 2012) p. 297; S Douglas Scott, 'The European Union and Human Rights after the Treaty of Lisbon' (2011) 11(4) *Human Rights Law Review* 645, pp. 669 ess.

meno restia ad impostare fin dall'inizio in questa prospettiva la soluzione dei casi sottoposti al suo giudizio,¹⁴⁴ e sempre più sensibile all'individuazione ed al bilanciamento di tutti gli interessi in gioco¹⁴⁵.

A questo cambiamento, potente e nemmeno troppo sotterraneo, non si è però accompagnato un progressivo abbandono del filone dei principi generali, che anzi continuano a comparire tanto nell'argomentazione giuridica degli Avvocati Generali quanto nelle pronunce della Corte.

Una prima dimostrazione di ciò può ritrovarsi proprio nella sentenza *Küçükdeveci*: sebbene la Corte trarrebbe evidente beneficio dall'appoggiare il proprio ragionamento su una fonte scritta, poiché si appresta a riaprire il controverso filone giurisprudenziale iniziato con *Mangold*, il riferimento alla Carta è poco più che un accenno, mentre la posizione centrale nell'*iter* argomentativo è occupata dal principio generale. Sempre rimanendo nell'ambito del principio di eguaglianza, la sentenza *Test-Achats*¹⁴⁶ riproduce il medesimo schema, citando le disposizioni della Carta e valorizzando il loro rapporto con la direttiva invocata¹⁴⁷, ma continuando a definire il divieto di discriminazione alla stregua di "principio", del quale la Carta non rappresenta che una manifestazione.

Questo atteggiamento, tuttavia, non è circoscritto al solo principio generale di eguaglianza: la già menzionata giurisprudenza *D.E.B.*¹⁴⁸ ripete la medesima trama anche in merito alla tutela giurisdizionale effettiva, definita prima come principio, in ragione della sua ascendenza alle tradizioni costituzionali comuni e alla CEDU, e poi inquadrato nell'ambito della Carta, in ciò ponendosi in continuità con quanto già affermato nella ben più nota sentenza *Kadi*¹⁴⁹.

Da quanto fin'ora esposto sembra potersi trarre la provvisoria conclusione che la Carta non ha scalfito la posizione dei principi generali di diritto quali fonti originarie dei diritti fondamentali, ma può essere considerata un sottoinsieme di questi ultimi, e ne ha semmai potenziato il carattere intrinsecamente comunitario.

Alla luce di questa considerazione, si possono inscrivere le considerazioni svolte nelle precedenti sezioni in un quadro più organico: la configurabilità di un rapporto da genere a specie tra principi generali e diritti della Carta è disturbata dal tenore restrittivo delle c.d. clausole orizzontali, attinenti alla determinazione dell'ambito oggettivo e soggettivo di applicazione della Carta, nonché alle forme di invocabilità di una particolare categoria di disposizioni, i principi. L'ovvio rischio è quello di duplicare (o, se si considera la distinzione tra diritti e principi, di triplicare) i regimi di protezione dei diritti fondamentali nell'Unione Europea. La condizione necessaria alla risoluzione di queste discrepanze è l'adozione di un'interpretazione estensiva degli articoli 51 e 52, che sembra in effetti fare timidamente capolino in alcune pronunce della Corte. Se la Corte dovesse realmente intraprendere un percorso in tal senso, sarà difficile sostenere che l'equilibrio di

¹⁴⁴Iglesias Sánchez (v. nota 117) p.1578.

¹⁴⁵H-J Blanke, 'The Protection of Fundamental Rights in Europe' in H-J Blanke e S Mangiameli (cur.), *The E.U. after Lisbon. Constitutional basis, economic order and external action* (Springer 2012) p. 171.

¹⁴⁶Causa C-236/09 *Association Belge des Consommateurs Test-Achats ASBL e altri contro Conseil des ministres* [2011] Racc I-773.

¹⁴⁷Direttiva 2004/113/CE del Consiglio, del 13 dicembre 2004, che attua il principio della parità di trattamento tra uomini e donne per quanto riguarda l'accesso a beni e servizi e la loro fornitura [2004] GU L-373.

¹⁴⁸*DEB* (v. nota 84).

¹⁴⁹*Kadi* (v. nota 100) punto 335.

poteri tra Unione Europea e Stati Membri non sia stato alterato in favore della prima, al di là del formale rispetto della ripartizione delle competenze prevista dai trattati istitutivi.

Come nota di chiusura, si noterà inoltre che non è passata inosservata la possibilità di basare quest'operazione interpretativa su un'altra disposizione orizzontale, l'articolo 53 della Carta, c.d. clausola di non regressione, per giustificare l'adeguamento del regime della Carta a quello dei principi generali¹⁵⁰. Questo articolo, tuttavia, non è fin'ora comparso nell'argomentare della Corte, probabilmente perché parte del regime dei principi generali, che si vuole andare ad applicare alla Carta, è successivo alla proclamazione di quest'ultima, sebbene antecedente al suo assumere forza vincolate. L'uso della clausola di non regressione presuppone in ogni caso, a parere di chi scrive, una relativa stabilità e consolidamento degli standard di tutela che fungono da parametro, e se si volessero attribuire queste caratteristiche ai principi fondamentali si causerebbe altresì il venir meno del loro carattere di fonte aperta, fluida. Un ulteriore, più probante argomento contro l'uso della clausola di non regressione è quello presentato da Iglesias Sánchez, secondo cui il "livello di protezione" cui fa riferimento l'articolo 53 è uno standard puramente qualitativo e non può in nessun caso essere interpretato come comprensivo dell'allocazione verticale di competenza sulla protezione dei diritti fondamentali¹⁵¹.

¹⁵⁰Tale argomento è presentato ad esempio in H Kaila, 'The Scope of Application of the Charter of Fundamental Rights of the European Union in the Member States' in P Cardonnel, A Rosas e N Wahl (cur.), *Constitutionalising the E.U. Judicial System* (Hart 2012) p.307.

¹⁵¹Iglesias Sánchez (v. nota 117) p. 1584.

Capitolo 2

La tutela dei diritti fondamentali nel contenzioso della libera circolazione

Dopo aver delineato la collocazione dei diritti sociali fondamentali nel sistema delle fonti del diritto comunitario e le problematiche che ne derivano, è opportuno soffermarsi a considerare, in concreto, gli esiti dell'interazione tra gli stessi e il diritto comunitario materiale, ricercando particolarmente eventuali segnali di cambiamento nell'approccio della CGUE, successivi all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona.

Tale disamina non può avere un punto di partenza diverso dalle libertà di circolazione, che hanno storicamente rappresentato il nocciolo duro del diritto comunitario, nonché un potente propulsore dell'integrazione europea. È appena il caso di ricordare come la libera circolazione dei fattori di produzione occupasse una posizione fondamentale e insostituibile nell'originario Trattato CEE, finalizzata com'era alla creazione di quel "mercato comune", nel quale gli Stati fondatori avevano riposto ogni auspicio di un approfondimento della cooperazione intraeuropea, dopo il fallimento della Comunità Europea di Difesa. La prima tappa verso la liberalizzazione degli scambi intracomunitari fu la realizzazione, nel 1968, dell'unione doganale, cui si accompagnarono la progressiva eliminazione dei contingenti, un primo nucleo di norme concernente la libera circolazione dei lavoratori e una certa armonizzazione fiscale ottenuta con l'introduzione generalizzata dell'IVA nel 1970. La produzione legislativa a livello comunitario si concentrò, per parte sua, sull'armonizzazione tecnica, con la conseguente identificazione di un insieme di "euro-prodotti"¹. La crisi economica degli anni Settanta, sebbene abbia causato in un primo momento il ritorno a forme più o meno gravi di protezionismo, si risolse, in ultima istanza, in un ispirato rilancio del progetto europeo da parte della Commissione Delors, un ambizioso programma delineato dal Libro Bianco intitolato al Completamento

¹A Mattera Ricigliano, *Il mercato unico europeo. Norme e funzionamento* (UTET 1990) p.34.

del Mercato Interno. Questo cambiamento semantico, punto di arrivo di una coraggiosa riflessione concettuale e strategica, è puntualmente riflesso nei trattati, con il passaggio dal “mercato comune” del Trattato di Roma al “mercato interno” dell’Atto Unico Europeo, fondato sull’eliminazione, fra gli Stati Membri, dei residui ostacoli alla libera circolazione. Per il conseguimento di tale risultato nel quinquennio previsto dall’Atto Unico, il Libro Bianco formulò un imponente programma operativo, proponendosi di attuarlo, tra l’altro, per mezzo di un diverso approccio all’armonizzazione, che non doveva più mirare all’esaustività (o armonizzazione totale) ma alla fissazione di requisiti essenziali, di standard minimi obbligatori in tutti gli Stati Membri.

Questo ambizioso progetto fu completato cinque anni dopo a Maastricht con la previsione di una unione economica e monetaria e l’introduzione della cittadinanza europea come statuto fondamentale della persona che esercita il diritto di circolazione.

Il ruolo della Corte di Giustizia nella costruzione del mercato interno è stato così centrale da non poter essere sopravvalutato: un giurisprudenza “progressista e illuminata”², crescentemente sollecitata da attori economici sempre più ingegnosi nell’attaccare le normative nazionali lesive dei loro interessi, ha svolto un ruolo qualificato da certa dottrina come “lawmaking and constitution-building”³, in riferimento particolarmente al mercato comune delle merci, il quale, bisogna sottolineare, ha raggiunto un livello di completezza comparativamente maggiore rispetto alle altre libertà, e precedendole cronologicamente, è divenuto quell’“elemento di successo del progetto europeo”⁴ sul quale sono stati collaudati e perfezionati i principi che hanno governato l’integrazione economica.

A fronte di una struttura normativa abbastanza semplice e lineare, basata sul triplice divieto di dazi doganali e tasse di effetto equivalente, di imposizioni interne discriminatorie e di restrizioni quantitative e misure di effetto equivalente, la Corte di Giustizia aprì dapprima nuove possibilità di tutela per gli operatori economici, riconoscendo l’effetto diretto delle disposizioni del trattato garantiti della libera circolazione⁵, quindi adottò un’interpretazione particolarmente ampia di cosa costituisca una misura vietata⁶, presidiando infine le deroghe am-

²Mattera Ricigliano (v. nota 1) p. 4.

³A Stone Sweet e M McCown, ‘The Free Movement of Goods’ in A Stone Sweet (cur.), *The judicial construction of Europe* (OUP 2004) p. 133.

⁴Commissione Europea Direzione generale per le Imprese e l’industria, *Libera circolazione delle merci. Guida alle disposizioni del Trattato che regolano la libera circolazione delle merci* (2010) (http://ec.europa.eu/enterprise/policies/single-market-goods/files/goods/docs/art34-36/new_guide.it.pdf) p.7.

⁵Sancita dalla sentenza *Van Gend en Loos* (v. nota 1) con riguardo al divieto di dazi; e dalla successiva giurisprudenza Causa 74/76 *Iannelli e Volpi Spa contro ditta Paolo Meroni* [1977] Racc, 557, punto 13, con riguardo al divieto di restrizioni quantitative. Per quanto riguarda le altre libertà fondamentali, si veda Causa 2/74 *Jean Reyners contro Stato belga* [1974] Racc, 631, per il diritto di stabilimento; Causa 33/74 *Johannes Henricus Maria van Binsbergen contro Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid* [1974] Racc, 1299, per la libera circolazione dei servizi; Causa 167/73 *Commissione delle Comunità europee contro Repubblica francese* [1974] Racc, 359, per la libera circolazione dei lavoratori; Causa C-163/94 *Procedimenti penali contro Lucas Emilio Sanz de Lera e altri* [1992] Racc I-4821, per la libera circolazione dei capitali. Per una panoramica sull’effetto diretto orizzontale delle libertà di circolazione, si veda S de Vries e R van Mastrigt, ‘The Horizontal Direct Effect of the Four Freedoms: from a Hodgepodge of Cases to a Seamless Web of Judicial Protection in the EU Single Market?’ in U Bernitz, X Groussot e F Schulyok (cur.), *General principles of EU law and European private law* (Wolters Kluwer 2013).

⁶Si veda per quanto riguarda i dazi doganali Causa 24/68 *Commissione delle Comunità Europee contro Repubblica Italiana* [1969] Racc, 193; per quanto riguarda le restrizioni quan-

messe dal Trattato con un test di proporzionalità particolarmente stringente⁷. Dopo una prima fase in cui il contenzioso si era focalizzato sugli ostacoli più ovvii e macroscopici alla libera circolazione delle merci, la Corte allargò ulteriormente il campo di applicazione del diritto del mercato interno, appuntando la propria attenzione sugli standard tecnici nazionali regolanti la composizione e commercializzazione dei prodotti, sancendo in tale occasione il principio di mutuo riconoscimento ed elaborando, a mo' di contrappeso, la categoria dogmatica delle ragioni imperative di interesse generale, che ampliava di fatto il novero delle cause di giustificazione opponibili dagli Stati Membri a fronte di una restrizione non discriminatoria della libera circolazione⁸.

La sentenza *Cassis de Dijon* si atteggia come un corrispettivo, nell'ambito della libera circolazione delle merci, di una sentenza resa poche settimane prima con riferimento alla libera circolazione dei servizi: *Van Wesemael*⁹. In maniera del tutto analoga è stata ammessa la rilevanza delle ragioni imperative di interesse generale con riguardo alle restrizioni alla libertà di stabilimento¹⁰, alla libera circolazione dei lavoratori¹¹ ed alla libera circolazione dei capitali¹².

È rilevante la circostanza, giustamente sottolineata dal Weatherill, che l'ambito del controllo giurisdizionale eccede così di gran lunga l'ampiezza della competenza legislativa dell'Unione, in virtù della formulazione stessa del Trattato, che pone l'accento sul risultato da conseguire:

[i]t is the *functional* breadth of Article 34 TFEU and the other Treaty freedoms which is highly relevant to their deep impact on national regulatory autonomy.¹³

È di tutta evidenza, quindi, che il contenzioso in materia di mercato interno è per sua natura anche un contenzioso sulla competenza, la cui meccanica di base potrebbe essere descritta, con un qualche grado di semplificazione, nei termini di una contrapposizione tra, da un lato, la Commissione Europea e numerosi operatori economici privati, uniti dall'istanza di garanzia delle libertà di circolazione, e dall'altro lato gli Stati Membri, che tendenzialmente difendono le proprie normative nazionali (e dunque, almeno indirettamente, la propria competenza) tramite il ricorso alle cause di giustificazione o alle ragioni imperative di interesse generale.

Come situare in questa complicata cornice il ruolo dei diritti fondamentali e poi, più nello specifico, dei diritti sociali fondamentali? È necessario sottolineare in

titative Causa 8/74 *Procureur du Roi contro Benoît e Gustave Dassonville* [1974] Racc, 837; ed infine Causa 252/86 *Gabriel Bergandi contro Directeur général des impôts* [1988] Racc, 1343, con riguardo alle imposizioni interne.

⁷Si veda Causa 104/75 *Adriaan de Peijper, direttore della società Centrafarm BV* [1976] Racc, 613, punti 16-18.

⁸Causa 120/78 *Rewe-Zentral AG contro Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* [1979] Racc, 649.

⁹Causa 110/78 *Pubblico ministero e Chambre syndicale des agents artistiques et impresarii de Belgique, ASBL contro Willy van Wesemael ed altri* [1979] Racc, 35.

¹⁰Causa 71/76 *Jean Thieffry contro Conseil de l'ordre des avocats à la cour de Paris* [1977] Racc, 765.

¹¹Causa C-19/92 *Dieter Kraus contro Land Baden-Württemberg* [1992] Racc I-1663.

¹²Causa C-463/00 *Commissione delle Comunità europee contro Regno di Spagna* [2003] Racc I-4581.

¹³S Weatherill, 'From Economic Rights to Fundamental Rights' in S de Vries, U Bernitz e S Weatherill (cur.), *The Protection of Fundamental Rights in the E.U. after Lisbon* (Hart Publishing 2013) p. 17.

primo luogo che né i fautori della libera circolazione né i suoi detrattori hanno disdegnato la possibilità di usare i diritti fondamentali nella propria argomentazione, sicché è possibile imbattersi tanto in casi nei quali i diritti fondamentali sono invocati a sostegno delle libertà previste dal Trattato, quanto casi in cui essi sono invocati in funzione di eccezione alle stesse e financo in casi nei quali le due posizioni coesistono nell'ambito del medesimo procedimento.

Il diverso atteggiarsi della tutela dei diritti fondamentali, a seconda che sia consonante o dissonante con le libertà di circolazione, è già stato oggetto di una, se non copiosa, quantomeno nutrita letteratura, che registra una divergenza talvolta radicale di posizioni: se taluni accusano la Corte di Giustizia di essersi avvalsa dei diritti fondamentali in un'ottica di mera valorizzazione delle libertà economiche¹⁴, altra dottrina sembra porre maggiormente l'accento sulla sinergia tra i due¹⁵.

In questo capitolo ci proponiamo di inserirci in questo filone di analisi concentrando però la nostra attenzione in particolare sui diritti sociali, la cui protezione nel mercato interno sarà comparata con quella approntata per altre categorie di diritti fondamentali e declinata nella sua dimensione cronologica, onde poter evidenziare gli elementi di continuità o di cambiamento tra il "pre" e il "post" Lisbona. Saranno esclusi dalla disamina i casi pertinenti alla libera circolazione dei cittadini europei, i quali saranno oggetto di separata trattazione nel capitolo successivo.

2.1 I diritti fondamentali invocati a sostegno delle libertà fondamentali

2.1.1 Dalle origini alla proclamazione della Carta

È poco sorprendente che il primo caso in questo filone riguardi la libera circolazione dei lavoratori, giacché è proprio il fattore lavoro che, più degli altri, si presta a superare gli aspetti più prettamente economici, data l'ineliminabile poliedricità della persona umana che è beneficiaria della libertà di circolazione. Intorno alla metà degli anni Settanta, infatti, la Corte fu investita di diversi casi volti a testare l'effettiva consistenza di questo principio; si ricorderà la già citata sentenza *Commissione c. Francia*, nella quale venne affermato che la rilevante disposizione del Trattato era dotata di effetto diretto, alla quale seguirono le sentenze *Van Duyn*, *Bonsignore* e *Rutili*¹⁶.

È proprio l'ultimo dei casi citati a rappresentare un primo, embrionale esempio di sinergia tra diritto del mercato interno e diritti fondamentali. I fatti di causa sono noti: a un migrante c.d. di seconda generazione, che aveva mantenuto la cittadinanza paterna pur essendo residente in Francia sin dalla nascita, viene indirizzato un provvedimento limitativo del diritto di soggiorno, che esclude la

¹⁴J Heliskoski, 'Fundamental Rights versus Economic Freedoms in the European Union: Which Paradigm?' in J Pettman e JAM Klabbbers (cur.), *Nordic Cosmopolitanism: Essays in International Law for Maarti Koskenniemi* (Nijhoff 2003) p. 429.

¹⁵S Prechal, 'Fundamental Rights and the Liberalization of Service Markets' in JW van der Groden (cur.), *E.U. and W.T.O. Law on Services: Limits to the Realization of General Interest Policy within the Service Market?* (Kluwer Law International 2009) p. 63.

¹⁶Causa 41/74 *Yvonne van Duyn contro Home Office* [1974] Racc, 1337; Causa 67/74 *Carmelo Angelo Bonsignore contro Oberstadtdirektor der Stadt Köln* [1975] Racc, 297; Causa 36/75 *Roland Rutili contro Ministre de l'intérieur* [1975] Racc, 367.

possibilità di accedere e risiedere nei dipartimenti lorenesi. I fatti che sono alla base di tale provvedimento restrittivo, dallo stesso enumerati, possono essere descritti come varie declinazioni della partecipazione alla vita politica: dall'intervento in campagna elettorale all'adesione a varie manifestazioni.

Merita di essere sottolineato in primo luogo il passaggio relativo all'individuazione del contenuto della deroga, laddove si precisa che sebbene gli Stati Membri siano sostanzialmente liberi di determinare le esigenze dell'ordine pubblico, tale operazione non esula però dal controllo delle istituzioni comunitarie, che devono vegliare a che le deroghe ai principi di parità di trattamento e di libera circolazione siano di stretta interpretazione¹⁷.

La cornice normativa entro cui la Corte è chiamata a decidere è costituita, oltre che dalla disposizione dell'art. 48 del Trattato CEE, dal Regolamento 1612/68¹⁸, il quale riconosce, al suo art. 8, la parità di trattamento del lavoratore comunitario rispetto al lavoratore nazionale in relazione all'iscrizione al sindacato e all'esercizio dei diritti sindacali, ivi incluso il diritto di elettorato attivo e passivo nelle rappresentanze dei lavoratori. È proprio su questa disposizione che poggia il ragionamento giurisprudenziale, teso ad escludere che l'esercizio di un diritto garantito possa concretare al contempo un motivo di applicazione della riserva dell'ordine pubblico¹⁹.

La motivazione della sentenza precisa inoltre che la garanzia dei diritti elencati all'art. 8 del Regolamento è espressione di un più generale principio, secondo il quale le restrizioni apportate in nome dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica devono essere sottoposte al test della necessità in una società democratica, e non possono, appunto, superare la soglia della necessità²⁰. A sostegno dell'esistenza di un principio generale di tal fatta, la sentenza cita diverse disposizioni della CEDU contenenti la suddetta clausola²¹.

La formulazione dei punti 31 e 32, esposti sopra, permette di inferire senza difficoltà che la Corte, più che far entrare il tema dei diritti umani nella sua decisione, effettua un'equiparazione dei diritti di matrice comunitaria, quelli garantiti dal Regolamento 1612/68, con i diritti umani garantiti dalla CEDU, quanto al metodo di tutela, e più in particolare al test da applicare alle restrizioni. In nessun passo della sentenza è riconosciuta esplicitamente l'affiliazione dei diritti sindacali alla più vasta famiglia dei diritti umani, sebbene una simile conclusione possa essere suggerita dalla citazione della CEDU e dall'applicazione del test di proporzionalità che è proprio ad alcune sue disposizioni. I diritti fondamentali sono qui usati in funzione di aiuto all'interpretazione della fonte secondaria e quindi, indirettamente, della libertà di circolazione invocata.

È degna di nota inoltre la circostanza che, seppur non arrivando a un'operazione di espressa qualificazione, la sentenza sembri suggerire l'inquadramento delle condotte del Rutili nell'alveo dell'esercizio dei diritti sindacali, o, quantomeno, politico-sindacali, nonostante questa coloritura non risulti dalle più dettagliate Conclusioni dell'A.G. Mayras²². La finalità di questa scelta può ipotizzarsi essere la preoccupazione di ricondurre i fatti di causa alle previsioni del Rego-

¹⁷ *Rutili* (v. nota 16) punto 27.

¹⁸ Regolamento (CEE) n 1612/68 del Consiglio, del 15 ottobre 1968, relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità [1968] GU L-257.

¹⁹ *Rutili* (v. nota 16) punto 31.

²⁰ *Ibid.*, punto 32.

²¹ CEDU, artt. 8,9,10,11 e art. 2 del Prot. 4.

²² Conclusioni dell'A.G. Mayras in *Roland Rutili c Ministre de l'Interieur* 36/75, [1975] Racc.

lamento 1612/68, specie se si considera che la sentenza in questione precede la proclamazione dei diritti fondamentali come componente dei principi generali di diritto. Non si può comunque negare che questa scelta sottintenda un *continuum* tra diverse categorie di diritti, ed in particolare diritti politici e diritti sociali, che si rivela in armonia anche con l'attuale giurisprudenza che, come si è illustrato nel precedente capitolo, appare restia ad avvalersi della distinzione tra diritti e principi, e sembra invece più vicina ad una concezione unitaria dei diritti dell'uomo.

Riguardata infine dal punto di vista della ripartizione di competenze, la sentenza *Rutili* irrigidisce lo scrutinio di legittimità del comportamento di uno Stato Membro, e ne restringe la discrezionalità nella determinazione delle esigenze di ordine pubblico. Nelle conclusioni sulla causa *Watson e Bellman*, l'A.G. Trabucchi avanzò una più ardita lettura di questo giudizio, sostenendo che i principi relativi alla tutela dei diritti dell'uomo fossero ormai entrati nel novero dei parametri che la Corte ha facoltà di valutare, almeno nella misura in cui sono ricollegabili ad un diritto economico tutelato dal Trattato²³.

Per scrupolo di completezza, si deve menzionare che il corrispettivo della giurisprudenza *Rutili* con riguardo ai diritti di matrice liberale si può indicare in *ADBHU*²⁴, laddove oggetto del sindacato della Corte è però una direttiva, e non una misura statale. La Corte vi precisa che il libero esercizio del commercio è un principio generale posto sullo stesso piano delle libertà di circolazione, non sembra tuttavia trattarlo come elemento che ne amplia o ne specifica il significato²⁵.

La causa *Heylens* aggiunge un ulteriore elemento di riflessione, laddove ritiene che esista e sia tutelato dal Trattato un diritto individuale al libero accesso al lavoro, e vi aggancia la necessità di un rimedio giurisdizionale contro gli atti potenzialmente lesivi²⁶.

Nella sinossi disegnata da Heliskoski, la causa *Cinéthèque* è citata come un caso che segna un relativo arretramento della soglia di protezione²⁷. A fronte di una normativa francese che limitava nel tempo la commercializzazione opere cinematografiche in formato di videocassetta, onde favorire, almeno in un primo momento, la proiezione nelle sale cinematografiche, la Corte non ha accolto l'argomento dei produttori cinematografici, che ritenevano tale sistema contrario alla libertà di espressione, oltre che al principio di libera circolazione delle merci²⁸. La pronuncia, in realtà, conferma almeno in parte le considerazioni del Trabucchi, precedentemente riportate, giacché il diniego della Corte di condurre una valutazione della misura sottopostale anche alla luce dell'art. 10 CEDU trova fondamento nella circostanza che la misura in questione non rientrava nel campo di applicazione del diritto comunitario; in compenso, lo stesso passo della sentenza ribadisce l'impegno della Corte a garantire il rispetto dei diritti fondamentali "nel settore specifico del diritto comunitario"²⁹.

²³ *Lynne Watson e Alessandro Bellman* 118/75, [1976] Racc 1200.

²⁴ Causa 240/83 *Procureur de la République contro Association de défense des brûleurs d'huiles usagées (ADBHU)* [1985] Racc, 531.

²⁵ *Ibid.*, punto 9.

²⁶ Causa 222/86 *Union nationale des entraîneurs et cadres techniques professionnels du football (Unectef) contro Georges Heylens e altri* [1987] Racc, 4097, punto 14.

²⁷ Heliskoski (v. nota 14) p. 424.

²⁸ Causa 60/84-61/84 *Cinéthèque SA ed altri contro Fédération nationale des cinémas français* [1985] Racc, 2605.

²⁹ *Ibid.*, punto 26.

Un iter argomentativo analogo è riscontrabile in *Grogan*³⁰. I fatti di causa sono ben noti: alcune associazioni studentesche, di cui facevano parte i convenuti della causa principale, si erano rese autrici della pubblicazione e diffusione di opuscoli informativi, contenenti indicazioni circa la possibilità di abortire legalmente fuori dall'Irlanda, dove tale attività è a tutt'oggi interdetta. I convenuti del giudizio principale avevano argomentato che il divieto di diffondere tali informazioni era lesivo tanto della libera prestazione dei servizi quanto della libertà di espressione. La Corte declinò la propria competenza sulla base dell'assenza di un qualsivoglia collegamento tra le associazioni studentesche e le cliniche straniere, le cui attività erano pubblicizzate; in conseguenza di ciò, la questione relativa alla pretesa violazione dell'art. 10 CEDU non fu esaminata³¹. La libertà di espressione ha peraltro avuto maggior fortuna nel già citato caso *E.R.T.*³², laddove la Corte ha per la prima volta articolato in maniera chiara il nesso tra la deroga alle libertà del Trattato e il rispetto dei diritti fondamentali. La successiva causa *Familiapress* esemplifica una situazione in cui tanto il privato quanto lo stato si avvalgono per la loro difesa della libertà di espressione. I fatti di causa vertevano sul divieto di commercializzazione di periodici contenenti giochi a premi o concorsi imposto dal governo austriaco: il convenuto del giudizio principale, una casa editrice tedesca, invocava la libertà di espressione per rinforzare la propria pretesa di commercializzare in Austria i periodici banditi, mentre la repubblica austriaca sosteneva che la limitazione fosse strumentale al mantenimento del pluralismo della stampa, anch'esso funzionale alla libertà di espressione. La decisione della Corte segna quindi l'inclusione di questo diritto fondamentale nel parametro di giudizio della giustificazione avanzata dallo Stato Membro responsabile della restrizione alla libera circolazione (nel caso di specie, l'Austria)³³.

Nei decenni antecedenti la proclamazione della Carta dei diritti fondamentali, dunque, era già stato affermato che le libertà di circolazione constano anche di una componente legata ai diritti della persona, ciò che può causare un ampliamento del parametro di legittimità e rende imprescindibile l'approntamento di un rimedio giurisdizionale come soglia minima di tutela. Il test relativo al rispetto dei diritti fondamentali, tuttavia, non può essere attivato se non si accerta preliminarmente la competenza della Corte, ciò che potrebbe dare l'impressione che le libertà di circolazione si trovino in una posizione privilegiata, dal momento che in assenza di una loro violazione diventa impossibile anche il sindacato dei diritti fondamentali, ma in realtà è l'ineliminabile conseguenza della struttura della competenza della Comunità.

Una critica più feroce, ma fundamentalmente simile, era stata formulata da Coppel e O'Neill in un ormai famoso articolo della prima metà degli anni Novanta³⁴. I due autori imputavano alla giurisprudenza che si è fin qui ripercorsa una sorta di "dirottamento" dei diritti umani, che sarebbero divenuti serventi rispetto al fine dell'integrazione economica, e non avrebbero più rappresentato il vertice gerarchico delle fonti del diritto. Si paventava altresì che il progressivo *compe-*

³⁰Causa C-159/90 *Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd contro Stephen Grogan e altri* [1991] Racc I-4685.

³¹Ibid., punto 62.

³²*ERT* (v. nota 39) punto 43.

³³Causa C-368/95 *Vereinigte Familiapress Zeitungsverlags- und vertriebs GmbH contro Heinrich Bauer Verlag* [1997] Racc I-3689, punto 26.

³⁴J Coppel e A O'Neill, 'The European Court of Justice: Taking Rights Seriously?' (1992) 29(4) *Common Market Law Review* 669.

tence creep avrebbe finito per privare gli ordinamenti degli Stati Membri delle caratteristiche che maggiormente ne marcavano l'identità. Con un altrettanto famoso articolo di risposta, Weiler e Lochart sottolineavano invece i rischi di una eccessiva deferenza della Corte verso gli ordinamenti nazionali, ed esortavano i membri della Corte a sentirsi espressione di una Comunità di uomini, prima che di una Comunità di Stati³⁵.

Pare a chi scrive che non si possa, nel filone giurisprudenziale appena esposto, ravvisare un vero travisamento dei diritti fondamentali per il solo fatto che essi sono usati in funzione interpretativa e integrativa delle libertà di circolazione. Paradossalmente, proprio questa impostazione del ragionamento è garanzia del rispetto del riparto di competenze tra Comunità e Stati Membri.

Nemmeno sembra di poter discernere, almeno in questa fase, un discrimine di qualche importanza tra diritti sociali ed altri diritti fondamentali, al contrario le cause *Rutili* ed *Heylens* sembrano testimoniare l'inserimento armonico di questi nel quadro delle esigenze bisognose di tutela.

2.1.2 Dalla proclamazione della Carta alla sua efficacia vincolante

Dopo il 2001, la Corte sembra in qualche misura ancor più disinvolta nell'avvalersi del connubio tra libertà di circolazione e diritti fondamentali. L'esempio più lampante di questa tendenza è probabilmente il caso *Carpenter*³⁶, in cui la Corte ha istituito un collegamento non certo intuitivo o scontato tra la libera prestazione dei servizi, come garantita dall'art. 49 TCE, e il diritto alla vita privata e familiare, come garantito dall'art. 8 CEDU.

La vicenda venuta all'attenzione della Corte origina dal provvedimento di espulsione emesso dalle autorità del Regno Unito ai danni della ricorrente, Mary Carpenter, cittadina filippina sposata a un cittadino britannico, per aver quest'ultima ommesso di richiedere la proroga del proprio permesso di soggiorno, pur avendo soggiornato ininterrottamente nel Regno Unito, dove aveva tra l'altro contratto matrimonio (autentico) con il sig. Carpenter, un imprenditore che esercitava il diritto alla libera prestazione dei servizi. La Corte ha considerato che l'espulsione della ricorrente avrebbe arrecato nocumento al diritto della coppia alla vita familiare, riverberando poi sull'esercizio, da parte del marito, della libertà fondamentale alla prestazione transfrontaliera di servizi³⁷.

Ricordando quindi la formula già elaborata in *ERT*, la Corte afferma che una misura nazionale restrittiva di una delle libertà fondamentali può essere giustificata, ove lo Stato in questione adduca motivi di interesse generale, solo se è altresì rispettosa dei diritti fondamentali. L'ordine di espulsione della ricorrente viene quindi esaminato alla luce del diritto alla vita familiare, e giudicato sproporzionato rispetto alla finalità di garantire l'ordine pubblico, in vista della condotta assolutamente inoffensiva della ricorrente durante il soggiorno nel Regno Unito, dell'autenticità del suo matrimonio e della sua effettiva parteci-

³⁵JHH Weiler e JS Lockhart, "Taking Rights Seriously" Seriously: The European Court of Justice and its Fundamental Rights Jurisprudence –Part II' (1995) 32(2) Common Market Law Review 579.

³⁶Causa C-60/00 *Mary Carpenter contro Secretary of State for the Home Department* [2002] Racc I-6279.

³⁷*Ibid.*, punto 39.

pazione al *ménage* familiare³⁸.

In conclusione,

l'art. 49, letto alla luce del diritto fondamentale al rispetto della vita familiare, dev'essere interpretato nel senso che osta a che, in una situazione quale quella di cui alla causa principale, lo Stato membro di origine di un prestatore di servizi stabilito in tale Stato, il quale fornisce servizi a destinatari stabiliti in altri Stati membri, neghi il diritto di soggiorno nel suo territorio al coniuge del detto prestatore, cittadino di un paese terzo.

La giurisprudenza *Carpenter* è emblematica dell'ampiezza che possono raggiungere le libertà fondamentali quando interpretate alla luce dei diritti fondamentali: i coniugi *Carpenter* non avevano esercitato la propria libertà di circolazione, non avendo lasciato il Regno Unito che sporadicamente, e dunque l'unico elemento di estraneità che collegava la fattispecie al diritto dell'Unione era la prestazione transfrontaliera di servizi condotta dal sig. *Carpenter*, ciò che non radica in capo alla sua coniuge alcun diritto di ingresso o di soggiorno di matrice comunitaria, opponibile allo Stato Membro di origine. La lettura estensiva dell'art. 49 CE ovvia a questa difficoltà, ampliando quindi in via giurisprudenziale il novero delle ipotesi in cui il diritto alla vita familiare è protetto per l'intervento delle fonti secondarie.

Un contenimento a questa spinta espansiva può rinvenirsi nella successiva sentenza *Karner*³⁹. Di fronte a una normativa austriaca che vieta l'inserimento negli annunci pubblici di vendita di qualsiasi riferimento alla provenienza della merce da un fallimento, allorché la stessa non faccia più parte della massa fallimentare, la convenuta del giudizio principale ha sollevato, assieme alla questione della limitazione della libera circolazione delle merci, anche un motivo relativo alla pretesa violazione della libertà di espressione. La pronuncia della Corte è piuttosto stupefacente: sebbene la norma austriaca venga riconosciuta come inerente le modalità di vendita⁴⁰, e dunque non ricadente nel divieto di restrizioni quantitative ai sensi della giurisprudenza *Keck e Mithouard*⁴¹, il profilo di restrizione della libera circolazione dei servizi (pubblicitari, in questo caso), viene ritenuto servente rispetto alla libera circolazione dei beni, e dunque la misura nazionale non deve essere scrutinata anche con riferimento a tale principio.

