

Il diritto non scritto nell'accertamento dei diritti fondamentali dopo la riforma di Lisbona

Chiara Amalfitano, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università Statale di Milano

The article analyses the role of the EU general principles on the protection of fundamental rights within the European Union after the entry into force of the Lisbon Treaty, which recognized to the Charter of fundamental rights the same legal value as the Treaties. The analysis is divided into two sections. The first one (paragraphs IV-IX) focuses on the reasons why whereby the Court of Justice still invokes unwritten law in assessing fundamental rights of individuals. To that effect, it examines the case-law after December 1st 2009 which uses, or might use, as criterion of interpretation and/or legality, the provisions of the Charter which reproduce or crystallise a general principle. The second section (paragraphs X-XV) focuses on the functions that general principles might or must have today "beside" or "beyond" the Charter, because a written legal provision cannot apply "directly" as such. In these cases, the general principle concerned does not necessarily have a corresponding provision in the Charter. Similarly its interpretation and application do not necessarily evolve in parallel with the Charter provisions. Indeed, according to Article 6(3) TEU, these principles may also, or only, have independent significance and an autonomous "legal life", not linked to the Charter. Through this analysis, the Author tries to demonstrate the fundamental role that EU general principles still have within the Union. This role is particularly (but not exclusively) marked when they emphasize the specificities characterizing the EU legal system, and thus contribute to ensure its autonomy.

SOMMARIO:

I. Il sistema attuale di tutela dei diritti fondamentali nell'Unione europea. - II. (Segue). Il rapporto tra par. 1 e par. 3 dell'art. 6 TUE: quale coordinamento tra Carta dei diritti fondamentali e principi generali di diritto inerenti ai diritti fondamentali? - III. La giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea ed il ruolo della fonte non scritta dopo il trattato di Lisbona: sostanziale continuità dell'approccio interpretativo ed applicativo. - IV. La fungibilità di Carta e principi generali. - V. (Segue). L'impiego di Carta e principi generali per accertare i diritti fondamentali. - VI. (Segue). L'impiego della sola Carta. - VII. (Segue). L'impiego dei soli principi generali. - VIII. (Segue). L'atteggiamento di self-restraint della Corte. - IX. Le possibili interpretazioni estensive/evolutive della (o alla luce della) fonte scritta e di quella non scritta. - X. Il ruolo dei principi generali di diritto "accanto alla" ed "oltre la" Carta. - XI. L'operatività dei principi generali quando la Carta non è applicabile *ratione temporis*. - XII. La funzione suppletiva e complementare dei principi generali nei casi in cui la Carta non può trovare applicazione *ratione personae*. - XIII. (Segue). E nei casi in cui potrebbe non trovare applicazione rispetto ad alcuni Stati membri. - XIV. La funzione supplementare e integrativa dei principi generali: lo sviluppo dell'acquis dell'Unione. - XV. La funzione conservativa dei principi generali a garanzia delle specificità dell'ordinamento dell'Unione. - NOTE

I. Il sistema attuale di tutela dei diritti fondamentali nell'Unione europea.

La fonte di diritto non scritta per eccellenza dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea è costituita dai principi generali di diritto [1].

Con riguardo ai diritti fondamentali dell'individuo, tali principi – elaborati nel corso dei decenni dalla giurisprudenza della Corte di giustizia [2] – sono stati codificati, e in parte cristallizzati [3], in un catalogo scritto, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea cui – come noto – il Trattato di Lisbona ha conferito carattere giuridico obbligatorio pari a quello dei trattati (art. 6, par. 1, TUE) [4].

L'acquisizione di tale natura vincolante è unanimemente considerata un passaggio qualitativo essenziale, un vero e proprio spartiacque nel processo di integrazione europea, perché la tutela dei diritti fondamentali è posta definitivamente al centro del sistema giuridico dell'Unione [5], rappresentandone il valore identitario che diventa "parametro scritto di costituzionalità": parametro di legittimità, oltre che di interpretazione, che vincola, insieme con il giudice dell'Unione (e ancora prima), le istituzioni, gli organi e gli organismi dell'Unione, nonché gli Stati membri nei limiti in cui attuano il diritto dell'Unione, come specificato dall'art. 51, par. 1, Carta.

Si tratta di un passaggio indubbiamente rilevante dal punto di vista (almeno) della visibilità dei diritti tutelati, visibilità che, del resto, è una delle finalità perseguite con l'elaborazione della Carta dei diritti fondamentali [6]. E questo passaggio, insieme con la conseguente maggior visibilità dei diritti, è confermato dalla nuova formulazione del par. (oggi) 3 dell'art. 6 TUE. Se, infatti, nella versione pre-Lisbona, il corrispondente par. 2 dell'art. 6 TUE sanciva l'obbligo per l'Unione di rispettare i diritti fondamentali dell'individuo, quali garantiti dalla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (nel prosieguo: CEDU) e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, «in quanto principi generali del diritto comunitario», oggi la disposizione richiamata dispone che *i diritti fondamentali*, garantiti dalla CEDU e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, «fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali» (corsivo aggiunto): tale intervento modificativo del "costituente" non può considerarsi una mera revisione "estetica" della previsione pattizia, bensì, come è stato efficacemente rilevato in dottrina, un cambiamento che assicura "un più saldo ancoraggio dei diritti fondamentali nel sistema dell'Unione" [7], definitivamente (*rectius*, più chiaramente) riconoscendone (anche in un'ottica formale di sistematica delle fonti) il rango primario [8].

Una riprova della centralità dei diritti fondamentali nell'ordinamento dell'Unione è data, quindi, dall'art. 6, par. 2, TUE che, come noto, dispone l'adesione dell'Unione europea alla CEDU [9]. E l'attuale stallo nel processo di negoziazione dell'accordo di adesione [10], dopo il parere negativo della Corte di giustizia [11], è presupposto non indifferente rispetto al tema in esame: le previsioni della CEDU infatti non sono (ancora) fonte scritta direttamente vincolante l'Unione e i suoi Stati membri in quanto (anche) Stati dell'Unione (e non solo Parti contraenti, singolarmente, la CEDU), ma continuano a

rilevare nell'ordinamento dell'Unione come fonte esogena, eteronoma, ivi avendo ingresso soltanto per il tramite (i) della Carta, ovvero attraverso la clausola di omogeneità di cui al suo art. 52, par. 3 [12], o (ii) dell'attività interpretativa e creativa della Corte di giustizia [13], in quanto principi generali di diritto (ex art. 6, par. 3, TUE) e, pertanto, come fonte non scritta [14].

II. (Segue). Il rapporto tra par. 1 e par. 3 dell'art. 6 TUE: quale coordinamento tra Carta dei diritti fondamentali e principi generali di diritto inerenti ai diritti fondamentali?

A fronte di tale panorama normativo, con due strumenti vincolanti di tutela dei diritti fondamentali, uno scritto – la Carta, che riafferma i principi generali di diritto enucleati dalla Corte di giustizia, come ci ricorda (innanzitutto) il suo stesso preambolo [15], – e uno non scritto – i principi generali di diritto inerenti ai diritti fondamentali – non ci si può non interrogare su quale sia il coordinamento tra le due fonti e quale sia, dunque, il ruolo che (dopo il 1° dicembre 2009, ancora) rivestono questi ultimi nella giurisprudenza di Lussemburgo, ovvero in che modo essa impieghi (possa impiegare o debba impiegare, come si vedrà, a seconda dei casi) il diritto non scritto nell'accertamento, appunto, dei diritti fondamentali.

L'unico elemento testuale che potrebbe aiutare a rispondere a siffatti quesiti è la circostanza che il nuovo art. 6 TUE menziona, come visto, prima la Carta, al suo par. 1, e poi i principi generali di diritto, al suo par. 3. Tale dato letterale non è, tuttavia, sufficiente per sostenere che la prima fonte ha (o deve avere) una rilevanza superiore, *rectius* prioritaria, rispetto alla seconda [16]. E, del resto, questa impostazione non trova conferma neppure in un'analisi puntuale e sistematica della giurisprudenza della Corte di giustizia, la sola che ci consente di dare una risposta, se non certa in termini assoluti (come subito si vedrà, la certezza del diritto è ben lontana dall'essere soddisfatta nel contesto in esame), almeno fondata sulla prassi preponderante seguita dal giudice di Lussemburgo [17].

Prima di esaminare tale prassi, occorre però evidenziare come l'assenza di coordinamento esplicito e diretto tra le due fonti sia del tutto peculiare, se non addirittura paradossale rispetto ad una (seconda, oltre alla visibilità dei diritti) finalità sottesa all'elaborazione della Carta, ovvero quella di assicurare (appunto) la certezza del diritto. Ciò, in particolare, in considerazione del fatto che i due strumenti, le due categorie di fonti hanno (i) la stessa natura giuridica e rango primario [18], (ii) le stesse fonti di ispirazione (*in primis*, benché non solo, come si vedrà [19], la CEDU e le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri) e (iii) lo stesso ambito di applicazione [20], essendo entrambe le fonti «the shadow of substantive EU rule» [21], da rispettare, pertanto, (solo) se e ogni volta in cui «rileva» il diritto dell'Unione. E con riguardo a quest'ultimo profilo è interessante notare come la Corte di giustizia abbia impiegato la giurisprudenza sull'ambito di applicazione dei principi generali di diritto per definire l'ambito applicativo della Carta ai sensi del suo art. 51, par. 1 [22]; ed altrimenti non avrebbe potuto essere, come osservato dalla più attenta dottrina, un'impostazione regressiva – ovvero che riducesse la sfera applicativa della Carta rispetto a quella dei corrispondenti principi generali da essa riaffermati – richiedendo una formulazione meno ambigua del citato art. 51, par. 1 [23], e comunque difficilmente potendosi giustificare nella prospettiva di elaborazione di un catalogo scritto di diritti per rafforzarne la tutela all'interno dell'Unione.

III. La giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea ed il ruolo della fonte non scritta dopo il trattato di Lisbona: sostanziale continuità dell'approccio interpretativo ed applicativo.

Il menzionato difetto di coordinamento tra le due fonti, scritta e non scritta, costituisce, come detto, un (primo) deficit paradossale di certezza, deficit confermato anche – in modo altrettanto poco ragionevole – dalla formulazione di molte disposizioni della Carta, specie, ma non solo, delle sue clausole c.d. orizzontali, e così dall'attività ermeneutica della Corte di giustizia. Infatti, benché essa, dopo Lisbona [24] sia formalmente vincolata al dato scritto, nei fatti continua a interpretare ed applicare con grande elasticità le previsioni della Carta (sia quelle che sanciscono diritti o principi, sia le richiamate clausole orizzontali [25]), contrariamente a o, comunque, diversamente da quanto ci si sarebbe potuti attendere, in considerazione appunto del fatto che essa ha ormai a che fare con una fonte vincolante scritta di tutela dei diritti fondamentali [26].

L'esame della giurisprudenza della Corte successiva all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona mostra, perciò, una sostanziale continuità e non reale cambiamento dell'approccio con cui il giudice dell'Unione accerta i diritti fondamentali, ovvero (i) ne rileva l'esistenza e (ii) ne definisce la portata e il contenuto, circoscrivendone i contorni.

La Corte continua a seguire un metodo ermeneutico di stampo funzionalistico e la discrezionalità e flessibilità che caratterizzano il ragionamento logico-giuridico che conduce alla soluzione dei singoli casi sottoposti al suo vaglio rendono difficile reperire tracce di sicura coerenza e prevedibilità nell'analisi dei percorsi giurisprudenziali. La certezza perseguita con l'elaborazione del catalogo scritto di diritti è, dunque, solo apparente.

In questo contesto – come si cercherà di dimostrare – anche nello scenario post Lisbona non si può ritenere che i principi generali di diritto svolgano una funzione meramente suppletiva e un ruolo ormai residuale [27], specie se inteso in senso riduttivo e quasi svilente, svalutativo, come sembra emergere in alcune impostazioni dottrinali, che qualificano addirittura come obsoleta la previsione di cui all'art. 6, par. 3, TUE, sostenendo che l'attività interpretativa e creativa della Corte di giustizia potrebbe comunque giustificarsi sulla base del solo art. 19 TUE [28]. In realtà, i principi generali di diritto svolgono anche oggi una funzione tutt'altro che superflua all'interno dell'ordinamento dell'Unione ed il loro ruolo è da valorizzare e non, al contrario, da marginalizzare, anche laddove intervengano in via soltanto suppletiva [29].

Il lavoro è suddiviso in due parti. La prima (parr. IV-IX) è dedicata all'esame della giurisprudenza successiva all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona che impiega, o potrebbe impiegare, come parametro interpretativo e/o di legittimità, disposizioni della Carta che riproducono o cristallizzano un principio generale, e che dunque hanno – sanciscono esse diritti o, invece, principi – un corrispondente principio generale [30]: quest'ultimo, anche se non espressamente utilizzato dalla Corte nel proprio ragionamento, ivi potrebbe essere impiegato, insieme con la correlativa previsione codificata nella Carta; e – specularmente – lo stesso potrebbe dirsi rispetto ai casi in cui, come si vedrà, la Corte impiega la sola fonte non scritta, pur esistendo una corrispondente previsione riprodotta nella Carta, che risulterebbe comunque applicabile *ratione temporis*. Nella seconda parte (parr. X-XV) si analizzano le funzioni che i principi generali possono o devono svolgere oggi accanto alla Carta od oltre ad essa, ovvero, come meglio si dirà, in tutte quelle ipotesi in cui la norma scritta non può trovare, per qualche ragione, applicazione "diretta" in sé e per sé, in quanto tale: si tratta di casi in cui il principio

generale non necessariamente ha un corrispondente in una norma della Carta ed una evoluzione interpretativa ed applicativa parallela ad essa (come accade invece con riguardo alla giurisprudenza presa in esame nella prima parte del lavoro), ma anche, o soltanto, una rilevanza autonoma ed una "vita giuridica" sua propria, svincolata da quella della Carta, proprio in virtù di quanto sancito dall'art. 6, par. 3, TUE.

IV. La fungibilità di Carta e principi generali.

Con riguardo alla prima parte del lavoro, l'analisi della giurisprudenza post Lisbona – pur caratterizzata, come anticipato, da scarsa coerenza e limitata prevedibilità – ha consentito di individuare quattro diversi scenari quanto all'impiego delle due fonti oggetto di indagine, cui si può accostare un ulteriore scenario, non ancora esistente, ma prospettabile, relativo a futuri eventuali interventi della Corte di giustizia in cui essa potrebbe interpretare ed applicare in modo estensivo e/o evolutivo alcune previsioni della Carta ed i corrispondenti principi generali di diritto. In tutte le ipotesi che saranno esaminate i principi generali svolgono una funzione confermativa delle corrispettive disposizioni della Carta. Anche se, a rigore, come visto, è la Carta a riaffermare i principi generali elaborati negli anni dalla Corte di giustizia e non viceversa: quindi – capovolgendo la prospettiva di osservazione – si potrebbe in termini identici sostenere che la Carta adempie ad una funzione confermativa del previgente principio generale, con possibilità di una sua interpretazione in chiave estensivo/evolutiva, cui far corrispondere analoga e parallela evoluzione del principio generale.

Per sintetizzare, e con le specificazioni su cui ci soffermerà – nonché con le eccezioni che saranno analizzate nella seconda parte del lavoro – si può affermare che la giurisprudenza successiva al dicembre 2009, utilizza Carta e principi generali in modo sostanzialmente fungibile: poiché (*rectius*, nella misura in cui) le due fonti sono composte da "previsioni" corrispondenti, l'applicazione/interpretazione dell'una implica, "porta con sé" quella dell'altra e, come meglio si vedrà, anche qualora la Corte richiami ed utilizzi una sola delle due fonti, anche l'altra potrebbe (in linea di principio) essere impiegata per la soluzione, negli stessi termini, del caso sottoposto alla sua attenzione. Ciò diversamente da quanto accade quando il principio generale spiega una funzione suppletiva o supplementare, integrativa o conservativa dell'ordinamento giuridico dell'Unione, ovvero nei casi che saranno studiati, come detto, nella seconda parte del lavoro.

V. (Segue). L'impiego di Carta e principi generali per accertare i diritti fondamentali.

Il primo scenario in cui fonte scritta e fonte non scritta hanno (e diversamente non potrebbe essere) una funzione confermativa l'una dell'altra e sono, quindi, fungibili, è rappresentato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia che impiega come parametro interpretativo e di legittimità entrambe le fonti; o, almeno, le richiama entrambe, anche qualora la Carta – pur ormai in vigore il trattato di Lisbona – non risulti ancora applicabile *ratione temporis* [31]. Tale scenario caratterizza, in particolare (ma non soltanto), le pronunce del giudice dell'Unione nel periodo tra il 1° dicembre 2009 e (almeno) la prima metà del 2012.

Ciò che forse potrebbe stupire – quanto meno nei casi in cui la Carta non incontra il limite di applicazione temporale di cui si è appena detto – è il fatto che la Corte, in linea di principio, continua ad utilizzare le due fonti richiamandole nello stesso ordine con cui le richiamava prima di Lisbona [32], ovvero i principi generali in prima battuta e, a seguire, la Carta, che riafferma, ribadisce, conferma quanto sancito dal corrispondente principio generale [33]. In virtù della loro collocazione sistematica all'interno dell'art. 6 TUE e del fatto che la Carta viene resa giuridicamente obbligatoria per garantire – come visto – maggiore visibilità e certezza dei diritti in essa codificati, ci si sarebbe infatti potuti ragionevolmente attendere un cambio di rotta nell'approccio della Corte e quindi, che essa, quand'anche avesse continuato a richiamare entrambe le fonti, facesse prima riferimento a quella scritta e poi a quella non scritta. Questa inversione si riscontra, invece, soprattutto, nelle più recenti pronunce che richiamano entrambe le fonti, ovvero in quelle successive ai primi due anni e mezzo dall'entrata in vigore del trattato di Lisbona [34].

Vero è poi che, pur partendo dal richiamo del principio generale volta a volta rilevante, la Corte – se la Carta è applicabile *ratione temporis* – procede di fatto ad analizzare la corrispondente previsione della Carta, ormai cogente, al fine di delinearne la portata ed i confini applicativi. Tuttavia, anche seguendo siffatta impostazione, l'interpretazione del giudice dell'Unione rimane sostanzialmente informata alla propria giurisprudenza sui principi generali di diritto. E questo approccio autoreferenziale [35] cui la Corte resta saldamente ancorata pare prediletto perché in tal modo essa presumibilmente si sente (almeno formalmente) meno vincolata al dato scritto e forse più libera di accogliere opzioni interpretative funzionalistiche [36].

Ciò anche se, comunque, la Corte non si astiene dal formulare soluzioni ermeneutiche di tal fatta ed evolutive anche rispetto alle previsioni della Carta, come del resto è naturale che sia, essendo questa fonte *living instrument*, al pari della CEDU, e dovendo pertanto essere interpretata ed applicata in quanto intrinsecamente dotata di potenzialità espansiva [37].

L'esempio forse più noto di tale approccio interpretativo si ritrova nella sentenza *Google Spain*, del maggio 2014 [38]. Pur trattandosi di pronuncia che esorbita dal lasso temporale che in special modo caratterizza il richiamo "duplice" alle fonti rilevanti (come detto, i primi due anni e mezzo di vigenza obbligatoria della Carta), e forse proprio in considerazione della soluzione "nuova" che la Corte prospetta relativamente agli artt. 7 (che garantisce il diritto alla vita privata) e 8 (sul diritto alla protezione dei dati personali) – alla luce dei quali interpreta la direttiva 95/46/CE [39], giungendo a sancire il diritto alla deindicizzazione dei dati personali [40] (in presenza di determinate condizioni [41] – il ragionamento del giudice dell'Unione prende, comunque, le mosse dai principi generali di diritto corrispondenti alle richiamate disposizioni della Carta (ed ivi ormai iscritti) [42]. Anche in virtù di tale richiamo, pare corretto, se non addirittura doveroso, ritenere che all'interpretazione evolutiva delle previsioni della Carta (*rectius*, delle previsioni di diritto derivato alla luce della Carta) si accompagni un'analoga interpretazione evolutiva dei corrispondenti principi generali [43], arricchiti dunque, insieme con la Carta, di nuovi contenuti [44].

VI. (Segue). L'impiego della sola Carta.

Il secondo scenario, riscontrabile sulla base di un'analisi sistematica della giurisprudenza del giudice di Lussemburgo successiva all'acquisizione da parte della Carta di carattere vincolante, è costituito dalle pronunce che richiamano o utilizzano come parametro di costituzionalità la sola fonte scritta e non anche il corrispondente principio generale di diritto. Benché non manchino sentenze di questo tipo anche nei primi anni di vigenza del trattato di Lisbona [45] – al pari di

decisioni che, anche in tempi più recenti, continuano a richiamare, come visto, entrambe le fonti [46] – esse sono più frequenti a partire dalla seconda metà del 2012 [47].

