



IL TEST DI APPLICAZIONE DELLA CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI DELL'UNIONE EUROPEA IN SPAGNA*

di Augusto Aguilar Calahorra**

SOMMARIO: 1. Introduzione: la Carta e il principio di attribuzione – 2. La Carta dei diritti fondamentali nell'ordinamento interno – 3. L'evoluzione della dottrina della Corte di giustizia avente ad oggetto “quando applicare il diritto dell'Unione” dell'articolo 51.1 CDFUE: il Test di competenza – 4. La corretta applicazione del Test da parte della giurisdizione ordinaria spagnola – 5. Conclusioni

1. Introduzione: la Carta e il principio di attribuzione.

È indubbio che l'entrata in vigore della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE) nel 2009 ha dato un importante impulso alla costituzionalizzazione materiale dell'Unione, nella struttura della “Comunità di Diritto Sovranazionale”, ora limitata ad un corpo di diritti e libertà fondamentali¹.

Tuttavia, la sua efficacia, nell'arco di questi nove anni, ha confermato le critiche suscitate dopo la sua impropria inclusione nel Trattato costituzionale, quando si verificò una battuta di arresto secondo la dottrina più ottimista, la quale definì la Carta come il «convitato di pietra»² del Trattato costituzionale. La causa principale delle critiche, che continuano ancora

* Traduzione a cura di Tommaso Poli

** Profesor Ayudante Doctor de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada

¹ Ad esempio, dopo la sua proclamazione, Carrillo Salcedo, J.A. (2001), Notas sobre el significado político y jurídico de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea. *Revista de derecho comunitario*, 9, p. 7, sostiene che questo documento facilita la fissazione dei criteri per valutare la legittimità dell'azione dei poteri pubblici nell'Unione.

² Cruz Villalón, P. (2005), La Carta, o el convidado de piedra. (Aproximación a la Parte II del proyecto de Tratado/Constitución para Europa), in C. Closa Monterio e N. Fernández Sola (Coords.), *La Constitución de la Unión Europea*, pp. 185-197, critica che l'introduzione nella Costituzione europea della Carta determinò un processo di giuridificazione e costituzionalizzazione molto «più apparente che reale». Nonostante ciò, Cruz Villalón attribuisce attualmente tutta la rilevanza che ha l'esistenza di una Carta dei diritti fondamentali dell'Unione: «insomma, la comunità costituzionale europea incontra oggi una parte fondamentale della sua complessa struttura in un non meno complesso documento presieduto da un titolo comunque poco equivoco: “Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea”. Una norma giuridica dotata del massimo rango nell'ordinamento giuridico dell'Unione». Si veda ID (2017) El valor de

oggi, furono le cc.dd. “clausole orizzontali” previste nelle disposizioni generali del Titolo VII. Queste clausole disinnescarono, se non il suo «valore» materiale, la sua forza formale per vincolare il potere pubblico. I principali ostacoli per l’efficacia della Carta sono i seguenti:

A. In primo luogo, i diritti fondamentali come limiti all’esercizio del potere pubblico sovranazionale sono indeboliti dall’incisiva differenza, stabilita dall’art. 52.5, tra principi e diritti.

Questa differenza è stata determinata dall’insistenza di Stati come Regno Unito, Danimarca e Olanda, contrari all’introduzione dei diritti sociali mediante disposizioni aventi efficacia diretta, azionabili davanti ai giudici³. La differenza sostanziale risiede nella circostanza che i principi “devono essere osservati”, invece di essere rispettati; devono “applicarsi tramite atti legislativi e esecutivi (adottati dall’Unione in ragione delle sue competenze e dagli Stati membri solamente in applicazione del diritto dell’Unione)” e “assumono rilevanza per i giudici solo quando tali atti sono interpretati o sottoposti a controllo”, senza che diano adito a “pretese dirette per azioni positive delle istituzioni dell’Unione o delle autorità degli Stati membri”⁴

Se questa iniziale distinzione è in linea con le tradizioni costituzionali comuni (si veda l’articolo 53.3 della Costituzione spagnola) tuttavia non specifica né nel testo né nelle spiegazioni che accompagnano la Carta quali disposizioni possono definirsi principi e quali sono i diritti. Mostra a titolo esemplificativo solo alcuni esempi, osservando che in alcune disposizioni possono confluire allo stesso tempo principi e diritti e, a maggior ragione, che alcune disposizioni rubricate con il titolo di principio possono essere effettivamente considerate diritti e viceversa. L’incertezza sulla portata dei principi gioca a sfavore dell’efficacia di tutti i diritti della Carta⁵.

B. In secondo luogo, si ribadisce come un mantra che la Carta non amplia l’ambito di applicazione del diritto dell’Unione oltre le competenze dell’Unione, né crea nessuna competenza o nuovo obiettivo per l’Unione, né modifica le competenze e gli obiettivi definiti nei Trattati (51.2 CDFUE e 6.3 TUE)⁶. Ciò significa che la positivizzazione della

posición de la Carta de derechos fundamentales en la Comunidad Constitucional Europea, *Teoría y Realidad Constitucional*, 39, 2017, pp. 85-101.

³ Ad esempio, Lord Goldsmith, QC (2001), A Charter of rights, freedoms and principles, *Common Market Law Review*, 38, pp. 1206 e ss.

⁴ Si tratta delle spiegazioni relative all’art. 52.5 della Carta.

⁵ Si veda per questa critica J. Krommendijk, J. (2015), Principled silence or mere silence on principles? The role of the European Charters Principles in the case law of the Court of Justice, *European Constitutional Law Review* (ECLR), 11, pp. 321-356.

⁶ Come evidenziano le spiegazioni della CDFUE, «Si tratta di menzionare esplicitamente ciò che si riferisce logicamente al principio di sussidiarietà e al fatto che l’Unione solo dispone di competenze per attribuzione. I diritti fondamentali tutelati nell’Unione sono effettivi solo nell’ambito delle competenze che stabiliscono i Trattati. Di conseguenza, l’obbligo delle istituzioni dell’Unione, con riferimento alla seconda parte del paragrafo 1, di promuovere i principi stabiliti solo si può produrre all’interno dei limiti delle citate competenze».

Carta rimane al margine della distribuzione delle competenze fissata dai Trattati. I diritti fondamentali non riflettono, com'è tipico della loro natura, la forma di esercizio del potere pubblico, i loro contorni e limiti, dovendosi avere riguardo al riparto di competenze del testo dei Trattati dell'Unione per comprendere la vera efficacia e portata dei diritti della Carta (cioè, in quale modo limitano l'esercizio del potere e fino a quale punto).

A mio parere, ciò comporta ulteriori conseguenze che possono essere solo richiamate in questa sede.

In primo luogo, il carattere funzionale delle competenze dell'Unione complica la realizzazione della portata dei diritti perché, come indicano i Trattati e la stessa Carta, essa dovrà collocarsi nel contesto dinamico del principio di sussidiarietà (con la complessità che ciò comporta in virtù dei Protocolli annessi al Trattato), e allo stesso tempo nell'ambito dell'eventuale continuo dialogo tra le Corti costituzionali nella sua versione di "ultra vires review"⁷ che può condizionare l'interpretazione iniziale della Corte di giustizia dell'Unione europea o l'interpretazione uniforme di ciascuna disposizione. Come ha specificato Cruz Villalón, la Carta «si colloca così in una zona giuridicamente "trasparente", per così dire, attraverso la quale i contenuti che veramente contano in materia di diritti e libertà circolano liberamente. La conclusione di tutto ciò è che la Carta è un documento derivato, "riflesso", senza luce propria, che si limita a rispecchiare o lasciar passare la luce che le proiettano altri astri del firmamento dei diritti»⁸.

In secondo luogo, ci sono situazioni nelle quali le stesse Istituzioni, nella sua applicazione, eludono il limite dei diritti in ragione del falso fondamento della mancanza di competenze nella materia. Si veda ad esempio la Sentenza della Corte di giustizia nelle cause riunite *Ledra e altri* del 20 settembre 2016 nella quale la Corte ammette il ricorso per cassazione nei confronti delle decisioni del Tribunale generale stabilendo che la Carta non è applicabile alle azioni della Commissione e della BCE nell'ambito del Meccanismo europeo di stabilità (MES) per la mancanza di competenza in questo ambito, esterno all'ordinamento europeo⁹. Una decisione che è stata modificata ma segnala il problema di vincolare assolutamente i diritti alle competenze dei Trattati.