Se seguisse l'*iter* logico-argomentativo già dimostrato in *Cinéthèque* e *Grogan*, la Corte dovrebbe a questo punto declinare di analizzare i fatti di causa sotto l'angolo visuale della violazione dei diritti fondamentali, giacché questi ultimi rientrano nella sua competenza solo nella misura in cui la situazione ricada nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, conformemente a quanto ribadito dall'art. 51 CDF, ma la sentenza si discosta drammaticamente dal suo precedente, procedendo ad uno scrutinio di proporzionalità anche in relazione alla libertà di espressione.

I successivi commentari sottolineano questa incongruenza:

³⁸Ibid., punto 45.

³⁹Causa C-71/02 *Herbert Karner Industrie-Auktionen GmbH contro Troostwijk GmbH* [2004] Racc I-3025.

⁴⁰Ibid., punto 43.

⁴¹Causa C-268/91 *Procedimento penale a carico di Bernard Keck e Daniel Mithouard* [1993] Racc I-6097.

[a]pparently but not entirely comprehensibly - and certainly not substantiated by the ECJ - the national rules were believed to be within the field of application of Community law. A possible explanation could lie in the fact that the potential qualification of a measure as a restriction prohibited under Article 28 suffices to consider the matter as within the scope of Community law.⁴²

Se la scelta di procedere allo scrutinio di compatibilità con l'art. 10 CEDU sia rivelatrice quanto alla natura delle "modalità di vendita" come individuate dalla sentenza *Keck*, è un interrogativo di grande interesse, che richiederebbe però altri spazi rispetto a quelli che possono essergli tributati nella presente trattazione. Rientrando nel quadro dell'indagine sul rapporto tra libertà fondamentali e diritti fondamentali, è ipotizzabile che la Corte si sia spinta in questa analisi onde dare prova di un'accresciuta sensibilità nei confronti della tematica dei diritti fondamentali, fornendo alcune indicazioni di carattere generale, che peraltro risultano assolutamente degne di nota:

È pacifico che il margine di valutazione discrezionale di cui dispongono le autorità competenti per stabilire dove si trovi il giusto equilibrio tra la libertà di espressione e gli obiettivi sopramenzionati è variabile per ciascuno degli scopi che giustificano la limitazione di tale diritto e secondo la natura delle attività considerate. Qualora l'esercizio della libertà non contribuisca ad un dibattito di interesse generale e, per giunta, ci si collochi in un contesto in cui gli Stati hanno un certo margine di valutazione discrezionale, il controllo si limita alla verifica del carattere ragionevole e proporzionale dell'ingerenza. Altrettanto vale per l'uso commerciale della libertà di espressione, soprattutto in un settore così complesso e oscillante come quello della pubblicità.⁴³

Con questo giudizio la Corte procede quindi a delimitare i confini dell'interpretazione in combinato di libertà di circolazione e diritti fondamentali: quanto più le due fonti convergono rispetto all'oggetto di tutela, tanto meno penetrante sarà il sindacato sulla misura statale; se ne può arguire che, di converso, laddove una misura statale contestata leda in un sol colpo due interessi diversi tra loro, sarà più difficile giustificarla. In termini più generali, le libertà di circolazione acquistano slancio dall'interpretazione in combinato con i diritti fondamentali se e nella misura in cui questi ultimi arricchiscono la nostra comprensione delle prime con nuovi elementi, e non quando si limitano a riaffermarle.

Il periodo intercorrente tra la proclamazione della Carta e la sua assimilazione al diritto primario sembra quindi caratterizzarsi nel senso di una minor ritrosia della Corte a scandagliare le questioni che le sono sottoposte dal punto di vista dei diritti umani, confermando il precedente *trend* di valorizzazione di questi ultimi in quanto portatori di un valore aggiunto rispetto alle libertà del Trattato, e non semplicemente come fossero un nuovo involucro degli stessi interessi.

⁴²Prechal, 'Fundamental Rights and the Liberalization of Service Markets' (v. nota 15) p. 58.

⁴³*Karner* (v. nota 39) punto 51.

2.1.3 Dopo Lisbona

Il *trend* fin qui riscontrato è ulteriormente chiarito dalla giurisprudenza più recente.

La sentenza *Pfleger* vede il ricorrente del giudizio principale lamentare una restrizione della libera prestazione dei servizi e allo stesso tempo la violazione degli articoli da 15 a 17 CDF (libertà professionale, libertà d'impresa, diritto di proprietà), causato dalle restrizioni imposte dall'Austria sull'offerta di gioco d'azzardo.

La Corte precisa in tale contesto che

[...]un'ingiustificata o sproporzionata restrizione della libera prestazione di servizi di cui all'articolo 56 TFUE non è neppure ammissibile ai sensi del suddetto articolo 52, paragrafo 1, con riferimento agli articoli da 15 a 17 della Carta.

Di conseguenza, una verifica della restrizione costituita dalla normativa nazionale oggetto dei procedimenti principali alla luce dell'articolo 56 TFUE comprende pure le eventuali restrizioni dell'esercizio dei diritti e delle libertà fondamentali previsti agli articoli da 15 a 17 della Carta, sicché un esame separato a tal titolo non è necessario.⁴⁴

La convergenza dell'oggetto di tutela in concreto, ancora una volta, rende inutile un esame della violazione del diritto fondamentale separato rispetto all'esame della restrizione alla libertà di circolazione. Con la sentenza appena citata, la Corte sembra quindi instaurare un duplice parallelismo tra libertà di circolazione e diritti fondamentali: quanto alle tecniche di tutela, nel primo punto citato, e quanto al contenuto nel secondo.

È difficile sostenere che una scelta di questo tipo non implichi, in una certa misura, un appiattimento dei diritti invocati sulla sola dimensione della libertà di circolazione, ma d'altro canto non si deve dimenticare che l'interpretazione degli articoli della Carta in questione trova la sua cornice di riferimento nei fini e nei principi che sono propri del mercato unico. La profondità dell'analisi può ben aumentare al variare del contesto, come dimostra ad esempio la sentenza *Scarlet*, laddove, nell'interpretare le direttive in materia di protezione del diritto d'autore, protezione dei dati personali e commercio elettronico, la Corte mostra di attribuire ben altra importanza alla libertà d'impresa, ponendola sullo stesso piano di altri diritti fondamentali non a carattere economico, quali il diritto di ricevere e fornire informazioni e il diritto alla protezione dei dati personali⁴⁵.

Per quanto attiene invece i casi di scarsa convergenza tra l'oggetto di tutela in concreto, l'approccio adottato in *Carpenter* è stato confermato dalla più recente sentenza *S. e G.*⁴⁶, sebbene in maniera piuttosto indiretta.

All'origine del giudizio principale sono le situazioni di due cittadine extracomunitarie, S. e G., rispettivamente suocera e moglie di due cittadini dell'Unione, lavoratori subordinati, residenti nello Stato membro di cui hanno la cittadinanza, i Paesi Bassi. Vedendosi negare il documento di soggiorno, le due ricorrenti hanno proposto opposizione di fronte alla competente autorità giurisdizionale,

⁴⁴Causa C-390/12 *Causa promossa da Robert Pfleger e altri* [2014] non ancora pubblicata, punti 59-60.

⁴⁵Causa C-70/10 *Scarlet Extended SA contro Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)* [2011] Racc I-11959, punto 53.

⁴⁶Causa C-457/12 *S contro Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel e Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel contro G* [2014] non ancora pubblicata.

facendo valere il proprio ruolo nella cura dei figli minori dei cittadini europei presso cui soggiornavano, lavoratori transfrontalieri.

La pronuncia in questione, se da un lato estende la giurisprudenza *Carpenter* anche all'articolo 45 TFUE, dall'altro sposta però l'attenzione sull'effettività dell'esercizio della libera circolazione, attutendo di molto il riferimento al diritto alla vita familiare. Il diritto fondamentale viene menzionato solo *en passant* con riferimento appunto al caso *Carpenter*, e risulta invece completamente omesso nei punti della sentenza specificamente dedicati alle fattispecie in esame:

È certamente vero che l'interpretazione dell'articolo 56 TFUE cui la Corte ha proceduto nella citata sentenza *Carpenter* è applicabile all'articolo 45 TFUE. L'efficacia pratica del diritto di libera circolazione dei lavoratori può difatti richiedere che un diritto di soggiorno sia concesso al cittadino di un paese terzo, familiare del lavoratore, cittadino dell'Unione, nello Stato membro di cui quest'ultimo possiede la cittadinanza.

Ciò nondimeno, la finalità e la ratio di un siffatto diritto di soggiorno derivato si basano sulla constatazione che il rifiuto del riconoscimento è tale da pregiudicare l'esercizio delle libertà fondamentali garantite dal Trattato FUE.⁴⁷

La Carta dei Diritti Fondamentali, sebbene inclusa dall'A.G. Sharpstone nel novero delle fonti rilevanti per la soluzione del caso⁴⁸, non è affatto menzionata nella sentenza. Questa stupefacente omissione è la riprova di una perdurante esitazione circa la rilevanza da attribuire ai diritti fondamentali, particolarmente in relazione alle fondamenta del mercato interno. La sentenza *S. e G.*, sebbene non rimetta formalmente in discussione la giurisprudenza *Carpenter*, sembra quantomeno suggerire che è opportuno riferirsi a questo precedente con una buona dose di cautela, e che dove il riferimento alla Carta non è indispensabile per giungere ad una soluzione soddisfacente, l'interpretazione delle disposizioni dei Trattati alla luce del principio dell'effetto utile è da preferirsi.

In conclusione, non sembra ci siano elementi per rimettere in discussione la regola di massima già emersa nelle precedenti sezioni, per cui i diritti fondamentali invocati a sostegno delle libertà di circolazione sono tanto più valorizzati quanto meno l'oggetto di tutela delle due norme coincide. Tuttavia l'effettivo uso della CDF a sostegno delle libertà di circolazione potrebbe divenire meno evidente in futuro, se è lecito ricavare indicazioni dalla giurisprudenza *S. e G.*

Sembra anche si possa ragionevolmente ritenere che molti diritti di prima generazione non saranno affatto beneficiati dal criterio di convergenza che abbiamo appena esposto (ad esempio la libertà professionale e la libertà d'impresa), ma questo non si traduce automaticamente nella maggiore tutela di altre generazioni di diritti.

⁴⁷ *S e G* (v. nota 46) punti 40-41.

⁴⁸ *O contro Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel, e Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel contro B, e S contro Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel, e Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel contro G C-456/12 e C457/12*, [2013] non ancora pubblicata, punto 7.

2.2 I diritti fondamentali invocati in deroga alle libertà fondamentali

La disamina fin qui condotta sulla giurisprudenza che vede i diritti fondamentali invocati in combinato con le libertà di circolazione ha evidenziato che la Corte di Giustizia sembra concepire la struttura dei diritti fondamentali in maniera essenzialmente analoga a quella delle libertà fondamentali⁴⁹, cosicché il sindacato giurisdizionale della Corte ben può prendere entrambe le fonti in considerazione dal momento in cui sia stabilita la competenza. Dando questa somiglianza per presupposta, è evidente che la situazione maggiormente rivelatrice delle frizioni e del progressivo adattamento del diritto del mercato interno al nuovo assetto imposto dal Trattato di Lisbona è quella in cui libertà di circolazione e diritti fondamentali si trovano ad essere confliggenti.

2.2.1 Deroghe previste dal Trattato e ragioni imperative sviluppate dalla giurisprudenza

È importante ricordare preliminarmente che le categorie di giustificazione a disposizione degli Stati Membri per mettere in atto e difendere in giudizio una misura restrittiva della libera circolazione sono due: da un lato, le deroghe espressamente enumerate dal Trattato con riferimento a ciascuna delle libertà di circolazione ivi previste, dall'altro le "esigenze imperative di interesse generale", enucleate nel corso degli anni dalla Corte di Giustizia.

Questa seconda categoria si estende a coprire un elenco imponente di esigenze riconosciute meritevoli di tutela: dalla protezione dei consumatori e la lealtà dei negozi commerciali⁵⁰ alla tutela dell'ambiente⁵¹, dagli obiettivi legittimi di politica economica e sociale⁵² all'efficacia dei controlli fiscali, fino a ricomprendere, in tempi più recenti, i diritti fondamentali in sé considerati⁵³. La sua natura, tuttavia, non è del tutto chiara, essendosi registrate in proposito diverse posizioni. Tra di esse si può ricordare quella che assimila le esigenze imperative ad una *rule of reason*, una necessaria misura di flessibilità che consente di tenere da conto valori e interessi non contemplati al tempo dell'elaborazione del Trattato⁵⁴, mantenendolo così aperto all'evoluzione sociale. Una posizione radicalmente differente è quella che concepisce le esigenze imperative come espressione delle competenze residue degli Stati Membri, che dunque sarebbero ammessi a perseguire delle finalità riconosciute come meritevoli di tutela dal

⁴⁹Tesi peraltro perorata già nel 2005 dal Giudice Skouris nella sua prolusione al Lincoln's Inn. Si veda V Skouris, 'Fundamental Rights and Fundamental Freedoms: The Challenge of Striking a Delicate Balance' (2006) 17(2) European Business Law Review 225, p. 233.

⁵⁰*Cassis de Dijon* (v. nota 8).

⁵¹*ADBHU* (v. nota 24).

⁵²Causa 155/80 *Procedimento penale in materia di contravvenzioni a carico di Sergius Oebel* [1981] Racc, 1993.

⁵³Causa C-112/00 *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge contro Republik Österreich* [2003] Racc I-5659; Causa C-36/02 *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH contro Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn* [2004] Racc I-9609; Causa C-208/09 *Ilonka Sayn-Wittgenstein contro Landeshauptmann von Wien* [2010] Racc I-13693.

⁵⁴LW Gormley, 'Silver Threads Among the Gold...50 Years of Free Movement of Goods' (2007) 31(6) Fordham International Law Journal 1637, p.1647-1648.

sistema giuridico dell'Unione, se necessario anche ponendo delle restrizioni non sproporzionate alle libertà di circolazione⁵⁵. La divergenza di posizioni potrebbe apparire puramente speculativa, se non si tenesse in conto la circostanza che la seconda tesi presentata sottrae le ragioni imperative alla regola di interpretazione restrittiva che si applica in principio alle disposizioni derogatorie, giacché l'esercizio da parte degli Stati Membri delle competenze che sono loro proprie non può in nessun caso considerarsi "eccezionale", ma al più subordinato al rispetto degli obblighi internazionali assunti, pena un indebito rovesciamento del principio delle competenze di attribuzione.

La differenziazione rispetto alle cause di giustificazione previste dal Trattato sembrava in effetti trovare riscontro in altri elementi del regime giuridico delle ragioni imperative: si fa riferimento al fatto che queste ultime potrebbero essere prese in considerazione solo per giustificare una misura non discriminatoria⁵⁶. La *ratio* di tale regola risiederebbe nel fatto che la discrezionalità concessa agli Stati Membri per il perseguimento di finalità reputate meritevoli di tutela, sebbene possa sfociare in un provvedimento non sproporzionatamente restrittivo degli scambi, non può comunque violare il principio di non discriminazione in base alla nazionalità, al quale era riconosciuto un rango più elevato, probabilmente in ragione dell'inclusione tra i "Principi" enumerati nella Parte Prima della precedente versione del Trattato.

2.2.2 Ragioni imperative. Campo di applicazione

Negli ultimi anni si sono registrati tuttavia alcuni segnali che paiono suggerire un progressivo abbandono di questa distinzione, e una parallela assimilazione del trattamento delle ragioni imperative a quello delle giustificazioni *ex* Trattato.

Si deve riferimento, in proposito, alla pronuncia resa nel procedimento di infrazione contro il Belgio, vertente sul divieto di deposito di rifiuti provenienti da un altro Stato Membro⁵⁷. In presenza di una misura che esplicitamente differenziava il trattamento dei rifiuti in ragione della loro provenienza, la Corte ha ritenuto che non si fosse in presenza di una misura discriminatoria (in virtù del principio della correzione alla fonte del danno ambientale) e si è comportata di conseguenza, applicando la ragione imperativa relativa alla tutela dell'ambiente per dichiararne la non contrarietà al Trattato. Pur non smentendo nettamente la propria precedente giurisprudenza, l'*iter* argomentativo della Corte appare un po' forzato laddove afferma che il legame dei rifiuti con il proprio luogo di produzione fa sì che la differenziazione del loro trattamento non concreti una discriminazione⁵⁸.

Nella seguente causa *PreussenElektra*⁵⁹, la Corte ha ritenuto che non fosse contrario al Trattato uno schema che da un lato, obbligava le imprese private di fornitura di energia elettrica ad acquistare l'energia elettrica prodotta nella loro zona di fornitura da fonti di energia rinnovabili a prezzi minimi superiori al suo

⁵⁵Mattera Ricigliano (v. nota 1) p. 281.

⁵⁶Si veda in tal senso, a titolo di esempio Causa 113/80 *Commissione delle Comunità Europee c Irlanda* [1981] Racc, 1625, punto 7.

⁵⁷Causa C-2/90 *Commissione delle Comunità europee contro Regno del Belgio* [1992] Racc I-4331.

⁵⁸*Ibid.*, punto 36.

⁵⁹Causa C-379/98 *PreussenElektra AG contro Schleswag AG, con l'intervento di: Windpark Reußenköge III GmbH e Land Schleswig-Holstein* [2001] Racc I-2099.

valore economico reale e, dall'altro, ripartiva l'onere finanziario derivante da tale obbligo tra dette imprese di fornitura di energia elettrica e i gestori privati delle reti di energia elettrica situati a monte. Dato che lo schema trovava applicazione solo sull'energia elettrica prodotta in Germania, è difficile sostenere che non avesse natura discriminatoria, tuttavia la Corte lo giustifica in ragione della sua strumentalità alla tutela dell'ambiente, valorizzando il principio di integrazione della tutela ambientale nelle politiche comunitarie⁶⁰.

Il giudizio è peraltro stato in gran parte confermato nel più recente caso *Ålands Vindkraft*⁶¹, nel quale era in discussione invece uno schema basato sul rilascio di certificati in considerazione della sola elettricità verde prodotta sul territorio dello Stato membro interessato e sull'obbligo annuale di restituzione di tali certificati all'autorità competente, in quantità corrispondente a una quota del totale delle forniture o dell'uso di elettricità fatto dall'assegnatario, a pena di dover pagare un diritto specifico.

Joanne Scott sottolinea giustamente che i casi in cui la differenza tra misure discriminatorie e non discriminatorie sembra perdere importanza riguardano principalmente la tematica della tutela dell'ambiente, ipotizzando che la ragione imperativa relativa alla protezione dell'ambiente goda di uno *status* comparativamente privilegiato rispetto alle altre. L'accresciuta importanza della tutela dell'ambiente trova peraltro conferma nella formulazione di alcuni testi normativi, quale la Direttiva Servizi, che la elenca assieme all'ordine pubblico, alla pubblica sicurezza e alla salute pubblica tra le deroghe espresse alla libera prestazione temporanea di servizi transfrontalieri⁶². Ciò si spiega alla luce della progressiva ascesa di questo valore fino ai più alti livelli della gerarchia istituita dal Trattato: la Corte aveva dopotutto sottolineato, in *PreussenElektra*, l'inclusione del principio di integrazione nella prima parte del TCE, intitolata "Principi" (la stessa, potremmo aggiungere, in cui è consacrato il divieto di discriminazione in base alla nazionalità).

Se così fosse, sarebbe ragionevole attendersi l'estensione di tale trattamento ad altre ragioni imperative, dato che larga parte delle stesse è ora inclusa nel novero delle "Disposizioni Trasversali" del TFUE, ossia di quegli obiettivi che l'Unione, pur non avendo competenza diretta a realizzare, si impegna a tenere in conto nell'elaborazione e nell'attuazione delle proprie politiche. Oltre alle esigenze di tutela dell'ambiente, trasfuse dall'art. 6 TCE all'art. 11 TFUE, tale elenco include oggi l'eliminazione delle ineguaglianze e la parità tra i sessi (art. 8 TFUE), svariati obiettivi di politica sociale ("la promozione di un elevato livello di occupazione, la garanzia di un'adeguata protezione sociale, la lotta contro l'esclusione sociale e un elevato livello di istruzione, formazione e tutela della salute umana", art. 9 TFUE), la lotta alle discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale (art. 10 TFUE), la tutela dei consumatori (art. 12 TFUE), il benessere degli animali (art. 13 TFUE), l'efficienza dei servizi di interesse economico generale (art. 14 TFUE), la trasparenza dell'azione istituzionale (art. 15 TFUE), la protezione dei dati personali (art. 16 TFUE).

Si può constatare *ictu oculi* che la totalità di queste istanze trova espressione

⁶⁰Ibid., punto 76.

⁶¹Causa C-537/12 *Ålands Vindkraft AB contro Energimyndigheten* [2014] non ancora pubblicata.

⁶²Direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno [2006] GU L-376, art. 16, co. 1 lett. b).

anche nella Carta. Soffermando la nostra soltanto sui diritti del Titolo IV, si potrebbe quindi stabilire una tavola di corrispondenza tra diritti fondamentali, disposizioni di applicazione generale del TFUE e ragioni imperative di interesse generale individuate dalla Corte, come esemplificato dalla fig. 2.1. L'ovvio limite di questa coerente struttura è che le disposizioni di applicazione generale (come del resto quelle della Carta) non sono basi giuridiche, così confermando la constatazione che il Trattato di Lisbona è ben lungi dal risolvere la tensione tra dimensione economica e dimensione sociale dell'integrazione⁶³.

Il collegamento che si è appena messo in luce potrebbe però supportare la proposta, avanzata da certa dottrina⁶⁴, di riformare in maniera abbastanza decisa il quadro dogmatico delle deroghe alle libertà di circolazione, considerando i diritti fondamentali come causa di giustificazione autonoma, tanto rispetto alle deroghe previste dal Trattato quanto rispetto alle ragioni imperative.

Tale esortazione è tuttavia rimasta, ad oggi, inascoltata, giacché la Corte sembra poco incline a cumulare il titolo di diritto fondamentale a quello di esigenza imperativa. Un tale *trend* è dimostrato ad esempio la giurisprudenza in materia di giochi d'azzardo⁶⁵, laddove la tutela del consumatore continua ad essere etichettata come esigenza imperativa⁶⁶, o dalle cause in materia di diritti collegati al rapporto di lavoro, che saranno illustrate nel prosieguo.

2.2.3 Esclusione degli obiettivi economici

Un altro elemento che potrebbe deporre in favore di una costruzione dei diritti fondamentali come causa di giustificazione a se stante è costituito dal fatto che la giurisprudenza si è dimostrata aperta, in alcuni casi, a temperare il principio precedentemente stabilito per cui né le deroghe espresse⁷⁶, né le ragioni imperative⁷⁷ possono essere invocate in funzione di obiettivi economici.

Snell segnala una simile attitudine soprattutto in materia di tutela della sanità pubblica⁷⁸: nella giurisprudenza relativa alle cure mediche transfrontaliere, la Corte ha interpretato in maniera estensiva la deroga espressa relativa alla sanità pubblica, ricomprendendovi l'organizzazione e la conservazione di un siste-

⁶³D Schiek, 'Re-embedding economic and social constitutionalism: normative perspectives from the E.U.' in D Schiek, U Liebert e H Schneider (cur.), *European Economic and Social Constitutionalism after the Treaty of Lisbon* (Cambridge University Press 2011).

⁶⁴S De Vries, 'Balancing Fundamental Rights with Economic Freedoms According to the European Court of Justice' (2013) 9(1) *Utrecht Law Review* 169, p. 188; M Avbelj, *European Court of Justice and the Question of Value Choices. Fundamental Human Rights as an Exception to the Freedom of Movement of Goods* (Working Papers 06, Jean Monnet 2004) (<http://www.jeanmonnetprogram.org/archive/papers/04/040601.pdf>) p. 63 e ss. *Sed contra*, e.g. *Eugen Schmidberger Internationale Transport Planzüge contro Repubblica d'Austria* C-112/00, (2002) I Racc 5659, punto 105 e ss.

⁶⁵Per una rassegna di questo filone giurisprudenziale, si veda M Nino, 'The Regulation of Gambling and Games of Chance in the European Union: Problems and Perspectives' [2012] (4) *Il Diritto dell'Unione Europea* 749; A Arnall, 'Gambling with Competition in Europe's Internal Market' (2009) 30 *European Competition Law Review* 440.

⁶⁶Si veda, da ultimo, la citata sentenza *Pfleger* (v. nota 44).

⁷⁶Causa 7/61 *Commissione delle Comunità Europee c Repubblica Italiana* [1961] Racc, 317.

⁷⁷Causa C-109/04 *Karl Robert Kranemann contro Land Nordrhein-Westfale* [2005] Racc I-2421, punto 34.

⁷⁸J Snell, 'The Legitimacy of Free Movement Case Law' in M Adams et al. (cur.), *Judging Europe's Judges: The Legitimacy of the Case Law of the European Court of Justice* (Hart Publishing 2013) p. 124.

CDF	TFUE	Ragioni imperative
Artt. 27-32: tutele sul posto di lavoro e del posto di lavoro	probabilmente sussumibili <i>sub</i> art. 9	✓: sentenze <i>Oebel</i> ⁶⁷ , <i>Webb</i> ⁶⁸ . Da ultimo, <i>Viking</i> ⁶⁹ e <i>Laval</i> ⁷⁰ .
Art. 33: Vita familiare e vita professionale	probabilmente sussumibile <i>sub</i> artt. 8 e 9	†
Art. 34: Sicurezza sociale e assistenza sociale	art. 9	✓: sentenza <i>Decker</i> ⁷¹
Art. 35: Protezione della salute	art. 9	✓: Rientra tra le cause di giustificazione previste dall'art. 36 TFUE ("tutela della salute e della vita delle persone"), e degli artt. 45, 52 e 62 ("sanità pubblica")
Art. 36: Accesso ai servizi di interesse economico generale	art. 14	†
Art 37: Tutela dell'ambiente	art. 11	✓: sentenze <i>ADB-HU</i> ⁷² , Commissione c. Danimarca ⁷³ , etc.
Art 38: Protezione dei consumatori	art. 12	✓: sentenze <i>Cassis de Dijon</i> ⁷⁴ , Commissione c. Francia ⁷⁵ , etc.

Figura 2.1: Corrispondenza CDF/TFUE/Cause di giustificazione

ma medico ospedaliero “equilibrato ed accessibile a tutti”, quale preconditione per la realizzazione di un elevato livello di tutela della salute⁷⁹, ma si è spinta a considerare in aggiunta che il rischio di una grave alterazione dell’equilibrio finanziario del sistema previdenziale possa costituire un motivo imperativo di interesse generale⁸⁰. Le stesse considerazioni sono reiterate nel caso *Bressol e Chaverot*⁸¹, mirante ad accertare la legittimità di una restrizione dell’accesso di studenti stranieri agli studi universitari medico-sanitari, che sarà più ampiamente illustrato nel capitolo dedicato alla cittadinanza.

I casi che esemplificano questo approccio dimostrano un significativo innalzamento della soglia di tutela della salute pubblica, realizzato attraverso il combinato tra una lettura estensiva delle deroghe espresse e la presa in considerazione di obiettivi economici (l’equilibrio finanziario del sistema previdenziale) come ragioni imperative. Bisogna sottolineare altresì che questa tecnica è stata utilizzata senza grandi innovazioni lungo l’arco di più di quindici anni, senza che si rispecchiasse, nel filone giurisprudenziale relativo alle cure mediche transfrontaliere⁸², il diverso inquadramento della tutela della salute nell’ordinamento dell’Unione, né che considerazioni analoghe fossero estese ad altre ragioni imperative.

Se ne deve desumere che la tutela della salute in quanto causa di giustificazione abbia sempre goduto di uno *status* privilegiato? Non si può dire che esistano sufficienti elementi per affermarlo. Chiosa Snell:

Unfortunately, the Court has proceeded on an ad hoc basis and has failed to adopt a principled, consistent stance that applies across the board and has missed the opportunity to spell out the basis of its approach in its reasoning⁸³.

2.2.4 I diritti fondamentali come categoria di giustificazione

La precedente trattazione ha dimostrato che, al momento presente, i casi della tutela dell’ambiente con riferimento all’ambito di applicazione e della tutela della salute con riferimento al carattere economico della giustificazione sembrano

⁷⁹Causa C-158/96 *Raymond Kohll contro Union des caisses de maladie* [1998] Racc I-1931, punto 50; Causa C-368/98 *Abdon Vanbraekel e altri contro Alliance nationale des mutualités chrétiennes* [2001] Racc I-5363, punto 47; Causa C-157/99 *BSM Smits, coniugata Geraets, contro Stichting Ziekenfonds VGZ e HTM Peerbooms contro Stichting CZ Groep Zorgverzekeringen* [2001] Racc I-5473, punto 74; Causa C-385/99 *VG Müller-Fauré contro Onderlinge Waarborgmaatschappij OZ Zorgverzekeringen UA e EEM van Riet contro Onderlinge Waarborgmaatschappij ZAO Zorgverzekeringen* [2003] Racc I-4509, punto 67; Causa C-372/04 *The Queen, su richiesta di Yvonne Watts contro Bedford Primary Care Trust e Secretary of State for Health* [2006] Racc I-4325, punto 104; Causa C-173/09 *Georgi Ivanov Elchinov contro Natsionalna zdravnoosiguritelna kasa* [2010] Racc I-8889, punto 43.

⁸⁰*Kohll* (v. nota 79) punto 41; *Vanbraekel* (v. nota 79) punto 48; *Smits e Peerbooms* (v. nota 79) punto 72; *Müller-Fauré* (v. nota 79) punto 73; *Watts* (v. nota 79) punto 103; *Elchinov* (v. nota 79) punto 42.

⁸¹Causa C-73/08 *Nicolas Bressol e a e Céline Chaverot e a contro Gouvernement de la Communauté française* [2010] Racc I-2735.

⁸²Più approfonditamente su questa giurisprudenza, si vedano P Cabral, ‘The internal market and the right to cross-border medical care’ (2004) 29(5) *European Law Review* 673; L Hancher e W Sauter, ‘One Step Beyond? From *Sodemare* to *DocMorris*: the E.U.’s Freedom of Establishment Case Law concerning Healthcare’ (2010) 47 *Common Market Law Review* 117.

⁸³Snell (v. nota 78) p.124.

potersi dire eccentrici. Ne consegue che non pare si possa dire che la giurisprudenza della CGUE abbia trattato le cause di giustificazione che corrispondono a diritti fondamentali in maniera eccezionale rispetto al regime generale o, riguardando la situazione da un punto di vista probabilmente più corretto, si potrebbe concludere che la Corte non ha sfruttato appieno il potenziale offerto dalle cause di giustificazione per la costruzione e il consolidamento dei diritti fondamentali nell'ordinamento europeo.

Giova infatti ricordare anche in questa sede che, sebbene l'invocazione dei diritti fondamentali in deroga alle libertà di circolazione si inserisca spesso nella dialettica tra gli imperativi del mercato unico e le istanze di tutela delle esigenze e particolarità dei singoli Stati Membri, i diritti fondamentali invocati non devono considerarsi una componente del diritto nazionale dei singoli Stati Membri: al contrario, una situazione del genere configura certamente un'ipotesi di tipo *E.R.T.*, e dunque

[...] the only possible and workable standard within the scope of the Community legal order is a *genuine Community standard of fundamental rights protection*, severed and distinct from the standard applied in any of the Member States.⁸⁴

Familiapress Questa nozione era stata enunciata già in occasione della citata causa *Familiapress*:

Occorre rilevare che la preservazione del pluralismo della stampa può costituire un'esigenza imperativa che giustifica una restrizione alla libera circolazione delle merci. Infatti, questo pluralismo contribuisce alla salvaguardia della libertà di espressione, tutelata dall'art. 10 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, libertà che fa parte dei diritti fondamentali garantiti dall'ordinamento giuridico comunitario⁸⁵.

La Corte aggiunge poi:

Inoltre si deve sottolineare che, quando uno Stato membro invoca esigenze imperative per giustificare una normativa idonea a frappare ostacolo all'esercizio della libera circolazione delle merci, questa giustificazione dev'essere interpretata alla luce dei principi generali del diritto e, in particolare, dei diritti fondamentali.⁸⁶

Sembra si debba dire che la libertà di espressione sia, in un certo senso, tanto l'oggetto quanto il parametro del giudizio: oggetto in quanto sostanza l'esigenza imperativa invocata dall'Austria, parametro in quanto principio generale. Il bisticcio è dovuto probabilmente alla peculiare struttura del giudizio, in cui, si ricorderà, ambo le parti avevano usufruito di questo diritto fondamentale per argomentare il proprio punto di vista; la situazione è però chiarita pochi paragrafi più avanti, laddove la Corte si fonda sulle disposizioni della CEDU per ribadire che la salvaguardia del pluralismo può giustificare l'introduzione di deroghe alla libertà di espressione⁸⁷.

⁸⁴Avbelj (v. nota 64) p. 50.

⁸⁵*Familiapress* (v. nota 33) punto 18.

⁸⁶Ibid., punto 24.

⁸⁷Ibid., punto 26.

Ben si potrebbe sottolineare che, piuttosto che estrapolare un principio generale di diritto, la tecnica argomentativa della sentenza si sostanzia in un rinvio puro e semplice alla CEDU. Un simile riferimento è più che comprensibile in ragione del largo consenso di cui è circondata tale fonte e dell'assenza di un catalogo di diritti di fonte comunitaria; non stupisce quindi che la Corte preferisca basarsi su una fonte puramente internazionale e largamente accettata, piuttosto che impegnarsi in un arduo esercizio comparativo del diritto interno degli Stati Membri.

Schmidberger L'orizzonte argomentativo non sembra diverso nella causa *Schmidberger*⁸⁸, universalmente considerata un *leading case* in materia di bilanciamento tra libertà di circolazione e diritti fondamentali. Il rinvio origina da una controversia che opponeva la ditta di trasporti Schmidberger alla Repubblica d'Austria, vertente sul blocco totale dell'autostrada del Brennero per quasi trenta ore, dovuto ad una manifestazione a finalità ambientalista autorizzata dalle autorità austriache. La tesi dell'attrice era, naturalmente, che il blocco dell'autostrada avesse perturbato la libera circolazione delle merci, avendo essa domandato nel giudizio principale la condanna dell'Austria al risarcimento dei danni sofferti. Le autorità austriache si difendevano asserendo che un eventuale divieto della manifestazione degli ambientalisti avrebbe violato le libertà di espressione e di riunione.

Nel rispondere alle questioni pregiudiziali, la Corte prende come punto di partenza l'assunto che i diritti fondamentali fanno parte dei principi generali di diritto, dei quali essa è tenuta a garantire l'osservanza, ispirandosi da un lato alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati Membri e dall'altro alle convenzioni internazionali cui gli stessi hanno aderito, tra le quali la CEDU, che "riveste, a questo proposito, un particolare significato"⁸⁹, in ragione del riferimento espresso che ad essa fa il TUE. La sentenza trae da questa premessa la duplice conclusione che nella Comunità non possono essere consentite misure incompatibili con i diritti dell'uomo, e che la tutela di questi ultimi giustifica, in linea di principio, una limitazione degli obblighi imposti dal diritto comunitario⁹⁰.

