

L'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali previsti dalla Carta

La giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di *digital privacy* come osservatorio privilegiato*

Oreste Pollicino

Abstract

Lo scritto affronta lo spinoso tema dell'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali, in particolare concentrandosi sulla diversa prospettiva (statunitense ed europea) sul tema, sia dal punto di vista di teoria generale che di applicazione giurisprudenziale. Quindi si concentrerà sulla problematica dell'efficacia diretta orizzontale di quei diritti che sono in grado di rafforzare la posizione dell'individuo *vis-à-vis* i nuovi poteri privati emergenti nell'era digitale, utilizzando la recente giurisprudenza della Corte di giustizia in tema di privacy e tutela dei dati personali quale *case study*.

The essay explores the problem of horizontal effects of fundamental rights, focusing on the different approach in Europe and the US both from a legislative and case law perspective. Then, the essay will tackle the problem of affording horizontal direct effects to fundamental rights that are capable of strengthening individuals' protection vis-à-vis the new private powers emerging in the digital age, most notably looking at the recent case law of the Court of Justice on privacy and data protection as a case study.

Sommario

1. Introduzione. – 2. *Defrenne II* e l'efficacia orizzontale *ante Cartam*. – 3. L'efficacia orizzontale dei principi generali: storia e conseguenze di un "crampo mentale". – 4. Il peculiare *case study* della privacy digitale. - 4.1 *Da Digital Rights Ireland a Google Spain*. - 4.2 Il caso *Schrems*. – 5. Conclusioni.

Keyword

Efficacia orizzontale, Diritti fondamentali, Privacy, Dati personali, Corte di giustizia

*L'articolo è stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista, a referaggio a "doppio cieco".

1. Introduzione

Si potrebbe sostenere, come fa Robert Alexy¹, che la questione relativa agli effetti orizzontali dei diritti fondamentali previsti dalle Carte costituzionali o dai *bills of rights* non possa essere concettualmente scissa dal problema più generale del riconoscimento di un effetto diretto agli stessi diritti. In altre parole, se è riconosciuto ad un diritto fondamentale effetto diretto, tale riconoscimento dovrebbe essere caratterizzato da una doppia dimensione: quella verticale (autorità vs. libertà) e quella orizzontale (nei rapporti tra privati)².

Il problema è che tale assunto, convincente da un punto di vista teorico, passando dall' "olimpio" dei filosofi all' "arena" dello *ius dicere*, rischia di non superare il *test* del diritto costituzionale comparato, perché, come si vedrà tra un momento, le scelte delle corti costituzionali e supreme possono divergere, su questo aspetto, in base al paradigma costituzionale al quale esse si ispirano che fa da architrave, da *humus* assiologico culturale. Negli ultimi vent'anni, osservando diverse esperienze nazionali in chiave comparata, la questione dell'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali è stata affrontata in diversi ordinamenti anche fuori dall'Europa. Partendo dal Canada, come testimoniato dalla Canadian Charter of Rights and Freedoms del 1982³, passando per il Sud Africa prima sotto la Costituzione *ad interim* del 1993 e poi la Costituzione finale del 1996⁴ per poi giungere all'Irlanda⁵ nonché ad Hong Kong con la Bill of Rights Ordinance del 1991, è possibile constatare la rilevanza transnazionale della questione relativa all'efficacia dei diritti fondamentali⁶.

Spostandosi in particolare nello scenario statunitense, per quanto riguarda l'applicazione dei diritti previsti dagli Emendamenti della Costituzione introdotti a partire dal 1791, e con particolare riferimento al I Emendamento che riconosce la libertà di espressione (*right to free speech*), l'efficacia orizzontale (*inter privatos*) dello stesso è negata dall'applicazione della c.d. *state action doctrine*⁷, in forza della quale le garanzie previste

¹ R. Alexy, *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, 2012, 570-571.

² G. Romeo, *Federalising and constitutionalising a legal order: the case for (still) entrusting the bill of rights with the task of full integration*, in *Georgia Journal of International and Comparative Law*, forthcoming.

³ V. in particolare il caso *Retail, Wholesale & Department Store Union, Local 580 v. Dolphin Delivery Ltd.*, 2 S.C.R. 573 (1986).

⁴ L'art. 8, c. 2, della Costituzione sudafricana stabilisce: «*A provision of the Bill of Rights binds a natural or juristic person if, and to the extent that, it is applicable, taking account of the nature of the right and the nature of any duty imposed by the rights*». Inoltre, l'art. 9, c. 4, impone l'obbligo per i privati di non discriminazione.

⁵ A differenza dell'approccio verticalistico statunitense, la Corte Suprema dell'Irlanda ha riconosciuto un ampio effetto orizzontale delle norme costituzionali. Come osservato dal giudice Walsh nel caso del 1973 *Meskeel v. Coras Iompair Eireann* 1965 WJSC-HC 5078: «*[I]f a person has suffered damage by virtue of a breach of a constitutional right or the infringement of a constitutional right, that person is entitled to seek redress against the person or persons who infringed that right*» E come chiarito dal giudice Costello in *Hosford v. John Murphy & Sons*, 1987 ILRM 300 (HC): «*Uniquely, the Irish Constitution confers a right of action for breach of constitutionally protected rights against persons other than the State and its officials*». Tra i vari diritti a cui è stata riconosciuta un'efficacia orizzontale, si menzionano qui la libertà di associazione (*Meskeel v. Coras Iompair Eireann*, cit.) e discriminazione in base al sesso (*Murtagh Props. Ltd. v. Cleary*, 1972 I.R. 330 - Ir. H. Ct.).

⁶ M. Hunt, *The "Horizontal Effect" of the Human Rights Act*, in *Public Law*, 1998, 423 ss.

⁷ V., in particolare, S. Gardbaum, *The "Horizontal Effect" of Constitutional Rights*, in *Michigan Law Review*, 102, 2003, 388-458; M. Tushnet, *The Issue of State Action/Horizontal Effect in Comparative Constitutional Law*,

dai diritti sanciti dal *Bill of Rights* federale possono essere fatte valere soltanto nei confronti dei poteri pubblici e non dei privati⁸.

La ragione alla base della resistenza alla accettazione di una generale efficacia orizzontale dei diritti previsti dalla Costituzione federale si spiega perché l'architettura e, ancor prima, il terreno culturale che fa da *humus* al costituzionalismo statunitense è basato sui valori di *liberty* e *individual freedom* che costituiscono il fondamento dell'autonomia privata. In altre parole, come ha osservato Mark Tushnet, the «*judicialisation of relations between private persons [is] as an intolerable intrusion of the state into the sphere of private autonomy*». Questo approccio di fatto impedisce la penetrazione delle garanzie costituzionali nelle dinamiche intersoggettive rendendo impossibile la trasformazione dei *constitutional rights* in istanze direttamente azionabili.

Un tale *humus* costituzionale rende di fatto impossibile l'attecchimento in terra statunitense della teoria di matrice tedesca dell'effetto orizzontale (*Drittwirkung*)⁹ che dopo aver preso il via dalla giurisprudenza coraggiosa, per l'appunto, delle corti tedesche a partire dagli anni '50¹⁰, è diventata familiare anche per altre corti costituzionali europee ma anche per la Corte europea dei diritti dell'uomo¹¹ nonché, come si dirà più dettagliatamente in seguito, per la Corte di giustizia dell'Unione europea. Anche le nuove Costituzioni post-comuniste dell'Est Europa si occuparono – seppur sulla base di presupposti diversi – della questione¹².

In altre parole, nel costituzionalismo europeo non è un tabù parlare di efficacia orizzontale dei diritti fondamentali, il che non può stupire se si riflette sul DNA caratterizzante lo spirito di detto costituzionalismo alla cui base risiede, il meta-principio di dignità umana, che non solo ricorre formalmente in molte disposizioni delle costitu-

in *International Journal of Constitutional Law*, 1, 2003, 79 ss.; W. R. Huhn, *The State Action Doctrine and The Principle of Democratic Choice*, in *Hofstra Law Review*, 84, 2006, 1380 ss.

⁸ A tal proposito, un esempio è fornito di applicazione orizzontale dei diritti fondamentali è fornito dal caso della Corte Suprema degli Stati Uniti *Shelley v. Kraemer* 334 U.S. 1 (1948). Il caso di specie riguardava una clausola contrattuale secondo cui gli afroamericani potevano vendere le case acquistate soltanto ai bianchi. In particolare, la controversia emersa riguardo tale previsione contrattuale portava la Corte Supreme a rivedere la decisione della *lower Court*. Ritenendo una tale restrizione lesiva della *equal protection clause*. Tuttavia, la dottrina costituzionale degli Stati Uniti ritiene che le disposizioni costituzionali non hanno effetti orizzontali. In particolare, v. M. Tushnet, *Shelley v. Kraemer and Theories of Equality*, in *New York Law School Law Review*, 33, 1988, 383 ss.

⁹ M. Kumm, *Who is Afraid of the Total Constitution? Constitutional Rights as Principles and the Constitutionalization of Private Law*, in *German Law Journal*, 7(4), 2006, 341 ss.

¹⁰ BVerfGE 7, 198. Il caso *Lüth* riguardava un esponente della classe politica che si era opposto alla distribuzione del film antisemita "Jüd Jüss". In particolare Lüth veniva condannato a risarcire i danni che aveva causato attraverso la sua attività di boicottaggio. A seguito di tale decisione, Luth si appellava alla Corte costituzionale lamentando la violazione della sua libertà di espressione. La Corte costituzionale tedesca affrontava quindi una questione attinente all'estensione dei diritti costituzionali nei rapporti *inter privatos*. In tale occasione, la Corte tedesca per la prima volta ha sostenuto che i diritti costituzionali non costituiscono soltanto delle pretese dell'individuo nei confronti dello Stato ma formano un insieme di valori che si applicano in tutte le aree del diritto fornendo indicazioni assiologiche al potere legislativo, esecutivo e giudiziario. Nel caso di specie, la tutela della libertà di espressione non si sviluppa soltanto in senso verticale nei confronti dello Stato, ma anche in senso orizzontale visto che le norme di diritto civile devono essere interpretate secondo lo spirito della carta costituzionale.

¹¹ Si veda in particolare CEDU, *X e Y c. Paesi Bassi*, n. 91 (1985).

¹² C. R. Sunstein, *Against Positive Rights*, in A. Sajo (ed.), *Western Rights? Post-Communist Application*, The Hague, 1996, 225-232.

zioni europee¹³ e costituisce il Titolo I della Carta dei diritti fondamentali ma plasma sin dalle fondamenta detto spirito in reazione, ovviamente, a quell'annichilimento della dignità che ha caratterizzato i regimi totalitari ed autoritari¹⁴.

Proprio tale *humus* consente, in Europa, di non considerare di per sé costituzionalmente intollerabile ogni processo di “giudizializzazione” delle relazioni *inter privatos* in cui entra in gioco l'applicazione orizzontale dei diritti previsti dal *bill of rights* di riferimento. Al contrario lo stesso *humus*, ponendo la tutela della dignità¹⁵ quale valore paradigmatico ammette, in astratto, un'applicazione orizzontale dei diritti fondamentali quando questa sia funzionale alla protezione più ampia dei diritti in gioco. Lo stesso concetto di abuso del diritto, di fatto sostanzialmente estraneo alla teoria costituzionale statunitense ed invece non solo noto al costituzionalismo europeo, ma anche codificato dalle due Carte dei diritti paneuropee (art. 54 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e art. 17 della Convenzione EDU) sembra remare nella stessa direzione¹⁶.

Fatte queste premesse assai preliminari e, dunque, per forza di cose non esaustive, lo scritto si articolerà in tre parti principali che si concentreranno sul fronte europeo della questione.