Una ragione di questo diverso approccio della Corte potrebbe individuarsi nel fatto che la Carta, allontanandosi dalla data di entrata in vigore del trattato di Lisbona, diviene (sempre) più frequentemente applicabile *ratione temporis*. E, ancora, nella circostanza che i giudici di Lussemburgo hanno ormai “preso confidenza” con la fonte scritta e sono pienamente consapevoli – come dimostrano le pronunce dei primi anni successivi all’entrata in vigore del trattato di Lisbona – della corrispondenza tra le norme della Carta e i principi generali di diritto elaborati nei decenni dalla giurisprudenza “comunitaria”, che potrebbero quindi ritenere anche superfluo richiamare. Del resto, se la Carta riafferma i principi generali, anche se essi non vengono esplicitamente richiamati nelle sentenze, “vivono” comunque per il tramite del richiamo della Carta e della sua interpretazione ed applicazione. Ciò implica, altresì, che una qualunque interpretazione di una disposizione della Carta, anche un’eventuale interpretazione estensivo/evolutive (o comunque di norme derivate in base alla Carta), deve ritenersi accompagnata dalla stessa interpretazione del (o alla luce del) corrispondente principio generale di diritto, anche se esso non è stato espressamente richiamato ed impiegato dalla Corte nel proprio ragionamento. E la stessa soluzione pare prospettabile anche qualora il richiamo alla sola previsione della Carta potesse giustificarsi in considerazione del fatto che essa cristallizza (anziché codificare) un principio generale di diritto: anche in ipotesi di questo tipo, sembra infatti corretto assicurare che, insieme con la Carta, si evolva contestualmente il corrispondente principio generale.

Non può, quindi, escludersi che talvolta il richiamo alla sola Carta, anziché ad entrambe le fonti, dipenda da un’analisi solo succinta che la Corte effettua della disposizione che viene in rilievo nella specie [48], o dalla (maggiore o minore) rilevanza del diritto/ principio in questione [49] o, ancora, dalla composizione del collegio giudicante [50]. Talora, tuttavia, la sola ragione del mancato richiamo del principio generale di diritto corrispondente alla previsione della Carta oggetto di interpretazione/applicazione sembra individuabile in una mera dimenticanza, specie se il principio generale rilevante è stato richiamato, insieme con la norma della Carta, in tutte le altre pronunce che hanno esaminato la stessa questione di diritto [51].

VII. (Segue). L’impiego dei soli principi generali.

Più limitati sono i casi, speculari a quelli appena esaminati, in cui il giudice dell’Unione richiama soltanto il principio generale e non anche la corrispondente previsione della Carta.

Ciò può forse apparire comprensibile nelle ipotesi in cui quest’ultima – pur ormai cogente – non può trovare applicazione *ratione temporis* [52]; anche se tale atteggiamento della Corte altro non è che una ulteriore riprova della menzionata incoerenza della giurisprudenza in esame, dal momento che preferibile sarebbe comunque il richiamo ad entrambe le fonti, con la specificazione che la soluzione del caso di specie viene poi data sulla base del (solo) principio generale, in considerazione del fatto che la previsione corrispondente (e vincolante) della Carta non è applicabile, appunto, *ratione temporis*.

Risultano, invece, difficilmente giustificabili il mancato richiamo ed impiego della fonte scritta quando non si rientra nelle ipotesi da ultimo menzionate e la Carta è dunque applicabile dal punto di vista temporale. Uno dei casi più eclatanti è quello relativo alla causa *El Dridi*, dove si invita il giudice *a quo* – nella soluzione della controversia dinanzi ad esso pendente – a tenere in debita considerazione il principio dell’applicazione retroattiva della pena più mite, «che fa parte delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri» [53], senza in alcun modo richiamare l’art. 49, par. 1, Carta, che codifica tale principio e che sarebbe stato applicabile nel caso concreto al pari del corrispondente principio generale.

Anche in queste ipotesi, così come si è detto con riguardo a quelle esaminate nei parr. V e VI, pare comunque opportuno ritenere che ad un’eventuale interpretazione estensivo/ evolutiva del rilevante principio generale (o delle norme di diritto derivato in base ad esso) corrisponda la stessa interpretazione della norma della Carta che siffatto principio generale codifica (o del diritto derivato alla luce di quest’ultima), per quanto essa – probabilmente per dimenticanza – non è stata invocata ed utilizzata dal giudice dell’Unione.

VIII. (Segue). L’atteggiamento di self-restraint della Corte.

Il quarto scenario individuabile alla luce di un’analisi sistematica della giurisprudenza del giudice di Lussemburgo successiva all’entrata in vigore del Trattato di Lisbona è costituito da quelle pronunce in cui esso, pur (talora comunque) assicurando in concreto la tutela del diritto quesito, decide di non fondare siffatta garanzia sulla Carta e/o il corrispondente principio generale, che pur avrebbe potuto impiegare – eventualmente ricorrendo ad una loro interpretazione estensivo/ evolutiva – per risolvere il caso sottoposto al suo vaglio.

Si ricordano due ipotesi in cui la Corte di giustizia fa opera di *self-restraint* e non propende, come invece parrebbe possibile, per il richiamo e l’applicazione della fonte scritta (e di quella non scritta) di tutela dei diritti fondamentali.

La più recente, in ordine di tempo, è la sentenza relativa al caso *Kaltoft* [54], dove la Corte è stata chiamata a pronunciarsi sulla sostanziale compatibilità con il diritto dell’Unione di una normativa nazionale in tema di licenziamento che si dubitava violasse il (*rectius*, fosse stata applicata in violazione del) principio di non discriminazione in base alla disabilità (*rectius*, obesità, il ricorrente nel giudizio principale lamentando di essere stato vittima di una discriminazione di tale natura, ritenuta la causa del suo licenziamento). La Corte, escludendo (in modo peraltro non chiaro, visto che il caso viene comunque poi risolto sulla base della direttiva 2000/78/CE [55]) che si rientrasse nell’ambito di applicazione del diritto dell’Unione, ha altresì escluso l’applicabilità della Carta, e in particolare del suo art. 21 che vieta la discriminazione fondata, tra l’altro, sulla disabilità. Tuttavia, dando prova di maggior coraggio, essa avrebbe forse potuto affermare che il diritto dell’Unione sancisce un principio generale di non discriminazione in base all’obesità patologica (rilevante nella specie), riconducendola nella nozione di disabilità di cui alla citata previsione della Carta e al corrispondente principio generale [56] (dato che poi, di fatto, ne ha ammesso comunque la configurabilità come “handicap” ai sensi della direttiva del 2000), ed eventualmente circoscrivendo la sua rilevanza (e riconducibilità alla discriminazione vietata) al soddisfacimento di determinati requisiti (gli stessi che sono delineati per ritenere che tale obesità possa qualificarsi “handicap”) e la cui concreta sussistenza spetta al giudice *a quo* verificare [57].

Il secondo caso in cui la Corte di giustizia sembra non voler accogliere un'interpretazione lata della previsione della Carta e del corrispondente principio generale che venivano in rilievo nella specie (*rectius*, delle norme di diritto derivato da applicare in base a tali fonti) e, quindi, ne esclude la rilevanza è quello relativo alle cause C.D. e Z, in tema di tutela della maternità surrogata [58]. Si tratta, senza dubbio, di tematica assai delicata, che non trova regolamentazione nella pluralità degli Stati membri dell'Unione [59]; e forse anche per queste ragioni la Corte ha negato di poter assimilare la posizione della madre committente in un contratto di maternità surrogata a quella della madre (naturale e di quella) che adotta un figlio, al fine di riconoscere anche alla prima – come accade per la seconda – il congedo di maternità [60]. Occorre però evidenziare che le ricorrenti nei giudizi *a quibus* hanno basato le proprie argomentazioni esclusivamente sulla circostanza di aver subito una discriminazione sulla base del sesso e della disabilità (data dall'impossibilità di avere figli per "vie naturali"). Non può, pertanto, escludersi che il giudice dell'Unione sarebbe giunto ad una diversa conclusione se esse avessero fatto leva anche sull'esigenza di assicurare – mediante la concessione del congedo di maternità nei casi controversi – l'interesse superiore del minore, principio generale codificato dall'art. 24 Carta [61] e costantemente impiegato dalla Corte per procedere ad un'interpretazione anche estensivo/evolutiva di norme di diritto derivato dell'Unione [62]. Una soluzione di tale tenore (in base ad un'applicazione in combinato disposto dell'art. 24, par. 3, e dell'art. 33, par. 2, Carta [63]) renderebbe, tra l'altro, la giurisprudenza della Corte di Lussemburgo anche (più) coerente con quella della Corte di Strasburgo che, proprio per garantire la protezione del minore coinvolto – pur senza pronunciarsi sulla legittimità ai sensi della CEDU della pratica della maternità surrogata – ha di fatto comunque tutelato anche la posizione dei genitori committenti [64]. Essa sarebbe, quindi, da accogliere favorevolmente in considerazione del fatto che, come noto, la giurisprudenza CEDU, ex art. 52, par. 3, Carta, costituisce il *minimum floor* di tutela nell'ordinamento dell'Unione, ed altresì perché eviterebbe discrasie tra orientamenti giurisprudenziali delle due Corti ed eventuali censure della Corte di Strasburgo in caso di adesione dell'Unione alla CEDU [65].

Un'apertura come quella prospettata potrebbe anche essere raggiunta per gradi, iniziando la Corte di giustizia ad assicurare il congedo parentale nei casi di maternità surrogata qualora tale istituto sia riconosciuto e disciplinato nello Stato membro interessato, ovvero quello in cui la madre committente svolge la propria attività lavorativa [66]. Un'impostazione siffatta pare analoga a quella che la Corte ha fatto propria, ad esempio, nei casi *Maruko*, *Romer* e *Hay* [67]. Ivi, per garantire il rispetto del principio di non discriminazione in base all'orientamento e alla tendenza sessuale (in base alla citata direttiva 2000/78/CE, e sancito anch'esso dall'art. 21 Carta) – con riguardo, rispettivamente, (i) al diritto alla pensione di reversibilità, (ii) al diritto alla pensione complementare di vecchiaia, e (iii) al diritto al congedo straordinario e ad un premio stipendiale, concessi ai dipendenti in occasione del matrimonio – si è di fatto stabilito che tali diritti, garantiti ai coniugi di sesso diverso, debbano essere assicurati anche al partner dello stesso sesso, se la legislazione degli Stati interessati (nella specie, Germania e Francia) disciplina l'unione delle coppie omosessuali (anche senza ammetterne il matrimonio), ponendo le coppie omosessuali in posizione equivalente/paragonabile a quella dei coniugi di sesso diverso (spettando, nei primi due casi, al giudice *a quo* la verifica ultima circa l'effettiva comparabilità dei due regimi).

IX. Le possibili interpretazioni estensive/evolutive della (o alla luce della) fonte scritta e di quella non scritta.

Con riguardo alle ipotesi esaminate nel paragrafo precedente è possibile, se non addirittura auspicabile, come accennato, un *revirement* della Corte di giustizia, con accoglimento di un'interpretazione lata delle previsioni rilevanti della Carta e dei corrispondenti principi generali, o comunque delle norme di diritto derivato alla luce della fonte scritta e di quella non scritta.

Ulteriori interventi del giudice di Lussemburgo per chiarire i contorni di previsioni della Carta e dei corrispondenti principi generali o per completarli con contenuti nuovi, sembrerebbero poi possibili con riguardo, ad esempio, alla configurazione (i) del diritto all'acqua, desumendolo dal diritto alla dignità personale e dal diritto alla vita (codificati negli artt. 1 e 2 Carta) [68], (ii) del diritto di accesso ad internet, sulla base del diritto alla libertà di espressione (codificato nell'art. 11 Carta) [69], o ancora (iii) del diritto ad un reddito minimo garantito, fondandolo sul diritto alla vita e sul diritto all'assistenza sociale quale forma di lotta contro l'esclusione sociale e la povertà (di cui agli artt. 2 e 34, par. 3, Carta) [70].

La Corte di giustizia pare quindi chiamata, a breve, a prendere posizione sulla possibile implementazione del sistema mediante l'accoglimento dell'opzione interpretativa formulata dalla Corte di Strasburgo in merito al principio del *ne bis in idem*. Come noto, nella pronuncia *Grande Stevens* e *a.* [71], tale Corte ha esteso l'applicabilità del principio anche ad ipotesi in cui gli stessi fatti siano oggetto di un procedimento penale e di uno amministrativo nel quale la sanzione comminata abbia di fatto natura penale in base ai c.d. criteri *Engel* [72]. Nel caso *Akerberg Fransson*, precedente alla menzionata sentenza della Corte EDU, la Corte di giustizia aveva stabilito che in base al diritto dell'Unione il principio di cui all'art. 50 Carta deve essere interpretato nel senso che vieta il secondo svolgimento di un procedimento *in idem* a patto che entrambi i procedimenti abbiano natura penale, senza peraltro ostare ad una applicazione più ampia del principio (che vieti anche lo svolgimento *in idem* di due procedimenti uno penale ed uno amministrativo, ma sostanzialmente penale) prevista dalle legislazioni degli Stati membri, a patto che tale applicazione non violi il principio generale di diritto dell'Unione costituito dalla effettività, proporzionalità e dissuasività delle sanzioni [73]. Rigettata nella causa *Burzio* la questione inerente, in sostanza, all'interpretazione dell'art. 50 Carta alla luce della giurisprudenza CEDU (in virtù della clausola di omogeneità di cui all'art. 52, par. 3, Carta), essendo la Corte manifestamente incompetente poiché non si rientrava nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione [74], una nuova pronuncia sul punto è attesa nei casi *Orsi*, *Baldetti* e *Menci* [75], auspicandosi in dottrina un (completo) allineamento della giurisprudenza di Lussemburgo a quella di Strasburgo [76], così anche da evitare possibili censure della Corte di giustizia da parte della Corte EDU in caso di adesione dell'Unione alla CEDU. A dire il vero, non è così certo che sussista una reale discrasia tra le due giurisprudenze, la soluzione cui le due Corti sono giunte potendo (anche più) semplicemente giustificarsi alla luce delle peculiarità dei giudizi che si svolgono dinanzi ad esse e della diversità intrinseca delle decisioni che emettono. Il giudice del Kirchberg lascia al giudice nazionale (o prima, eventualmente, al legislatore statale) la verifica in concreto (o la valutazione in astratto) della non cumulabilità delle sanzioni (una penale ed una amministrativa, ma sostanzialmente penale), purché la sola sanzione comminata abbia comunque carattere effettivo, proporzionato e dissuasivo; il giudice di Strasburgo procede, di fatto, a riscontrare direttamente il rispetto di tale requisito da parte della sanzione amministrativa, così dichiarandone la natura sostanzialmente penale e vietandone, di conseguenza, la cumulabilità con un'altra sanzione penale. Ciò che si vorrebbe (anche) dal giudice dell'Unione è una verifica diretta (nei casi di giudizi, penali ed amministrativi, *in idem*) dell'effettività, proporzionalità e dissuasività della sanzione anche solo amministrativa (sostanzialmente penale), così da impedire un secondo procedimento penale. Non è, tuttavia, così scontato che una siffatta

valutazione porterebbe la Corte di giustizia a ritenere – al pari di quanto fatto dalla Corte di Strasburgo [77] – che anche sanzioni pecuniarie di ammontare non particolarmente elevato abbiano natura sostanzialmente penale e, in quanto proporzionate, effettive e dissuasive, siano quindi idonee a precludere lo svolgimento di un procedimento penale *in idem*. Ed un mancato (integrale) allineamento a tale conclusione non pare necessariamente da condannare, specie in considerazione del fatto che le soluzioni prospettate dalla Corte EDU nei casi da ultimo menzionati, se anche garantiste per la posizione del reo, non sembrano realizzare un corretto (o comunque il solo possibile ed inequivocabile) bilanciamento con l'altra *ratio* sottesa al principio del *ne bis in idem* – quella di assicurare la pace sociale evitando una sostanziale impunità dell'autore dell'illecito – ed eventualmente con altri interessi generali dell'Unione che potrebbero venire in rilievo in relazione all'illecito volta a volta contestato [78]. E la Corte di giustizia potrebbe fondare oggi siffatto diverso bilanciamento sull'art. 52, par. 1, Carta (richiamato dalle stesse Spiegazioni, *sub* art. 50), eventualmente in combinato disposto con l'art. 53 Carta (nell'interpretazione ad esso fornita dalla giurisprudenza *Melloni*, applicata, *mutatis mutandis*, ai rapporti tra diritto dell'Unione e previsioni CEDU [79]) o comunque in uno con quanto disposto dalle Spiegazioni della Carta *sub* art. 52, par. 3, che specificano che la clausola di omogeneità non deve pregiudicare l'autonomia del diritto dell'Unione e della Corte di giustizia. Post (eventuale) adesione, ci si potrebbe quindi chiedere se tale diversa ponderazione degli interessi in gioco potrebbe essere giustificata sul margine di apprezzamento di cui anche la Corte di giustizia dovrebbe poter godere al pari degli Stati contraenti la CEDU (anche se certo l'ultima parola sul rispetto di tale margine la avrebbe comunque la Corte di Strasburgo) [80].

Ci si potrebbe poi ancora interrogare, senza alcuna pretesa di esaustività, sull'opportunità di un adeguamento da parte della Corte di giustizia – sempre in virtù della menzionata clausola di omogeneità – alla giurisprudenza CEDU che impone l'obbligo di motivazione del mancato rinvio pregiudiziale da parte del giudice di ultima istanza, censurandone il mancato rispetto in quanto violazione dell'art. 6, par. 1, CEDU, che sancisce il principio dell'equo processo [81]. A meno di ritenere che le due giurisprudenze siano già allineate: ciò, in base alla giurisprudenza della Corte di giustizia nei casi *Köbler*, *Traghetti del Mediterraneo* e *Commissione c. Italia* [82], alla luce della quale la violazione dell'obbligo in parola da parte del giudice "avverso le cui decisioni non è proponibile un ricorso giurisdizionale di diritto interno" potrebbe considerarsi, di fatto, già censurata (*rectius* censurabile, seppur con un meccanismo di *private* anziché di *publicenforcement*) anche nel diritto dell'Unione – e, dunque, imposta anche da tale ordinamento – poiché, come noto, il mancato rinvio pregiudiziale nei casi menzionati, non adeguatamente giustificato in base alla giurisprudenza *Cilfit* [83], può fondare un'azione di responsabilità contro lo Stato per violazione del diritto dell'Unione.

X. Il ruolo dei principi generali di diritto "accanto alla" ed "oltre la" Carta.

Passando ora alla seconda parte del lavoro, ci si concentrerà, come anticipato (*supra*, par. III), sull'esame dell'attuale ruolo dei principi generali di diritto non come fonte fungibile ed alternativa alla Carta, ma come fonte dotata di rilevanza (anche) autonoma, e quindi svincolata da quella della Carta, proprio in virtù di quanto sancito dall'art. 6, par. 3, TUE.

Di tale "vita giuridica" (anche) propria dei principi generali sono individuabili cinque diverse manifestazioni, sviluppandosi essa talora accanto alla Carta, in funzione complementare, per supplire alla sua inapplicabilità *ratione temporis* (par. XI) o ad alcune sue lacune (reali o presunte) dal punto di vista dell'operatività *ratione personae* (parr. XII e XIII); talvolta invece oltre la Carta, in funzione integrativa dell'ordinamento giuridico dell'Unione (par. XIV) oppure conservativa del suo *acquis* (par. XV).

Come si preciserà meglio analizzando le singole funzioni dei principi generali, solo rispetto ai casi in cui essi svolgono una funzione suppletiva paiono opportune, per non dire doverose (al fine di assicurare coerenza e uniformità del sistema) un'interpretazione e un'evoluzione interpretativa comunque parallele delle due fonti (o delle norme di diritto derivato alla luce di tali parametri di riferimento); laddove, invece, i principi generali spiegano una funzione integrativa o conservativa, la loro interpretazione è aggiuntiva rispetto a quanto desumibile dalla Carta o diversa rispetto a quella della corrispondente previsione scritta, con "evoluzione" interpretativa ed applicativa pertanto della fonte non scritta e di quella scritta secondo due differenti "velocità".

XI. L'operatività dei principi generali quando la Carta non è applicabile *ratione temporis*.

La prima ipotesi in cui i principi generali svolgono una funzione indispensabile neppure, a dire il vero, accanto alla Carta, ma sostanzialmente al posto di essa – al pari di quanto accadeva prima che essa divenisse vincolante – si configura quando quest'ultima non è (ancora) operativa *ratione temporis*. Benché infatti abbia acquisito carattere cogente con l'entrata in vigore del trattato di Lisbona, se la fattispecie oggetto di valutazione da parte del giudice dell'Unione si colloca temporalmente prima del 1° dicembre 2009, la Carta non può trovare applicazione e la questione al vaglio della Corte di giustizia deve essere risolta utilizzando come parametro di legittimità e/o interpretazione i principi generali di diritto [84]. Diversamente, se la Corte è chiamata a verificare la legittimità di un atto dell'Unione o la sostanziale compatibilità di una normativa nazionale pur elaborati prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, ma ancora vigenti nel momento in cui essa deve pronunciarsi, anche la Carta può (*rectius*, deve) servire da parametro di costituzionalità ed il principio generale ricopre il ruolo fungibile della, e complementare alla, fonte scritta di tutela dei diritti fondamentali esaminato nella prima parte del lavoro [85].