Constatando poi che tanto la libera circolazione delle merci quanto le libertà di espressione e riunione siano interessi di grado apicale all'interno dell'ordinamento comunitario, viene esplicitata la necessità di procedere ad un'operazione di bilanciamento⁹¹. La Corte tiene in conto la limitata entità, spaziale e temporale, dell'ostacolo alla libera circolazione, della circostanza che il blocco stradale era stato pubblicizzato con dovuto anticipo, della predisposizione di misure d'assistenza ed accompagnamento, nonché di un servizio d'ordine, per affermare che l'episodio "non ha prodotto un clima generale di insicurezza che abbia avuto un effetto dissuasivo sulle correnti di scambi intracomunitari nel loro complesso"⁹². La Corte passa quindi all'esame delle misure alternative, meno restrittive della libera circolazione delle merci, ipotizzate dall'attrice e le respinge sulla scorta della considerazione che avrebbero potuto essere percepite alternativamente come "un'inaccettabile interferenza nei diritti fondamentali dei manifestanti di

⁸⁸ *Schmidberger* (v. nota 53).

⁸⁹ *Ibid.* punto 71.

⁹⁰ *Ibid.*, punti 73-74.

⁹¹ *Ibid.*, punto 81.

⁹² *Ibid.*, punto 88.

riunirsi e di esprimere pacificamente la loro opinione in pubblico” ovvero come “una restrizione eccessiva tale da privare l’azione [dei manifestanti] di una parte sostanziale della sua portata”⁹³, concludendo che

È vero che un’azione di questo tipo comporta normalmente taluni inconvenienti per le persone che non vi partecipano, in particolare per quanto concerne la libertà di circolazione, tuttavia essi possono essere in linea di principio tollerati, dal momento che l’obiettivo perseguito è essenzialmente quello di esprimere pubblicamente un’opinione in conformità alla legge.⁹⁴

La sentenza *Schmidberger* è stata giustamente lodata per l’attenta operazione di bilanciamento realizzata⁹⁵, ma al di là del porre diritti e libertà fondamentali su un piano di genuina parità, non sembra aggiungere elementi particolarmente significativi sulla costruzione dei primi, basandosi prevalentemente sulla CEDU, come d’altro canto era prudente fare, dato che i fatti di causa si riferiscono ad un periodo anteriore alla proclamazione della Carta di Nizza.

Un altro elemento relativamente ambiguo attiene la rilevanza della motivazione dei manifestanti. In un primo momento, la pronuncia sembra escludere la rilevanza delle motivazioni e delle ideologie dei manifestanti:

Tuttavia, anche se la tutela dell’ambiente e della sanità pubblica, segnatamente in tale regione, può, a talune condizioni, rappresentare un legittimo obiettivo di interesse generale tale da giustificare una limitazione alle libertà fondamentali garantite dal Trattato, tra cui la libera circolazione delle merci, va rilevato, come ha fatto l’avvocato generale al punto 54 delle sue conclusioni, che gli obiettivi specifici di tale manifestazione non sono, in quanto tali, determinanti nell’ambito di un’azione giurisdizionale quale quella intentata dalla *Schmidberger*, che mira a invocare la responsabilità di uno Stato membro per l’asserita violazione del diritto comunitario, quest’ultima dedotta dal fatto che le autorità nazionali non hanno impedito che si ostacolasse il traffico sull’autostrada del Brennero. Infatti, al fine di determinare le condizioni in cui può essere invocata la responsabilità di uno Stato membro e, in particolare, al fine di accertare se quest’ultimo sia incorso in una violazione del diritto comunitario, devono essere prese in considerazione solamente l’azione o l’omissione imputabili al citato Stato membro.⁹⁶

Poco oltre nella trattazione, però, nell’intento di sottolineare la differenza tra i fatti di causa e quelli che avevano originato la sentenza *Commissione c. Francia*⁹⁷, si puntualizza:

[...] non è contestato che mediante la citata manifestazione taluni cittadini hanno esercitato i loro diritti fondamentali esprimendo

⁹³Ibid., punti 89- 90.

⁹⁴Ibid., punto 91.

⁹⁵S De Vries, ‘The Protection of Fundamental Rights within Europe’s Internal Market’ in S de Vries, U Bernitz e S Weatherill (cur.), *The Protection of Fundamental Rights in the E.U. After Lisbon* (Hart Publishing 2013) pp. 92-93.

⁹⁶*Schmidberger* (v. nota 53) punti 66-67.

⁹⁷Causa C-265/95 *Commissione delle Comunità europee contro Repubblica francese* [1997] Racc I-6959.

pubblicamente un'opinione da loro ritenuta importante nella vita della collettività; è pacifico inoltre che tale manifestazione pubblica non mirava ad impedire gli scambi di merci aventi una natura o un'origine particolari. Invece, nella causa Commissione/Francia, cit., l'obiettivo perseguito dai manifestanti era chiaramente quello di impedire la circolazione di determinati prodotti provenienti da Stati membri diversi dalla Repubblica francese, non solo mediante l'apposizione di ostacoli al trasporto delle merci in questione, ma altresì mediante la distruzione delle stesse [...] ⁹⁸

Sembra quindi si debba desumere che i contenuti veicolati dai cittadini che, con il beneplacito dell'autorità competente, si avvalgono della libertà di espressione debbano rilevare quantomeno nell'ipotesi di diretta contrarietà ai principi del diritto dell'Unione e, conseguentemente, che esista una sorta di 'angolo cieco' nel quale la libertà d'espressione è inevitabilmente destinata ad essere la parte soccombente del giudizio di bilanciamento.

Omega A poco più di un anno di distanza dalla sentenza *Schmidberger*, la Corte di Giustizia rende poi l'altrettanto celebrata decisione *Omega* ⁹⁹. La causa prende il nome dalla società tedesca, gestore di un "laserdromo" nel quale intendeva mettere a disposizione degli avventori giochi che avevano ad oggetto l'omicidio simulato di esseri umani. Le autorità cittadine, incitate dalle proteste del pubblico, emettevano nei confronti della ricorrente un provvedimento vietante appunto il "gioco ad uccidere", che la Omega prontamente impugnava, allegando la violazione della libera prestazione dei servizi e della libera circolazione delle merci (con riferimento all'attrezzatura necessaria per il gioco, prodotta dall'azienda britannica Pulsar).

In questo contesto, la protezione della dignità umana è riguardata come componente dell'ordine pubblico ¹⁰⁰, ma non per questo l'*iter* argomentativo della pronuncia pare discostarsi particolarmente da quello già conosciuto: la Corte muove dalla constatazione che i diritti fondamentali costituiscono parte integrante dei principi generali di diritto, di cui la Corte garantisce l'osservanza, e che tra di essi deve essere necessariamente incluso il principio del rispetto della dignità umana, la quale è appunto rilevante in tale veste ed indipendentemente dallo *status* che riveste nel diritto nazionale tedesco ¹⁰¹.

Accertata quindi la legittimità in principio della tutela della dignità umana quale fondamento della deroga alle libertà di circolazione, la sentenza procede al controllo di proporzionalità, non prima di aver esplicitato un importante *caveat* iniziale:

Non è indispensabile, a tale proposito, che una misura restrittiva emanata dalle autorità di uno Stato membro corrisponda ad una concezione condivisa da tutti gli Stati membri relativamente alle modalità di tutela del diritto fondamentale o dell'interesse legittimo in causa. ¹⁰²

⁹⁸ *Schmidberger* (v. nota 53) punto 86.

⁹⁹ *Omega* (v. nota 53).

¹⁰⁰ *Ibid.* punto 32.

¹⁰¹ *Ibid.*, punti 33-34.

¹⁰² *Ibid.*, p. 37.

L'inciso non è sconosciuto, ma al contrario rappresenta una di quelle formule ricorrenti che caratterizzano talvolta interi filoni giurisprudenziali come, nel caso di specie, quello relativo al gioco d'azzardo, che è infatti ampiamente citato nella pronuncia in questione.

La Corte procede quindi a specificare che, non diversamente da quanto accade nel caso di altri interessi legittimi, il test di proporzionalità nel caso di conflitto tra libertà di circolazione e diritti fondamentali deve essere eseguito caso per caso, non essendo esclusa *a priori* la proporzionalità di un regime di tutela per il solo fatto che esso non trovi equivalenti in nessun altro Stato Membro.

Ne deriva una sorta di scomposizione del giudizio sulla legittimità delle restrizioni basate sulla tutela dei diritti fondamentali: in primo luogo, si deve valutare se il diritto fondamentale invocato sia effettivamente riconosciuto e tutelato come tale dal diritto comunitario, ma una volta superato questo test, l'autonomia della nozione comunitaria di quel diritto è severamente attenuata, lasciando spazio all'apprezzamento dei singoli ordinamenti:

Nel presente caso si deve rilevare, da un lato, che, secondo il giudice del rinvio il divieto di sfruttamento commerciale di giochi che comportano la simulazione di atti di violenza contro persone, in particolare la rappresentazione di omicidi, corrisponde al livello di tutela della dignità umana che la Costituzione nazionale ha inteso assicurare sul territorio della Repubblica federale di Germania. Dall'altro, si deve constatare che, vietando unicamente la variante del gioco laser finalizzata a colpire bersagli umani e dunque a «giocare ad uccidere», il provvedimento controverso non ha ecceduto quanto necessario per conseguire l'obiettivo perseguito dalle autorità nazionali competenti.

La Corte sembra completamente rinunciare alla prima componente del test di proporzionalità, ossia quella dell'idoneità, accontentandosi di constatare la corrispondenza della misura al livello di tutela prescelto dalla Germania, in un atto di deferenza verso l'identità costituzionale nazionale. Un simile procedimento rischia di svuotare di significato il precedente inciso, che affermava la rilevanza della dignità umana in quanto obiettivo dell'ordinamento comunitario: se è vero che gli Stati Membri godono di un margine di discrezionalità quanto al livello di tutela da implementare, l'idoneità delle loro scelte ad assicurare appunto questa tutela andrebbe valutata sulla base del parametro comunitario, che si era affermato essere l'unico rilevante ai fini della giustificabilità della deroga.

Sembra si debba concludere, dunque, che il caso *Omega* segni un momento di ambiguità nella definizione di una nozione genuinamente europea dei diritti fondamentali: se in precedenza la Corte aveva costruito questa nozione richiamando fonti internazionali dotate di particolare autorevolezza, l'atto di omaggio tributato alla Costituzione tedesca in questa pronuncia è disorientante. Non si vuole con ciò negare la prerogativa delle costituzioni nazionali di essere fonte di ispirazione per il giudice comunitario, ma la pronuncia analizzata non sembra ispirarsi alla Costituzione tedesca, né sussumerla nel parametro di giudizio, quanto declinare acriticamente la giurisdizione con riguardo al test di idoneità, che è a parere di chi scrive la parte probabilmente più caratterizzante del contenuto del diritto, piuttosto che il test di stretta proporzionalità, maggiormente attinente, questo sì, al livello di tutela prescelto.

Da un punto di vista meramente interno al diritto comunitario, inoltre, sem-

bra che emerga, dal riferimento al filone giurisprudenziale in materia di gioco d'azzardo, una equiparazione tra i diritti fondamentali e gli altri interessi considerati meritevoli di tutela, con rispetto tanto al metodo di valutazione quanto all'intensità del controllo giurisdizionale.

Dynamic Medien La Corte sembra correggere il tiro alcuni anni più tardi nella causa *Dynamic Medien*¹⁰³. Originante anch'essa dalla Germania, la controversia verteva sul divieto di vendita per corrispondenza di supporti video non sottoposti al controllo *ad hoc* ed all'etichettatura indicante le fasce d'età cui la visione dei contenuti è vietata, prevista dalla normativa nazionale ai fini della tutela dei minori.

Al momento di valutare la legittimità della tutela del minore come interesse giustificante la restrizione della libera circolazione, la Corte enumera svariate convenzioni internazionali, nonché la Carta di Nizza, che era già stata proclamata anche se priva di efficacia vincolante all'epoca dei fatti di causa, e la propria precedente giurisprudenza¹⁰⁴.

Avendo ammesso quindi che la tutela del minore è astrattamente atta a giustificare la predisposizione di ostacoli alla libera circolazione delle merci, la Corte ripete il *caveat* relativo alla discrezionalità degli Stati Membri nella scelta dell'appropriato livello di tutela e prende atto del fatto che la normativa nazionale corrisponde al livello di tutela che il legislatore tedesco ha inteso garantire sul proprio territorio¹⁰⁵. A differenza di quanto era successo in *Omega*, tuttavia, il test di proporzionalità è qui effettuato in maniera convincente in entrambe le sue diramazioni:

Anche se la normativa di cui alla causa principale corrisponde al livello di tutela del minore che il legislatore tedesco ha inteso garantire sul territorio della Repubblica federale di Germania, i mezzi da esso impiegati devono inoltre essere atti a garantire la realizzazione di tale obiettivo, senza eccedere quanto necessario per il suo raggiungimento.

È pacifico che vietare la vendita e la cessione per corrispondenza di supporti video non sottoposti al controllo e alla classificazione, ai fini della tutela dei minori, da parte dell'autorità competente, e sprovvisti dell'indicazione, proveniente da tale autorità, dell'età a partire dalla quale ne è consentita la visione, rappresenta una misura volta alla tutela del minore contro le informazioni e i materiali che nuociono al suo benessere.

Per quanto attiene alla portata materiale del divieto di cui trattasi, occorre osservare che la legge sulla tutela dei minori non è contraria a qualsivoglia forma di commercializzazione di supporti video non sottoposti a controllo. Infatti, dalla decisione di rinvio emerge che è lecito importare e vendere ad adulti tali supporti video tramite canali di distribuzione comportanti un contatto personale tra chi consegna e chi acquista, e che consentano quindi di vigilare affinché

¹⁰³Causa C-244/06 *Dynamic Medien Vertriebs GmbH contro Avides Media AG* [2008] Racc I-505.

¹⁰⁴Ibid., punti 39-41.

¹⁰⁵Ibid., punti 44-46.

i minori non abbiano accesso ai supporti video in questione. Alla luce di tali elementi, risulta che la normativa di cui trattasi nella causa principale non ecceda quanto necessario per raggiungere l'obiettivo perseguito dallo Stato membro interessato.¹⁰⁶

La Corte si preoccupa inoltre di dettare alcuni criteri procedurali per valutare la legittimità dell'operato dell'autorità incaricata di determinare l'età appropriata alla visione dei materiali video immessi nel mercato¹⁰⁷.

È fin troppo facile rilevare che il maggior grado di deferenza dimostrato dalla sentenza *Omega* è verosimilmente la conseguenza del rango costituzionale della norma nazionale ivi discussa. Un simile approccio, tuttavia, finisce per minacciare l'autonomia e l'unitarietà del diritto dell'Unione, quando il risultato di rispettare l'identità costituzionale dei singoli stati potrebbe ugualmente essere conseguito con un'applicazione meno rigorosa del test di stretta proporzionalità.

Viking e Laval La presente trattazione non potrebbe aspirare a un grado soddisfacente di completezza senza approcciare due tra i casi più noti e controversi dell'ultimo decennio. La mole e la profondità dei contributi dottrinali che ha preso ad oggetto queste due pronunce, inoltre, è tale da rendere se possibile ancor più complesso il non lieve compito di analizzarne i tratti salienti.

La sentenza *Viking*¹⁰⁸ deve il suo nome a un importante operatore finlandese di traghetti, che aveva cercato di cambiare la bandiera di una delle sue navi, da finlandese ad estone, onde beneficiare del minor costo del lavoro che sarebbe derivato dalla conclusione di un contratto collettivo nella repubblica baltica, rispetto ai livelli retributivi previsti in Finlandia. La FSU, sindacato finlandese dei marittimi, cui tale disegno era stato comunicato ai sensi del diritto finlandese, ha manifestato la propria opposizione, tra l'altro rivolgendosi alla ITF, federazione internazionale dei lavoratori dei trasporti, che, nell'ambito della sua campagna di lotta contro le bandiere di convenienza, aveva trasmesso una circolare ai vari sindacati affiliati, invitandoli a non entrare in trattative con la Viking.

La Viking aveva accettato, in un primo momento, di sottostare alle rivendicazioni della FSU, ma a seguito dell'ingresso dell'Estonia nell'UE ha poi intrapreso nel Regno Unito (ove ha sede l'ITF) un'azione giudiziale mirante ad ordinare la revoca della circolare ITF, e a far ingiungere a quest'ultima e alla FSU di non ostacolare l'operazione di cambio di bandiera, che rientrava a quel punto nell'alveo del diritto alla libertà di stabilimento. Soccombenti in primo grado, i sindacati hanno impugnato la sentenza davanti al giudice del rinvio, che ha sottoposto alla CGCE ben dieci questioni pregiudiziali, miranti ad accertare l'applicabilità del diritto comunitario, l'effetto diretto orizzontale della libertà di stabilimento, l'esistenza di restrizioni alla libera circolazione derivanti dall'azione sindacale e la loro eventuale giustificazione.

La vicenda che ha originato la sentenza *Laval*, invece, non può comprendersi senza tener conto della peculiare regolamentazione svedese del diritto di azione sindacale, che impone la tregua sociale alle parti di un contratto collettivo,

¹⁰⁶Ibid., punti 46-48.

¹⁰⁷Ibid., punto 50.

¹⁰⁸Causa C-341/05 *International Transport Workers' Federation e Finnish Seamen's Union contro Viking Line ABP e OÜ Viking Line Eesti* [2007] Racc I-17676.

limitando così le azioni collettive legittime alla sola ipotesi in cui un contratto collettivo non esista, e vieta altresì l'azione collettiva finalizzata all'abrogazione o modifica di un contratto collettivo sottoscritto da terzi. Alla contrattazione collettiva è altresì demandata la determinazione dei salari, che, nel settore interessato dai fatti di causa, era fissata a livello locale e in riferimento al singolo progetto di costruzione. Le trattative salariali devono svolgersi nella tregua sociale successiva alla conclusione del contratto collettivo; se le parti sociali non raggiungono l'accordo, né a livello locale né a livello centralizzato, la retribuzione di base è fissata conformemente alla "clausola di ripiego", considerata un meccanismo di trattativa residuale e non una retribuzione minima.

In questo contesto si colloca la controversia tra la società lettone Laval, che intendeva svolgere in Svezia i lavori di costruzione di un edificio scolastico, distaccando all'uopo i propri lavoratori, e aveva intrapreso quindi le trattative con i sindacati svedesi, essendo tuttavia già firmataria in Lettonia dei contratti collettivi relativi al settore dell'edilizia. La trattativa non aveva avuto successo principalmente per l'impossibilità di trovare un accordo sulla retribuzione: la Laval aveva rifiutato di firmare il contratto collettivo senza conoscere anticipatamente i propri obblighi retributivi e il sindacato aveva iniziato un crescendo di azioni collettive, culminate nel boicottaggio di tutti i cantieri della Laval in Svezia. La società lettone aveva in risposta convenuto in giudizio i sindacati del settore edile e quelli che avevano avviato un'azione di solidarietà, domandando l'inibitoria delle azioni collettive ed il risarcimento dei danni subiti. Il giudice investito della questione aveva sottoposto alla Corte due questioni pregiudiziali: la prima verteva in sostanza sulla possibilità per i sindacati di ottenere con un'azione collettiva la sottoscrizione di un contratto collettivo, laddove lo Stato Membro di appartenenza non si fosse avvalso di questa facoltà al momento della trasposizione della Direttiva relativa al distacco dei lavoratori¹⁰⁹; la seconda interrogava invece la Corte circa la legittimità dell'esclusione dei contratti collettivi conclusi all'estero da società che solo occasionalmente prestano servizi in Svezia dal novero dei contratti collettivi la cui conclusione ha l'effetto di obbligare le parti alla pace sociale, alla luce della libera prestazione dei servizi, del principio di uguaglianza e della precitata direttiva.

Semplificando al massimo le circostanze di causa, si può ben dire che in ambo i casi la Corte fosse chiamata a stabilire fino a che punto è legittimo il ricorso all'azione collettiva come ostacolo alle libertà di circolazione.

Entrambi gli Avvocati Generali chiamati a pronunciarsi sul punto hanno ammesso la tutela dei lavoratori tra le ragioni imperative d'interesse generale che possono giustificare una restrizione della libera circolazione¹¹⁰, e hanno considerato il diritto di associazione e il diritto di azione collettiva rispettivamente come un mezzo lecito per il perseguimento di tale fine¹¹¹ e come un diritto fondamentale¹¹², ma giungono a conclusioni alquanto differenti con riguardo alla proporzionalità della restrizione.

¹⁰⁹Direttiva 96/71/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 16 dicembre 1996 relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi [1996] GU L-18.

¹¹⁰*International Transport Workers' Federation e Finnish Seamen's Union contro Viking Line ABP e OÜ Viking Line Eesti* C-438/05, (2007) I Racc 10779, punto 62; *Laval un Partneri Ltd contro Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan e Svenska Elektrikerförbundet* C-341/05, (2007) I Racc 11767, punto 249.

¹¹¹*Viking* (v. nota 110) punto 60.

¹¹²*Laval* (v. nota 110) punto 78.

L'A.G. Poirares Maduro, nelle sue Conclusioni sul caso *Viking*, suggerisce di distinguere le azioni collettive in base alla finalità che si prefiggono, e più in particolare

- sarebbero legittime le azioni volte a tutelare i posti e le condizioni di lavoro, eventualmente dissuadendo l'impresa dallo stabilirsi in un diverso Stato Membro ed illegittime le azioni miranti ad impedire all'impresa, già trasferitasi all'estero, di prestare i propri servizi oltre confine;
- sarebbero legittime le azioni volte a migliorare le condizioni di lavoro a livello comunitario, ma illegittime quelle che obbligano i sindacati stranieri all'azione di solidarietà al fine di ottenere l'applicazione di determinati livelli di tutela anche dopo il trasferimento, in quanto compartimentano il mercato del lavoro in violazione delle norme sulla libera circolazione¹¹³.

Secondo la soluzione proposta da Poirares Maduro, pare, l'azione collettiva è quindi probabilmente legittima quando mira ad impedire il trasferimento, e molto probabilmente illegittima quando mira a svuotare di significato economico il trasferimento ovvero a punire l'azienda che si è stabilita all'estero. Nello stesso giorno, l'A.G. Mengozzi presentava le proprie Conclusioni sul caso *Laval*, basando invece la propria soluzione sulla distinzione delle azioni collettive in base all'oggetto: per quanto riguarda la fissazione dei salari, l'azione collettiva sarebbe stata idonea e non sproporzionata al fine di tutelare i lavoratori, ma la richiesta del sindacato che la Laval accettasse tutte le condizioni previste dal contratto collettivo avrebbe invece travalicato i limiti del necessario¹¹⁴.

Le sentenze sono state pronunciate ad una settimana di distanza l'una dall'altra. Entrambe riconoscono il diritto di intraprendere un'azione collettiva come un diritto fondamentale facente parte integrante dei principi generali di diritto riconosciuti dalla Corte¹¹⁵, reiterando la nota formula secondo cui la tutela dei diritti fondamentali giustifica in principio la limitazione degli obblighi imposti dal diritto comunitario. Entrambe riconoscono la tutela dei lavoratori come ragione imperativa di interesse generale¹¹⁶. Entrambe finiscono però per stigmatizzare l'azione collettiva al momento dell'applicazione del test di proporzionalità.

In *Viking*, sebbene l'azione sindacale superi il test di idoneità, la Corte sembra sollevare seri dubbi sulla sua proporzionalità in senso stretto, reintroducendo il requisito del previo esperimento di tutte le misure meno restrittive¹¹⁷, che pure era stato accantonato o applicato con minor rigore in *Schmidberger* e *Omega*; quanto al meccanismo di solidarietà previsto dall'ITF, la Corte sembra dubitare che non travalichi i limiti del necessario alla tutela dei lavoratori¹¹⁸.

In *Laval*, in virtù della presenza della Direttiva 96/71, la condanna è ancora più netta:

Sulla base di quanto precede, la prima questione va risolta dichiarando che gli artt. 49 CE e 3 della direttiva 96/71 devono essere

¹¹³ *Viking* (v. nota 110) punti 64-72.

¹¹⁴ *Laval* (v. nota 110) punto 280.

¹¹⁵ *Viking* (v. nota 108) punto 44; Causa C-438/05 *Laval un Partneri Ltd contro Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan e Svenska Elektrikerförbundet* [2007] Racc I-10779, punto 91.

¹¹⁶ *Viking* (v. nota 108) punto 77; *Laval* (v. nota 115) punto 103.

¹¹⁷ *Viking* (v. nota 108) punto 87.

¹¹⁸ *Ibid.*, punti 88-89.

interpretati nel senso che essi ostano a che, in uno Stato membro in cui le condizioni di lavoro e di occupazione relative alle materie di cui all'art. 3, n. 1, primo comma, lett. a)-g), della stessa direttiva sono contenute in norme legislative, ad eccezione dei minimi salariali, un'organizzazione sindacale possa, mediante un'azione collettiva sotto forma di blocco dei cantieri come quella in esame nella causa principale, tentare di indurre un prestatore di servizi stabilito in un altro Stato membro ad avviare con essa una trattativa sulle retribuzioni da pagare ai lavoratori distaccati, nonché a sottoscrivere un contratto collettivo del quale talune clausole stabiliscono, per alcune di tali materie, condizioni più favorevoli di quelle che derivano dalle disposizioni legislative vigenti, mentre altre clausole riguardano materie non previste dall'art. 3 della direttiva.¹¹⁹

Il lettore comprenderà agevolmente che le due pronunce che si è cercato di illustrare sommariamente presentano svariati profili di interesse, l'analisi condotta in questa sede si limiterà tuttavia ad esaminarle sotto il profilo dell'esistenza o meno di una costruzione dei diritti fondamentali come categoria peculiare di eccezione alle libertà di circolazione.

A tal proposito, il tratto probabilmente più notevole delle sentenze è il fatto che al riconoscimento del valore fondamentale del diritto all'azione collettiva non faccia riscontro il suo effettivo richiamo in funzione di giustificazione della restrizione, preferendo la Corte affidarsi invece alle ragioni imperative della tutela dei lavoratori e della lotta al *dumping* sociale, con ciò suggerendo, secondo quanto rilevato dall'A.G. Trstenjak

l'esistenza di un rapporto gerarchico tra libertà fondamentali e diritti fondamentali, nel quale tali diritti sono gerarchicamente subordinati alle libertà suddette e queste possono di conseguenza essere limitate solo con l'ausilio di una causa giustificativa scritta o non scritta¹²⁰.

A ciò si aggiunga che il test di proporzionalità applicato all'azione collettiva è significativamente rigido. Sebbene alcuni commentatori abbiano valorizzato la continuità e dunque prevedibilità di questo approccio¹²¹, sottolinea giustamente Barnard:

[h]aving opted for to apply a robust market access test, it is striking that the ECJ matched this with an equally strict approach to the question of justification and proportionality¹²².

Fa eco a questa considerazione anche Weatherill:

Disturbingly, the Court did not follow the model regularly preferred in its earlier case law pitting economic against social and political fundamental rights which arose outside the context of labour

¹¹⁹ *Laval* (v. nota 115) punto 111.

¹²⁰ *Commissione Europea c Repubblica Federale di Germania* C-271/08, (2010) I Racc 7091, punto 184.

¹²¹ B Caruso, 'I diritti sociali fondamentali nell'ordinamento costituzionale europeo' in B Caruso e S Sciarra (cur.), *Il lavoro subordinato* (Trattato di Diritto Privato dell'Unione Europea, Giappichelli 2009) p.749.

¹²² C Barnard, '*Viking and Laval: An Introduction*' (2007-2008) 10 *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 463, p. 486.

disputes. Having taken an approach to the scope of application of E.U. law which is broad but in line with previous practice, it then at the stage of justification leaves wholly out of account any margin of appreciation apt to permit recognition of local circumstances¹²³.

Considerata la natura orizzontale e non verticale della vertenza sottopostale, non appare forse troppo irragionevole che la Corte sia disposta ad accordare un margine assai minore di discrezionalità ai sindacati di quello riconosciuto agli Stati Membri, se ciò non portasse al paradosso per cui quanto più uno sciopero (od altra azione collettiva) risulta efficace, tanto più sarà difficile per il sindacato giustificarla¹²⁴. Il test di proporzionalità rischia dunque di stravolgere la naturale dinamica dell'azione collettiva, sebbene questa rientri tra i diritti fondamentali che l'Unione si propone di tutelare; una soluzione di compromesso avanzata dalla dottrina consisterebbe nel concentrare il test sugli aspetti formali (rispetto dei termini di preavviso, ecc.) piuttosto che sugli aspetti sostanziali (obbiettivi e successo) dell'azione collettiva¹²⁵, ma tale suggerimento non ha ad oggi trovato nè accoglimento nè smentita nella giurisprudenza.

Lo stravolgimento di questa dinamica attiene non solo all'intensità dell'azione collettiva intrapresa, ma anche ai suoi obiettivi. Sottolinea Novitz :

[in *Schmidberger*], the Court examined the way in which the Austrian Government sought to reconcile the rights to free movement and freedom of expression, being content that their aims were not discriminatory.[...]

Following *Schmidberger*, one might have expected that the Court would, at least where there was no evidence of discriminatory intent, leave to workers and their organisations of whether the objectives of industrial action are of importance to society. However, it would seem from the judgments delivered in *Viking* and *Laval* that the Court will be unwilling to do so. [...] They [the trade unions] are permitted to act in a self-interested fashion, to some degree, but only to *protect workers*. Whether their action fall within the scope of this objective is, it seems, to be carefully scrutinised by the Court (and indeed national courts), without the deference shown in *Schmidberger* to national political institutions or the views of those engaging in the action¹²⁶

Un simile rilievo critico è emerso in sede di esame, da parte del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, della legislazione con cui la Svezia aveva cercato di ovviare agli inconvenienti emersi nella sentenza *Laval* circa il recepimento della direttiva 96/71. Nella Risoluzione adottata, il Comitato dei Ministri sottolinea, tra gli altri motivi di censura, che la nuova legislazione svedese impone

¹²³S Weatherill, 'The Court's Case Law on the Internal Market: 'A Circumlocutory Statement of the Result, Rather than a Reason for Arriving at It'' in M Adams et al. (cur.), *Judging Europe's Judges: The Legitimacy of the Case Law of the European Court of Justice* (Hart Publishing 2013) p. 107.

¹²⁴Barnard, '*Viking* and *Laval*: An Introduction' (v. nota 122) p. 487.

¹²⁵C Barnard, 'A Question of Conflict of Interests' in S de Vries, U Bernitz e S Weatherill (cur.), *The Protection of Fundamental Rights in the E.U. after Lisbon* (Hart Publishing 2013) pp. 50-51.

¹²⁶T Novitz, 'A Human Rights Analysis of the *Viking* and *Laval* Judgments' (2007-2008) 10 *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 541, p. 554.

significative limitazioni alla possibilità dei sindacati di scegliere le materie che intendono regolare tramite la contrattazione collettiva e i livelli di tutela che mirano a raggiungere, nonché alla possibilità di ricorrere all'azione collettiva¹²⁷. A controbilanciare almeno parzialmente le molte critiche formulate, si potrebbe addurre la circostanza che queste due sentenze da un lato riconoscono formalmente la natura fondamentale del diritto di azione collettiva, facendo espresso riferimento alla CDF e, dall'altro, che la Corte, scegliendo di collegare il diritto fondamentale alle esigenze imperative, determina indirettamente i contenuti e le finalità del primo in un'ottica schiettamente comunitaria (per quanto discutibile), abbandonando l'attitudine di "deference" verso la CEDU da un lato e verso le costituzioni nazionali degli Stati Membri dall'altro.

Commissione c. Germania La Corte ha avuto almeno una possibilità di tornare sulla giurisprudenza *Viking* e *Laval*, rappresentata da una procedura di infrazione nei confronti della Germania. I fatti alla base della controversia sono così riassumibili: l'associazione degli enti comunali datori di lavoro e il sindacato unitario del settore dei servizi avevano regolamentato, con contratto collettivo concluso nel 2003, il diritto dei lavoratori di accedere alla conversione salariale (una forma di previdenza complementare), individuando espressamente gli organismi previdenziali ai quali tale meccanismo poteva essere affidato in gestione; la Commissione ha ritenuto che la scelta effettuata dal contratto collettivo contravvenisse all'obbligo di procedere a tale scelta con gara d'appalto, incombente sui comuni in forza della Direttiva 92/50¹²⁸ e, quindi, della Direttiva 2004/18¹²⁹, miranti a garantire la libertà di stabilimento e la libera prestazione dei servizi.

L'A.G. Trstenjak, investita del caso, ha dedicato un passo particolarmente importante delle sue Conclusioni alla critica dell'approccio seguito dalla Corte in *Viking* e *Laval*, argomentando in favore dell'equiordinazione gerarchica tra diritti fondamentali e libertà fondamentali e dell'adozione nei casi di conflitto tra i due di quel test di proporzionalità "doppio" (o forse sarebbe meglio definirlo biunivoco) che era già stato utilizzato dalla Corte nella sentenza *Schmidberger*, e che viene riassunto nella formula della "congruità".

La Corte sembra accogliere l'approccio proposto dal suo Avvocato Generale quanto al test di proporzionalità, dacché si preoccupa di illustrare come l'obiettivo protetto dalle direttive in questione e le finalità sociali perseguite dai firmatari del contratto collettivo non siano reciprocamente escludenti, con la conseguenza che più che a un test di proporzionalità si ha l'impressione di assistere a un genuino esercizio di bilanciamento. In alcuni punti, il lettore potrebbe addirittura avere l'impressione che proprio le finalità sociali costituiscano il bene sovraordinato, giacché, in risposta alle obiezioni sollevate dal governo tedesco, la sentenza illustra a più riprese la possibilità di conseguire tali obiettivi senza

¹²⁷Council of Europe, Committee of Ministers, *Resolution CM/ResChS(2014)1 on the implementation of the European Social Charter during the period 2007-2010* (Complaint No. 85/2012) (5 febbraio 2014) (<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=2157135&Site=CM>) visitato il 12 luglio 2014.

¹²⁸direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi [1992] GU L-209.

¹²⁹Direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi [2004] GU L-134.

negare applicazione alla disciplina degli appalti pubblici¹³⁰.

Con riguardo però allo sdoppiamento tra il diritto alla negoziazione ed azione collettiva e il suo obiettivo, la sentenza non segue la linea raccomandata dall'Avvocato Generale: nel corso del lungo test di bilanciamento, la Corte fa riferimento alla "finalità sociale" della contrattazione collettiva, agli "interessi dei lavoratori coinvolti", al "principio di solidarietà", ma non considera il diritto alla negoziazione collettiva nel suo complesso quale oggetto del bilanciamento, sebbene l'avesse precedentemente riconosciuto come diritto fondamentale¹³¹. Questa scelta può forse essere spiegata dalla preoccupazione della Corte che lo *status* fondamentale del diritto alla contrattazione collettiva potesse riflettersi in una sorta di intangibilità del suo prodotto, il contratto. Non a caso la trattazione si diffonde sulla circostanza che la natura contrattuale collettiva di una data misura restrittiva non è rilevante per determinare se essa ricade nell'ambito del diritto dell'Unione. Se la spiegazione ipotizzata è corretta, tuttavia, non si potrebbe che auspicare una più chiara divisione tra le questioni di competenza e il giudizio di bilanciamento.