Nella prima, rischiando di fare dell'archeologia costituzionale, però funzionale alla comprensione di come alcuni problemi legati all'applicazione diretta della Carta siano più di ordine nominale che sostanziale, si richiederà il momento in cui, assai prima dell'adozione (prima) e entrata in vigore (nove anni dopo) di quest'ultima, la Corte di giustizia, proprio allo scopo di tutelare quel valore di dignità a cui prima si faceva riferimento, ha deciso, assai coraggiosamente, per una previsione del Trattato di Roma assai più vaga e potenzialmente meno *self-executing* del principio più generale presente nella Carta di Nizza, di attribuire alla stessa disposizione del Trattato di Roma efficacia diretta orizzontale. Nella seconda parte si richiederanno brevemente le ragioni (e gli effetti) del “crampo mentale” che ha portato la Corte di giustizia a sancire l'efficacia diretta orizzontale di alcuni principi generali del diritto dell'Unione.

Quindi, nella terza parte, ci si interrogherà sull'impatto della Carta. In particolare, in questo caso, verrà analizzato l'approccio generale della Corte in materia di efficacia orizzontale diretta delle disposizioni della stessa Carta, per poi riflettere come in alcuni ambiti, più che in altri, la stessa Corte di Lussemburgo sembri propensa a riconoscere

¹³ Risulta particolarmente rilevante che l'art. 1 della Costituzione tedesca sancisca l'intangibilità della dignità dell'uomo prevedendo il dovere di ogni potere statale di rispettarla e proteggerla. Per alcune riflessioni critiche sul tema si veda G. Bognetti, *The Concept of Human Dignity in European and American Constitutionalism*, in G. Nolte (ed.), *European and United States Constitutionalism*, Cambridge, 2005.

¹⁴ Sul tema dell'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali della Carta si vedano, in particolare, D. Gallo, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali*, Milano, 2018; S. Walkila, *Horizontal Effect of Fundamental Rights in EU Law*, Amsterdam, 2016; E. Frantziou, *The Horizontal Effect of the Charter of Fundamental Rights of the EU: Rediscovering the Reasons for Horizontality*, in *European Law Journal* 21, 2015, 657 ss.; D. Leczykiewicz, *Horizontal Application of the Charter of Fundamental Rights*, in *European Law Review*, 38, 2013, 479 ss.

¹⁵ A. Ruggeri, *La dignità dell'uomo e il diritto di avere diritti (profili problematici e ricostruttivi)*, in *Consulta Online*, 2, 2018.

¹⁶ Per alcune riflessioni di diritto comparato sul punto M. Byers, *Abuse of Rights: an Old Principle a New Age*, in *McGill Law Journal*, 47, 389 ss.

un effetto orizzontale diretto alla Carta dei diritti, anche se spesso tali manovre non sono del tutto evidenti, ma si tratta di un effetto orizzontale per così dire “subdolo” o “indiretto”. L’ambito che si utilizzerà quale *case study* è quello della protezione dei dati personali.

2. *Defrenne II* e l’effetto orizzontale *ante Cartam*

Come è noto, nella versione originaria del Trattato di Roma, in aderenza al modello di competenze per attribuzione congenito al sistema comunitario¹⁷, era previsto un solo divieto di una certa generalità, quello concernente la discriminazione sulla base della nazionalità¹⁸, e una segmentazione di altre proibizioni di discriminazioni per quante erano le aree di competenza attribuite alla Comunità stessa. È vero, vi era l’art. 119 CE che prevedeva il principio della parità di retribuzione tra lavoratore e lavoratrice per lo stesso lavoro. Non solo, però, il raggio di azione di tale disposizione era ridottissimo (rispetto a impatto, estensione e potenziale del divieto generale di discriminazione sulla base del sesso), ma specialmente la sua *ratio*, almeno nelle intenzioni originarie dei Padri fondatori, ben lontana dal perseguire l’obiettivo di realizzare una piena parità retributiva tra uomini e donne, era animata da un fine di carattere economico, come del resto, più in generale, il principio di *equal treatment* in tutti i suoi campi di applicazione nella dimensione sovranazionale¹⁹, e in particolare tendeva a evitare il fenomeno distorsivo della concorrenza infracomunitaria, il c.d. *dumping sociale*.

Un’analisi dei lavori preparatori al Trattato di Roma potrebbe essere illuminante per una chiarificazione del concetto. Si scoprirebbe, infatti, che la disposizione presente all’art. 119 CE, concepita per «correggere gli effetti di specifiche distorsioni concorrenziali che potevano avvantaggiare o svantaggiare determinati settori»²⁰, era stata

¹⁷ D. Simon, *Le système juridique communautaire*, Parigi, 1991.

¹⁸ Art 6 CE. Si noti che nel Trattato costituzionale della UE le disposizioni riguardanti l’eliminazione di tutte le possibili discriminazioni, comprese quella sulla nazionalità, erano state “raccolte” sotto il medesimo titolo dedicato a “Non discriminazione e cittadinanza”. Per un esame approfondito sul punto cfr. C. Novi, *La parità di trattamento tra uomo e donna in materia di occupazione e condizioni di lavoro nel diritto comunitario: il felice connubio tra codificazione ed innovazione*, in DPCE, 2004, 1239 ss.

¹⁹ La promozione e valorizzazione giurisprudenziale del principio di uguale trattamento nel contesto europeo è stata, infatti, funzionale alla eliminazione degli ostacoli che si frapponivano al raggiungimento dell’obiettivo principe della prima fase dell’integrazione comunitaria: vale a dire il raggiungimento del mercato unico. Cfr., nello stesso senso, G. De Burca, *The Role of Equality in European Community Law*, in A. Dashwood-S. O’Leary (eds.), *The Principle of Equal treatment in EC Law*, Londra, 1997, 13 ss. Sulla stessa lunghezza d’onda l’Avvocato Generale Tesauro che aveva modo di rilevare a proposito del principio di parità di trattamento come «tale principio ha carattere fondamentale, non solo perché pietra angolare dei sistemi giuridici contemporanei, ma anche per una ragione più specifica. La legislazione comunitaria è, infatti, una legislazione concernente essenzialmente fenomeni e attività economiche. In tale materia, stabilire regole diverse per situazioni analoghe non solo si traduce in una disuguaglianza dinanzi alla legge, ma comporta, per di più e inevitabilmente, delle distorsioni di concorrenza assolutamente inconciliabili con la filosofia di fondo del mercato comune». Cfr. § 11 delle conclusioni formulate dall’AG Tesauro per la causa C-63/89, *Les assurances du crédit SA v. Council*, definita nella decisione CGUE, C-63/89, *Les assurances du crédit SA v. Council* (1991).

²⁰ Cfr. *Rapport des chefs de delegations aux ministres des affaires étrangères* (direttore P. H. Spaak), in occasione della conferenza di Messina del 2-3 giugno 1955, 61.

fortemente voluta dalla Francia che aveva, al tempo, i differenziali retributivi più bassi tra salari percepiti, rispettivamente, da lavoratori uomini e lavoratrici donne²¹ rispetto a quelli presenti negli altri cinque Stati membri. Una tale situazione comportava l'alto rischio che una buona parte dell'attività industriale francese che, specie nel settore elettrico e tessile, al tempo impiegava prevalentemente manodopera femminile, si trovasse in una situazione di debolezza concorrenziale rispetto agli stessi o simili segmenti industriali degli altri Paesi della Comunità in cui lo stesso quantitativo di manodopera femminile veniva impiegato a salari decisamente più bassi²².

L'art. 119 si rivolgeva, inoltre, esclusivamente agli Stati membri nel richiedere ai poteri legislativi interni di adottare le discipline a livello nazionale più idonee per garantire effettività, e quindi giustiziabilità, negli ordinamenti giuridici nazionali, al diritto alla parità retributiva tra i sessi per uno stesso lavoro (o per uno equivalente).

È stata la Corte di giustizia²³ ad interpretare assai creativamente il portato dell'art. 119 CE in modo da attribuirgli, in evidente contrasto con il tenore letterale della disposizione²⁴, un effetto diretto orizzontale. In tale scenario, relativamente all'attribuzione di effettività al principio, fino ad allora soltanto proclamato, di parità retributiva tra uomo

²¹ Cfr., non solo per un approfondimento della questione concernente la nascita dell'art. 119 CE ma, più in generale, essenziale per una comprensione delle logiche compromissorie ad alta tensione politica che hanno da sempre influenzato evoluzioni ed involuzioni della politica antidiscriminatoria comunitaria, C. Hoskins, *Integrating Gender: Women, Law and Politics in the European Union*, Londra, 1996. V. anche C. Barnard, *The economic objectives of art. 119*, in T. Hervey-D. O' Keeffe (eds.), *Sex Equality Law in the European Union*, Chichester, 1996, 321, e sempre Id., *Gender Equality in the EU: A Balance Sheet*, in P. Alston (ed.), *The EU and Human Rights*, Oxford, 1999, 215 ss., spec. 217. Vedi anche L. Levi Sandri, *Articolo 119*, in R. Quadri-R. Monaco-A. Trabucchi (a cura di), *Trattato istitutivo della comunità economica europea*, vol. II, Milano, 1965, 953 ss.; T. Perez del Rio, *Parità retributiva*, in A. Baylos Grau-B. Caruso-M. D'Antona-S. Sciarra (a cura di), *Dizionario di Diritto del Lavoro Comunitario*, Bologna, 336 ss.; T. Elman, *The EU and Women: Virtual Equality*, in P.H. Laurent-M. Maresca (eds.), *The State of European Union, Deepening and Widening*, Londra, 1998, 225 ss., spec. 226; G. De Burca, *The Role of Equality in EC law*, in A. Dashwood-S. O' Leary (eds.), *The Principle of Equal Treatment in European Community Law*, Londra, 1997, 13 ss., spec. 27; P. J. Bouchard, *Le concept d'égalité des sexes en droit européen communautaire: une perspective féministe*, in *Osoode Hall Law Review*, 1993, 625 ss. Non è forse superfluo notare come la stessa *ratio* di realizzare una *fair competition* infracomunitaria caratterizzante "i natali" dell'art. 119 CE sia stata anche alla base della decisione degli Stati di dare vita, nel 1919, all'Organizzazione internazionale del lavoro che non è quindi sorta con l'obiettivo, almeno originario, di migliorare le condizioni dei lavoratori (e delle lavoratrici). Com'è stato infatti opportunamente fatto notare, «*the idea of international labour treaties was a by product of the general legislation in nineteenth-century Europe. Legislated improvements in the terms and conditions of employment were thought to impose a competitive disadvantage in the world markets. This obstacle could be overcome by international agreements that raised standards simultaneously. The idea was reformist. It assumed the legitimacy of the capitalist concern with competition. In the beginning it was almost an idea of reform-minded businessmen*». Cfr. D.E. Moynihan, *On the Law of the Nations*, Cambridge, 1990, 57.

²² Differenza di retribuzioni per lavori equivalenti che era al tempo in Francia del 7% rispetto al 20% e 40% di quella caratterizzante, rispettivamente, il mercato del lavoro olandese e italiano.

²³ Cfr., per una significativa delineazione dell'evoluzione giurisprudenziale e dell'approccio "aggressivo" della Corte in tema di *gender equality*, C. Hoskins, *Gender Issues in International Relations: the Case of the European Community*, in *Review of International Law Studies*, 1994, 225 ss., in cui l'Autrice adotta il concetto di "gender" come punto di partenza per esaminare *ratio* e struttura di alcuni dei processi politici che si sono sviluppati nel contesto comunitario. V. anche, sugli stessi temi, C. Barnard, *op. cit.*, 327-330.

²⁴ Prima della storica decisione della Corte che si commenterà tra un momento soltanto la dottrina più attenta si era posta il problema della applicazione diretta dell'art. 119. Cfr. E. Vogel-Polsky, *L'art. 119 du Traité de Rome peut-il être considéré comme self-executing?*, in *Journal des tribunaux*, 1967, 283 ss.

e donna, la sentenza *Defrenne II*²⁵ ha la stessa rilevanza che la decisione *Costa c. Enel*²⁶ può vantare in riferimento al concetto di superiorità del diritto comunitario sul diritto interno e la sentenza *Simmenthal*²⁷ a proposito della nozione di *effet utile* quale predicato imprescindibile del diritto europeo.