C. In relazione con il principio di attribuzione e il complesso equilibrio nell'applicazione della Carta, l'articolo 51.1 CDFUE finisce per evidenziare le difficoltà di efficacia dei diritti nell'Unione. I diritti devono rispettare il riparto di competenza che risulta, inoltre, dal diritto

⁷ Vedere le Sentenze del Tribunale costituzionale tedesco 06.07.2010 (2 bvr 2661/06, Honeywell).

⁸ Cruz Villalón (2005), cit., 1.

⁹ «Inoltre occorre sottolineare che, per quanto gli Stati membri non attuino il diritto dell'Unione nell'ambito del Trattato MES, cosicché la Carta non gli si applica in tale quadro, la Carta si applica nondimeno alle istituzioni dell'Unione, compreso quando queste ultime agiscono al di fuori del quadro giuridico dell'Unione. Del resto, la Commissione è tenuta a garantire che il Memorandum sia compatibile con i diritti fondamentali tutelati dalla Carta». Paragrafo 67 della SCGUE, 20 settembre 2016, Cause riunite, C-8/15 P *Ledra Advertising/Commissione e BCE*, C-9/15 P *Eleftheriou e altri/Commissione e BCE* e C-10/15 P *Theophilou/Commissione e BCE* e Cause riunite C-105/15 P *Mallis e Malli/Commissione e BCE*, C-106/15 P *Tameio Pronoias Prosopikou Trapezis Kyprou/Commissione e BCE*, C-107/15 P *Chatzithoma/Commissione e BCE*, C-108/15 P *Chatziioannou/Commissione e BCE* e C-109/15 P *Nikolaou/Commissione e BCE*.

derivato dell'Unione. “Le disposizioni della presente Carta si applicano [...] agli Stati membri esclusivamente nell’attuazione del diritto dell’Unione”. La Carta limita il potere pubblico delle Istituzioni dell’Unione, ma anche quello degli Stati membri quando questi agiscono come meri “agenti dell’Unione”. In questa affermazione si presenta la “bifunzionalità”¹⁰ della Carta, che si rivolge allo stesso tempo all’Unione e agli Stati membri. In questo ambito si spiega con tutta la sua portata la clausola del principio di attribuzione per competenza. La CDFUE, avente “lo stesso valore giuridico dei Trattati”, comporta lo stesso impegno degli Stati nei confronti del Diritto originario, limita e vincola l’azione di questi all’interno del riparto di competenza tra l’Unione e gli Stati membri.

È in questo ambito che la Carta affronta tutti i problemi della sua efficacia nella cornice delle relazioni tra ordinamenti. In questo ambito incominciano i veri dubbi e la complessità sull’efficacia della Carta dei diritti fondamentali.

I problemi sulla capacità della Carta di limitare il potere pubblico si concentrano precisamente in questo spazio nel quale i poteri pubblici degli Stati membri sono quelli che agiscono e, pertanto, occorre valutare se lo fanno nel quadro giuridico dei Trattati o delle loro Costituzioni. Nel primo caso, i limiti all’azione del potere saranno determinati dal contenuto dei diritti della Carta¹¹. Nel secondo caso, saranno determinati dal contenuto dei diritti fondamentali della Costituzione, e questi possono non coincidere con quelli. Per questo motivo, è imprescindibile delimitare l’ambito delle competenze dell’Unione e degli Stati prima di attribuire efficacia di un tipo o di un altro alla Carta, e ciò richiede di nuovo un “dibattito” preliminare sui limiti e controlimiti che comporta la sottoscrizione dei Trattati. Pertanto, non è sufficiente l’articolo 51.1 CDFUE per delimitare l’efficacia della Carta, che dovrà dedursi da un’analisi *case by case*.

Per concludere questo primo paragrafo, occorre evidenziare da quanto esposto un’idea essenziale. L’efficacia della CDFUE ruota intorno all’idea preliminare della sfera di competenza. L’efficacia dei diritti della Carta come limite al potere si colloca nell’ambito del dibattito sulla attribuzione della competenza attribuita all’Unione dagli Stati, e in conseguenza, su ciò che è stato affidato e ciò che può essere affidato. Un dibattito connesso con quello eterno relativo alla “*Kompetenz-Kompetenz*” e ai limiti delle identità nazionali.

Il problema principale nell’applicazione della Carta è, per usare le parole del Tribunale costituzionale spagnolo (TC), «la garanzia dell’esistenza degli Stati e delle loro strutture

¹⁰ P. Cruz Villalón (2017), cit. 1.

¹¹ Si potrebbe affermare che la protezione dei diritti nell’ambito dell’Unione non dipende esclusivamente dal valore della Carta. Fortunatamente, in questo caso, il combinato di garanzie di diritti che determina l’articolo 6 ruota su tre livelli di diritti: quelli della Carta, quelli dei principi generali del diritto dell’Unione (sulla base delle tradizioni costituzionali comuni) e, allo stesso tempo, quello derivante dall’adesione alla Convenzione europea dei diritti umani. Un esempio è quello dei diritti derivanti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell’Unione europea sui principi generali del diritto dell’Unione, tra i quali è stato segnalato che tutte le misure limitative delle libertà fondamentali dei Trattati impone un atto di esecuzione del diritto europeo e deve adeguarsi con i diritti fondamentali dell’Unione: SCGUE, 18 giugno 1990, causa ERT, C-260/89. Tuttavia, cercheremo di lasciare al margine la questione, non meno importante, della gerarchia esistente tra i diritti della Carta e i principi generali del diritto dell’Unione.

fondamentali, così come i loro valori, principi e diritti fondamentali, che in nessun caso potrebbero diventare irriconoscibili dopo il fenomeno della cessione dell'esercizio delle competenze all'organizzazione sovranazionale»¹². Questa visione è il superamento del classico dialogo tra i giudici intorno al primato del diritto europeo. La Carta dei diritti fondamentali, invece di rappresentare una limitazione e un vincolo per il potere, costituisce un dibattito sullo stesso potere nell'Unione.

Effettivamente, l'applicazione della Carta e la sua efficacia risiede nella medesima ragione dell'esercizio del potere dell'Unione o, in altri termini, nella legittimità dell'Unione europea e del suo diritto. Per questo motivo, non deve meravigliare che la Carta si sia convertita in uno strumento di legittimazione del diritto derivato. In altri termini: la Carta, nella prassi giurisprudenziale, costituisce uno strumento di interpretazione del principio di attribuzione per competenza e del margine di discrezionalità degli Stati nell'ambito europeo. Ciò assume una rilevanza speciale nell'ambito della direttiva: i diritti della Carta, nel nostro Stato, sono gli strumenti ermeneutici sul significato e sulla portata delle direttive europee.

2. La Carta dei diritti fondamentali nell'ordinamento interno.

Dalla STC 28/1991 del 14 febbraio, il TC è stato molto prudente sul controllo dei diritti nell'ambito europeo. Per dare effettività al principio del primato la sua dottrina iniziale ha affermato la natura "infracostituzionale" del conflitto tra gli atti nazionali e il diritto europeo. Conformemente alla dottrina citata «[non] spetta al Tribunale costituzionale controllare la conformità dell'attività dei poteri pubblici nazionali al diritto comunitario europeo. Questo controllo compete agli organi della giurisdizione ordinaria, in quanto esecutori dell'ordinamento comunitario e, se del caso, alla Corte di giustizia delle Comunità Europee attraverso il ricorso per inadempimento»¹³.

In questo modo il TC ha negato sistematicamente la sua competenza a conoscere la possibile violazione dei diritti fondamentali nella cornice del diritto europeo, sia nell'ambito del diritto derivato sia nell'ambito dell'attuazione da parte dei poteri pubblici nell'applicazione o nell'esecuzione del diritto europeo. Raramente ha ammesso ricorsi *de amparo* nella materia che si sono limitati a controllare, dal punto di vista del riparto di

¹² Decisione del TC 1/2004, 13 dicembre 2004, FJ3. In un passaggio precedente ha statuito nel FJ2 della decisione: «Questi limiti materiali, non accolti espressamente nel precetto costituzionale, ma che implicitamente derivano dalla Costituzione e dal significato essenziale del medesimo precetto, si traducono nel rispetto della sovranità dello Stato, delle nostre strutture costituzionali basiche e del sistema di valori e principi fondamentali consacrati nella nostra Costituzione, nella quale i diritti fondamentali acquisiscono un significato sostanziale (art. 10.1 CE)».