Bundesdruckerei La disciplina degli appalti pubblici tedeschi è stata alla base di un'ulteriore pronuncia, che vede contrapporsi la libera prestazione dei servizi alla protezione dei lavoratori¹³². La vicenda litigiosa riguarda una gara d'appalto bandita dalla città di Dortmund, avente ad oggetto la digitalizzazione di documenti e la conversione di dati per il servizio urbanistico. Tra le altre condizioni, gli offerenti erano tenuti a dichiarare che avrebbero corrisposto un dato salario minimo ai propri dipendenti, e che avrebbero vegliato sul rispetto di questo requisito anche da parte di eventuali subappaltatori. La Bundesdruckerei GmbH, che intendeva subappaltare la prestazione ad un'impresa polacca, fu esclusa dalla gara d'appalto proprio per il rifiuto di rendere tale dichiarazione, nonostante avesse portato all'attenzione dell'amministrazione procedente l'inusualità di un salario minimo pari a quello indicato nel bando di gara in relazione alle condizioni di vita in Polonia.

Le obiezioni mosse dalla Bundesdruckerei sono state in gran parte condivise dall'autorità giurisdizionale nazionale adita, che ha sollevato una questione pregiudiziale relativa alla compatibilità tra il criterio di aggiudicazione relativo al salario minimo e il diritto dell'Unione, in particolar modo l'articolo 56 e la Direttiva 96/71.

La Corte ha immediatamente escluso la rilevanza della direttiva sul distacco di lavoratori, poiché la prestazione oggetto del contratto d'appalto sarebbe stata integralmente in Polonia, senza il distacco di lavoratori sul territorio tedesco, con ciò prendendo a parametro del proprio sindacato la sola norma relativa alla libera circolazione dei servizi¹³³.

Pur riconoscendo in linea di principio che la misura statale in questione possa essere giustificata dall'obiettivo della protezione dei lavoratori (declinata nella duplice dimensione della garanzia di una retribuzione congrua a della lotta al *dumping* sociale), la pronuncia boccia però il requisito relativo al salario minimo tanto nel test di idoneità quanto in quello di stretta proporzionalità. La misura

¹³⁰Causa C-271/08 *Commissione Europea c Repubblica Federale di Germania* [2010] Racc I-7091, punti 51-66.

¹³¹Ibid., punto 37.

¹³²Causa C-549/13 *Bundesdruckerei GmbH c Stadt Dortmund* [2014] non ancora pubblicata.

¹³³Ibid., punti 24-27.

sarebbe inidonea ad assicurare la protezione dei lavoratori, poiché si applica ai soli appalti pubblici, e lascia dunque sguarniti i lavoratori che operano nel mercato privato¹³⁴. Essa sarebbe inoltre sproporzionata, poiché la congruità della retribuzione dev'essere valutata in relazione al costo della vita nello Stato membro in cui l'attività lavorativa viene espletata e non deve tradursi nella neutralizzazione del vantaggio concorrenziale di cui godono gli operatori economici stabiliti negli Stati membri dove le tariffe salariali sono più basse¹³⁵.

Non c'è traccia, nella pronuncia in commento, del test di proporzionalità "biunivoco" utilizzato in Commissione c. Germania, ma un ritorno all'uso della "protezione dei lavoratori" quale ragione imperativa, non già finalità dell'ordinamento dell'Unione, nemmeno *sub specie* di componente del principio di solidarietà.

Eppure elementi in tal senso si sarebbero potuti ricavare, anche a livello di diritto derivato, dall'articolo 26 della Direttiva 2004/18¹³⁶, applicabile alla gara d'appalto in questione, laddove stabilisce che le amministrazioni aggiudicatrici possano esigere condizioni particolari in merito all'esecuzione dell'appalto, sulla scorta di considerazioni sociali e ambientali. Il test di proporzionalità classico che vediamo usare dal giudice in questa pronuncia rischia per assurdo di svuotare di significato tale clausola, laddove prescrive che, per essere giudicate idonee a garantire la protezione dei lavoratori, le misure statali restrittive debbano tutelare tanto i lavoratori che operano nell'ambito degli appalti pubblici quanto quelli che operano nel mercato privato: le amministrazioni aggiudicatrici, sembra potersi inferire, non potranno prescrivere per lo svolgimento degli appalti delle condizioni di lavoro più favorevoli di quelle di mercato.

È pur vero che la misura è in definitiva stigmatizzata molto più per la mancanza di proporzionalità in senso stretto, tuttavia sarebbe forse stato lecito sperare che la pronuncia mettesse maggiormente in luce anche le finalità sociali del mercato comune.

La panoramica che si è cercato di condurre sulle sentenze più significative presenta l'ovvio limite di non includere poche pronunce che riguardino controversie insorte dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, ragion per cui si può solo ipotizzare quali cambiamenti potranno essere apportati in futuro ai *trend* giurisprudenziali che cercheremo ora di sintetizzare:

- non sembra si possa affermare che i diritti fondamentali siano da considerarsi una autonoma categoria di giustificazione delle restrizioni alla libera circolazione: sebbene i vari giudizi esaminati mostrino una peculiare attenzione alla categoria, essi tendono nondimeno a farla confluire nell'alveo delle deroghe previste dal Trattato o delle ragioni imperative. L'ascesa della CDF al rango di diritto primario e l'introduzione delle disposizioni di interesse generale del TFUE non cambierà necessariamente questa situazione: ben potrebbe darsi il caso, già visto a proposito della tutela dell'ambiente, in cui la Corte conferisce ad alcune ragioni imperative dei tratti di specialità;
- si può constatare come la Corte diventi via via più intraprendente nel definire il contenuto dei diritti fondamentali di volta in volta rilevanti,

¹³⁴ *Bundesdruckerei* (v. nota 132) punto 32.

¹³⁵ *Ibid.*, punti 33-34.

¹³⁶ Direttiva 2004/18 (v. nota 129).

ciò che potrebbe essere conseguenza dell'introduzione della Carta o della diversa natura degli stessi; in tale ultimo caso, si dovrebbe constatare che proprio il contenuto dei diritti sociali è generalmente definito più nello specifico, e con molta minor deferenza verso le tradizioni costituzionali nazionali: è verosimile che questo *trend* venga confermato, essendo per la CGUE più agevole dimostrare deferenza verso le costituzioni nazionali in quei campi (come la dignità umana) che sono meno inerentemente "in rotta di collisione" con la realizzazione del mercato comune;

- le sentenze esaminate rivelano un alto grado di difformità circa il test di proporzionalità o di bilanciamento usato, ed è difficile non condividere il giudizio espresso da De Vries secondo cui "the Court of Justice [...] is *struggling* to find the right test"¹³⁷; questo sforzo è dovuto al fatto che, oltre a determinare nel caso concreto la linea di demarcazione tra il legittimo esercizio di competenze da parte degli Stati Membri e le finalità perseguite dall'Unione, il test di proporzionalità è ora chiamato ad equilibrare esigenze interne al diritto dell'Unione sempre più eterogenee tra loro. L'inserimento nel Trattato del catalogo delle disposizioni di applicazione generale potrà, ad opinione di chi scrive, accelerare la progressiva conversione del test di proporzionalità in un giudizio di bilanciamento, quantomeno con riferimento alle materie trattate nel Titolo II della Parte I del TFUE.

2.3 Riepilogo

L'analisi che si è cercato di condurre parallelamente sulla giurisprudenza in cui i diritti fondamentali sono invocati a sostegno delle libertà di circolazione e sulla giurisprudenza in cui le due fonti risultano invece contrapposte ha evidenziato, a parere di chi scrive, almeno un aspetto comune.

Nella prima sezione, si è potuto sottolineare la tendenza della recente giurisprudenza a valorizzare i diritti che meno convergono negli obiettivi con le libertà di circolazione, in funzione di complemento a queste ultime. Nella seconda sezione è stato evidenziato che la Corte sembra assumere un'attitudine molto più propositiva nelle vertenze in cui sono in discussione i diritti sociali inerenti il rapporto di lavoro rispetto a quella dimostrata in cause attinenti diritti di più antica generazione, come la libertà di espressione e manifestazione e il rispetto della dignità umana, laddove l'attitudine prevalente sembra essere una di rispetto per le tradizioni costituzionali dei singoli Stati.

La convergenza di questi due filoni di giurisprudenza sui diritti sociali è indicativa, a parere di chi scrive, della necessità di un approccio europeo a tali tematiche, peraltro coerente con l'interpretazione estensiva dell'ambito di applicazione della Carta illustrato nel precedente capitolo: il giudizio di incompatibilità del Trattato o del diritto derivato con una normativa nazionale (che, si ripeterà ancora una volta, non deve necessariamente rientrare nell'ambito materiale di competenza dell'Unione) fornisce infatti agli Stati un incentivo per procedere all'integrazione positiva, ossia per regolamentare quella data materia a livello di Unione Europea, secondo uno schema già ampiamente sperimentato nel conten-

¹³⁷De Vries, 'Balancing Fundamental Rights with Economic Freedoms According to the European Court of Justice' (v. nota 64).

zioso del mercato interno¹³⁸. La differenza rispetto al passato sta però nel fatto che la Corte si muove in campo assai più sensibile e in un momento storico di crisi di legittimità del processo di integrazione europea agli occhi dell'opinione pubblica, con la conseguenza che l'autorevolezza delle decisioni e anche della Corte in quanto istituzione rischia di rimanerne assai severamente scossa, come dimostrato dalle reazioni estremamente critiche alle sentenze *Viking* e *Laval*.

¹³⁸Stone Sweet e McCown (v. nota 3) pp. 135-136.

Capitolo 3

La tutela dei diritti fondamentali nel contenzioso in materia di cittadinanza

La disamina che si è cercato di condurre nel precedente capitolo circa le forme e l'intensità della tutela ottenuta dai diritti fondamentali, e dei diritti sociali fondamentali più in particolare, nel contenzioso del mercato interno non potrebbe aspirare ad un grado soddisfacente di completezza senza una parallela trattazione riguardante la cittadinanza europea.

La cittadinanza europea consta infatti di una componente consistente nel diritto di libera circolazione e soggiorno¹, ma al contempo si pone al di fuori della logica mercantilistica che ammette tali diritti solo in funzione dello svolgimento di un'attività economica. Questa particolarità fa sì che ben difficilmente i diritti fondamentali siano stati invocati, in quanto ragioni imperative, in funzione limitativa della libertà di circolazione del cittadino. Ne consegue che lo schema di analisi adottato nel capitolo precedente è solo parzialmente adattabile all'oggetto di indagine del presente capitolo, giacché le decisioni che saranno citate ed analizzate concernono unicamente l'invocazione dei diritti fondamentali in combinato con i diritti di cittadinanza.

Quanto appena rilevato non è certo stupefacente, se si considera la contiguità strutturale tra la nozione stessa di cittadinanza e i diritti della persona, che differenziano “il soggetto partecipe della struttura sovrana dall'oggetto dell'autorità statale”². È proprio a partire dai diritti collegati alla cittadinanza che il notissimo saggio su *Cittadinanza e classe sociale* di Marshall propone la classificazione tripartita dei diritti. Studiando l'evoluzione della cittadinanza nell'ordinamento del Regno Unito, lo studioso sottolineava dapprima un “marcato mutamento di accento dai doveri ai diritti”³, e catalogava poi questi ultimi in elemento civile,

¹Si veda in proposito JN Da Cunha Rodrigues, ‘A propos European Citizenship: The Right to Move and Reside Freely’ in P Cardonnel, A Rosas e N Wahl (cur.), *Constitutionalising the E.U. Judicial System* (Hart 2012).

²C Romanelli Grimaldi, ‘Cittadinanza’ in *Enciclopedia Giuridica* (Treccani 2010) p. 3.

³Marshall (v. nota 3) p.12.

elemento politico ed elemento sociale della cittadinanza, ciascuno sviluppatosi in un momento cronologicamente diverso e successivo rispetto agli altri. Sebbene l'analisi di Marshall fosse riferita alla sola cittadinanza del Regno Unito, la scomposizione dei diritti di cittadinanza in tre elementi si rivela a tutt'oggi un'utile chiave di lettura, anche in riferimento ai diritti fondamentali.

Quante delle precedenti premesse si applicano tanto alla cittadinanza nazionale quanto alla cittadinanza europea, quale modello di cittadinanza sovranazionale? Anzitutto, nel caso della cittadinanza europea non si può propriamente parlare di una valorizzazione dei diritti a scapito dei doveri, ma si dovrebbe piuttosto prendere atto della radicale scomparsa dei secondi. Nonostante il co. 2 dell'art. 20 TFUE disponga che i cittadini dell'Unione "godono dei diritti e sono soggetti ai doveri previsti nei trattati", nessuna posizione passiva si può ritrovare al momento nel diritto primario. È stato giustamente notato che l'assenza di ogni previsione circa i doveri è da ricondurre al carattere dell'Unione Europea, la quale, non essendo riconducibile a uno stato nazionale, nemmeno può esigere dal cittadino quei comportamenti che tipicamente ne esige lo stato, ossia i doveri di fedeltà e di difesa⁴.

Anche la relativa brevità del catalogo di diritti rende difficile l'assimilazione della cittadinanza europea al più noto e familiare impianto della cittadinanza nazionale: il Trattato di Maastricht prevedeva la libertà di circolazione e soggiorno, i diritti di elettorato attivo e passivo per le elezioni municipali ed europee a parità di condizioni rispetto ai cittadini dello Stato di residenza, il diritto alla protezione diplomatica e consolare nei Paesi Terzi da parte delle autorità di qualsiasi Stato Membro in assenza di una rappresentanza del proprio Stato di nazionalità, il diritto di petizione al Parlamento Europeo ed il diritto di rivolgersi al Mediatore Europeo. È agevole notare che la maggior parte di queste prerogative avevano come controparte gli Stati Membri, e non l'Unione Europea o le sue istituzioni, circostanza spesso sottolineata dalla letteratura:

[...] one of the conundrums of E.U. citizenship is that rights intended to foster a commitment to the Union are actually being exercised against Member States.⁵

Il novero dei diritti attribuiti al cittadino nei confronti dell'Unione è stato ampliato dapprima in occasione del Trattato di Amsterdam, con la previsione del diritto di rivolgersi alle istituzioni europee in una qualsiasi lingua ufficiale, e di ricevere risposta nella stessa lingua, e in seconda battuta con la previsione, ad opera del Trattato di Lisbona, del diritto di iniziativa legislativa dei cittadini. Fin da Maastricht, nessun collegamento fu invece istituito tra i diritti di cittadinanza e i diritti fondamentali, che sono quindi da considerarsi una categoria affatto distinta. Sebbene la circostanza che queste due nuove dimensioni siano state inaugurate nello stesso momento storico è stata considerata tutt'altro che irrilevante⁶, la successiva giurisprudenza della Corte di Giustizia non ha mai sovrapposto i due piani, evitando con cura ogni commistione tra il linguaggio

⁴M Condinanzi, A Lang e B Nascimbene, *Cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persone* (Giuffrè editore 2006) p. 23.

⁵C Barnard, *The Substantive Law of the E.U.* (3rd edition, Oxford University Press 2010) p. 422.

⁶E Sharpstone, 'Citizenship and Fundamental Rights. Pandora's Box or a Natural Step towards Maturity' in P Cardonnel, A Rosas e N Wahl (cur.), *Constitutionalising the E.U. Judicial System. Essays in Honour of Pernilla Lindh* (Hart Publishing 2012).

della cittadinanza e il linguaggio dei diritti fondamentali. Questa tendenza è rilevabile anche in tempi recenti: esempio ne sia il contributo in cui, partendo dall'analisi della giurisprudenza Rottmann e Ruiz Zambrano, Iglesias Sanchez ipotizza l'uso della nozione di cittadinanza alla stregua di una "valvola di scarico", di cui la Corte si serve per evitare di dover inquadrare casi particolarmente controversi nella cornice dei diritti fondamentali⁷

Chiunque volesse tentare un confronto con il modello di cittadinanza marshaliana, dunque, si accorgerebbe ben presto che la cittadinanza europea è uno strano ibrido: da un lato, essa assicura il godimento di un limitato numero di diritti civili (perlopiù ricollegati alla libera circolazione), politici (a livello tanto nazionale quanto comunitario) e sociali (grazie alla combinazione tra la libertà di circolazione e il principio di eguaglianza), ma d'altro canto sarebbe scorretto concepirla come uno *status* passibile di maturazione, una fase intermedia che si attesta oggi ad un grado di evoluzione inferiore rispetto a quello toccato dalla cittadinanza nazionale, pur avviandosi all'equiparazione con quest'ultima⁸. La cittadinanza europea non potrà mai evolversi lungo la direttrice storica della cittadinanza nazionale, nè arrivare a ricomprendere contenuti simili, salvo rimettere in discussione il rigido partizionamento tra diritti di cittadinanza e diritti fondamentali.

Prendendo atto della relativa povertà di contenuti di questo istituto, e giudicandone esigue le possibilità di sviluppo, i primi giudizi dottrinali sulla cittadinanza europea furono, in effetti, ben poco lusinghieri: "a pie in the sky"⁹, "a symbolic plaything without substantive content"¹⁰, "a cynical exercise at public relations on the part of the High Contracting Parties"¹¹ sono solo alcune delle espressioni di disappunto registrate nella letteratura¹².

A questa visione critica fa da necessario contrappunto la massima giurisprudenziale, coniata nel caso *Grzelczyk* e divenuta poi un punto di riferimento costante nell'elaborazione della Corte, secondo cui "lo status di cittadino dell'Unione è destinato ad essere lo status fondamentale dei cittadini degli Stati membri"¹³. La valorizzazione della cittadinanza europea da parte della giurisprudenza è in effetti un dato incontestabile; essa ha viaggiato su percorsi logico-argomentativi precedentemente non battuti, o ha consolidato e allargato quelli esistenti¹⁴, progressivamente ampliando l'ambito d'applicazione del diritto dell'Unione in generale. La logica conseguenza di questo processo è però una rigida divisione

⁷Iglesias Sanchez, p.1592 e ss.

⁸In proposito, si veda ad esempio NN Shuibne, 'The Resilience of E.U. Market Citizenship' (2010) 47 Common Market Law Review 1597, sull'impossibilità di superare la natura mercantile della cittadinanza europea; Sui limiti della natura sovranazionale, invece, M Everson, 'A Very Cosmopolitan Citizenship: But Who Pays the Price?' in M Dougan, NN Shuibhne e E Spaventa (cur.), *Empowerment and Disempowerment of the European Citizen*. (Modern Studies in European Law, Hart 2012).

⁹J d'Oliveira, 'Union Citizenship: Pie in the Sky?' in A Rosas e E Antola (cur.), *A Citizens' Europe* (Sage 1995) p. 141.

¹⁰Ibid., p.147.

¹¹JHH Weiler, 'Citizenship and Human Rights' in JA Winter (cur.), *Reforming the Treaty on European Union* (Kluwer Law International 1996) p. 68.

¹²Per una panoramica degli argomenti a favore e contrari alla cittadinanza europea, si veda ad esempio D Kostakopoulou, 'European Union Citizenship: Writing the Future' (2007) 13(5) European Law Review 623, pagg. 626-628.

¹³Causa C-184/99 *Rudy Grzelczyk contro Centre public d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve* [2001] Racc I-6193, punto 31.

¹⁴FG Jacobs, 'Citizenship of the European Union - A Legal Analysis' (2007) 13(5) European Law Journal 591.

degli spazi tra diritti di cittadinanza e diritti fondamentali.

Sembrirebbe allora ragionevole ipotizzare che la vocazione espansiva del discorso sulla cittadinanza abbia sottratto *Lebensraum* allo sviluppo di un organico discorso giurisprudenziale sui diritti fondamentali, questione che si cercherà di illustrare nella prima sezione del presente Capitolo.

Non si può, in proposito, non dar conto della tesi (autorevolmente sostenuta ad esempio dall'A.G. Sharpstone¹⁵) secondo cui la Corte ha già implicitamente incluso alcuni diritti fondamentali tra i diritti di cittadinanza; anche accettando questa premessa, tuttavia, è lecito domandarsi se questa protezione mediata (quando non addirittura mascherata) di determinati diritti della persona possa rivelarsi soddisfacente nel sistema complessivo dei Trattati o se, viceversa, essa comporti l'inquadramento dei diritti in questione in una cornice forse un po' angusta. A questo interrogativo si cercherà di rispondere nella seconda sezione. Le osservazioni formulate nelle due sezioni saranno quindi ricapitolate in chiusura del capitolo, ove se ne abbozzerà altresì una lettura sistematica.

3.1 Ambito di applicazione della cittadinanza. La dottrina del 'nucleo essenziale'

L'introduzione della cittadinanza europea ha rappresentato un primo momento di crisi del paradigma che aveva fino ad allora rigidamente diviso la sfera di competenza della Comunità Europea da quella dei suoi Stati Membri, introducendo nel diritto comunitario degli elementi di rottura rispetto alla sua connotazione puramente economica. Da questo punto di vista, l'impatto dell'introduzione della cittadinanza sulla costruzione dell'ambito di applicazione del diritto comunitario merita separata considerazione, con la finalità di comprendere se la cittadinanza dell'Unione abbia rappresentato una sorta di apripista per una più intensa tutela dei diritti fondamentali o ne abbia, al contrario, reso il percorso più accidentato.

Una situazione regolata dal diritto comunitario (o, più in generale, da una data norma) è considerata tale se ed in quanto ricade nel suo ambito di applicazione tanto *ratione personae* quanto *ratione materiae*. Quando guardiamo alla libera circolazione delle persone, l'ambito di applicazione *ratione personae* era tradizionalmente definito dallo svolgimento di un'attività economica, subordinata od autonoma, in uno Stato membro diverso da quello di cittadinanza, mentre l'ambito *ratione materiae* coincideva con i diritti e le prerogative garantite dai Trattati e dal diritto derivato¹⁶.

L'introduzione della cittadinanza ha *in primis* eliminato la condizione relativa allo svolgimento di un'attività economica nella determinazione dell'ambito di applicazione delle libertà di circolazione, con la conseguenza di ampliare significativamente il numero dei potenziali destinatari dei diritti istituiti dal Trattato.

¹⁵Sharpstone (v. nota 6) p. 254 e ss.

¹⁶Sintesi proposta ad esempio in E Spaventa, 'Seeing the wood despite the trees? On the scope of Union citizenship and its constitutional effects' (2008) 45 Common Market Law Review 13, p.15; altri studi evidenziano scompongono l'applicabilità *ratione personae* in ben quattro precondizioni: cittadinanza di uno Stato membro, svolgimento di un'attività economica, attraversamento di una frontiera ed intenzionalità della partecipazione al mercato comune: D Kochenov, 'A real European Citizenship: a new jurisdi test: a novel chapter in the development of the Union in Europe' (2011) 18 Columbia Journal of European Law 55, p. 66.

3.1 Ambito di applicazione della cittadinanza. La dottrina del ‘nucleo essenziale’¹⁵

Un secondo elemento di rottura rispetto alla classica separazione tra ambito di applicazione del diritto dell’Unione ed ambito di applicazione del diritto degli Stati membri è dato dal progressivo attenuamento del requisito consistente nel carattere transfrontaliero della situazione che si vuole far rientrare nel campo d’applicazione del diritto dell’Unione.

Seguendo una classificazione proposta da Lenaerts, si potrebbero individuare almeno cinque esempi di interpretazione estensiva del *cross-border link*:

1. la presa in considerazione anche delle barriere interne agli Stati membri;
2. la presa in considerazione di determinate misure statali in ragione della sola deterrenza dall’esercizio dei diritti di libera circolazione;
3. la presa in considerazione di misure statali che colpiscono i cittadini europei i quali, dopo aver esercitato la libertà di circolazione, intendano rientrare nello Stato di nazionalità;
4. la possibilità di invocare i diritti di libera circolazione anche da parte del soggetto che non ne è direttamente titolare, purché esista un legame con il titolare;
5. la possibilità di applicare le disposizioni relative alla cittadinanza europea anche nella radicale assenza di un qualsivoglia spostamento.¹⁷

Quest’ultima categoria risulta particolarmente interessante ai fini della presente analisi, perché più delle altre si avvicina al tema del rapporto tra cittadinanza europea e diritti della persona.

Il potenziale per questo sviluppo, a ben vedere, era insito nella struttura della libertà di circolazione: l’attraversamento della frontiera si atteggia sia a precondizione per godere della protezione offerta dal diritto dell’Unione sia a contenuto stesso del diritto¹⁸. Su questa peculiarità la Corte ha potuto fare perno per giungere ad affermare che

la situazione di un cittadino di uno Stato membro nato nello Stato membro ospitante e che non si è avvalso del diritto alla libera circolazione tra Stati membri non può, soltanto per questo, essere assimilata ad una situazione puramente interna che priva il detto cittadino del beneficio, nello Stato membro ospitante, delle disposizioni del diritto comunitario in materia di libera circolazione e di soggiorno delle persone.¹⁹

La causa che ha aperto la strada a questo sviluppo è molto nota: la famiglia Chen, di nazionalità cinese, aveva fatto sì che la figlia secondogenita, Catherine, nascesse nel territorio dell’Irlanda del Nord, acquisendo così la cittadinanza

¹⁷K Lenaerts, ‘Civis Europaeus Sum’: From the Cross-border Link to the Status of Citizen of the Union’ in P Cardonnel, A Rosas e N Wahl (cur.), *Constitutionalising the E.U. Judicial System. Essays in Honour of Permillia Lindh* (Hart 2012) p. 216.

¹⁸Come già rilevato in Spaventa (v. nota 16) p.17; Sul tema si veda anche A Epiney, ‘The scope of Article 12 EC: Some Remarks on the Influence of European Citizenship’ (2007) 13(5) *European Law Journal* 611.

¹⁹Causa C-200/02 *Kunqian Catherine Zhu e Man Lavette Chen contro Secretary of State for the Home Department* [2004] Racc I-9925, punto 19.

irlandese²⁰ pur non avendo mai lasciato il territorio del Regno Unito. Rientrata nella città di residenza abituale, la madre della neonata aveva presentato domanda per il rilascio di un permesso di soggiorno per sé e per la figlia, e, di fronte al diniego delle autorità britanniche, aveva intentato il procedimento dal quale ebbe origine il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia. La vicenda presentava certo svariati profili di interesse, ma l'aspetto che qui preme sottolineare è che il collegamento con l'ordinamento giuridico dell'Unione è assicurato unicamente dalla cittadinanza europea della bambina, dalla quale origina anche il diritto di soggiorno della madre: la Corte argomenta infatti che, per garantire l'effetto utile del diritto di soggiorno fondato sulla cittadinanza europea, il minore in tenera età abbia diritto di essere accompagnato dalla persona che ne garantisce la custodia.

In questo senso, la giurisprudenza *Chen* si differenzia anche da precedenti pronunce vertenti sulla situazione degli immigrati di seconda generazione, come ad esempio lo stesso caso *Rutili*²¹, in cui il collegamento al diritto dell'Unione era garantito non solo dalla cittadinanza del soggetto, ma anche dall'esercizio di un'attività economica.

L'evoluzione giurisprudenziale non si è fermata al caso *Chen*, ma si è anzi estesa a ricomprendere anche altre situazioni che altrimenti sarebbero state considerate puramente interne, come quella del cittadino che faccia valere i diritti derivanti dalla cittadinanza europea nei confronti dello Stato membro di cui ha la nazionalità, e da cui non si è precedentemente allontanato.

Il primo esempio di questo approccio si ritrova nella sentenza *Rottmann*²², riguardante la revoca della cittadinanza nazionale acquisita a seguito di dichiarazioni mendaci (nel caso di specie, sull'assenza di precedenti penali). A ben vedere, il ricorrente nella causa principale si era avvalso, anteriormente ai fatti di causa, della libertà di circolazione: per questa ragione aveva in effetti acquisito la cittadinanza tedesca e perso quella di nascita, l'austriaca. La pronuncia tuttavia non poggia su questo dato, statuendo invece che

Con tutta evidenza, la situazione di un cittadino dell'Unione che – come il ricorrente nella causa principale – si trovi alle prese con una decisione di revoca della naturalizzazione adottata dalle autorità di uno Stato membro, la quale lo ponga, dopo la perdita della cittadinanza di un altro Stato membro da lui posseduta in origine, in una situazione idonea a cagionare il venir meno dello status conferito dall'art. 17 CE e dei diritti ad esso correlati, ricade, per sua natura e per le conseguenze che produce, nella sfera del diritto dell'Unione.²³

È stato giustamente sottolineato che la Corte non ha indicato espressamente l'elemento di collegamento al diritto dell'Unione, discostandosi anche dalla posizione dell'Avvocato generale, che sembrava ritenere necessaria la dimostrazione di un diretto collegamento con i diritti attribuiti dal Trattato ai cittadini²⁴. Se l'evoluzione giurisprudenziale si fosse esaurita nella sentenza *Rottmann*, si

²⁰L'attribuzione della cittadinanza della Repubblica d'Irlanda era infatti regolata dal criterio dello *ius soli*, in una variante particolarmente ampia che ricomprendeva l'intero territorio dell'isola

²¹*Rutili* (v. nota 16).

²²Causa C-135/08 *Janko Rottman c Freistaat Bayern* [2010] Racc I-1449.

²³*Ibid.*, punto 42.

²⁴C Morviducci, *I diritti dei cittadini europei* (G Giappichelli 2014) pp. 37-39.

3.1 Ambito di applicazione della cittadinanza. La dottrina del ‘nucleo essenziale’

sarebbe potuto sostenere che la perdita della cittadinanza nazionale costituisse un caso eccentrico: è abbastanza evidente che la cittadinanza europea possa prestarsi ad “agganciare” la fattispecie al diritto dell’Unione tanto sotto il profilo dell’ambito d’applicazione soggettivo, quanto sotto il profilo dell’ambito d’applicazione materiale, proprio perché la posta in gioco è la perdita stessa della cittadinanza.

La successiva pronuncia sul caso *Ruiz Zambrano*²⁵ ha però dimostrato che esistono anche provvedimenti statali diversi dalla formale revoca della cittadinanza capaci di attrarre delle situazioni (apparentemente) puramente interne nel campo di applicazione del diritto dell’Unione.

La causa verteva sulla situazione di un cittadino colombiano, padre di due minori cittadini europei di nazionalità belga, i quali non avevano mai esercitato i propri diritti di libera circolazione. All’arrivo in Belgio, il ricorrente aveva presentato una richiesta di asilo, il cui rigetto era stato però assortito di una clausola di non rimpatrio. Tale clausola, sebbene rendesse in effetti impossibile il rimpatrio del sig. Ruiz Zambrano e della sua famiglia, non gli conferiva però neppure un diritto di soggiorno nel Paese, o quantomeno tale era il punto di vista dell’*Office des Étrangeres*, che più volte rifiutò la concessione di un permesso di soggiorno e, per l’effetto, di un permesso di lavoro. Questa situazione si protrasse dal 2000 al 2005, periodo durante il quale il ricorrente aveva cercato e trovato un’occupazione, nonostante fosse privo di permesso di lavoro, venendo assunto con regolare contratto e versando, per il tramite del datore di lavoro, i contributi previdenziali dovuti. Rimasto per due volte temporaneamente disoccupato, il ricorrente del procedimento principale aveva presentato domanda per essere ammesso a godere dell’indennità di disoccupazione, indennità che gli era stata negata in ragione dell’irregolarità dei precedenti periodi di lavoro. Dal ricorso proposto avverso tale diniego ha avuto origine appunto la controversia principale.

La Corte considerò che la situazione del ricorrente ricadesse nell’ambito d’applicazione del diritto dell’Unione, applicando ed estendendo la logica sottesa alla giurisprudenza *Rottmann*:

Alla luce di ciò, l’art. 20 TFUE osta a provvedimenti nazionali che abbiano l’effetto di privare i cittadini dell’Unione del godimento reale ed effettivo dei diritti attribuiti dal loro status di cittadini dell’Unione (v., in tal senso, sentenza *Rottmann*, cit., punto 42).

Orbene, il diniego di soggiorno opposto a una persona, cittadina di uno Stato terzo, nello Stato membro dove risiedono i suoi figli in tenera età, cittadini di detto Stato membro, che essa abbia a proprio carico, nonché il diniego di concedere a detta persona un permesso di lavoro producono un effetto del genere.²⁶

Questo risultato rende evidente che la cittadinanza europea si sostanzia ma non si esaurisce nel catalogo di diritti (peraltro non esaustivo) contenuto oggi nell’articolo 20, co. 2, TFUE: l’azione degli Stati membri può in alcuni casi minare il godimento reale ed effettivo dei diritti attribuiti dallo *status* di cittadinanza, anche in situazioni di fatto che non sembrano presentare, a prima vista, un ele-

²⁵Causa C-34/09 *Gerardo Ruiz Zambrano c Office national de l’emploi (ONEM)* [2010] Racc I-1177.

²⁶Ibid., punti 42-43.

mento di collegamento con i diritti del cittadino²⁷.

In casi di questo genere, si considera che la tutela giuridica dello status di cittadinanza derivi direttamente dall'articolo 20, co. 1, TFUE. È altresì facile intuire che la tutela *ex* articolo 20(1) riveste un carattere sussidiario ed eccezionale, nel senso che la Corte vi ha fatto ricorso solo laddove nessun'altra norma primaria o secondaria poteva ragionevolmente trovare applicazione, e laddove il pregiudizio sofferto dal singolo si presentasse particolarmente grave.

Il vaglio dei provvedimenti statali alla luce dell'articolo 20(1) TFUE non è di per sé garanzia della risoluzione della controversia principale in senso favorevole al cittadino (in *Rottmann*, ad esempio, la revoca della cittadinanza fraudolentemente acquisita fu considerata in principio legittima), ma innegabilmente costituisce un ampliamento delle possibilità di tutela per il singolo. Alcuni Autori hanno giustamente considerato queste pronunce come istitutive di un nuovo test per determinare la sussistenza della giurisdizione:

Unlike the previous approach, which employed actual or hypothetical cross-border situations, the new approach eschews border-sensitive thinking and focuses on the intensity of the Member States' interference with the rights of E.U. citizens in triggering the application of E.U. law in order to allocate the case at issue to one legal order or the other.²⁸

È ipotizzabile allora l'inclusione tra quelle violazioni che compromettono il godimento reale ed effettivo dei diritti attribuiti dallo *status* di cittadinanza, anche la violazione dei diritti fondamentali enumerati nella Carta (o di alcuni di essi)? Sebbene un tale risultato sia stato auspicato in passato²⁹, l'ovvia risposta a questa domanda dovrebbe essere negativa: non solo l'ordinamento dell'Unione è caratterizzato, come si è detto, dalla netta separazione tra diritti fondamentali e *status* di cittadinanza, ma una simile interpretazione sarebbe contraria alle clausole orizzontali, ed in particolare all'articolo 51, co. 2 CDF, secondo cui la Carta non estende l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione.

Le successive pronunce sui casi *McCarthy*³⁰ e *Dereci*³¹ confermano quanto appena detto. Entrambe le vertenze concernono la possibile espulsione del coniuge di un cittadino europeo, e ridimensionano significativamente la portata della giurisprudenza *Rottmann-Ruiz Zambrano*. Se in *McCarthy* la Corte si limita ad affermare, piuttosto seccamente, che la misura contestata non è tale da privare la ricorrente del godimento effettivo del nucleo essenziale dei diritti conferiti dallo status di cittadino dell'Unione³², alcuni commentatori non hanno mancato

²⁷P Mengozzi, 'Zambrano, An Unexpected Ruling' in P Cardonnel, A Rosas e N Wahl (cur.), *Constitutionalising the E.U. Judicial System* (Hart 2012); A Lansbergen e N Miller, 'European Citizenship in Internal Situations: An Ambiguous Revolution? Decision of 8 March 2011, Case C-34/09 Gerardo Ruiz Zambrano v. Office national de l'emploi' (2011) 7 *European Constitutional Law Review* 287, Si vedano, in proposito, i commenti di.

²⁸Kochenov (v. nota 16) p. 84.