La novità della situazione che si presentava alla Corte può essere apprezzata alla luce di differenti aspetti. In primo luogo, le era richiesto, per la prima volta, di attribuire effetto diretto ad una disposizione del Trattato contenente un obbligo di realizzare un obiettivo di politica sociale. Area, quest'ultima, che non solo per definizione comporta un certo margine discrezionale di azione per così dire "strutturale" in capo agli Stati membri, ma che rappresenta, da sempre, un baluardo di quel segmento di sovranità di quest'ultimi, nonostante l'accelerazione del processo di integrazione a livello sovranazionale. In secondo luogo, per quanto invece attinente specificatamente la richiesta di attribuzione all'art. 119 dell'effetto diretto orizzontale, la disposizione oggetto del contendere non sembrava prestarsi particolarmente a vedersi attribuito un tale effetto essendo, come già accennato, in forza del suo tenore letterale, inequivocabilmente ed esclusivamente rivolta agli Stati membri²⁸. Si trattava di un'importante differenza rispetto alle altre disposizioni del Trattato, gli artt. 48 e 59, cui la Corte aveva già riconosciuto un'efficacia diretta orizzontale, che non si riferivano esclusivamente, almeno in via esplicita, agli Stati membri²⁹.

Infine, a differenza di tali previsioni, la formulazione linguistica dell'art. 119 CE faceva della disposizione in esame una norma di principio finalizzata all'enunciazione generale del diritto a una retribuzione eguale per lavori equivalenti.

I Governi degli Stati membri intervenuti, specie quelli irlandesi ed inglesi, sottolinearono nelle loro osservazioni tale aspetto, evidenziando come, in assenza di una normativa nazionale di attuazione, il disposto dell'art. 119 CE rimanesse vago e incompleto. Né a maggior ragione, aggiungevano, sarebbe spettato alla Corte integrarne il significato attribuendole un valore precettivo che si sarebbe evidentemente scontrato con l'enunciazione linguistica della disposizione tipicamente configurante uno *statement of principle*. Una elegante parafrasi da parte dei rappresentanti politici nazionali per invitare l'organo giurisdizionale comunitario a non indossare gli scomodi (e impropri) panni del legislatore.

²⁵ CGUE, 43/75, *Gabrielle Defrenne c. Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena* (1976). La sentenza è stata ampiamente discussa in dottrina. Tra i primi commenti, cfr. O. Stocker, *Le second arrêt Defrenne. L'égalité de rétribution des travailleurs masculins e des travailleurs féminin*, in *Cahier de dr. Eur.*, 1977, 180 ss.; W. Van Gerven, *Contribution dell'arrêt defrenne au développement du droit comunitarie*, ivi, 131, G. Catalano Sgrosso, *Il principio della parità di trattamento tra lavoratori e lavoratrici nel diritto comunitario*, in *Rivista di diritto europeo*, 1979, 245 ss.

²⁶ CGUE, 6/64, *Flaminio Costa c. ENEL* (1964).

²⁷ CGUE, 106/77, *Amministrazione delle Finanze dello Stato c. Simmenthal SpA* (1978).

²⁸ Questo il tenore letterale dell'art. 119 al tempo: «Ciascuno Stato membro assicura l'applicazione del principio della parità di retribuzione tra lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore».

²⁹ La decisione con cui è stato riconosciuto un effetto orizzontale diretto agli allora artt. 48 e 59 CE in tema, rispettivamente, di libera circolazione dei lavoratori e di servizi risale al 12 dicembre 1974, CGUE, 36/74, B.N.O. *Walrave, L.J.N. Koch c. Association Union cycliste internationale, Koninklijke Nederlandsche Wielren Unie e Federación Española Ciclismo* (1974).

La Corte, nonostante le peculiarità evidenziate della disposizione in esame e le fondate obiezioni da parte dei Governi intervenienti, si pronunciò a favore dell'attribuzione all'art. 119 di un effetto diretto non solo verticale ma anche orizzontale tra privati.

La Corte, pur ammettendo che la *ratio* dell'art. 119 era “anche” (“esclusivamente”, come si è detto, per i padri costituenti del 1957) quella di evitare che, nella competizione infracomunitaria, le aziende degli Stati che avevano dato pratica attuazione al principio di pari retribuzione tra i sessi fossero svantaggiate, rispetto alle aziende degli Stati che non si erano ancora attivati per eliminare la discriminazione retributiva a danno della manodopera femminile, aggiungeva, ponendo per la prima volta le basi per la costruzione di una dimensione sociale europea fino allora mai presa seriamente in considerazione, che «l'art. 119 rientrava, a pieno titolo, negli scopi sociali della Comunità dato che questa non si limitava soltanto a realizzare un'unità economica ma doveva garantire, al tempo stesso, mediante un'azione comune, il progresso sociale e promuovere il costante miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro dei popoli europei, come d'altronde era sottolineato nel preambolo³⁰ del Trattato CE»³¹.

L'*homo oeconomicus*, protagonista indiscusso dei primi due decenni del processo di integrazione comunitaria, dopo anni di assoluto predominio, si vedeva affiancato dall'*homo operosus*, le cui esigenze di protezione e di garanzia offuscavano, per una volta, le ragioni di “Sua Maestà” *competition law* attraverso l'individuazione che la Corte faceva del preambolo del Trattato come fonte privilegiata per l'identificazione del *telos* ultimo del suo approccio interpretativo.

Il riferimento, assiologicamente caratterizzato, all'obiettivo, per la prima volta apertamente dichiarato, di realizzare una forma di “progresso sociale” ha avuto, infatti, la forza necessaria di sovvertire il portato che sembrava emergere da un'interpretazione letterale dell'art. 119 CE.

Una volta agganciata la *ratio* della disposizione in esame a una doppia base legittimante, economica e sociale, era stato facile per la Corte elevare il principio di parità retributiva a “uno dei principi fondamentali della Comunità europea”³². Nonostante la forte caratterizzazione assiologica che la prima parte del *reasoning* del giudice comunitario aveva attribuito al portato dell'art. 119, rimaneva un ostacolo per il riconoscimento di una sua efficacia non solo diretta ma anche orizzontale: la “lettera” della disposizione che, come detto, poneva un obbligo esplicitamente ed esclusivamente rivolto agli Stati membri (nel senso, ovviamente di Stati-apparati).

La Corte, nel caso di specie, riteneva tale circostanza di carattere puramente formale e non idonea ad escludere che un obbligo direttamente gravante sui governanti nazionali

³⁰ In riferimento all'utilizzo del preambolo da parte dei giudici comunitari, Rasmussen, con la consueta contestazione nel merito e asprezza nei toni nei confronti dell'attivismo della Corte di Lussemburgo, aveva rilevato come «*the Court seeks inspiration in guidelines which are essential politic in nature, and hence not considered applicable: [...] this is the root of judicial activism which may represent an usurpation of power*». V. H. Rasmussen, *op. cit.*, 62. A questo riguardo deve notarsi, in dissenso con tali riflessioni, come i preamboli non solo costituiscano abitualmente una fonte giuridica vincolante ma anche, nel caso di specie, come il riferimento della Corte al preambolo assumeva un'importanza eccezionale in quanto, al tempo, la parità retributiva non figurava tra gli obiettivi fondamentali previsti dai primi articoli del Trattato CE.

³¹ *Defrenne II*, § 10.

³² *Ibid.*, § 12.

potesse avere, come contropartita, l'attribuzione di diritti ai singoli "governati" interessati all'osservanza di detto obbligo da parte degli Stati membri.

Si trattava, a ben vedere, di un "riadattamento" del portato più innovativo di *Van Gend en Loos* alla sfera sociale oggetto privilegiato del caso in esame. Si ricorderà, infatti, come in quella decisione, relativamente ad una disposizione appartenente alla sfera di azione economica della Comunità come quella prevista dall'ex art. 12 CE³³ e quindi funzionale alla realizzazione del mercato unico, veniva riconosciuto il diritto dei singoli, per la prima volta nel *new european legal order*, considerati destinatari diretti, insieme agli Stati membri, delle normative di un ordinamento sovranazionale³⁴, a fare accertare giudizialmente l'inadempienza, da parte del proprio Stato di appartenenza, all'obbligo di *non facere* derivante da tale disposizione. Allo stesso modo, a ben rifletterci, nel caso in esame, la Corte, alla mancata osservanza da parte degli apparati costituzionali (e istituzionali) degli Stati membri dell'obbligo di agire al fine di introdurre quelle regolazioni sociali a garanzia e protezione dei lavoratori (e lavoratrici) che concretizzassero, a livello nazionale, il progetto di una dimensione sociale sovranazionale, faceva corrispondere il diritto, in capo a tutti i cittadini (lavoratori e lavoratrici) interessati alla realizzazione di quel progetto, di convenire in giudizio il proprio datore di lavoro per far valere il loro diritto, principio fondamentale della Comunità secondo la Corte, alla parità retributiva rispetto ai colleghi dell'altro sesso che svolgessero mansioni uguali o equivalenti.

La Corte, in *Defrenne II*, si spingeva, a ben vedere, ancora oltre. Essendo perfettamente consapevole che, per garantire l'effettività di tale diritto, non sarebbe stato sufficiente (come invece lo era stato nel caso dell'art. 12 CE avendo l'autorità pubblica il monopolio nell'introduzione dei dazi) attribuirgli una efficacia diretta solo nei rapporti verticali pubblico/privato (avendo luogo la maggior parte delle discriminazioni retributive nel settore privato), ammetteva la possibilità anche di una applicazione diretta dell'art. 141 CE nei rapporti di lavoro interprivati.

Ciò significava, in altri termini, che l'ex hostess signora Defrenne era legittimata a convenire la compagnia aerea Sabena, ex datore di lavoro, e a esperire nei suoi confronti un'azione risarcitoria davanti al Tribunale del lavoro belga³⁵.

Se ci si riflette, in questo caso, ed è per questo motivo un caso paradigmatico troppo spesso dimenticato, l'*enforcement inter privatos* del principio di non discriminazione sulla base del sesso è funzionale a garantire una tutela piena ed effettiva alla dignità umana, in questo caso la dignità della Signora Defrenne, evidentemente lesa da un trattamento

³³ Che prevede un divieto per gli Stati membri di istituire dazi doganali e ostacoli al commercio infracomunitario.

³⁴ V. decisione *Van Gend en Loos*, laddove la Corte rilevava, assai innovativamente che «la Comunità costituisce un ordinamento di nuovo genere che riconosce come soggetti non soltanto gli Stati membri, ma anche i loro cittadini e che pertanto indipendentemente dalle norme emananti dagli Stati membri, nello stesso modo in cui impone ai singoli degli obblighi, attribuisce loro dei diritti soggettivi».

³⁵ A ben vedere la Corte in *Defrenne II* sembra aver osato più rispetto a quanto ha fatto nella pur assai audace *Van Gend en Loos* anche per un'altra ragione legata al tipo di obbligo derivante dalle due disposizioni cui i giudici di Lussemburgo, nei casi che si stanno raffrontando, hanno attribuito efficacia diretta. Mentre, infatti, l'art. 12 (ora 25) richiedeva un obbligo di *non facere* per gli Stati membri (divieto di esigere dazi doganali all'importazione o all'esportazione o tasse di effetto equivalente), l'art. 119 (ora art. 141), una volta riconosciuta la sua efficacia diretta, obbligava gli Stati membri ad un *facere positivo* (prendere tutte le misure legislative necessarie al fine di assicurare la pari retribuzione tra uomini e donne

così palesemente discriminatorio.

Quella dignità di cui si parlava in apertura, ingrediente caratterizzante del costituzionalismo europeo a cui, proprio alla luce di tale ingrediente, non può essere estranea l'applicazione diretta orizzontale dei diritti fondamentali.