¹³ SSTC 372/1993, FJ 8; 265/1994, FJ 2; 147/1996, FJ. 3; 45/1996, FJ 5; 202/1996, FJ 12, «non spetta al Tribunale costituzionale controllare la conformità dell'attività dei poteri pubblici nazionali al diritto comunitario europeo. Questo controllo compete agli organi della giurisdizione ordinaria, in quanto esecutori dell'ordinamento comunitario e, se del caso, alla Corte di giustizia delle Comunità Europee per il tramite del ricorso per inadempimento».

competenza, l'impostazione della questione pregiudiziale¹⁴ o il carattere vincolante delle sentenze pregiudiziali della Corte di giustizia dell'Unione europea¹⁵.

Il TC si è pronunciato in modo concreto sull'articolo 51 CDFUE almeno in due occasioni: nella DTC 1/2004 e nella causa *Melloni*.

Nel 2004¹⁶ il TC si è pronunciato sommariamente sulle conseguenze dei rapporti dei giudici nazionali con la Carta nei casi in cui “applicano il diritto dell'Unione”. Nella sua risposta, il TC avrebbe distinto due possibili stadi nell'applicazione della Carta¹⁷:

- in primo luogo il giudice dovrebbe concedere ai precetti della Carta efficacia diretta e primato sul diritto interno quando si tratta di un caso nel quale si “applica il diritto dell'Unione”, in virtù dell'articolo 93 CE, articolo mediante il quale la Spagna ha ratificato gli originari Trattati dell'Unione europea e ha adottato l'*acquis* comunitario.

- In secondo luogo, quando il giudice non applica in senso stretto il diritto dell'Unione nel caso concreto, dovrebbe concedere anche valore ermeneutico alla Carta per opera del disposto dell'art. 10.2 CE¹⁸, elevando la Carta a modello per l'interpretazione de «le norme relative ai diritti fondamentali e alle libertà che la Costituzione riconosce»¹⁹.

In relazione al possibile conflitto tra il livello di tutela costituzionale e quello della Carta il TC fu conciso. Non è possibile affrontare astrattamente futuri conflitti in casi concreti, ma «chiaramente si segnala che la Carta è concepita, in ogni caso, come una tutela minima, sulla quale può svilupparsi il contenuto di ciascun diritto e libertà fino a raggiungere il livello di contenuto assicurato in ogni caso dal diritto interno»²⁰. E in caso di conflitto «le autorità nazionali [non] lasciano di essere sottoposte all'ordinamento interno quando agiscono adempiendo obbligazioni previste [in virtù della ratifica dei Trattati europei...], poiché anche in questi casi continuano ad essere potere pubblico che è sottoposto alla

¹⁴ In concreto la STC 27/2013, 11 febbraio 2013. STC 58/2004, 19 aprile 2004. Ugualmente SSTC 194/2006, 19 giugno 2006, 78/2010, 20 ottobre 2010, e 27/2013, 11 febbraio 2013. STC 145/2012, 2 luglio 2012. Nella STC 194/2006, 19 giugno 2006, confermò questa idea suggerendo che il ruolo che appartiene al TC è «verificare se il giudice ordinario si adegua o no al sistema legalmente previsto per il controllo delle leggi (...) e non [gli] compete risolvere se esista o non la presunta contraddizione di quella a beneficio di questa, ma solo ed esclusivamente, se il giudice spagnolo ha adottato la sua decisione disapplicativa nell'ambito della sua giurisdizione, cioè nel processo con tutte le garanzie.

¹⁵ STC 145/2012, 2 luglio 2012, causa *Iberdrola*.

¹⁶ Vedere la Dichiarazione del Tribunale costituzionale (DTC) 1/2004, 13 dicembre, paragrafo 6.

¹⁷ Questa doppia dimensione della Carta è stata confermata mediante la Legge organica 1/2008 del 30 luglio 2008 con la quale si autorizza la ratifica della Spagna del Trattato di Lisbona. Mediante l'articolo 93 CE si introduce nel nostro ordinamento giuridico la CDFUE, con la speciale efficacia che questa disposizione affida al diritto europeo nell'ambito interno: primato applicativo.

¹⁸ Ai sensi dell'art. 10.2 della CE: «Le norme relative ai diritti fondamentali e alle libertà che la Costituzione riconosce si interpretano in conformità con la Dichiarazione Universale dei Diritti Umani e ai trattati e accordi internazionali sulle stesse materie ratificati dalla Spagna».

¹⁹ DTC 1/2004, FJ 7: «Pertanto il dubbio che in questa sede può esaminarsi è quello relativo all'eventuale contraddizione con la Costituzione di una Carta di diritti che, per opera del disposto dell'art. 10.2 CE, dovrebbe elevarsi, dopo la sua integrazione nell'Ordinamento spagnolo, in modello per l'interpretazione de «le norme relative ai diritti fondamentali e alle libertà che la Costituzione riconosce»; ciò è chiaro senza pregiudizio del suo valore in quanto diritto dell'Unione, integrato nel nostro ordinamento ex art. 93 CE».

²⁰ *Idem*.

Costituzione»²¹. Pertanto, «l'applicazione da parte del giudice nazionale, come del giudice europeo, dei diritti fondamentali della Carta dovrà supporre, quasi senza eccezioni, l'applicazione simultanea del correlativo diritto fondamentale nazionale»²².

In altri termini, il TC stabilisce che (a) il livello di garanzia dipenderà dall'applicazione della CDFUE in base all'art. 93 o in base all'articolo 10.2, dovendo in primo luogo arrendersi al primato e assumendo nel secondo caso carattere ermeneutico. Tuttavia dato che la Carta è una garanzia minima, (b) in ogni caso il parametro costituzionale dovrebbe essere applicato.

Nonostante questo sforzo giurisprudenziale, nella prima questione pregiudiziale sollevata dal TC davanti alla Corte di giustizia²³, nel primo conflitto concreto sull'efficacia della Carta nella causa cosiddetta *Melloni*²⁴, la Corte di giustizia rifiutò questa impostazione²⁵: se si autorizza in linea generale la circostanza che «uno Stato membro applichi lo standard di tutela dei diritti fondamentali garantito dalla sua Costituzione quando sia più elevato di quello previsto dalla Carta [...si...] svilirebbe il principio del primato del diritto dell'Unione, poiché permetterebbe ad uno Stato membro di porre ostacoli all'applicazione di atti del diritto dell'Unione pienamente conformi alla Carta, se non rispetteranno i diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione di questo Stato»²⁶.

Successivamente nella sentenza della Corte di giustizia *Åkeberg Fransson* è maturata questa idea. L'applicazione del diritto europeo da parte dei poteri pubblici nazionali non si esaurisce nella mera esecuzione ma anche nell'attuazione normativa delle norme europee per la relativa applicazione. E qui incominceranno a spiegarsi le differenti sfumature dell'articolo 51.1 CDFUE, i diversi aspetti della relazione dei poteri pubblici nazionali con la Carta “quando applicano il diritto dell'Unione”²⁷.

²¹ Si veda la STC APESCO, 22 marzo 1991, 64/1991, paragrafo 8 della esposizione dei motivi.

²² DTC 1/2004, FJ 7.

²³ ATC 86/2011, 9 giugno.

²⁴ Causa *Melloni*, sentenza della Corte di giustizia UE, 26 febbraio 2013, C-399/11.

²⁵ Una questione spinosa senza dubbio mediante la quale il Tribunale costituzionale si univa alle Corti costituzionali europee alle perplessità sollecitate dall'“armonizzazione” della Decisione quadro del 2002 in ambito penale e alle relative contraddizioni con i principi di eguaglianza e legalità penale. Si può avere riguardo alle Conclusioni dell'Avvocato generale Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, 12 settembre 2006, causa C-303/05 *Leden van de Ministerraad*, paragrafi 4-8: «Per risolvere tale dilemma dobbiamo esaminare con determinazione il ruolo dei diritti fondamentali in un ambito tanto sensibile come quello della cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale, alla luce della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. La sfida non è da poco, considerato che in alcuni Stati membri la trasposizione della decisione quadro non ha avuto luogo poiché avrebbe pregiudicato alcuni diritti dei cittadini».