²⁹Si veda ad esempio J Kenner, 'Citizenship and Fundamental Rights: Reshaping the European Social Model' in J Kenner (cur.), *Trends in European Social Policy. Essays in memory of Malcolm Mead* (Dartmouth 1995) pag. 82, che auspica l'inclusione tra i diritti di cittadinanza di alcune prestazioni sociali di base attraverso l'interpretazione estensiva dell'art. 8 TCE.

³⁰Causa C-434/09 *Shirley McCarthy c Secretary of State for the Home Department* [2011] Racc I-3375.

³¹Causa C-256/11 *Murat Dereci e altri contro Bundesministerium für Inneres* [2011] Racc I-11315.

³²*McCarthy* (v. nota 30) punto 54.

3.1 Ambito di applicazione della cittadinanza. La dottrina del ‘nucleo essenziale’⁷⁹

di deplorare la mancata presa in considerazione dei diritti fondamentali³³. La successiva pronuncia *Dereci* offre ancor più spunti di riflessione. Anzitutto, vi ritroviamo finalmente una chiara definizione del ‘nucleo fondamentale’ della cittadinanza europea:

[...] il criterio relativo alla privazione del nucleo essenziale dei diritti conferiti dallo status di cittadino dell’Unione si riferisce a ipotesi contrassegnate dalla circostanza che il cittadino dell’Unione si trova obbligato, di fatto, ad abbandonare il territorio non solo dello Stato membro di cui è cittadino, ma anche dell’Unione considerata nel suo complesso.³⁴

In secondo luogo, la pronuncia affronta, seppur in maniera reticente, il tema del rapporto tra la Carta dei diritti fondamentali e la cittadinanza europea, e lo fa richiamando appunto la disposizione dell’articolo 51 CDF, secondo cui la Carta non amplia l’ambito d’applicazione del diritto dell’Unione.

Pertanto, nel caso di specie, qualora il giudice del rinvio ritenga che, alla luce delle circostanze delle cause principali, le posizioni dei ricorrenti nelle cause principali siano soggette al diritto dell’Unione, esso dovrà valutare se il diniego del diritto di soggiorno di questi ultimi nelle cause principali leda il diritto al rispetto della vita privata e familiare, previsto dall’art. 7 della Carta. Viceversa, qualora ritenga che dette posizioni non rientrino nella sfera di applicazione del diritto dell’Unione, esso dovrà condurre un siffatto esame alla luce dell’art. 8, n. 1, della CEDU.³⁵

Questo rinvio al giudice nazionale, apparentemente possibilista, è in realtà piuttosto perentorio, giacché preceduta da una lunga trattazione sui diritti attribuiti dallo *status* di cittadinanza. La conclusione che si impone all’interprete è che la cittadinanza da sola non soddisfa le condizioni di applicabilità della Carta, la quale necessita sempre di un elemento di aggancio all’ambito d’applicazione *ratione materiae* del diritto dell’Unione, oltre al criterio di applicazione *ratione personae*, che ben potrebbe considerarsi soddisfatto dalla cittadinanza. Le disposizioni della Carta, conformemente al suo articolo 51, non hanno nessun ruolo nel determinare se una “privazione del nucleo essenziale dei diritti” di cittadinanza abbia effettivamente avuto luogo³⁶.

La posizione appena esposta è stata poi confermata nel caso *Ymeraga*³⁷, dove ancora una volta la Corte ricorda che l’inapplicabilità della Carta non pregiudica però il controllo degli atti statali alla luce della C.E.D.U.

L’articolo 20(1) TFUE, in conclusione, non fungerà da ‘cavallo di Troia’, portando i diritti fondamentali all’interno del perimetro della cittadinanza. Potrebbe

³³P Van Elswege, ‘European Union Citizenship and the Purely Internal Rule Revisited. Decision of 5 May 2011, Case C-434/09 Shirley McCarthy v. Secretary of State for the Home Department’ (2011) 7 European Constitutional Law Review 308, p.322; Wiesbrock, ‘Disentangling the “Union Citizenship Puzzle”? The *McCarthy* Case’ (2011) 36 European Law Review 861, p. 870.

³⁴*Dereci* (v. nota 31) punto 51.

³⁵Ibid., punto 72.

³⁶Così anche Lenaerts, ‘“Civis Europaeus Sum”: From the Cross-border Link to the Status of Citizen of the Union’ (v. nota 17) p. 231.

³⁷Causa C-87/12 *Kreshnik Ymeraga e altri contro Ministre du Travail, de l’Emploi et de l’Immigration* [2013] non ancora pubblicata, punti 40 e ss.

al contrario agire come una ‘valvola di sicurezza’³⁸, attraendo nell’orbita della cittadinanza europea piuttosto che in quella dei diritti fondamentali alcune vertenze potenzialmente controverse. A questa conclusione sembra essere pervenuta certa dottrina già all’indomani delle pronunce *Rottmann* e *Ruiz Zambrano*³⁹. La Corte ha quindi declinato, in un primo momento, il riconoscimento dei diritti fondamentali quali componenti del nucleo essenziale della cittadinanza, e, più tardi, anche l’interpretazione di questo concetto in conformità alla Carta. Un chiaro esempio di questo atteggiamento è rinvenibile nella pronuncia *Alokpa*⁴⁰, laddove anche a fronte di un’esplicita richiesta del giudice *a quo* la Corte ha completamente ignorato il potenziale apporto della Carta alla soluzione del caso, confermando l’approccio basato solo sull’articolo 20(1) TFUE, ossia sul rischio di allontanamento del cittadino minore dal territorio dell’U.E.

L’inclusione dei diritti fondamentali nel nocciolo duro della cittadinanza, con loro potenziale applicazione anche in contesti in cui l’unico criterio di collegamento al diritto dell’Unione è la violazione di quello stesso ‘nucleo essenziale’ della cittadinanza è probabilmente rifiutata perché vista come una turbativa del riparto di competenze tra U.E. e Stati Membri, sotteso all’articolo 51 CDF⁴¹. I provvedimenti statali oggetto del sindacato giurisdizionale nella linea di casi che ha elaborato la dottrina del “nucleo essenziale”, in effetti, sembrano rientrare appieno nel modello *Annibaldi*, ossia “persegui[ono] obiettivi diversi da quelli del diritto dell’Unione, anche se [sono] in grado di incidere indirettamente su quest’ultimo”⁴².

L’*impasse* che si è riscontrata è quindi dovuta in ultima analisi all’articolo 51 CDF, o quantomeno all’interpretazione che dobbiamo darne alla luce delle Spiegazioni: mentre è possibile, nel caso della cittadinanza, fare leva sull’effetto utile per sanzionare i provvedimenti statali che, pur perseguendo obiettivi estranei a quelli dell’Unione, incidono troppo pesantemente la posizione del cittadino (pregiudicandone il ‘nucleo essenziale’), un simile *iter* argomentativo non è accessibile nel caso dei diritti della Carta, la cui attivabilità è strettamente circoscritta nei confini dell’attuazione del diritto dell’Unione. L’aporìa è aumentata dal fatto che il Titolo V della Carta, intitolato appunto ‘Cittadinanza’, ricapitola i diritti di cittadinanza già enunciati nei Trattati: dovremo concludere che, stante la loro inclusione nella Carta, questi diritti non sono costitutivi del nucleo essenziale della cittadinanza?

Taluni commentatori hanno già evidenziato l’insostenibilità di questa lettura, concludendo che

If the ECJ is still determined to protect the genuine enjoyment

³⁸Iglesias Sánchez (v. nota 117) p. 1592.

³⁹Si veda *ibid.*, p. 1593: “The fundamental anchor in the reasoning of both judgments is Article 20 TFEU, which establishes citizenship of the Union. The indubitable fundamental rights connotation of both cases makes the silence of the Court remarkable. It may be that the Court adopted this attitude not only because the cases at hand could satisfactorily be resolved on the grounds of citizenship, but also because a reference to fundamental rights could lead to political reticence. Indeed, the revolutionary and scope-enlarging imprint of this case law would almost certainly have had a negative impact on the reticent attitude of some Member States towards the Charter, if it had been expressly linked to fundamental rights considerations.”

⁴⁰Causa C-86/12 *Adzo Domenyo Alokpa e altri contro Ministre du Travail, de l’Emploi et de l’Immigration* [2013] non ancora pubblicata.

⁴¹In tal senso, Lenaerts, “Civis Europaeus Sum’: From the Cross-border Link to the Status of Citizen of the Union’ (v. nota 17) p. 232.

⁴²*Iida* (v. nota 58) punto 79.

of EU citizenship rights, it will sooner or later have to override the *Dereci* case.⁴³

È evidente che, se questa situazione rischia di ripercuotersi negativamente sulla cittadinanza dell'Unione

[Si veda in proposito anche l'editoriale][sui limiti di un approccio che tutela solo il cittadino migrante.]TwoSpeed, ancor più negativamente essa inciderà sull'armonico sviluppo del patrimonio di diritti fondamentali consacrati nella Carta, che si vedono sottrarre almeno in parte il loro naturale terreno di sviluppo. La difficoltà ad istituire un collegamento tra cittadinanza dell'Unione e diritti fondamentali, che si è brevemente illustrata in queste pagine, è chiaramente un problema di teoria generale, che tocca in egual misura tutte le categorie di diritti contemplate dalla Carta⁴⁴, perciò è apparso conveniente premetterla, alla successiva sezione, che si focalizzerà invece sull'attuazione dei diritti fondamentali entro il contenzioso della libertà di circolazione dei cittadini, e che riprenderà la comparazione tra i diritti del Titolo IV, da un lato, e quelli consacrati nelle prime due sezioni della Carta, dall'altro.

3.2 La libera circolazione dei cittadini

L'esercizio da parte del titolare dello *status* di cittadinanza dei diritti di circolazione e soggiorno comporta il pieno raggiungimento dei presupposti soggettivi ed oggettivi di applicazione del diritto dell'Unione. Un eventuale sindacato giurisdizionale sul rispetto dei diritti fondamentali da parte degli Stati Membri non dovrebbe, di conseguenza, rischiare di alterare il riparto delle competenze tra Unione e Stati membri, come avviene nei casi relativi al "nucleo essenziale" della cittadinanza.

Anche in quest'area, tuttavia, la giurisprudenza è caratterizzata da una certa ritrosia a fare riferimento espreso ai diritti fondamentali, al di fuori del principio di non discriminazione sulla base della nazionalità. Questa tendenza, riscontrabile già in casi piuttosto risalenti⁴⁵, ha portato in molti casi alla protezione *sub specie* di diritti di cittadinanza di posizioni giuridiche che ben potrebbero corrispondere a quelle tutelate dalla Carta dei Diritti Fondamentali. In proposito, saranno presentati in particolare due filoni giurisprudenziali, che per la loro consistenza e longevità si prestano a supportare un'analisi approfondita e una comparazione tra diritti civili e diritti sociali. Il primo dei due è relativo alla tutela dell'identità personale, e più specificamente del nome, che si può ritenere incluso nell'articolo 8 CDF; il secondo concerne invece l'accesso alle prestazioni di previdenza ed assistenza, espressamente contemplato dall'articolo 34 CDF.

⁴³MJ van der Brink, 'E.U. Citizenship and E.U. Fundamental Rights: Taking E.U. Citizenship Rights Seriously?' (2012) 39(2) *Legal issues of economic integration* 273, p. 286.

⁴⁴Come esemplificato chiaramente dalle vertenze citate, in cui le posizioni soggettive lese vanno dalla protezione contro l'espulsione (*Chen*), al diritto al lavoro e alla sicurezza sociale (*Ruiz Zambrano*), al diritto alla vita familiare (*McCarthy*, *Ymeraga*).

⁴⁵Si veda l'analisi dei casi *Martinez Sala*, *Bickel e Franz* e *Grzelczyk* delineata da Sharpstone (v. nota 6) p.254.

3.2.1 La tutela giuridica del nome

Che il nome di un individuo sia una componente importante della sua identità è una constatazione intuitiva, ma che non trova espressa conferma in strumenti internazionali di tutela dei diritti umani. La CEDU, per iniziare, non riconosce un ‘diritto al nome’ in quanto tale, sebbene la Corte EDU abbia poi considerato che il nome, in quanto mezzo di identificazione della persona in società, sia rilevante ai fini della vita privata e familiare, tutelata dall’articolo 8⁴⁶. Nemmeno la Carta dei Diritti Fondamentali contiene un riferimento esplicito alla tutela del nome, ma, in virtù della clausola di interpretazione conforme alla CEDU (articolo 52, co. 3, CDF), si può immaginare che anche nell’ordinamento dell’Unione il nome possa essere tutelato indirettamente, quando il suo uso distorto in qualche modo pregiudichi il diritto dell’individuo al rispetto della vita privata e familiare, sancito dall’articolo 7 CDF. Di una simile tutela, pare molti cittadini europei abbiano avvertito il bisogno quando, esercitando i diritti di libera circolazione e soggiorno, sono venuti a contatto con criteri di attribuzione del nome o regole di traslitterazione irraguardosi dei loro desideri e del loro senso di identità.

Prima della proclamazione della Carta

Konstantinidis La vertenza Konstantinidis è certo l’apripista di questo filone giurisprudenziale, forse più per le estese ed ispirate Conclusioni dell’A.G. Jacobs⁴⁷ che per la decisione finale della Corte⁴⁸.

La vicenda litigiosa è quella di un massaggiatore greco, Christos Konstantinidis, stabilitosi in Germania, il quale, avendo contratto matrimonio nello Stato membro ospitante, intendeva ottenere che la traslitterazione del suo nome iscritta nei registri dello stato civile rispecchiasse il più possibile la corretta pronuncia dello stesso. Per ottenere tale risultato, il ricorrente del procedimento principale contestava l’applicazione dello standard di traslitterazione noto come ISO-18, applicato dalle autorità tedesche in conformità con gli strumenti di diritto internazionale rilevanti.

Era lecito domandarsi come una simile fattispecie potesse rientrare nel campo di applicazione del diritto comunitario: il legame tra la traslitterazione del nome e il diritto di stabilimento non è certo evidente, tanto più che, come emerge dalle Conclusioni, non era chiaro se il ricorrente fosse tenuto ad usare la traslitterazione a lui sgradita nella generalità dei suoi rapporti sociali e lavorativi, oppure unicamente nelle certificazioni di stato civile. L’Avvocato Generale, tuttavia, taglia il proverbiale nodo gordiano affermando che

Il diritto comunitario non considera l’ emigrante, che sia lavoratore subordinato o autonomo, semplicemente come un agente economico ed un fattore di produzione avente il diritto alla stessa retribuzione e alle stesse condizioni di lavoro dei cittadini dello Stato ospitante; esso lo considera come un essere umano che ha il diritto di

⁴⁶Si veda da ultimo la recente pronuncia *Ernst August von Hannover c. Allemagne* [2015] non ancora pubblicata, punto 34.

⁴⁷*Christos Konstantinidis contro Stadt Altensteig, Standesamt e Landratsamt Calw, Ordnungsamt* C-168/91, (1992) I Racc 1191.

⁴⁸Causa C-168/91 *Christos Konstantinidis contro Stadt Altensteig, Standesamt e Landratsamt Calw, Ordnungsamt* [1993] Racc I-1191.

vivere in tale Stato in condizioni oggettive di libertà e di dignità [v. il quinto 'considerando' del preambolo del regolamento (CEE) del Consiglio 15 ottobre 1968, n. 1612, relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità; GU L 257, pag. 2] e a non subire alcuna differenza nel trattamento che potrebbe rendere la sua esistenza meno confortevole, da un punto di vista fisico o psicologico, rispetto a quella dei cittadini residenti.

...

Pertanto concludo che in ultima analisi non importa se la grafia alterata del nome del signor Konstantinidis sia prescritta solo nei documenti ufficiali o se egli sia anche obbligato a farne uso per gli scopi riguardanti i suoi rapporti ufficiali e commerciali o se gliene possano derivare perdite economiche. Anche per ciò che concerne le iscrizioni nei registri di stato civile egli ha il diritto a un trattamento pari a quello dei cittadini tedeschi, a meno che non esistano giustificazioni oggettive per trattarlo in modo differente.⁴⁹

Sebbene dunque, agli occhi dell'Avvocato Generale, la questione possa essere risolta con riferimento al solo principio di non discriminazione, egli decide di analizzare comunque il problema anche dal punto di vista dei diritti fondamentali, chiedendosi se l'infedele traslitterazione configuri una violazione degli stessi e, soprattutto, se il ricorrente sia nella posizione di invocarne la protezione. Il paragrafo conclusivo della trattazione è giustamente famoso:

È mia opinione che un cittadino comunitario che si rechi in un altro Stato membro come lavoratore dipendente o autonomo in forza degli artt. 48, 52 o 59 del Trattato, abbia il diritto non solo di svolgere la sua attività commerciale o professionale e di godere delle stesse condizioni di vita e di lavoro dei cittadini dello Stato ospitante, ma altresì di contare sul fatto che, dovunque egli si rechi per guadagnarsi da vivere all'interno della Comunità europea, egli sarà trattato in conformità ad un codice comune di valori fondamentali, in particolare quelli proclamati dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. In altre parole, egli ha il diritto di dichiarare *civis europeus sum* e di invocare tale status per opporsi a qualunque violazione dei suoi diritti fondamentali.⁵⁰

Dopo tanta elegante eloquenza, la pronuncia della Corte appare forse un po' deludente. Sebbene essa accolga la richiesta del ricorrente, la decisione è basata sul solo articolo 52 TCE⁵¹, e non fa menzione della protezione dei diritti fondamentali del cittadino europeo. La Corte menziona il disagio causato al ricorrente dalla traslitterazione ufficiale, con particolare riferimento al rischio di scambio di persona e di perdita dell'avviamento professionale⁵², ma non fa parola delle approfondite considerazioni dell'Avvocato Generale sull'importanza del nome nella definizione dell'identità individuale, e dunque della dignità umana⁵³.

La sentenza non contiene d'altro canto una riconsiderazione esplicita delle tesi di

⁴⁹ *Konstantinidis* (v. nota 47) punti 24 e 27.

⁵⁰ *Ibid.*, punto 46.

⁵¹ *Konstantinidis* (v. nota 48) punto 17.

⁵² *Ibid.*, punto 16.

⁵³ *Konstantinidis* (v. nota 47) punto 40.

Jacobs, per cui ben si può ritenere che la Corte si sia pronunciata sulla base della norma che era da sola sufficiente a risolvere il caso, senza perciò escludere l'applicabilità dei diritti fondamentali, in quanto principi generali. Questo silenzio, tuttavia, potrebbe essere interpretato come indice di un disagio che non ha ragion d'essere, dal momento che, già due anni prima della pronuncia in esame, la Corte aveva fatto il punto sulla tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario, con la dettagliata ed esplicativa ricapitolazione contenuta nella sentenza ERT⁵⁴.

Dalla proclamazione della Carta alla sua efficacia vincolante

Garcia Avello Circa dieci anni più tardi, un'altra vertenza tornò a concentrare l'attenzione della Corte sui nomi propri. All'origine della controversia erano le differenze tra i sistemi di attribuzione del cognome adottati nei diversi Stati Membri, per cui ai figli di una coppia ispano-belga venivano attribuiti cognomi diversi dalle autorità dei diversi Stati, il Belgio e la Spagna, dei quali i bambini erano cittadini: le autorità belghe avevano infatti attribuito loro il cognome paterno ("Garcia Avello"), mentre l'ufficio consolare della rappresentanza spagnola li aveva registrati sotto il cognome "Garcia Weber", composto in conformità alle leggi spagnole dal primo cognome paterno seguito dal primo cognome materno.

I genitori, in rappresentanza dei figli minori, avevano allora presentato istanza alle autorità belghe per ottenere il mutamento del cognome in "Garcia Weber", vedendosi opporre un rifiuto motivato con l'impossibilità di attribuire il cognome materno a dei cittadini belgi, com'erano in effetti i due figli della coppia.

Questo rifiuto fu contestato davanti al Consiglio di Stato dal padre dei bambini, sulla base della constatazione che la situazione dei suoi figli, aventi la doppia cittadinanza, era trattata in maniera uguale a quella dei bambini aventi la sola cittadinanza belga, senza una valida giustificazione. Il Consiglio di Stato belga rinviò la questione alla Corte di Giustizia dell'UE, basando la propria questione pregiudiziale sugli articoli 17 e 18 TCE, aventi ad oggetto rispettivamente l'istituzione della cittadinanza europea e la libertà di circolazione e soggiorno.

L'A.G. Jacobs, chiamato ad esprimersi anche su questa causa, cerca in primo luogo di stabilire se la vicenda rientri nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, e giunge ad una risposta positiva sulla scorta dell'esercizio del diritto di circolazione e soggiorno da parte del padre dei minori, che è destinatario del provvedimento impugnato nel procedimento principale e a cui la controversa situazione del cognome dei figli è comunque riconducibile.

In secondo luogo, l'A.G. rileva il mutamento del quadro normativo causato dall'introduzione della nozione di cittadinanza europea, ma sottolinea la continuità dello sviluppo del diritto comunitario, e non il suo cambiamento:

Sono d'accordo [con la tesi della Commissione] sul fatto che l'art. 17 *renda più evidente*⁵⁵ l'applicabilità del principio di non discriminazione a tutte le fattispecie che ricadono nel campo di applicazione del diritto comunitario, senza che vi sia alcun bisogno di accertare una specifica lesione di una libertà economica specifica.⁵⁶

⁵⁴ ERT (v. nota 39) punti 41 e ss.

⁵⁵ Corsivo mio

⁵⁶ *Garcia Avello c Stato Belga* C-148/02, (2003) I Racc 11613, punto 61.

La trattazione prosegue poi con l'argomentare che un sistematico rifiuto opposto alla richiesta di cambiamento di cognome, quando tale richiesta è motivata dal possesso di una seconda nazionalità, è discriminatorio sulla base della nazionalità. L'A.G. menziona anche la tematica dei diritti fondamentali ma, diversamente dalle Conclusioni in *Konstantinidis*, non si addentra nella questione, ritenendo innecessario trattarla dacché è già stata dimostrata la contrarietà della prassi belga agli articoli 12 e 17 TCE. Le ragioni di questo silenzio sono forse da ricercare anche nel successivo inciso secondo cui la Corte EDU riconosce generalmente agli Stati un ampio margine discrezionale in materia di cambiamento di cognome, margine che risulta invece meno ampio nel contesto del diritto dell'Unione.

La Corte, dal canto suo, ritiene di doversi pronunciare non in ragione dell'esercizio della libertà di circolazione da parte del signor Garcia Avello, bensì in virtù del principio già sancito in *Micheletti* secondo cui nessuno Stato membro è legittimato a limitare gli effetti dell'attribuzione della cittadinanza di un altro Stato membro, pretendendo requisiti ulteriori per il riconoscimento di tale cittadinanza ai fini dell'esercizio delle libertà fondamentali previste dal Trattato: i figli del ricorrente sono cittadini spagnoli residenti in Belgio, ed in quanto tali beneficiano del divieto di discriminazione in base alla nazionalità posto a carico degli Stati membri, senza che a ciò osti il possesso della cittadinanza belga⁵⁷. Nel merito, la Corte conclude nel senso di considerare la prassi delle autorità belghe contraria al principio di non discriminazione in base alla nazionalità, mettendo in rilievo le difficoltà di ordine pratico che inevitabilmente sarebbero risultate dalla diversità dei cognomi belga e spagnolo, e confutando gli argomenti portati a giustificazione dal Belgio e dagli altri Stati intervenuti. La sezione della pronuncia dedicata alle possibili cause di giustificazione ed al test di proporzionalità è piuttosto lunga e particolareggiata. Merita particolare menzione il fatto che la Corte valuti l'idoneità e la stretta proporzionalità della misura in relazione non già alla singola libertà di circolazione, bensì in relazione alle finalità generali dell'Unione, quale quella di favorire l'integrazione dei cittadini europei che abbiano esercitato il diritto alla libera circolazione nello Stato di residenza. L'ampliamento dello spettro delle nozioni da considerare è la miglior dimostrazione della dimensione costituzionale della cittadinanza, che trascende le singole libertà di circolazione instaurando un rapporto diretto con il centro nevralgico dell'ordinamento dell'Unione.

Anche in questa pronuncia, nessuna menzione viene fatta della potenziale rilevanza dei fatti di causa sotto il profilo della lesione dei diritti fondamentali.

Questa scelta può essere dovuta, tra l'altro, alla difficoltà già illustrata nella prima sezione del capitolo, ossia il mero possesso di una nazionalità ulteriore oltre a quella dello Stato membro di residenza potrebbe essere stato considerato un elemento un po' debole per fondare un'analisi basata sui diritti fondamentali, specialmente laddove il sindacato *sub specie* di cittadinanza risolve la questione in maniera soddisfacente. È palese che maggiori tensioni tra Unione e Stati membri sarebbero verosimilmente sorte se, in aggiunta a dichiararsi competente su una vicenda al limite della situazione puramente interna, la Corte avesse scelto di inquadrarla nella cornice dei diritti fondamentali.

Pare si possa dire quindi che la sentenza è un chiaro esempio di come la cittadinanza europea, in combinato con il diritto alla parità di trattamento, possa effi-

⁵⁷Causa C-148/02 *Garcia Avello c Stato Belga* [2003] Racc I-11613, punto 28.

cacemente svolgere il ruolo di protezione del singolo dall'ingiustificata ingerenza del potere pubblico, ruolo ricoperto dai diritti fondamentali negli ordinamenti nazionali, comportando essa peraltro un test di proporzionalità particolarmente stringente.

Grunkin and Paul Gli argomenti contrari ad un inquadramento *sub specie* di diritti fondamentali che si sono illustrati in relazione al caso *Garcia Avello* non sono invece applicabili alla sentenza *Grunkin and Paul*. È vero che anche in questo caso la vertenza contrapponeva un singolo al proprio Stato membro di (unica) cittadinanza, tuttavia Leonhard Matthias Grunkin-Paul era un cittadino tedesco nato e residente in Danimarca, cosicché non potevano essere sollevati seri dubbi sulla rilevanza della situazione ai fini del diritto dell'Unione. Al centro della lite troviamo, ancora una volta, i diversi sistemi di attribuzione del cognome vigenti negli Stati membri: al ricorrente era infatti stato imposto, in conformità alla legge danese, un cognome composto dai cognomi di entrambi i genitori, mentre le autorità tedesche, all'atto della registrazione, rifiutavano il cognome indicato nell'atto di nascita e sostenevano fosse necessario effettuare una scelta tra il cognome paterno e quello materno.

La pronuncia, ancora una volta, ignora la prospettabile violazione dei diritti della persona, qualificando invece l'atteggiamento delle autorità tedesche alla stregua di un ostacolo alla libera circolazione, e dunque di una violazione dell'articolo 18 TCE. L'iter logico-argomentativo presenta ad ogni modo dei passaggi di indubbia rilevanza, come il riconoscimento esplicito della possibilità per un cittadino europeo di far valere il divieto di discriminazione in base alla nazionalità nei confronti del proprio Stato di cittadinanza⁵⁸, sebbene quest'affermazione rimanga poi mero *obiter dictum*, non riscontrando la Corte un trattamento discriminatorio, ma un mero ostacolo all'esercizio della libera circolazione.

Dopo Lisbona

Sayn Wittgenstein Un aperto riconoscimento della rilevanza della materia fin qui trattata nell'ottica dei diritti fondamentali della persona è finalmente formulato in *Sayn-Wittgenstein*⁵⁹. Il procedimento principale, in questo caso, concerneva il rifiuto delle autorità austriache di riconoscere in tutti i suoi elementi il cognome assunto da una cittadina austriaca in seguito all'adozione in età adulta avvenuta in Germania. Le parti del cognome che l'Austria intendeva espungere dai documenti rilasciati alla ricorrente erano in particolare il titolo "Fürstin" e la particella nobiliare "von", ciò in ossequio alla legge costituzionale di abolizione della nobiltà.

Il giudice del rinvio solleva, nella questione pregiudiziale, il problema della compatibilità della posizione delle autorità austriache con la libertà di circolazione e soggiorno riconosciuta ai cittadini dell'Unione dall'articolo 21 TFUE ed è a tale profilo che la Corte si attiene, sebbene l'occupazione della ricorrente si prestasse a giustificare anche un esame *ex* articolo 56 TFUE.

Il paragrafo che apre la trattazione della Corte, subito dopo le osservazioni preliminari, enuncia testualmente:

⁵⁸Causa C-353/06 *Stefan Grunkin e Dorothee Regina Paul* [2008] Racc I-7639, punto 18.

⁵⁹*Sayn-Wittgenstein* (v. nota 53).

Occorre preliminarmente ricordare che il nome di una persona è un elemento costitutivo della sua identità e della sua vita privata, la tutela della quale è garantita dall'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nonché dall'art. 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Anche se l'art. 8 di tale convenzione non lo menziona esplicitamente, il nome di una persona riguarda in ugual modo la vita privata e familiare di quest'ultima in quanto mezzo di identificazione personale e di collegamento ad una famiglia (v., in particolare, Corte eur. D.U., sentenze *Burghartz c. Svizzera* del 22 febbraio 1994, serie A n. 280-B, pag. 28, §24, e *Stjerna c. Finlandia* del 25 novembre 1994, serie A n. 299-B, pag. 60, §37).⁶⁰

A questa premessa, tuttavia, fa seguito un'analisi strettamente incentrata sulla libera circolazione: la Corte rammenta i propri precedenti nei casi *Garcia Avello* e *Grunkin e Paul* per sottolineare i disagi che possono derivare al cittadino dal portare nomi diversi in Stati diversi, ed inquadrare quindi la fattispecie nello schema della restrizione alla libertà di circolazione.

Il successivo passo dell'*iter* logico-argomentativo consiste quindi nel valutare le cause di giustificazione invocate dall'Austria, applicando il test di proporzionalità. Si rileva in questa sede che la legge austriaca sull'abolizione della nobiltà persegue un fine, quello dell'eguaglianza tra i cittadini, che è proprio anche dell'ordinamento dell'Unione (trovando esso riconoscimento nell'articolo 20 della Carta dei Diritti Fondamentali). Il principio dell'eguaglianza formale tra i cittadini, inoltre, è considerato intimamente legato all'identità nazionale dell'Austria repubblicana, identità nazionale che l'Unione è tenuta a rispettare *ex* articolo 4 TUE. La Corte conclude quindi che l'ostacolo alla libera circolazione rappresentato dal mancato riconoscimento dei titoli nobiliari non è né ingiustificato né sproporzionato.

Il tratto più significativo di tutta la sezione della sentenza dedicata alle cause di giustificazione a al test di proporzionalità è l'assenza di riferimenti al diritto alla vita privata e familiare, che pure era stato precedentemente ritenuto pertinente. L'intera operazione di bilanciamento vede la contrapposizione di un diritto fondamentale (l'eguaglianza formale dei cittadini) e di una libertà fondamentale (la libera circolazione dei cittadini), senza la benché minima menzione del fatto che anche un secondo diritto fondamentale entra nell'equazione.

È vero che, come si è già rilevato nel Capitolo precedente, la Corte sembra astenersi dal verificare separatamente la proporzionalità delle restrizioni ai diritti fondamentali ogniqualvolta si riscontri una convergenza tra questi ultimi e le libertà fondamentali, ma una circostanza di questo tipo non sembra verificarsi nel caso in esame. L'effetto del diniego di riconoscimento da parte delle autorità austriache, e sulla libertà di circolazione della ricorrente e sulla sua vita privata, è, a parere di chi scrive, affatto diverso. Non sembra infatti che si possa stabilire tra l'oggetto di tutela del diritto alla libera circolazione ed il diritto alla vita privata e familiare una strutturale convergenza, e solo incidentalmente i rispettivi oggetti di tutela si trovano a coincidere, come nel caso di specie.

Il silenzio della Corte è forse ascrivibile alla ragione che, sebbene il giudizio sia stato reso nel 2010, i fatti di causa si riferivano ad un periodo antecedente all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, e dunque le disposizioni della Car-

⁶⁰Ibid. punto 52.

ta, benché solennemente proclamate, non avevano valore legale tale da poter entrare nel giudizio di bilanciamento. Certo è plausibile che abbia avuto un certo peso anche la preoccupazione di non turbare l'equilibrio tra i principi dell'ordinamento comunitario ed i valori e principi costituzionali dei singoli Stati membri con un test di proporzionalità troppo approfondito. Non si può tuttavia tacere che si è in questo modo trascurata un'occasione di articolare in maniera più chiara le caratteristiche del rapporto tra i diritti fondamentali e il principale diritto collegato allo *status* di cittadinanza dell'Unione.

Runevič-Vardin e Wardyn La sentenza *Runevič-Vardin e Wardyn*⁶¹ porta il ragionamento giuridico un passo avanti nella direzione già indicata da *Sayn-Wittgenstein*. La pronuncia concerne la corretta grafia dei cognomi polacchi dei ricorrenti Malgożata Runevič-Vardin, una cittadina lituana appartenente alla minoranza polacca, e suo marito Lucasz Paweł Wardyn, cittadino polacco. Le autorità lituane, conformemente alle leggi di detto stato, avevano rilasciato un certificato di nascita in cui il nome della signora Runevič-Vardin era scritto utilizzando i caratteri dell'alfabeto lituano e le regole ortografiche ad esso correlate, che differiscono dai corrispettivi polacchi. Lo stesso problema si era presentato relativamente al certificato di matrimonio, che in aggiunta modificava anche la grafia del nome del signor Wardyn, omettendo i segni diacritici propri dell'alfabeto polacco. I ricorrenti nel giudizio principale miravano quindi ad ottenere una modifica di entrambi i documenti nel senso di una conformazione alle regole di grafia polacche.

La Corte approccia la questione dal punto di vista della potenziale violazione degli articoli 18 e 21 TFUE, dal momento che entrambi i ricorrenti avevano esercitato il proprio diritto di libera circolazione, fissando per l'effetto la propria residenza in Belgio.

La trattazione si apre con la citazione del già menzionato punto 52 della sentenza *Sayn-Wittgenstein*, che sottolinea l'importanza del nome e del cognome quale elemento costitutivo dell'identità e della vita privata della persona, e rientrante nella tutela offerta dall'articolo 7 CDF e dall'articolo 8 CEDU. Con riferimento al nome e cognome da nubile della ricorrente ed all'omissione dei segni diacritici nella trascrizione del nome del ricorrente, il giudicante perviene rapidamente alla conclusione che non sia riscontrabile alcuna discriminazione, quanto alla grafia del cognome una volta coniugata, tuttavia, si impongono altro genere di considerazioni: la Corte si domanda se la discrepanza tra la forma "Vardin", utilizzata nei documenti della moglie, e la forma "Wardyn", utilizzata invece dal marito, possa essere fonte di disagi per i ricorrenti, ponendoli nella necessità di continuamente dissipare dubbi circa la propria identità e vincolo coniugale. La valutazione in concreto è lasciata al giudice del rinvio, con l'indicazione che, ove la discrepanza fosse tale da causare "seri inconvenienti", essa configurerebbe senza dubbio una restrizione alla libertà di circolazione prevista dall'articolo 21 TFUE.

Può una simile restrizione essere validamente giustificata dalla necessità di proteggere la lingua ufficiale lituana? La Corte ammette l'astratta validità di tale causa di giustificazione e l'idoneità dei mezzi al perseguimento del fine indicato. Quanto al test di stretta proporzionalità, la parola conclusiva è lasciata al giudi-

⁶¹Causa C-391/09 *Malgożata Runevič-Vardin e Lucasz Paweł Wardyn c Vilniaus miesto savivaldybės administracija e altri* [2011] Racc I-3787.

ce del rinvio, ma non senza delineare con grande chiarezza i contrapposti valori da bilanciare: da un lato il rispetto per l'identità nazionale degli Stati Membri e per la ricchezza culturale e linguistica, dall'altro la libertà di circolazione dei cittadini ed il diritto fondamentale al rispetto della vita privata e familiare. La sentenza sembra in realtà suggerire, almeno con riguardo alla discrepanza Vardin/Wardyn, che il diniego delle autorità lituane sia sproporzionato, dal momento che lo stesso certificato di matrimonio identificava il marito con la grafia polacca, nonostante la lettera "W" sia estranea all'alfabeto lituano.