3. L'efficacia orizzontale dei principi generali: storia e conseguenze di un crampo mentale

“*Stop the European Court of Justice*”: era questo il non eccessivamente criptico titolo dell'editoriale in cui, nel 2008, Roman Herzog, ex presidente della Repubblica federale tedesca e della Convenzione per l'Europa, reagiva alla sentenza *Mangold* dei giudici di Lussemburgo³⁶. Sentenza in cui un'interpretazione creativa, ai confini, invero, della manipolazione, del principio generale di non discriminazione sulla base dell'età consentiva di prevederne la sua applicazione diretta, e conseguentemente, un ampliamento smisurato dell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione europea, in riferimento peraltro a una direttiva il cui termine di recepimento non era ancora scaduto. Nonostante il caloroso invito a un *self-restraint* formulato da Herzog, la Corte di giustizia non sembrò voler dare segni di arresto. Al contrario, con la decisione *Dansk Industri*³⁷ del 19 aprile 2016, la Corte ha ulteriormente accelerato lungo quel percorso giurisprudenziale verso l'attribuzione di efficacia diretta ed orizzontale ai principi generali del diritto dell'Unione ossia a “bypassare” il divieto, che emerge granitico dalla giurisprudenza della stessa Corte, di attribuzione di un effetto diretto di natura orizzontale alle direttive³⁸.

Fin dagli anni '80, infatti, i giudici di Lussemburgo hanno sempre ammesso, a certe condizioni, esclusivamente l'effetto diretto di natura verticale (rapporto tra Stato e privati) delle direttive e negato invece l'effetto orizzontale (inter-privati) delle stesse, escludendo quindi che quest'ultime potessero creare obblighi a carico di un privato e, conseguentemente, che il contenuto delle stesse direttive, anche quando la sua natura precettiva sia chiara, precisa e incondizionata (le condizioni a cui è vincolata l'attribuzione dell'effetto diretto) potesse essere fatto valere nei confronti di soggetti privati³⁹. Un crampo mentale che ha costretto, anche nei casi citati, di raggiungere un effetto analogo attribuendo efficacia diretta a portati normativi, quali i principi generali, che geneticamente sono caratterizzati da maglie assai più larghe di quelle che contraddistinguono la portata semantica significativa delle disposizioni delle direttive.

In un tale contesto, l'adozione della Carta di Nizza nel 2000 e il riconoscimento del suo effetto vincolante da parte del Trattato di Lisbona nel 2009 ha portato a un nuovo dibattito sul tema dell'orizzontalità dei diritti fondamentali nell'ambito costituzionale

che effettuavano un lavoro uguale od equivalente).

³⁶ CGUE, C-144/04, *Werner Mangold c. Rüdiger Helm* (2005).

³⁷ CGUE, C-441/14, *Dansk Industri (DI) c. Successione Karsten Eigil Rasmussen* (2016).

³⁸ Si veda anche CGUE, C-555/07, *Seda Küçükdeveci c. Swedex GmbH & Co. KG* (2010).

³⁹ CGUE, 152/84, *M. H. Marshall c. Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority* (1986); C-91/92, *Paola Faccini Dori v. Recreb Srl* (1994).

europeo⁴⁰.

Tuttavia le tesi che sembrano giustificare l'estensione della dottrina dell'effetto orizzontale anche alle previsioni della Carta potrebbero, a prima vista, scontrarsi con il dato letterale dell'art. 51, c. 1, a detta del quale «le disposizioni della presente Carta si applicano alle istituzioni e agli organi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione. Pertanto, i suddetti soggetti rispettano i diritti, osservano i principi e ne promuovono l'applicazione secondo le rispettive competenze». Quel riferimento ai “suddetti soggetti”, tra cui evidentemente non sono contemplati gli individui, potrebbe remare contro una estensione orizzontale dei diritti fondamentali alle controversie tra soggetti privati. Tale estensione potrebbe infatti rischiare non solo di non rispettare il limite soggettivo previsto, ma di ampliare l'ambito del diritto dell'Unione. Ipotesi che, come recita l'art. 51, c. 2, non è consentita dalla Carta stessa⁴¹.

Non si può non notare come la rilevanza delle considerazioni a favore della limitazione dell'applicazione orizzontale dei diritti fondamentali previsti dalla Carta che facciano leva sul dato testuale del richiamato art. 51 della stessa non sembrino per nulla convincenti.

Già in *Defrenne II*, la Corte di giustizia, come si è visto in precedenza, aveva mostrato di non prendere in eccessivo conto il portato letterale della disposizione rilevante ai fini del riconoscimento della portata orizzontale e diretta del diritto in questione. Anzi, osservando che «sebbene [le] disposizioni del trattato si rivolgano formalmente agli Stati membri», tale circostanza «non esclude affatto che, al tempo stesso, vengano attribuiti dei diritti ai singoli interessati all'osservanza degli obblighi così precisati», la Corte sembrava aver già superato *ante litteram* l'argomentazione restrittiva di carattere letterale sopra esposta. Se a ciò si aggiunge che, nel preambolo della Carta, è indicato che «il godimento dei diritti non esclude la responsabilità e doveri nei confronti degli altri», le argomentazioni a favore dell'estensione dell'orizzontalità sembrano tutt'altro che infondate.

Ulteriori elementi a sostegno della tesi dell'efficacia orizzontale delle disposizioni della Carta possono essere rinvenuti nella sentenza *AMS*⁴² nella quale la Corte sembra aver fornito un ulteriore tassello aggiuntivo. Sotto tale profilo, al punto 47, la Corte ha osservato che «le circostanze del procedimento principale si differenzino da quelle all'origine della citata sentenza *Kücükdeveci*, nella misura in cui il principio di non discriminazione in base all'età, in esame in quella causa, sancito dall'articolo 21, paragrafo 1, della Carta, è di per sé sufficiente per conferire ai singoli un diritto soggettivo invocabile in quanto tale». Sebbene la Corte non abbia minimamente riconosciuto un'applicazione generale di carattere orizzontale di tutte le disposizioni della Carta, ma abbia fatto riferimento soltanto all'art. 21, non è possibile trascurare come alcuni diritti

⁴⁰ Secondo l'art. 6 TUE: «L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati».

⁴¹ Secondo l'art. 51, c. 2: «La presente Carta non introduce competenze nuove o compiti nuovi per la Comunità e per l'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti dai trattati».

⁴² CGUE, C-176/12, *Association de Médiation Sociale v. Hichem Laboufi* (2014).

fondamentali, e in particolare quelli derivanti dal suddetto divieto di non discriminazione, potrebbero essere oggetto di applicazione orizzontale per via della loro struttura simile a quella dell'art. 21.

Infatti, partendo, da tale suggestione, è possibile notare come la struttura di altre disposizioni della Carta consiste essenzialmente in un divieto che potrebbe essere applicato in modo estensivo in virtù dell'orientamento della Corte nel caso *AMS*. In particolare, senza pretesa di esaustività, occorre richiamare l'art. 1 della Carta riguardante la dignità umana⁴³, l'art. 5 che prevede il divieto di schiavitù⁴⁴, nonché gli artt. 7 e 8 in materia di privacy e protezione dei dati personali che, come si vedrà in seguito quando si dirà riguardo le decisioni sulla *digital privacy*, costituiscono proprio uno dei casi in cui è possibile apprezzare come la Corte di giustizia abbia riconosciuto una tutela ampia di tali diritti fondamentali andando oltre il limite costituito dalla forma e estendendo orizzontalmente il loro effetto.

Occorre a questo punto soffermarsi sulla decisione della Corte nel caso *AMS* prima menzionata dal momento che ha deciso in senso negativo riguardo l'applicazione orizzontale dell'art. 27 riguardante il diritto di informazione e consultazione dei lavoratori specialmente nonostante il carattere meno vago della disposizione in questione⁴⁵. Tuttavia, come apparirà chiaro, una circostanza che non può essere ignorata è la diversità della pretesa che, in quest'ultimo caso, coinvolge il riconoscimento di diritti sociali, come tali potenziali fonte di spesa e quindi di grande prudenza da parte della Corte.

Nel caso di specie, la direttiva 2002/14, in attuazione dell'art. 27, stabilisce un quadro generale per l'informazione e la consultazione dei lavoratori all'interno dell'Unione⁴⁶. La controversia è scaturita dal momento che la Francia aveva escluso alcune tipologie di contratti di lavori dal godimento del diritto in questione.

Lo snodo principale della questione è costituito dal punto 41 della decisione in esame in cui la Corte si è focalizzata sul comprendere «se la situazione oggetto del procedimento principale sia simile a quella esaminata nella causa conclusasi con la [...] sentenza *Kücükdeveci*, di modo che l'art. 27 della Carta, da solo o in combinato disposto con le norme della direttiva 2002/14, possa essere invocato in una controversia tra privati al fine di disapplicare, se del caso, la norma nazionale non conforme alla citata direttiva». Appare subito chiaro come, in questo caso, la Corte abbia fatto riferimento esplicito a un proprio precedente in materia di effetto orizzontale (di un principio generale). Nel caso di specie, la Corte si è distanziata da quest'ultimo dal momento che l'art. 27 viene inquadrato nella sfera dei principi (piuttosto che dei diritti) con la conseguenza che, al fine di produrre pienamente i suoi effetti, tale principio «deve essere precisato mediante disposizioni del diritto dell'Unione o del diritto nazionale», come precisato al punto

⁴³ Secondo l'art. 1: «La dignità umana è inviolabile. Essa deve essere rispettata e tutelata».

⁴⁴ Secondo l'art. 5: «Nessuno può essere tenuto in condizioni di schiavitù o di servitù. Nessuno può essere costretto a compiere un lavoro forzato o obbligatorio. È proibita la tratta degli esseri umani».

⁴⁵ Secondo l'art. 27: «Ai lavoratori o ai loro rappresentanti devono essere garantite, ai livelli appropriati, l'informazione e la consultazione in tempo utile nei casi e alle condizioni previsti dal diritto dell'Unione e dalle legislazioni e prassi nazionali».

⁴⁶ Direttiva 2002/14/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 marzo 2002, che istituisce un quadro generale relativo all'informazione e alla consultazione dei lavoratori – Dichiarazione congiunta del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione sulla rappresentanza dei lavoratori.

45 della motivazione. Tuttavia, in modo differente rispetto al caso *Küçükdeveci*⁴⁷, la Corte ha chiarito la distinzione ritenendo che «il principio di non discriminazione in base all'età, in esame in quella causa, sancito dall'art. 21, paragrafo 1, della Carta, è di per sé sufficiente per conferire ai singoli un diritto soggettivo invocabile in quanto tale». Tuttavia, secondo l'Avvocato generale, sarebbe stato possibile fare valere il diritto di cui all'art. 27 in una controversia fra privati «con eventuale conseguente disapplicazione della normativa nazionale»⁴⁸ sulla base di un percorso che la Corte avrebbe intrapreso «con le sentenze *CIA Security*, *Mangold* o *Küçükdeveci*»⁴⁹. Contrariamente anche rispetto alla suddetta opinione, la Corte ha risposto in modo fermo ritenendo che l'art. 27 della Carta non può essere invocato in una controversia, al fine di concludere che la norma nazionale non conforme alla direttiva 2002/14 deve essere disapplicata. Infatti, secondo i giudici di Lussemburgo: «Tale constatazione non può essere infirmata da una lettura dell'art. 27 della Carta in combinazione con le norme della direttiva 2002/14, posto che, non essendo detto articolo di per sé sufficiente per conferire ai singoli un diritto invocabile in quanto tale, a diverso risultato non porterebbe neppure una sua lettura in combinato disposto con le norme della direttiva sopra citata»⁵⁰. Risulta evidente a questo punto il sopra citato crampo mentale. Infatti, la differenziazione operata dalla Corte di giustizia basata sulla dicotomia diritti e principi introduce nel sistema costituzionale europeo una contraddizione piuttosto significativa, visto che attribuisce efficacia orizzontale a principi generali, quale nel caso *Küçükdeveci* il principio di non discriminazione in base all'età, e la nega a disposizioni della Carta il cui livello di precisione risulta assai più elevato rispetto al portato del principio generale in questione, come appare chiaro nel caso *AMS*⁵¹.

Sullo stesso filone, più di recente, nel caso *IR*⁵², la Corte è tornata ad esprimersi sul tema dell'efficacia orizzontale in un'altra controversia riguardante i diritti dei lavoratori e, in particolare, attinente all'art. 4, c. 2, della direttiva 2000/78 riguardante la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro⁵³. La vicenda riguardava il licenziamento di un medico impiegato in una società tedesca, il cui oggetto sociale consisteva nella realizzazione dei compiti della Caritas quale espressione dell'esistenza e della natura della Chiesa romano-cattolica. Lo scioglimento del rapporto di lavoro era la conseguenza del secondo sposalizio del medico il quale non aveva ottenuto pre-

⁴⁷ CGUE, C-555/07, *Seda Küçükdeveci c. Swedex GmbH & Co. KG.* (2010), § 47.