²⁶ FF.JJ 56 e 57 de la STJ *Melloni*, cit. Chiaramente nella sentenza della Corte di giustizia UE, *Hans Åkeberg Fransson*, C-617/10, 26 febbraio 2013: «In secondo luogo, per quanto riguarda le conseguenze che deve dedurre un giudice nazionale in caso di conflitto tra le disposizioni del suo diritto interno e i diritti garantiti dalla Carta, secondo la giurisprudenza consolidata, l'organo giurisdizionale nazionale incaricato di applicare, nella cornice della sua competenza, le disposizioni del diritto dell'Unione è obbligato a garantire la piena efficacia di queste norme lasciando inapplicata di ufficio, in caso di necessità, qualsiasi disposizione contraria alla legislazione nazionale, anche successiva, senza sollecitare o attendere la sua preliminare abrogazione dal legislatore o mediante qualsiasi altro procedimento».

²⁷ Sarmiento, D. (2013), Who's afraid of the Charter? The Court of Justice, National Courts and the New Framework of Fundamental Rights protection in Europe”, *Common Market Law Review*, 50, pp. 1267-1304. Anche Carmona Contreras, A. (2016) El espacio europeo de los derechos fundamentales: de la Carta a las constituciones nacionales, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 107, pp. 20-21.

Afferma la Corte di giustizia dell'Unione europea «in una situazione nella quale l'azione degli Stati membri non è totalmente determinata dal diritto dell'Unione, le autorità e i tribunali nazionali continuano ad essere nella facoltà di adottare standard nazionali di protezione dei diritti fondamentali, sempre che questa applicazione non leda il livello di protezione previsto dalla Carta, secondo l'interpretazione della Corte di giustizia, né il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione»²⁸.

In altri termini, quando il diritto europeo interviene con forza “armonizzante” e occupa tutto lo spazio normativo (nella cornice delle sue competenze concorrenti) il livello di garanzia dei diritti sarà esclusivamente quello della Carta, il quale se fosse inferiore a quello delle Costituzioni nazionali dovrebbe applicarsi con precedenza. Se invece, il diritto europeo permettesse un margine di discrezionalità agli Stati per lo sviluppo del diritto europeo (come nell'ipotesi delle direttive o delle decisioni quadro) allora gli Stati potrebbero imporre il livello di garanzia più elevato delle loro Costituzioni.

Le conclusioni che potrebbero derivare da questo dialogo sono due²⁹:

A. L'atteggiamento più radicale della Corte di giustizia comporterà che il TC si ripieghi immediatamente verso una posizione di conflitto con il diritto europeo. A favore del valore meramente ermeneutico della CDFUE, prescindendo dalla sua inclusione per il tramite dell'articolo 93 CE della Legge organica 1/2008 del 30 luglio.

La risposta alla causa *Melloni* data dalla Corte di giustizia ha provocato, senza dubbio, una radicalizzazione delle posizioni del TC con riferimento alla Carta. Nella sentenza nella quale il TC risolve definitivamente la causa come organo *a quo*³⁰, ha mostrato il totale malcontento per le posizioni della Corte di giustizia. Così, non solo ha ricordato la dottrina dei controlimiti³¹, cioè che il Tribunale costituzionale è il garante ultimo dei diritti fondamentali in Spagna e potrebbe arrogarsi in caso di rottura il controllo del diritto derivato europeo; ma ha infine scelto, a suo rischio e pericolo, di concedere alla Carta nel caso concreto una natura meramente ermeneutica *ex art. 10.2 CE*³², equiparando la CDFUE a qualsiasi

²⁸ STJUE C- 617/10, 26 febbraio 2013, causa *Hans ÅkerbergFransson*, par. 29

²⁹ Dialogo nel quale deve tenersi conto della sentenza del Tribunale costituzionale tedesco, BverfG 15 dicembre 2015, 2 BvR 2735/14, Solange III; e la risposta da parte della Corte di giustizia nella sentenza del 5 aprile 2016, nelle cause C-404/15 e 659/15 PPU *Aranyosi e Căldăraru*, nella quale si ammette che la Decisione quadro 2009/299/JAI del Consiglio, 26 febbraio 2009, permette alle autorità giudiziali di esecuzione «controllare, in maniera concreta e precisamente, se esistono ragioni serie e fondate per credere che la persona oggetto di un ordine di detenzione europeo emesso a seguito dell'esercizio di azioni penali o dell'esecuzione di una pena privativa della libertà rischierà, in ragione delle sue condizioni di reclusione in questo Stato membro, un pericolo di trattamento inumano o degradante, nel significato dell'articolo 4 della Carta dei Diritti Umani dell'Unione Europea, nel caso in cui sia consegnato a detto Stato membro» e per tale motivo potrà «differire la sua decisione sulla consegna della persona della quale si tratta finché ottenga l'informazione complementare» e «[s]e l'esistenza di questo pericolo non possa escludersi in un termine ragionevole, la menzionata autorità dovrà decidere se porre fine al procedimento di consegna».

³⁰ Questione risolta infine dal TC nella STC 26/2014, 13 febbraio 2014.

³¹ I controlimiti spagnoli si materializzarono nel rispetto delle strutture costituzionali basiche nazionali tra le quali si trovano i diritti fondamentali e che furono espressi nella DTC 1/2004, 13 dicembre, FJ 3, e di nuovo nel FJ 3 della STC 26/2014.

³² In particolare il TC afferma nel FJ 4: «il canone di controllo che dobbiamo applicare per enunciare la costituzionalità de [...l'Euro-ordine...] deve essere integrato dai trattati e accordi internazionali sulla protezione dei diritti fondamentali

Trattato internazionale; benché la Corte di giustizia chiarisca che la questione rientra nell'ambito delle competenze normative dell'Unione europea.

In questo senso, il TC afferma che nemmeno l'esecuzione di un Euro-ordine (basato sulla Decisione Quadro 2009/299/JAI) è motivo sufficiente perché il TC applichi la Carta come parametro unico di tutela dei diritti. Il giudice costituzionale sembra esonerato dall'efficacia diretta e dal primato della Carta quando applica il diritto dell'Unione³³. Il TC utilizzerà la Carta essenzialmente con valore ermeneutico, integrandola nell'ambito interno attraverso l'articolo 10.2 CE³⁴; quindi la Carta e il suo primato sono destinati alla "selezione della norma applicabile al caso" che compete esclusivamente al giudice nazionale.

B. Il dibattito sull'efficacia della Carta, a margine di altre questioni come il livello di tutela applicabile, tornerà a concentrarsi sul principio di attribuzione delle competenze. Il margine di discrezionalità lasciato agli Stati mediante le direttive europee o le decisioni quadro saranno il contesto essenziale nel quale si svilupperà il dibattito sull'efficacia della Carta e la sua applicazione. Ne deriverà la questione della limitazione del potere, propria delle Carte dei diritti, della sua dimensione politico costituzionale (a causa del suo carattere di legittimazione del diritto) verso una questione tecnico giuridica relativa alla precisione, alla chiarezza e al carattere incondizionato dei termini delle direttive, che comporterà una utilizzazione della Carta come parametro di interpretazione della direttiva come fonte: innanzitutto perché l'interpretazione conforme sarà il principio generale da applicare per evitare il conflitto tra livelli di tutela, la soluzione più immediata al conflitto di potere; e in secondo luogo perché il margine di apprezzamento lasciato allo Stato nel diritto derivato (decisione quadro o direttiva) dipenderà dall'applicazione diretta della Carta o del livello interno di tutela costituzionale.