Le situazioni di inapplicabilità *ratione temporis* della Carta si verificano soprattutto nei primi anni di vigenza del trattato di Lisbona, poiché, più ci si allontana dalla data di sua entrata in vigore, meno frequenti saranno le fattispecie, sottoposte all'attenzione della Corte, collocate temporalmente prima del 1° dicembre 2009 e quindi "soggette" ai soli principi generali. Si tratta, dunque, di ipotesi destinate "ad esaurirsi"; e la funzione in esame dei principi generali è pertanto "transitoria", per colmare il vuoto dato dalla temporanea inoperatività della Carta.

Come visto, queste situazioni hanno caratterizzato, in particolare, la giurisprudenza della Corte di giustizia nei primi due anni e mezzo successivi all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, dove essa – pur formalmente (e correttamente) richiamando anche la Carta (in quanto ormai vincolante) – ha poi basato la soluzione del caso di specie sulla sola fonte cogente al momento applicabile, ovvero i principi generali (*supra*, par. V); o, talvolta – difettando, come detto, di coerenza – ha richiamato ed utilizzato la sola fonte non scritta, senza neppure fare cenno alla Carta, ormai cogente, probabilmente ritenendo (erroneamente) superfluo menzionarla in quanto comunque non applicabile (*supra*, par. VII).

Ciò che, ad ogni modo, pare opportuno evidenziare è il fatto che le eventuali applicazione ed interpretazione estensivo/evolutiva dei principi generali o delle norme di diritto derivato alla luce dei primi, che siano intervenute quando la Carta non era ancora applicabile, non precludono (ed anzi sembrano imporre) l'estensione di tale lettura alla corrispondente previsione scritta o al diritto derivato alla luce della corrispondente norma della Carta una volta che essa sia divenuta applicabile *ratione temporis*. Altrimenti detto, la lettura che la Corte di giustizia dà ai principi generali (o al diritto derivato in base ad essi) quando la Carta non è ancora temporalmente "rilevante" deve essere la stessa lettura che si garantisce a questa fonte (o in base ad essa) nel momento in cui diventa operativa, una soluzione diversa del resto contraddicendo la stessa codificazione della fonte non scritta ad opera della Carta: se essa riafferma, come visto (*supra*, par. I), i principi generali, l'interpretazione di questi ultimi informa necessariamente di sé quella delle norme scritte che riproducono i primi.

XII. La funzione suppletiva e complementare dei principi generali nei casi in cui la Carta non può trovare applicazione *ratione personae*.

I principi generali sono, poi, chiamati a svolgere una funzione suppletiva rispetto alla Carta nei casi in cui le sue previsioni hanno un'applicazione circoscritta dal punto di vista soggettivo.

Ciò accade (e pare la sola ipotesi che rientra nello scenario in esame) con riguardo al diritto ad una buona amministrazione, di cui all'art. 41 Carta che – specie ai suoi parr. 1 e 2 – riconosce una serie di diritti ad ogni persona vincolando espressamente al soddisfacimento del correlato obbligo le sole istituzioni, organi e organismi dell'Unione e non anche gli Stati membri, quando (evidentemente) attuano il diritto dell'Unione [86].

Si tratta di una limitazione poco comprensibile, specie in considerazione di due fattori. Il primo è costituito dal fatto che le Spiegazioni della Carta, relativamente alla previsione in parola, affermano che essa è basata «sull'esistenza dell'Unione in quanto comunità di diritto, le cui caratteristiche sono state sviluppate dalla *giurisprudenza che ha consacrato segnatamente la buona amministrazione come principio generale di diritto*» (corsivo aggiunto); e si tratta, tra l'altro, di uno dei pochi casi in cui tale strumento esplicativo richiama espressamente i principi generali come fondamento della norma riprodotta nella Carta [87]. Il secondo fattore è rappresentato dalla circostanza che tra la giurisprudenza citata come "base di riferimento" del principio generale codificato nell'art. 41 Carta si rinviene anche una pronuncia della Corte che ha sancito l'operatività di tale principio rispetto agli Stati membri [88].

A fronte di tale quadro normativo – ancora una volta in contraddizione con l'esigenza di certezza sottesa all'elaborazione della Carta – e delle prime pronunce della Corte di giustizia più ambigue sull'interpretazione dell'art. 41 Carta [89], parte della dottrina ha prospettato la possibilità di estenderne l'applicazione anche agli Stati membri in virtù di quanto statuito dall'art. 51, par. 1, Carta, e quindi in combinato disposto con tale norma, che vincola questi ultimi nell'attuazione del diritto dell'Unione [90].

Nelle sue più recenti pronunce, la Corte ha invece chiaramente affermato che la previsione in parola vincola soggettivamente solo l'amministrazione dell'Unione [91] e non anche gli Stati membri, senza che ciò implichi un qualsivoglia difetto di tutela, dal momento che in relazione agli Stati continua comunque ad operare il principio generale di diritto dal contenuto corrispondente a quanto sancito dall'art. 41 Carta [92].

Anche dopo tali più nette prese di posizione giurisprudenziali, non sono mancate "contestazioni" all'interpretazione della disposizione fornita dalla Corte, ritenuta eccessivamente letterale e pregiudizievole, dunque, per il singolo titolare del diritto alla buona amministrazione. In particolare, l'Avvocato generale Mengozzi, nelle conclusioni alla causa *CO Sociedad de Gestion y Participación SA* [93] – riprendendo la posizione dell'Avvocato generale Wathelet nelle cause in cui poi la Corte ha chiarito l'operatività dell'art. 41 per le sole istituzioni, organi e organismi dell'Unione [94] – nel tentativo di sollecitare un *revirement* giurisprudenziale ha sostenuto che escludere l'applicabilità dell'art. 41 agli Stati membri «porterebbe ad ammettere che il diritto al contraddittorio [di cui a tale previsione] rappresenti un'eccezione all'articolo 51 [Carta], che prevede l'applicabilità agli Stati membri di tutte le "disposizioni della Carta" quando essi attuano il diritto dell'Unione, [non essendo] coerente che la formulazione dell'articolo 41 [possa] così introdurre un'eccezione alla norma di cui all'articolo 51 [...], che consentirebbe [...] agli Stati membri di non applicare un articolo della Carta anche nell'attuazione del diritto dell'Unione» [95].

In realtà, però, come detto e come lo stesso Avvocato generale Mengozzi riconosce comunque alla fine del proprio ragionamento [96], se anche gli Stati membri non sono vincolati all'art. 41 Carta, neppure in combinato disposto con il suo art. 51, par. 1, essi devono ad ogni modo rispettare il corrispondente principio generale: pertanto, in virtù di siffatto vincolo, complementare a quello discendente per l'amministrazione dell'Unione dall'art. 41 Carta, non si riscontra alcuna lacuna o difetto di tutela giurisdizionale.

Ciò che conta è che alla fonte scritta e a quella non scritta sia data la stessa interpretazione, anche – se del caso – estensivo/evolutiva; e così, eventualmente, alle norme di diritto derivato alla luce dei due parametri di costituzionalità. Solo un'applicazione ed uno sviluppo ermeneutico "in parallelo" delle due fonti, infatti, sono idonei ad evitare, oltre che lacune nella tutela, anche situazioni discriminatorie, che potrebbero verificarsi invece laddove i singoli fossero più garantiti in applicazione dell'art. 41 Carta quando ad agire sono le istituzioni, gli organi o gli organismi dell'Unione, che in ipotesi di applicazione del diritto dell'Unione da parte degli Stati membri, se al principio generale di diritto fosse riservata una sfera di operatività più ridotta di quella riconosciuta alla corrispondente norma scritta, o viceversa.

XIII. (Segue). E nei casi in cui potrebbe non trovare applicazione rispetto ad alcuni Stati membri.

Un'applicazione, interpretazione e sviluppo ermeneutico "paralleli" di previsioni della Carta e dei corrispondenti principi generali e/o del diritto derivato alla luce di tali fonti primarie dovrebbero assicurarsi anche nei casi in cui la fonte non scritta dovesse necessariamente trovare applicazione al posto di quella scritta, qualora quest'ultima si considerasse non operativa sempre da un punto di vista soggettivo, ma in questo caso con riguardo non a tutti ma soltanto ad alcuni Stati membri: quegli Stati membri che godono (*rectius*, sembrerebbero poter godere), in relazione alla Carta, di un particolare regime di *opt-out*.

Il condizionale è, tuttavia, d'obbligo, dal momento che, come subito si vedrà, non pare potersi concludere che – in virtù di quanto stabilito dal protocollo n. 30 allegato al TUE e al TFUE, relativo all'applicazione della Carta alla Polonia e al Regno Unito – tali Stati siano realmente svincolati dalle previsioni in essa contenute [\[97\]](#).

Nonostante la formulazione piuttosto ambigua (almeno ad una prima lettura) delle disposizioni che compongono tale protocollo, la non configurabilità di un *opt-out* rispetto alle norme della Carta è stata chiarita dal giudice dell'Unione, con riguardo al suo art. 1, par. 1 [\[98\]](#). Nella causa *N.S. e a.*, esso ha infatti affermato che siffatta previsione «esplicita l'art. 51 della Carta, relativo all'ambito di applicazione di quest'ultima, e non ha per oggetto di esonerare la [...] Polonia e il Regno Unito dall'obbligo di rispettare le disposizioni della Carta, né di impedire ad un giudice di uno di questi Stati membri di vigilare sull'osservanza di tali disposizioni» [\[99\]](#).

Relativamente al par. 2 del citato art. 1 e all'art. 2 [\[100\]](#) non si rinvengono ancora interventi interpretativi della Corte di giustizia, ma anche rispetto ad essi sembra ragionevole la tesi, pressoché unanime in dottrina, che ne esclude l'idoneità a sottrarre i due Stati membri dagli obblighi imposti dalla Carta [\[101\]](#).

Il protocollo in esame altro non pare, in effetti, che un «*chef d'œuvre de contorsion juridique*» [\[102\]](#), uno strumento giuridicamente inoffensivo [\[103\]](#), poiché si limita a ribadire quanto già desumibile dall'art. 6, par. 1, TUE e dall'art. 51, par. 1, Carta, ovvero il fatto che Polonia e Regno Unito (al pari di tutti gli altri Stati membri dell'Unione) sono vincolati a quest'ultima alle condizioni che essa stessa prevede [\[104\]](#). Tale soluzione interpretativa sembra, del resto, trovare conferma anche nelle posizioni ufficiali dei governi dei due Stati, che hanno ripetutamente dichiarato che il protocollo n. 30 è una sorta di *escamotage* politico (ovvero sostanzialmente elaborato per finalità di consenso politico interno), del tutto irrilevante sul piano giuridico [\[105\]](#). E tale irrilevanza giuridica del protocollo in esame potrebbe considerarsi testimoniata anche dal ritiro della richiesta della Repubblica ceca di aderirvi (se esso non garantisce un regime di *opt-out*, i suoi effetti sono neutralizzati e non vi è, dunque, alcuna utilità pratica a vincolarvi) [\[106\]](#).

Ad ogni modo, se anche la Corte di giustizia dovesse accogliere, in relazione alle due previsioni del protocollo ad oggi non ancora sottoposte al suo vaglio, o anche solo rispetto alla prima delle due [\[107\]](#), un'opzione ermeneutica diversa da quella qui prospettata, ritenendo quindi che almeno le disposizioni di cui al titolo IV della Carta (richiamato dall'art. 1, par. 2, del protocollo), in tema di "Solidarietà", non vincolino la Polonia e il Regno Unito [\[108\]](#), i due Stati, come anticipato, non potrebbero comunque sottrarsi al rispetto dei corrispondenti principi generali [\[109\]](#). E questa impostazione – con la fonte non scritta che interviene in funzione suppletiva di, e complementare a quella scritta, a garanzia della coerenza dell'ordinamento dell'Unione – sarebbe del resto (la sola) idonea ad evitare, insieme, come detto, a lacune di tutela giurisdizionale, anche un regime di integrazione differenziata nella protezione dei diritti fondamentali, che occorre in ogni modo scongiurare [\[110\]](#).

XIV. La funzione supplementare e integrativa dei principi generali: lo sviluppo del-l'acquis dell'Unione.

Accanto alla funzione suppletiva e complementare dei principi generali di diritto finalizzata ad assicurare coerenza e uniformità del livello di tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento dell'Unione, è individuabile una loro funzione supplementare rispetto al catalogo scritto di diritti: si tratta della funzione "tipica" dei principi generali quanto ai diritti fondamentali, che essi hanno sempre svolto, anche prima che la Carta acquisisse carattere vincolante, e che continuano a (necessariamente) svolgere – in linea di continuità con il passato – ad integrazione dell'ordinamento giuridico in esame [\[111\]](#); di quella funzione che più immediatamente risulta evidente dalla lettura stessa del par. 3 dell'art. 6 TUE [\[112\]](#).

Quest'ultima previsione conferma, infatti, (i) l'operatività anche ancora autonoma dei principi generali, come "catalizzatori" di nuovi diritti fondamentali [\[113\]](#) e (ii) il ruolo tradizionale, e tutt'oggi essenziale, della Corte di giustizia nell'accertamento, appunto, di nuovi diritti fondamentali «in quanto principi generali di diritto»: diritti che non potrebbero essere rilevati neppure sfruttando l'interpretazione estensivo/evolutive che deve essere comunque assicurata alle previsioni della Carta, intrinsecamente dotata di potenzialità espansiva (v. *supra*, par. V); diritti che – per riprendere la definizione utilizzata dal Praesidium della convenzione del trattato costituzionale [\[114\]](#) – possono qualificarsi, pertanto, "addizionali" o "supplementari".

Principi generali e Carta procedono così necessariamente su binari separati, a due diverse velocità: non è infatti neppure individuabile una corrispondenza scritta del nuovo principio generale, a meno che, ovviamente, si proceda ad una revisione della Carta, inserendovi nuove previsioni riproduttive del diritto addizionale accertato dalla Corte di giustizia [\[115\]](#). Qualche dubbio potrebbe forse residuare per i casi in cui quest'ultima riempisse di contenuto un principio sancito dalla Carta, "trasformandolo" in diritto e rendendolo quindi giustiziabile in quanto ormai dotato di effetto diretto: non è infatti certo se si sarebbe in presenza di un'evoluzione dell'*acquis* dell'Unione attraverso l'individuazione (solo) di un nuovo principio generale o se, invece, si dovrebbe configurare (anche, e prima) un'interpretazione estensivo/evolutive della Carta [\[116\]](#).

Ricorrendo ai principi generali in funzione integrativa, la Corte garantisce (*rectius*, continua a garantire) la natura dinamica e flessibile del processo di integrazione europea, affrontando le sfide e le complessità di un ordinamento in costante evoluzione [\[117\]](#), colmando eventuali lacune di tutela ed evitando la cristallizzazione del sistema di protezione dei diritti codificati nella Carta. Siffatti arricchimento e completamento dell'ordinamento dell'Unione, come sistema "aperto" di protezione dei diritti fondamentali [\[118\]](#), si realizzano anche in tempi molto più rapidi di quelli che sarebbero imposti da una revisione formale della Carta, talvolta anche accelerando i processi decisionali del legislatore dell'Unione.

Rispetto al passato, il ruolo creativo della Corte di giustizia ex art. 6, par. 3, TUE sembra oggi ridotto, non certo da un punto di vista qualitativo, ma almeno quantitativo, data la pluralità di diritti fondamentali ormai riconosciuti dall'ordinamento dell'Unione. Come in passato, tuttavia, sono riscontrabili diverse "modalità" di accertamento di tali diritti da parte della Corte, benché la previsione da ultimo menzionata, come noto, preveda espressamente come fonti di ispirazione dei principi generali solo la CEDU e le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri.

Prima di soffermarci su tali due fonti quali base di riferimento per la rilevazione di nuovi diritti fondamentali, si esamineranno altre tre "vie" attraverso cui il giudice di Lussemburgo può elaborare siffatti diritti in quanto principi generali.

Innanzitutto, essi potrebbero essere individuati mediante un processo di deduzione da altre norme (primarie e/ o derivate) scritte, risultando in questo caso di immediata evidenza il loro carattere trasversale nell'ordinamento dell'Unione. Un'attività interpretativa/creativa di questo tipo potrebbe condurre la Corte di giustizia a sancire, ad esempio, il principio di tutela delle minoranze, sempre che non si riesca a fondare la sua esistenza già sulle previsioni di cui agli artt. 21 e 22 Carta, lette in combinato disposto con l'art. 2 TUE [\[119\]](#).

Nuovi diritti fondamentali in quanto principi generali potrebbero, quindi, essere enucleati dalla Corte su sollecitazione delle altre istituzioni, o degli organi e organismi dell'Unione, o desumendoli dalla prassi da essi seguita. Quanto allo stimolo proveniente da altre istituzioni, si pensi, in particolare, alle continue prese di posizione del Parlamento europeo finalizzate al riconoscimento delle unioni civili, da parte del legislatore (nazionale e) dell'Unione [\[120\]](#): la Corte, anche alla luce della propria giurisprudenza che assicura determinati benefici alle coppie omosessuali per evitare che siano discriminate [\[121\]](#) e sulla base della legislazione già vigente volta ad evitare discriminazioni sulla base dell'orientamento e della tendenza sessuale [\[122\]](#), potrebbe configurare un nuovo diritto fondamentale, consistente nel "diritto all'unione registrata" (di cui sarebbero titolari, evidentemente, anche le coppie omosessuali). La stessa rilevazione potrebbe prendere le mosse anche desumendo il diritto in parola dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri ed elevandolo a principio generale di diritto [\[123\]](#): ciò anche se forse, oggi, dopo che la Corte di Strasburgo si è pronunciata espressamente sulla necessità di riconoscere legalmente le unioni di coppie omosessuali [\[124\]](#), la configurazione di tale nuovo diritto potrebbe doversi fondare su un'interpretazione estensivo/evolutiva dell'art. 9 Carta, letto alla luce della giurisprudenza CEDU che rileva, come noto, ex art. 52, par. 3, Carta. Con riguardo, invece, alla prassi delle istituzioni, la Corte potrebbe configurare, ad esempio, quale nuovo principio generale, il dovere di sollecitudine dell'amministrazione dell'Unione nei confronti dei suoi funzionari insieme con il corrispondente dovere di lealtà di questi ultimi verso il datore di lavoro. Nonostante qualche perplessità, legata in special modo al fatto che (almeno) il dovere di sollecitudine sia già un principio generale di diritto, seppur non codificato (o, forse, meglio sarebbe dire, cristallizzato) nella Carta, in base alla giurisprudenza del giudice dell'Unione esso non sembra ancora effettivamente delineabile come autonomo principio di tal fatta [\[125\]](#). Non perfettamente sovrapponibile con il diritto alla buona amministrazione (dato il suo ambito di applicazione più limitato *ratione materiae* e *personae*), pur potendo considerarsi una sua specificazione, la Corte di giustizia, nel configurarlo, potrebbe anche estenderne progressivamente l'operatività a tutti i rapporti durevoli di lavoro [\[126\]](#), oltre quelli di diritto pubblico, rispetto a cui oggi trova sostanzialmente applicazione [\[127\]](#).

Ancora, nell'attività di accertamento di nuovi diritti fondamentali il giudice di Lussemburgo potrebbe trarre spunto da fonti di diritto internazionale diverse dalla CEDU, pur essendo quest'ultima la sola espressamente menzionata dall'art. 6, par. 3, TUE. Nonostante qualche dubbio sollevato sul punto in dottrina [\[128\]](#), siffatta modalità di rilevazione di nuovi diritti fondamentali si pone in linea di continuità con la giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia [\[129\]](#), ed è anche coerente con la modalità di redazione della Carta che, riaffermando i principi generali di diritto, impiega come proprie fonti di ispirazione anche accordi internazionali diversi, appunto, dalla CEDU [\[130\]](#).

Quanto, poi, alle fonti di ispirazione dei principi generali menzionate esplicitamente dall'art. 6, par. 3, TUE, ed innanzitutto con riferimento alle «tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri», sembra certo che la Corte di giustizia continuerà a rilevare la "comunanza" di tali tradizioni secondo il meccanismo poco comparativo e molto creativo che ha sempre caratterizzato la sua attività di accertamento [\[131\]](#). Per questa via, anche senza riscontrare un effettivo "minimo comune denominatore" nel livello di tutela di un certo diritto fondamentale da parte delle legislazioni degli Stati membri, la Corte ha così talora anche proceduto ad elevare a rango di principio generale l'eventuale "controlimite" (rappresentativo dell'identità costituzionale anche di un solo Stato membro) [\[132\]](#), trasformandolo da fattore di potenziale disgregazione e sfaldamento del sistema a fattore propulsivo e di arricchimento del processo di integrazione europea e di sostanziale innalzamento del livello di protezione dei diritti fondamentali all'interno dell'Unione [\[133\]](#).