⁴⁸ Conclusioni dell'Avvocato Generale Cruz Villalón nel caso C-176/12, *Association de Médiation Sociale c. Hichem Laboubi*, § 80.

⁴⁹ *Ibid.*, § 77.

⁵⁰ *Küçükdeveci*, § 49.

⁵¹ Come osservato da Bindi e Pisaneshci riguardo alla natura giuridica dell'art. 50, la Corte è stata chiara osservando che «le disposizioni del diritto primario che impongono obblighi precisi e categorici, che non richiedano, per la loro applicazione, alcun intervento ulteriore delle autorità dell'Unione o nazionali, attribuiscono direttamente diritti ai soggetti dell'ordinamento». Nel caso di specie, il principio del *ne bis in idem* garantito dall'art. 50 conferisce ai soggetti dell'ordinamento europeo un diritto direttamente applicabile. Si veda E. Bindi-A. Pisaneschi, *Sanzioni Consob e Banca d'Italia: Procedimenti e "doppio binario" al vaglio della Corte EDU*, Torino, 2018, 243. Il caso in questione è CGUE, C-537/16, *Garlsson Real Estate SA, en liquidation e a. c. Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Consob)* (2018).

⁵² CGUE, C-68/17, *IR c. JQ* (2018).

⁵³ Direttiva 2000/78/CE del Consiglio del 27 novembre 2000 che stabilisce un quadro generale per la

viamente l'annullamento del primo. Indipendentemente dalle questioni attinenti alla giustificazione del licenziamento, la Corte si è occupata di rispondere al quesito della Corte federale tedesca in merito all'obbligo per il giudice nazionale, nell'ambito di una controversia tra privati, di disapplicare una disposizione nazionale che non possa essere interpretata in modo conforme alla disposizione della direttiva in questione.

Passaggio chiave nel *reasoning* della decisione è il punto 69 nella quale la Corte chiarisce che «il divieto di qualsiasi discriminazione fondata sulla religione o sulle convinzioni personali riveste carattere imperativo in quanto principio generale del diritto dell'Unione ora sancito dall'articolo 21 della Carta, ed è di per sé sufficiente a conferire agli individui un diritto invocabile come tale nell'ambito di una controversia che li veda opposti in un settore disciplinato dal diritto dell'Unione»⁵⁴. Come osservato dagli stessi giudici di Lussemburgo, tale statuizione non costituisce un *novum* nel panorama costituzionale europeo considerato che già prima del conferimento alla Carta dello stesso valore giuridico dei Trattati, tale principio era radicato nelle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e, quindi, la traduzione del divieto di discriminazioni previsto dalla Carta costituisce soltanto una forma di codificazione di ciò che già per gli Stati membri era un principio condiviso.

4. Il peculiare esempio della *privacy* digitale

Se quello definito fin qui può sembrare un approccio non del tutto cristallino da parte della Corte di giustizia rispetto alla questione dell'attribuzione di un effetto orizzontale ai diritti previsti dalla Carta, la situazione risulta ancor più complessa in ambiti di tutela come quelli stabiliti dagli artt. 7 e 8 della stessa, riguardanti, rispettivamente, la tutela della vita privata e la protezione dei dati personali, in cui appare chiaro come la Corte, in modo non evidente e fingendo di interpretare la normativa secondaria – in particolare la direttiva 95/46 – abbia manipolato l'estensione delle suddette garanzie riconoscendone implicitamente la loro efficacia orizzontale senza stravolgere i propri precedenti.

I giudici comunitari con tre decisioni tra il 2014 e il 2015 hanno fatto emergere la chiara volontà, da parte degli stessi giudici, di prendere (forse troppo) sul serio la protezione di un nuovo *digital right to privacy* andando oltre un approccio meramente formalistico e assicurando un ampio livello di protezione degli articoli 7 ed 8 riconosciuti dalla Carta, anche a discapito di altri diritti di rango pari-ordinato, come, in primo luogo, libertà di espressione

È possibile semplificare tale processo richiamando tre *landmark decisions*. Si tratta, in particolare, del caso *Digital Rights Ireland*⁵⁵, occasione in cui i giudici di Lussemburgo hanno annullato, perché in contrasto con alcune previsioni della Carta, la direttiva

parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, OJ L 303, 16-22.

⁵⁴ CGUE, C-414/16, *Vera Egenberger c. Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung e.V.* (2018), § 76.

⁵⁵ CGUE, C-293/12 e C-594/12, *Digital Rights Ireland Ltd c. Minister for Communications, Marine and Natural Resources e a. e Kärntner Landesregierung e a.* (2014).

2006/24⁵⁶ in materia di conservazione dati (c.d. *data retention*); del caso *Google Spain*⁵⁷ dove la Corte ha stabilito, *inter alia*, l'obbligo per i motori di ricerca, a certe condizioni, di rimuovere, su espressa richiesta del ricorrente, *link* relativi a pagine Internet contenenti informazioni in grado di poter ledere il c.d. diritto all'oblio del soggetto i cui dati personali, e spesso sensibili, permangono per un periodo significativo in rete; del caso *Schrems*⁵⁸ in cui la Corte ha invalidato la Decisione della Commissione che aveva omologato i principi del *Safe Harbor* nell'anno 2000⁵⁹.

Sebbene a prima vista le tre fattispecie possano sembrare diverse e non avere punti in comune, esse condividono almeno due elementi chiave: in primo luogo, la dimensione digitale (e quindi la prospettiva transnazionale) e, in secondo, la necessità di garantire un elevato livello di tutela della privacy e dei dati personali in quanto diritti fondamentali da tutelare anche (e specialmente) nei confronti di nuovi poteri privati della rete. Come si avrà modo di apprezzare, non è una coincidenza che in questi casi la Corte abbia garantito un margine di tutela elevato di tali diritti ampliandone i confini di tutela. Emerge infatti come i giudici di Lussemburgo sia pervenuti a tale esito attraverso una lettura manipolativa della disciplina di diritto derivato alla luce dei parametri costituzionali – gli artt. 7 e 8 della Carta – che configurano lo statuto a tutela della *digital privacy*.

4.1 Da *Digital Rights Ireland* a *Google Spain*

Il primo passo verso una tutela estensiva della privacy e dei dati personali viene compiuto in *Digital Rights Ireland*⁶⁰, occasione in cui la Corte ha riconosciuto una così ampia tutela dei suddetti diritti fondamentali tale da giustificare l'annullamento della direttiva 2006/24.

Tra le varie argomentazioni sviluppate nel caso in questione, risulta cruciale sottolineare la chiara intenzione della Corte di ricondurre la tutela dei dati personali, che grazie

⁵⁶ Direttiva 2006/24/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 marzo 2006, riguardante la conservazione di dati generati o trattati nell'ambito della fornitura di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico o di reti pubbliche di comunicazione e che modifica la direttiva 2002/58/CE, OJ L 105, 54-63.

⁵⁷ CGUE, C-131/12, *Google Spain SL e Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) e Mario Costeja González* (2014).

⁵⁸ CCGUE, C-362/14, *Maximilian Schrems c. Data Protection Commissioner* (2015).

⁵⁹ Decisione della Commissione, del 26 luglio 2000, a norma della direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio sull'adeguatezza della protezione offerta dai principi di approdo sicuro e dalle relative "Domande più frequenti" (FAQ) in materia di riservatezza pubblicate dal Dipartimento del commercio degli Stati Uniti, OJ L 215, 7-47.

⁶⁰ Per alcuni commenti, v. L. Trucco, *Data retention: la Corte di giustizia si appella alla Carta UE dei diritti fondamentali*, in *Giur. it.*, 8-9, 2014, 1850 ss.; R. Flor, *La Corte di Giustizia considera la direttiva europea 2006/24 sulla c.d. "data retention" contraria ai diritti fondamentali. Una lunga storia a lieto fine?*, in *Rivista Trimestrale di Diritto penale contemporaneo*, 2, 2014, 178 ss.; A. Vedaschi-V. Lubello, *Data retention and its implications for the fundamental right to privacy: a European perspective*, in *Tilburg Law Review* 20, 2014, 14 ss.; M. Nino, *L'annullamento del regime della conservazione dei dati di traffico nell'Unione europea da parte della Corte di giustizia UE: prospettive ed evoluzioni future del sistema europeo di data retention*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 4, 2014, 803 ss.; F. Fabbrini, *The European Court of Justice Ruling in the Data Retention Case and its Lessons for Privacy and Surveillance in the U.S.*, in *Harvard Human Rights Journal*, 28, 2015, 65 ss.

all'art. 8 si emancipa dalla visione statica della privacy (art. 7), nel novero delle tradizioni costituzionali degli Stati membri riconoscendoli, quindi, quali valori condivisi all'interno dell'Unione. Quando in realtà, questo non era (e non è) esattamente lo *status quo*. In particolare, al fine di addivenire a tale risultato, la Corte ha voluto fare credere, con un sapiente gioco di illusione ottica – e in questo il Preambolo⁶¹ della Carta ha fornito un ottimo *assist* laddove fa riferimento alla stessa quale un semplice esercizio di riaffermazione dei diritti provenienti da tradizioni costituzionali comuni – che la Carta stessa, sia, utilizzando l'espressione di Lessig⁶², esclusivamente una *codifying constitution*, vale a dire un documento di natura costituzionale che si fa carico soltanto di catalogare l'esistente, e di sistematizzare, e per l'appunto, “codificare” a livello super primario percorsi evolutivi (in questo caso riferiti alle tradizioni costituzionali comuni) già presenti nell'ambiente giuridico in cui prende corpo il nuovo *bill of rights*.

A guardar bene, però, la Carta di Nizza ha una natura ambivalente. È sicuramente una *codifying constitution*, ma non soltanto. Ha anche in sé molto della seconda categoria identificata da Lessig, quella che lui definisce *transformative constitution* e che si distingue per una attitudine della Carta alla modifica dello *status quo*, innovando su aspetti essenziali della cultura giuridica caratterizzante il contesto di riferimento in cui prende corpo, e quindi andando oltre le tradizioni costituzionali esistenti. Attitudine ad essere (anche) una *transformative constitution* che emerge proprio con riferimento all'art. 8 della Carta che, a ben vedere, non costituisce la proiezione europea di un fattore costituzionale condiviso come invece ci vorrebbe fare credere la Corte di giustizia, nel tentativo di legittimare il suo intervento ablatorio, fondandolo sul preteso collegamento tra dimensione europea e quella costituzionale degli Stati membri. A disporre, infatti, di una espressa tutela costituzionale relativa alla protezione dei dati sono esclusivamente l'Olanda, dopo la revisione costituzionale del 1983, la Spagna, all'art 18, c. 4, della sua Costituzione ed alcune esperienze costituzionali dell'Europa centro-orientale.

Una volta radicate la privacy e la protezione dei dati personali nelle tradizioni costituzionali degli Stati membri, la Corte è andata ben oltre tale riconoscimento in *Google Spain*. Si può affermare come il ruolo giocato dagli artt. 7 e 8 della Carta non sia stato esclusivamente quello di parametro interpretativo della disciplina rilevante. La Corte sembra infatti averne presupposto, non si sa quanto consapevolmente, un'efficacia diretta orizzontale di tali diritti nei confronti di un operatore privato quale, nel caso di specie, un motore di ricerca. In particolare, il passaggio rilevante a questo proposito è quello previsto, *inter alia*, dal paragrafo 96 della decisione citata, laddove la Corte si chiede se l'interessato abbia diritto a che l'informazione riguardante la sua persona non venga più, allo stato attuale, collegata al suo nome da un elenco di risultati generato da un motore di ricerca. L'unico modo per rispondere positivamente, come fa la Corte, a tale quesito, essendo l'informazione rilevante in questo caso vera e non parziale, ed

⁶¹ Secondo il Preambolo della Carta: «La presente Carta riafferma, nel rispetto delle competenze e dei compiti dell'Unione e del principio di sussidiarietà, i diritti derivanti in particolare dalle tradizioni costituzionali e dagli obblighi internazionali comuni agli Stati membri, dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, dalle carte sociali adottate dall'Unione e dal Consiglio d'Europa, nonché dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea e da quella della Corte europea dei diritti dell'uomo».