L'atteggiamento della Corte di giustizia nella decisione *ÅkerbergFransson* andrà a discapito del valore della Carta e della sua efficacia, poiché essendo il nucleo della questione, ora, nella maggiore o minore discrezionalità lasciata allo Stato per lo sviluppo e l'esecuzione del diritto derivato europeo, la *ratio decidendi* avrà ad oggetto il classico dibattito relativo all'efficacia delle direttive (chiarezza, precisione e carattere incondizionato, efficacia orizzontale, effetti dell'esclusione e reazioni triangolari...), essendo il nucleo della decisione

e le libertà pubbliche ratificate dalla Spagna. Tra tali trattati abbiamo tanto la Convenzione europea per la protezione dei diritti umani e le libertà fondamentali (CEDU) come la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che si costituiscono, così, insieme con l'interpretazione che delle stesse si fanno portatori gli organi di garanzia previsti dagli stessi trattati e accordi internazionali, in elementi essenziali al momento dell'interpretazione del contenuto assoluto del diritto riconosciuto dall'art. 24.2 CE».

³³ Benché potremmo affermare che il TC disattende la sentenza della Corte di giustizia è certo che soddisfa infine i suoi postulati e dichiara la costituzionalità dell'Euro-ordine dando luogo ad un mutamento "volontario" nella sua dottrina. Si veda il FJ 4 della STC 26/2014: «Così dobbiamo affermare ora, modificando, pertanto, la dottrina consolidata dalla STC 91/2000...».

³⁴ Si veda ad esempio il voto particolare concorrente che formula la magistrada Adela Asúa Batarrita nella sentenza *Melloni*: «Tuttavia, la Sentenza approvata dalla maggioranza [...] si pone in linea con la nostra giurisprudenza precedente, la quale aveva ribadito che il diritto comunitario non integra il canone di costituzionalità, che questo Tribunale non ha come obiettivo garantire l'applicazione del diritto comunitario, e che il diritto comunitario sarebbe rilevante solo dalla prospettiva dell'art. 10.2 CE, cioè in relazione con l'interpretazione della portata dei diritti fondamentali costituzionali».

il testo letterale delle direttive e la Carta un mero strumento di principi interpretativi. Allo stesso tempo, il ripiegamento del TC dopo *Melloni* sarà l'incentivo definitivo perché i giudici leggano la Carta con un valore meramente ermeneutico e con lo "stesso valore giuridico dei Trattati" sovranazionali.

3. L'evoluzione della dottrina della Corte di giustizia avente ad oggetto "quando applicare il diritto dell'Unione" dell'articolo 51.1 CDFUE: il Test di competenza.

Dalle sentenze *Melloni*, *AkerbergFransson*, *Julián Hernández*³⁵ o *Torralbo Marcos*³⁶ si può tracciare uno schema o test di applicabilità della Carta che orienti i poteri pubblici quando applicano il diritto europeo e individui se il livello di protezione dei diritti deve essere in ogni caso quello costituzionale o quello europeo. Si può osservare che, infine, la Corte di giustizia permette e quasi adotta la soluzione di utilizzare la Carta come strumento di interpretazione del diritto derivato, invece che in chiave di canone di validità e gerarchia o efficacia diretta concentrata nel suo valore per i cittadini.

L'inizio dell'applicazione da parte del giudice europeo della Carta si verifica nel momento chiave della richiesta di tutela del diritto da parte degli individui. Non è nemmeno necessario che le parti in causa richiamino la Carta, potendo il giudice applicare di ufficio un controllo di comunitarietà delle norme richiamate pur trattandosi di una materia puramente nazionale, momento nel quale la Carta può entrare nel funzionamento *ex officio*³⁷. Inoltre è indifferente richiamare direttamente il diritto nazionale o europeo poiché la natura del giudice nazionale come giudice europeo impone che questo sia vincolato nello stesso ambito territoriale e temporale da due ordinamenti autonomi integrati con parametri di validità distinti e criteri di efficacia propri (primato, interpretazione conforme...).

Per "applicazione del diritto europeo" deve intendersi tanto il momento nel quale i poteri pubblici si comportano come meri agenti di esecuzione (nel caso della amministrazione pubblica o il giudice nell'ambito della esecuzione dell'ordine europeo di detenzione e consegna) quanto il momento nel quale recepiscono la normativa comunitaria, adottando norme interne richieste dal diritto europeo³⁸.

In questo ambito il giudice nazionale³⁹ esercita la sua funzione come giudice europeo e giudice nazionale sottoposto ai principi di interpretazione e efficacia di entrambi gli ordinamenti. Il suo lavoro, inoltre, non è quello di controllare la validità delle norme di uno o dell'altro ordinamento ma quello di decidere quali disposizioni sono applicabili al caso concreto mediante principi di applicazione (primato o gerarchia secondo i casi) ma mai

³⁵ Corte di giustizia UE, 10 luglio 2014, C-198/13, causa *Julián Hernández*.

³⁶ Corte di giustizia UE, 27 marzo 2014, C-265/13, causa *Torralbo Marcos*.

³⁷ È il caso del controllo di abusività delle clausole di un contratto in difesa dei consumatori.

³⁸ De Witte, B. (1999), *The past and future role of the European Court of Justice in the Protection of Human rights*. In P. Alston (Ed.), *The EU and Human Rights*, Oxford: Oxford University Press: 859 e ss.

³⁹ Prescindiamo dalle amministrazioni, la cui sottoposizione al principio di efficacia diretta e del primato rimane assicurato – Corte di giustizia UE, 22 giugno 1989, C-103/88, Costanzo – ma dove la problematica finale rimarrà nelle mani del contenzioso giudiziale.

giudicando della validità di una o dell'altra norma, essendoci organi che monopolizzano questa funzione. E nel suo lavoro di selezione delle disposizioni applicabili al caso dispone di due sistemi e strumenti di efficacia delle norme in questione.

Per questo motivo, i criteri espressi dalla Corte di giustizia, nonostante chiariscano e qualifichino il criterio *Melloni*, affrontano importanti perplessità nelle quali potremmo richiamare il test di applicazione della Carta. Riassumiamo questo test con i passaggi che il giudice dovrebbe affrontare per certificare se sta applicando il diritto europeo e pertanto sottoporlo al livello di protezione della Carta:

A) Non ci deve essere un'analisi sulla competenza come punto di partenza: nonostante la Carta dei diritti esprima chiaramente che è sottoposta al principio di attribuzione per competenza, il giudice nazionale come giudice europeo non deve svolgere un'analisi sulla competenza in partenza⁴⁰. È inoltre irrilevante, poiché come afferma la Corte di giustizia “il solo fatto che una misura nazionale si ponga in relazione con un ambito nel quale l'Unione dispone di competenze non può integrarla nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione e provocare per lo stesso motivo l'applicabilità della Carta”⁴¹.

B) Può incidere anche sulle competenze proprie degli Stati: nella SCGUE *ERT*⁴² del 1999, è stato statuito che qualsiasi misura nazionale che determina un'eccezione ad alcune delle quattro libertà fondamentali garantite dal Trattato dovrebbe essere ricompresa nell'ambito di applicazione del diritto europeo. È stato affermato altresì che “una situazione che è stata regolata mediante normative che sono a priori di competenza degli Stati membri può essere «intrinsecamente [connessa] con la libertà di circolazione di un cittadino dell'Unione, che osta a che il diritto di ingresso e di soggiorno sia negato ai suddetti cittadini [di un paese terzo] nello Stato membro in cui risiede il cittadino dell'Unione, al fine di non pregiudicare tale libertà»⁴³”. L'effetto utile dei Trattati permette l'applicazione della Carta, anche a

⁴⁰ Bustos Gisbert, R (2017), La aplicación de la CDFUE; un decálogo a partir de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Teoría y Realidad Constitucional*, 39, pp. 333-359.

⁴¹ Si vedano in questo senso le sentenze della Corte di giustizia UE, *Gueye e Salmerón Sánchez*, C-483/09 e C-1/10, parr. 55, 69 e 70, e *Pringle*, C-370/12, parr. 104, 105, 180 e 181.

⁴² SCG, 18 luglio 1999, causa *ERT*, C-260/89.