Ci si può chiedere se, in questa attività creativa e poco comparativa, la Corte di giustizia incontra oggi un limite in quelle previsioni della Carta che rimettono la disciplina di un certo diritto o principio alle legislazioni nazionali [\[134\]](#) che, insieme con le prassi statali, devono essere tenute "in pieno conto" nell'applicazione ed interpretazione della Carta, secondo quanto disposto dal suo art. 52, par. 6. Il quesito verte, pertanto, sulla (sopravvenuta) impossibilità di rilevare ormai l'esistenza di una tradizione costituzionale "comune", innalzandola a principio generale di diritto, in base al metodo scarsamente comparativo di cui si è detto, qualora la Carta rinvii alle normative nazionali la regolamentazione specifica di un diritto o principio da essa affermato. Il nuovo principio generale così elaborato dovrebbe infatti applicarsi, essendo ormai diritto dell'Unione, anche a quegli Stati membri che non conoscono nella propria legislazione quel diritto/principio o che lo disciplinano in modo difforme da come risulta enucleato dalla Corte di giustizia. Se si ritenesse che il giudice dell'Unione è vincolato nella propria attività interpretativa e creativa dalle menzionate previsioni della Carta, si dovrebbe concludere nel senso che l'art. 6, par. 3, TUE risulta svuotato di contenuto, quanto al richiamo alle tradizioni costituzionali comuni, in tutti i casi in cui la Carta, come detto, rimette al legislatore nazionale la scelta circa la disciplina di un determinato diritto/principio. È, tuttavia, preferibile riconoscere alla Corte di giustizia piena libertà di manovra anche nelle ipotesi in esame: il rinvio operato alle legislazioni nazionali dalle previsioni "controverse" della Carta sembra, del resto, potersi considerare come rinvio alle modalità di esercizio del diritto (e all'attuazione del principio), e non al diritto (o principio) nella sua intrinseca essenza. Diversamente ragionando e dando rilevanza vincolante a tali rinvii operati dalla Carta, si impedirebbe un avanzamento del livello di protezione dei diritti all'interno dell'Unione e, lungi dal tutelare un nuovo diritto fondamentale, si assicurerebbe tutela a quegli Stati membri che quel diritto/ principio negano/ non riconoscono [\[135\]](#).

Infine, anche con riguardo all'elaborazione di nuovi principi generali impiegando come fonte di ispirazione la CEDU, sussiste qualche dubbio circa la reale operatività dell'art. 6, par. 3, TUE ed il margine di manovra che esso lascia alla Corte di giustizia in relazione a tale fonte. Se si parte dal presupposto che tutti i diritti previsti dalla CEDU e dai protocolli addizionali sino ad oggi elaborati possono entrare nell'ordinamento dell'Unione per il tramite della Carta e della clausola di omogeneità poc'anzi richiamata [\[136\]](#), la previsione in esame dovrebbe considerarsi svuotata di contenuto quanto alla possibile rilevanza delle norme CEDU ad oggi vigenti come base di riferimento per l'individuazione di nuovi principi generali (ovvero relativamente a diritti che da essa non siano ancora previsti). Nulla esclude, invece, che a fronte di nuovi diritti fondamentali sanciti da nuovi protocolli addizionali, ed in assenza (o comunque prima) di una revisione formale della Carta che li "recepisca", essi possano avere ingresso nell'Unione per il tramite della giurisprudenza della Corte di giustizia, che potrebbe configurarli, appunto, come nuovi principi generali ex art. 6, par. 3, TUE.

XV. La funzione conservativa dei principi generali a garanzia delle specificità dell'ordinamento dell'Unione.

L'ultima funzione che può riconoscersi ai principi generali di diritto è quella finalizzata ad assicurare l'autonomia dell'ordinamento dell'Unione, in virtù delle specificità che lo contraddistinguono e, quindi, del suo carattere identitario, quale da ultimo ribadito dalla stessa Corte di giustizia nel menzionato parere (negativo) sull'adesione dell'Unione alla CEDU. L'opera creativa del giudice di Lussemburgo si è sempre contraddistinta, a ben vedere, in quanto diretta a garantire sì l'implementazione dell'*acquis*, ma al contempo anche il rispetto del c.d. "interesse generale dell'Unione", senza che ciò implicasse una lesione dell'essenza del diritto fondamentale volta a volta rilevante [137]. E con riguardo ai principi generali di nuova elaborazione, la funzione integrativa che essi svolgono può considerarsi quindi, di regola, anche "protettiva" delle caratteristiche dell'ordinamento dell'Unione. Accanto a tale funzione, contestualmente integrativa e protettiva, pare tuttavia delineabile anche una funzione dei principi generali meramente conservativa, che essi svolgono anche (o soprattutto) in relazione a diritti già esistenti nel sistema, *rectius* continuano a svolgere rispetto ai diritti già tutelati al suo interno, operando quale clausola di salvaguardia dell'ordinamento sovranazionale, come una sorta di controlimita di quest'ultimo. Un esempio relativamente recente di impiego della fonte non scritta in funzione di conservazione delle specificità dell'Unione è riscontrabile nel noto caso *Kadi* [138].

Qualche dubbio in merito all'operatività dei principi generali in chiave conservativa potrebbe oggi forse essere avanzato rispetto alle (vigenti) previsioni CEDU. Ancora in stallo il processo di adesione, se esse entrano nell'ordinamento dell'Unione per il tramite della Carta, occorre infatti che ciò avvenga nel rispetto della più volte richiamata clausola di omogeneità, per cui il livello di tutela dei diritti assicurato dalle norme CEDU (alla luce dell'interpretazione datane dalla Corte di Strasburgo) rappresenta il *mimum floor* di tutela (anche) per l'Unione. Si potrebbe, quindi, sostenere che la Corte di giustizia è vincolata a siffatta clausola anche laddove applica ed interpreta i principi generali corrispondenti alle norme codificate nella Carta; e che pertanto, anche in tale ultimo caso, la norma CEDU che entra nell'Unione per il tramite del principio generale deve farvi ingresso (sempre e soltanto, e almeno) secondo le stesse caratteristiche di cui gode nell'ordinamento di origine.

La dottrina ha scarsamente esplorato siffatto ruolo conservativo del principio generale, che verrebbe in concreto riempito dalla Corte di giustizia di un contenuto non perfettamente coincidente con quello che si dovrebbe assicurare alla corrispondente norma della Carta, letta alla luce di quanto disposto dal suo art. 52, par. 3. Tra coloro che hanno preso posizione sul tema, accanto a chi prospetta la tesi in esame, senza però dilungarsi sulle sue specificità e conseguenze [139], vi è chi sostiene che non sia possibile attribuire ad un principio generale che ha una corrispondenza in una norma della Carta un'interpretazione di fatto regressiva rispetto a quest'ultima [140]. C'è poi chi, nel profilare una lettura dell'art. 6, par. 3, TUE finalizzata a riconoscere una funzione conservativa ai principi generali, dichiara preferibile non approfondirla, limitandosi ad evidenziare i rischi di una siffatta impostazione e ritendendo, quindi, saggio non "sponsorizzarla" [141].

Non pare, tuttavia, incontrovertibile l'assunto per cui principio generale e corrispondente norma della Carta devono avere contenuto e portata coincidenti tra loro e (nel minimo) a quelli della norma CEDU di riferimento, né (soprattutto) quello secondo cui essi debbano garantire l'ingresso della norma CEDU nell'ordinamento dell'Unione senza in alcun modo, e almeno in minima parte, potersi svincolare dai contorni che essa ha acquisito nel sistema in cui viene elaborata e univocamente interpretata [142].

A dire il vero, già rispetto ai casi di rilevanza della Carta (e di previsione CEDU che entra nell'Unione per il suo tramite), potrebbe ritenersi ammissibile (v. *supra*, par. IX) un'interpretazione "riduttiva" della rilevante norma CEDU, giustificabile sulla base dell'art. 52, par. 1, e dell'art. 53 Carta: ciò anche in considerazione del fatto che il giudice ultimo di tali disposizioni è comunque la Corte di giustizia, la cui autonomia (come quella del diritto dell'Unione) non deve essere pregiudicata dall'operatività della clausola di omogeneità, secondo quanto chiarito dalle Spiegazioni alla Carta, *sub* art. 52, par. 3 [143]. A maggior ragione, un'interpretazione delle previsioni CEDU non in perfetta sintonia con la lettura datane dalla Corte di Strasburgo sembrerebbe plausibile se la Corte di Lussemburgo impiegasse, anziché la norma della Carta, il corrispondente principio generale, essendo essa in questo caso non formalmente e rigidamente sottoposta al rispetto delle clausole orizzontali della fonte scritta e al bilanciamento dei diversi *dicta* in esse contenute.

L'esaminata funzione conservativa del principio generale non deve, pertanto, intendersi come finalizzata ad un abbassamento del livello di tutela del diritto fondamentale rilevante in una determinata fattispecie, bensì come idonea alla realizzazione di una ponderazione degli interessi in gioco diversa da quella realizzata in ambito CEDU, per tenere conto delle specificità del processo di integrazione e dell'interesse generale dell'Unione.

Del resto, pur trattandosi di casi limitati, è già accaduto che la giurisprudenza CEDU non sia stata pedissequamente seguita dalla Corte di giustizia o da essa sia stata applicata in modo parzialmente "riduttivo" e che, quindi, la tutela dei diritti fondamentali dell'ordinamento dell'Unione sia stata piegata (appunto) alle esigenze proprie di quest'ultimo [144]. Ed in questa veste conservativa, ci si chiede se i principi generali potrebbero continuare ad operare anche nel caso di completamento del processo di adesione alla CEDU. Il par. 3 dell'art. 6 TUE, su cui si fonda la funzione in esame della fonte non scritta, coesiste infatti con il par. 2 della stessa disposizione che prevede siffatta adesione. E come nulla esclude una possibile "divergenza" tra Costituzioni nazionali e Corte EDU [145], allo stesso modo non sempre potrà escludersi una differenza di visioni tra Corte di Lussemburgo e Corte di Strasburgo [146]. Benché ciò sia, evidentemente, poco auspicabile, specie in considerazione del fatto che in caso di adesione, l'ultima parola sulla eventuale discrasia valutativa ed interpretativa spetterebbe ovviamente alla Corte EDU [147].

Senza dubbio, e a prescindere dall'esito del processo di adesione [148], occorre evitare un "conflitto aperto" tra le due giurisprudenze. La Corte di giustizia, pertanto, quand'anche – ritenendolo indispensabile – decidesse di ricorrere ai principi generali in funzione conservativa (o di impiegare le clausole orizzontali della Carta parzialmente modificando il significato e la portata della rilevante norma CEDU che entra nell'Unione per il tramite della corrispondente norma della Carta), dovrebbe procedere con cautela, rifuggendo, appunto, lo "scontro": ciò, in particolare, per scongiurare un abbandono, da parte della Corte EDU, della teoria della presunzione di protezione equivalente di cui, come noto, alla giurisprudenza *Bosphorus* [149], che potrebbe aversi anche solo quale reazione rispetto al parere negativo sull'adesione, laddove quest'ultima Corte facesse prevalere "la ragione dell'autorità sull'autorità della ragione" [150].

Si è, tuttavia, certi che mai si giungerà a divergenze inconciliabili tra le due Corti e che quella di Lussemburgo continuerà ad esercitare il proprio ruolo di garante dei diritti fondamentali in modo più che responsabile [151]. Pertanto, se anche dovessero aversi piccole deviazioni dalla giurisprudenza della Corte EDU, esse saranno transitorie e, comunque, giustificate, ragionevoli, in considerazione del fatto che anche la Corte di giustizia, ormai dalla fine degli anni '60, ha posto e sempre più pone al centro del processo di integrazione la tutela dell'individuo e dei suoi diritti fondamentali [152]. Da

sempre, del resto, il dialogo tra le due Corti è stato costruttivo e proficuo, con continua osmosi di valori tra i due ordinamenti di appartenenza, loro arricchimento reciproco ed allineamento e raccordo progressivi anche in caso di iniziali discrasie [153].

Forse, al fine di ulteriormente ridurre le eccezioni allo sviluppo omogeneo dell'ordine pubblico europeo, se non dovesse proficuamente concludersi il processo di adesione dell'Unione alla CEDU o comunque in alternativa ad essa, si potrebbe prospettare un'adesione dell'Unione al solo protocollo n. 16 [154], legittimando anche la Corte di giustizia ad investire la Corte di Strasburgo della richiesta di parere preventivo, per quanto, come noto, non vincolante [155]. Anche in questo caso, ad ogni modo, ed anche qualora si continuasse a fare ricorso (alla Carta e) ai principi generali anche in funzione conservativa, non deve sorgere alcun timore di discrasie inconciliabili tra le due giurisprudenze, nella piena consapevolezza che l'obiettivo ultimo dell'Unione è comunque quello di assicurare coerenza, omogeneità e coesistenza armoniosa tra le diverse giurisprudenze e lo sviluppo del processo di integrazione verso il livello più elevato di tutela.

NOTE

[1] L'altra fonte non scritta che vincola l'Unione europea, al pari di ogni altro soggetto di diritto internazionale, è il diritto internazionale generale: cfr., per tutte, Corte giust. 16 giugno 1998, C-162/96, *Racke*, punti 45-46; 3 settembre 2008, C-402/05 P e C-415/05 P, *Kadi e Al Barakaat International Foundation*, punto 291; 16 ottobre 2012, C-364/10, *Ungheria c. Slovacchia*, punto 44.

[2] La prima pronuncia che ha sancito il rispetto, da parte dell'allora Comunità economica europea e degli Stati membri, di un diritto fondamentale dell'individuo in quanto principio generale (di cui la Corte di giustizia è tenuta a garantire l'osservanza) è Corte giust. 12 novembre 1969, 29/69, *Stauder*, seguita da 17 dicembre 1970, 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft MBH*; 14 maggio 1974, 4/73, *Nold* e 13 dicembre 1979, 44/79, *Hauer*. La giurisprudenza consolidata della Corte è stata, come noto, codificata nel Trattato di Maastricht, al suo art. F, par. 2 (poi art. 6, par. 2, TUE, con il Trattato di Amsterdam).

[3] Si considerano cristallizzati e non semplicemente codificati, ad esempio, il diritto alla protezione dei dati di carattere personale, di cui all'art. 8 Carta (benché fondato tra l'altro – come risulta dalle stesse Spiegazioni alla Carta – sull'art. 8 Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, nel prosieguo: CEDU) e il diritto alle ferie annuali retribuite, di cui all'art. 31, par. 2, Carta (in tal senso cfr. conclusioni dell'Avvocato generale Tizzano dell'8 febbraio 2001, C-173/99, *BETCU*, punti 26-28). Sulla sostanziale mancanza di originalità della Carta e le previsioni di riferimento (CEDU, tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, altre norme internazionali) in essa riprodotte cfr., per tutti, P. PESCATORE, *La coopération entre la Cour communautaire, les juridictions nationales et la Cour européenne des droits de l'homme dans la protection des droits fondamentaux*, in *Rev. marché commun Union europ.*, 2003, p. 151 ss., spec. p. 154 ss. Ci si può comunque chiedere se tutti i principi generali relativi ai diritti fondamentali, enucleati dalla Corte di giustizia, siano stati davvero riprodotti nella Carta o se ne esistano alcuni che non sono confluiti al suo interno, come – ad esempio – il dovere di sollecitudine dell'amministrazione dell'Unione verso i suoi funzionari (su cui cfr., per tutti, T. LIVOLSI, *Le devoir de sollicitude dans le contentieux récent de la fonction publique de l'Union européenne*, in *Rev. Aff. Europ.*, 2014, p. 369 ss., e *infra*, par. XIV). Questione differente è, poi, quella della configurabilità di nuovi – ed autonomi – principi generali elaborati dalla Corte di giustizia dopo la stesura della Carta e, dunque, in essa evidentemente non riprodotti: sul punto v. sempre *infra*, par. XIV.

[4] Per la pubblicazione più recente (insieme con la versione consolidata di TUE e TFUE) cfr. *GUUE* C 326 del 26 ottobre 2012, p. 391 ss.

[5] In tal senso cfr., per tutti, S. IGLESIAS SANCHEZ, *The Court and the Charter: the impact of the entry into force of the Lisbon Treaty on the ECJ's approach to fundamental rights*, in *Common Market Law Rev.*, 2012, p. 1565 ss., spec. p. 1566; L. WEITZEL, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, avancée ou régression?*, in L. WEITZEL (sous la direction de), *L'Europe des droits fondamentaux. Mélanges en hommage à Albert Weitzel*, Paris, 2013, p. 225 ss., spec. p. 250. Analogamente cfr. il parere della Corte di giustizia 2/13 del 18 dicembre 2014, *Progetto di accordo internazionale – Adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali – Compatibilità di detto progetto con i Trattati UE e FUE*, punti 167-169.

[6] In particolare, nel senso che la riproduzione dei principi generali a tutela dei diritti fondamentali in un catalogo scritto fornisce ai cittadini uno strumento in cui ritrovare un "senso comune di identità" cfr. L.S. ROSSI, *Les rapports entre la Charte des droits fondamentaux et le traité de Lisbonne*, in *Chemins d'Europe: mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, Paris, 2010, p. 609 ss., spec. p. 620; A. ROSAS, H. KAILA, *L'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne par la Cour de justice: un premier bilan*, in questa *Rivista*, 2011, p. 1 ss., spec. p. 9, per quanto gli stessi AA. opportunamente evidenzino come, proprio sotto il profilo della visibilità, sia un controsenso già il fatto che la Carta non sia almeno allegata ai trattati, ma solo richiamata dal citato art. 6, par. 1, TUE.

[7] In tal senso, seppur con riguardo al par. 3 dell'art. I-9 del trattato costituzionale, riprodotto nell'art. 6, par. 3, TUE in esame cfr. J. GERKRATH, *Les principes généraux du droit ont-ils encore un avenir en tant qu'instruments de protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne*, in *Rev. Aff. Europ.*, 2006, p. 31 ss., spec. p. 38.

[8] Benché certa dottrina avesse originariamente negato il rango primario dei principi generali inerenti ai diritti fondamentali (cfr., ad esempio, G. GAJA, *Identifying the Status of General Principles in European Community Law*, in *AA.VV., Scritti in onore di G.F. Mancini*, Milano, 1998, vol. II, p. 445 ss., spec. p. 446), che essi abbiano valore costituzionale e, dunque, appunto, natura sostanzialmente primaria è stato ripetutamente affermato dalla Corte di giustizia, già prima che la Carta acquisisse natura cogente: cfr., ad esempio, Corte giust. 15 ottobre 2009, C-101/08, *Audiolux*, punto 63; 29 ottobre 2009, C-174/08, *NCC Construction Danmark*, punto 42; e, più implicitamente, 3 settembre 2008, C-402/05 P e C-415/05 P, *Kadi e Al Barakaat International Foundation*, cit., punto 276.

[9] Ulteriori tasselli della centralità dei diritti fondamentali nel sistema sono rappresentati dagli artt. 2 e 7 TUE: come noto, il primo elenca i valori su cui si fonda l'Unione (e la cui osservanza e promozione sono *conditio sine qua non* per l'adesione di Stati terzi, ex art. 49 TUE); il secondo prevede un meccanismo "sanzionatorio" per reagire alla violazione grave e persistente dei valori di cui all'art. 2 da parte di uno Stato membro.

[10] La stessa Commissione, in risposta a due interrogazioni parlamentari, ha chiarito che occorrerà rinegoziare il progetto di accordo di adesione a seguito del parere negativo della Corte di giustizia (su cui *infra*, nel testo), evidenziando la necessità di un «periodo di riflessione per esaminare il modo migliore di procedere» (cfr. doc. del 24 marzo 2015, consultabile all'indirizzo internet <http://www.europarl.europa.eu/sides/getAllAnswers.do?reference=E-2015-001195&language=IT>).

[11] Cfr. il citato parere 2/13, su cui – oltre ai numerosi commenti comparsi su vari blog, italiani e stranieri, nei giorni immediatamente successivi alla sua pubblicazione (per primo elenco dei quali cfr. <http://www.eurojus.it/il-parere-213-della-corte-di-giustizia-sulladesione-dellunione-europea-alla-cedu-follow-up-sulle-reazioni-della-dottrina/>) – tra i lavori più approfonditi si segnalano J.P. JACQUÉ, *CJUE – CEDH: 2-0*, in *Rev. trim. droit europ.*, 2014, p. 823 ss.; I. ANRÒ, *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU. L'evoluzione dei sistemi di tutela dei diritti fondamentali in Europa*, Milano, 2015, p. 273 ss.; L. BESSELINK, M. CLAES, J.-H. REESTMAN, *A Constitutional moment: Acceding to the ECHR (or not)*, in *Europ. Const. Law Rev.*, 2015, p. 2 ss.; F. CHERUBINI, *Qualche riflessione in merito alle prospettive di adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo alla luce del parere 2/13 della Corte di giustizia*, in *Studi int. europ.*, 2015, p. 243 ss.; EDITORIAL COMMENTS, *The EU's Accession to ECHR – a "NO" from ECJ!*, in *Common Market Law Rev.*, 2015, p. 1 ss.; P. EECKHOUT, *Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR and Judicial Dialogue – Autonomy or Autarky?*, in *Jean Monnet Working Paper Series*, 01/15, reperibile in <http://jeanmonnetprogram.org/paper/opinion-213-on-eu-accession-to-the-echr-and-judicial-dialogue-autonomy-or-autarky/>; D. SIMON, *Deuxième (o second et dernier?) coup d'arrêt à l'adhésion de l'Union à la CEDH: étrange avis 2/13*, in *Europe*, février 2015, p. 4 ss.; E. SPAVENTA, *The Protection of Fundamental Rights in the European Union after Opinion 2/13*, in *Maastricht Journal of European Comp. Law*, 2015, p. 35 ss.; V. ZAGREBELSKI, *L'UE e il controllo esterno della protezione dei diritti e delle libertà fondamentali in Europa. La barriera elevata dalla Corte di Giustizia*, in *Dir. umani dir. int.*, 2015, p. 125 ss.; C. ZANGHÌ, *La mancata adesione dell'Unione europea alla CEDU nel parere negativo della Corte di giustizia UE*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2015, p. 129 ss., nonché i diversi commenti comparsi sul *German Law Journal*, 2015, n. 1, in particolare quello di D. HALBERSTAM, «*It's the Autonomy, Stupid!*». *A Modest Defense of Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR, and the Way Forward*, p. 105 ss.