⁶² L. Lessig, *Code and Other Laws of Cyberspace*, New York, 1999.

essendo il diritto in questione, come l'Avvocato generale ha spiegato in dettaglio nelle sue conclusioni, non enucleabile, *de iure condito*, dalla direttiva 95/46, è quello di attribuire un'efficacia diretta orizzontale all'art. 8 della Carta.

Il punto sembra di cruciale rilievo. Da una parte, infatti, uno sdoganamento della possibilità di attribuire efficacia diretta e orizzontale ai diritti fondamentali previsti dalla Carta e rilevanti nell'ecosistema digitale sembra in grado di superare quegli ostacoli che fino ad ora hanno impedito di coinvolgere a pieno titolo gli operatori privati nel processo di promozione e tutela degli stessi diritti in Internet; dall'altra, la Corte sembra implicitamente superare quel formalismo (quasi confusione) espresso nelle decisioni precedenti andando oltre le mere argomentazioni letterali.

Un altro aspetto della sentenza in questione che manifesta il medesimo approccio espansivo (*melius*, manipolativo) utilizzato dalla Corte al fine di riconoscere un diritto all'oblio digitale attiene all'estensione della nozione di stabilimento anche a soggetti non residenti nel territorio dell'Unione. In primo luogo, occorre osservare la sempre più consolidata attitudine ad applicare la disciplina europea in tema di protezione dei dati personali tutte le volte in cui il soggetto interessato sia un cittadino europeo, *melius*, un residente nel territorio dell'Unione, indipendentemente – il che non sarebbe ovviamente una novità –, non solo dal luogo in cui si trovano i *server* da cui ha origine l'attività di trattamento dati, ma anche dalla circostanza, molto meno ovvia, che, tanto sotto il profilo oggettivo dello strumentario rilevante, quanto sotto quello soggettivo dello stabilimento del responsabile del trattamento, il trattamento non sia avvenuto in Europa.

A ben vedere, infatti, l'interpretazione estensiva che la Corte ha dato della locuzione nel "contesto dell'attività" di stabilimento, in forza della quale, di fatto, si considera responsabile del trattamento chi, per la stessa ammissione della Corte, non effettua un trattamento in senso stretto, perviene, in sostanza, con altro mezzo, allo stesso risultato dell'art. 3, c. 2, del Regolamento generale sulla protezione dei dati personali⁶³. Al punto 58, la Corte esplicita le ragioni di tale approccio espansivo osservando che «non si può accettare che il trattamento di dati personali effettuato per le esigenze del funzionamento del suddetto motore di ricerca venga sottratto agli obblighi e alle garanzie previsti dalla direttiva 95/46, ciò che pregiudicherebbe l'effetto utile di quest'ultima e la tutela efficace e completa delle libertà e dei diritti fondamentali delle persone fisiche che detta direttiva mira a garantire [...], segnatamente il diritto al rispetto della loro vita privata, con riguardo al trattamento dei dati personali, al quale detta direttiva riconosce un'importanza particolare».

Tale approccio espansivo, già presente nel caso *Digital Rights Ireland*, può essere letto anche dal punto di vista politico, e non strettamente giuridico, come espressione di una sovranità digitale europea che mira a delinarsi in modo fermo rispetto al contesto transnazionale in cui Internet si sviluppa. Il passaggio rilevante in cui sembra chiaramente manifestarsi lo spostamento dell'attenzione della Corte di giustizia dalla questione relativa alla legge applicabile a quella connessa, invece, alla infrastruttura

⁶³ Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati), OJ L 119, 1-88.

geografica rilevante, è quello in cui, in *Digital Rights Ireland*, i giudici comunitari hanno modo di affermare che, visto che detta direttiva «non impone che i dati di cui trattasi siano conservati sul territorio dell'Unione, e di conseguenza non si può ritenere pienamente garantito il controllo da parte di un'autorità indipendente, esplicitamente richiesto dall'articolo 8, paragrafo 3, della Carta, del rispetto dei requisiti di protezione e di sicurezza, quali richiamati ai due punti precedenti»⁶⁴.

In questo caso, il portato normativo dell'art. 8, c. 3 della Carta è utilizzato dalla Corte per giustificare l'esigenza, non si capisce bene come attuabile in concreto, che i dati personali dei residenti in Europa, trattati al fine di prevenire attentati alla sicurezza nazionale, siano conservati all'interno del territorio degli Stati membri dell'Unione europea. È evidente come la dimensione giuridica della identificazione della legge applicabile e quella geografica del luogo di conservazione dei dati costituiscano due tasselli dello stesso mosaico giurisprudenziale volto a fare della "legge" e del "suolo" europei le due colonne portanti per la costruzione di una fortezza continentale a presidio dei dati personali dei residenti in Europa. Fortezza sicuramente inespugnabile all'interno, ma che rischia di non avere quei ponti levatoi che consentano un'effettività extraterritoriale della disciplina europea preposta alla tutela della privacy digitale.

Sembra proprio questo il limite più evidente del processo in corso ad opera di giudici di Lussemburgo di europeizzazione di Internet, la cui natura transnazionale di portata globale non sembra supportare il successo, con riferimento, appunto, alla effettività della tutela apprestata, di tentativi, seppure comprensibili e financo lodevoli negli intenti, di radicale regionalizzazione della protezione. Regionalizzazione, quest'ultima, che rischia di trasformarsi, peraltro, in una segmentazione e perfino balcanizzazione dei meccanismi di protezione.

4.2 Il caso *Schrems*

Se questo è lo scenario delineabile già nel 2014 dall'analisi dei casi *Digital Rights Ireland* e *Google Spain*, il caso *Schrems*⁶⁵ sembra confermare la tendenza espansiva della tutela della privacy e dei dati personali nonché l'estensione della già menzionata sovranità digitale europea.

Anche in questo caso in un particolare passaggio della pronuncia in esame⁶⁶, sembra cogliersi nuovamente quell'attitudine a un'interpretazione espansiva, quasi manipolativa, delle disposizioni contenute nella direttiva, secondo una deviazione, non si fatica a credere volontaria, incline a garantire alla tutela dei dati personali il più ampio spazio:

⁶⁴ *Digital Rights Ireland*, § 68.

⁶⁵ Per alcuni commenti v. G. Finocchiaro, *La giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di dati personali da Google Spain a Schrems*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica* 4-5, 2015, 383 ss; O. Pollicino-M. Bassini, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nel reasoning dei giudici di Lussemburgo*, in G. Resta-V. Zeno-Zencovich (a cura di), *op. cit.*, 73 ss; M. Scheinin, *The Essence of Privacy, and Varying Degrees of Intrusion*, in www.verfassungsblog.de, 7 ottobre 2015; R. Miller, *Schrems v. Commissioner: A Biblical Parable of Judicial Power*, *ivi*, 7 ottobre 2015; C. Kuner, *The Sinking of Safe Harbor*, *ivi*, 8 ottobre 2015; O. Lynskey, *Negotiating the Data Protection Thicket: Life in the Aftermath of Schrems*, *ivi*, 9 ottobre 2015.

⁶⁶ *Schrems*, § 72.

la Corte attribuisce all'art. 25, c. 6 della direttiva 95/46, la norma su cui poggia il potere della Commissione di constatare l'adeguatezza del livello di protezione dei dati personali offerto da un paese terzo, lo scopo di assicurare la continuità (quasi un prolungamento spaziale della tutela giuridica) del grado elevato di protezione che la direttiva mira a stabilire all'interno dell'Unione europea. Sembra che, anche in questo caso, la Corte non si sia astenuta ma abbia anzi dato seguito a questa attitudine⁶⁷.

Osservando più attentamente la decisione in questione, è possibile considerare come in questo caso la Corte abbia fatto riferimento a due modelli di privacy utilizzando il parametro europeo della Carta e la tutela riconosciuta dall'ordinamento statunitense. Così, le valutazioni condotte dalla Corte di giustizia, se investono direttamente la decisione adottata dalla Commissione, concernono in larga parte le garanzie (non) previste dall'ordinamento statunitense, risolvendosi in un apprezzamento della loro equivalenza (sostanziale) rispetto al quadro dettato dalla direttiva 95/46 in Europa. Il sistema del *Safe Harbor* e i principi che vi sono racchiusi costituiscono pertanto il parametro interposto al quale i giudici di Lussemburgo si riferiscono per valutare la legittimità della decisione della Commissione.

Inutile negare che il portato degli artt. 7 e 8 della Carta, formalmente non coinvolti in questa “triangolazione” tra decisione, direttiva e *Safe Harbor*, sia in realtà decisivo. È proprio la valorizzazione delle disposizioni della Carta, infatti, che permette alla Corte di giustizia di elevare, da un lato, la valutazione generale sul livello di protezione offerto dalla direttiva, e dall'altro, lo standard di “tolleranza” per legittimare il trasferimento di dati personali fuori dall'Unione europea, convertendo – come detto – in equivalenza il parametro, formalmente incardinato nell'art. 25 della direttiva, di adeguatezza.

Il risvolto sotto il versante argomentativo sembra coincidere con una trasformazione del principio di adeguatezza, cui la direttiva 95/46, all'art. 25, ancora la valutazione della legittimità del trasferimento di dati personali verso paesi terzi, un principio di protezione sostanzialmente equivalente della tutela dei diritti fondamentali in gioco⁶⁸. Tale trasfigurazione del contenuto del test alla base della legittimità dei trasferimenti di dati personali verso paesi terzi si giustifica con l'intento di offrire una rinnovata e rinvigorita interpretazione dei diritti fondamentali alla privacy e alla tutela dei dati personali. La lettera della direttiva ha così formato oggetto di un processo di (neanche troppo velata) manipolazione che, dietro un'evidente pressione per un rafforzamento delle tutele nel rapporto con l'ordinamento statunitense, ha condotto all'annullamento della decisione

⁶⁷ In questo modo, l'argomentazione della Corte sembra dare a tratti credito alle opinioni di molti dei commentatori che hanno indicato nella sentenza *Schrems* la reazione, in parte anche emotiva, dell'Europa allo scandalo NSA e alle operazioni di sorveglianza globale messe in atto dal governo degli Stati Uniti, dietro il consenso o quantomeno la complicità (forse inconsapevole) di alcuni Stati membri: un contesto nel quale, stando a un piano giuridico, gli Stati Uniti non garantirebbero i presupposti per una tutela efficace, esponendo a pregiudizio i dati personali trasferiti dall'Unione europea soprattutto nell'ambito dei trattamenti effettuati da autorità pubbliche.

⁶⁸ In sintesi, l'art. 25 della direttiva 95/46/CE stabilisce che il trasferimento di dati personali verso paesi terzi può aver luogo soltanto se il paese di destinazione garantisce un livello di protezione adeguato, fatte salve le misure nazionali di attuazione delle altre disposizioni della direttiva. Il compito di valutare l'adeguatezza del livello di protezione offerto da un paese terzo è affidato alla Commissione dal par. 6 dell'art. 25, secondo la procedura regolata all'art. 31 della direttiva. Nel caso la Commissione constati l'inadeguatezza del livello di tutela assicurato da un paese terzo, gli Stati membri sono tenuti ad adottare le misure necessarie a evitare ogni trasferimento di dati personali verso tale Stato.

con cui la Commissione si era espressa in punto di adeguatezza. Con una motivazione, tuttavia, che rispecchia indirettamente l'insufficienza di questo criterio, in surrogazione (interpretativa) del quale viene utilizzato il parametro relativo alla equivalenza sostanziale della protezione. Diversamente, non si comprenderebbe il motivo per cui, all'atto dell'adozione della decisione⁶⁹, quando la Carta dei diritti fondamentali ora così valorizzata stava per vedere la nascita, ma il suo spirito non avrebbe potuto non influenzare le scelte del legislatore europeo, seppure a titolo di *moral suasion*, la Commissione abbia potuto licenziare un atto con il quale si accertava la sostanziale adeguatezza delle garanzie previste dall'ordinamento statunitense in materia di trattamento dei dati personali. A maggior ragione, questa considerazione deve valere a comparto normativo invariato, stante l'assenza di modifiche che abbiano investito le disposizioni dell'ordinamento statunitense in materia.