⁴³ Causa *Iida*, C-40/11, la CGUE ha dichiarato dal 1992 che, per esempio, “i diritti di circolazione e di stabilimento conferito al cittadino dell'Unione dai Trattati «non possono produrre appieno i loro effetti se il suddetto cittadino può essere dissuaso dall'esercitarli dagli ostacoli frapposti, nel suo paese d'origine, all'entrata e al soggiorno del suo coniuge. Per questo motivo il coniuge di un cittadino comunitario che si sia avvalso di tali diritti deve disporre, quando suo marito (o sua moglie) ritorna nel proprio paese d'origine, almeno degli stessi diritti di entrata e di soggiorno che gli spetterebbero, in forza del diritto comunitario, se suo marito (o sua moglie) scegliesse di entrare e soggiornare in un altro Stato membro (sentenza del 7 luglio 1992, *Singh*, C-370/90). Allo stesso modo, nelle Conclusioni dell'Avv. Gen. Trstenjak nella causa *Coman*, parr. 25 e ss., si afferma che “È dunque ormai un dato acquisito che, «quando, nel corso di un soggiorno effettivo del cittadino dell'Unione nello Stato membro ospitante, (...) si sia sviluppata o consolidata una vita familiare in quest'ultimo Stato membro, l'efficacia pratica dei diritti che al cittadino dell'Unione interessato derivano dall'articolo 21, paragrafo 1, TFUE impone che la vita familiare che detto cittadino abbia condotto nello Stato membro ospitante possa proseguire al suo ritorno nello Stato membro di cui possiede la cittadinanza, grazie alla concessione di un diritto di soggiorno derivato al familiare interessato, cittadino di un paese terzo. Difatti, in mancanza di un siffatto diritto di soggiorno derivato, tale cittadino dell'Unione sarebbe dissuaso dal lasciare lo Stato membro di cui possiede [la] cittadinanza al fine di avvalersi del suo diritto di soggiorno, ai sensi dell'articolo 21, paragrafo 1, TFUE, in un altro Stato membro, a causa della circostanza che egli non ha la certezza di poter proseguire nello Stato membro di origine una vita familiare con i propri stretti congiunti sviluppata o consolidata nello Stato membro ospitante»”.

situazioni che rimangono al margine delle competenze dell'Unione. Fuori da queste che indirettamente potrebbero impedire la sua reale efficacia la limitazione delle libertà fondamentali dell'Unione ammette il test dell'“effetto utile”.

C) L'atto nazionale deve promanare direttamente dalla norma europea: per comprendere che una misura nazionale è un atto di esecuzione o applicazione del diritto europeo è necessario che emani direttamente o si rivolga essenzialmente ad applicare il diritto europeo. Una breve sintesi può osservarsi nella SCGUE *Julián Hernández*: «per stabilire se una misura nazionale rientri nell'attuazione del diritto dell'Unione ai sensi dell'articolo 51, paragrafo 1, della Carta occorre verificare, inter alia, se la normativa nazionale in questione abbia lo scopo di attuare una disposizione del diritto dell'Unione, quale sia il suo carattere e se essa persegua obiettivi diversi da quelli contemplati dal diritto dell'Unione, anche se è in grado di incidere indirettamente su quest'ultimo, nonché se esista una normativa di diritto dell'Unione che disciplini specificamente la materia o che possa incidere sulla stessa»⁴⁴. In altri termini:

c.1) Vi deve essere una normativa specifica del diritto dell'Unione nella materia o una normativa che possa porsi in relazione con l'atto nazionale.

c.2) La relazione significa un “vincolo di connessione” tra un atto del diritto dell'Unione e la misura nazionale in questione⁴⁵.

c.3) Questo vincolo di relazione non deve essere qualsiasi ma deve avere un grado superiore alla prossimità delle materie considerate o all'incidenza indiretta di una di quelle con l'altra⁴⁶.

D) È imprescindibile analizzare le finalità della norma nazionale e europea: devono avere la medesima finalità. La misura nazionale e la norma europea devono perseguire lo stesso fine. Tuttavia una relazione di una competenza da parte dell'altra non è sufficiente. Ciò significa che:

d.1) la misura europea deve avere la finalità di regolare l'oggetto di questo caso concreto che si affronta, anche se la UE ha competenza nella materia deve avere la volontà di regolare questo caso concreto: ciò conduce ad una volontà di *preemption* o di occupazione totale dell'oggetto della competenza.

⁴⁴ Si veda il paragrafo 37 della SCG.

⁴⁵ Paragrafo 34 della SCG *Julián Hernández*.

⁴⁶ La SCG *Julián Hernández* avrebbe stabilito un'eccezione alla decisione ERT e all'effetto utile: “nemmeno in base all'articolo 19 TFUE [non discriminazione] potrebbe il giudice integrare nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, per effetto dell'applicazione dei diritti fondamentali come principi generali del diritto dell'Unione, una misura nazionale che non costituisce parte delle misure adottate che si basano in questo articolo. In altri termini, lo sviluppo deve essere diretto e richiesto dalla norma europea. Si vedano in questo senso le sentenze *Bartsch*, C-427/06, paragrafo 18; *Küçükdeveci*, C-555/07, paragrafo 25, e *Römer*, C-147/08, paragrafo 61.

d.2) La misura nazionale deve avere la finalità di applicare questa norma europea concreta⁴⁷.

Al momento possiamo trarre un paio di conclusioni da queste “precisazioni” contraddittorie. (1) La questione si riconduce ad un’analisi *case by case*. All’analisi casistica propria di un ordinamento dinamico di integrazione, dato che il test è tanto specifico che richiede un esame caso per caso. (2) D’altro lato, né tutte le disposizioni del Trattato né tutte quelle della Carta potranno essere da sole utilizzate come parametri di selezione della norma applicabile dal giudice o come criteri di validità. La differenza tra la natura di principi e diritti della Carta e le indicazioni nella sentenza *Julián Hernández* indicano che perché il giudice “applichi il diritto dell’Unione” nel senso dell’articolo 51.1 CDFUE deve avere un’attuazione legislativa, diritto derivato. Solo nel caso in cui vi siano disposizioni dotate di chiarezza, precisione e di carattere incondizionato queste saranno sufficienti da sole per risolvere il caso, requisito che se non è superato dall’articolo 19 TFUE difficilmente sarà superato da altre disposizioni del diritto originario.

Ciò ci conduce a pensare che l’ambito naturale del controllo di applicazione della Carta è quello delle direttive poiché in questo ambito si materializza il principio di attribuzione nel margine di discrezionalità, gli atti di esecuzione e applicazione diretta, e si può accertare se un atto normativo europeo e uno nazionale hanno una medesima finalità.

In questo caso (se consideriamo che il potere pubblico nazionale applica il diritto europeo solo nella cornice logica della direttiva) il test di applicazione della Carta non è nemmeno immediatamente positivo, ma richiede di continuare con l’analisi del seguente esame:

E. L’applicazione della Carta come limite del potere pubblico nazionale impone che la disposizione della direttiva concreta non debba permettere margine di apprezzamento allo Stato:

e.1) La direttiva o la decisione quadro deve uniformare le condizioni di esecuzione, vale a dire che l’azione degli Stati è, o pretende di essere, totalmente determinata dal diritto dell’Unione.

e.2) La direttiva deve imporre agli Stati una obbligazione specifica concernente la situazione oggetto della causa principale⁴⁸.

F. Sebbene permetta un certo margine di apprezzamento, l’apprezzamento concreto dello Stato realizzato attraverso l’atto di esecuzione non può ledere il primato, l’efficacia o l’unità del diritto europeo.

⁴⁷ SCG *Torrallbo Marcos*, cit., paragrafo 31 e ss.

⁴⁸ SCG *Julián Hernández*, paragrafo 35. Anche SSCG *Maurin*, C-144/95, paragrafi 11 e 12, e *Siragusa*, paragrafi 26 e 27.

f.1) La Carta si applica quando un'autorità nazionale esercita una facoltà discrezionale che le è stata conferita in virtù della legislazione dell'Unione⁴⁹.

Come si osserva i requisiti per determinare che il giudice nazionale si colloca nella sfera dell'articolo 51.1 CDFUE non sono in assoluto generalizzabili ma nemmeno semplici. Tutto ciò ridonda in una minore efficacia della Carta poiché la maggior parte degli atti di applicazione del diritto europeo impone l'esecuzione da parte del potere pubblico nazionale e permette un certo margine di apprezzamento. Il minimo, come avverte la CGUE, è infine che si deduca in maniera chiara dalla CDFUE o dalla giurisprudenza un diritto soggettivo concreto.