[12] Come comunque interpretata ed applicata dalla Corte di giustizia (sul tema v. *infra*, parr. IX e XV).

[13] A ragione qualificata "fabbrica del diritto UE": cfr. il volume di P. MBONGO, A. VAUCHEZ (éds.), *Dans la fabrique du droit européen. Scènes, acteurs et publics de la Cour de justice des Communautés européennes*, Bruxelles, 2009. Sul ruolo della Corte di giustizia nell'accertamento dei diritti fondamentali e, dunque, nell'elaborazione dei principi generali ad essi relativi cfr., per tutti, F. CAPOTORTI, *Il diritto comunitario non scritto*, in *Dir. com. scambi int.*, 1983, p. 409 ss.; A. ARNULL, *The General Principles in EEC Law and the Individual*, Leicester, 1990; A. ADINOLFI, *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e la loro influenza negli ordinamenti degli Stati membri*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1994, p. 521 ss.; X. GROUSSOT, *General Principles of Community Law*, Groningen, 2006; T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, 2nd ed., Oxford, 2006; K. LENAERTS, J.A. GUTIÉRREZ-FONS, *The Constitutional Allocation of Powers and General Principles of EU Law*, in *Common Market Law Rev.*, 2010, p. 1629 ss.

[14] Ciò, peraltro, vale, oltre che per la CEDU, anche per tutti i suoi protocolli addizionali, anche se non ratificati da tutti gli Stati dell'Unione (diversamente da quanto avverrebbe in base all'adesione ex art. 6, par. 2, TUE, che avrebbe ad oggetto solo la CEDU e i protocolli nn. 1 e 6 cui hanno aderito tutti gli Stati membri), e purché – ovviamente – le loro previsioni siano "riprese" nella Carta o rilevino per il tramite di un principio generale (*amplius*, cfr. S. PEERS, S. PRECHAL, *Article 52*, in S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, A. WARD (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights*, Oxford, 2014, p. 1457 ss., spec. p. 1492 s., che ben evidenziano come la Carta richiami anche altri accordi internazionali che non sono ratificati e vincolanti per tutti gli Stati membri). Si pensi, per tutti, al principio del *ne bis in idem*, oggi codificato nell'art. 50 Carta e sancito dall'art. 4 del protocollo n. 7 CEDU, che appunto non vincola tutti gli Stati dell'Unione.

[15] Nonché, in particolare, il considerando n. 6 del preambolo del protocollo n. 30 allegato al TUE e al TFUE (su cui *infra*, par. XIII) e come costantemente ribadisce la giurisprudenza della Corte di giustizia.

[16] Per interviste ai membri della stessa Corte di giustizia che sostengono l'inesistenza di qualsivoglia gerarchia tra Carta e principi generali di diritto, cfr. S. MORANO-FOADI, S. ANDREADAKIS, *Reflections on the Architecture of the EU after the Treaty of Lisbon: The European Judicial Approach to Fundamental Rights*, in *Europ. Law Journal*, 2011, p. 595 ss.

[17] Prassi che conferma la centralità del ruolo della Corte di giustizia, anche dopo Lisbona, nell'evoluzione del processo di integrazione europea. Si rinviene un solo rinvio pregiudiziale (cfr. causa C-40/11, *Iida*) in cui la Corte è stata investita espressamente di una questione inerente al rapporto tra Carta e principi generali e alla possibilità di riconoscere ai secondi una vita giuridica «autonoma e indipendente» accanto ai diritti sanciti dalla Carta, qualora essa non sia applicabile: la Corte, nella sua sentenza dell'8 novembre 2012, non ha però preso posizione sul punto.

[18] Benché non tutta la dottrina concordi: cfr., ad esempio, F. SUDRE, *Article I-9*, in L. BURGORGUE-LARSEN, A. LEVADE, F. PICOD (éd), *Traite établissant une Constitution pour l'Europe. t. 2, La Charte des droits fondamentaux de l'Union*, Bruxelles, 2005, p. 141 ss., p. 153 s., che riconosce alla Carta valore costituzionale e ai principi generali valore infra-costituzionale o sovra-legislativo; C. GRABENWARTER, K. PABEL, *Article 6 [Fundamental Rights – The Charter and the ECHR]*, in H.-J. BLANKE, S. MANGIAMELI (eds), *The Treaty on European Union (TEU): A Commentary*, Berlin, Heidelberg, 2013, p. 287 ss., spec. p. 334, dove si afferma che principi generali sono subordinati alla Carta. Pare distinguere il rango dei principi generali da quello della Carta anche F. BERROD, *L'autonomie de l'Union européenne est-elle soluble dans le droits de l'homme? (1) Quelques propos (im)pertinents sur l'identité constitutionnelle de l'Union européenne au travers du prisme de l'adhésion de l'UE à la CEDH*, in *Europe(s), Droit(s) européen(s) – Une passion d'universitaire. Liber Amicorum en l'honneur du professeur Vlad Constantinesco*, Bruxelles, 2015, p. 65 ss., spec. p. 66.

[19] V. *infra*, par. XIV.

[20] Sull'ambito di applicazione della Carta cfr., per tutti, K. LENAERTS, *Exploring the Limits of the EU Charter of Fundamental Rights*, in *Europ. Const. Law Rev.*, 2012, p. 365 ss.; ID., *The EU Charter of Fundamental Rights: Scope of Application and Methods of Interpretation*, in V. KRONENBERGER, M.T. D'ALESSIO, V. PLACCO (sous la coordination), *De Rome à Lisbonne: les juridictions de l'Union européenne à la croisée des chemins. Hommage en l'honneur de P. Mengozzi*, Bruxelles, 2013, p. 107 ss.; T. VON DANWITZ, K. PARASCHAS, *A Fresh Start for the Charter: Fundamental Questions on the*

Application of the European Charter of Fundamental Rights, in *Fordham Int. Law Journal*, 2012, p. 1396 ss.; E. HANCOX, *The Meaning of "Implementing" EU Law under Article 51 (1) of the Charter: Åkerberg Fransson*, *Common Market Law Rev.*, 2013, p. 1411 ss.; D. SARMIENTO, *Who's afraid of the Charter? The Court of Justice, National Courts and the new framework of Fundamental Rights Protection in Europe*, in V. KRONENBERGER, M.T. D'ALESSIO, V. PLACCO (sous la coordination), *De Rome à Lisbonne*, cit., p. 1267 ss.; B. VAN BOCKEL, P. WATTEL, *New Wine into Old Wineskins: the Scope of the Charter of Fundamental Rights of EU after Åglakaren v. Hans Fransson*, in *Europ. Law Rev.*, 2013, p. 874 ss.; A. DI STASI, *L'ambito di applicazione della Carta dei diritti fondamentali per gli Stati membri dell'Unione europea: verso nuovi limiti o "confini" tra ordinamenti?*, in AA.VV., *Scritti in onore di Giuseppe Tesauo*, Napoli, vol. I, 2014, p. 165 ss.; A. TIZZANO, *L'application de la Charte des droits fondamentaux dans les États membres à la lumière de son article 51, paragraphe 1*, in questa *Rivista*, 2014, p. 429 ss.; M. DOUGAN, *Judicial Review of Member State Action under the General Principles and the Charter: Defining the "Scope of Union Law"*, in *Common Market Law Rev.*, 2015, p. 1201 ss.; P. MENGOZZI, *La rilevanza giuridica e l'ambito di applicazione della Carta alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Studi int. europ.*, 2015, p. 23 ss.; B. NASCIBENE, *Il principio di attribuzione e l'applicabilità della Carta dei diritti fondamentali: l'orientamento della giurisprudenza*, in *Riv. dir. int.*, 2015, p. 49 ss.

[21] Per tale espressione (corsivo aggiunto) cfr. K. LENAERTS, *The EU Charter of Fundamental Rights: Scope of Application and Methods of Interpretation*, cit., p. 117; K. LENAERTS, J. A. GUTIERREZ-FONS, *The Place of the Charter in the EU Constitutional Edifice*, in S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, A. WARD (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights*, cit., p. 1559 ss., spec. p. 1568.

[22] Si tratta, del resto, della giurisprudenza richiamata nelle stesse Spiegazioni della Carta, *sub art.* 51. Non possono, peraltro, non rammentarsi taluni casi in cui la Corte di giustizia ha ampliato in modo non pienamente comprensibile né prevedibile l'ambito applicativo della Carta (cfr. Corte giust. 26 febbraio 2013, C-617/10, *Akerberg Fransson*, dove pur si dichiara – al punto 20 – che l'art. 51 Carta conferma la giurisprudenza della Corte sull'ambito di applicazione dei principi generali, o la più recente pronuncia del 16 aprile 2015, cause riunite da C-446/12 a C-449/12, *Willems e a.*), tentando poi in altri casi di meglio definirne i contorni e, dunque, i criteri rilevanti per verificare se si rientra o meno nella sfera di operatività, appunto, della Carta (cfr., Corte giust. 6 marzo 2014, C-206/13, *Siragusa*, punti 20-25; 10 luglio 2014, C-198/13, *Hernandez*, punti 32-37). Si noti che anche rispetto alle altre clausole orizzontali della Carta, in particolare quella di cui all'art. 52, par. 1, pare riscontrabile una codificazione della pregressa giurisprudenza della Corte sulle possibili limitazioni dei diritti fondamentali in quanto principi generali, giurisprudenza che viene ripresa, chiarita e specificata nelle pronunce del giudice di Lussemburgo successive all'entrata in vigore del trattato di Lisbona relative all'applicazione della Carta: cfr., ad esempio Corte giust. 8 aprile 2014, C-293/12 e C-594/12, *Digital Rights Ireland e Seitlinger e a.*, punti 38-69; 27 maggio 2014, C-129/14 PPU, *Spasic*, punti 54-74; 29 aprile 2015, C-528/13, *Léger*, punti 51-58.

[23] Espressamente in tal senso cfr. D. SARMIENTO, *Who's afraid of the Charter?*, cit., p. 1277 s.

[24] Per un'analisi dell'impiego della Carta da parte della Corte anche prima che essa acquisisse carattere giuridico vincolante e per gli approcci giurisprudenziali dopo l'entrata in vigore del trattato di Lisbona cfr., per tutti, U. VILLANI, *I diritti fondamentali tra Carta di Nizza, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e progetto di Costituzione europea*, in questa *Rivista*, 2004, p. 73 ss.; X. GROUSSOT, L. PECH, *La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne après le traité de Lisbonne*, reperibile in http://www.robert-schuman.eu/question_europe.php?num=qe-173; G. DI FEDERICO (ed.), *The EU Charter of Fundamental Rights. From Declaration to Binding Instrument*, Dordrecht-Heidelberg-London-New York, 2011; A. ROSAS, H. KAILA, *L'application de la Charte des droits fondamentaux*, cit.; S. IGLESIAS SANCHEZ, *The Court and the Charter*, cit.; L. TRUCCO, *Carta dei diritti fondamentali e costituzionalizzazione dell'Unione europea. Un'analisi delle strategie argomentative e delle tecniche decisorie a Lussemburgo*, Torino, 2013; P. MENGOZZI, *La rilevanza giuridica e l'ambito di applicazione della Carta*, cit.

[25] Si pensi, per tutte, alla scarsa chiarezza e quindi al conseguente ampio margine di manovra della Corte con riguardo alla mancata precisa distinzione tra diritti e principi, rispetto a cui non vengono in reale aiuto né le singole previsioni della Carta (spesso rubricandosi come principio norme che configurano diritti e viceversa: cfr., per tutti, rispettivamente l'art. 49, sui principi di legalità e di proporzionalità dei reati e delle pene, e l'art. 27 Carta, sul diritto dei lavoratori all'informazione e alla consultazione nell'ambito dell'impresa), né il par. 5 dell'art. 52 Carta né le Spiegazioni ad essa allegate.

[26] Nel senso che l'esistenza di un catalogo scritto di diritti fondamentali porta a pensare che la Corte di giustizia abbia le "mani più legate" e sia costretta a considerare i diritti "more seriously" cfr., per tutti, D. SARMIENTO, *Who's afraid of the Charter?*, cit., p. 1270.

[27] In tal senso pare esprimersi, ad esempio, L. DUBOUIS, *Les principes généraux du droit communautaire, un instrument périmé de protection des droits fondamentaux?*, in *Les mutations contemporaines du droit public. Mélanges en l'honneur de Benoît Jeanneau*, Paris, 2002, p. 77 ss., p. 89, pur ribadendo poi la funzione insostituibile dei principi generali al fine di integrare l'ordinamento giuridico dell'Unione (su tale funzione v. *infra*, par. XIV). Qualifica i principi generali di diritto come "source subsidiaire", benché specialmente rispetto allo scenario che si delineerebbe dopo l'adesione dell'Unione alla CEDU, ad esempio, J. GERKRATH, *Les principes généraux du droit*, cit., p. 42.

[28] Prospetta questa possibile lettura, ad esempio, J.-C. BONICHOT, *Des rayons et des ombres: les paradoxes de l'article 6 du Traité sur l'Union européenne*, in *La conscience des droits. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa*, Paris, 2011, p. 49 ss., spec. p. 64. Analogamente, nel senso della non necessità dell'art. 6, par. 3, TUE cfr. C. GRABENWARTER, K. PABEL, *Article 6 [Fundamental Rights – The Charter and the ECHR]*, cit., p. 333 ss., dove se ne evidenzia persino la "pericolosità". Definisce almeno "dubbia" la scelta di mantenere il par. 3 dell'art. 6 TUE L. DANIELE, *La protezione dei diritti fondamentali nell'Unione europea dopo il trattato di Lisbona: un quadro d'insieme*, in questa *Rivista*, 2009, p. 645 ss., spec. p. 650.

[29] *Infra*, parr. XI-XIII. A favore del mantenimento dell'art. 6, par. 3, TUE, specie in funzione integrativa, cfr., in particolare, L. WEITZEL, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, avancée ou régression?*, cit., che sottolinea come esso «n'est pas anodine et relève [...] du souci des États membres de ne pas remettre en question l'acquis jurisprudentiel et les potentialités» dei principi generali di diritto (p. 229).

[30] Un principio generale di diritto può infatti risultare codificato o cristallizzato nella Carta in forma di diritto o di principio, anche in virtù della sua pregressa definizione da parte della Corte di giustizia, con le differenze che ne

discendono quanto alla giustiziabilità dei primi e alla mera funzione interpretativa e di parametro di legittimità dei secondi ex art. 52, par. 5, Carta. Su tale ultima previsione e la sua portata cfr., in particolare, le conclusioni dell'avvocato generale Cruz Villalón del 18 luglio 2013, nella causa C-176/12, *Association de médiation sociale*, punti 42-80; in dottrina, con ampia analisi della giurisprudenza rilevante, cfr. D. GUÐMUNDSDÓTTIR, *A Renewed Emphasis on the Charter's Distinction Between Rights and Principles: Is a Doctrine of Judicial Restraint More Appropriate?*, in *Common Market Law Rev.*, 2015, p. 685 ss.

[31] Cfr., per tutte, Corte giust. 19 gennaio 2010, C- 555/07, *Kücükdeveci*; 3 luglio 2014, C-129/13 e C-130/13, *Kamino International Logistics e a.* Sull'applicazione dei principi generali di diritto data l'inapplicabilità *ratione temporis* della Carta v. *infra*, par. VII e par. XI.

[32] Si ricordi che il primo richiamo della Carta dei diritti fondamentali ad opera della Corte di giustizia, dopo la sua proclamazione a Nizza, prima che acquisisse carattere giuridico vincolante, Corte giust. 27 giugno 2006, C-540/03, *Parlamento europeo c. Consiglio* (poi seguito, *inter alia*, dai richiami nelle sentenze 13 marzo 2007, C-432/05, *Unibet*; 3 maggio 2007, causa C-303/05, v.z.w. *Advocaten voor de Wereld*; 14 febbraio 2008, C-244/06, *Dynamic Medien*). Gli Avvocati generali e il Tribunale (allora ancora di primo grado) richiamano invece la Carta poco dopo la sua proclamazione nel dicembre 2000: per tutte, cfr. le conclusioni dell'Avvocato generale Tizzano, 8 febbraio 2001, C-173/99, *BETCU*, cit.; Trib. 3 maggio 2002, T-177/01, *Jégo-Quéré*.

[33] Cfr., ad esempio, Corte giust. 10 settembre 2010, 149/10, *Chatzi*; 22 dicembre 2010, C-208/09, *Sayn-Wittgenstein*; 22 dicembre 2010, C-279/09, *DEB*; 1° marzo 2011, C-236/09, *Test-Achats ASBL*; 29 marzo 2011, C-352/09 P, *ThyssenKrupp Nirosta GmbH*; 29 luglio 2011, C-69/10, *Samba Diouf*; 13 settembre 2011, C-447/09, *Prigge*; 25 ottobre 2011, causa C-109/10 P, *Solvay SA*; 8 dicembre 2011, C-272/09 P, *KME Germany AG*; 14 febbraio 2012, C-17/10, *Toshiba Corporation*.

[34] Cfr., ad esempio, 18 dicembre 2014, C-562/13, *Abdida*. Tale inversione nel richiamo delle due fonti si verifica forse anche in considerazione del fatto che la Carta diviene sempre più spesso applicabile *ratione temporis* più ci si allontana dalla data di entrata in vigore del trattato di Lisbona.

[35] Su cui cfr. T. TRIDIMAS, *Fundamental Rights, General Principles of EU Law, and the Charter*, in *The Cambridge Yearbook of Eur. Legal Studies*, vol. 16, 2013-2014, p. 361 ss.; G. DE BÚRCA, *After the EU Charter of Fundamental Rights: The Court of Justice as a Human Rights Adjudicator?*, in *Maastricht Journal of Eur. and Comp. Law*, 2013, p. 168 ss.

[36] Sulla maggior flessibilità garantita dall'impiego dei principi generali piuttosto che dal ricorso alla Carta cfr., in particolare, M. WIMMER, *The Dinghy's Rudder: General principles of European Union Law through the Lens of Proportionality*, in *Europ. Public Law*, p. 331 ss., spec. p. 342 s.

[37] Si ricordi che – secondo quanto previsto dai parr. 3 e 4 dell'art. 52 Carta – essa deve essere interpretata (i) alla luce della CEDU (e della giurisprudenza di Strasburgo: quest'ultima, in realtà, richiamata solo dal preambolo della Carta e nelle sue Spiegazioni, *sub* art. 52, par. 3), che costituisce lo standard minimo di tutela dei diritti fondamentali sanciti dalla Carta aventi un corrispondente in una norma della CEDU (ammettendosi sempre un innalzamento del livello di protezione: per un esempio siffatto cfr. la citata sentenza 22 dicembre 2010, C-279/09, *DEB*, dove il diritto al gratuito patrocinio, espressione del diritto al giusto processo ex art. 47 Carta, pare riconosciuto anche in capo alle persone giuridiche, oltre quanto assicurato, in linea di principio, dalla Corte di Strasburgo ex art. 6 CEDU); e (ii) in armonia con le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri. Per esempi di possibili interpretazioni estensive/evolutive di norme della Carta a fronte di interpretazioni siffatte di corrispondenti norme CEDU v. *infra*, par. IX.

[38] Cfr. Corte giust. 13 maggio 2014, C-131/12. Su tale pronuncia cfr., per tutti, C. BERNARD-GLANZ, *Les arrêts Digital Rights Ireland et Google Spain, ou le printemps européen de la protection des données*, in *Cahiers droit europ.*, 2014, p. 685 ss.; O. POLLICINO, *Un digital right to privacy preso (troppo) sul serio dai giudici di Lussemburgo? Il ruolo degli artt. 7 e 8 della Carta di Nizza nel reasoning di Google Spain*, in *Dir. informaz. informatica*, 2014, p. 569 ss.; F. BESTAGNO, *Validità e interpretazione degli atti dell'UE alla luce della Carta: conferme e sviluppi nella giurisprudenza della Corte in tema di dati personali*, in questa Rivista, 2015, p. 25 ss.

[39] Si tratta della direttiva relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati, in *GUCE* L 281 del 23 novembre 1995.