Mutato così il paradigma cui informare la valutazione da parte della Corte di giustizia, è stato per quest'ultima gioco facile addivenire all'annullamento della decisione. Si potrebbe inoltre porre in questione se abbia rivestito maggiormente carattere politico la decisione che è stata oggetto di annullamento ovvero la sentenza che l'ha decretata, vale a dire se i motivi che hanno condotto la Commissione, nel 2000, ad affermare forse anche per ragioni non meramente giuridiche l'adeguatezza del sistema di *Safe Harbor* siano prevalenti rispetto a quelli che hanno guidato la Corte di giustizia verso un'opposta, seppure "manipolata" valutazione.

L'approccio della Corte non può che manifestare una forma di *judicial activism* tesa alla manipolazione dei parametri costituzionali rilevanti tanto da estendersi allo scrutinio di regole extra europee. Il motivo di tale approccio, in particolare nel caso di specie, può essere rinvenuto nella rilettura di un atto originariamente compatibile con il diritto dell'Unione europea che era stato adottato prima che la Carta di Nizza fosse emanata nel 2000 seppur senza efficacia vincolante. Tale "dinamizzazione" del giudizio della Corte risulta cruciale se si pensa che l'adozione della Carta che ha innalzato il livello di tutela dei diritti fondamentali è giunta poco prima di un momento cruciale per la sicurezza nazionale degli Stati Uniti la cui risposta è stata espressa da un abbassamento della tutela dei diritti attraverso l'adozione dell'US Patriot Act nel 2001.

Il momento in cui tuttavia diviene più evidente l'operazione complessiva condotta dalla Corte di giustizia, insieme alle forzature che essa inevitabilmente implica, è quello relativo al giudizio sul rispetto delle condizioni previste dalla direttiva 95/46 per la legittimità della decisione della Commissione. In tale ambito, compito della Corte diviene quello di condurre uno scrutinio sul livello di adeguatezza della tutela offerta dall'ordinamento statunitense.

Il punto che maggiormente si presta alla manipolazione interpretativa della Corte di giustizia è quello in cui i giudici osservano che, a ben vedere, la direttiva non individua in maniera esaustiva e analitica i criteri per valutare l'adeguatezza del livello di protezione offerto dall'ordinamento di un paese terzo. Né, aspetto ancora più rilevante, la nozione di adeguatezza è oggetto di specifica definizione. Al riguardo, infatti, l'art. 25, c. 2, si limita a stabilire che l'adeguatezza «è valutata con riguardo a tutte le circostanze

⁶⁹ S. Rodotà, *Internet e privacy, c'è un giudice in Europa che frena gli Usa*, in www.repubblica.it, 12 ottobre 2015.

relative a un trasferimento o ad una categoria di trasferimenti di dati»; e, in secondo luogo, che «sono presi in considerazione la natura dei dati, le finalità del o dei trattamenti previsti, il paese d'origine e il paese di destinazione finale, le norme di diritto, generali o settoriali, vigenti nel paese terzo di cui trattasi, nonché le regole professionali e le misure di sicurezza ivi osservate». Questa indicazione, nondimeno, presenta tutt'altro che carattere esaustivo. In sintesi: non c'è riscontro di un concetto di adeguatezza espresso in senso vincolante, né di un set di criteri ai quali tale apprezzamento debba necessariamente essere informato.

In particolare, nella decisione in questione, emerge chiaramente lo sbilanciamento della Corte a favore di una tutela dei dati personali secondo un canone di equivalenza anziché di mera adeguatezza: questa sfumatura sembra emergere nell'enfasi data all'obiettivo dell'art. 25 della direttiva, vale a dire «assicurare [...] la continuità del livello elevato di tutela di tale protezione in caso di trasferimento di dati personali verso un paese terzo» (nella versione in lingua inglese «*to ensure that the high level of that protection continues where personal data is transferred to a third country*»)⁷⁰. La vera declinazione del parametro di adeguatezza secondo un'angolazione che lo parifica a quello di equivalenza si nota nel successivo passaggio in cui la Corte⁷¹, pur premurandosi di precisare che lo standard di adeguatezza non implica un livello di protezione identico a quello europeo, richiamando le argomentazioni dell'Avvocato generale⁷², specifica che il termine adeguatezza sottende l'esigenza di livello di protezione sostanzialmente equivalente a quello garantito all'interno dell'Unione – passaggio cruciale – «in forza della direttiva 95/46, letta alla luce della Carta». Ecco il preorientamento assiologico (o, se si volesse leggere maliziosamente, il pregiudizio assiologico) che conduce alla conversione del parametro di adeguatezza in quello di equivalenza tramite il trasformatore permanente della Carta dei diritti fondamentali: la Corte è chiara nell'esprimere l'avviso che è proprio una lettura teleologicamente ispirata dalla Carta a legittimare questa operazione di manipolazione della direttiva.

Si registra poi un'attenzione da parte della Corte alla natura dinamica del livello di protezione, che può variare a seconda di fattori diversi. Proprio per questo la Corte precisa che la Commissione è tenuta a effettuare una verifica periodica sull'adeguatezza della protezione in forza della direttiva. Siffatta verifica, aggiunge la Corte, è «in

⁷⁰ *Schrems*, § 72.

⁷¹ *Ibid.*, § 73.

⁷² Nelle conclusioni dell'Avvocato Generale Bot in *Schrems*, al § 141, richiamato dalla Corte, si osserva: «Un paese terzo assicura un livello di protezione adeguato solo qualora, al termine di una valutazione di insieme del diritto e della prassi nel paese terzo in questione, essa sia in grado di dimostrare che tale paese offre un livello di protezione sostanzialmente equivalente a quello offerto da tale direttiva, anche se le modalità di tale protezione possono essere diverse da quelle generalmente vigenti all'interno dell'Unione». Dunque, l'autore, o quantomeno l'artefice in prima battuta della manipolazione è piuttosto l'Avvocato Generale. Che, non a caso, dopo essersi spinto così coraggiosamente in un argomento assai delicato, avverte, al successivo punto, l'esigenza di precisare che «[b]enché il termine inglese “adequate” possa essere inteso, dal punto di vista linguistico, nel senso che esso designa un livello di protezione appena soddisfacente o sufficiente, e avere pertanto un campo semantico diverso dal termine francese “adéquat”, si deve osservare che il solo criterio che deve guidare l'interpretazione di tale termine è l'obiettivo consistente nel conseguimento di un livello elevato di protezione dei diritti fondamentali, come richiesto dalla direttiva 95/46».

ogni caso obbligatoria quando taluni indizi facciano sorgere un dubbio al riguardo»⁷³. E naturalmente, ai fini di tale verifica deve tenersi conto delle circostanze intervenute successivamente alla decisione della Commissione: ecco l'esigenza di una rivisitazione sul rispetto dello standard che la direttiva impone per assicurare quella continuità di protezione anche sotto il profilo temporale, e non meramente spaziale⁷⁴.

Al successivo punto 74 la sentenza fa emergere un ulteriore profilo di dinamizzazione, laddove la Corte precisa che gli strumenti di tutela scelti dai paesi terzi possono essere senz'altro differenti da quelli adottati negli Stati membri per ottemperare ai requisiti della direttiva «letta alla luce della Carta». Si intravede in questo passaggio un'ulteriore traccia dell'itinerario di manipolazione che percorre l'intera architettura della sentenza: non è più la direttiva la sola base giuridica cui ancorare la valutazione di legittimità e di conformità all'*acquis* europeo della decisione della Commissione, ma quest'ultima si allarga alla Carta dei diritti fondamentali, che entra sulla scena con la sua portata «costituzionalizzatrice» e rende evidente il percorso da una protezione perlopiù mercantilistica della circolazione dei dati personali a una *fundamental rights oriented*.

Il punto è strategico per la Corte al fine di riaffermare che gli strumenti adottati da paesi terzi devono rivelarsi efficaci ad assicurare una protezione sostanzialmente equivalente a quella garantita all'interno dell'Unione. L'approccio dei giudici del Lussemburgo sembra peculiare a questo riguardo. Da un lato, infatti, la Corte fa esplicitamente ammissione della diversità degli strumenti che possono assicurare, in paesi terzi, la tutela dei dati personali secondo standard adeguati, se comparati al livello di protezione dell'Unione europea. Sembrerebbe dunque un passo indietro, una sorta di *self-restraint* della Corte che prende atto che al (quasi) medesimo risultato è possibile pervenire tramite un percorso diverso, così ponendo le basi, concettualmente, per una sostanziale insindacabilità delle soluzioni normative adottate in ordinamenti diversi da quello dell'Unione europea. Dall'altro lato, però, la Corte entra eccome nel merito degli strumenti normativi che assicurano la protezione dei dati personali nell'ordinamento cui si riferisce la constatazione di adeguatezza contenuta nella decisione 2000/520, ossia quello statunitense. E lo fa con un approccio che è inedito, almeno per quanto riguarda le decisioni che più direttamente vertono in materia di diritti fondamentali, e non

⁷³ Schrems, § 78.

⁷⁴ Si coglie in questo atteggiamento l'influenza esercitata, ancora una volta, dal parere dell'Avvocato generale, che ai §§ 146 ss. precisa: «Al fine di assicurare l'effetto utile dell'articolo 25, paragrafi da 1 a 3, della direttiva 95/46, occorre tenere conto del fatto che l'adeguatezza del livello di protezione offerto da un paese terzo costituisce una situazione evolutiva che può mutare nel tempo in funzione di una serie di fattori. Gli Stati membri e la Commissione devono pertanto essere costantemente attenti ad ogni mutamento di circostanze idoneo a rendere necessaria una rivalutazione dell'adeguatezza del livello di protezione offerto da un paese terzo. Una valutazione dell'adeguatezza di tale livello di protezione non può affatto essere fissata a un momento determinato e, poi, essere mantenuta indefinitamente, a prescindere da qualsiasi mutamento di circostanze che mostri che, in realtà, il livello di protezione offerto non è più adeguato. L'obbligo del paese terzo di assicurare un livello di protezione adeguato costituisce pertanto un obbligo di durata. Pur se la valutazione è effettuata in un momento determinato, il mantenimento della decisione di adeguatezza presuppone che nessuna circostanza intervenuta successivamente sia in grado di rimettere in discussione la valutazione iniziale effettuata dalla Commissione. Infatti, non si deve perdere di vista il fatto che l'obiettivo dell'articolo 25 della direttiva 95/46 consiste nell'evitare che i dati personali vengano trasferiti verso un paese terzo che non assicura un livello di protezione adeguato, in violazione del diritto fondamentale alla protezione dei dati personali garantito dall'articolo 8 della Carta».

di libertà economiche: con uno sguardo pragmatico e un'attenzione particolare per il soddisfacimento dell'obiettivo di tutela sotteso alle misure in questione.

Come osservato, quindi, dal criterio dell'adeguatezza previsto dalla direttiva 95/46 alla base della decisione della commissione del 2000 si è passati a quello basato sulla sostanziale equivalenza dei sistemi di protezione dei diritti fondamentali. Un criterio che non trovava base giuridica nella disciplina europea in materia di privacy ma non è nuova nella giurisprudenza di matrice costituzionale della Corte di giustizia. Non può sfuggire, a tale proposito, il richiamo che nelle maglie della pronuncia la Corte compie, riallacciandosi alla sentenza, o per meglio dire, alla saga *Kadi*⁷⁵.

Segnatamente, al punto 60 della sentenza *Schrems*, la Corte di giustizia esprime il principio per cui l'Unione europea, testualmente, è un'Unione di diritto, nel senso classico per cui «gli atti delle sue istituzioni sono soggetti al controllo della conformità, segnatamente, ai Trattati, ai principi generali del diritto nonché ai diritti fondamentali». Questa precisazione serve ai giudici per puntualizzare, subito dopo, che le decisioni della Commissione adottate ai sensi dell'art. 25, c. 6, della direttiva 95/46 non possono sottrarsi a tale regola.