4. La corretta applicazione del Test da parte della giurisdizione ordinaria spagnola.

La conseguenza immediata del complesso Test di applicazione della Carta è che la efficacia dei diritti risponde infine ad un'analisi sulle direttive di attuazione del diritto originario. La Carta rimane relegata così ad un'attuazione normativa in forma di direttiva. Pertanto, il suo obiettivo è convertirsi in criterio ermeneutico delle direttive, finalità auspicata ed incoraggiata da parte del Tribunale costituzionale.

Ci sono molteplici esempi chiari nella giurisprudenza ordinaria nazionale. In rarissime occasioni si invoca la contraddizione dell'atto di esecuzione nazionale solo di fronte a un diritto della Carta. Quasi per regola generale si invocano e si studiano i margini di apprezzamento lasciati da questa in virtù della Carta.

Si vedano ad esempio le sentenze riguardanti la causa *ASNEF*⁵⁰. In essi diverse banche dati che contenevano l'identità di inadempienti e che servivano alle autorità bancarie presentarono ricorso amministrativo avente ad oggetto diversi articoli del Decreto Real 1720/2007, regolamento di attuazione della direttiva 95/46 di protezione dei dati personali. I singoli sostenevano che il decreto aggiungeva ai requisiti del trattamento dei dati senza consenso del titolare qualcos'altro che non appariva nella direttiva: i dati consistono in fonti accessibili al pubblico. Secondo il Tribunale Supremo spagnolo questa restrizione costituisce un ostacolo alla libera circolazione dei dati di carattere personale che sarebbe unicamente compatibile con la direttiva 95/46 se venisse richiesta per l'interesse o i diritti e le libertà fondamentali del titolare dei dati: per la Carta. La risposta da parte della CGUE è che il margine di apprezzamento del quale dispongono gli Stati membri in virtù della direttiva può utilizzarsi unicamente se permette un equilibrio tra la libertà di circolazione dei dati personali e la tutela del diritto alla privacy, qualcosa che non permette il Regolamento⁵¹. Sorprende che, dopo la decisione della CGUE, il TS adotti questa dottrina nella sentenza 2040/2014 del 21 maggio, causa *Equifax*, in relazione con i requisiti della

⁴⁹ Indicazioni della Commissione, Rapport 2013 sull'applicazione della CDFUE.

⁵⁰ Le sentenze della CGUE del 24 novembre 2011, nella causa *ASNEF* (C-468/10 e C-469/10).

⁵¹ Il paragrafo 43 stabilisce che «inoltre, spetta agli Stati membri, al momento di adattare il loro ordinamento giuridico alla direttiva 95/46 fornire un'interpretazione di questa che le permetta di garantire un giusto equilibrio tra i diversi diritti e le libertà fondamentali protetti dall'ordinamento giuridico dell'Unione».

Legge Organica di Protezione dei Dati, sostenendo che si dovrebbero bilanciare i diritti in questione, ma utilizza lo strumento dell'articolo 10.2: «non è possibile che per regolamento si stabiliscano restrizioni che sviliscono i diritti riconosciuti a coloro che sono interessati dalla LOPD nell'attuazione dell'art. 18.4 della Costituzione. Le norme del RPD devono interpretarsi in modo tale da rispettare il diritto fondamentale alla protezione dei dati personali come risulta dalla sua disciplina costituzionale, convenzionale internazionale, comunitaria e legale, dato che le norme regolamentari devono essere interpretate e applicate secondo i precetti e principi costituzionali, conformi all'interpretazione degli stessi che risulta dalle risoluzioni dettate dal Tribunale costituzionale, fino al punto che se per via interpretativa non potrebbe affermarsi la conformità di dette norme regolamentari con la Costituzione, la Convenzione, la direttiva e la LOPD non potranno essere applicate».

La CGUE avvalsa in qualche modo questo carattere interpretativo della Carta al momento di apprezzare il corretto recepimento della direttiva, per esempio, nella SCG *Promusicae*: «Di conseguenza, gli Stati membri sono tenuti, in occasione della trasposizione delle suddette direttive, a fondarsi su un'interpretazione di queste ultime tale da garantire un giusto equilibrio tra i diversi diritti fondamentali tutelati dall'ordinamento giuridico comunitario. Inoltre, in sede di attuazione delle misure di recepimento di tali direttive, le autorità e i giudici degli Stati membri devono non solo interpretare il loro diritto nazionale in modo conforme alle dette direttive, ma anche provvedere a non fondarsi su un'interpretazione di esse che entri in conflitto con i summenzionati diritti fondamentali o con gli altri principi generali del diritto comunitario»⁵².

Inoltre, è stato utilizzato come meccanismo concreto di applicazione diretta della direttiva, ad esempio, per stabilire in quale misura le direttive sulle clausole abusive e diritti dei consumatori nell'ambito ipotecario impongono al giudice una revisione di ufficio dei contratti ipotecari senza ascoltare le parti. Paradigmatica è l'applicazione che fa il Tribunale Supremo spagnolo nella STS 241/2013, 9 maggio, al momento di dichiarare la nullità di ufficio di tali clausole: «ciò che è determinante è che nell'ipotesi nella quale il giudice nazionale, dopo avere apprezzato inizialmente che una clausola è ricompresa nell'ambito di applicazione della direttiva, comprova, dopo una valutazione effettuata di ufficio, che detta clausola presenta un carattere abusivo, e prima del suo annullamento dovrà ascoltare le parti a tutela del diritto al contraddittorio della Carta».

Questi sono alcuni degli esempi della tradizionale applicazione della Carta nell'ordinamento spagnolo⁵³ ma consentono di dedurre, a priori, che i giudici ordinari in Spagna fanno coincidere l'applicazione della Carta con l'applicazione del diritto dell'Unione europea, ancorchè in sostanza si concentrano nel valore interpretativo della Carta su quelle

⁵² Paragrafo 68, causa *Promusicae*, SCG, 29 gennaio 2008, C-275/06.

⁵³ Per un'analisi più concreta della giurisprudenza ordinaria spagnola relativamente all'applicazione della Carta rinvio a Aguilar Calahorra, A., e Pinon, S. (2017), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne saisie par les juges en Europe. Le cas de l'Espagne*, en L. Burgorgue-Larsen (Dir.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne saisie par les juges en Europe*, Cahiers européens, n.10, Editions A. Pedone, Paris, pp. 277-303.

norme europee (essenzialmente direttive) che sollevano dubbi in ambiti della sua efficacia o della sua applicazione diretta. In questo senso la Carta si converte, come auspica la Corte di giustizia, in strumento ausiliario di efficacia diretta del diritto europeo e del suo primato. O come ambito di demarcazione della volontà del legislatore europeo, del suo recepimento in ambito nazionale e della sua esecuzione.

Tuttavia l'identificazione dell'efficacia della Carta con la determinazione del margine di apprezzamento lasciato agli Stati è pregiudizievole e controproducente. La confusione tra efficacia del diritto europeo e il valore della Carta comporta che in materie molto sensibili alla sovranità statale (come è il potere sanzionatorio nell'ambito penale, e specialmente in materia di terrorismo) entrano in gioco le perplessità che il TC sollevò nella causa *Melloni* e i limiti all'efficacia del diritto europeo (controlimiti) che evocò in quella stessa occasione.

Nel caso della causa *Picabea*, la STS 874/2014 del 27 gennaio 2015, ci riferiamo ad una situazione che si ripete da molto tempo. Membri del gruppo terrorista ETA sono restituiti dalla giustizia francese alla Spagna dopo aver espiato le pene del carcere per associazione terrorista. In Spagna, questi sono stati condannati a loro volta alla pena del carcere e i condannati richiedono la concentrazione delle pene in virtù della decisione quadro 2008/675/JAI di luglio 2008, relativa alla considerazione delle risoluzioni di condanna tra gli Stati membri dell'Unione europea in ragione di un nuovo processo penale. Il TS concedeva la concentrazione delle pene private di libertà imposte dalla Francia con le pene stabilite in Spagna⁵⁴. In questo modo aveva deciso dato che asseriva che lo Stato spagnolo non aveva recepito ancora la decisione quadro, applicando così la dottrina *Pupino*⁵⁵. Tuttavia, in questa causa il TS decide di modificare la regola che si stava applicando e respinge la concentrazione delle pene, per considerare che la decisione quadro è stata già implementata e il legislatore spagnolo ha utilizzato il margine di discrezionalità che la norma europea gli consente⁵⁶.