[40] E non, come pur talora riportato, il diritto all'oblio, che si riscontrerebbe se all'obbligo per il motore di ricerca di eliminare, dall'elenco dei risultati che compare dopo la ricerca effettuata a partire dal nome dell'interessato, i link a pagine web pubblicate da terzi e contenenti informazioni relative a tale soggetto, si accompagnasse (o solo si sostituisse) l'obbligo di sopprimere siffatte informazioni pubblicate on line in capo al terzo che le ha originariamente immesse in rete (soppresse le informazioni dal "sito originario", tali dati non potrebbero, infatti, più essere indicizzati).

[41] Cfr. punto 99 della sentenza in esame.

[42] *Ibidem*, punti 68 e 69.

[43] Eventualmente insieme con una loro definitiva affermazione come principi generali, se si tratta di norme della Carta che cristallizzano – anziché codificare – una norma non scritta.

[44] In tal senso sembra esprimersi C. LADENBURGER, *Institutional Report. Session on "protection of Fundamental Rights post-Lisbon – The interaction between the Charter of fundamental Rights, the European Convention of Human Rights and National Constitution"*, FIDE 2012, p. 4 s. (cfr. http://www.fide2012.eu/index.php?doc_id=88). Per possibili eccezioni all'interpretazione parallela di norme della Carta e corrispondenti principi generali v. *infra*, par. XV.

[45] Cfr., ad esempio, Corte giust. 9 novembre 2010, C-92/09 e C-93/09, *Volker und Markus Schecke GbR e Eifert*; 29 marzo 2011, C-352/09 P *ThyssenKrupp c. Commissione*.

[46] Cfr. Corte giust. 13 maggio 2014, 131/12, *Google Spain*; 18 dicembre 2014, C-562/13, *Abdida*, ma anche, ad esempio, 6 novembre 2012, C-199/11, *Otis e a.*; 22 maggio 2014, 539/12, *Z.J.R. Lock*; 22 maggio 2014, C-356/13, *Glatzel*; 3

settembre 2014, C-201/13, *Deckmyn*; 11 settembre 2014, C-112/13, *A. c. B.*; 12 dicembre 2014, C-580/12 P, *Guardian Industries Corp.*

[47] Cfr., ad esempio, 8 aprile 2014, C-293/12 e C-594/12, *Digital Rights Ireland e Seitlinger e a.*, cit.; 10 luglio 2014, C-220/13 P, *Kalliopei Nikolaou c. Corte dei Conti*; 23 ottobre 2014, C-437/13, *Unitrading*; 11 dicembre 2014, C-212/13, *Ryneš*; 18 dicembre 2014, C-131/13, C-163/13 e C-164/13, *Staatssecretaris van Financiën e a.*; 12 febbraio 2015, C-662/13, *Surgicare – Unidades de Saúde SA.*

[48] Se la Corte rigetta la questione ad essa sottoposta o ritiene non rilevante il richiamo di Carta e principi generali operato dalle parti o dal giudice *a quo*, o al contrario ritiene manifestamente fondata la questione o "accoglibile" l'interpretazione suggerita dal giudice *a quo* o dalle parti, spesso essa richiama soltanto la previsione rilevante della Carta, senza esaminarla nel dettaglio: cfr., ad esempio, 12 febbraio 2015, C-662/13, *Surgicare – Unidades de Saúde SA.*

[49] Come se esistesse una sorta di gerarchia tra i diversi principi generali e, quindi, tra i vari diritti e principi sanciti dalla Carta, anche se un'impostazione di tal fatta non sembra da avallare (sulla configurabilità di alcuni diritti/ principi come più rilevanti di altri cfr., per tutti, L.S. ROSSI, *How Fundamental are Fundamental Principles? Primacy and Fundamental Rights after Lisbon*, in *Yearbook Europ. Law*, 2008, p. 65 ss.). Il richiamo tanto alla fonte scritta quanto a quella non scritta si riscontra di regola con riferimento, ad esempio, al principio del giusto processo, di cui all'art. 47 Carta (per un'eccezione v. *infra*, nota 51).

[50] Tendenzialmente la *grande chambre* richiama sempre anche i principi generali di diritto corrispondenti alle norme della Carta che rilevano nella specie: cfr., ad esempio, le menzionate Corte giust. 13 maggio 2014, C-131/12, *Google Spain*; 18 dicembre 2014, C-562/13, *Abdida*; 3 settembre 2014, C-201/13, *Deckmyn* e 26 novembre 2013, C-50/12 P, *Kendrion KV.*

[51] Una dimenticanza siffatta sembra riscontrabile in Corte giust. 12 giugno 2014, *Deltafina*, C-578/11 P (emessa dalla sezione II), che – pronunciandosi sulla durata ragionevole del processo dinanzi al Tribunale dell'Unione – richiama il solo art. 47 Carta e non anche il corrispondente principio generale di diritto, come invece accade in tutte le decisioni della Corte che verificano il rispetto di tale principio da parte del Tribunale (cfr., solo per ricordarne alcune, Corte giust. 26 novembre 2013, C-50/12 P, *Kendrion KV*, cit.; 30 aprile 2014, C-238/12 P, *FLSmidth & Co. A/S*; 19 giugno 2014 C-243/12 P, *FLS Plast A/S*).

[52] Cfr., ad esempio, Corte giust. 10 maggio 2011, C-147/08, *Römer*; 24 gennaio 2012, C-282/10, *Dominguez*; 12 dicembre 2013, C-267/12, *Hay*.

[53] Cfr. Corte giust. 28 aprile 2011, C-61/11 PPU, spec. punto 61.

[54] Cfr. Corte giust. 18 dicembre 2014, C-354/13.

[55] Cfr. direttiva che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, in *GUCE* L 303 del 2 dicembre 2000. Nel caso in esame la Corte di giustizia, per certi versi, sembra quasi contraddirsi tra la prima e la seconda parte del proprio ragionamento, che pare svolto in senso opposto rispetto a quello che di regola essa segue per verificare se si rientra o meno nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione e, quindi, ammettere o meno l'operatività della Carta (spec. punti 31-40 e 42-64).

[56] Anche in considerazione di quanto già affermato da Corte cost. 22 maggio 2014, C-356/13, *Glatzel*, cit., punto 44 ss., dove chiaramente si legge che la nozione di disabilità non è definita nella Carta ed essa può essere riempita di contenuto ad opera del legislatore dell'Unione, e – perché no – della Corte di giustizia.

[57] Cfr. punti 53 e 59 della sentenza in esame.

[58] Cfr. sentenze 18 marzo 2014, rispettivamente C-167/12 e C-363/12.

[59] Sulla disciplina di tale istituto negli Stati dell'Unione cfr. lo studio del Parlamento europeo, *A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States*, 2013, consultabile all'indirizzo [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2013/474403/IPOL-JURI_ET\(2013\)474403_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2013/474403/IPOL-JURI_ET(2013)474403_EN.pdf), nonché lo studio effettuato dalla Corte EDU i cui risultati sono riportati nelle sentenze *Labassee c. Francia* e *Menesson c. Francia*, entrambe del 26 giugno 2014, rispettivamente ai parr. 31-33 e 40-42. Secondo tali studi, la maternità surrogata sarebbe espressamente autorizzata, tra i Paesi dell'Unione, solo in Grecia, Paesi Bassi e Regno Unito, e purché non sia prevista una remunerazione per la madre surrogata (che può essere solo indennizzata). La surrogazione sembra, inoltre, tollerata in Belgio, Lussemburgo, Polonia e Repubblica ceca, ove non vi è però alcuna espressa regolamentazione in proposito.

[60] Specie se essa allatta o possa allattare al seno il bambino. La discriminazione si realizzerebbe, secondo le ricorrenti nei giudizi principali, in violazione, oltre che della citata direttiva 2000/78/CE, della direttiva 92/85/CEE, concernente l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute sul lavoro delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento, in *GUCE* L 348 del 28 novembre 1992, e della direttiva 2006/54/CE, riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego (rifusione), in *GUUE* L 204 del 26 luglio 2006.

[61] A favore di una soluzione siffatta tenendo conto dell'interesse superiore del minore pare esprimersi l'Avvocato generale Kokott nelle conclusioni del 26 settembre 2013, C-167/12, *C.D.*, spec. punto 60.

[62] Da ultimo, cfr. ad esempio Corte giust. 16 luglio 2015, C-184/14, *A. c. B.*, dove si interpreta l'art. 3, lett. c) e d), del regolamento (CE) n. 4/2009 relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari (in *GUUE* L 7 del 10 gennaio 2009) alla luce dell'art. 24, par. 2, Carta, affermandosi che «quando due giudici sono investiti, rispettivamente, di un'azione relativa alla separazione o allo scioglimento del vincolo coniugale tra coniugi genitori di figli minori e di un'azione vertente sulla responsabilità genitoriale su tali minori, una domanda di obbligazione alimentare in favore di questi ultimi [...] può essere considerata accessoria solamente all'azione in materia di responsabilità genitoriale» (punti 46-47).

[63] Secondo cui, rispettivamente «[i] minore ha il diritto di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, salvo qualora ciò sia contrario al suo interesse» e «[a] fine di poter conciliare vita familiare e vita

professionale, ogni persona ha [...] il diritto a un congedo di maternità retribuito e a un congedo parentale dopo la nascita o l'adozione di un figlio».

[64] Cfr. CEDU 26 giugno 2014, *Menneson c. Francia*; 26 giugno 2014, *Labassee c. Francia*; 27 gennaio 2015, *Paradiso e Campanelli c. Italia* (attualmente oggetto di rinvio alla Grande Chambre, su richiesta del Governo italiano del 1° giugno 2015). Sempre in tema di maternità surrogata cfr. i seguenti casi pendenti dinanzi alla Corte EDU: *Laborie e. a. c. Francia* (n. 44024/13); *Foulon c. Francia* (n. 9063/14); *Bouvet c. Francia* (n. 10410/14).

[65] Sul dialogo tra le due Corti in tema di maternità surrogata cfr. I. ANRÒ, *Surrogacy from the Luxembourg and Strasbourg perspectives*. paper for the 1st Jean Monnet Doctoral Workshop on *Dialogue Between Judges. The Court of Justice of the European Union and Other International Courts*, Université de Genève, 23-26 settembre 2015, in corso di pubblicazione sul sito www.ceje.ch, ed ivi ulteriori riferimenti bibliografici.

[66] A favore di questa soluzione "graduale" si potrebbero richiamare le citate conclusioni dell'Avvocato generale Kokott nella causa C-167/12, *C.D.*, dove si afferma che «una madre affidataria, che abbia avuto un figlio per effetto di un contratto di maternità surrogata, successivamente alla nascita del bambino ha in ogni caso diritto al congedo di maternità ai sensi degli artt. 2 e 8 della direttiva 92/85 *qualora* assuma la custodia del bambino dopo la sua nascita, *la maternità surrogata sia lecita nello Stato membro interessato e siano soddisfatti i requisiti previsti dalla normativa nazionale dello Stato membro medesimo*, anche nel caso in cui la madre affidataria non provveda all'allattamento del bambino dopo la nascita, dovendo [...] il congedo durare almeno due settimane e [...] essere computato il congedo di maternità di cui abbia eventualmente usufruito la madre surrogata» (punto 90, corsivi aggiunti).

[67] Cfr., rispettivamente, Corte giust. 1° aprile 2008, C-267/06; 10 maggio 2011, C-147/08, cit.; 12 dicembre 2013, C-267/12.

[68] A livello internazionale, per il primo riconoscimento del diritto all'acqua come diritto fondamentale dell'individuo cfr. il piano d'azione Mar del Plata, adottato dalla conferenza sull'acqua delle Nazioni Unite del 1977 (cfr. risoluzione A/RES/32/158, 19.12.1977). Per un riconoscimento ufficiale da parte dell'Assemblea Generale cfr. la risoluzione del 2010 A/RES/

64/292 (poi ripresa nella risoluzione del 2013 A/RES/68/157). Nell'ordinamento dell'Unione, si segnala l'iniziativa dei cittadini europei "Right2Water", del dicembre 2013 (cfr. <http://www.right2water.eu/>), con cui si è chiesto alla Commissione di proporre una normativa che sancisca il diritto umano universale

all'acqua potabile ed ai servizi igienico-sanitari, come riconosciuto dalle Nazioni Unite, promuovendo al contempo l'erogazione di servizi idrici e igienico-sanitari come servizi pubblici fondamentali. La Commissione, con una comunicazione del marzo 2014, pur non dando seguito formale all'iniziativa, ha assicurato che imposterà la propria azione futura continuando a considerare l'acqua potabile ed i servizi igienico-sanitari nella loro dimensione di diritto umano ed a garantire che questo principio permanga al centro delle sue politiche (tutti i documenti pertinenti sono disponibili all'indirizzo internet <http://ec.europa.eu/citizens-initiative/public/initiatives/finalised/details/2012/000003/it>).

[69] Ed eventualmente desumendolo dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri. Con riguardo al nostro ordinamento, cfr. la dichiarazione dei diritti in internet, approvata dalla Camera il 28 luglio 2015 (reperibile qui http://www.camera.it/application/xmanager/projects/leg17/commissione_internet/TESTO_ITALIANO_DEFINITVO_2015.pdf), spec. sub art. 2, in tema di diritto di accesso.

[70] Cfr., in particolare, la risoluzione del Parlamento europeo, del 20 ottobre 2010, sul ruolo del reddito minimo nella lotta contro la povertà e la promozione di una società inclusiva in Europa (2010/2039(INI)), consultabile all'indirizzo <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2010-0375+0+DOC+XML+V0//IT>. Meno sensibile al tema pare la Corte di giustizia, che

nella più recente giurisprudenza in materia di libertà di circolazione delle persone, riferendosi a prestazioni di assistenza sociale previste dagli ordinamenti nazionali, impone condizioni di portata non irrilevante ai fini della concessione di tali prestazioni nei confronti di persone che non abbiano la cittadinanza dello Stato membro interessato (cfr. Corte giust. 11 novembre 2014, C-333/13, *Dano*; 15 settembre 2015, C-67/14, *Jobcenter Berlin Neukölln*). In dottrina, sui rapporti tra forme di reddito minimo e ordinamento dell'Unione, cfr., *inter alia*, P.C. SCHMITTER, M.W. BAUER, *A (modest) proposal for expanding social citizenship in the European Union*, in *Journal of Europ. Social Policy*, 2001, p. 55 ss.; B. CANTILLON, H. VERSCHUEREN, N. VAN MECHELEN, *Towards minimum income protection in Europe: budgetary and political obstacles to overcome*, in *Europ. Journal of Social Security*, 2011, p. 453 ss.; F. VANDENBROUCKE, B. CANTILLON, N. VANMECHELEN, T. GOEDEME, A. VAN LANCKER, *The EU and Minimum Income Protection: Clarifying the Policy Conundrum*, in I. MARX, K. NELSON, *Minimum Income Protection in Flux*, Basingstoke, 2013, p. 271 ss.

[71] Cfr. Corte EDU 4 marzo 2014, confermata dalla sent. 20 maggio 2014, *Nykänen c. Finlandia* e dalla sent. 27 novembre 2014, *Lucky Dev c. Svezia*.

[72] Cfr. Corte EDU 8 giugno 1976, *Engel e a. c. Paesi Bassi*, secondo cui, ai fini della valutazione della natura penale delle sanzioni, sono rilevanti tre criteri: il primo consiste nella qualificazione giuridica dell'illecito nel diritto nazionale, il secondo nella natura dell'illecito e il terzo nella natura nonché nel grado di severità della sanzione in cui l'interessato rischia di incorrere.

[73] Cfr. Corte giust. 26 febbraio 2013, C-617/10, cit., punti 32-37 in combinato disposto con il punto 29.

[74] Cfr. Corte giust. ord. 15 aprile 2015, C-497/14.

[75] Cfr., rispettivamente, causa C-217/05, in *GUUE* C 245 del 27 luglio 2015, p. 8; causa C-350/15, *ibidem* C 311 del 21 settembre 2015, p. 34; C-524/15, non ancora pubblicata in *GUUE*.

[76] Nel senso, addirittura, che anche in assenza di un intervento della Corte di giustizia spetterebbe comunque ai giudici comuni procedere come indicato nel testo, riconoscendo effetto diretto all'art. 50 Carta e, quindi, disapplicando la normativa nazionale con esso - letto alla luce dell'art. 52, par. 3, Carta - contrastante (ovvero l'art. 649 c.p.p., anche senza necessità di ricorrere alla Corte costituzionale che ne sancisca l'illegittimità nella parte in cui non prevede l'operatività del *ne bis in idem* anche rispetto a precedenti procedimenti *in idem* formalmente amministrativi ma al cui esito

si comminino sanzioni di natura sostanzialmente penale) cfr. F. VIGANÒ, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della Carta? (a margine della sentenza Grande Stevens della Corte EDU)*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 2014, p. 219 ss.

[77] Nelle citate Corte EDU 20 maggio 2014, *Nykänen c. Finlandia* e 27 novembre 2014, *Lucky Dev c. Svezia*.

[78] Si pensi, ad esempio, alla frode in materia di IVA (rilevante nei tre casi pendenti dinanzi alla Corte di giustizia) e all'esigenza di assicurarne sempre una repressione efficace ex art. 325 TFUE, specie alla luce di quanto da ultimo chiarito dalla Corte di giustizia nel caso *Taricco e a.* (cfr. Corte giust. 8 settembre 2015, C-105/14).

[79] E dunque a garanzia della *primauté* del diritto dell'Unione: cfr. Corte giust. 26 febbraio 2013, C-399/11, su cui sia consentito rinviare a C. AMALFITANO, *Mandato d'arresto europeo: reciproco riconoscimento vs diritti fondamentali?*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 4 luglio 2013, ed ivi ulteriori riferimenti bibliografici.

[80] Sulla possibilità che il giudice dell'Unione mantenga ferma la propria giurisprudenza sul principio del *ne bis in idem* in funzione conservativa dell'ordinamento dell'Unione, fondando il proprio ragionamento, anziché su un'interpretazione dell'art. 50 Carta alla luce delle menzionate disposizioni orizzontali, sul corrispondente principio generale, v. *infra*, par. XV. A favore di un'interpretazione dell'art. 50 Carta non necessariamente coincidente con quella data al principio del *ne bis in idem* dalla Corte EDU in considerazione del fatto che l'art. 4 protocollo n. 7 CEDU, che lo sancisce, non vincola tutti gli Stati dell'Unione cfr. le conclusioni dell'Avvocato generale Cruz Villalón del 12 giugno 2012, C-617/10, *Akerberg Fransson*, poi non seguite sul punto dalla Corte di giustizia.

[81] Cfr., da ultimo, Corte EDU 8 aprile 2014, *Dhabi c. Italia*; 21 luglio 2015, *Schipani e a. c. Italia*.

[82] Cfr., rispettivamente, Corte giust. 30 settembre 2003, C-224/01; 13 giugno 2006, C-173/03 e 24 novembre 2011, C-379/10.

[83] Cfr. Corte giust. 6 ottobre 1982, 283/81.

[84] Cfr., per tutte, Corte giust. 19 gennaio 2010, C-555/07, *Kücükdeveci*; 10 maggio 2011, C-147/08, *Römer*; 24 gennaio 2012, C-282/10, *Dominguez*; 12 dicembre 2013, C-267/12, *Hay*; 3 luglio 2014, C-129/13 e C-130/13, *Kamino International Logistics e a.*

[85] Cfr., ad esempio, e rispettivamente, Corte giust. 1° marzo 2011, C-236/09, *Test-Achats ASBL*, cit.; 22 dicembre 2010, C-279/09, *DEB*; 29 luglio 2011, C-69/10, *Samba Diouf*.

[86] Su tale limitazione "applicativa" dell'art. 41 Carta cfr., per tutti, J. DUTHEIL DE LA ROCHÉRE, *The EU Charter of Fundamental Rights, Not Binding but Influential: the Example of Good Administration*, in A. ARNULL, P. EECKHOUT, T. TRIDIMAS (eds.), *Continuity and Change in EU Law. Essays in Honour of Sir Francis Jacobs*, Oxford, 2008, p. 157 ss.; H.C.H. HOFMANN, B.C. MIHAESCU, *The relation between the Charter's fundamental rights and the unwritten general principles of EU law: good administration as the test case*, in *Europ. Const. Law Rev.*, 2013, p. 73 ss. Per un'analisi dettagliata di tale disposizione cfr. P. CRAIG, *Article 41*, in S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, A. WARD (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights*, cit., p. 1069 ss.

[87] Le altre previsioni della Carta in relazione alle quali le Spiegazioni richiamano i principi generali sono l'art. 20, dedicato all'uguaglianza dinanzi alla legge, l'art. 47, sul diritto ad un ricorso effettivo e a un giudice imparziale, e l'art. 49, sui principi di legalità e di proporzionalità dei reati e delle pene.

[88] Si tratta di Corte giust. 15 ottobre 1987, 222/86, *Heylens*, punti 14-15.