Leggendo la sentenza *Schrems* in controluce con la vicenda *Kadi*⁷⁶ si coglie l'immagine di un sistema europeo che risponde a un modello autonomo, un paradigma che in una costruzione dualistica non ammette forzature o restrizioni in materia di diritti fondamentali. Sembra potersi affermare che rispetto a ordinamenti diversi con cui il sistema giuridico europeo entra in comunicazione (e che impropriamente potremmo definire, da un punto di vista funzionale, il parametro interposto che attribuisce contenuto alle disposizioni dell'ordinamento comunitario) la tutela dei diritti fondamentali costituisce un baluardo invalicabile, un controlimite insuperabile di fronte al quale ogni norma o prassi di senso contrario risulta recessiva.

È un riappropriarsi di una sovranità, in fondo mai messa in discussione né ceduta, sul terreno ultimo dei diritti fondamentali

Restando in tema di equivalenza del livello di protezione, infine, non si può non menzionare un terzo caso che rappresenta la dinamica tra corti costituzionali ed europee nella ricerca di un equilibrio di sistema. Nella sentenza *Bosphorus*⁷⁷, la Corte europea dei diritti dell'uomo si è pronunciata in maniera storica sul tema della sindacabilità in

⁷⁵ Sono quattro le pronunce che appartengono alla saga *Kadi*: Trib. CE, T-315/01, *Kadi c. Consiglio e Commissione* (2005); CGUE, C-402/05 P e C-415/05 P, *Yassin Abdullah Kadi e Al Barakaat International Foundation c. Consiglio dell'Unione europea e Commissione delle Comunità europee* (2008); Trib. UE, T-85/09, *Yassin Abdullah Kadi c. Commissione europea* (2010); CGUE, C-584/10 P, C-593/10 P e C-595/10 P, *Commissione europea e altri c. Yassin Abdullah Kadi* (2013).

⁷⁶ Per alcuni commenti, v. V. Sciarabba, *La Corte di giustizia, le misure antiterrorismo, i diritti fondamentali e la 'Carta di Nizza': l'epilogo della vicenda Kadi*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 7 febbraio 2014; V. Sciarabba-O. Pollicino, *Lotta al terrorismo, diritti e principi fondamentali, rapporti tra ordinamenti: un importante capitolo della giurisprudenza 'costituzionale' europea*, in *DPCE*, 1, 2009, 159 ss.; G. F. Ferrari, *Kadi: verso una Corte di giustizia costituzionale?*, ivi, 187; R. Dickmann, *Il 'principio di legalità comunitaria' nel sindacato della Corte di giustizia delle Comunità europee degli atti comunitari esecutivi di risoluzioni del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite*, in www.federalismi.it, 31 settembre 2008; B. Conforti, *Decisioni del Consiglio di sicurezza e diritti fondamentali in una bizzarra sentenza del Tribunale comunitario di primo grado*, in *Il Diritto dell'Unione europea* 1, 2006, 333 ss.; C. Tomuschat, *Primacy of the United Nations Law. Innovation Features in the Community Legal Order*, in *Common Market Law Review*, 2006, 537 ss.

⁷⁷ CEDU, *Bosphorus Hava Jollari Turizm ve Ticaret c. Irlanda*, ric. 45036/98 (2005).

base alla CEDU delle norme di diritto derivato dell'Unione, e segnatamente norme contenute in regolamenti.

È alla sentenza *Bosphorus* che risale l'enunciazione della *presumption of conventionality*. Invero, la Corte di Strasburgo aveva già affermato, nella sua giurisprudenza, l'insussistenza di una responsabilità per gli Stati membri dell'Unione europea per violazione della CEDU quando la loro condotta fosse originata dall'osservanza di norme di diritto derivato sulle quali (come nel caso dei regolamenti, direttamente applicabili) gli Stati non dispongono di alcun potere discrezionale, a condizione che nel sistema comunitario i diritti fondamentali ricevessero una protezione equivalente a quella prevista dalla CEDU.

Nella sentenza *Bosphorus* la Corte rifinisce questo principio, precisando come il principio di equivalenza debba intendersi in un'ottica di comparabilità tra i sistemi. Così al punto 155: «By “equivalent” the Court means “comparable”; any requirement that the organisation’s protection be “identical” could run counter to the interest of international cooperation pursued [...]. However, any such finding of equivalence could not be final and would be susceptible to review in the light of any relevant change in fundamental rights protection».

Dunque le autorità degli Stati membri non possono rispondere di violazioni della Convenzione, se agiscono in ossequio a norme direttamente applicabili dell'Unione europea. Tale presunzione, per cui gli Stati membri assicurano una protezione equivalente, può essere smentita solo nel caso in cui la tutela dei diritti fissati dalla CEDU sia manifestamente insufficiente.

Sul punto, basti ricordare che quella che è apparsa come la possibile chiusura del sistema, ossia l'adesione alla CEDU dell'Unione europea – allo stato soltanto annunciata, e giudicata incompatibile con lo stato degli atti dalla Corte di giustizia in un parere del 2013⁷⁸, sembra un disegno ancora lontano dal potersi concretizzare. Rimane così aperto, e la casistica ne conferma l'attualità, il tema della effettiva equivalenza (*rectius*: comparabilità) tra le garanzie stabilite a livello dell'Unione europea e della CEDU a tutela dei diritti fondamentali⁷⁹.

5. Conclusioni

A questo punto, occorre riprendere le fila di questa analisi potendo subito sottolineare come la questione dell'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali sanciti nella Carta sembra tutt'altro che risolta. Sebbene l'interpretazione letterale dell'art. 51 della Carta possa supportare un'interpretazione che limita l'applicazione dei diritti fondamentali nei rapporti *inter privatos*, tuttavia, dall'analisi fin qui svolta, appare chiaro come la

⁷⁸ CGUE, 18 dicembre 2014, parere n. 2/13.

⁷⁹ Si veda V. Zagrebelsky, *L'UE e il controllo esterno della protezione dei diritti e delle libertà fondamentali in Europa. La barriera elevata dalla Corte di Giustizia*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 9, 2015, 1 ss.; S. Douglas-Scott, *The Relationship between the EU and the ECHR Five Years on from the Treaty of Lisbon*, in S. de Vries-U. Bernitz-S. Weatherill (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights as a Binding Instrument: Five Years Old and Growing*, Oxford, 2015; O. De Schutter, *Bosphorus Post-Accession: Redefining the Relationships between the European Court of Human Rights and the Parties*, in V. Kosta-N. Skoutaris-V. Tzevelekos (eds.), *The EU Accession to the ECHR*, Oxford, 2014, 177 ss.

Corte, almeno in alcuni casi, non abbia incontrato alcuna difficoltà a superare il dato testuale al fine di garantire una tutela effettiva dei diritti fondamentali nel contesto costituzionale europeo.

E questo è evidente specialmente in materia di *privacy* e *data protection* nel contesto digitale, terreno su cui la Corte di giustizia ha giocato un ruolo da protagonista garantendo un'ampia tutela dei diritti fondamentali anche oltre i confini letterali e formali previsti dalla Carta. Tale approccio può essere apprezzato almeno sotto due profili fondamentali strettamente correlati: da un punto di vista territoriale e soggettivo.

Il primo. Come visto nelle tre decisioni appena analizzate, uno dei fattori determinanti che hanno spinto la Corte a riconoscere una tutela estensiva della *privacy* e dei dati personali è stata la dimensione a-territoriale delle nuove tecnologie. Tale approccio risulta chiaro non solo come visto in *Digital Rights Ireland* riguardo l'annullamento della direttiva 2006/24 per via della sproporzione dei termini di conservazione, ma anche nel caso *Google Spain* dove non solo il diritto all'oblio è stato garantito agli utenti ma è stata riconosciuta una nozione di stabilimento di carattere ampio dovuta alla possibilità per soggetti privati di esercitare la propria attività d'impresa pur non avendo una sede nell'Unione. Allo stesso modo, la sentenza *Schrems* pone il territorio in una posizione di subordinazione rispetto alla necessità di tutelare i diritti fondamentali. Inoltre, il passo ulteriore compiuto in questa sentenza non consiste soltanto nella caducazione della Decisione di adeguatezza del 2000 ma nell'estensione dell'efficacia del parametro europeo rispetto alla normativa degli Stati Uniti e quindi alla sua giurisdizione.

Il secondo. Da un punto di vista soggettivo, la Corte ha esteso le garanzie di cui ai suddetti diritti fondamentali anche ai rapporti tra soggetti privati. Mentre in *Digital Rights Ireland* and *Schrems*, tale profilo può essere apprezzato in via indiretta, questo risulta particolarmente evidente in *Google Spain* dove la Corte, riconoscendo il ruolo cruciale dei motori di ricerca nel trattare le informazioni a disposizione, ha ritenuto necessario dapprima responsabilizzare tali soggetti ritenendoli titolari del trattamento dei dati risultanti dalle ricerche lanciate attraverso i propri servizi, dall'altro, attraverso il riconoscimento del diritto all'oblio, la Corte ha fornito un rimedio agli utenti al fine di poter ottenere dopo un (indefinito) periodo di tempo la rimozione dei *link* (e non delle informazioni) riguardanti fatti o notizie attinenti all'interessato, applicando orizzontalmente – seppur implicitamente – i diritti previsti dalla Carta.

Il riconoscimento di tale rimedio, che apparentemente deriva da un'interpretazione estensiva delle disposizioni della direttiva 95/46, può essere letto in realtà come un'espressione orizzontale dell'efficacia degli artt. 7 e 8 della Carta. Appare chiaro infatti come seppur la possibilità per gli utenti di esercitare il proprio diritto al *delisting* abbia una base normativa, l'approdo a tale interpretazione è dovuto all'intento della Corte di assoggettare anche i soggetti privati al rispetto delle prerogative costituzionali previste dalla Carta. Tale scelta porta a riflettere sul tema del rapporto tra Costituzione e privati che esercitano funzioni para-pubblicistiche nel panorama costituzionale europeo. Questo profilo risulta particolarmente evidente in *Google Spain* dove l'esigenza di riconoscere un diritto all'oblio applicando orizzontalmente – seppur implicitamente – il diritto alla *privacy* degli interessati trova la sua ragione nell'interesse a limitare l'espansione di forme di potere che non sono più esercitate solamente dall'attore pubblico ma anche

da soggetti privati come nel caso di specie da un motore di ricerca.

Occorre quindi chiedersi, in conclusione, quale è il momento in cui alcune forme di iniziativa economica, specialmente in ambito digitale, si trasformano tecnicamente in potere e, conseguentemente, quale strumentario offre oggi il diritto costituzionale per reagire a tale trasformazione. Ed ancora: quali condizioni devono esistere perché il diritto pubblico consideri potere un soggetto o un'attività privati? E quali conseguenze ne trae? Tali quesiti conclusivi a cui non si fornirà risposta in questa sede risultano tuttavia fondamentali dal momento che toccano una premessa fondamentale, come brillantemente osservato da Edoardo Chiti, del diritto amministrativo, quella per cui l'unico potere legittimo è quello pubblico.

Tuttavia, le domande non si esauriscono solo alla fase di comprensione del fenomeno ma è necessario riflettere anche, come si diceva, sugli strumenti interpretativi oggi a disposizione del diritto costituzionale ed in particolare, dalla teoria dei diritti fondamentali. Di fronte ad abusi di potere di nuovi poteri privati, quali i possibili rimedi che siano in grado di assolvere, anche in ambito digitale, alla missione originaria del costituzionalismo, limitare e incanalare il potere (originariamente esclusivamente di natura pubblicistica)?

In particolare, ed è davvero la domanda finale, è sufficiente riflettere sulla dottrina dell'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali oppure è necessario pensare alla enucleazione di nuovi diritti che rafforzino la posizione (al momento assai debole) degli individui-utenti rispetto ai nuovi poteri (privati) della società algoritmica?