Diversamente da quanto riscontrato in *Sayn-Wittgenstein*, dunque, il diritto alla vita privata e familiare non è solo menzionato quale premessa del ragionamento, ma entra a pieno titolo nel test di proporzionalità, facendo sì che quest'ultimo rassomigli maggiormente ad un esercizio di bilanciamento tra interessi omogenei, perché tutti colorati della stessa sfumatura di valori costituzionali dell'ordinamento. L'ovvio neo è che la Corte non abbia portato alle estreme conseguenze il proprio ragionamento, lasciando un margine di discrezionalità al giudice del rinvio, tuttavia non si può non rilevare che le indicazioni fornite a quest'ultimo siano sufficientemente stringenti da lasciar intuire senza difficoltà quale sia l'esito auspicato.

L'esame dei casi relativi ai nomi propri mette in luce quindi una progressiva esplicitazione della dimensione dei diritti umani nell'interpretazione della libertà fondamentale di circolazione attribuita ai cittadini, che passa da convalida di pietra ad esplicito punto di riferimento a componente del giudizio di bilanciamento, a misura che l'attenzione della Corte si sposta dal divieto di discriminazione agli impedimenti non discriminatori.

3.2.2 L'accesso alle prestazioni di sicurezza ed assistenza sociale

Quanto esemplificato in relazione alla tutela del nome si può riscontrare con riferimento ad altri diritti fondamentali, che siano tutelati nel Titolo IV della Carta? Volendo identificare un termine di comparazione, il filone giurisprudenziale più nutrito è senz'altro quello riguardante l'accesso alle prestazioni di sicurezza ed assistenza sociale⁶², prestazioni che sono oggi coperte dal dettato dell'articolo 34 CDF:

L'Unione riconosce e rispetta il diritto di accesso alle prestazioni di sicurezza sociale e ai servizi sociali che assicurano protezione in casi quali la maternità, la malattia, gli infortuni sul lavoro, la dipendenza o la vecchiaia, oltre che in caso di perdita del posto di lavoro, secondo le modalità stabilite dal diritto comunitario e le legislazioni e prassi nazionali.

Ogni individuo che risieda o si sposti legalmente all'interno dell'Unione ha diritto alle prestazioni di sicurezza sociale e ai benefici so-

⁶²Quanto agli altri diritti sociali, è opportuno ricordare la posizione espressa in B Bercusson, 'E.U. Citizenship and Fundamental Social Rights. Community Law - European Law - National Law' in P Rodière (cur.), *La Citoyenneté européenne face au droit social et droit du travail* (Série de Publications de l'Académie de Droit Européen de Trèves, Bundesanzeiger 1997) vol. 14, secondo cui la struttura collettiva dei diritti sociali li rende difficilmente tutelabili attraverso la cittadinanza, una nozione perlopiù contigua a quella dei diritti del singolo.

ciali conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali.

Al fine di lottare contro l'esclusione sociale e la povertà, l'Unione riconosce e rispetta il diritto all'assistenza sociale e all'assistenza abitativa volte a garantire un'esistenza dignitosa a tutti coloro che non dispongano di risorse sufficienti, secondo le modalità stabilite dal diritto comunitario e le legislazioni e prassi nazionali.

È doveroso ricordare che le Spiegazioni relative all'articolo 52 annoverano questa disposizione tra gli articoli che contengono sia elementi di un diritto sia elementi di un principio, e che, stando a quanto emerge dalle Spiegazioni relative all'articolo 34, il primo comma dell'articolo enuncia un principio. La formulazione del secondo comma sembra invece suggerire che esso enunci un diritto soggettivo, seppur lasciando al diritto comunitario e nazionale l'onere di specificarlo. Il terzo comma, relativo all'assistenza sociale, torna invece ad usare un linguaggio più compatibile con l'enunciazione di un principio.

Una seconda premessa, imprescindibile per la corretta comprensione dell'articolo 34 CDF, attiene alla definizione degli istituti che vi sono citati. Le nozioni di sicurezza sociale, assistenza sociale e benefici sociali sono schiettamente comunitarie ed indipendenti dalle nozioni e classificazioni in uso nel diritto previdenziale dei singoli Stati membri: sono incluse nella sicurezza sociale le prestazioni che tutelano determinate categorie di persone contro determinati rischi sociali⁶³, esse sono perlopiù a base contributiva; le prestazioni che invece considerano lo stato di bisogno od indigenza come criterio fondamentale di applicazione⁶⁴ rientrano nella nozione di assistenza sociale; sono benefici sociali, infine, tutti gli altri vantaggi che, connessi o meno ad un contratto di lavoro, consentono al lavoratore migrante "di migliorare le sue condizioni di vita e di lavoro e di facilitare la sua promozione sociale"⁶⁵.

La natura comunitaria di tale classificazione fa sì che non sempre essa si attagli perfettamente alle diverse legislazioni nazionali, così che può ben darsi il caso in cui una prestazione presenta caratteristiche tali da farla rientrare contemporaneamente in più categorie⁶⁶.

Dal punto di vista della ripartizione verticale di competenze, inoltre, una competenza comunitaria in materia di coordinamento dei regimi di sicurezza sociale esiste fin dal Trattato di Roma, ed è stata esercitata per l'adozione di una legislazione che si è rivelata importante e longeva.

Il regolamento 1408/71⁶⁷ ha sancito il principio di portabilità in relazione alle prestazioni di sicurezza sociale, i cui presupposti e contenuti continuano ad essere però determinati dai singoli Stati membri. Con il passare del tempo, e grazie all'uso della clausola di flessibilità, tale regolamento ha visto ampliarsi il proprio ambito di applicazione: *ratione personae*, esso è giunto a ricomprendere, oltre ai lavoratori subordinati e ai loro familiari e superstiti, anche i lavoratori autonomi, gli studenti, gli apolidi ed i profughi; *ratione materiae*, accanto alle

⁶³Causa 1/72 *Rita Frilli c Stato Belga* [1972] Racc 457, punto 14; Causa 249/83 *Vera Hoeckx contro Centre public d'aide sociale di Kalmthout* [1983] Racc 973, punto 12.

⁶⁴*Frilli* (v. nota 63) punto 14.

⁶⁵Causa 39/86 *Sylvie Lair contro Universität Hannover* [1988] Racc I-3161, punto 20.

⁶⁶*Frilli* (v. nota 63) punto 13.

⁶⁷Regolamento (CEE) n 1408/71 del Consiglio, del 14 giugno 1971, relativo all'applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori subordinati e ai loro familiari che si spostano all'interno della Comunità [1971] GU L-149.

prestazioni di sicurezza sociale, è stata introdotta nel regolamento la disciplina delle “prestazioni speciali in denaro a carattere non contributivo”, ossia di quelle prestazioni al confine tra sicurezza ed assistenza che sono volte a tutelare gli assicurati contro i rischi tassativamente elencati dal regolamento, ma sono finanziate attraverso la fiscalità generale; queste prestazioni sono sottratte al principio della portabilità. Le caratteristiche fin qui elencate si ritrovano nel testo che ha sostituito (salvo in alcuni specifici settori) il regolamento 1408/71, ossia il regolamento 883/2004⁶⁸.

In materia di assistenza sociale, invece, l'Unione non vanta ad oggi alcuna competenza. È stato però immediatamente chiaro che, pur nell'esercizio della loro competenza esclusiva, gli Stati Membri potrebbero gravemente interferire con la libertà di circolazione delle persone se regolamentassero l'assistenza sociale in maniera contrastante con il diritto dell'Unione, ed in particolare con il principio di non discriminazione in base alla nazionalità.

Per questa ragione la questione della parità di trattamento nell'accesso all'assistenza sociale è stata a più riprese portata all'attenzione della Corte di giustizia, fino all'adozione della direttiva 2004/38 che codifica il principio di parità di trattamento, affiancandolo ad un'importante deroga.⁶⁹

Quanto ai vantaggi sociali, già il regolamento 1612/68⁷⁰, che peraltro è espressamente citato nelle Spiegazioni alla Carta, prescriveva che essi dovessero essere garantiti in condizioni di parità di trattamento ai lavoratori comunitari.

In conseguenza di questa struttura di base, la casistica giurisprudenziale vede tendenzialmente i cittadini europei che hanno esercitato la libertà di circolazione chiedere allo Stato di residenza l'accesso alle prestazioni di assistenza sociale o ai vantaggi sociali, e allo Stato di cittadinanza (o di precedente residenza) le prestazioni di sicurezza sociale.

L'introduzione della cittadinanza europea ha infuso nuovo respiro alla produzione giurisprudenziale, che fin dagli esordi si era caratterizzata per un'interpretazione audace della legislazione in vigore attraverso la riconduzione delle diverse clausole di non discriminazione ad un più generale principio di parità di trattamento⁷¹. Questo *trend* giurisprudenziale non sembra però essere stata seguito nè in sede di compilazione delle Spiegazioni alla Carta, nè in sede di adozione della Direttiva Cittadinanza, come si andrà ora ad illustrare.

Prima della proclamazione della Carta

Martinez-Sala L'apripista del filone giurisprudenziale che andremo ad esaminare è rappresentato dalla sentenza *Martinez-Sala*⁷². La ricorrente, cittadina spagnola, era residente in Germania dall'età di 12 anni e vi aveva prestato, pur con alcune interruzioni, attività lavorativa quale lavoratrice subordinata. In seguito alla perdita del posto di lavoro, la ricorrente aveva goduto dell'assi-

⁶⁸Regolamento (CE) n 883/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativo al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale [2004] GU L-166.

⁶⁹Direttiva 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 [2004] GU L-158, art. 24.

⁷⁰Regolamento 1612/68 (v. nota 18).

⁷¹Per una più dettagliata analisi di questa tendenza, si veda K Hailbronner, 'Union Citizenship and Access to Social Benefits' (2005) 42 Common Market Law Review 1245, p.1246.

⁷²Causa C-85/96 *María Martínez Sala contro Freistaat Bayern* [1998] Racc I-2691.

stenza sociale fornita dal comune di residenza e, sempre in questa parentesi temporale, aveva dato alla luce una bambina, per la quale aveva richiesto un beneficio previsto dalla normativa tedesca a sostegno dei genitori con figli a carico, residenti o domiciliati in Germania, che non svolgono attività lavorativa o la svolgono a tempo parziale. Tale indennità venne rifiutata alla signora Martinez Sala poiché non era titolare, al momento dell'istanza, di un regolare permesso di soggiorno, ma il diniego fu prontamente impugnato, dando luogo alla controversia da cui originò il rinvio pregiudiziale.

Il ragionamento della Corte in questa controversia fu piuttosto innovativo: si ritenne infatti che i fatti di causa rientrassero nell'ambito di applicazione *ratione materiae* del diritto comunitario perché l'indennità di educazione era un vantaggio sociale ai sensi del regolamento 1612/68 (che, come si è detto, è relativo alla libera circolazione dei lavoratori)⁷³ e che anche l'applicabilità *ratione personae* fosse soddisfatta, essendo la ricorrente cittadina dell'Unione⁷⁴. Ne conseguiva, secondo l'*iter* argomentativo della Corte, che la ricorrente fosse tutelata dal divieto di discriminazione sulla base della nazionalità: la concessione del beneficio ai cittadini tedeschi non era certo subordinata alla produzione della carta di soggiorno richiesta invece obbligatoriamente alla signora Martinez Sala, nonostante a tale documento dovesse attribuirsi valore meramente dichiarativo.

Questo *leading case* evidenzia come la combinazione dello *status* di cittadinanza con il principio di non discriminazione in base alla nazionalità abbia consentito il raggiungimento di un risultato inedito: il superamento della distinzione tra cittadini economicamente attivi e non economicamente attivi. Nulla in questo giudizio lascia supporre che il diritto al vantaggio sociale controverso sia espressione di un più vasto diritto fondamentale, e certo questo è comprensibile: in assenza di una norma quale l'articolo 34 CDF, era certo molto più opportuno costruire il discorso giuridico sul più consolidato cardine del diritto alla non discriminazione, del tutto analogamente a quanto già rilevato nella giurisprudenza in materia di nomi.

In questo schema basato sulla non discriminazione, la cittadinanza europea svolge la funzione propria di una cittadinanza federale: il cittadino europeo non è più uno straniero nello Stato di residenza, sebbene non abbia assunto la cittadinanza di quest'ultimo⁷⁵.

Dalla proclamazione all'efficacia vincolante

L'espansione del principio di eguaglianza: Grzelczyk, Trojani e Bidar

L'innovativa giurisprudenza *Martinez Sala* trovò poi conferma nella sentenza *Grzelczyk*, relativa alla situazione di un cittadino francese che, al termine del proprio percorso di studi universitari in Belgio, aveva richiesto alle autorità di quest'ultimo Stato la concessione del vantaggio sociale noto come 'minimex', una prestazione volta a garantire i mezzi minimi di sussistenza. Nella sua decisione la Corte rilevò in primo luogo che fosse senz'altro discriminatoria la norma che subordinava la concessione del vantaggio sociale alla circostanza che il cittadino comunitario rivestisse la qualità di lavoratore ai sensi del Regolamento 1612/68,

⁷³ *Martinez Sala* (v. nota 72) punto 57.

⁷⁴ *Ibid.*, punto 58.

⁷⁵ A Iliopoulou Penot, 'The Transnational Character of Union Citizenship' in M Dougan, NN Shiubne e E Spaventa (cur.), *Empowerment and Disempowerment of the European Citizen* (Hart Publishing 2012) p. 15.

mentre nessun analogo requisito era prescritto quanto ai cittadini belgi. A questo proposito viene enunciata la notissima massima per cui

lo status di cittadino dell'Unione è destinato ad essere lo status fondamentale dei cittadini degli Stati membri che consente a chi tra di loro si trovi nella medesima situazione di ottenere, indipendentemente dalla cittadinanza e fatte salve le eccezioni espressamente previste a tale riguardo, il medesimo trattamento giuridico.⁷⁶

Il ricorrente derivava quindi il proprio diritto alla parità di trattamento direttamente dallo *status* di cittadinanza, analogamente a quanto già visto in *Martinez Sala*, ma la regolarità stessa del suo soggiorno avrebbe potuto essere revocata in discussione se la Corte non avesse contestualmente proposto un'interpretazione sufficientemente flessibile della Direttiva 93/96⁷⁷, sottolineando che

la direttiva 93/96 alla stregua delle direttive 90/364 e 90/365 consente pertanto una certa solidarietà finanziaria dei cittadini di tale Stato con quelli degli altri Stati membri, specie quando le difficoltà cui va incontro il beneficiario del diritto di soggiorno sono di carattere temporaneo.⁷⁸

Ancora una volta, l'accento è posto pressoché esclusivamente sul diritto alla parità di trattamento come elemento caratterizzante dello *status* di cittadinanza europea, a differenza della nozione di solidarietà, che viene in rilievo solo limitatamente all'esegesi delle direttive sugli economicamente inattivi.

La concessione del sussidio belga 'minimex' è tornata all'attenzione della Corte pochi anni più tardi, nella vertenza *Trojani*⁷⁹. A richiedere questo vantaggio sociale non era, in questo caso, uno studente, bensì un cittadino francese residente in Belgio presso un centro dell'Esercito della Salvezza, ed ivi impegnato in un progetto di reinserimento socio-professionale, nell'ambito del quale svolgeva varie mansioni per circa trenta ore settimanali, in cambio di alloggio e denaro per le piccole spese.

La Corte suggerì in prima istanza che il ricorrente potesse essere considerato un lavoratore ai sensi del Trattato, se si fosse accertato il carattere reale ed effettivo dell'attività prestata nell'ambito del progetto di reinserimento⁸⁰. In via subordinata, e tenendo conto unicamente dello *status* di cittadinanza, la sentenza affermò che un cittadino europeo cui lo Stato ospitante rilasci un valido titolo di soggiorno è anche titolare del diritto alla parità di trattamento⁸¹; la circostanza che il ricorrente non soddisfaceva le condizioni specificamente previste in relazione al diritto di soggiorno dalla Direttiva 90/364⁸² avrebbe semmai potuto essere considerata in sede di adozione di una misura di allontanamento⁸³, ma è escluso che a un cittadino europeo regolarmente soggiornante possa essere

⁷⁶ *Grzelczyk* (v. nota 13) punto 31.

⁷⁷ Direttiva 93/96/CEE del Consiglio, del 29 ottobre 1993, relativa al diritto di soggiorno degli studenti [1993] GU L-317.

⁷⁸ *Grzelczyk* (v. nota 13) punto 44.

⁷⁹ Causa C-456/02 *Michel Trojani c Centre Public d'aide sociale de Bruxelles (CPAS)* [2004] Racc I-7573.

⁸⁰ *Ibid.*, punti 20-23.

⁸¹ *Ibid.*, punto 46.

⁸² Direttiva 90/364/CEE del Consiglio, del 28 giugno 1990, relativa al diritto di soggiorno [1990] GU L-180.

⁸³ *Trojani* (v. nota 79) punto 45.

negato il diritto alla parità di trattamento.

La sentenza appena riassunta fornisce quindi un altro saggio della grande estensione riconosciuta dalla Corte al principio di non discriminazione in base alla nazionalità, naturale ‘compagno di viaggio’ del cittadino europeo migrante, anche quando quest’ultimo non possa fondare il suo diritto di soggiorno sulla base dell’art. 18 TCE.

Un importante elemento di completamento di questa valorizzazione del divieto di discriminazione sulla base della nazionalità è stato precisato nel 2005 con la pronuncia *Bidar*⁸⁴. Anche questo caso, concernente la concessione di un aiuto economico agli studenti in forma di prestito agevolato, ha come premessa un’interpretazione estensiva del campo di applicazione dell’articolo 12 TCE. Rovesciando quanto statuito in una precedente pronuncia⁸⁵, la Corte ha ritenuto che questo genere di sussidi rientrasse nel campo materiale di applicazione del diritto comunitario (e per l’effetto del divieto di discriminazione in base alla nazionalità), sulla base, da un lato, dei diritti di cittadinanza e, dall’altro lato, dell’introduzione nel TUE di un titolo dedicato all’istruzione ed alla formazione professionale⁸⁶. L’inclusione nell’ambito d’applicazione è infine inferita dal testo stesso della direttiva 2004/38⁸⁷, che al suo articolo 24 considera sì gli aiuti al mantenimento agli studi, ma al fine di facultizzare gli Stati a limitarne l’erogazione verso i cittadini europei che non abbiano maturato un diritto di soggiorno permanente.

La sentenza in esame considera anche che il grado di solidarietà finanziaria che gli Stati Membri sono tenuti a dimostrare verso i cittadini degli altri Stati membri non debba giungere a divenire un “onere irragionevole”, incidendo negativamente sul livello complessivo dell’aiuto concesso⁸⁸. A tal fine, gli Stati membri possono certo far uso di criteri che premiano l’esistenza di “un certo grado di integrazione nella società” in capo agli studenti beneficiari dell’aiuto⁸⁹. La Corte non precisa come determinare il grado di integrazione del singolo, salva l’indicazione che la precedente residenza nel Paese ne costituisce un indicatore. La possibilità di subordinare l’erogazione di determinate prestazioni sociali alla dimostrazione di una certa integrazione nello Stato membro ospitante è peraltro in linea con l’impianto della già citata direttiva 2004/38, che è appunto costruita sull’idea della graduazione delle tutele in maniera direttamente proporzionale al periodo di soggiorno del cittadino europeo nello Stato ospitante.

L’introduzione del riferimento al grado di integrazione del singolo nella società dello Stato membro ospitante sembra in parte ridimensionare la famosa affermazione secondo cui la cittadinanza europea è destinata a divenire lo *status* fondamentale dei cittadini degli Stati membri: l’espansione del diritto alla parità di trattamento si arresta di fatto davanti all’interesse pubblico a mantenere quantomeno costante il livello complessivo dei benefici offerti.

È interessante notare che il riferimento al livello complessivo dei benefici offerti echeggia vagamente il motivo imperativo sviluppato dalla Corte nell’ambito del filone giurisprudenziale relativo alle cure mediche transfrontaliere: l’equilibrio

⁸⁴Causa C-209/03 *The Queen*, ex parte di *Dany Bidar contro London Borough of Ealing e Secretary of State for Education and Skills* [2004] Racc I-2119.

⁸⁵*Lair* (v. nota 65); Causa 197/86 *Steven Malcolm Brown v The Secretary of State for Scotland* [1988] Racc I-3205.

⁸⁶*Bidar* (v. nota 84) punto 39.

⁸⁷Direttiva 2004/38 (v. nota 69).

⁸⁸*Bidar* (v. nota 84) punto 56.

⁸⁹*Ibid.*, punto 57.

finanziario del sistema previdenziale ed il mantenimento di un sistema medico ospedaliero equilibrato ed accessibile a tutti⁹⁰. Anche nel caso del *welfare*, dunque, assistiamo ad un'interpretazione elastica della clausola per cui le restrizioni alla libera circolazione non devono servire fini meramente economici. Neppure in questo contesto, tuttavia, è possibile constatare uno sforzo sistematico di inquadrare la tensione tra interesse pubblico e diritti del privato nella cornice dei diritti fondamentali o più specificamente della Carta.

Nel complesso, la giurisprudenza che si è appena delineata fornisce uno schema di ragionamento abbastanza chiaro e consolidato: alla constatazione dell'importanza fondamentale dello *status* di cittadino europeo si aggancia l'invocabilità del diritto alla parità di trattamento da parte di tutti i cittadini europei legalmente residenti in uno Stato diverso da quello di nazionalità; la legalità del soggiorno non dipende dalla titolarità di un permesso di soggiorno o altro documento analogo (*Martinez-Sala*) sebbene tali documenti possano servire a provarla anche in assenza dei requisiti fissati dal diritto comunitario (*Trojani*). Il principale *punctum pruriens* è senz'altro l'estensione materiale del diritto alla parità di trattamento: la Corte non ha esitato talvolta a fare un uso piuttosto discutibile delle fonti secondarie⁹¹, estendendo tale diritto ben oltre le apparenti intenzioni del legislatore. Una difesa efficace da parte degli Stati Membri di volta in volta coinvolti si è rivelata quella che poggia sul grado effettivo di integrazione del singolo nella società dello Stato ospitante; la Corte, in altre parole, non è apparsa intenzionata a sovvertire la dimensione di "membership" che è sottesa a qualsiasi sistema solidaristico⁹², ma ha generalmente preteso che l'accertamento di tale "membership" avvenisse tramite una pluralità di criteri, di fatto andando a colpire queste restrizioni molto più spesso di quanto non le abbia giustificate.

È evidente che il ricorso al diritto alla sicurezza ed assistenza sociale inteso come diritto fondamentale è del tutto superfluo in un meccanismo di tal fatta.

L'approccio basato sulle restrizioni alla circolazione. *De Cuyper, Tas Hagen e Tas, Morgan e Bucher, Nerkowska* In parallelo all'importante sviluppo del principio della parità di trattamento, la Corte ha sviluppato anche con riferimento all'accesso al *welfare* una giurisprudenza incentrata sulle misure non discriminatorie che possono tuttavia costituire un deterrente alla libera circolazione, quali già esemplificate dal caso *Grunkin Paul*. Si può preliminarmente notare che questo approccio è emerso principalmente nelle controversie che opponevano i singoli al proprio Stato di cittadinanza.

Per quanto concerne le controversie relative alla concessione di prestazioni sociali a carattere non contributivo, non esportabili, le misure statali restrittive della libera circolazione si sono concretate per lo più nell'imposizione di un criterio di residenza come *condicio sine qua non* per la concessione di determinati benefici come l'indennità di disoccupazione⁹³ o la pensione concessa alle vittime civili

⁹⁰Si veda Capitolo 2, sez. 2.3.

⁹¹Una critica ancor più estesa è formulata ad esemio in K Hailbronner, 'Union Citizenship and Social Rights' in JY Carlier e E Guild (cur.), *L'avenir de la libre circulation des personnes dans l'U.E.* (Collection du Centre des Droits de l'Homme de l'Université Catholique de Louvain, Bruylant 2006) vol. 2, p. 75.

⁹²In tal senso conclude K Lenaerts, 'E.U. Citizenship and the Social Solidarity Link' in MC Foblets, M Hildebrandt e J Steenbergen (cur.), *Liber Amicorum René Foqué* (Larcier 2011) p. 410.

⁹³Causa C-406/04 *Gérald De Cuyper contro Office national de l'emploi* [2006] Racc I-6947.

della guerra⁹⁴. Anche in assenza del solido cardine rappresentato dal principio della parità di trattamento, la Corte non ha tuttavia spinto il proprio ragionamento fino a considerare il possibile inquadramento delle tematiche in esame nel contesto dei diritti fondamentali, rimanendo saldamente ancorata al discorso sulla libera circolazione dei cittadini. Essa ha generalmente riconosciuto come lecita la volontà degli Stati membri di circoscrivere l'obbligo di solidarietà a quegli individui che presentassero un collegamento con la propria società⁹⁵, respingendo al contempo la pretesa che il criterio di residenza potesse validamente garantire il raggiungimento di tale obiettivo⁹⁶, salvo il caso in cui l'obbligo di residenza nel territorio dello Stato sia funzionale al controllo sul perdurare delle condizioni e dei requisiti per la concessione del beneficio⁹⁷.

Il tema dell'onere irragionevole e del potenziale impatto sul livello complessivo di aiuti erogati appare invece nella giurisprudenza *Morgan e Bucher*⁹⁸, in materia di aiuti alla formazione. La normativa tedesca, in questo caso, prevedeva che la concessione di dette prestazioni fosse subordinata ad un requisito di continuità tra il percorso di studi seguito, per almeno un anno, in Germania, e quello eventualmente intrapreso all'estero. Anche in tale caso, la Corte ha ritenuto che tale requisito non fosse un idoneo indicatore del grado di integrazione sociale che uno Stato membro può legittimamente porre alla base dell'inclusione nel sistema di *welfare*.

Dopo Lisbona

Anche in quest'ultima sezione sarà osservata la bipartizione introdotta nella precedente tra le pronunce che esaminano misure discriminatorie e quelle in cui il principio di non discriminazione non viene in rilievo. In ambo i casi, è necessario sottolineare che le sentenze che saranno analizzate dedicano notevole attenzione anche ai problemi derivanti dall'applicazione della direttiva 2004/38. L'articolo 24 co. 2 della precitata direttiva, infatti, ha introdotto una rilevante deroga al principio di non discriminazione, che riguarda esattamente la materia dell'assistenza sociale. Secondo quanto stabilito da tale disposizione, gli Stati membri non sono tenuti a garantire ai cittadini europei migranti l'accesso alle prestazioni di assistenza sociale per i primi tre mesi di residenza o per il periodo più lungo necessario alla ricerca di un'occupazione.

La legittimità della deroga è stata messa in dubbio fino a costituire oggetto di un rinvio pregiudiziale di validità nella causa *Vatsouras e Koupatantze*⁹⁹, con riferimento agli articoli 12 e 39 TCE. In tale vertenza, concernente l'accesso dei ricorrenti alle 'prestazioni di base per disoccupati', la Corte ha ritenuto che non fossero emersi elementi tali da compromettere la validità dell'art. 24, n. 2 della direttiva 2004/38¹⁰⁰, preferendo suggerire al giudice del rinvio un'inter-

⁹⁴Causa C-192/05 *K Tas-Hagen e R A Tas contro Raadskamer WUBO van de Pensioen- en Uitkeringsraad* [2006] Racc I-10451; Causa C-499/06 *Halina Nerkowska contro Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Koszalinie* [2008] Racc I-3993.

⁹⁵*Tas-Hagen e Tas* (v. nota 94) punto 34; *Nerkowska* (v. nota 94) punto 37.

⁹⁶*Tas-Hagen e Tas* (v. nota 94) punto 37; *Nerkowska* (v. nota 94) punti 41 e ss.

⁹⁷*De Cuyper* (v. nota 93) punto 47.

⁹⁸Causa C-11-12/06 *Rhiannon Morgan contro Bezirksregierung Köln (C-11/06)* e *Iris Bucher contro Landrat des Kreises Düren (C-12/06)* [2008] Racc I-9161.

⁹⁹Causa C-22-23/08 *Athanasios Vatsouras (C-22/08)* e *Josif Koupatantze (C-23/08) contro Arbeitsgemeinschaft (ARGE) Nürnberg 900* [2009] Racc I-4585.

¹⁰⁰*Ibid.*, punto 46.

prestazione estensiva della nozione di lavoratore¹⁰¹ ed escludendo altresì che una prestazione volta a favorire l'inserimento nel mercato del lavoro possa rientrare nella categoria dell'assistenza sociale¹⁰².

Sebbene la giurisprudenza abbia forse dedicato più attenzione alla direttiva 2004/38 che alle conseguenze dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, la ripartizione cronologica che si è voluto seguire non ne risulta però necessariamente compromessa: la stessa scarsa incidenza di quest'ultima circostanza è di per sé un fattore degno di nota, e che la cornice temporale permette di apprezzare nella sua corretta importanza.

Una battuta d'arresto del principio di eguaglianza? *Brey e Dano*

I primi aggiustamenti della giurisprudenza su cittadinanza ed accesso alle prestazioni sociali, sono riscontrabili nella sentenza *Brey*¹⁰³. Il ricorrente, un pensionato tedesco trasferitosi in Austria, aveva presentato domanda diretta ad ottenere un beneficio noto come 'integrazione compensativa'. La legge austriaca in materia di stabilimento e soggiorno, dal canto suo, prescriveva specificamente che le 'risorse economiche sufficienti' richieste al cittadino europeo non economicamente attivo dovevano ritenersi tali solo se quest'ultimo non avesse fatto richiesta per l'integrazione compensativa durante il soggiorno.

Il nesso tra legalità del soggiorno e mancata richiesta di prestazioni sociali ingenerava un automatismo nel diniego delle prestazioni che è stato, prevedibilmente, stigmatizzato dalla Corte, perché rendeva impossibile l'esame individuale del caso. La sezione più interessante della pronuncia è però quella relativa alla nozione di 'sistema di assistenza sociale':

[...] la nozione di «sistema di assistenza sociale» che compare all'articolo 7, paragrafo 1, lettera b), della direttiva 2004/38, contrariamente a quanto sostenuto dalla Commissione, non può essere ridotta alle prestazioni di assistenza sociale che, in forza dell'articolo 3, paragrafo 5, lettera a), del regolamento n. 883/2004, non rientrano nell'ambito di applicazione di tale regolamento.¹⁰⁴

Questo breve inciso rovescia la costruzione dell'ambito di applicazione del principio di eguaglianza riscontrata in *Martinez Sala*: l'inclusione di un dato beneficio nel sistema del Regolamento 883/2004 (che è il successore del Regolamento 1408/71) non è più condizione sufficiente perché quello stesso beneficio sia garantito a tutti i cittadini europei in condizioni di parità, non basta ad escluderlo dal novero delle prestazioni che gli Stati membri possono legittimamente rifiutare ai cittadini europei inattivi, in virtù della Direttiva 2004/38.

Questa crisi del modello basato sul principio di eguaglianza è divenuta ancor più visibile in seguito alla pronuncia sul caso *Dano*¹⁰⁵.

La ricorrente nel caso in commento è una cittadina romena, residente in Germania in forza di una carta di soggiorno di validità illimitata. Ella risiedeva presso una sorella, insieme al proprio figlio minore, senza svolgere un'attività lavorativa e, stando a quanto consta dagli atti del procedimento, senza cercarne

¹⁰¹Ibid., punti 26-30.

¹⁰²Ibid., punto 45.

¹⁰³Causa C-140/12 *Pensionsversicherungsanstalt contro Peter Brey* [2013] non ancora pubblicata.

¹⁰⁴Ibid., punto 58.

¹⁰⁵*Dano* (v. nota 68).

una. Percepiva cionondimeno una prestazione per figli a carico. La ricorrente aveva ulteriormente presentato domanda per accedere all'assicurazione di base per i richiedenti lavoro, ma quest'ultimo beneficio le era stato rifiutato sulla base della disposizione nazionale che esclude dal novero dei beneficiari gli stranieri il cui diritto di soggiorno sia giustificato unicamente dalla ricerca di lavoro ed i loro familiari.

La prestazione richiesta dalla sig.ra Dano era stata qualificata dal giudice del rinvio come "prestazione speciale in denaro di carattere non contributivo" ai sensi del Regolamento 2004/883¹⁰⁶, e come tale rientrante, a detta della stessa Corte¹⁰⁷, nella previsione dell'articolo 4 dello stesso testo, che ribadisce il principio di non discriminazione in base alla nazionalità in relazione alle prestazioni disciplinate dal regolamento. Per ricevere l'assicurazione di base, dunque, la ricorrente avrebbe dovuto soddisfare gli stessi requisiti di accesso a detta prestazione fissati dallo Stato membro in relazione ai propri cittadini.

La sentenza non si limita però a questa constatazione, andando ad esaminare anche la seconda e la terza domanda del giudice del rinvio: il diritto dell'Unione osta all'esclusione dei cittadini europei economicamente inattivi dal beneficio delle prestazioni speciali in denaro di carattere non contributivo?

La risposta della Corte parte dalla constatazione che il principio di non discriminazione sancito dall'art. 18 TFUE è ormai precisato da diverse fonti secondarie, e in particolare dall'art. 24 dalla Direttiva 2004/38, che al suo paragrafo 2 istituisce una deroga (nella quale tuttavia la ricorrente non ricade¹⁰⁸) al suddetto principio, mentre al paragrafo 1 lo ribadisce con riferimento ai cittadini che si spostano e risiedono in uno Stato membro in base alla direttiva stessa.

Ne consegue che a chi non soddisfa le condizioni fissate dalla Direttiva è preclusa la protezione del principio di eguaglianza? È esattamente quello che sembra emergere da questa sentenza, rimettendo in discussione una serie di dati che emergevano dalla giurisprudenza precedente. In primo luogo, la Corte sposa qui un'interpretazione assai rigida del criterio della legittimità della residenza: si ricorderà come nella precedente giurisprudenza *Trojani* la Corte avesse ritenuto che il diritto alla parità di trattamento fosse subordinato alla semplice legalità del soggiorno, che poteva essere desunta dal rilascio di un titolo di soggiorno, anche in assenza dei requisiti specificamente fissati dal diritto comunitario:

Nel caso di specie, va rilevato che, anche se gli Stati membri possono subordinare il soggiorno di un cittadino dell'Unione economicamente non attivo alla disponibilità di risorse sufficienti, è pur vero che tale persona non può non fruire, durante il suo soggiorno lecito nello Stato membro ospitante, del principio fondamentale relativo alla parità di trattamento quale sancito all'art. 12 CE.¹⁰⁹

La sentenza *Dano*, quindi, facoltizza gli Stati ad escludere dall'assistenza sociale anche i migranti il cui soggiorno è legale, col dichiarato intento di colpire quei "cittadini dell'Unione economicamente inattivi che esercitino la libertà di circolazione con l'unico fine di ottenere il beneficio dell'aiuto sociale di un altro Stato membro"¹¹⁰, ovvero di scoraggiare il c.d. 'turismo sociale'. Il caso *Da-*

¹⁰⁶Regolamento 883/2004 (v. nota 68).

¹⁰⁷*Dano* (v. nota 68) punto 55.

¹⁰⁸*Ibid.*, punto 66.

¹⁰⁹*Ibid.*, punto 40.