[89] Cfr., in particolare, Corte giust. 21 dicembre 2011, C-482/10, *Cicala*; 22 novembre 2012, C-277/11, *M.M.*, e ancora 8 maggio 2014, C-604/12, causa *H.N.*

[90] In tal senso cfr., per tutti, D.U. GALETTA, *Le champ d'application de l'article 41 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne sur le droit à une bonne administration, à propos des arrêts Cicala et M*, in *Rev. trim. droit. europ.*, 2013, p. 77 ss., e dottrina richiamata alla nota 8.

[91] Per un'applicazione dell'art. 41 Carta alle istituzioni cfr., ad esempio, di recente, Corte giust. 13 novembre 2014, C-447/13 P, *Nencini c. Parlamento europeo*.

[92] Cfr. Corte giust. 5 novembre 2014, C-166/13, *Mukarubega*, punti 44-45, e 11 dicembre 2014, C-249/13 *Boudjlida*, punti 33-34.

[93] Cfr. conclusioni del 12 febbraio 2015, C-18/14.

[94] Cfr. le conclusioni del 25 giugno 2014, nella causa C-166/13, *Mukarubega*, e della stessa data nella causa C-249/13 *Boudjlida*.

[95] Cfr. le citate conclusioni nella causa C-18/14, punto 48.

[96] *Ibidem*.

[97] Qualche dubbio lo pone anche lo strumento (protocollo) con cui i due Stati membri avrebbero introdotto nell'ordinamento dell'Unione siffatta esclusione "applicativa" dei diritti e principi sanciti dalla Carta. Per alcune osservazioni in proposito cfr. M. CONDINANZI, *L'integrazione differenziata nell'ambito dell'Unione europea*, in M. VELLANO (a cura di), *Il futuro delle organizzazioni internazionali. Prospettive giuridiche*, XIX Convegno SIDI, Courmayeur, 26-28 giugno 2014, Napoli 2015, p. 405 ss., spec. p. 432 s., che rileva come possa «essere messa in dubbio la legittimità di un protocollo – e, dunque, di un accordo tra Stati membri – volto a ridurre la soglia di tutela dei diritti fondamentali, tenendo conto [...] del fatto che, nell'ambito del diritto internazionale, le riserve ai trattati sui diritti umani, come noto, sono ammesse entro limiti più angusti rispetto al regime ordinario: pur non trattandosi, nel caso di specie, di una riserva, è altresì vero che l'articolato e complesso meccanismo dei protocolli, di fatto, consegue gli stessi risultati che in altri sistemi si ottengono con le riserve» (su quest'ultimo strumento cfr., per tutti, R. BARATTA, *Gli effetti delle riserve ai trattati*, Milano, 1999), con il sostanziale mancato rispetto dei diritti fondamentali quali valori su cui si fonda

L'Unione ex art. 2 TUE. Ancora, sulla scia della scarsa certezza del diritto di cui più volte si è detto, pare opportuno segnalare come la (eventuale) limitazione "applicativa" della Carta – non allegata ai trattati, ma ivi solo richiamata – è contenuta in un protocollo allegato invece ad essi.

[98] Secondo cui «[l]a Carta non estende la competenza della Corte di giustizia o di qualunque altro organo giurisdizionale della Polonia o del Regno Unito a ritenere che le leggi, i regolamenti o le disposizioni, le pratiche o l'azione amministrativa della Polonia o del Regno Unito non siano conformi ai diritti, alle libertà e ai principi fondamentali che essa riafferma».

[99] Cfr. Corte giust. 21 dicembre 2011, C-411/10 e C-493/10, *N.S. e a.*, punto 116.

[100] Che, rispettivamente, dispongono: «[i]n particolare e per evitare dubbi, nulla nel titolo IV della Carta crea diritti azionabili dinanzi a un organo giurisdizionale applicabili alla Polonia o al Regno Unito, salvo nella misura in cui la Polonia o il Regno Unito abbiano previsto tali diritti nel rispettivo diritto interno»; e «[o]ve una disposizione della Carta faccia riferimento a leggi e pratiche nazionali, detta disposizione si applica alla Polonia o al Regno Unito soltanto nella misura in cui i diritti o i principi ivi contenuti sono riconosciuti nel diritto o nelle pratiche della Polonia o del Regno Unito».

[101] Cfr., per tutti, C. BARNARD, *The 'Opt-Out' for the UK and Poland from the Charter of Fundamental Rights: Triumph of Rhetoric over Reality?*, in S. GRILLER, J. ZILLER, *The Lisbon Treaty: EU Constitutionalism Without a Constitutional Treaty?*, Dordrecht, Heidelberg, London, New York, 2008, p. 257 ss.; S. AMADEO, *Il protocollo n. 30 sull'applicazione della Carta a Polonia e Regno Unito e la tutela "asimmetrica" dei diritti fondamentali: molti problemi, qualche soluzione*, in questa *Rivista*, 2009, p. 720 ss.; L.S. ROSSI, *Les rapports entre la Charte des droits fondamentaux et le traité de Lisbonne*, cit., p. 616 ss.; A. BIONDI, *L'applicazione differenziata della Carta: vera o presunta?*, in L.S. ROSSI (a cura di), *La protezione dei diritti fondamentali. Carta dei diritti UE e standards internazionali*, XV Convegno SIDI, Bologna 10-11 giugno 2010, Napoli, 2011, p. 343 ss.; D. ANDERSON, C.C. MURPHY, *The Charter of Fundamental Rights*, in A. BIONDI, P. EECKHOUT, S. RIPLEY (eds.), *EU after Lisbon*, Oxford, 2012, p. 155 ss., spec. p. 166 ss.; V. BELLING, *Supranational Fundamental Rights or Primacy of Sovereignty? Legal Effects of the So-Called Opt-Out from the EU Charter of Fundamental Rights*, in *Europ. Law Journal*, 2012, p. 251 ss.; C. LADENBURGER, *Institutional Report*, cit., p. 28 ss.; G. GULIYEVA, M. WYRZYKOWSKI, *Protocol (No. 30)*, in H.-J. BLANKE, S. MANGIAMELI (eds), *The Treaty on European Union (TEU): A Commentary*, cit., p. 1737 ss.; S. THIERY, *La difficile conciliation de la différenciation et de la protection des droits fondamentaux en droit de l'Union européenne*, in *Annuaire droit eur.*, 2013, p. 123 ss.; A. ARNULL, *Protocol (No 30) on the Application of the Charter of Fundamental Rights of the European Union to Poland and the United Kingdom*, in S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, A. WARD (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights*, cit., p. 1595 ss.

[102] Tale espressione è di A. BERRAMDANE, *Considérations sur la perspective de protection des droit fondamentaux dans l'Union européenne*, in *Rev. trim. droit europ.*, 2009, p. 441, spec. p. 447.

[103] In tal senso cfr. S. THIERY, *La difficile conciliation de la différenciation et de la protection des droits fondamentaux*, cit., p. 131 ss. Con riferimento specifico all'art. 1, par. 1, del protocollo n. 30 si esprime negli stessi termini C. BARNARD, *The 'Opt-Out' for the UK and Poland from the Charter of Fundamental Rights*, cit.

[104] Anche la Corte di giustizia, nella citata sentenza *N.S. e a.* (punto 119) – richiamando le conclusioni dell'Avvocato generale Trstenjak del 22 settembre 2011, nella causa C-411/10 – evidenzia come lo stesso preambolo del protocollo n. 30, specie ai suoi considerando nn. 3 e 6, confermi che esso non introduce un regime di *opt-out*, stabilendo (i) che anche gli organi giurisdizionali di Polonia e Regno Unito devono interpretare ed applicare la Carta in conformità a quanto disposto dall'art. 6 TUE e (ii) che essa non fa che ribadire i diritti, le libertà e i principi riconosciuti nell'Unione, rendendoli più visibili, ma senza creare nuovi diritti o principi.

[105] Cfr. le posizioni e dichiarazioni dei governi dei due Stati membri riportate, in particolare, da A. ARNULL, *Protocol (No 30) on the Application of the Charter of Fundamental Rights*, cit., e da G. GULIYEVA, M. WYRZYKOWSKI, *Protocol (No. 30)*, cit., che evidenziano anche come essi siano stati spinti all'elaborazione del protocollo per ragioni opposte, la Polonia temendo un abbassamento del livello di tutela (specie) dei diritti sociali garantiti dalla legislazione nazionale, il Regno Unito, invece, un suo innalzamento.

[106] La Repubblica ceca, autrice della dichiarazione finale n. 53 sulla Carta dei diritti fondamentali, nel settembre 2011 sottopose infatti al Consiglio una proposta di modifica dei trattati ex art. 48, par. 2, TUE finalizzata ad estendere, nei suoi confronti, il presunto *opt out* relativo alla Carta. Siffatta proposta è stata però ritirata nel marzo 2014, con lettera del governo ceco al Consiglio, che, di conseguenza, ha ritirato la raccomandazione del 25 giugno 2013 rivolta al Consiglio europeo ed avente ad oggetto l'adozione del progetto di decisione relativa all'esame della modifica dei trattati proposta dal governo ceco in forma di protocollo sull'applicazione della Carta dei diritti fondamentali alla Repubblica ceca senza convocazione di una convenzione (cfr. la nota del Consiglio dell'8 aprile 2014 disponibile all'indirizzo <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-8385-2014-INIT/it/pdf>). Per alcune riflessioni sulla richiesta della Repubblica ceca di aderire al protocollo n. 30 e il suo successivo ritiro cfr. S. THIERY, *La difficile conciliation de la différenciation et de la protection des droits fondamentaux*, cit., p. 135 ss.

[107] La Corte è stata chiamata a pronunciarsi sulla portata del protocollo n. 30 anche nella C-396/13, *Sähköalojen ammattiliitto*, ma nella sua sentenza del 12 febbraio 2015 non ha preso espressa posizione sulla questione sottoposta dal giudice finlandese.

[108] La disposizione in questione pare comunque solo riprendere e (al più) esplicitare quanto affermato dall'art. 52, par. 5, Carta, sulla diversa rilevanza ed azionabilità di diritti e principi previsti dalla Carta, senza realmente porre Polonia e Regno Unito in una posizione diversa da quella in cui si trovano gli altri Stati membri, poiché le previsioni del titolo IV Carta (cfr. artt. 27-38) sembrano per lo più sancire principi e non diritti e richiedere, quindi, normative nazionali di attuazione, eventualmente dopo l'intervento del legislatore dell'Unione. Naturalmente tale conclusione muterebbe se la Corte di giustizia riconoscesse ad alcune norme del titolo in parola la natura di diritti, direttamente giustiziabili (in quest'ultimo senso cfr. G. GULIYEVA, M. WYRZYKOWSKI, *Protocol (No. 30)*, cit., p. 1756). Ad oggi, rispetto alle previsioni del titolo IV della Carta, per l'esclusione dell'effetto diretto dell'art. 27 Carta (rubricato «diritto dei lavoratori all'informazione e alla consultazione nell'ambito dell'impresa») cfr. Corte giust. 15 gennaio 2014, C-176/12, *Association de médiation sociale*.

[109] In questo senso cfr. anche la pluralità degli AA. citati *supra* alla nota 101. Per alcune pronunce della Corte di giustizia in cui espressamente si afferma, con riguardo ad alcuni dei principi codificati nel titolo IV della Carta, che sono principi generali di diritto cfr., ad esempio, Corte giust. 11 dicembre 2007, C-438/05, *Viking*, sul diritto di sciopero di cui all'art. 28 Carta (punto 44); 15 settembre 2011, C-155/10, *Williams e a.*, sul diritto alle ferie annuali retribuite, di cui all'art. 31, par. 2, Carta (punto 17).

[110] Per un'analisi efficace delle ragioni che militano contro una "geometria variabile" nel sistema di tutela dei diritti fondamentali, cfr., per tutti, S. THIERY, *La difficile conciliation de la différenciation et de la protection des droits fondamentaux*, cit., che evidenzia come, quand'anche fosse ammissibile un vero e proprio *opt-out* dalla Carta, esso non potrebbe configurarsi rispetto ai principi generali, perché una tale ipotesi «reviendrait à admettre que des États membres puissent ne pas reconnaître la compétence de la Cour de justice de l'Union européenne» (p. 139).

[111] Su tale ruolo dei principi generali di diritto cfr., per tutti, L. DUBOUIS, *Les principes généraux du droit communautaire*, cit., p. 86 ss.; J. GERKRATH, *Les principes généraux du droit*, cit., p. 38 ss.; J. DUTHEIL DE LA ROCHERE, *Challenges for the Protection of Fundamental Rights in the EU at the Time of the Entry into Force of the Lisbon Treaty*, in *Fordham Int. Law Journal*, 2011, p. 1776 ss.; L.F.M. BESSELINK, *The protection of Fundamental Rights post-Lisbon. The interaction between the EU Charter of Fundamental Rights, the European Convention on Human Rights (ECHR) and National Constitutions*, FIDE, 2012 (cfr. http://www.fide2012.eu/index.php?doc_id=94), p. 13 ss.; S. IGLESIAS SANCHEZ, *The Court and the Charter*, cit., p. 1597 ss.; C. LADENBURGER, *Institutional Report*, cit.; L. WEITZEL, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, avancée ou régression?*, cit.; T. TRIDIMAS, *Fundamental Rights, General Principles of EU Law, and the Charter*, cit.; K. LENAERTS, J. A. GUTIERREZ-FONS, *The Place of the Charter in the EU Constitutional Edifice*, cit.

[112] Sull'utilità del mantenimento di tale disposizione v. già *supra*, par. III.

[113] Per tale espressione cfr. A. BERRAMDANE, *Considérations sur la perspective de protection des droit fondamentaux*, cit., p. 442.

[114] Cfr., in particolare, il documento CONV 528/03 del 6 febbraio 2003. Cfr. anche i lavori in seno al Gruppo II (integrazione della Carta/adesione alla CEDU) relativi all'elaborazione del trattato costituzionale (doc. CONV 354/02 - WG II-16, Bruxelles 22 ottobre 2002, p. 9), dove - pur senza prendersi posizione sul mantenimento della disposizione concernente i principi generali di diritto nel nuovo testo pattizio, rimettendo la scelta definitiva in proposito agli Stati membri riuniti nella conferenza intergovernativa - si evidenzia la rilevanza di tale fonte in funzione integrativa dell'ordinamento dell'Unione per «rendere più completa la tutela offerta dalla Carta [chiarendo] che il diritto dell'Unione è aperto a futuri sviluppi della CEDU e delle legislazioni nazionali in materia di diritti dell'uomo».

[115] La modifica/integrazione della Carta dovrebbe presumibilmente realizzarsi seguendo il procedimento ordinario di revisione di cui all'art. 48, par. 2-5, TUE, con intervento anche della convenzione. Sui dubbi legati alla revisione della Carta, in considerazione del suo procedimento di elaborazione e del fatto che essa, non ratificata dagli Stati membri, è solo richiamata dai trattati, ma non allegata ad essi cfr., per tutti, cfr. L. DANIELE, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e Trattato di Lisbona*, in questa *Rivista*, 2008, p. 655 ss.

[116] Senza fornire una risposta all'interrogativo di cui nel testo, evidenzia come la Corte di giustizia, per il tramite dell'art. 6, par. 3, TUE, può certamente enucleare diritti giustiziabili anche in relazione a meri principi sanciti dalla Carta T. TRIDIMAS, *Fundamental Rights, General Principles of EU Law, and the Charter*, cit., p. 380.

[117] In tal senso cfr. H.C.H. HOFMANN, B.C. MIHAESCU, *The relation between the Charter's fundamental rights and the unwritten general principles of EU law*, cit., p. 73.

[118] Parla, espressamente, di apertura perpetua dell'ordinamento dell'Unione e di dinamismo del sistema oltre la Carta S. IGLESIAS SANCHEZ, *The Court and the Charter*, cit., p. 1597 e p. 1599. Nel senso che l'art. 6, par. 3, TUE rappresenta «une voie ouverte à la reconnaissance par la Cour de nouveaux droits» cfr. anche J.P. JACQUÉ, *La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne après Lisbonne*, in *L'Europe des Libertés, Revue d'actualité juridique*, n. 26, p. 2 ss. Nel senso che il completamento del sistema deve essere effettuato anche assicurando la coerenza dell'ordinamento dell'Unione, essendo composto da differenti tradizioni costituzionali cfr. L.F.M. BESSELINK, *The protection of Fundamental Rights post-Lisbon*, cit., p. 13.

[119] Per tale esempio cfr. C. LADENBURGER, *Institutional Report*, cit., p. 5. L'art. 21 Carta elenca, in modo non esaustivo, le ragioni in base alle quali sono vietate discriminazioni; l'art. 22 dispone che «[l']Unione rispetta la diversità culturale, religiosa e linguistica». L'art. 2 TUE dispone che «[l']Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze» (corsivo aggiunto).

[120] Cfr., tra le più rilevanti, la risoluzione del 12 marzo 2015 sulla relazione annuale sui diritti umani e la democrazia nel mondo nel 2013 e sulla politica dell'Unione europea in materia, che (al punto 162) si esprime a favore del riconoscimento delle unioni civili e del matrimonio tra persone dello stesso sesso, incoraggiando le istituzioni dell'Unione e gli Stati membri (sono diciassette quelli che hanno una legislazione in proposito) a contribuire ulteriormente alla riflessione sul tema; e già la risoluzione del 27 febbraio 2014 sulla situazione dei diritti fondamentali nell'Unione europea, spec. punto 31; la risoluzione del 4 febbraio 2014 sulla tabella di marcia dell'UE contro l'omofobia e la discriminazione legata all'orientamento sessuale e all'identità di genere, punto H, iv); la risoluzione del 12 dicembre 2012 sulla situazione dei diritti fondamentali nell'Unione europea, punto 94; la risoluzione del 13 marzo 2012 relativa alla parità tra donne e uomini nell'Unione europea, punto 5.

[121] Cfr., ad esempio, Corte giust. 1° aprile 2008, C-267/06, *Maruko*; 10 maggio 2011, C-147/08, *Romer*; 12 dicembre 2013, C-267/12, *Hay*.

[122] Il riferimento è, *in primis*, alla citata direttiva 2000/78/CE, ma anche allo Statuto dei funzionari dell'Unione, che assimila a certe condizioni i benefici da assicurare al coniuge e al partner (cfr. anche l'interpretazione evolutiva di cui, ad esempio, alla sentenza 14 ottobre 2010, causa F-86/09, *W c. Commissione*, che riconosce il beneficio dell'assegno familiare ad una coppia dello stesso sesso che non poteva sposarsi nello Stato membro interessato).

[123] V. *infra*, in questo par., nota 135.

[124] Censurando la mancanza di una legislazione di tale tenore nel nostro ordinamento: cfr. Corte EDU 21 luglio 2015, *Oliari e a. c. Italia*. Tra le più recenti e rilevanti pronunce della Corte EDU sui diritti delle coppie omosessuali cfr. sent. 24 giugno 2010, *Schalk e Kopf c. Austria*; 7 novembre 2013, *Vallianatos e a. c. Grecia*.

[125] Cfr., per tutti, T. LIVOLSI, *Le devoir de sollicitude*, cit., che – anche alla luce dell’analisi giurisprudenziale – conclude nel senso che il dovere di sollecitudine abbia una rilevanza non perfettamente identica a quella dei principi generali e prospetta una sorta di gerarchia all’interno di tale fonte (p. 371 e p. 376).

[126] Come accade nell’ordinamento tedesco, da cui presumibilmente il principio trae origine: in questo senso, e più in generale sul tema, cfr. sempre T. LIVOLSI, *Le devoir de sollicitude*, cit., e giurisprudenza ivi citata.

[127] Si noti che, se la Corte di giustizia, pur fondando l’elaborazione di nuovi diritti fondamentali anche su altri “fattori”, li enucleasse anche su sollecitazione delle istituzioni, organi e organismi dell’Unione, o sulla base della loro prassi, si potrebbe realizzare –attraverso appunto l’opera creativa della giurisprudenza – una sorta di trasformazione della *soft law* (a cui ricondurre anche la prassi, se trova espressione in qualche documento, pur giuridicamente non vincolante) in *hard law*.

[128] Nel senso che la lettera dell’art. 6, par. 3, TUE pare vietare al giudice dell’Unione il ricorso a fonti di diritto internazionale diverse dalla CEDU per accertare nuovi diritti fondamentali cfr., ad esempio, F SUDRE, *Article I-9*, cit., p. 151. Espressamente a favore della soluzione prospettata nel testo cfr., invece, ad esempio, G. STROZZI, *Il sistema integrato di tutela dei diritti fondamentali dopo Lisbona: attualità e prospettive*, in questa *Rivista*, 2011, p. 837 ss., spec. p. 841; C.LADENBURGER, p. 4; A. ROSAS, *The Charter and Universal Human Rights Instruments*, in S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, A. WARD (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights*, cit., p. 1685 ss., anche con analisi della giurisprudenza rilevante. Critica sullo scarso richiamo (quindi possibile) di strumenti internazionali di tutela dei diritti umani diversi dalla CEDU e della relativa giurisprudenza (nonché del diritto comparato), auspicando una maggior apertura della Corte di giustizia al loro utilizzo, cfr. G. DE BÜRCA, *After the EU Charter of Fundamental Rights*, cit.