La questione chiave ha ad oggetto il dubbio sollevato da alcuni magistrati del TS sull'interpretazione dell'articolo 49.3 della CDFUE relativamente al principio di retroattività della pena più favorevole. Una parte dei magistrati ritengono che dovrebbe essere sollevata la questione pregiudiziale davanti alla CGUE e applicare il contenuto del diritto previsto

⁵⁴ Vedere le SSTS 388/2014, 7 maggio; e 922/2013, 2 dicembre: «con riferimento alle condanne ancora in esecuzione, non solo nulla impedisce la rettificazione del criterio fino ad ora applicato per sostituirlo con un altro più favorevole al reo nel senso che è stato indicato dalla menzionata sentenza della Corte EDU, ma che risulta obbligato in quanto non è possibile mantenere una situazione di privazione della libertà basandosi su un criterio che, in circostanze simili a quelle contemplate nella sentenza della Corte EDU, lede diritti riconosciuti dalla Convenzione europea». Sulla stessa linea, tra le altre, la STS 1000/2013, de 7 de febrero.

⁵⁵ SCG, 16 giugno 2005, causa *Maria Pupino*, C-105/03.

⁵⁶ «Come indica questa risoluzione, in questo momento operiamo in assenza di norme interne che “regolano espressamente la materia di una forma rigorosa”, ciò che si collegava con interpretazione delle norme vigenti (la sentenza cita nel suo testo gli artt. 988 LECRIM e 76 CP) in maniera più possibile conferme con la decisione quadro, Tuttavia al momento attuale già abbiamo una legislazione nazionale che regola espressamente la materia, com'è la Legge Organica 7/2014, 12 novembre, sullo scambio di informazioni di precedenti penali e considerazione di risoluzioni giudiziali penali nell'Unione europea [...] Mediante questa Legge Organica si recepisce nel diritto spagnolo (disposizione finale terza) la decisione quadro 2008/675/JAI, 24 luglio 2008».

nella Carta. Al contrario, la maggioranza del TS decide di non rinviare la questione e applicare la nuova Legge organica anche riconoscendo che questa è frutto dell'applicazione della decisione quadro e prefigurando con questo anche una violazione della Carta europea⁵⁷.

5. Conclusioni.

La prima conclusione che possiamo ricavare è che l'interpretazione data dalla giustizia europea e ordinaria all'articolo 51.1 andrà a detrimento del valore della Carta e della sua efficacia poiché essendo il nucleo della questione, tuttora, nella maggiore o minore discrezionalità lasciata allo Stato per l'attuazione ed esecuzione del diritto derivato europeo, la *ratio decidendi* si colloca nel classico dibattito sull'efficacia delle direttive (chiarezza, precisione e carattere incondizionato, efficacia orizzontale, effetti di esclusione e relazioni triangolari...), essendo il nucleo della decisione il testo letterale delle direttive e la Carta un mero strumento di principi interpretativi.

Quando si applica la Carta come criterio ermeneutico (10.2 CE) vi sarà una maggiore mancanza di protezione poiché l'efficacia della Carta resta alla fine nelle mani della necessità che ha il giudice nell'interpretazione della direttiva concreta. Tuttavia in questo ambito acquisisce rilievo l'idea della questione pregiudiziale “a questi effetti, quando gli organi giurisdizionali nazionali devono interpretare le disposizioni della Carta hanno la possibilità e, nel loro caso, l'obbligo di sollevare una questione pregiudiziale davanti alla Corte di giustizia in base all'art. 267 TFUE”. Se il giudice non solleva la questione pregiudiziale “il cittadino avrà poche possibilità molto limitate di tutelare i suoi diritti”⁵⁸ perché l'analisi della questione dovrebbe concentrarsi non sulla necessità di ricavare il margine di discrezionalità lasciato allo Stato dalla direttiva, ma il livello di tutela applicabile e le sue possibili conseguenze sull'effetto utile del diritto europeo.

Questo atteggiamento permette di ricavare una seconda conclusione. Si tende a comprendere la Carta come mero vincolo da attuare dal legislatore europeo, come principi rettori. L'efficacia della Carta si confonde con la questione della competenza e del margine di discrezionalità (quando è stata disciplinata una materia dall'UE, quanto resta del margine di discrezionalità...) questioni che si riconducono nel diritto europeo alla teoria generale sull'efficacia diretta delle direttive (chiarezza, precisione, carattere incondizionato, margine di apprezzamento...). Limitare il potere della Carta dei diritti fondamentali a questo scenario svilisce la sua efficacia poiché la riduce alle poche possibilità di efficacia verticale delle direttive e le priva, in linea generale, di effetti verticali (si veda la causa prima commentata, ASNEF).

⁵⁷ Come il medesimo TS riconosce nel FJ 5.3: «É vero, piaccia o non piaccia, che la conseguenza pratica, con frequenza siano solo considerazioni peggiorative per il reo, come custodia cautelare, recidività, ponderazione della pena, etc».

⁵⁸ R. Bustos Gisbert, cit., p. 351.

Da ultimo, condurre l'efficacia della Carta al dibattito sull'effetto diretto annulla la propria idea dei diritti poiché, come avverte la dottrina l'efficacia diretta può a volte coincidere con la creazione di diritti soggettivi, ma non è sempre il caso⁵⁹. Esistono nuove forme di efficacia delle direttive ogni volta più uniformi, come l'efficacia con effetti di esclusione, incidentale o in relazioni triangolari, nella quale non appare nessun diritto soggettivo⁶⁰. E ciò permette di scartare il discorso giurisdizionale dei diritti su una entelechia.

Questa approssimazione all'applicazione della Carta costruita sulla cornice dell'efficacia diretta del diritto derivato europeo richiede la necessaria avvertenza che fece a sua volta il giudice Pescatore: «abbiamo in riserva un adagio che afferma: *Ubiusibiremedium* [che...] riflette il pensiero giuridico più moderno, secondo il quale il fenomeno fondamentale è il diritto materiale, anche se i meccanismi processuali hanno solo un carattere strumentale in relazione con la sostanza del diritto. È la differenza, secondo la sistematica tedesca, [...] tra [...] il pensiero nelle categorie del diritto materiale con il pensiero nelle categorie dei rimedi processuali. L'idea è che la funzione del processo giudiziale è consolidare e non condizionare la vigenza del diritto materiale. Dobbiamo stare attenti allora che non si cambi il nostro adagio in un: *Ubi remedium ibi*, ciò che caratterizza l'atteggiamento fondamentale di common law, dal quale apparentemente dall'esistenza di un diritto soggettivo si deduce l'esistenza dell'*action*, e non viceversa⁶¹».

⁵⁹ Prechal, S. (1995), *Directives in European Community law: A Study of Directives and Their Enforcement in National Courts*. Clarendon Press, Oxford: «direct effect may and often coincide with creation of Rights, but this is not always necessarily the case», p. 129.

⁶⁰ Per tutti, le parole dell'Avv. Gen. Ruiz Jarabo nelle Conclusioni formulate nella causa *Arvor*, 1° aprile 2008, C-152,154/07: «Nonostante, gli anni non siano riusciti a mettere a tacere le voci a favore del riconoscimento dell'effetto diretto orizzontale come quello dell'avvocato generale Lenz nelle sue conclusioni nella causa *Faccini Dori*, appoggiandosi a sua volta sugli argomenti sviluppati precedentemente dagli avvocati generali Van Gerven e Jacobs. Alleggia sugli autori il sentimento di un'opportunità persa, nonostante la Corte di giustizia non esitò ad applicare la sua dottrina quando la direttiva si ripercuote sui diritti dei singoli, estranei alla relazione verticale, suggerendo così la teoria delle relazioni triangolari». Vedere paragrafi 100 e 101.

⁶¹ Pescatore, P. (1996) *La interpretación del derecho comunitario por el juez nacional*, *Revista de Instituciones Europeas*, 23, 1, pp. 7-32.