¹¹⁰*Ibid.*, punto 77.

no si prestava probabilmente meglio di altri alla formulazione di questo *caveat*, poiché l'istanza per la concessione del beneficio era stata formulata per la prima volta dalla ricorrente immediatamente dopo il suo primo ingresso in Germania. È possibile che, sempre per questa ragione, la Corte si sia astenuta anche dal formulare una qualsivoglia valutazione in merito al grado di integrazione della ricorrente nel Paese di residenza. Dalla narrativa in fatto emergono alcuni dati che sembrano suggerire una scarsa integrazione (ad esempio la conoscenza estremamente rudimentale della lingua tedesca), ma, a differenza della produzione giurisprudenziale precedente, in nessun punto della sentenza si possono rinvenire considerazioni in merito al 'reale collegamento' con lo Stato ospitante.

Questo dato, che è di per sé insolito, si combina con l'inspiegabile declassamento del divieto di discriminazione contenuto nel regolamento 883/2004: sebbene il regolamento attribuisca alle persone che ricadono nel suo ambito di applicazione¹¹¹ un diritto alle prestazioni speciali a carattere non contributivo, doveva però quantomeno garantire alla ricorrente l'accesso a queste prestazioni in condizioni di parità rispetto ai cittadini tedeschi. La Corte ritiene però che il Regolamento, letto in combinato disposto con la Direttiva 2004/38, non osti all'esclusione dal principio di eguaglianza delle persone che non godono di un diritto di soggiorno alla luce della direttiva.

Tralasciando gli importanti interrogativi che sono evidentemente sollevati da questo modo di procedere in materia di gerarchia delle fonti, è impossibile non notare la perdita di importanza del principio di eguaglianza, in linea peraltro con quanto già osservato in materia di mercato interno a proposito della scomparsa dal TFUE del titolo del TCE dedicato ai principi generali¹¹². Si sottolineerà *en passant* che questa perdita di importanza non trova però una solida giustificazione testuale: l'inserimento delle disposizioni relative al principio di eguaglianza proprio nel titolo del TFUE dedicato alla cittadinanza sembrava semmai rinforzare l'associazione del primo alla seconda.

Parte della dottrina¹¹³ ha sottolineato, all'indomani della sentenza, la necessità di interpretare restrittivamente le limitazioni al principio della parità di trattamento che emergono dalla giurisprudenza *Dano*¹¹⁴. A questo auspicio si accompagna però la realistica constatazione che molti Stati membri saranno fin troppo propensi ad appoggiarsi a questa pronuncia per limitare il più possibile l'accesso dei cittadini europei all'assistenza sociale.

Si potrebbe ipotizzare che il ridimensionamento del principio di eguaglianza riscontrabile nel caso in commento potrebbe aprire la strada ad un nuovo rapporto tra cittadinanza e diritto di accesso alle prestazioni assistenziali, più diretto e non più basato sulla mediazione del principio di eguaglianza. Né le questioni pregiudiziali né le Conclusioni dell'A.G. Wathelet considerano la possibile rilevanza dell'art. 34 CDF, soffermandosi invece sugli artt. 1 e 20, dedicati

¹¹¹Peraltro piuttosto ampio, stando all'art. 2: "Il presente regolamento si applica ai cittadini di uno Stato membro, agli apolidi e ai rifugiati residenti in uno Stato membro che sono o sono stati soggetti alla legislazione di uno o più Stati membri, nonché ai loro familiari e superstiti".

¹¹²I limiti del principio di eguaglianza e non-discriminazione, del resto, erano già stati rilevati anni addietro: si veda ad esempio F Wollenschläger, 'A New Fundamental Freedom beyond Market Integration: Union Citizenship and its Dynamics for Shifting the Economic Paradigm of European Integration' (2011) 17(1) European Law Journal 1, p.33.

¹¹³H Verschueren, 'Preventing Benefit Tourism in the E.U.: a Narrow or Broad Interpretation of the Possibilities offered by the E.C.J. in *Dano*?' (2015) 52(2) Common Market Law Review 363.

¹¹⁴*Ibid.*, p.379-380.

rispettivamente alla dignità della persona umana e all'uguaglianza davanti alla legge. La Corte, poi, trancia di netto la questione, escludendo *tout court* l'applicabilità della CDF al caso di specie, secondo il ragionamento già stato illustrato nel primo Capitolo.

L'approccio basato sulle restrizioni alla circolazione. Nemmeno nel filone giurisprudenziale avente ad oggetto le restrizioni non discriminatorie alla libera circolazione è possibile riscontrare uno sforzo di inquadrare l'accesso alle prestazioni di sicurezza o assistenza sociale nel tema dei diritti fondamentali.

Il filone giurisprudenziale in questione può essere rappresentato da un gruppo di tre sentenze, rese nella seconda metà del 2013, in cui i ricorrenti lamentavano gli effetti della legge tedesca di incentivi alla formazione. Nelle sentenze *Prinz e Seeberger*¹¹⁵, *Meneses*¹¹⁶ ed *Elrick* la Corte si sofferma ad esaminare, rispettivamente, il requisito della residenza triennale, il requisito del domicilio permanente e quello dell'equivalenza tra gli studi intrapresi nello Stato ospitante e quelli eventualmente disponibili nello Stato erogatore del beneficio. Anzitutto, queste pronunce ribadiscono la legittimità della ragione imperativa consistente nel prevenire un onere economico irragionevole e mantenere il livello complessivo di aiuti alla formazione, e della conseguente limitazione dei sussidi a quegli individui che dimostrino un grado di integrazione sociale sufficiente ad includerli nel sistema della solidarietà. In tutte e tre le istanze, la Corte ha poi ritenuto che gli articoli 20 e 21 del TFUE ostassero alla normativa nazionale, poiché quest'ultima aveva basato la concessione dei sussidi alla formazione su requisiti troppo limitati ed inadeguati a consentire una valutazione attendibile dell'integrazione del richiedente nella società dello Stato erogatore del sussidio.

Come si è già anticipato, non è rinvenibile nessun tentativo di elaborare il tema dell'accesso a questi sussidi nella cornice della CDF, né come argomento a sostegno della libera circolazione, né *ex parte* ragioni imperative, sembrando invece dominante la riflessione sulle limitazioni legittime della solidarietà sociale.

Sembra opportuno concludere che l'elaborazione giurisprudenziale sulla libera circolazione dei cittadini non sia terreno fertile per lo sviluppo del diritto fondamentale alla previdenza e all'assistenza sociale, diversamente da quanto osservato in relazione al diritto alla vita privata e personale. Ciò potrebbe, in prima istanza, apparire ascrivibile alla posizione predominante del principio di eguaglianza, che ha consentito per lungo tempo di conseguire la progressiva apertura dei sistemi di *welfare* degli Stati membri, senza che fosse necessario articolare un discorso (ben più politicamente sensibile) sul carattere fondamentale di determinate prestazioni. La casistica relativa alle restrizioni non discriminatorie, tuttavia, dimostra chiaramente che il mancato utilizzo dell'articolo 34 CDF non è unicamente ascrivibile a questa sorta di "iperattività" del principio di eguaglianza.

È possibile che la Corte abbia considerato il dettato dell'articolo 34 poco concludente, per via del reiterato riferimento alle modalità fissate dal diritto dell'Unione e dalle legislazioni e prassi nazionali. Il dubbio è rafforzato dal fatto

¹¹⁵Cause riunite C-523/11, C-585/11 *Laurence Prinz contro Region Hannover (C-523/11)* e *Philipp Seeberger contro Studentenwerk Heidelberg (C-585/11)* [2013] non ancora pubblicata.

¹¹⁶Causa C-220/12 *Andreas Ingemar Thiele Meneses contro Region Hannover* [2013] non ancora pubblicata.

che le stesse giurisdizioni rinvianti, nella maggior parte della casistica che è stata esaminata¹¹⁷, non hanno inserito alcun riferimento alla Carta, e che gli Avvocati Generali si sono generalmente guardati dall'approcciare il tema in tale prospettiva.

La presunta scarsa incidenza dell'articolo 34 CDF è però smentita dall'uso che la Corte ne ha fatto nel caso *Kamberaj*¹¹⁸, che è anche l'unico finora a contenere un riferimento esplicito a detta norma. Nella sentenza precitata, che verteva sui diritti dei cittadini di Stati terzi soggiornanti di lungo periodo, la Corte ha usato l'articolo 34 CDF per orientare l'interpretazione della nozione di "prestazioni essenziali" contenuta nella Direttiva 2003/109¹¹⁹, dichiarando per l'effetto che il sussidio per l'alloggio reclamato dal ricorrente del giudizio principale rientrava tra le prestazioni essenziali suddette.

Non si vede allora perché il diritto sancito all'articolo 34 CDF non possa del pari orientare l'interpretazione delle fonti primarie e secondarie in materia di cittadinanza, che sono peraltro molto più articolate e complete. Si può ipotizzare che questa reticenza sia motivata, da un lato, dalla straordinaria sensibilità della materia dell'accesso al *welfare*, della cui apertura si discute ormai da lungo tempo¹²⁰, ma senza costrutto: sembra infatti affermarsi nei dibattiti politici nazionali, in tempi più recenti, la retorica che vuole ridurre al minimo l'erogazione di benefici ai non cittadini. Da un punto di vista giuridico, invece, l'esitazione a valorizzare l'articolo 34 CDF potrebbe derivare dall'assenza di una competenza dell'Unione in materia di assistenza sociale: in altre parole, la Corte si guarda dallo spingere troppo in là l'integrazione negativa, ben sapendo che in assenza di una base giuridica non si potrà pervenire alla necessaria integrazione positiva¹²¹.

3.3 Riepilogo

Gli snodi problematici del rapporto tra cittadinanza europea e diritti fondamentali, che si è cercato di esplorare nel presente capitolo, derivano principalmente dall'innovazione senza precedenti rappresentata dalla cittadinanza europea nel panorama del diritto pubblico occidentale: una cittadinanza non statale, che tuttavia vincola gli Stati membri al rispetto di una serie di prerogative del singolo, una cittadinanza non federale, che tuttavia ha instaurato e mantenuto a lungo un rapporto privilegiato con il principio di eguaglianza.

L'elaborazione giurisprudenziale sembra escludere che i diritti fondamentali costituiscano il nucleo essenziale di questa costruzione, affermazione che peraltro è giustificata dalla natura complementare e non sostitutiva della cittadinanza europea rispetto alle cittadinanze nazionali. Non si può tacere che questa scel-

¹¹⁷Con l'unica eccezione del caso *Dano*, dove tuttavia i parametri richiamati dal giudice erano gli articoli relativi alla dignità umana ed all'uguaglianza davanti alla legge

¹¹⁸Causa C-571/10 *Servet Kamberaj contro Istituto per l'Edilizia sociale della Provincia autonoma di Bolzano (IPES) e altri* [2012] Raccolta digitale.

¹¹⁹Direttiva 2003/109/CE del Consiglio, del 25 novembre 2003, relativa allo status dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo [2003] GU L-16, art. 11.

¹²⁰Si veda ad esempio G Davies, 'Welfare as a Service' (2002) 29(1) *Legal Issues of Economic Integration* 27.

¹²¹Sull'integrazione in materia di previdenza sociale ed i relativi limiti, si veda D Damjanovic, 'The E.U. market rules as social market rules: why the E.U. can be a social market economy' (2013) 50(6) *Common Market Law Review* 1685.

ta, esplicitata in una giurisprudenza ormai piuttosto consolidata¹²², precluda al discorso sui diritti fondamentali una direttrice di sviluppo di grande importanza, ma nè il dettato dei Trattati nè la giurisprudenza sul tema consentono di ipotizzare un cambiamento di rotta nel prossimo futuro.

Quanto invece i diritti fondamentali vengono invocati a sostegno dei tipici diritti di cittadinanza, come la libertà di circolazione, torna a riproporsi la discrepanza tra diritti civili e diritti economico-sociali. Sarebbe azzardato considerare definitivo questo dato, visto il ristretto campione di giudizi analizzati, ma la comparazione tra il filone giurisprudenziale relativo alla vita privata e personale e quello relativo alle prestazioni sociali e assistenziali è abbastanza chiara: nel primo caso, il passaggio da un approccio basato sulla discriminazione a un approccio basato sulla mera restrizione ha favorito il riconoscimento della rilevanza del diritto fondamentale rimasto implicito in precedenza, mentre nel secondo un simile sviluppo non è riscontrabile, mancando un qualsivoglia riconoscimento di un diritto o principio fondamentale, sia pure da specificarsi a livello di normazione secondaria, di accesso alla sicurezza ed assistenza sociale.

Da un lato, è ipotizzabile che questa discrasia sia almeno in parte riconducibile all'entrata in vigore della direttiva 2004/38, che in guisa di una codificazione delle regole giurisprudenziali esistenti ha in realtà introdotto un notevole irrigidimento di queste ultime. In presenza di un tale testo, la Corte ha certamente meno ragioni, e probabilmente minor margine, per fare uso dell'articolo 34 CDF. Al contrario, l'assenza di precise disposizioni in materia di diritto al nome apre la via del ricorso alle fonti primarie dell'ordinamento, come è dimostrato dall'analisi che precede.

In questo contesto, non è stupefacente che la giurisprudenza si orienti vieppiù verso un'interpretazione estensiva delle qualifiche soggettive, come esemplifica il già citato caso *Vatsouras e Koupatantze*¹²³ in relazione al mantenimento dello *status* di lavoratore. Una scelta di questo tenore ha il vantaggio di aumentare le *chances* di successo dei singoli ricorrenti, ma pone innegabilmente la cittadinanza europea in una posizione di stallo, se non addirittura di retrocessione: da *status* fondamentale del cittadino europeo, essa potrebbe ritrovarsi *status* residuale.

Un eventuale declino di importanza dello *status* di cittadinanza potrebbe comportare parallelamente l'aumentare di importanza dei diritti fondamentali? Un simile scenario è plausibile, ma non interamente probabile, quantomeno con riferimento al diritto alla sicurezza ed assistenza sociale, che richiede per la sua attuazione una cornice ben più elaborata di quella che si potrebbe oggi prospettare sulla base della ripartizione di competenze delineata dai Trattati.

Qualche tensione evolutiva potrebbe forse provenire dal dialogo con la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, che in alcuni casi è apparsa propensa ad usare la Carta dei Diritti Fondamentali per aggiornare e far evolvere l'interpretazione della CEDU¹²⁴. In materia di accesso alle prestazioni sociali, non è ancora dato

¹²² *Dereci* (v. nota 31); *Ymeraga* (v. nota 37); *Alokpa* (v. nota 40).

¹²³ *Vatsouras e Koupatantze* (v. nota 99).

¹²⁴ Un'evoluzione di tal fatta è ipotizzata ad esempio in G Romeo, *Civil rights v. social rights nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: c'è un giudice a Strasburgo per i diritti sociali?* (Note e commenti, Osservatorio sul rispetto dei diritti fondamentali in Europa 2012) (<http://www.europeanrights.eu/public/commenti/ROMEIO.pdf>) p. 17; G Nicolaou, *The Strasbourg View on the Charter of Fundamental Rights* (Research Paper in Law 3, College of Europe 2013) (https://www.coleurope.eu/sites/default/files/uploads/news/researchpaper_3_2013_nicolaou.lawpol_final.pdf).

riscontrare alcun esempio di una tale dinamica, ma alcune suggestioni evolutive sono riscontrabili anche in epoca più risalente: si ricorderà che la giurisprudenza CEDU ha ricompreso il diritto ad alcune prestazioni sociali a base contributiva nella tutela riservata al diritto di proprietà, con la notissima pronuncia *Gaygusuz*¹²⁵, di fatto aprendo uno spiraglio di comunicazione tra diritti molto diversi nella struttura. Anche l'approccio seguito in tale caso, tuttavia, trovava il suo necessario puntello nel divieto di discriminazione sancito dall'articolo 14 CEDU, mentre l'effettiva portata di tale principio nel diritto dell'Unione sembra oggi limitata dalla stessa direttiva 2004/38.

È opportuno allora concludere che, sebbene i recenti sviluppi della giurisprudenza in materia di cittadinanza abbiano dei contenuti innovativi, queste innovazioni non sembrano preludere ad una maggior sintonia con lo sviluppo di una organica visione dei diritti fondamentali ed in particolare dei diritti economico-sociali, se l'analisi che si è svolta in relazione all'assistenza sociale può essere considerata indicativa dello sviluppo di questa categoria.

¹²⁵ *Gaygusuz c. Autriche* [1996] Reports 1996-IV , punto 41.

Conclusioni

La produzione giurisprudenziale alla base dell'analisi fin qui condotta ci restituisce l'immagine di un ordinamento giuridico in evoluzione. L'evoluzione di cui parliamo, peraltro, non è un banale lavoro di assestamento ma, per quanto forse lenta e poco appariscente, una ridefinizione delle premesse, delle fondamenta della struttura dell'Unione Europea. Un'istantanea che avesse come soggetto la tutela dei diritti fondamentali da parte della giurisdizione comunitaria sarebbe oggi mossa, ma probabilmente non tanto sfuocata da non consentire l'individuazione di alcune direttrici di sviluppo che sono emerse nel corso della presente trattazione, e che andremo ora a riassumere brevemente.

In primo luogo, bisogna sottolineare che l'integrazione della Carta nel contesto delle altre fonti primarie si è rivelato problematico: le c.d. clausole orizzontali, analizzate nel Capitolo 1, hanno forse causato più incertezze di quante ne abbiano dissipate.

Con riguardo all'ambito di applicazione *ratione personae*, l'enumerazione dei soggetti destinatari della Carta contenuta all'articolo 51, co. 1 CDF aveva ingenerato l'idea che le disposizioni della Carta non potessero produrre effetto diretto orizzontale; questa tesi non è stata esplicitamente avallata dall'interpretazione della Corte di Giustizia, che sembra invece lasciare intendere un'astratta possibilità in tal senso¹²⁶. Ad oggi, tuttavia, la Carta non è stata applicata orizzontalmente in nessuna controversia, lasciando quindi la questione aperta. Il punto è particolarmente rilevante per l'attuazione di quei diritti che trovano il loro naturale contesto in rapporti di tipo privatistico, come quelli dei lavoratori, dei consumatori, degli utenti, che trovano tutela nel Titolo IV. Nell'ottica della produzione di effetto diretto orizzontale, un elemento particolarmente indicativo dovrebbe essere il richiamo, effettuato dalle disposizioni della Carta, a fonti inferiori: la giurisprudenza *A.M.S.* sembra implicare che laddove una disposizione contenga una clausola di tal fatta, essa non possa produrre effetto diretto nemmeno limitatamente agli elementi che non necessitano di precisazione. Questa interpretazione piuttosto stringente dei consueti requisiti di chiarezza, precisione ed incondizionatezza potrebbe precludere l'effetto diretto a numerose disposizioni della Carta.

Con riguardo all'ambito d'applicazione *ratione materiae*, l'articolo 51, co. 2 CDF richiama la precedente giurisprudenza relativa all'ambito di applicazione dei principi generali di diritto; in questo ambito l'elaborazione giurisprudenziale post-Lisbona è stata particolarmente importante: dalle pronunce che si sono susseguite pare potersi desumere che il controllo giurisdizionale alla luce della Carta segua un criterio strettamente teleologico, ossia che sia possibile solo se

¹²⁶*AMS* (v. nota 30); *Fenoll* (v. nota 35).

ed in quanto l'azione degli Stati membri persegua gli obiettivi determinati dal Trattato, indipendentemente dalla natura e struttura della misura nazionale.

Ancor più nebulosa è la questione della partizione delle disposizioni della Carta tra diritti e principi, introdotta dall'articolo 52, co. 5 CDF che sembra voler distinguere tra norme a carattere prescrittivo e norme a carattere programmatico. Alcuni Autori sembrano suggerire l'idea che la linea di demarcazione tra diritti e principi coincida, o comunque corra più o meno parallela, a quella tra diritti di prima generazione e diritti posteriori. La Corte di Giustizia però ha finora serbato il silenzio sul tema, declinando ripetutamente gli stimoli a pronunciarsi sulla questione provenienti da alcuni Avvocati Generali. Ad oggi, non possiamo dire con certezza quali disposizioni della Carta siano ascrivibili alla prima ed alla seconda categoria, se non per i pochi esempi contenuti nelle Spiegazioni che accompagnano la Carta. Ne consegue che, a maggior ragione, non esistono elementi per determinare se e come la tutela giurisdizionale dei diritti differisca da quella dei principi.

Per apprezzare pienamente la dimensione problematica di queste questioni, la sola analisi delle clausole orizzontali non può evidentemente essere sufficiente. Per meglio indagare questi temi, dunque, i Capitoli 2 e 3 si addentrano nella produzione giurisprudenziale riguardante l'interazione tra i diritti fondamentali ed il nocciolo duro del progetto comunitario: le libertà di circolazione. Alcune considerazioni più specifiche sono riservate al tema della cittadinanza europea che, benché legata alla costruzione del mercato interno nella componente della libera circolazione delle persone, deve però essere considerata anche nella sua componente relativa al c.d. "nucleo essenziale".

È quest'ultima un'espressione coniata dalla Corte per giustificare la propria competenza in una serie di casi in cui l'unico ragionevole collegamento con il diritto dell'Unione di una situazione altrimenti puramente interna era rappresentato dalla potenziale privazione dei diritti conferiti ai singoli dallo *status* di cittadinanza. La Corte, probabilmente preoccupata di non estendere l'ambito di applicazione *ratione materiae* della Carta, ha escluso che il "nucleo essenziale" della cittadinanza includa i diritti fondamentali¹²⁷, creando così una frattura tra diritti fondamentali e cittadinanza che, sebbene sia apparentemente confinata alla determinazione della competenza giurisdizionale, potrebbe rivelarsi incresciosa.

Questo problema non si pone, chiaramente, quando si considerino le libertà di circolazione. È opportuno ricordare quanto già detto in apertura del Capitolo 3 circa la differenza tra l'ambito del controllo giurisdizionale e l'ampiezza delle competenze dell'Unione: il primo è ben più ampio della seconda perché si esercita anche su tutte le misure adottate dagli Stati membri capaci di minare il raggiungimento degli obiettivi fissati dalle disposizioni in materia di libera circolazione. Interpretando anche la nozione di "applicazione del diritto dell'Unione", contenuta nell'art. 51 CDF, secondo un criterio di tipo teleologico, la Corte si è garantita quindi la possibilità di interpretare in coordinato diritti fondamentali e libertà di circolazione, nei casi in cui i primi sono invocati a sostegno delle seconde, in continuità con quanto avveniva già antecedentemente all'introduzione della Carta. Se prima del 2001 la competenza giurisdizionale era però rigorosamente determinata sulla base della violazione di una libertà di circolazione, in seguito alla proclamazione della Carta la Corte ha dimostrato

¹²⁷ *Dereci* (v. nota 31).

maggiore apertura ad addentrarsi nelle questioni riguardanti i diritti fondamentali¹²⁸. Il segnale di apertura in questione, tuttavia, si è rivelato piuttosto labile: nella più recente giurisprudenza¹²⁹ sembra emergere nuovamente un atteggiamento di *self-restraint* nel ricorso alla Carta, almeno in riferimento a quei casi in cui l'interpretazione delle disposizioni del Trattato alla luce dell'effetto utile è già sufficiente a raggiungere una decisione sul caso.

Quanto alla differenziazione tra diritti civili e politici e diritti economico-sociali, la giurisprudenza da ultimo citata non pare fornire indicazioni apprezzabili. La sentenza *Karner*, successiva alla proclamazione della Carta, enuncia un criterio che potremmo definire di economicità del controllo giurisdizionale: tanto più diritti fondamentali e libertà di circolazione convergono in concreto su un oggetto di tutela, tanto meno penetrante sarà il sindacato della misura statale, e viceversa¹³⁰. Questa regola fa sì che generalmente vengano inglobati nel giudizio sulla libertà fondamentale i diritti di matrice liberale come la proprietà o l'esercizio di un'attività economica, ma non implica automaticamente che i diritti economico-sociali siano oggetto di maggiore attenzione. In tempi recenti, il diritto che sembra aver beneficiato maggiormente dell'invocazione in combinato con una libertà di circolazione è il diritto alla vita privata e familiare¹³¹ di cui all'articolo 7 CDF, mentre i diritti di cui al Titolo IV non sono affatto stati invocati in tale funzione, se non in tempi molto più risalenti¹³².

L'unica disposizione che avrebbe avuto occasione di essere invocata in combinato con la libera circolazione delle persone è l'articolo 34 CDF, relativo alla sicurezza ed assistenza sociale, cui è dedicata la sezione 5.2 del Capitolo 4. In tale sezione si è riscontrato preliminarmente che il progressivo spostamento dell'attenzione della Corte dalla natura discriminatoria alla natura meramente restrittiva delle misure statali che ostacolano l'esercizio della libera circolazione da parte dei cittadini europei ha favorito l'incorporazione di un diritto del Titolo II (ancora una volta il diritto alla vita privata, sebbene nell'aspetto relativo al diritto al nome) nel parametro di legittimità, ma non ha avuto lo stesso effetto sull'articolo 34. In relazione a questa disposizione si è invece osservato che né i ricorrenti che hanno contestato il diniego di prestazioni di assistenza sociale da parte dello Stato membro di residenza sulla base dell'effetto restrittivo della libertà di circolazione non hanno mai richiamato l'articolo 34 CDF a fondamento delle proprie pretese, né la Corte o gli Avvocati Generali hanno ritenuto utile inquadrare il tema in tale cornice normativa.

La riluttanza a fare leva sulle disposizioni del Titolo IV trova conferma anche nel filone giurisprudenziale in cui i diritti fondamentali sono invocati per giustificare una deroga rispetto alle libertà fondamentali. Bisogna richiamare la premessa, già svolta nel Capitolo 3, che i diritti fondamentali non costituiscono un'auto-noma causa di giustificazione, ma solo una delle possibili declinazioni delle c.d. ragioni imperative di interesse generale. Questo inquadramento deve ritenersi perdurante anche se la Corte, in alcuni casi, ha conferito ad alcune di queste ragioni imperative dei tratti di specialità, come si è riscontrato in materia di tutela dell'ambiente, laddove la ragione imperativa ha espletato efficacia scusante

¹²⁸ *Karner* (v. nota 39).

¹²⁹ *S e G* (v. nota 46).

¹³⁰ *Karner* (v. nota 39) punto 51.

¹³¹ *Carpenter* (v. nota 36); *S e G* (v. nota 46).

¹³² Si è analizzata, ad esempio, la causa *Rutili* (v. nota 16) in relazione all'esercizio dei diritti sindacali.

anche in relazione a misure discriminatorie sulla base della nazionalità¹³³, o in materia di tutela della salute, laddove la giurisprudenza ha molto temperato il divieto di invocare le ragioni imperative in funzione di ragioni economiche¹³⁴. La casistica analizzata relativa ai diritti collegati al rapporto di lavoro¹³⁵ evidenzia una certa riluttanza della Corte ad utilizzare la categoria dei diritti fondamentali: sebbene la Carta sia citata, la controparte delle libertà di circolazione nel test di proporzionalità è genericamente la “protezione dei lavoratori”, non il corrispondente diritto fondamentale, al contrario di quanto si può rilevare, ad esempio, in relazione alla libertà di espressione¹³⁶ o alla tutela dei minori¹³⁷. A questa differente impostazione fa da riscontro anche un maggior attivismo della Corte, che appare molto più aperta ad affrontare la questione della definizione del contenuto dei diritti economico-sociali indicati rispetto a quanto è riscontrabile in pronunce concernenti i diritti di prima generazione: è possibile quindi che l’uso della più generale ragione imperativa della protezione dei lavoratori sia funzionale a garantire alla Corte un maggior margine d’intervento.

Quanto al merito delle decisioni, ossia al concreto risultato del bilanciamento tra libertà di circolazione e diritti fondamentali, si è già sottolineata la capitale importanza dell’individuazione del test di proporzionalità più appropriato. Le sentenze analizzate nella sezione 2.4 del Capitolo 3 dimostrano in proposito un alto grado di difformità, con la conseguenza che in alcuni casi (segnatamente quelli del c.d. test di proporzionalità doppio¹³⁸) si ha l’impressione che la Corte si impegni in un genuino esercizio di bilanciamento, ed in altri (laddove il test di proporzionalità riguarda solo la restrizione della libertà di circolazione¹³⁹) sembra che il giudice continui ad interpretare il proprio ruolo primariamente come garante dei Trattati, intesi nella loro primaria funzione di integrazione economica, lasciando la tutela dei diritti fondamentali in secondo piano.

Un’ultima questione di difficile soluzione è infine quella del rapporto tra i diritti fondamentali codificati ed i principi generali di diritto, che prima dell’elaborazione della Carta erano il mezzo attraverso cui la Corte tutelava i diritti dell’uomo. Alcune pronunce in materia di divieto di discriminazione¹⁴⁰ e tutela giurisdizionale effettiva¹⁴¹ citano separatamente le due fonti, lasciando intendere che i principi generali continuino ed esistere affianco alla Carta, perdurando così un elemento di apertura del sistema anche dopo la codificazione. In alcuni degli ambiti trattati, tuttavia, sembra di percepire una tensione tra alcuni diritti fondamentali ed uno dei principi generali più antichi e centrali: il divieto di discriminazione in base alla nazionalità. È stato rilevato, ad esempio, nella sezione dedicata alla tutela del nome, che la giurisprudenza ha valorizzato maggiormente il diritto fondamentale alla vita privata e familiare quando era chiamata a pronunciarsi su misure statali meramente restrittive, e non apertamente discriminatorie. Si può altresì ricordare che la Corte ha conferito maggio-

¹³³ *PreussenElektra* (v. nota 59); *Ålands Vindkraft* (v. nota 61).

¹³⁴ *Kohll* (v. nota 79); *Vanbraekel* (v. nota 79); *Müller-Fauré* (v. nota 79); *Watts* (v. nota 79); *Elchinov* (v. nota 79); *Bressol e Chaverot* (v. nota 81).

¹³⁵ *Viking* (v. nota 108); *Laval* (v. nota 115); *Commissione c Germania* (v. nota 130); *Bundesdruckerei* (v. nota 132).

¹³⁶ *Familiapress* (v. nota 33); *Schmidberger* (v. nota 53).

¹³⁷ *Dynamic Medien* (v. nota 103).

¹³⁸ *Schmidberger* (v. nota 53); *Commissione c Germania* (v. nota 130).

¹³⁹ *Viking* (v. nota 108); *Laval* (v. nota 115); *Bundesdruckerei* (v. nota 132).

¹⁴⁰ *Küçükdeveci* (v. nota 12); *Test-Achats* (v. nota 146).

¹⁴¹ *DEB* (v. nota 84).

re importanza alla ragione imperativa relativa alla tutela dell'ambiente proprio andando a scalfire questo principio, laddove ha accettato l'efficacia scusante della tutela ambientale anche nei confronti di misure statali discriminatorie in base alla nazionalità¹⁴² (e che dunque, secondo la giurisprudenza consolidata, avrebbero potuto trovare giustificazione solo nelle cause tassativamente elencate nel TFUE).

Questi due esempi, provenienti peraltro da ambiti materiali completamente diversi, dimostrano che non sempre la coesistenza tra la Carta ed i principi generali di diritto può assestarsi sul modello di due binari che corrono paralleli ma separati: l'introduzione della Carta non rappresenta un mero ampliamento dei principi a disposizione del giudice per l'aggiudicazione delle controversie, in una certa misura, essa dovrà alterare l'equilibrio preesistente, non fosse altro che per l'incrementata varietà dei valori da conciliare. Il principio di non discriminazione in base alla nazionalità, che pure era stato un cardine dell'ordinamento giuridico della Comunità, rischia di inibire lo sviluppo di questi nuovi valori, ed è dunque possibile che esso veda la sua posizione di preminenza ancora scalfita in futuro.

La riflessione giurisprudenziale sulle conseguenze dell'innalzamento della Carta di Nizza al rango di diritto primario è dunque ben lungi dall'essere matura: accanto ad alcuni timidi segnali di adattamento del sistema preesistente, si rinvencono altrettanti indicatori di una tendenza ad operare per quanto possibile nella cornice dei percorsi logico-argomentativi già consolidati, facendo riferimento alla Carta solo laddove tale opportunità è troppo difficilmente rinunciabile.

¹⁴²*PreussenElektra* (v. nota 59); *Ålands Vindkraft* (v. nota 61).