[129] Noto è il riferimento da parte della Corte di giustizia «ai trattati cui gli Stati membri hanno cooperato o aderito» (anche se – essendo stato elaborato tale approccio rispetto, di fatto, alla CEDU – ci si potrebbe chiedere se anche con riguardo ad altri trattati non sia necessario che tutti gli Stati membri vi abbiano aderito, probabilmente la Corte richiedendo l’adesione della pluralità di essi). Tra le pronunce che attribuiscono rilevanza ai fini in esame a fonti internazionali cfr., in particolare, Corte giust. 14 maggio 1974, 4/73, *Nold*, cit., che richiama la dichiarazione universale dei diritti dell’uomo; 8 aprile 1976, 43/45, *Defrenne*, cit., che richiama la Convenzione n. 111 OIL sulla non discriminazione uomo/donna in ambito lavorativo; 27 giugno 2006, causa C-540/03, *Parlamento europeo c. Consiglio*, cit., dove rileva specialmente la convenzione sui diritti del fanciullo del 1989; 14 febbraio 2008, C-244/06, *Dynamic Medien*, cit., dove rileva la convenzione da ultimo menzionata (pur qualificata “sui diritti dell’infanzia”); 13 aprile 2010, C-73/08, *Bressol*, che richiama il patto sui diritti economici, sociali e culturali.

[130] Oltre al preambolo della Carta, cfr. le Spiegazioni relative alla Carta, *sub artt.* 1 (che richiama la dichiarazione universale dei diritti dell’uomo), 3 (che richiama la convenzione sui diritti dell’uomo e la biomedicina adottata dal Consiglio d’Europa), 14 (che richiama la carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori e la carta sociale europea), 18 (che richiama la convenzione di Ginevra sui rifugiati), 19 (che richiama il patto relativo ai diritti civili e politici), 23 (che richiama la carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori), 24 (che richiama la convenzione del 1989 sui diritti del fanciullo), 25 (che richiama la carta sociale europea), 26 (che richiama la carta sociale europea e la carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori), 27-35 (che richiamano i due strumenti da ultimo citati).

[131] Su tale attività creativa della Corte di giustizia cfr. già F. CAPOTORTI, *Il diritto comunitario non scritto*, cit. Da ultimo, cfr. O. POLLICINO, *Corte di giustizia e giudici nazionali: il moto “ascendente”, ovvero l’incidenza delle “tradizioni costituzionali comuni” nella tutela apprestata ai diritti dalla Corte dell’Unione*, in *Consultaonline*, 20 aprile 2015, anche per ulteriori riferimenti bibliografici. Tra i casi più noti in cui la Corte di giustizia ha dichiarato l’esistenza di un principio generale desumendolo dalle tradizioni costituzionali comuni, anche se il rilevante diritto o principio era conosciuto solo dalla normativa di un numero ridotto di Stati membri cfr. Corte giust. 3 maggio 2005, C-387/02, C-391/02 e C-403/02, *Berlusconi e a.*; 22 novembre 2005, C-144/04, *Mangold*; 14 settembre 2010, C-550/07 P, *Akzo Nobel Chemicals*.

[132] In tal senso cfr., per tutte, Corte giust. 14 ottobre 2004, C-36/02, *Omega*. Sulla progressiva convergenza di valori ed una loro interazione virtuosa, mediante un c.d. *bottom up effect* (per cui un determinato principio viene desunto dalle tradizioni costituzionali comuni ed elevato a patrimonio costituzionale europeo) e un c.d. *bottom down effect* (in base al quale la Corte di giustizia, per il tramite del principio generale, impone a tutti gli Stati membri, anche a quelli che non riconoscevano quel principio, lo stesso livello di tutela dei diritti fondamentali, influenzando il modo di essere e di operare delle legislazioni e degli organi giurisdizionali nazionali) cfr., per tutti, K. LENAERTS, J.A. GUTIERREZ-FONS, *The Role of General principles of EU Law*, in A. ARNULL, C. BARNARD, M. DOUGAN, E. SPAVENTA (eds.), *A constitutional order of States?: essays in EU law in honour of Alan Dashwood*, Oxford, 2011, p. 179 ss. Così, prospetta, accanto ad un’interpretazione del diritto nazionale *pro communitate* da parte degli Stati membri, un’interpretazione *pro constitutione* del diritto dell’Unione da parte della Corte di giustizia R.A. GARCÍA, *The General Provisions of the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, in *Europ. Law Journal*, 2002, p. 492 ss., spec. p. 513.

[133] Per analoghe considerazioni cfr. C. AMALFITANO, M. CONDINANZI, *Unione europea: fonti, adattamento e rapporti tra ordinamenti*, Torino, 2015, p. 176; G. TESAURO, *Costa/Enel: qualche riflessione col senno di oggi*, e M. CONDINANZI, *I controlimiti come sintesi ideale tra primato da affermare e identità nazionale da rispettare*, in B. NASCIMBENE (a cura di), *Costa/Enel: Corte costituzionale e Corte di giustizia a confronto, cinquant’anni dopo*, Milano, 2015, rispettivamente, p. 55 ss., spec. p. 65, e p. 119 ss., spec. p. 123. Per la prospettiva di una “funzione positiva” dei controlimiti, finalizzata ad un “confronto dialettico” tra Corte di giustizia e corti costituzionali nazionali per l’individuazione del grado più elevato di tutela dei diritti fondamentali cfr. già A. TIZZANO, *La protection des droits fondamentaux en Europe: la Cour de justice et les juridictions constitutionnelles nationales*, in *Rev. droit Union europ.*, 2006, p. 9 ss., spec. p. 17.

[134] Si tratta di dieci casi, previsti dall’art. 9, sul diritto di sposarsi e di formare una famiglia; dall’art. 10, par. 2, sull’obiezione di coscienza; dall’art. 14, sull’istruzione dei figli secondo le proprie convinzioni religiose, filosofiche, pedagogiche; dall’art. 16, in tema di libertà di impresa; dall’art. 27, sul diritto dei lavoratori all’informazione e alla

consultazione; dall'art. 28, sul diritto di negoziazione e di azioni collettive; dall'art. 30, sulla tutela contro il licenziamento ingiustificato; dall'art. 34, sul diritto alle prestazioni e all'assistenza sociali e sulla lotta contro l'esclusione sociale e la povertà; dall'art. 35, in tema di protezione della salute; dall'art. 36, in tema di accesso ai servizi di interesse economico generale.

[135] Uno degli esempi più lampanti di come il giudice di Lussemburgo potrebbe integrare l'*acquis* dell'Unione con l'accertamento di un nuovo principio generale concerne "il diritto alle unioni tra coppie dello stesso sesso". L'art. 9 Carta è una di quelle previsioni che, nel sancire il diritto di sposarsi e di costituire una famiglia, prevede che essi «sono garantiti dalle legislazioni nazionali che ne disciplinano l'esercizio». E benché tale norma sia stata sino ad ora interpretata nel senso che non obbliga gli Stati a riconoscere il diritto di sposarsi anche alle persone omosessuali, specie in virtù di quanto disposto dalle Spiegazioni che la concernono, secondo cui essa, appunto, «non vieta né impone la concessione dello status matrimoniale a unioni tra persone dello stesso sesso» (e per quanto sia opportuno notare che siffatto *status* è diverso dall'unione registrata ed il riconoscimento di quest'ultima non implica necessariamente il diritto al matrimonio), non può non rilevarsi come oggi siano ormai diciassette gli Stati membri che prevedono e tutelano unioni siffatte, in numero quindi ben più elevato di quello che spesso la Corte ha ritenuto sufficiente per riscontrare l'esistenza di una tradizione costituzionale comune. Anche in considerazione di questo dato numerico, pare più che plausibile che il giudice dell'Unione giunga a configurare il diritto alle unioni di coppie omosessuali come nuovo principio generale. Ciò a meno di ritenere che, come accennato, dopo la recente pronuncia della Corte EDU che (nel caso *Oliari e a. c. Italia*) ha sancito la necessità di riconoscere legalmente le unioni tra coppie dello stesso sesso – rilevando come tale diritto a veder tutelata la propria unione omosessuale sia ormai disciplinato in un numero sempre maggiore di ordinamenti – un intervento del tenore indicato, da parte della Corte di giustizia, non possa più fondarsi autonomamente sull'art. 6, par. 3, TUE, ma debba configurarsi come interpretazione estensivo/ evolutiva dell'art. 9 Carta sulla base della clausola di omogeneità di cui all'art. 52, par. 3, Carta.

[136] Il presupposto in esame pare soddisfatto. Le sole previsioni CEDU che forse potrebbero ritenersi non riprodotte (almeno espressamente) nella Carta, ma che si potrebbero probabilmente ricondurre al e considerare "coperte" comunque dal suo art. 47, sono l'art. 1 del protocollo n. 4 che vieta l'imprigionamento per debiti, e gli artt. 2 e 3 del protocollo n. 7 che assicurano il doppio grado di giudizio in materia penale e il diritto al risarcimento in caso di errore giudiziario.

[137] Cfr., Corte giust. 14 maggio 1974, 4/73, *Nold*, punti 13-14. Anche in caso di limitazioni ai diritti fondamentali, esse devono sempre e comunque rispettare i criteri elaborati dalla Corte di giustizia, che sono oggi riprodotti nell'art. 52, par. 1, Carta: cfr., per tutte, 13 luglio 1989, 5/88, *Wachauf*.

[138] Cfr. Corte giust. 3 settembre 2008, C-402/05 P e C-415/05 P, *Kadi e Al Barakaat International Foundation*, cit. Chiaramente, nel senso che si ritrova la figura della "réserve de constitutionnalité" nei passaggi di tale pronuncia in cui la Corte afferma che gli obblighi derivanti dal diritto internazionale non possono arrecare pregiudizio ai principi costituzionali dell'Unione (p. 285) e alle fondamenta stesse dell'ordine giuridico "comunitario", tra cui rientra la protezione dei diritti fondamentali (p. 304) cfr. A. BERRAMDANE, *Considérations sur la perspective de protection des droit fondamentaux*, cit., p. 448 ss. Per la prospettazione, nella citata pronuncia, della dottrina *Solange* da parte del diritto dell'Unione rispetto a quello internazionale cfr. *amplius*, J. KOKOTT, *International Law – A Neglected "Integral" Part of the EU Legal Order? Newer Tendencies in the European Court of Justice's Case-law on the Relationship Between Eu Law and Public International Law*, in V. KRONENBERGER, M.T. D'ALESSIO, V. PLACCO (sous la coordination), *De Rome à Lisbonne*, cit., p. 61 ss.

[139] Cfr., in particolare, L. DUBOUIS, *Les principes généraux du droit communautaire*, cit., p. 89.

[140] K. LENAERTS, *Exploring the Limits of the EU Charter of Fundamental Rights*, cit., p. 403, che conclude nel senso che «general principles of EU law should not apply where the corresponding provisions of the Charter offer a higher level of protection». Pare escludere la possibilità stessa di ricorrere all'art. 6, par. 3, TUE per consentire l'ingresso della CEDU nell'ordinamento dell'Unione, dovendo essa entrarvi – dopo il trattato di Lisbona – solo per il tramite della Carta, L.F.M. BESSELINK, *The protection of Fundamental Rights post-Lisbon*, cit., p. 37.

[141] J.-C. BONICHOT, *Des rayons et des ombres: les paradoxes de l'article 6*, cit., p. 64. Non contrari alla funzione dei principi generali descritta nel testo sembrano anche G. STROZZI, R. MASTROIANNI, *Diritto dell'Unione europea. Parte istituzionale*, 6° ed., Torino, 2013, p. 235, benché poi essi si concentrino ad evidenziare come attraverso la Carta le norme CEDU devono entrare nell'Unione come interpretate e applicate nel loro sistema di appartenenza.

[142] Nel senso che «les droits consacrés par la CEDH ne peuvent être simplement copiés/collés [...] dans l'ordre juridique de l'Union européenne, mais au contraire l'on doit procéder à une lecture enrichie de ces droits, à la lumière de leur interconnexion avec les autres droits établis par l'UE et de la jurisprudence qui les cordonnes qui les un avec les autres»: cfr. già P. MENGOZZI, *Les caractéristiques spécifiques de l'Union européenne dans la perspective de son adhésion à la CEDH*, in questa *Rivista*, 2010, p. 231 ss., spec. p. 234.

[143] In tal senso cfr., *inter alia*, F. SUDRE, *Article I-9*, cit., p. 154; S. PEERS, S. PRECHAL, *Article 52*, cit., p. 1496. Analogamente, seppur implicitamente, cfr. A. TIZZANO, *L'application de la Charte des droits fondamentaux*, cit., p. 436, che sottolinea come siano più le Corti che le Carte a "contare".

[144] Si pensi, ad esempio, alla giurisprudenza sul *ne bis in idem* (di cui *supra*, al par. IX) o a quella *M.M.S. c. Belgio e Grecia* della Corte EDU (sentenza 21 gennaio 2011) – poi "integrata" dalla più recente sentenza *Tarakhel c. Svizzera* (del 4 novembre 2014) – che (pur avendo condotto alla modifica del reg. (CE) n. 343/2003, ad opera del regolamento (UE) n. 604/2013, che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo o da un apolide (rifusione), in *GUUE* L 180 del 29 giugno 2013, non è stata pedissequamente recepita dalla Corte di giustizia nel citato caso *N.S. e a.*, poi ripresa e chiarita da Corte giust. 10 dicembre 2013, C-394/12, *Abdullahi*.

[145] Con riguardo al nostro ordinamento, si pensi, ad esempio, al caso sul personale A.T.A., su cui cfr. Corte cost. 26 novembre 2009, n. 311, *N.P.*, poi "censurata" da Corte EDU 7 giugno 2011, *Agrati c. Italia*.

[146] Per un'ampia disamina del tema e sull'esigenza di rispettare le specificità dell'Unione anche in caso di adesione (come previsto dallo stesso protocollo n. 8 allegato al TUE e al TFUE, relativo all'art. 6, par. 2, TUE sull'adesione dell'Unione alla CEDU) cfr., per tutti, P. MENGOZZI, *Les caractéristiques spécifiques de l'Union européenne*,

cit. Sull'argomento cfr. anche, *inter alia*, V. MICHEL, *L'exigence de préservation de l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union européenne dans l'adhésion à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, in C. PICHERAL, L. COUTRON (sous la direction de), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 2012, p. 113 ss. Evidenzia come, anche post adesione, e seppur in casi eccezionali, la Corte di giustizia parrebbe legittimata ad invocare i controlimiti in caso di disaccordo con la giurisprudenza della Corte EDU, A. TIZZANO, *Notes sur le rôle de la Cour de justice de l'Union européenne*, in V. KRONENBERGER, M.T. D'ALESSIO, V. PLACCO (sous la coordination), *De Rome à Lisbonne*, cit., p. 223 ss., spec. p. 240. Sembra quasi profilare uno scenario per cui, post adesione, la Corte di giustizia sarebbe ancora più motivata a salvaguardare l'autonomia dell'ordinamento dell'Unione F. BERROD, *L'autonomie de l'Union européenne est-elle soluble dans le droits de l'homme?*, cit.

[147] Nel senso che, nello scenario post adesione, la divergenza di impostazioni tra le due Corti è destinata a ridursi al minimo, non fosse altro perché, proprio come ricordato nel testo, la deviazione dalla giurisprudenza di Strasburgo rischierebbe di essere censurata dalla Corte EDU cfr. L. DUBOUIS, *Les principes généraux du droit communautaire*, cit. p. 87.

[148] A favore della non adesione cfr., ad esempio, F. PICOD, *La Cour de justice a dit non à l'adhésion de l'Union européenne à la Convention EDH. Le mieux est l'ennemi du bien, selon les sages du plateau du Kirchberg*, in *Semaine du droit*, édition générale - n. 6 - 9 février 2015, p. 230 ss. Già prima del parere 2/13 cfr., in particolare, A. TIZZANO, *Il nuovo ruolo delle corti supreme nell'ordine politico e istituzionale: la Corte di giustizia dell'UE*, in questa Rivista, 2012, p. 811 ss.; ID., *Notes sur le rôle de la Cour de justice de l'Union européenne*, cit. A favore del dialogo tra le due Corti, non essendo indispensabile un rapporto gerarchizzato tra di esse cfr. anche J. VERGÈS, *Cour européenne des droits de l'homme et Cour de justice de l'Union européenne dans la problématique d'un accord d'adhésion de l'Union à la Convention européenne des droits de l'homme: coordination ou subordination?*, in *Europe(s), Droit(s) européen(s) - Une passion d'universitaire*, cit., p. 612 ss., spec. p. 630 ss.

[149] Cfr. Corte EDU 30 giugno 2005, *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret AS c. Irlanda*, come poi ripresa ed integrata in sent. 6 dicembre 2012, *Michaud c. Francia*. Per un'interessante ricostruzione di tale presunzione di protezione equivalente come controlimite (garanzia di costituzionalità) che il sistema CEDU pone rispetto al diritto dell'Unione cfr. A. BERRAMDANE, *Considérations sur la perspective de protection des droit fondamentaux*, cit., p. 453 ss. Sulla dottrina in esame prima e dopo l'eventuale adesione dell'Unione alla CEDU cfr., per tutti, P. DE HERT, F. KORENICA, *The Doctrine of Equivalent Protection: Its Life and Legitimacy Before and After the European Union's Accession to the European Convention on Human Rights*, in *German Law Journal*, 2012, p. 874 ss.

[150] Per tali espressione e riflessione cfr. J.S. BERGÉ, *Une, deux et ... trois lectures: de l'avis 2/2013 (CJUE) à l'affaire Avotins*, reperibile all'indirizzo <http://www.gdr-elsj.eu/2015/02/12/cooperation-judiciaire-civile/une-deux-et-trois-lectures-de-lavis-23013-ue-a-laffaire-avotins-cedh/>. A fronte dell'autonomia che l'Unione vuole mantenere anche in caso di adesione alla CEDU, come confermato dal menzionato protocollo n. 8 allegato al TUE e al TFUE, nel senso che spetta anche alla Corte di Strasburgo adoperarsi per «lever ces craintes en prenant en compte, dans les solutions qu'elle adopte, cet impératif afin de permettre le développement, dans l'avenir, de relation harmonieuses et apaisées entre les deux systèmes de protection des droit fondamentaux» cfr. D. RITLENG, *De l'articulation des systèmes de protection des droits fondamentaux dans l'Union. Les enseignements des arrêts Åkerberg Fransson et Melloni*, in *Rev. trim. droit europ.*, 2013, p. 267 ss., spec. p. 292.

[151] Sul ruolo consapevole della Corte di giustizia, ricorrendo "all'ascolto" della giurisprudenza delle altre Corti, europea e costituzionali nazionali cfr., per tutti, A. TIZZANO, *Il nuovo ruolo delle corti supreme nell'ordine politico e istituzionale*, cit.; ID., *Notes sur le rôle de la Cour de justice de l'Union européenne*, cit. *Contra*, per un esame del ruolo della Corte di giustizia rispetto alla più volte menzionata clausola di omogeneità, evidenziando come il coordinamento tra le giurisprudenze basate sulla semplice "buona volontà dei giudici" non sia sufficiente cfr., ad esempio, R. TINIÈRE, *La cohérence assurée par l'article 52§3 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union. Le principe d'alignement sur le standard conventionnel pour les droits correspondants*, in C. PICHERAL, L. COUTRON (sous la direction de), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, cit., p. 3 ss.

[152] Tale impostazione è stata fortemente sostenuta dalla Corte di giustizia da ultimo nel parere 2/13 sull'adesione dell'Unione alla CEDU (spec. punti 167-169), cosa che non stupisce, dato il ruolo che essa ha sempre svolto all'interno di quell'ordinamento «di nuovo genere» (cfr. Corte giust. 3 febbraio 1963, 26/62, *Van Gend & Loos*) che non potrebbe non tutelare anche i diritti dei singoli (che ne sono "soggetti" al pari di istituzioni e Stati membri).

[153] È noto che, come la giurisprudenza della Corte di giustizia si è progressivamente allineata a quella della Corte EDU, si è spesso assistito anche al processo inverso, per cui il giudice di Strasburgo ha fatto proprie e sviluppato opzioni interpretative suggerite dal giudice di Lussemburgo (per tutti, si pensi alla sent. 10 febbraio 2009, *Zolotukhin c. Russia*, che "accoglie" la nozione "sostanziale" di *idem* elaborata dal giudice dell'Unione, così innalzando anche in ambito CEDU la tutela dell'imputato).

[154] Su tale protocollo cfr. i vari contributi in E. LAMARQUE (a cura di), *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali. Prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 CEDU*, Torino, 2015.

[155] Una soluzione di tale tenore, in alternativa all'adesione, era stata prospettata già da F. CAPOTORTI, *Sull'eventuale adesione delle Comunità alla convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. int.*, 1980, p. 5 ss., spec. p. 27, come soluzione più duttile rispetto ad un rinvio pregiudiziale che la Corte di giustizia avrebbe potuto sollevare dinanzi alla Corte di Strasburgo, prospettato da G. SPERDUTI, *Le rattachement des Communautés européennes à la Convention de Rome sur la sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, in *Rev. Marché Commun*, 1980, p. 170.