Indice della legislazione

- Direttiva 93/96 [1993] GU L-317,
93
- Direttiva 96/71 [1996] GU L-18, 62
- Direttiva 83/189 [1983] GU L-109,
12
- Direttiva 90/364 [1990] GU L-180,
93
- Direttiva 2000/78 [2000] GU L-303,
19
- Direttiva 2002/14 [2002] GU L-80,
14, 30
- Direttiva 2004/18 [2004] GU L-134,
66, 68
- Direttiva 2004/38 [2004] GU L-158,
94
art. 24, 91
- Direttiva 2003/109 [2003] GU L-16
art. 11, 101
- Direttiva 2004/113 [2004] GU
L-373, 35
- Direttiva 2006/112 [2006] GU
L-347
artt. 2,250, 273, 20
- Direttiva 2006/123 [2006] GU
L-376
art. 16, co. 1 lett. b), 51
- Direttiva 92/50/CEE [1992] GU
L-209, 66
- Regolamento 1408/71 [1971] GU
L-149, 90
- Regolamento 883/2004 [2004] GU
L-166, 91, 98
- Regolamento 1612/68 [1968] GU
L-257, 41, 91
- Regolamento 857/84 [1984] GU
L-90, 17
art.4, 17
art.7, 17
- Regolamento 3950/92 [1992] GU
L-405, 18

Indice della giurisprudenza

- 7/61 Commissione delle Comunità Europee c Repubblica Italiana [1961] Racc, 317, 52
- 26/62 NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos contro Amministrazione olandese delle imposte [1963] Racc, 3, 7, 26, 38
- 24/68 Commissione delle Comunità Europee contro Repubblica Italiana [1969] Racc, 193, 38
- 11/70 Internationale Handelsgesellschaft mbH contro Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel mbH contro Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel [1970] Racc, 1125, 11
- 1/72 Rita Frilli c Stato Belga [1972] Racc 457, 90
- 167/73 Commissione delle Comunità europee contro Repubblica francese [1974] Racc, 359, 38
- 2/74 Jean Reyners contro Stato belga [1974] Racc, 631, 38
- 8/74 Procureur du Roi contro Benoît e Gustave Dassonville [1974] Racc, 837, 39
- 33/74 Johannes Henricus Maria van Binsbergen contro Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid [1974] Racc, 1299, 38
- 41/74 Yvonne van Duyn contro Home Office [1974] Racc, 1337, 40
- 67/74 Carmelo Angelo Bonsignore contro Oberstadtdirektor der Stadt Köln [1975] Racc, 297, 40
- 36/75 Roland Rutili contro Ministre de l'intérieur [1975] Racc, 367, 40, 41, 76, 107
- 43/75 Gabrielle Defrenne contro Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena [1976] Racc, 455, 11, 34
- 104/75 Adriaan de Peijper, direttore della società Centrafarm BV [1976] Racc, 613, 39
- 71/76 Jean Thieffry contro Conseil de l'ordre des avocats à la cour de Paris [1977] Racc, 765, 39
- 74/76 Iannelli e Volpi Spa contro ditta Paolo Meroni [1977] Racc, 557, 38
- 110/78 Pubblico ministero e Chambre syndicale des agents artistiques et impresarii de Belgique, ASBL contro Willy van Wesemael ed altri [1979] Racc, 35, 39
- 120/78 Rewe-Zentral AG contro Bundesmonopolverwaltung für Branntwein

- [1979] Racc, 649, 39, 49
- 113/80 Commissione delle Comunità Europee c Irlanda [1981] Racc, 1625, 50
- 155/80 Procedimento penale in materia di contravvenzioni a carico di Sergius Oebel [1981] Racc, 1993, 49
- 240/83 Procureur de la République contro Association de défense des brûleurs d'huiles usagées (ADBHU) [1985] Racc, 531, 42, 49
- 249/83 Vera Hoeckx contro Centre public d'aide sociale di Kalmthout [1983] Racc 973, 90
- 60/84-61/84 Cinéthèque SA ed altri contro Fédération nationale des cinémas français [1985] Racc, 2605, 42
- 39/86 Sylvie Lair contro Universität Hannover [1988] Racc I-3161, 90, 94
- 80/86 Causa penale a carico di Kolpinghuis Nijmegen BV [1987] Racc, 3969, 11
- 197/86 Steven Malcolm Brown v The Secretary of State for Scotland [1988] Racc I-3205, 94
- 222/86 Union nationale des entraîneurs et cadres techniques professionnels du football (Unectef) contro Georges Heylens e altri [1987] Racc, 4097, 42
- 252/86 Gabriel Bergandi contro Directeur général des impôts [1988] Racc, 1343, 39
- 5/88 Hubert Wachauf contro Repubblica Federale di Germania [1989] Racc 2609, 16
- C-260/89 SA Elleniki Radiofonia - Tileorasi (ERT) contro Dimotiki Eteria Pliroforisis e Salvatore Kuvelas [1991] Racc I-2925, 16, 17, 43, 84
- C-2/90 Commissione delle Comunità europee contro Regno del Belgio [1992] Racc I-4331, 50
- C-159/90 Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd contro Stephen Grogan e altri [1991] Racc I-4685, 43
- C-168/91 Christos Konstantinidis contro Stadt Altensteig, Standesamt e Landratsamt Calw, Ordnungsamt [1993] Racc I-1191, 82, 83
- C-268/91 Procedimento penale a carico di Bernard Keck e Daniel Mithouard [1993] Racc I-6097, 45
- C-19/92 Dieter Kraus contro Land Baden-Württemberg [1992] Racc I-1663, 39
- C-46/93-C-48/93 Brasserie du Pêcheur SA contro Bundesrepublik Deutschland e The Queen contro Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd e altri [1996] Racc I-1029, 32
- C-163/94 Procedimenti penali contro Lucas Emilio Sanz de Lera e altri [1992] Racc I-4821, 38
- C-194/94 CIA Security International SA contro Signalson SA e Securitel SPRL [1996] Racc I-2201, 12
- C-265/95 Commissione delle Comunità europee contro Repubblica francese [1997] Racc I-6959, 57
- C-368/95 Vereinigte Familienpress

- Zeitungsverlags- und
vertriebs GmbH contro
Heinrich Bauer Verlag
[1997] Racc I-3689, 43, 55,
108
- C-85/96 María Martínez Sala
contro Freistaat Bayern
[1998] Racc I-2691, 91, 92
- C-158/96 Raymond Kohll contro
Union des caisses de
maladie [1998] Racc
I-1931, 54, 108
- C-309/96 Daniele Annibaldi
contro Sindaco del
Comune di Guidonia e
Presidente Regione Lazio
[1997] Racc I-7493, 16, 17,
20
- C-292/97 Kjell Karlsson e a [2000]
Racc I-2737, 16, 18
- C-281/98 Roman Angonese contro
Cassa di Risparmio di
Bolzano SpA [2000] Racc
I-4139, 11
- C-368/98 Abdou Vanbraekel e
altri contro Alliance
nationale des mutualités
chrétiennes [2001] Racc
I-5363, 54, 108
- C-379/98 PreussenElektra AG
contro Schleswig AG,
con l'intervento di:
Windpark Reußenköge III
GmbH e Land
Schleswig-Holstein [2001]
Racc I-2099, 50, 51, 108,
109
- C-443/98 Unilever Italia SpA
contro Central Food SpA
[2000] Racc I-7535, 12
- T-13/99 Pfizer Animal Health SA
contro Consiglio
dell'Unione europea
[2002] Racc II-3301, 27
- C-157/99 BSM Smits, coniugata
Geraets, contro Stichting
Ziekenfonds VGZ e HTM
Peerbooms contro
Stichting CZ Groep
Zorgverzekeringen [2001]
Racc I-5473, 54
- C-184/99 Rudy Grzelczyk contro
Centre public d'aide
sociale d'Ottignies-
Louvain-la-Neuve [2001]
Racc I-6193, 73, 93
- C-385/99 VG Müller-Fauré contro
Onderlinge
Waarborgmaatschappij
OZ Zorgverzekeringen UA
e EEM van Riet contro
Onderlinge
Waarborgmaatschappij
ZAO Zorgverzekeringen
[2003] Racc I-4509, 54,
108
- C-60/00 Mary Carpenter contro
Secretary of State for the
Home Department [2002]
Racc I-6279, 44, 45, 107
- C-112/00 Eugen Schmidberger,
Internationale Transporte
und Planzüge contro
Republik Österreich
[2003] Racc I-5659, 49,
56-58, 108
- C-463/00 Commissione delle
Comunità europee contro
Regno di Spagna [2003]
Racc I-4581, 39
- C-36/02 Omega Spielhallen- und
Automatenaufstellungs-
GmbH contro
Oberbürgermeisterin der
Bundesstadt Bonn [2004]
Racc I-9609, 49, 58
- C-71/02 Herbert Karner
Industrie-Auktionen
GmbH contro Troostwijk
GmbH [2004] Racc I-3025,
45, 46, 107
- C-148/02 Garcia Avello c Stato
Belga [2003] Racc
I-11613, 85
- C-200/02 Kunqian Catherine Zhu
e Man Lavette Chen
contro Secretary of State
for the Home Department
[2004] Racc I-9925, 75
- C-456/02 Michel Trojani c Centre

- Public d'aide sociale de Bruxelles (CPAS) [2004] Racc I-7573, 93
- C-209/03 The Queen, *ex parte* di Dany Bidar contro London Borough of Ealing e Secretary of State for Education and Skills [2004] Racc I-2119, 94
- C-109/04 Karl Robert Kranemann contro Land Nordrhein-Westfale [2005] Racc I-2421, 52
- C-144/04 Werner Mangold contro Rüdiger Helm [2005] Racc I-9981, 11, 12, 28, 34
- C-372/04 The Queen, su richiesta di Yvonne Watts contro Bedford Primary Care Trust e Secretary of State for Health [2006] Racc I-4325, 54, 108
- C-406/04 Gérald De Cuyper contro Office national de l'emploi [2006] Racc I-6947, 95, 96
- C-192/05 K Tas-Hagen e R A Tas contro Raadskamer WUBO van de Pensioen-en Uitkeringsraad [2006] Racc I-10451, 96
- C-341/05 International Transport Workers' Federation e Finnish Seamen's Union contro Viking Line ABP e OÜ Viking Line Eesti [2007] Racc I-17676, 61, 63, 108
- C-385/05 Confédération générale du travail (CGT) e altri contro Premier ministre e Ministre de l'Emploi, de la Cohésion sociale et du Logement [2007] Racc I-611, 14
- C-402/05–C-415/05 Yassin Abdullah Kadi e Al Barakaat International Foundation contro Consiglio dell'Unione europea e Commissione delle Comunità europee [2008] Racc I-6351, 28, 35
- C-438/05 Laval un Partneri Ltd contro Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetsförbundet avdelning 1, Byggettan e Svenska Elektrikerförbundet [2007] Racc I-10779, 63, 64, 108
- C-244/06 Dynamic Medien Vertriebs GmbH contro Avides Media AG [2008] Racc I-505, 60, 61, 108
- C-353/06 Stefan Grunkin e Dorothee Regina Paul [2008] Racc I-7639, 86
- C-499/06 Halina Nerkowska contro Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Koszalinie [2008] Racc I-3993, 96
- C-555/07 Seda Küçükdeveci contro Swedex GmbH & Co KG [2010] Racc I-365, 11, 12, 19, 28, 34, 108
- C-73/08 Nicolas Bressol e a e Céline Chaverot e a contro Gouvernement de la Communauté française [2010] Racc I-2735, 54, 108
- C-135/08 Janko Rottman c Freistaat Bayern [2010] Racc I-1449, 76
- C-271/08 Commissione Europea c Repubblica Federale di Germania [2010] Racc I-7091, 67, 108
- C-34/09 Gerardo Ruiz Zambrano c Office national de l'emploi (ONEM) [2010] Racc I-1177, 77
- C-92/09–C-93/09 Volker und Markus Schecke GbR e Hartmut Eifert contro Land Hessen [2010] Racc I-11063, 28
- C-173/09 Georgi Ivanov Elchinov

- contro Natsionalna zdravnoosiguritelna kasa [2010] Racc I-8889, 54, 108
- C-208/09 Ilonka Sayn-Wittgenstein contro Landeshauptmann von Wien [2010] Racc I-13693, 49, 86, 87
- C-236/09 Association Belge des Consommateurs Test-Achats ASBL e altri contro Conseil des ministres [2011] Racc I-773, 35, 108
- C-279/09 DEB Deutsche Energiehandels- und Beratungsgesellschaft mbH contro Bundesrepublik Deutschland [2010] Racc I-13849, 24, 35, 108
- C-391/09 Malgożata Runevič-Vardin e Łucasz Paweł Wardyn c Vilniaus miesto savivaldybs administracija e altri [2011] Racc I-3787, 88
- C-434/09 Shirley McCarthy c Secretary of State for the Home Department [2011] Racc I-3375, 78
- C-457/09 Claude Chartry contro Stato belga [2011] Racc I-819, 19
- C-70/10 Scarlet Extended SA contro Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM) [2011] Racc I-11959, 47
- C-282/10 Maribel Dominguez contro Centre informatique du Centre Ouest Atlantique e Préfet de la région Centre [2012] non ancora pubblicata, 24
- C-400/10 J McB contro L E [2010] Racc I-8965 (PPU), 20
- C-571/10 Servet Kamberaj contro Istituto per l'Edilizia sociale della Provincia autonoma di Bolzano (IPES) e altri [2012] Raccolta digitale, 101
- C-617/10 Åklagaren contro Hans Åkerberg Fransson [2013] non ancora pubblicata, 20
- C-40/11 Yoshikazu Iida contro Stadt Ulm [2012] non ancora pubblicata, 19, 20, 80
- C-256/11 Murat Dereci e altri contro Bundesministerium für Inneres [2011] Racc I-11315, 78, 79, 102, 106
- C-523/11, C-585/11 Laurence Prinz contro Region Hannover (C-523/11) e Philipp Seeberger contro Studentenwerk Heidelberg (C-585/11) [2013] non ancora pubblicata, 100
- C-86/12 Adzo Domenyo Alokpa e altri contro Ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Immigration [2013] non ancora pubblicata, 80, 102
- C-87/12 Kreshnik Ymeraga e altri contro Ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Immigration [2013] non ancora pubblicata, 79, 102
- C-140/12 Pensionsversicherungsanstalt contro Peter Brey [2013] non ancora pubblicata, 97
- C-176/12 Association de médiation sociale contro Union locale des syndicats CGT, Hichem Laboubi, Union départementale CGT des Bouches-du-Rhône e Confédération générale du travail [2014] non ancora pubblicata, 14, 15, 21, 24, 25, 30, 105
- C-220/12 Andreas Ingemar Thiele Meneses contro Region Hannover [2013] non

- ancora pubblicata, 100
- C-390/12 Causa promossa da Robert Pflieger e altri [2014] non ancora pubblicata, 47, 52
- C-457/12 S contro Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel e Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel contro G [2014] non ancora pubblicata, 47, 48, 107
- C-537/12 Ålands Vindkraft AB contro Energimyndigheten [2014] non ancora pubblicata, 51, 108, 109
- C-206/13 Cruciano Siragusa contro Regione Sicilia - Soprintendenza Beni Culturali e Ambientali di Palermo [2014] non ancora pubblicata, 21
- C-316/13 Gérard Fenoll contro Centre d'aide par le travail «La Jouvène» et Association de parents e d'amis de personnes handicapées mentales (APEI) d'Avignon [2015] non ancora pubblicata, 15, 105
- C-333/13 Elisabeta Dano e Florin Dano contro Jobcenter Leipzig [2014] non ancora pubblicata, 21, 97, 98
- C-549/13 Bundesdruckerei GmbH c Stadt Dortmund [2014] non ancora pubblicata, 67, 68, 108
- C-117/14 Grima Janet Nisttahuz Poclava contro Jose María Ariza Toledano [2015] non ancora pubblicata, 22
- C-11-12/06 Rhiannon Morgan contro Bezirksregierung Köln (C-11/06) e Iris Bucher contro Landrat des Kreises Düren (C-12/06) [2008] Racc I-9161, 96
- C-22-23/08 Athanasios Vatsouras (C-22/08) e Josif Koupatantze (C-23/08) contro Arbeitsgemeinschaft (ARGE) Nürnberg 900 [2009] Racc I-4585, 96, 97, 102

Bibliografia

- Arestis G, *Fundamental rights in the EU: three years after Lisbon, the Luxembourg perspective* (Research Paper 2, College of Europe 2013) (<https://www.coleurope.eu/website/study/european-legal-studies/research-activities>).
- Arnulf A, 'Gambling with Competition in Europe's Internal Market' (2009) 30 *European Competition Law Review* 440.
- Augenstein D, 'Disagreement - Commonality - Autonomy: E.U. Fundamental Rights in the Internal Market' (2012-2013) 15 *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 1.
- Avbelj M, *European Court of Justice and the Question of Value Choices. Fundamental Human Rights as an Exception to the Freedom of Movement of Goods* (Working Papers 06, Jean Monnet 2004) (<http://www.jeanmonnetprogram.org/archive/papers/04/040601.pdf>).
- Barbera M, 'Il principio di eguaglianza nel sistema europeo multilivello' in Paciotti E (cur.), *I diritti fondamentali in Europa* (Viella 2011).
- Barnard C, '*Viking* and *Laval*: An Introduction' (2007-2008) 10 *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 463.
- *The Substantive Law of the E.U.* (3rd edition, Oxford University Press 2010).
- 'A Question of Conflict of Interests', in Vries S de, Bernitz U e Weatherill S (cur.), *The Protection of Fundamental Rights in the E.U. after Lisbon* (Hart Publishing 2013).
- Bengoetxea J, 'Principia and Teloi' in Besson S e Pichonnaz P (cur.), *Les principes en droit européen* (Schultess 2011).
- Bercusson B, 'E.U. Citizenship and Fundamental Social Rights. Community Law - European Law - National Law' in Rodière P (cur.), *La Citoyenneté européenne face au droit social et droit du travail* (Série de Publications de l'Académie de Droit Européen de Trèves, Bundesanzeiger 1997) vol. 14.
- Besson S, 'General Principles in International Law - Whose Principles?' in Besson S e Pichonnaz P (cur.), *Les principes en droit européen* (Schultess 2011).
- Bifulco R, Cartabia M e Celotto A (cur.), *L'Europa dei diritti* (ilMulino 2001).
- Blanke H.-J, 'The Protection of Fundamental Rights in Europe' in Blanke H.-J e Mangiameli S (cur.), *The E.U. after Lisbon. Constitutional basis, economic order and external action* (Springer 2012).
- Bobbio N, *L'età dei diritti* (Einaudi 1997).
- Bourgogue-Larsen L, 'Article II-11' in Bourgogue-Larsen L, Laude A e Picod F (cur.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Commentaire article par article* (Bruylant 2005) vol. II.
- Braybant G, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne. Témoignages et commentaires* (Éditions du Seuil 2001).

- Brink MJ van der, 'E.U. Citizenship and E.U. Fundamental Rights: Taking E.U. Citizenship Rights Seriously?' (2012) 39(2) *Legal issues of economic integration* 273.
- Búrca G de, 'The drafting of the European Union Charter of fundamental rights' (2001) 26 *European Law Review* 126.
- Cabral P, 'The internal market and the right to cross-border medical care' (2004) 29(5) *European Law Review* 673.
- Carbone SM, Luzzatto R e Santa Maria A (cur.), *Istituzioni di diritto internazionale* (Terza edizione, Giappichelli 2006).
- Cartabia M, 'Articolo 51' in Bifulco R, Cartabia M e Celotto A (cur.), *L'Europa dei diritti* (ilMulino 2001).
- Caruso B, 'I diritti sociali fondamentali nell'ordinamento costituzionale europeo' in Caruso B e Sciarra S (cur.), *Il lavoro subordinato* (Trattato di Diritto Privato dell'Unione Europea, Giappichelli 2009).
- Cassese A, *International Law* (Oxford University Press 2001).
- Condinanzi M, Lang A e Nascimbene B, *Cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persone* (Giuffrè editore 2006).
- Conforti B, *Diritto internazionale* (Nona edizione, Editoriale Scientifica 2013).
- Coppel J e O'Neill A, 'The European Court of Justice: Taking Rights Seriously?' (1992) 29(4) *Common Market Law Review* 669.
- Costanzo P, 'Il riconoscimento e la tutela dei diritti fondamentali' in Costanzo P, Mezzetti L e Ruggeri A (cur.), *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione Europea* (Giappichelli 2008).
- Craig P, *The Lisbon Treaty. Law, Politics and Treaty Reform* (Oxford University Press 2010).
- Craig P e De Búrca G, *E.U. Law. Text, Cases, Materials* (5th, Oxford University Press 2011).
- Da Cunha Rodrigues JN, 'A propos European Citizenship: The Right to Move and Reside Freely' in Cardonnel P, Rosas A e Wahl N (cur.), *Constitutionalising the E.U. Judicial System* (Hart 2012).
- Damjanovic D, 'The E.U. market rules as social market rules: why the E.U. can be a social market economy' (2013) 50(6) *Common Market Law Review* 1685.
- Daniele L, 'Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea e Trattato di Lisbona' [2008] (4) *Il Diritto dell'Unione Europea* 655.
- Davies G, 'Welfare as a Service' (2002) 29(1) *Legal Issues of Economic Integration* 27.
- De Búrca G e De Witte B (cur.), *Social Rights in Europe* (Oxford University Press 2005).
- De Mol M, 'Küçükdeveci: Mangold revisited - Horizontal Direct Effect of a General Principle of E.U. law' (2010) 6(2) *European Constitutional Law Review* 293.
- 'Dominguez: a deafening silence' (2012) 8(2) *European Constitutional Law Review* 280.
- De Schutter O, 'Les droits fondamentaux dans le projet européen. Des limites à l'action des institutions à une politique des droits fondamentaux' in De Schutter O e Nihoul P (cur.), *Une Constitution pour l'Europe: réflexions sur les transformations du droit de l'Union Européenne* (Larcier 2004).
- De Vries S, 'Balancing Fundamental Rights with Economic Freedoms According to the European Court of Justice' (2013) 9(1) *Utrecht Law Review* 169.

- ‘The Protection of Fundamental Rights within Europe’s Internal Market’, in Vries S de, Bernitz U e Weatherill S (cur.), *The Protection of Fundamental Rights in the E.U. After Lisbon* (Hart Publishing 2013).
- Deakin S e Browne J, ‘Social Rights and Market Order: Adapting the Capability Approach’ in Hervey TK e Kenner J (cur.), *Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights : a Legal Perspective* (Hart 2003).
- Del Punta R, ‘I diritti sociali come diritti fondamentali: riflessioni sulla Carta di Nizza’ in Vettori G (cur.), *Carta Europea e Diritti dei Privati* (CEDAM 2002).
- d’Oliveira J, ‘Union Citizenship: Pie in the Sky?’ in Rosas A e Antola E (cur.), *A Citizens’ Europe* (Sage 1995).
- Dougan M, ‘When worlds collide! Competing visions of the relationship between direct effect and supremacy’ (2007) 44(4) *Common Market Law Review* 931.
- Douglas Scott S, ‘The European Union and Human Rights after the Treaty of Lisbon’ (2011) 11(4) *Human Rights Law Review* 645.
- Eide A, Krause K e Rosas A (cur.), *Economic, Social and Cultural Rights* (Seconda edizione, Kluwer Law International 2001).
- Epiney A, ‘The scope of Article 12 EC: Some Remarks on the Influence of European Citizenship’ (2007) 13(5) *European Law Journal* 611.
- Everson M, ‘A Very Cosmopolitan Citizenship: But Who Pays the Price?’ in Dougan M, Shuibhne NN e Spaventa E (cur.), *Empowerment and Disempowerment of the European Citizen*. (Modern Studies in European Law, Hart 2012).
- Gaja G, ‘Principi del diritto (diritto internazionale)’ in *Enciclopedia del Diritto* (Giuffrè 1986) vol. XXXV.
- Gerards J, ‘Fundamental Rights and Other Interests - Should It Really Make a Difference?’ in Brems E (cur.), *Conflicts between Fundamental Rights* (Intersentia 2008).
- Gianfrancesco E, ‘The Charter of Fundamental Rights as a Source of Law’ in Blanke HJ e Mangiameli S (cur.), *The European Union after Lisbon* (Springer 2012).
- Gormley LW, ‘Silver Threads Among the Gold...50 Years of Free Movement of Goods’ (2007) 31(6) *Fordham International Law Journal* 1637.
- Hailbronner K, ‘Union Citizenship and Access to Social Benefits’ (2005) 42 *Common Market Law Review* 1245.
- ‘Union Citizenship and Social Rights’, in Carlier JY e Guild E (cur.), *L’avenir de la libre circulation des personnes dans l’U.E.* (Collection du Centre des Droits de l’Homme de l’Université Catholique de Louvain, Bruylant 2006) vol. 2.
- Hancher L e Sauter W, ‘One Step Beyond? From *Sodemare* to *DocMorris*: the E.U.’s Freedom of Establishment Case Law concerning Healthcare’ (2010) 47 *Common Market Law Review* 117.
- Heliskoski J, ‘Fundamental Rights versus Economic Freedoms in the European Union: Which Paradigm?’ in Pettman J e Klabbers JAM (cur.), *Nordic Cosmopolitanism: Essays in International Law for Maarti Koskenniemi* (Nijhoff 2003).
- Hesselink MW, ‘The horizontal effect of social rights in European Contract Law’ [2003] (1) *Europa e diritto privato* 1.

- Hilson C, 'Rights and Principles in E.U. Law: a Distinction without Foundation?' (2008) 15(2) *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 193.
- 'Horizontal direct effect. A Law of diminishing coherence' (206) 43(1) *Common Market Law Review* 1.
- Iglesias Sánchez S, 'The Court and the Charter: the impact of the entry into force of the Lisbon Treaty on the ECJ's approach to fundamental rights' (2012) 49(5) *Common Market Law Review* 1565.
- Iliopoulou Penot A, 'The Transnational Character of Union Citizenship' in Dougan M, Shiubne NN e Spaventa E (cur.), *Empowerment and Disempowerment of the European Citizen* (Hart Publishing 2012).
- Jacobs FG, 'Human Rights in the European Union: the role of the Court of Justice' (2001) 26(3) *European Law Review* 331.
- 'Citizenship of the European Union - A Legal Analysis' (2007) 13(5) *European Law Journal* 591.
- Kaila H, 'The Scope of Application of the Charter of Fundamental Rights of the European Union in the Member States' in Cardonnel P, Rosas A e Wahl N (cur.), *Constitutionalising the E.U. Judicial System* (Hart 2012).
- Kartashkin, 'Economic, Social and Cultural Rights' in Vasak K (cur.), *The International Dimension of Human Rights* (Greenwood Press 1982) vol. 1 (unesdoc.unesco.org/images/0005/000562/056230Eo.pdf).
- Kenner J, 'Citizenship and Fundamental Rights: Reshaping the European Social Model' in Kenner J (cur.), *Trends in European Social Policy. Essays in memory of Malcolm Mead* (Dartmouth 1995).
- 'Economic and Social Rights in the E.U. Legal Order: The Mirage of Indivisibility', in Hervey TK e Kenner J (cur.), *Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights : a Legal Perspective* (Hart 2003).
- Kochenov D, 'A real European Citizenship: a new jurisdi test: a novel chapter in the development of the Union in Europe' (2011) 18 *Columbia Journal of European Law* 55.
- Kokott J e Sobotta C, *The Charter of Fundamental Rights of the European Union after Lisbon* (Working Papers 6, EUI 2010) (http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/15208/AEL_WP_2010_06.pdf?sequence=3).
- Kostakopoulou D, 'European Union Citizenship: Writing the Future' (2007) 13(5) *European Law Review* 623.
- Krzeminska-Vamvaka J, *Horizontal effect of fundamental rights and freedoms – much ado about nothing? German, Polish and EU theories compared after Viking Line* (Working Papers 11, Jean Monnet 2009) (<http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/09/091101.html>).
- Lansbergen A e Miller N, 'European Citizenship in Internal Situations: An Ambiguous Revolution? Decision of 8 March 2011, Case C-34/09 Gerardo Ruiz Zambrano v. Office national de l'emploi' (2011) 7 *European Constitutional Law Review* 287.
- Lenaerts K, 'La Solidarité ou le Chapitre IV de la Charte des Droits Fondamentaux de l'Union Européenne' (2010) 82(21) *Revue trimestrelle des Droits de l'Homme* 217.
- 'E.U. Citizenship and the Social Solidarity Link', in Foblets MC, Hildebrandt M e Steenbergen J (cur.), *Liber Amicorum René Foqué* (Larcier 2011).

- ‘Civis Europaeus Sum’: From the Cross-border Link to the Status of Citizen of the Union’, in Cardonnel P, Rosas A e Wahl N (cur.), *Constitutionalising the E.U. Judicial System. Essays in Honour of Pernilla Lindh* (Hart 2012).
- ‘Exploring the Limits of the EU Charter of Fundamental Rights’ (2012) 8(3) *European Constitutional Law Review* 375.
- Lenaerts K e Foubert P, ‘Social Rights in the Case-Law of the European Court of Justice’ (2001) 28(3) *Legal Issues of Economic Integration* 267.
- Lenaerts K e Gutiérrez-Fons JA, ‘The Constitutional Allocation of Powers and General Principles of E.U. Law’ (2010) 47(6) *Common Market Law Review* 1629.
- Lord Goldsmith QC, ‘A Charter of Rights, Freedoms and Principles’ (2001) 38 *Common Market Law Review* 1201.
- Luzzatto R, ‘Il diritto internazionale generale e le sue fonti’ in Carbone SM, Luzzatto R e Santa Maria A (cur.), *Istituzioni di diritto internazionale* (Terza edizione, Giappichelli 2006).
- Mak C, ‘Fundamental Rights in European Contract Law’ (tesi di dott., Università di Amsterdam 2007) (<http://dare.uva.nl/document/51397>).
- Marshall TH, *Cittadinanza e classe sociale* (Laterza 2002).
- Mattera Ricigliano A, *Il mercato unico europeo. Norme e funzionamento* (UTET 1990).
- Mengozzi P, ‘Zambrano, An Unexpected Ruling’ in Cardonnel P, Rosas A e Wahl N (cur.), *Constitutionalising the E.U. Judicial System* (Hart 2012).
- Molinier J, ‘Principes généraux’ in *Répertoire du droit communautaire* (Seconda edizione, Dalloz 2004).
- Morviducci C, *I diritti dei cittadini europei* (G Giappichelli 2014).
- Nicolaou G, *The Strasbourg View on the Charter of Fundamental Rights* (Research Paper in Law 3, College of Europe 2013) (https://www.coleurope.eu/sites/default/files/uploads/news/researchpaper_3.2013_nicolaou_lawpol_final.pdf).
- Nino M, ‘The Regulation of Gambling and Games of Chance in the European Union: Problems and Perspectives’ [2012] (4) *Il Diritto dell’Unione Europea* 749.
- Novitz T, ‘A Human Rights Analysis of the *Viking* and *Laval* Judgments’ (2007-2008) 10 *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 541.
- O’Leary S, ‘The Charter and the future contours of E.U. Social and Employment Law’ in Cardonnel P, Rosas A e Wahl N (cur.), *Constitutionalising the EU Judicial System. Essays in Honour of Pernilla Lindh* (Hart Publishing 2012).
- Paciotti E (cur.), *I diritti fondamentali in Europa* (Viella 2011).
- Paladin L, *Diritto Costituzionale* (terza ed., CEDAM 1998).
- Pezzini B, *La decisione sui diritti sociali. Indagine sulla struttura costituzionale dei diritti sociali* (Giuffrè 2001).
- Poiars Maduro M, ‘The Double Constitutional Life of the Charter of Fundamental Rights of the European Union’ in Harvey TK e Kenner J (cur.), *Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights: a Legal Perspective* (Hart 2003).
- Pollicino O e Sciarabba V, ‘La Carta di Nizza oggi, tra ‘sdoganamento giurisprudenziale’ e Trattato di Lisbona’ [2008] *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo* 101.
- Prechal S, ‘Rights vs Principles, or how to remove Fundamental Rights from the Jurisdiction of the Courts’ in Dezwann JW, Jans J e Kellerman A (cur.),

- The European Union, an ongoing Process of Integration* (TMC Asser Press 2004).
- Prechal S, 'Fundamental Rights and the Liberalization of Service Markets' in Gronden JW van der (cur.), *E.U. and W.T.O. Law on Services: Limits to the Realization of General Interest Policy within the Service Market?* (Kluwer Law International 2009).
- Romanelli Grimaldi C, 'Cittadinanza' in *Enciclopedia Giuridica* (Treccani 2010).
- Romeo G, *Civil rights v. social rights nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: c'è un giudice a Strasburgo per i diritti sociali?* (Note e commenti, Osservatorio sul rispetto dei diritti fondamentali in Europa 2012) (<http://www.europeanrights.eu/public/commenti/ROMEO.pdf>).
- Rosas A e Amati L, *E.U. Constitutional Law* (Seconda edizione, Hart Publishing 2012).
- Rosas A e Kaila H, 'L'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne par la Cour de justice: un premier bilan' (2011) 16(1) *Il Diritto dell'Unione Europea* 1.
- Rossi LS, 'How Fundamental are Fundamental Principles? Primacy and Fundamental Rights after Lisbon' (2008) 27 *Yearbook of European Law* 65.
- Salerno F, 'Principi generali di diritto (diritto internazionale)' in *Digesto* (UTET 1996) vol. XI.
- Scheinin M, 'Economic and Social Rights as Legal Rights' in Eide A, Krause K e Rosas A (cur.), *Economic, Social and Cultural Rights* (Seconda edizione, Kluwer Law International 2001).
- Schiek D, 'Re-embedding economic and social constitutionalism: normative perspectives from the E.U.' in Schiek D, Liebert U e Schneider H (cur.), *European Economic and Social Constitutionalism after the Treaty of Lisbon* (Cambridge University Press 2011).
- Scott J, 'Mandatory or Imperative Requirements in the EU and the WTO' in Barnard C e Scott J (cur.), *The Law of the Single European Market. Unpacking the Premises* (Hart Publishing 2002).
- Sharpstone E, 'Citizenship and Fundamental Rights. Pandora's Box or a Natural Step towards Maturity' in Cardonnel P, Rosas A e Wahl N (cur.), *Constitutionalising the E.U. Judicial System. Essays in Honour of Pernilla Lindh* (Hart Publishing 2012).
- Shuibne NN, 'The Resilience of E.U. Market Citizenship' (2010) 47 *Common Market Law Review* 1597.
- Skouris V, 'Fundamental Rights and Fundamental Freedoms: The Challenge of Striking a Delicate Balance' (2006) 17(2) *European Business Law Review* 225.
- Snell J, 'The Legitimacy of Free Movement Case Law' in Adams M et al. (cur.), *Judging Europe's Judges: The Legitimacy of the Case Law of the European Court of Justice* (Hart Publishing 2013).
- Spaventa E, 'Seeing the wood despite the trees? On the scope of Union citizenship and its constitutional effects' (2008) 45 *Common Market Law Review* 13.
- Stone Sweet A (cur.), *The judicial construction of Europe* (OUP 2004).
- Stone Sweet A e McCown M, 'The Free Movement of Goods' in Stone Sweet A (cur.), *The judicial construction of Europe* (OUP 2004).
- Strozzi G, 'Il sistema integrato di tutela dei diritti fondamentali dopo Lisbona: attualità e prospettive' [2011] (4) *Il Diritto dell'Unione Europea* 837.

- Tesauro G, *Diritto dell'Unione Europea* (Sesta edizione, CEDAM 2010).
- 'The scope of application of the general principles of Union law: An ever expanding Union?' (2010) 47(6) *Common Market Law Review* 1589.
- Tridimas T, 'Black, White and Shades of Grey' (2001) 21(1) *Yearbook of European Law* 327.
- *The General Principles of E.U. Law* (Seconda edizione, Oxford University Press 2006).
- 'Horizontal Effect of General Principles: Bold Rulings and Fine Distinctions', in Bernitz U, Groussot X e Schulyok F (cur.), *General principles of EU law and European private law* (Wolters Kluwer 2013).
- 'Two-speed European Citizenship? Can the Lisbon Treaty help close the gap?' (2008) 45 *Common Market Law Review* 1.
- Van Elsuwege P, 'European Union Citizenship and the Purely Internal Rule Revisited. Decision of 5 May 2011, Case C-434/09 Shirley McCarthy v. Secretary of State for the Home Department' (2011) 7 *European Constitutional Law Review* 308.
- Vasak K, 'A 30-year struggle. The sustained efforts to give force of law to the Universal Declaration of Human Rights' [1977] *The UNESCO courier* 29.
- Verschuere H, 'Preventing Benefit Tourism in the E.U.: a Narrow or Broad Interpretation of the Possibilities offered by the E.C.J. in *Dano*?' (2015) 52(2) *Common Market Law Review* 363.
- Vettori G, 'Carta europea e diritti dei privati. Diritti e doveri nel nuovo sistema delle fonti' in Vettori G (cur.), *Carta Europea e Diritti dei Privati* (CEDAM 2002).
- Villani U, 'I diritti fondamentali tra Carta di Nizza, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e progetto di Costituzione europea' [2004] (1) *Il Diritto dell'Unione Europea* 73.
- Vitorino A, 'The Charter of Fundamental Rights as a foundation for the area of freedom, security and justice' (XXII Lasok Lecture, 19 maggio 2000, University of Exeter) (www.edisk.sk).
- Vries S de, Bernitz U e Weatherill S (cur.), *The Protection of Fundamental Rights in the E.U. after Lisbon* (Hart Publishing 2013).
- Vries S de e Mastrigt R van, 'The Horizontal Direct Effect of the Four Freedoms: from a Hodgepodge of Cases to a Seamless Web of Judicial Protection in the EU Single Market?' in Bernitz U, Groussot X e Schulyok F (cur.), *General principles of EU law and European private law* (Wolters Kluwer 2013).
- Weatherill S, 'From Economic Rights to Fundamental Rights' in Vries S de, Bernitz U e Weatherill S (cur.), *The Protection of Fundamental Rights in the E.U. after Lisbon* (Hart Publishing 2013).
- 'The Court's Case Law on the Internal Market: 'A Circumloquacious Statement of the Result, Rather than a Reason for Arriving at It'?', in Adams M et al. (cur.), *Judging Europe's Judges: The Legitimacy of the Case Law of the European Court of Justice* (Hart Publishing 2013).
- Weiler JHH, 'Citizenship and Human Rights' in Winter JA (cur.), *Reforming the Treaty on European Union* (Kluwer Law International 1996).
- Weiler JHH e Lockhart JS, '"Taking Rights Seriously" Seriously: The European Court of Justice and its Fundamental Rights Jurisprudence –Part II' (1995) 32(2) *Common Market Law Review* 579.
- Wiesbrock, 'Disentangling the "Union Citizenship Puzzle"? The *McCarthy* Case' (2011) 36 *European Law Review* 861.

-
- Witte B de, 'The trajectory of fundamental social rights in the European Union' in Búrca G de e Witte B de (cur.), *Social Rights in Europe* (OUP 2005).
- Wollenschläger F, 'A New Fundamental Freedom beyond Market Integration: Union Citizenship and its Dynamics for Shifting the Economic Paradigm of European Integration' (2011) 17(1) *European Law Journal* 1.